

HONORABLE MAGISTRADO
DR. CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
SALA CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 2011-00371 00

RADICADO: 110013103004201100371 02

DEMANDANTES: GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ, ROSALBA BUSTAMANTE BETANCOURT Y OTROS

DEMANDADOS: EPS COOMEVA y FUNDACIÓN ABOOD SHAI0

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS A LA SENTENCIA

CARLOS ALBERTO CAMARGO CARTAGENA, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 79.318.915 de Bogotá, Abogado Titulado e inscrito portador de la Tarjeta Profesional No. 168.358 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado judicial de la parte demandante, por medio del presente escrito me permito sustentar los reparos a la Sentencia de primera Instancia proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Civil del Circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

SOBRE LA SENTENCIA

La sentencia de primera instancia en efecto reconoce y deja sentado:

- (i) la existencia del hecho dañoso, a saber, la muerte del joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE,
- (ii) el actuar culposo de la institución FUNDACIÓN ABOOD SHAI0 en términos del manejo imperito y negligente del sodio en el caso del paciente IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE con ocasión de la sobre-corrección abrupta realizada que concluyó en mielinolisis pontina y muerte cerebral del paciente, así como la responsabilidad endilgable a la EPS COOMEVA por el vínculo ineludible que existe entre esta y las IPS's mediante las cuales presta el servicio de salud, y
- (iii) el nexo de causalidad entre la conducta culposa y el hecho dañoso, comoquiera que en efecto el caos hidroelectrolítico resultado de la indebida y negligente sobre-corrección del sodio del paciente el día 21 de febrero de 2009 fue la causa eficiente para que se generara la Mielinolisis Osmótica, la cual llevó a muerte cerebral y finalmente al deceso del joven.

Todo lo anterior, permite al fallador de primera instancia arribar a la declaración de responsabilidad solidaria y civil extracontractual de los demandados por los daños y perjuicios irrogados a los demandantes con ocasión del fallecimiento del joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE por el actuar negligente del personal de salud de la FUNDACIÓN ABOOD SHAI0.

No obstante, en el marco de la declaración de daños y la tasación de perjuicios, el *a quo* yerra pues se advierte que:

- (i) aun estando sentada jurisprudencialmente la presunción de daño moral, acompañada de los topes indemnizatorios en cada caso, el juzgador sin elevar argumento alguno no se atiene a ellos sino que, en el caso de los padres, establece los perjuicios muy por debajo del máximo estimado;
- (ii) no se declara daño moral ni se condena al pago de perjuicio alguno por este concepto en el caso de la señora MONICA MARIA BUSTAMANTE, aun cuando la afección se encuentra plenamente acreditada; y
- (iii) no se reconocen los daños psicológicos que han sufrido los padres del menor IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE, a saber, GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ y ROSALBA BUSTAMANTE BETANCOURT, aun cuando se encuentran probados dentro del proceso.

Los anteriores se erigen como los únicos reparos que a la sentencia tiene la parte demandante.

SUSTENTO A LOS REPAROS:

1. Daño moral y tasación de perjuicios en los casos de GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ y ROSALBA BUSTAMANTE BETANCOURT

Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, el daño moral que se le ocasiona a los familiares de la víctima directa goza de presunción jurisprudencial o *presunción de hombre*, como quiera que la regla de la experiencia dicta que, en este caso, el fallecimiento de los descendientes supone una gran pérdida e incalculable dolor.

Ahora bien, sobre su intensidad, si bien es cierto que en la jurisdicción ordinaria se ha señalado que este es un factor frente al cual el juez debe acudir al *arbitrium judicis* para lograr establecer, conforme a los hechos y circunstancias, el valor de la cuantía; no es menos cierto que la propia Corte Suprema de Justicia ha estimado razonables determinados montos indemnizatorios con miras a orientar los fallos y las indemnizaciones y ha señalado que:

En el ejercicio del arbitrium judicis orientado a fijar el quantum en dinero del resarcimiento del perjuicio moral, se tendrán en cuenta, además de las orientaciones jurisprudenciales que han sido citadas, las circunstancias personales de la víctima; su grado de parentesco con los demandantes; la cercanía que había entre ellos y la forma siniestra en que tuvo lugar el deceso. (Subraya fuera de texto)

Sin embargo, el juzgador condenó por una suma bastante inferior a la que ha sido señalada por la Corte Suprema de Justicia, sin que para arribar a tal conclusión en el fallo se haya esgrimido argumento alguno que justificase la reducción, teniendo en cuenta las circunstancias propias del caso.

De esta manera, se trata de una indemnización que, en concepto de la parte demandante, resulta insuficiente en atención al grado de parentesco y las circunstancias que rodean el desafortunado deceso del joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE, y que escapa de los criterios sentados jurisprudencialmente respecto a las orientaciones indemnizatorias, sin que haya razón que permita soportar tal decisión.

Así, y teniendo en cuenta que en el presente caso los padres del joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE, han sufrido y seguirán sufriendo durante toda su vida la zozobra y la aflicción de perder a su hijo menor, quien falleció tras estar sometido durante más de un mes a un actuar negligente e imperito del personal médico de la FUNDACIÓN ABOOD SHAIQ, y quien incluso en los interrogatorios de parte fue señalado de ser el núcleo y eje de la vida familiar hasta el momento de su fallecimiento; es dable concluir que no existen razones para estimar que los

perjuicios con ocasión de los daños morales en el presente caso ameritan una cuantía inferior a la sentada jurisprudencialmente, pues finalmente se trata del daño injustificado e incesante que sufren una madre y un padre al perder a un hijo. Y ES QUE SE PERDIO UN HIJO Y TAL VEZ NO HAYA DOLOR MAS GRANDE PARA EL SER HUMANO.

Así las cosas, se pretende que las indemnizaciones por daño moral en favor de GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ y ROSALBA BUSTAMANTE BETANCOURT sean ajustadas a un monto igual o cercano a los \$60'000.000 o aquel que para el momento se encuentre sentado jurisprudencialmente como orientación indemnizatoria para parientes en el 1er grado de consanguinidad.

Sobre la indemnización por daño moral en favor de JUAN CAMILO SABOGAL BUSTAMANTE no se tiene discrepancia alguna.

2. **Reconocimiento del daño moral en el caso de la señora MONICA MARIA BUSTAMANTE**

Respecto a la declaración de daño moral en el caso de la señora MONICA MARIA BUSTAMANTE con ocasión del deceso del joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE, y la consecuente condena por los perjuicios respectivos, el juzgador señala en el fallo que:

"No obstante lo anterior, no se reconocerán perjuicios morales en favor de los tíos del menor IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE – MONICA MARÍA BUSTAMANTE BETANCOURT (...) pues como lo tiene decantado la jurisprudencia, para alcanzar su reconocimiento se debió demostrar la relación afectiva y de cercanía que existió entre parientes; situación que según lo evidenciado no acontece en el caso de autos donde ninguna prueba se practicó con el fin de determinarlos en cuantía y extensión"(p.52)

De esta manera, el *a quo* da por no probado, estándolo, el daño moral de la señora MONICA MARÍA BUSTAMANTE BETANCOURT, tía del joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE, quien asistió a audiencia del 19 de febrero de 2020, donde señaló que:

"Fui la que la cuidé, la que estuvo con él (...) estuve muy pendiente porque mi hermana se bloqueó"(2h 55min)

"Nos tocó muy duro, fue una pesadilla"(2h 56min)

"Es muy doloroso... esto fue lo peor que nos pudo haber pasado"(3h 02min)

"Yo estuve con mi hermana todo ese tiempo (...) yo me entregué totalmente a este proceso de ellos tres, y no fue fácil, fue muy doloroso"(3h 04min)

"Estábamos los cuatro (...) Rosalba, Rodrigo, Juan Camilo y Mónica (...) Los cuatro nos internamos con el niño (...) Mejor dicho, el dolor fue de los cuatro"(3h 05min)

El relato, por lo expresado verbalmente, así como por lo que también comunicó la señora MONICA MARIA BUSTAMANTE BETANCOURT de manera corporal, evidenció la congoja y el sentimiento de dolor y aflicción que sufrió y sufre aún como tía del joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE.

De esta manera, y en atención a que contrario a lo señalado en la sentencia, sí se encuentra probado en el marco del proceso el daño moral de la señora MONICA MARÍA BUSTAMANTE BETANCOURT mediante interrogatorio rendido en audiencia del 19 de febrero de 2020, se pretende que se reconozca el daño moral en favor de la demandante en mención y se condene al pago de los perjuicios morales en atención a las pautas jurisprudenciales.

3. **Reconocimiento de daño psicológico en los casos de GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ y ROSALBA BUSTAMANTE BETANCOURT**

Respecto al daño psicológico de los padres del joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE, el *a quo* señala que:

Descendiendo al caso concreto, y en cuanto atañe a este tipo de daño vale la pena traer a este texto la definición de Bustamante Alsina en su Tratado de Responsabilidad Civil (...) " (...) El daño psicológico no es una afección emotiva espiritual, el padecer de los sentimientos, pues ello encuadra dentro del concepto de daño moral. Aquel se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir, una perturbación profunda del equilibrio regulado por el razonamiento, que guarda un adecuado nexo causal con el hecho dañoso" (...) para el presente si bien obra a folios 61 a 102 del cuaderno 5, un dictamen pericial que tuvo como propósito demostrar la perturbación que padecieron los padres GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ y ROSALBA BUSTAMANTE BETANCOURTH a raíz de la muerte de su hijo IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE, de la conclusión que obtuvo la profesional Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, no puede se puede [sic] inferir con certeza la ocurrencia de este tipo de afectación, pues como la misma lo determinó a folio 79 del Tomo 5 (Reverso) "No se encuentra a lo largo de la evaluación factores de riesgo personales, o dificultades psiquiátricas preexistentes que aumentan la probabilidad de daño psicológico" además "Los padres de Iván han contado con apoyo social adecuado por parte de familiares cercanos" por lo cual, conforme a la conclusión que ella misma obtuviere, no se deriva la afectación, crónica patológica y permanente de los demandantes y su estado de conciencia, por lo cual el despacho deniega su reconocimiento (p.54)

Frente a ello, es preciso aclarar de manera inicial dos cuestiones. En primer lugar, la inexistencia de factores de riesgo personales o dificultades psiquiátricas preexistentes en los evaluados, contrario a desvirtuar la existencia de afectación psicológica, lo que nos permite es entender que los resultados obtenidos a este respecto no se derivan de condiciones previas o situaciones de riesgo concretas que padeciesen los afectados y que los hicieran más proclives a contar con trastornos psicológicos hoy en día, y que por lo tanto, las afecciones halladas no se cimientan en condiciones propias de los evaluados, sino que por el contrario, tienen lugar con ocasión de los hechos del litigio.

De esta manera, en vez de desvirtuarse con ello la afectación psicológica, tal consideración por parte de la perito nos permite afirmar que, de existir afectación alguna, esta no se debe a una situación personal o congénita si se quiere que redunde en una situación de riesgo particular, sino que en efecto responde al daño psicológico irrogado con ocasión de los hechos materia de litigio.

Por su parte, respecto al segundo argumento esbozado en el proveído, el mismo resulta inadecuado en concepto de la parte demandante para desmontar los hallazgos del dictamen pericial y desvirtuar la perturbación profunda que implica el daño psicológico, pues este no exige que el afectado no cuente con un círculo de apoyo para gestionar y sobrellevar momentos de crisis. Es decir, la presencia de una red de apoyo social no es óbice para afirmar que existe un trastorno psicológico y que se cuenta con la sintomatología propia de este, pues afirmar ello redundaría en exigir que el daño psicológico, para existir, demande fenómenos de absoluto aislamiento y hermetismo, lo cual no tiene asidero en la realidad.

Ahora bien, respecto al contenido del dictamen pericial rendido por la Dra. Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, psicóloga y doctora en psicología, el mismo da cuenta de que en el caso de GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ y ROSALBA BUSTAMANTE:

- (i) se encuentran sentimientos de depresión asociados al duelo por la muerte del hijo,
- (ii) se encuentran comportamientos asociados al aislamiento social lo que se ha relacionado con dificultades de ajuste después de la pérdida repentina de su hijo en circunstancias traumáticas,
- (iii) se encuentran sentimiento de culpa y rabia e impotencia, y
- (iv) se encuentra la presencia de síntomas de un duelo complicado.

En el caso concreto del señor GABRIEL RODRIGO SABOGAL se especifican los siguientes hallazgos en relación con las diferentes pruebas practicadas: depresión leve-moderada pero siempre crónica (MMPI-2); ansiedad fóbica con otros puntajes significativos en obsesivo-compulsivo, sensitivismo interpersonal, depresión, ansiedad, ideación paranoide, psicoticismo (SLC-90); depresión moderada (BDI); y síntomas característicos del trastorno por estrés postraumático (TQ).

En el caso de la señora ROSALBA BUSTAMANTE BETANCOURT, se halla en relación con las pruebas: depresión leve-moderada pero siempre crónica, ansiedad e insomnio (MMPI-2); ansiedad fóbica con puntajes significativos en obsesivo-compulsivo, sensitivismo interpersonal, depresión y ansiedad (SLC-90); ansiedad moderada (BAI), moderado trastorno emocional (BDI); y síntomas característicos del trastorno de estrés postraumático asociados al evento traumático por la muerte de su hijo (TQ).

Finalmente, el dictamen señala que pese a los recursos de los padres de Iván a nivel personal, familiar y social, "aún se encuentran varias secuelas", y en relación con ello sugiere: tratamiento médico y tratamiento psicológico.

Frente a este último se señala:

"A través de la evaluación se identificaron secuelas psicológicas y psicosociales derivadas en gran parte del estrés psicológico vivido a lo largo de toda la experiencia. Es por ello que se recomienda una intervención a nivel individual y familiar, que incluya un acompañamiento psicosocial que tenga en cuenta los siguientes enfoques: a) enfoque diferencial; y b) enfoque de curso de vida"

Así, se encuentra plenamente acreditado el daño psicológico y las secuelas psicosociales que padecen los demandantes GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ y ROSALBA BUSTAMANTE BETANCOURT por la muerte repentina de su hijo, sin que en nuestro concepto sea de recibo lo argüido por el *a quo*.

Por ello, se pretende que se declare la acusación del daño psicológico y se condene al pago de los perjuicios respectivos.

DE ACUERDO A LO EXPUESTO DE IURE Y DE FACTO, SOLICITÓ DE MANERA ATENTA Y RESPETUOSA QUE SE DECLAREN LOS DAÑOS MORALES EN SU DIMENSION Y PSICOLÓGICOS IRROGADOS A LOS DEMANDANTES Y SE CONDENE AL PAGO DE LOS PERJUICIOS RESPECTIVOS, EN LOS TÉRMINOS EXPUESTOS Y EN LO NO RECONOCIDO POR EL JUZGADO EN PRIMERA INSTANCIA.

Atentamente,



CARLOS ALBERTO CAMARGO CARTAGENA
C.C. No 79.318.915 de Bogotá.
T. P. No. 168358 del C. S. de la J.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Ciudad.

REF. : PROCESO VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
RADICADO : 11001310303720180028402
DTES : JENNIFER GIL AGUILAR Y OTROS
DDOS : ALLIANZ SEGUROS S.A. Y OTROS
M.P. : RICARDO ACOSTA BUITRAGO

ASUNTO : SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA, abogado en ejercicio, personería reconocida, procedo a sustentar el recurso de apelación desarrollando los reparos a la sentencia, en los siguientes términos:

- i. El *a quo* condenó a los demandados a pagar a JEFREY, SOLANY, SANDRA ISABEL, EDWARD, RUBY y JUAN PABLO ROMERO CHAPARRO la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) para cada uno, por concepto de daños morales por la muerte de su hermano LEANDRO ROMERO CHAPARRO.
- ii. Del mismo modo, condenó a los demandados a pagar a SERAFIN ROMERO MUÑOZ y BLANCA ROSA CHAPARRO HERNANDEZ, la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000) para cada uno, por concepto de daños morales por la muerte de su hijo LEANDRO ROMERO CHAPARRO.
- iii. Evidentemente ésta es una condena cuyo fundamento se aparta injustificadamente de los precedentes jurisprudenciales propuestos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha condenado por daños morales por la muerte de padres, hermanos e hijos, a pagar la suma de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$72.000.000.00).
- iv. El argumento del despacho alude de manera superficial y sin ponderación alguna, a que:

"...los padres y hermanos de LEANDRO ROMERO CHAPARRO, aunque no desconoce la frustración y muerte de un familiar, su relación no era tan cercana ni constante, incluso algunos de ellos no vivían en la misma ciudad donde el fallecido tenía su domicilio, de modo que conforme a los parámetros y límites jurisprudenciales este juzgado considera que cada uno de ellos tiene derecho a la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS como perjuicio moral"

- v. El fallo desconoce que el daño moral se presume en los parientes cercanos como ha dicho la CSJ¹:

"Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidentales de una persona puede herir los sentimientos de afección de muchas otras y causarles sufrimientos más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de mayo de 1976. M.P. José María Esguerra Samper.

daño que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero (...) la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es, que derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales sólo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas del estado civil."

- vi. En cuanto a la tasación del daño, el despacho incurre en error de hecho al apartarse, sin justificación alguna, del límite establecido en \$72.000.000.00 por la Corte Suprema de Justicia, así:

"...DAÑO MORAL-Error de hecho frente a la suma tasada por apartarse del tope máximo reconocido por la jurisprudencia para la época. Reiteración de la sentencia de 29 de septiembre de 2016. Tasación en \$72.000.000 millones de pesos por el daño moral propio sufrido por la muerte de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes. Reconocimiento frente a menores de 7 años por estar comprendidos como afectación a los derechos fundamentales de los niños. Se excluyen los efectos de la actividad social no patrimonial que constituyen el daño a la vida de relación. Reiteración de la sentencia de 13 de mayo de 2008. Función de compensación o satisfacción. Para su tasación tiene carácter vinculante el precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. Prueba de su existencia e intensidad mediante presunciones judiciales o de hombre frente a los perjuicios morales padecidos por familiares cercanos de la víctima. Reiteración de la sentencia de 25 de noviembre de 1992. (SC5686-2018; 19/12/2018)

- vii. El fallo estima de manera extraña, ilógica e infundada, que, si un hijo no vive en la misma ciudad del padre no hay amor mutuo y por ende no hay aflicción por su muerte, o por lo menos es tan insignificante que solo merece \$10.000.000.00.
- viii. Es decir, en éste fallo se estableció un requisito para que proceda la presunción del daño, y es, que los parientes vivan en la misma ciudad del domicilio de la víctima.
- ix. No queremos imaginarnos que pasará cuando los parientes vivan en otro país, así sea vecino, y no nos atrevemos a pensar que ocurrirá si es en otro continente.
- x. Dejamos en éstos términos sustentado el recurso de apelación y solicitamos nuevamente el Honorable Tribunal revocar la sentencia en el ítem recurrido.

Atentamente,

FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA
C.c. 14.217.540 de Ibagué (Tolima)
T.P. No. 55.485 del C.S.J.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
H.MAG.RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E.

S.

D.

RADICADO No. 1100131037-2018-00284-00

PROCESO DECLARATIVO POR RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL.

DEMANDANTES: SERAFÍN FORERO MUÑOZ Y OTROS

DEMANDADOS: JOSÉ OTONIEL GARZÓN Y OTROS

HUGO H. MORENO ECHEVERRY, abogado titulado, identificado al firmar, en mi condición de apoderado especial de la parte demandante, dentro del término legal, procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** oportunamente interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso de la referencia.

Para el efecto, resulta menester sujetarnos a los “**reparos concretos**” que frente a la sentencia fueron precisados por el suscrito mandatario judicial en anterior oportunidad procesal; el cual procedo a desarrollar así:

I.-SOBRE LA CONCURRENCIA DE CONCAUSAS.-

En el fallo de primera instancia, el Juzgado 37 del Circuito Civil declaró la existencia de la responsabilidad civil extracontractual en cabeza de la pasiva, pero no encontró demostrada la “*conurrencia de culpas*”, atribuyendo la responsabilidad al señor JOSÉ OTONIEL GARZÓN PULIDO conductor del vehículo de placas TAV 121, al deducir el sentenciador, con base, en los elementos de prueba, que GARZÓN PULIDO habría contribuido a la realización del hecho, al haber “*invadido*” la calzada por la cual se desplazaba el señor LEANDRO ROMERO CHAPARRO sin la debida precaución, lo que determinó una sentencia condenatoria en contra de los demandados

La responsabilidad civil extracontractual por culpa aquiliana exige la concurrencia básica de tres elementos, un hecho, un daño y la necesaria relación de causalidad entre ellos.

Puede ocurrir que sea una sola la causa del daño, pero también que varias causas concurren para la producción del resultado dañino, contribuyendo la conducta de varias personas en la realización del mismo, en casos como el accidente de tránsito.

Cuando quiera que la misma víctima ha contribuido de manera **exclusiva** a la realización del hecho, convirtiéndose en su propio victimario, se produce entonces la ruptura del nexo causal, en estos casos respecto del accionar del conductor del rodante, y desaparece entonces el presupuesto esencial de la responsabilidad civil extracontractual, al no ser posible atribuir a otra persona diferente a la víctima, la realización del hecho, y por ende, la producción del resultado dañino; desapareciendo por completo la obligación de reparar los perjuicios sufridos.

Empero, la praxis cotidiana enseña que en ocasiones la acción psico física, activa o pasiva (la omisión es acción en sentido negativo) del autor del hecho, concurre con otra desplegada por la propia víctima, que de esta manera se sitúa también en el curso causal, contribuyendo a la realización del evento dañino.

En el caso sub judice, el operador judicial no encontró demostrada la culpa exclusiva de la víctima ni la concurrencia de culpas, y así lo plasmó en la sentencia que es materia del recurso de apelación.

El fundamento de la decisión se sustenta en que el señor JOSÉ OTONIEL GARZÓN PULIDO conductor del vehículo de placas TAV 121 incursionara en la vía pública sin desplegar la debida diligencia y cuidado para no exponer voluntariamente al peligro a los demás actores de la vía.

La parte que represento considera, señores Magistrados, que la concurrencia de concausas, que ha sido negada por el *a quo* en el fallo atacado, se encuentra demostrada; por lo que proponemos que el sentenciador ha incurrido en errores protuberantes con ocasión del ejercicio de la labor *in judicando*.

Para el caso que llama nuestra atención, se demostró, con creces, por la demandada la CONCURRENCIA DE CONCAUSAS; una apreciación desapasionada del caudal probatorio pone de presente que, en efecto, las conductas de los conductores de los vehículos involucrados jugaron un rol importante en los hechos materia del debate, pero las pruebas que militan en el expediente no fueron valoradas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo ordena el ordenamiento adjetivo.

Al momento de valorar las pruebas del proceso, el sentenciador de primer grado incurrió en varios errores que le llevaron camino a la violación de la ley sustancial al aplicar indebidamente las reglas de la concurrencia de concausas.

Los yerros de valoración probatoria que se enrostran entonces al fallo recurrido hacen referencia a los siguientes medios de convicción:

1.- LA PRUEBA DOCUMENTAL CONSISTENTE EN EL INFORME DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO (IPAT) LEVANTADO POR EL POLICIAL LUIS ALBERTO MOSQUERA

Fue aportada a la demanda, por el actor, como prueba de carácter documental el INFORME POLICIAL DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO (IPAT), documento que no fue tachado de falso, en el que se dejan claro los vestigios, los elementos materiales probatorio y la evidencia física y el lugar (sobre la vía) del impacto entre los vehículos, documento que no fue valorado por el señor Juez de Primera Instancia con el rigor que ameritaba, dando por sentado la responsabilidad de la pasiva.

Este documento, fue inadvertido por el sentenciador, pasó sobre esta probanza sin desentrañar su contenido material, incurriendo con ello en el vicio denominado por la doctrina de “**preterición de la prueba**”, ignorando su existencia material dentro del encuadernamiento, y, por ende, no le otorga el poder suasorio que tiene para colegir la indudable imprudencia con la que obró el conductor de la motocicleta señor LEANDRO ROMERO CHAPARRO.

Lo anterior debería haber llevado al sentenciador a preguntarse, ¿cuál la causa suficiente, eficiente y apta para que el suceso se produjese; si se dieron o no las circunstancias para atribuirle a ambos conductores el resultado lesivo?

El *a quo* distorsionó, mal interpretó o, pero aun, soslayó, no tuvo en cuenta el Informe de Accidente de Tránsito (IPAT) levantado por el policial LUIS ALBERTO MOSQUERA, testigo presencial, no del accidente pero sí del teatro de los acontecimientos, policial este que reseña con minucia suma los ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS (EMP) plasmándolos en el IPAT, entre ellos tal vez el más importante, EL PUNTO DE IMPACTO ENTRE LOS VEHÍCULOS INVOLUCRADOS, el cual fue diagramado en todo el centro de los carriles o línea doble amarilla, lo que de por si descarta la invasión del carril por parte del señor JOSE OTONIEL GARZÓN.

De suma importancia es resaltar, que el IPAT fue elaborado diez (10) minutos después de ocurrido el accidente, así fue consignado en dicho documento: “*hora de ocurrencia 16:55, hora de levantamiento 17:05*”, cuando aún estaban frescos los vestigios, los elementos materiales probatorios (EMP) y la evidencia física (EF).

Razonablemente se infiere de esta prueba, la evidente concurrencia de concausas, no obstante el *a quo* dio por sentado la invasión del carril por parte del señor JOSÉ OTONIEL GARZÓN PULIDO conductor del vehículo de placas TAV 121, sin tener en cuenta: el punto de impacto de la moto con el tractocamión, los

daños que apareja la moto, la posición del lago hemático y los vestigios, tanto humanos como de la moto que quedaron desperdigados no en su carril sino en el carril por el que se desplazaba el tractocamión, los cuales son indicativos de que la colisión entre los vehículos se produce en toda la línea doble amarilla central divisoria de los carriles, lo que de por sí es indicativo y suficiente para predicar una concurrencia de concausas.

El señor Juez, de primera instancia, le dio una interpretación errada o no tuvo en cuenta las pruebas que militan en el expediente, partió, sin razón, afirmando que el camión invadía el carril de desplazamiento de la moto, de ser así, luego del impacto entre los vehículos, ni la moto ni el cuerpo del señor LEANDRO hubiesen quedado dentro del carril de desplazamiento de la moto esto es sobre su vía que de Mariquita conduce a Ibagué, pues es de recordar que luego de la interacción de los rodantes, la moto se desplazó por un espacio de cuarenta (40) metros en derrape, es decir por su costado derecho, por reglas de la física tanto el cuerpo del señor LEANDRO y la moto misma no hubiesen podido quedar en su propia vía, sino por fuera de la berma de la vía de la moto.

Descendiendo al caso sub examine, si el punto de impacto fue diagramado en el centro de los carriles o línea amarilla, fácil es concluir que el señor LEANDRO ROMERO, conductor de la moto, fue imperito, negligente y faltó también al deber objetivo de cuidado por no sortear con éxito la colisión pues tuvo el espacio suficiente, de acuerdo con el ancho de su carril, de maniobrar la moto a la derecha.

Honorables Magistrados, por las características propias de una motocicleta, dado su peso, su tamaño, que son más livianas y por ende fáciles de maniobrar, repito, era fácil para el señor LEANDRO esquivar y evitar la colisión abriéndose a la derecha de su trayectoria EVITANDO LO EVITABLE como era la colisión; razón por la cual se colige la CONCURRENCIA DE CONCAUSAS la cual no advirtió el *a quo* por preterición del material probatorio que milita en el expediente.

El señor LEANDRO ROMERO CHAPARRO, tuvo un amplio panorama y la visibilidad suficiente, sin obstáculos, de divisar con antelación, a la colisión, al camión (de gran masa y tamaño) que se acercaba, por ende tuvo el tiempo y el espacio suficiente para maniobrar la moto hacía su derecha y evitar el accidente.

Ahora bien, sirven como fundamento para deprecar la concurrencia de concausas los artículos del Código Nacional de Tránsito OMITIDOS por los conductores implicados:

“Art. 60 Obligatoriedad de transitar por los carriles demarcados. Los vehículos deben transitar,

obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce”.

“Art. 68 Utilización de los carriles. Los vehículos transitarán de la siguiente forma:

...

Vías de doble sentido de tránsito:

De dos (2) carriles: Por el carril de su derecha y utilizar con precaución el carril de su izquierda para maniobras de adelantamiento y respetar siempre la señalización respectiva”.

Una lectura pacífica de la prueba (IPAT), pone de relieve que la conducta del conductor de la moto no fue adecuada en términos de prudencia y previsibilidad.

La sentencia, no le asigna entonces el valor adecuado, el que corresponde a esta prueba, la cual contiene, en grado de certeza, los elementos de la concurrencia de concausas.

Tampoco realizó el fallador el imperioso ejercicio de incrustar la documental que llama nuestra atención, dentro de la totalidad del caudal probatorio, y contemplar el documento en su conjunto con los demás medios de acreditación, como veremos más adelante.

Una adecuada valoración de esta sola prueba por parte del Juez habría transmutado radicalmente el desiderátum de la sentencia y de ahí la trascendencia del error de valoración probatoria que estamos enrostrando al fallo atacado.

2.- LAS PRUEBAS PERICIALES

Obran en el encuadernamiento, sendos informes o Reconstrucciones del Accidente de Tránsito, suscritos por los peritos WILSON REMOLINA y ALEJANDRO UMAÑA; el primero presentado por la parte actora y el segundo por la pasiva.

El perito REMOLINA, sitúa el punto de impacto a centímetros de la líneas amarilla, es decir dentro del carril por el cual se desplazaba la motocicleta, es de resaltar que este peritaje fue elaborado años después del fatal accidente, al paso que el señor ALEJANDRO UMAÑA, sitúa el punto del impacto en todo el centro de la vía o línea doble amarilla de los carriles, tomando como soporte el Informe Policial de Tránsito levantado por el Patrullero LUIS ALBERTO MOSQUERA, funcionario este que elaboró el IPAT, como lo manifestamos líneas arriba, a los diez (10) minutos de ocurrido el accidente, así aparece consignado en

el IPAT: hora de ocurrencia 16:55, hora del levantamiento del informe 17:05.

De lo anterior se concluye que el accidente ocurrió en todo el centro de la vía, pudiéndose inferir la concurrencia de concausas atribuibles a ambos conductores; posición esta que no fue de recibo por parte del *a quo*, quien soslayó no solamente el IPAT sino los mismos peritazgos traídos al debate procesal por las partes.

Erró entonces el fallador, en la determinación de la **“identidad propia”** de los dictámenes periciales como medio probante, y, decidió parcelarlo, tomando solamente la conclusión ínsita en el dictamen del Perito EDWIN REMOLINA y dejando de lado el dictamen de ALEJANDRO UMAÑA, dictamen este que abrevó, para sus conclusiones del IPAT levantado, minutos después por el Agente LUIS ALBERTO MOSQUERA.

Con el anterior proceder, la prueba resultó distorsionada, y quedó totalmente aislada del conjunto del caudal probatorio.

Se trata, como viene de verse de una prueba vertebral en punto al análisis de la concurrencia de concausas.

3.- EL TESTIMONIO DEL SEÑOR OMAR PONTÓN

Este testimonio sirvió de acicate para que el *a quo* diera por sentado la responsabilidad del señor JOSÉ OTONIEL GARZÓN PULIDO, testimonio este falto de credibilidad, como pasa a verse:

El señor PONTÓN afirma, categóricamente, que percibió el accidente a una distancia de 300 METROS, es decir a casi cuatro (4) cuadras, en una semicurva y cuando se le interroga sobre las distancias manifiesta, con respecto a la salida de la semicurva por la cual, según su dicho se desplazaban los vehículos, refiere que el accidente fue a UN METRO, lo cual no es cierto, pues la colisión fue en toda la recta.

En cuanto a la distancia de la línea blanca de la berma del costado derecho, por el cual se desplazaba la moto, con respecto al punto de impacto de ambos vehículos, ensaya varias respuestas, inicialmente informa que fue a 1:50 metros, luego que a 1 metro.

Solicito a los Honorables Magistrados observar el video que contiene dicho testimonio y arribarán a la conclusión de que el testimonio, es errático, confuso, impreciso, incoherente, con tendencia a la mendacidad, al punto de que en varias ocasiones desapareció de cámara, dando la impresión de que las respuestas le eran sugeridas, lo que llevó al señor Juez a reconvenirlo en varias oportunidades.

No obstante, lo anterior el testimonio fue pieza fundamental para dar por sentado, la invasión del carril por parte del señor JOSÉ OTONIEL GARZÓN.

Infortunadamente, en la sentencia, se erró diametralmente en la valoración jurídica, de los medios de prueba, del cual se desprende, indudablemente la concurrencia de concausas y la existencia de un nexo causal de carácter eficiente, suficiente y apto en la producción del resultado dañino, atribuible a ambos conductores.

No se encontró en las consideraciones de la sentencia, que el operador legal, hubiese realizado el ejercicio de ponderar todos los elementos materiales probatorios teniendo como soporte el IPAT levantado por LUIS ALBERTO MOSQUERA, el cual da cuenta del punto exacto del impacto entre los dos vehículos, punto que no es otro diferente al señalado, esto es, en toda el CENTRO DE LA VÍA en donde confluyen las dos líneas amarillas separadoras de los carriles.

Del conjunto de las pruebas, se arrima a la verdad procesal, coligiéndose, si dubitación alguna, que hacen presencia los elementos objetivos que demuestran la estructuración de la hipótesis jurídica de la concurrencia de concausas, por acción y omisión de los conductores implicados en la colisión.

No cabe la menor duda de que sí los conductores hubiesen transitado con apego a las normas que contiene el Código Nacional de Tránsito, especialmente la de los artículos 60, 61 y 68:

“Art. 60. Obligatoriedad de transitar por los carriles demarcados. Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce”.

“Art. 61. Vehículo en movimiento. Todo conductor de un vehículo deberá abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento”.

“Art. 68. Utilización de los carriles. Los vehículos transitarán de la siguiente forma:

...

Vías de doble sentido de tránsito.

De dos (2) carriles: Por el carril de su derecha y utilizar con precaución el carril de su izquierda para maniobras de adelantamiento y respetar siempre la señalización respectiva”.

No cabe la menor duda de que ambos conductores faltaron al deber objetivo de cuidado e incrementaron el riesgo legalmente

permitido al manejar sus rodantes por el centro del carril, si hubiesen tomado las precauciones que el manejo de vehículo obliga, el accidente no se hubiese producido; tenemos pues, señores Magistrados que los conductores concurrieron a la producción del siniestro, es decir hay una concurrencia de concausas en el resultado lesivo.

II.- EL ERROR IN JUDICANDO.-

Consideramos de manera respetuosa claro está, que resulta adecuado enrostrar al sentenciador de primer grado haber incurrido durante el ejercicio de la labor *in judicando* (aplicación del derecho) en el error de derecho consistente en la violación directa, a título de **“FALTA DE APLICACIÓN”** de los artículos 60, 61 y 68 del Código Nacional de Tránsito Terrestre Automotor (Ley 769 de 2002), cuya elocuencia no deja espacio para la duda.

El punto de impacto se encuentra más que probado (centro de los carriles línea amarilla separadora de los carriles) por el IPAT, por los vestigios hallados en el teatro de los acontecimientos y consignados en el IPAT y por la prueba pericial.

En consecuencia, Honorables Magistrados, la infracción a las normas de tránsito dio como resultado determinante la colisión entre los vehículos.

Significa lo anterior, que el juez ha debido aplicar al caso subespecie, las normas jurídicas de tránsito anteriormente transcritas, para colegir consecucionalmente que los conductores conducían sobre la línea divisoria, y que en consecuencia, el accidente habría sido totalmente evitable, si cada uno hubiese manejado su rodante lejos de la línea central divisoria de los carriles.

Suprimiendo las concausas, que tiene una relación de **“DETERMINACIÓN”** por haber sido la generadora del hecho dañino, el insuceso no habría ocurrido, y, en consecuencia, se erige este como el **ÚNICO** FACTOR causal del accidente, al haber actuado los sujetos agentes en flagrante y ostensible violación de los reglamentos de tránsito terrestre automotor.

De esta manera, aparece totalmente demostrada la concurrencia de culpas que ha sido desoída en la sentencia que estamos confutando.

Sobre este apasionante tema ha sido reiterada la jurisprudencia de la H.C.S.J.; a través de una sentencia que ha marcado el derrotero y es la SC 2107-2018 Mag. Ponente Dr. LUIS ARMANDO VILLABONA.

Entre otros argumentos, manifiesta la Corte que el censor ha de detenerse en escrutar la causa eficiente del accidente si la misma prima sobre la víctima o el victimario.

En el sub lite, bien pronto se advierte que los conductores de los vehículos tuvieron la oportunidad de advertir con metros de antelación la presencia de los vehículos pues este ocurre en una vía recta, sector con buena visibilidad, y tuvieron el espacio y la distancia suficiente para evitar el luctuoso hecho si hubiese respetado la prelación de los demás vehículos y no hubiesen transitado al límite del peligro, esto es, sobre el CENTRO DE LA VÍA, tal como aparecer acotado en el IPAT y en el Bosquejo Topográfico.

Dice la Corte:

“Hay que ponderar el grado de incidencia causal de los comportamientos desplegados por la víctima y victimario en la producción del daño”.

Es deber del juez, establecer mediante un cuidadoso estudio de las pruebas, la incidencia del comportamiento desplegado por cada parte alrededor de los hechos que constituyen la reclamación, en particular cuando estas provienen de una actividad peligrosa y al mismo tiempo se alegue concurrencia de conductas en la producción del hecho lesivo.

Continúa la Corte:

“(…) [P]ara que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código Civil no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es el de que para deducir responsabilidad en tales supuestos (…) la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que sí, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo (CLII, 109. - Cas. 17 de abril de 1991) (Negrillas del suscrito)

“En este orden de ideas, cabe concluir que la sola circunstancia de que el perjudicado estuviese desarrollando en el momento del suceso una actividad que en abstracto pudiera merecer el calificativo de imprudente, no es causa

de atenuación de la indemnización debida por el agente, pues para tales efectos será menester, y las razones son obvias, que la actividad de la víctima concorra efectivamente con la de aquél en la realización del daño (...)"¹.

Descendiendo al caso sub examine, tenemos que la actuación de los conductores fue la causa suficiente y aptas para la generación del accidente, así se desprende de las pruebas arrimadas al plenario, especialmente el Informe Policial de Accidente de Tránsito, el cual no fue analizado, por al *a quo*, con el rigor que ameritaba este medio suasorio.

Resulta asaz protuberante que los conductores de los vehículos i) sí estaban en posibilidad objetiva absoluta de impedir el resultado ii) sí pudieron prever y eludir el hecho.

III.- PETICIONES DE LA PARTE APELANTE

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho a través de las cuales se controvierten los fundamentos y conclusiones del fallo apelado, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal:

1.- SE SIRVA REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, EN CUANTO DECLARÓ PROBADA LA RESPONSABILIDAD DEL SEÑOR JOSÉ OTONIEL GARZÓN PULIDO.

2.- COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, DECLARAR LA CONCURRENCIA DE CONCAUSAS O DE CULPAS Y MITIGAR EL CUANTUM DE LA CONDENA DE ACUERDO CON LO REGLADO EN EL ARTÍCULO 2357 DEL C.C.C. EN CONSONANCIA CON LA JURISPRUDENCIA VIGENTE SOBRE LA MATERIA.

Atentamente



HUGO H. MORENO ECHEVERRY
C.C. No. 19.345.876 de Bogotá
T.P. No.56.799 del C.S.J

¹ CSJ SC 6 de mayo de 1998, rad. 4972.

Bogotá D.C 27 de octubre de 2021.

Dr.

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

MAGISTRADO TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA CIVIL

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

des00sctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DEL 10 DE DICIEMBRE DE 2020

Proceso: ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA
Demandantes: GABRIEL RODRIGO SABOGAL CRUZ Y OTROS
Demandados: COOMEVA EPS Y FUNDACIÓN ABOOD SHAI O
Radicación: 2011-00371-02

JUAN PABLO CUETO ESTRADA, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá, identificado con C.C. No. 1.042.996.904 de Sabanalarga – Atlántico, abogado titulado portador de la Tarjeta Profesional No. 186.828 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de **COOMEVA EPS S.A.**, de la manera más respetuosa y con el debido acatamiento, estando dentro de la oportunidad legal, me permito presentar sustentación del recurso de apelación contra la sentencia del pasado 10 diciembre de 2020 en los términos del Decreto 806 de 2020, solicitando de antemano que el Honorable Tribunal revoqué la sentencia y absuelva a mi representada por los argumentos que expondré a continuación:

Disiento ampliamente de las decisiones tomadas en la instancia, por cuanto la motivación se aparta de las pruebas obrantes en el proceso, así como las razones que imputan al daño respecto de mi representada corresponden a una argumentación en donde asume un régimen obligacional distante de las obligaciones de los aseguradores de Salud en Colombia y además en generar un juicio de reproche culpabilístico, que en el caso en concreto es inocuo, por cuanto el daño no puede imputarse a las demandadas como pasaré a explicar.

De esta manera me referiré en el siguiente orden tres grandes temas:

(i) De los fundamentos de la sentencia atacada, (ii) De los reparos a la declaratoria de solidaridad de Coomeva EPS con las Instituciones prestadoras de servicios y consecuentemente el por qué no puede ser declarado responsable en el caso en concreto
iii) Del llamamiento en garantía

I. LA SENTENCIA APELADA.

En los puntos que para esta apelación resultan relevantes, inicia la disertación judicial por memorar las obligaciones del asegurador en salud dentro del régimen obligatorio, conforme lo dispone el artículo 177 de la ley 100 de 1993, distinguiendo un deber y una posición de garantía en la prestación del servicio de salud, en donde se impone la contratación, auditoria y vigilancia asegurando “que los servicios prestados se den bajo los estándares mínimos de la lex artis para restablecimiento de la salud de los afiliados”.

Sostiene que el asegurador tiene un “rol de garante” que no se limita a gestiones administrativas, sino que el servicio se preste adecuadamente pues entiende que ese es el “objeto de la EPS al brindar el servicio de salud”

Reúne jurisprudencia de las altas Cortes principalmente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la sentencia con radicado 30285 del 26 de abril de 2017. Por insuficiencia en la cobertura de la prestación del servicio médico, la SC 13925 de 2016 en donde se presentan fallas funcionales de la red de servicios en el marco de la actuación o poder de acción, de la EPS

Continúa insistiendo en una obligación de garantía por parte de la EPS, al hacer una lectura del artículo 159 de la ley 100 de donde afirma “de donde se comprende que las EPS en calidad de garantes responderán por los daños causados por un defectuoso servicio de salud” tesis que sigue sosteniendo a través de la lectura de la SC 9193 de 2017, transcribiendo que las “EPS son garantes de la prestación del servicio de salud con calidad que brindan a sus usuarios, por lo que deben responder civilmente por los perjuicios que se ocasionan en el despliegue de sus funciones cuando estos son imputables a ellas tal como ocurrió en el presente caso que quedó demostrado por los daños sufridos (SIC) por los demandantes, por el fallecimiento de IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE ” son atribuibles a la culpa de la entidad demandada por la infracción a la lex Artis”. y así sin más, da por atribuida la responsabilidad solidaria de la EPS.

“En efecto, entre las causas que generaron el deceso del paciente y que se encuentran plenamente acreditadas dentro de la presente Litis, y que son atribuibles según su juicio a la conducta desplegada por las demandadas, se encuentran:

1) Los galenos no realizaron un control o vigilancia estricta de la diuresis, ni control de líquidos administrados y de líquidos eliminados.

2) Al paciente, no se le garantizó la valoración, manejo, evolución, interconsulta, y demás relacionadas con los especialistas que su caso requería, de manera oportuna, adecuada e idónea, las valoraciones medicas por especialista en neurocirugía, endocrinología, medicina interna o neurología fueron insuficientes, ocasionales, inefectivas o no existieron.

3) Las valoraciones, evoluciones médicas realizadas al paciente IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMENTE, fueron incompletas, imperitas, inadecuadas o inefectivas.

4) No hubo un control oportuno, idóneo, juicioso y adecuado de los niveles de sodio del paciente.

5) El paciente fue sometido a periodos de abandono medico por parte de algunas especialidades o por parte de todo el cuerpo médico y de salud.

6) Al paciente se le administró desmopresina, la que se administraba acorde a la Diuresis del paciente”

7) El paciente después de la intervención neuroquirúrgica y asociado al mal manejo del sodio (al menos de manera esencial) evolucionó con alteraciones neurológicas y del estado de conciencia.

8) La toma de conductas medicas críticas que debían ser tomadas por especialistas, fueron realizadas en algunos casos por médicos generales.

9) A pesar de los hallazgos críticos en el paciente en algunas evoluciones, se omitió por parte del personal médico¹”

¹ Página 14 de la Sentencia del 10 de Diciembre de 2020

En otros apartes de la sentencia llama especialmente la atención, como destaca el juzgado que los galenos de la IPS FUNDACION ABOOD SHAI0 de esta ciudad, sí previnieron al paciente y a sus familiares respecto de los riesgos y situaciones que implicaban sobrellevar la intervención quirúrgica y la no responsabilidad directa de la EPS frente a la atención del paciente, de la siguiente manera:

*“Descendiendo al caso concreto, ninguna duda ofrece el poder determinar que los galenos de la IPS FUNDACION ABOOD SHAI0 de esta ciudad, sí previnieron al paciente y a sus familiares respecto de los riesgos y situaciones que implicaban sobrellevar la intervención en cita, pues obran a folios 1766 a 1773 del cuaderno 4, los consentimientos informado que tanto la madre como el padre suscribieron para así atender los protocolos clínicos que se requerían para llevar a cabo la intervención, y los cuales permiten establecer que a los mismos si les fueron informados los riesgos de su realización, al punto de ponerle de presente que en caso de requerirse procedimientos **adicionales**, los mismos se practicaría a criterio de los médicos y en procura de proteger la vida e integridad del paciente. Documentos que no fueron tachados de falsos y por contera se erigen como prueba fehaciente de lo que se pretende demostrar.*

Dejando en claro lo anterior, debe entonces el despacho identificar cual es el comportamiento pasivo imputable a cada una de las entidades demandadas, pues, aunque no fue directamente la EPS COOMEVA quien atendió a la paciente, si lo hizo a través de su red de servicio en desarrollo de su objeto social, lo cual bien resulta atribuible a un acto propio”.

Para finalmente indicar que la culpa y nex0 causal obedece a una sola atención del 21 de febrero 2009, sin tener en cuenta las múltiples atenciones que tuvo el paciente a lo largo de la instancia hospitalaria en la IPS. Acto que en gracia de discusión es únicamente imputable a la IPS, toda vez que los médicos cuenta con su autonomía profesional para abortar desde lo médico a cada paciente en particular. Para lo cual me permito tomar apartes de la sentencia:

“De ahí que conforme a lo probado el despacho llega a la conclusión de que efectivamente se encuentra demostrado la concurrencia de una causal que estructuró la responsabilidad médica aquí deprecada, pues fue la “sobre corrección” anómala que experimentó el paciente el 21 de febrero de 2009 y que los galenos encontraron demostrada en el presente caso

*Situación que se itera, acontece en el caso de autos, donde de todas las posibles **causas que pudieron contribuir en la afectación del paciente, fue la sobre corrección suministrada el 21 de febrero de 2009 la más adecuada y comprobada como causa determinante de su afectación”.***

En tales razones dio por sustentado los elementos de la responsabilidad civil por el acto médico.

(II) DE LOS REPAROS A LA DECLARATORIA DE SOLIDARIDAD DE COOMEVA EPS CON LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS Y CONSECUENTEMENTE EL POR QUÉ NO PUEDE SER DECLARADO RESPONSABLE EN EL CASO EN CONCRETO

2.1 Cumplimiento del marco funcional de Coomeva eps.

Los artículos 178 y 179 de la ley 100 de 1993 definen el marco funcional de las EPS. Específicamente el artículo 178 establece siete funciones principales de las EPS, entre las cuales cabe destacar las siguientes: “... 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona

que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley. 4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia. (...) 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”.

Por su parte, el artículo 179 ídem indica que, para garantizar el plan de beneficios en salud, las EPS “S *“prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales”.*

Lo anterior se traduce en que COOMEVA EPS SA., cumple sus obligaciones legales al autorizar los servicios y medicamentos comprendidos en el plan de salud y al poner al servicio de los afiliados una red de prestadores que cuentan con su debida habilitación, que se encarguen de la atención en salud como tal, incluyendo el diagnóstico y tratamiento de las diferentes afecciones padecidas por los usuarios.

Pretender lo contrario, sería hacer responsable a COOMEVA EPS SA, de una situación sobre la cual no tiene el control, pues, en efecto, el actuar de los médicos o el actuar desplegado en medio de un parto - es totalmente independiente y la EPS no tiene forma de vigilar o verificar que dichos galenos actúen de manera correcta, como sí lo puede hacer la IPS para la cual trabajan tales profesionales.

Por ello ha dicho la Corte Suprema de Justicia: *“Y, en consonancia con lo anterior, razonablemente ha dicho con contundencia la jurisprudencia patria que “si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima”.*²

Ahora bien, se dirá que el propio artículo 178 numeral 6° de la ley 100 de 1993, indica que una de las funciones de las EPS consiste en establecer *“procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”.* Para responder a este contra argumento habría que indicar lo siguiente: primero, dicha norma habla de procedimientos de control sobre las IPS y **no sobre los actos ultra específicos que puedan realizar los médicos**, que es lo que importa para resolver el caso concreto, pero, especialmente, dichos procedimientos fueron desarrollados por COOMEVA EPS al realizar una labor de escogencia de una IPS con su debida habilitación y con la infraestructura para prestar el respectivo servicio en términos de calidad e integralidad. De este modo, el art. 178, numeral 6° establece una obligación de cuidado, pero en ningún momento contiene un criterio de atribución de un daño, que son cuestiones distintas. Es decir, el artículo 178, numeral 6 impone la realización de procedimientos para controlar la calidad y atención en salud, pero jamás le impone a una EPS la responsabilidad por el actuar de un médico.

Siendo, así las cosas, en caso de que el Honorable Tribunal quisiera hacer responsable a COOMEVA EPS SA, por hechos cometidos por terceros como lo son los médicos que participaron en el caso del Joven IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE debe aceptarse que,

² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 30 de septiembre de 2016, SC13925-2016, radicación: 05001-31-03-003-2005-00174-01. Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez. Negrillas fuera del original.

a la persona que se le imputa responsabilidad por el hecho de otro, tiene derecho a exonerarse probando la debida diligencia y mostrando que, inclusive desplegando mecanismos de control y vigilancia, el otro tercero igual hubiese cometido el hecho que se imputa. Es precisamente el principio que trae el Código Civil que, al consagrar la responsabilidad de los padres o empleadores por el hecho ajeno a ellos pero derivado de personas que tienen a cargo (hijos o empleados), les permite exonerarse probando que inclusive a pesar de su cuidado y diligencia el hecho hubiese igualmente ocurrido: *“Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”*.³

2.2 División de la responsabilidad.

Señala el artículo 140, último inciso, del CPACA que en “todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.

La primera y más relevante conclusión del mencionado precepto es la derogatoria, para los procesos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso, del artículo 2344 del Código Civil: “Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa”. Desaparece así en lo contencioso esta importante norma de la solidaridad entre los causantes de un hecho dañoso, pues, conforme el citado art. 140 ídem (claro está, en caso de que no llegasen a prosperar las excepciones como en efecto ocurrió en este caso) jamás podrá ser COOMEVA condenada solidariamente por hechos donde hayan participado causalmente otros demandados, pues, en tal caso, **se impone la división de la condena conforme la participación causal de cada uno de los demandados o de los participantes en el daño que se alega en la demanda.** No a otra conclusión es posible llegar cuando el citado artículo 140 indica que “en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal”.

De esta manera, corresponde entrar a determinar la preponderancia causal de cada uno de los demandados, para que se fije el respectivo porcentaje de responsabilidad, pues no parece razonable y contraría el fin de la disposición señalada que, si, por ejemplo, algún demandando causó preponderantemente el daño, los demás involucrados tengan que asumir en proporciones iguales la indemnización del daño. Así, a mayor preponderancia causal, mayor responsabilidad.

A modo de sustento de lo anterior, es posible citar una sentencia del Consejo de Estado que, si bien no aplicó expresamente el inciso cuarto del artículo 140 del CPACA, sirve para ilustrar el principio contenido en dicha norma⁴.

Así, en la sentencia que se comenta, el Consejo de Estado, Sección Tercera, dividió la responsabilidad entre las dos demandadas conforme a su participación causal, que encontró mayor en una de ellas. Dijo el Alto Tribunal: “En conclusión, la Sala estima que la sentencia apelada deberá ser revocada en el sentido de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Tolima y de declarar la responsabilidad del Hospital Federico Lleras Acosta y del Nuevo Hospital la Candelaria ESE de Purificación en un porcentaje del 70%

³ Artículo 2347 del Código Civil.

⁴ Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 73001-23-31-000-2003-02431-01(33037).

al encontrarse que existió mayor grado de responsabilidad de su parte y del 30% al evidenciarse que su responsabilidad en la muerte de la víctima fue menor, respectivamente”.

Por lo anterior, comoquiera que dentro del proceso son varios los demandados, se debió haber estudiado por parte del Juez de primera instancia la participación causal de cada uno de ellos, dividir la responsabilidad tal y como lo manda el inciso 4 del artículo 140 del CPACA y como lo hizo el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia citada de 16 de febrero de 2017.

III. FRENTE A LA NEGACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO A LA FUNDACIÓN ABOOD SHAI O POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

Así mismo se tiene que por el juez de primera instancia se declara probada la excepción propuesta por la **FUNDACIÓN ABOOD SHAI O** nominada *“Inexistencia de responsabilidad de la Fundación Abood Shaio en calidad de garante en favor de Coomeva EPS., para los fines de la prestación de servicio médico asistenciales al paciente Iván Esteban Sabogal Bustamante”*. En los siguientes términos decidió el Juez:

No obstante, lo anterior, el despacho el despacho advierte la necesidad de declarar probada la excepción de mérito que como llamada en garantía formuló la FUNDACIÓN ABOOD SHAI O de esta ciudad, nominada “Inexistencia de responsabilidad de la Fundación Abood Shaio en calidad de garante en favor de Coomeva EPS., para los fines de la prestación de servicio médico asistenciales al paciente Iván Esteban Sabogal Bustamante” pues tomando en cuenta la naturaleza jurídica de esta figura procesal, se evidencia que no existe entre las parte una relación de tipo legal o contractual cuyo objeto sea asumir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el demandado, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, al tenor de los dispuesto en el artículo 64 del Código General del Proceso, téngase en cuenta que la relación que existe entre la EPS e IPS es de tipo prestacional, más no puede ser asimilado como una relación de carácter indemnizatorio, aunado si se tiene en cuenta que según la jurisprudencia, la responsabilidad proveniente de la prestación del servicio médico es de carácter solidario entre estas dos instituciones”.

Frente a este aspecto es importante recordar que el artículo 64 del Código General del Proceso establece el llamamiento en garantía dentro del capítulo de litisconsortes y otras partes, como una figura en virtud de la cual quien tenga derecho legal o contractual para exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, puede pedir que se resuelva sobre esa relación sustancial en las misma decisión en que se impone la condena.

Aunque en la generalidad de los casos el llamado en garantía suele ser un tercero externo a las partes en la Litis, ello no impide que al interior del mismo proceso se puedan resolver las obligaciones que tengan entre sí los extremos pasivos y, por ende, que un demandado pueda llamar en garantía a otro demandado para que se estudien aspectos diversos a la solidaridad con la que con fueron convocados al juicio, modalidad de llamamiento en garantía conocido como demandante de coparte.

Sobre este punto ha señalado el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria en reiteración de jurisprudencia previa.

“2.7.- Llamamiento en garantía: *El llamamiento en garantía puede surgir, según el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, en el evento de que “[q]uien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el*

reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, [pidiendo] la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación (...)".

Permite convocar en principio a una persona diferente a las partes inicialmente trabadas en la relación procesal (demandante y demandado), con fundamento en una relación sustancial (por ministerio de la ley) o por virtud de una relación contractual, existente entre el llamante y el llamado para que éste, responda de acuerdo a ese vínculo jurídico, de modo que el demandado llamante se libre de los eventuales efectos adversos que pueda acarrearle el litigio. Por tanto, es la relación material la que justifica trasladar los efectos adversos de la sentencia de una parte participante en la disputa al ahora citado, razón por la cual se acerca procesalmente a la denuncia del pleito. Por supuesto, se le llama, por múltiples razones, entre ellas, por economía procesal y, ante todo, para darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, en la pretensión de reembolso o "revérsica" que le formula la parte convocante. Pero también puede surtirse, llamando a la coparte, como en este caso"⁵

COOMEVA EPS S.A, llamó en garantía a la FUNDACIÓN ABOOD SHAI0, en virtud de la relación contractual como quedó consignado en la solicitud del pasado 15 de septiembre de 2011, en la que entre otras cosas se aportó el contrato de prestación de servicios.

Señores
JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E. S. D.

Ref.: **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**
CONTESTACIÓN DE DEMANDA ORDINARIA.
Demandante: GABRIEL RODRIGO SABOGAL Y OTROS.
Demandado: COOMEVA EPS Y OTRO.
Radicado: 2011-00371

2011 SEP 15 PM 11 23
JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
009407

PRUEBAS

DOCUMENTAL

- Escrito de Demanda.
- Copia de la Historia Clínica que reposa en el proceso.
- **Contrato de servicios suscrito entre mi representada COOMEVA EPS y la llamada en garantía FUNDACIÓN ABOOD SHAI0.**

Las anteriores disposiciones contractuales a las que se obligó FUNDACIÓN ABOOD SHAI0 con COOMEVA EPS y sobre las cuales no existe reparo alguno, demuestran, en esencia, que entre estas se presentó una relación contractual que, precisamente, fue la que motivó la atención hospitalaria del joven *Iván Esteban Sabogal Bustamante* como afiliado de la EPS; asimismo, de ellas se establece que el servicio médico que se obligó a brindar la IPS traía consigo unas cargas específicas, que no solo le hacían responsable de la asistencia médica sino de los perjuicios que pudieran derivarse de ella, no en vano se dejó consignado que el servicio se prestaba de forma autónoma e independiente y se comprometió al contratistas a la adquisición de pólizas de aseguramiento con el fin de garantizar responsabilidades de tipo civil para eventos como el que nos convoca.

De esta forma, sí la FUNDACIÓN ABOOD SHAI0 era la llamada a responder por los servicios médicos de manera independiente, en virtud de la relación jurídico –sustancial que se

⁵ CSJ SC5885-2016 Radicación n.º 54001-31-03-004-2004-00032-01

generó, refulge diáfano que en caso de condena en virtud de la obligación que se suscita entre paciente y EPS, la llamada a responder por la condena de ésta última es la IPS, bajo los criterios contractuales que definieron la prestación del servicio., en virtud del contrato de prestación de servicios médicos en salud

En razón de dicho contrato, la llamada asumió unas obligaciones de calidad del servicio prestado a los usuarios finales, motivo por el cual, en caso de que no llegase revocarse la sentencia apelada, se tiene que la llamada en garantía deberá responder ante Coomeva EPS SA. Así las cosas, **el vínculo que se discute en el llamamiento en garantía corresponde a una responsabilidad contractual y, como tal, es totalmente independiente a la responsabilidad que endilga el juez de primera instancia en el proceso de la referencia.**

No tendría sentido pues que, en el remotísimo caso en que COOMEVA EPS SA., resultase condenada por algún tipo de actuación cometida por la *FUNDACIÓN ABOOD SHAIIO*, tenga que iniciar con posterioridad un nuevo proceso de responsabilidad contractual para buscar el reembolso de los valores a que se hubiese condenado a COOMEVA EPS SA; pues **precisamente la función primaria del llamamiento en garantía radica en dar celeridad y economía procesal a este tipo de situaciones**, pudiéndose evacuar en un único proceso la eventual responsabilidad de las demandadas y las relaciones internas entre ellas, si por motivos legales o contractuales ello fuere pertinente.

Cierto es que la *FUNDACIÓN ABOOD SHAIIO*, llamada en garantía ya se encuentra vinculada al proceso y una vez aceptado su llamamiento, el despacho despachó desfavorablemente este llamamiento, pues lo que se sigue buscando es que se resuelvan las relaciones internas entre ellas. Con razón a dicho la Corte Suprema de Justicia que el llamamiento: *“Permite convocar en principio a una persona diferente a las partes inicialmente trabadas en la relación procesal (demandante y demandado), con fundamento en una relación sustancial (por ministerio de la ley) o por virtud de una relación contractual, existente entre el llamante y el llamado para que éste, responda de acuerdo a ese vínculo jurídico, de modo que el demandado llamante se libre de los eventuales efectos adversos que pueda acarrearle el litigio. Por tanto, es la relación material la que justifica trasladar los efectos adversos de la sentencia de una parte participante en la disputa al ahora citado, razón por la cual se acerca procesalmente a la denuncia del pleito. Por supuesto, se le llama, por múltiples razones, entre ellas, por economía procesal y, ante todo, para darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, en la pretensión de reembolso o “revésica” que le formula la parte convocante. **Pero también puede surtirse, llamando a la coparte, como en este caso**”.*⁶ (Negrillas por fuera del original.)

Es decir, si se considera a la *FUNDACIÓN ABOOD SHAIIO*, **en su calidad de contratista de un contrato de prestación de servicios de salud**, suscrito con COOMEVA EPS SA, en dicha calidad se repite, la *FUNDACIÓN ABOOD SHAIIO*., es un tercero frente a lo que se discute en la responsabilidad médica.

Sostener una interpretación contraria a lo anterior sería tanto como incurrir en un exceso ritual manifiesto y en una negativa a la tutela judicial efectiva.

Sobre el exceso ritual manifiesto dijo la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia T-234/17: *“El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar*

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. SC5885-2016. Radicación No. 54001-31-03-004-2004-00032-01. Sentencia del seis (6) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial”.

De este modo, no conviene dar una interpretación sumamente rigurosa a las normas procesales, debiendo primar el derecho sustancial y, sobre todo, la garantía de acceso a la administración de justicia. Así, siendo que con el llamado en garantía existe una relación contractual con base en la cual la citada está en la obligación de reembolsar una eventual condena, debe primar aquella interpretación que garantice fines y principios constitucionales, y la evacuación efectiva de la acción de reembolso a que tiene derecho COOMEVA en caso de resultar condenada en segunda instancia.

Por todos estos potísimos motivos, explicados de modo claro y contundente, solicito a su honorable Tribunal se resuelva sobre el llamamiento en garantía en debida forma y en un supuesto caso resultase condenada COOMEVA EPS SA, por algún tipo de actuación cometida por la *FUNDACIÓN ABOOD SHAI*O, se le ordene a esta pagar las sumas condenadas a COOMEVA EPS SA.

IV. PETICIONES:

PRIMERA: REVOCAR: La sentencia del 10 de diciembre de 2020 y en su lugar exonerar a lo demandados.

SEGUNDA: No declarar probadas los hechos estructuradores de la responsabilidad civil médica, como son la culpa y nexa causal.

TERCERA: DECLARAR, la actuación médica y del asegurador conforme a procedimientos y protocolos y en todo caso, su conducta no es generador del resultado lesivo.

SUBSIDIARIA: En caso de prosperar las pretensiones de la demanda, atribuir el ciento por ciento del daño causado a la **FUNDACIÓN ABOOD SHAI**O conforme al llamamiento en garantía efectuado.

Cordialmente,



JUAN PABLO CUETO ESTRADA

C.C. 1.042.996.904 expedida en Sabanalarga -Atlántico

TP. 186.828 de C.S. de la Judicatura

APODERADO COOMEVA EPS

CORREO: juanpablocuetoestrada@hotmail.com

TELEFONO: 304-3893989

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Zuluaga Ramírez

E.

S.

D.

Ref: Proceso Ordinario de Responsabilidad Civil.

Demandantes: Gabriel Rodrigo Sabogal Cruz y otros.

Demandados: Fundación Abood Shaio y otro.

Radicación No. 110013103004-2011-00371-02

Asunto: Sustentación del recurso de apelación interpuesto a nombre de la FUNDACIÓN ABOOD SHAI0 contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020.

ANA MARÍA DE BRIGARD PÉREZ, apoderada judicial principal reconocida de la FUNDACIÓN ABOOD SHAI0 en el proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 del Código General del Proceso, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, notificada en estado del 11 del mismo mes y año, por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá.

OPORTUNIDAD PARA LA PRESENTACIÓN DEL PRESENTE ESCRITO

Mediante auto del 12 de octubre de 2021, notificado en estado del 13 del mismo mes y año, se admitió el recurso de apelación interpuesto – entre otros sujetos procesales - por **FUNDACIÓN ABOOD SHAI0** en contra de la sentencia de primera instancia, imprimiéndose el trámite consagrado en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

Posteriormente, mediante auto del 21 de octubre de 2021, notificado en estado del 22 del mismo mes y año, se corrió traslado a las partes para la sustentación de sus respectivos recursos de apelación, por el término común de cinco días, que vencerían el **29 de octubre de 2021**, de manera que al momento de presentar este escrito, nos encontramos dentro de la oportunidad debida.

SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS CONCRETOS FORMULADOS CONTRA LA PROVIDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL RCCH – 372 SUSCRITA CON ALLIANZ SEGUROS S.A. – EXISTENCIA DE COBERTURA EN EL CASO OBJETO DE DEBATE – DESISTIMIENTO DE LA EXCEPCIÓN POR PARTE DEL APODERADO DE LA LLAMADA EN GARANTÍA

De conformidad con los términos de la sentencia apelada, el despacho consideró que la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A. no estaba en la obligación legal de asumir la condena “*por no encontrarse vigente el contrato de seguro al momento de acaecer el siniestro*”.

Expuso la providencia lo siguiente:

En efecto, como bien lo revela la póliza de responsabilidad civil RCCH – 372 que fuera adjuntada como soporte del llamado, se evidencia que aunque si bien la misma contempla dentro de sus coberturas “*La responsabilidad civil profesional del asegurado por los perjuicios causados a terceros durante la vigencia de la póliza a consecuencia de un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería, laboratorio o asimilados prestados durante la misma vigencia dentro de los predios asegurados*” se advierte que su periodo de vigencia cobró apenas relevancia a partir del 1/05/2011; luego como quiera que el acto médico que configuró la responsabilidad deprecada aconteció el 21 de febrero de 2009, lo mismo quiere decir que la aseguradora no está en la obligación legal de asumir un riesgo que no ocurrió durante la vigencia del contrato, por lo cual resulta procedente su declaración.

Dicha conclusión desconoce el tipo de contrato efectivamente celebrado con la llamada en garantía y la modalidad de la póliza de seguros contratada para amparar la responsabilidad civil de la institución que represento.

La póliza RCCH-372 – que fue renovada ininterrumpidamente desde su expedición inicial hasta el momento de la vinculación de la llamada en garantía al proceso – contrario a lo afirmado por la sentencia, no fue expedida en la modalidad de **ocurrencia**, sino que se pactó en la modalidad de **reclamación** o “*claims made*” con periodo de retroactividad desde el **1º de mayo de 2006**.

En efecto, la sentencia únicamente tiene en cuenta el interés asegurado, desconociendo que en el caso objeto de debate se pactó adicionalmente una delimitación de cobertura temporal, modificando la modalidad de ocurrencia contemplada en el Código de Comercio, de acuerdo con lo establecido en la Ley 389 de 1997.

Así, el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 regula el contrato de seguros celebrado bajo la modalidad “*claims made*” o de reclamación con periodo de retroactividad, señalando: “*En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación*”. – subrayado no original-

Respecto de esta modalidad ha señalado la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“Acorde con el artículo 1127 del Código de Comercio el seguro de responsabilidad civil «impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra (...)» al paso que el canon 1131 ejusdem instituye que «(e)n el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado».

Por lo dicho, tradicionalmente estos seguros amparan el riesgo de detrimento patrimonial del asegurado, originado en un «hecho externo», dañoso, indudablemente, acontecido durante la vigencia de la póliza (seguro basado en la ocurrencia). Sin embargo, las razones que expuso esta Sala en la sentencia CSJ SC1030017, 18 jul. ,

llevaron al legislador patrio a viabilizar pactos orientados a «limitar temporalmente la garantía asegurativa».

En efecto, el artículo 4° de la Ley 389 de 1997 consagró que «en el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años».

***Esa norma franqueó el paso a dos tipologías negociales distintas al tradicional seguro basado en la ocurrencia.** En la primera de ellas, la aseguradora se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado frente a la responsabilidad originada en un «hecho externo» que le sea imputable, sin importar la época de su ocurrencia, siempre y cuando la víctima del evento dañoso formule la reclamación al asegurado, o al asegurador, durante la vigencia de la póliza (modalidad claims made).*

*(...) Teniendo en cuenta, que para la primera de esas tipologías (pólizas claims made) **no es trascendente el momento en el que «acaezca el hecho externo imputable al asegurado» resulta posible que la aseguradora indemnice desmedros patrimoniales cuyo origen se sitúa en eventos dañosos acaecidos con antelación a la celebración del contrato de seguro, siempre y cuando, claro está, la reclamación de la víctima se presente durante su vigencia.** (...)*¹
(negrita fuera de texto original)

Al analizar integralmente la póliza suscrita entre mi mandante y la aseguradora, es claro que la misma fue otorgada bajo la modalidad “claims made” con periodo de retroactividad, por cuanto de acuerdo con sus condiciones particulares, ésta cubre “(...) las indemnizaciones por las reclamaciones escritas presentadas por los terceros afectados y por primera vez al asegurado o a la aseguradora durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando se trate de hechos ocurridos durante la mismo 01/05/2006 y por los cuales el asegurado sea civilmente responsable.”

Tratándose de un seguro con modalidad *claims made*, la póliza que deberá afectarse – como en efecto se hizo en este caso – es aquella que estuviese vigente al momento de la reclamación, siempre y cuando los hechos se encuentren dentro del periodo de retroactividad pactado. Teniendo en cuenta que el lamentable fallecimiento de IVÁN ESTEBAN SABOGAL se produjo el día 5 de marzo de 2009, es claro que el mismo se encuentra dentro del periodo de retroactividad definido (1° de mayo de 2006), con lo cual es evidente que, bajo esta modalidad de contratación, si existía cobertura del siniestro y era entonces procedente la prosperidad del llamamiento incoado.

Aunado a lo dicho, la misma entidad aseguradora llamada en garantía **reconoció la cobertura del siniestro en cuestión**, en la audiencia celebrada el 4 de mayo de 2016 en la cual expresamente DESISTIÓ de la excepción que denominó “AUSENCIA DE

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de diciembre de 2019. Magistrado Ponente Luis Alonso Rico Puerta. SC5217-2019.

COBERTURA”, como consta en el acta de la audiencia obrante a folio 144 Tomo IV del expediente digital, en la cual se señaló:

La demandada FUNDACIÓN ABOOD SHAI0 llamó en garantía a ALLIANZ SEGUROS S.A., quien contestó la demanda y su reforma (fl. 1677), se opuso a las pretensiones y propuso excepciones de mérito. El apoderado en la presente audiencia manifiesta que desiste de la excepción que denominó “AUSENCIA DE COBERTURA”.

Con base en lo expuesto, es claro que ALLIANZ SEGUROS S.A. tiene la obligación contractual de asumir cualquier condena que sea impuesta a la FUNDACIÓN ABOOD SHAI0, siendo pertinente revocar los numerales primero y décimo de la parte resolutive de la sentencia y en su lugar declarar próspero el llamamiento en garantía formulado.

2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL RENDIDA POR EL DR. LEÓNIDAS VÁSQUEZ – AUSENCIA DE ANÁLISIS INTEGRAL DE LA PRUEBA EN COMENTO – CONTRADICCIONES DEL PERITO EN LA SUSTENTACIÓN DEL DICTAMEN Y DIFERENCIAS ENTRE SUS CONCLUSIONES Y EL RESTANTE ACERVO PROBATORIO

En la sentencia de primera instancia, ningún análisis se realizó en relación con las contradicciones en que incurrió el perito en la audiencia de sustentación de su experticia y a las inconsistencias de su pericia frente a otros elementos probatorios de igual o mayor jerarquía probatoria.

Es más, el hecho de que el perito no tuviese experiencia en manejo de patologías neuroquirúrgicas, ni en el tratamiento de este tipo de patologías – como él mismo profesional reconoció – hizo que su análisis partiera del conocimiento médico general, sin tener en cuenta las particularidades propias de este caso concreto.

En ese sentido, manifestó en la sustentación de su experticia el Dr. LEONIDAS VÁSQUEZ que nunca había trabajado en una unidad especializada en neurocirugía. Aunado a ello, como lo explicó el especialista en neurocirugía Dr. JORGE HUMBERTO ARISTIZÁBAL en la sustentación de su propia experticia, el craneofaringioma que sufrió el paciente IVÁN ESTEBAN SABOGAL se encontraba en el tercer ventrículo, donde se encuentra el hipotálamo, una zona *“muy compleja”* que en su concepto *“es el más raro de todos”* precisando que *“es el sitio más maluco de todos y no es el más frecuente, gracias a Dios es el más raro”*. Con base en ello, es evidente que el conocimiento médico general sobre las consecuencias de un craneofaringioma como el padecido por el joven IVÁN ESTEBAN SABOGAL, no resulta suficiente para resolver un debate tan especializado como el que nos ocupa.

Adicionalmente, quedó probado con el dictamen rendido por el Dr. JORGE HUMBERTO ARISTIZÁBAL y los testimonios técnicos de los doctores JUAN CARLOS DIEZ, JULIO ROBERTO FONNEGRA y MAURICIO ABELLO, que el tratamiento de un craneofaringioma con la ubicación y tamaño que tenía el tumor de IVÁN ESTEBAN SABOGAL comportaba problemas en el eje hipotálamo hipofisario mucho más complejos y de difícil manejo, que los que puede presentar un paciente con un tumor hipofisario o con una lesión menos complicada.

Las explicaciones del perito LEÓNIDAS VÁSQUEZ hacían referencia a alteraciones de fácil manejo, que no eran siquiera comparables a la complejidad y particularidades del

evento analizado. Contrastada la diferencia fáctica entre tales supuestos, el perito mostró que carecía de la formación y competencias necesarias para hacer una mayor profundización comparativa entre una y otra lesión tumoral y sus consecuencias.

En el mismo sentido fue imposible que el perito estableciera que tanto del problema con la estabilización del sodio en el paciente era secundario a una alteración del eje hipofisiario y no solo, como lo ha pretendido el abogado contradictor desde la instauración de la demanda, a un manejo inadecuado de medicamentos y soluciones.

La complejidad del manejo técnico del caso unido a la complejidad intrínseca de la lesión, por su tamaño y ubicación, hacía que las decisiones de tratamiento y el plan terapéutico del paciente se apartara del estándar tradicional y habitual, sin que en tal desviación hubiese error sino el ejercicio del criterio profesional de quien estaba a cargo del paciente.

Las diferencias de apreciación sobre algunas determinaciones adoptadas en el caso no muestran una *confabulación para actuar en la dirección incorrecta*, sino que denotan la enorme complejidad del caso y las posibles opciones terapéuticas, justificadas, que podrían adoptarse en un momento determinado, siempre en búsqueda de su recuperación.

Ante un caso con estas singularidades, hablar de error a la luz de un resultado conocido a posteriori y oculto durante la atención, es pretender asimilar la medicina a una ciencia exacta. Ni es la medicina una ciencia exacta ni es una actividad peligrosa (en la que todo resultado adverso genera responsabilidad), hay factores intrínsecos propios del alea de la naturaleza, que son imposibles de modificar y frente a los cuales un juicio implacable posterior, alejado del apremio de pretender acertar ante la cama de un paciente enfermo, parece desproporcionado.

Atribuir al dictamen del Dr. VÁSQUEZ una fuerza de convicción determinante para deducir una responsabilidad en contra de mi mandante sin ponderarlo y compararlo con el resto y abundante material recaudado, es parte fundamental de nuestra inconformidad con el fallo.

En ese sentido consideramos fundamental resaltar los siguientes aspectos de las pruebas en comento, con base en las cuales, las conclusiones de la experticia del Dr. VÁSQUEZ quedan sin sustento:

2.1. COMPLEJIDAD DE LA ENFERMEDAD DE BASE DEL PACIENTE – ALTERACIÓN DEL EJE HIPOTÁLAMO – HIPOFISIARIO CAUSANTE DEL DESBALANCE ELECTROLÍTICO

Lo primero que hay que reiterar al respecto, es que el craneofaringioma que presentaba el paciente IVÁN ESTEBAN SABOGAL se encontraba en una localización MUY POCO FRECUENTE y MUY COMPLEJA debido a la invasión de estructuras vitales, pues era un tumor selar, supraselar y en tercer ventrículo.

El hipotálamo, como lo explicó el Dr. JULIO ROBERTO FONNEGRA, es la base del cerebro, del cual se desprenden todas las funciones básicas y primitivas del organismo “*en el volumen de una canica de 2 cms*” donde se almacenan todas las hormonas. Como lo explicó el experto, el tumor del paciente tenía un volumen cinco veces mayor al tamaño del hipotálamo, tanto que no era posible visualizar el

hipotálamo en las imágenes, pues sólo se veía el tumor, por lo que *“podíamos esperar y sabíamos que estaba muy dañado porque él tenía signos de insuficiencia del hipotálamo”*.

Aunado a la localización, ese gran tamaño también hacía que su pronóstico fuese peor, pues como lo explicó el Dr. FONNEGRA el caso es más complejo cuando el tamaño es mayor a 27 milímetros y el tumor del paciente SABOGAL era de 45 milímetros. Adicionalmente presentaba signos de hidrocefalia, que dan cuenta de la evolución de su patología tumoral.

En el mismo sentido, el perito experto en neurocirugía Dr. JORGE HUMBERTO ARISTIZÁBAL explicó en su dictamen lo siguiente:

“Tal como consta a folio 15 de la Historia Clínica, el pronóstico del paciente podría ser calificado como excelente, bueno o incierto”: **el pronóstico del paciente puede ser calificado como incierto**, como se anota en la historia clínica por distintos especialistas (ortopedista, neurocirujano, cirujano plástico e intensivistas), al revisar la historia anotando el tipo de lesión y el compromiso del tumor inicialmente uno habla con el paciente y la familia explica las características del tumor la invasión de estructuras vitales (tumor selar, supraselar y en tercer ventrículo) lo que hace nos hace calificar como una cirugía de alta complejidad, alta morbimortalidad, llegar al sitio de localización del tumor para poderlo implicar a un alto riesgo quirúrgico, los riesgos de la cirugía que son principalmente alteraciones de conciencia, meningitis química, lesiones endocrinológicas, lesión del hipotálamo, alteración visual, lesión vascular isquémica o hemorrágica; al realizar la cirugía y lograr retirar completamente el tumor (cirugía de alta complejidad que se logra por la pericia, buen entrenamiento y experiencia del neurocirujano), sin tener complicaciones intracraneanas durante el procedimiento neuroquirúrgico y vemos el buen resultado cuando al paciente se le retira la sedación y se logra extubar, pudiéndolo sacar de la unidad de cuidados intensivos de forma relativamente rápida (cirugía 28/01/2009 y egreso de la Unidad de cuidados intensivos el 4/02/2009), uno espera que calificar el pronóstico como bueno, pero en el caso vienen unas complicaciones inesperadas que cambian el panorama de la condición clínica del paciente y el manejo es mucho más complejo, hay una cascada de hechos que van complicando la condición clínica calificando el pronóstico como incierto (fascitis, flebitis, múltiples cirugías, colección epidural frontal, infarto cerebral, edema cerebral, trastorno hidroelectrolítico difícil de controlar, infección sospechada, etc.) , hasta llevar a su muerte a pesar del manejo interdisciplinario y el control médico estricto como se anota en la historia clínica.

Esto es coincidente con lo consignado en la historia clínica, en la cual expresamente se indicó que los especialistas en neurocirugía conocían e informaron al paciente y su familia sobre las posibles complicaciones relacionadas con el tipo y locación del tumor y su tratamiento: (Folio 16 Tomo I Historia Clínica expediente digital)

9 - 2009/01/27 01:07:28 PM Hab: 2B-253A

OBJETIVO - SUBJETIVO

NEUROCIRUGÍA:

PACIENTE QUIEN A RAIZ DE TRAUMA CON ULTERIOR CEFALEA Y VÓMITO SE LE ENCUENTRA TUMOR SELAR-SUPRASELAR SUGESTIVO DE CRANEOFARINGIOMA. ANTECED. BAJO EN ESTATURA Y AUSENCIA CARACTERÍSTICAS SEXUALES SECUNDARIAS.

PLAN DE MANEJO

VA A CIRUGIA MAÑANA- SE INICIAN ESTEROIDES (DEXAMETASONA).
RIESGOS CLARAMENTE EXPLICADOS POR TIPO Y LOCALIZACIÓN TUMOR: CEGUERA, DIPLOPIA, HEMORRAGIA, INFARTO, EDEMA CEREBRAL, COMA POR LESION HIPOTALAMO, PAN-HIPOPITUITARISMO, DIABETES INSÍPIDA, RECIDIVA.
EN CONSTANCIA FIRMAN.

ANALISIS

LISDITO PARA CIRUGIA. SE ICNIA ESTEROIDES.



2.2. ALTERACIÓN DEL EJE HIPOTÁLAMO – HIPOFISIARIO CAUSANTE DEL DESBALANCE ELECTROLÍTICO

El hecho de que el tumor afectara directamente el hipotálamo fue la causa de las severas y fluctuantes alteraciones hidroelectrolíticas del paciente, a pesar del tratamiento médico instaurado, que no se explican únicamente por el manejo del sodio del 21 de febrero de 2009, como erróneamente lo concluyó el dictamen del Dr. LEÓNIDAS VÁSQUEZ.

El Dr. JULIO FONNEGRA explicó que, de la revisión realizada del caso por el equipo interdisciplinario, lo cierto es que esos cálculos de reposición del sodio se habían hecho de manera adecuada, a pesar de lo cual *“el sodio del paciente ese día aumentó de una forma desproporcionada a lo esperado, entonces se suspendió la solución salina de forma, inmediatamente, y se puso hormona para que retuviese agua. Al retener agua se diluye la sal del organismo y se bajaba y se bajaba la sal. Entonces, en 24 horas ese día hubo una bajísima de sodio y se presentó un importantísimo aumento del mismo en horas, pero el problema que yo veo no es la reposición, es el termostato del hipotálamo alterado que hacía lo que quería. Miré, el paciente estaba el día anterior con diabetes insípida, la diabetes insípida aumenta el sodio, no lo disminuye, y el paciente estaba con 110, entonces en ese momento había fluctuado su hipotálamo de hacer diabetes insípida a hacer una cosa que se llama secreción inadecuada de antidiurética que es lo contrario, si la diabetes insípida no produce hormonas, en el síndrome antidiurético se produce exceso, estos cambios en el termostato de un momento a otro son la causa de la fluctuación en los niveles exagerados en el sodio y esto está descrito en todos los casos de mortalidad de craneofaringiomas, en la literatura siempre se presentan esas oscilaciones tremendas, pero el problema es el enfermo, el problema no es lo que se administre, el problema no está en el médico sino está en el receptor, esto lo que se llama diabetes insípida intratable y esto fue lo que complicó la situación”*.

En ese sentido, el Dr. JUAN CARLOS DIEZ PALMA indicó al despacho en su declaración lo siguiente:

“el problema es complejo doctora porque la hormona antidiurética la produce el hipotálamo, cuando uno tiene una diabetes insípida por deficiencia de producción de la hormona en el hipotálamo, quiere decir que tiene un daño en el hipotálamo, una

*disfunción del hipotálamo, el hipotálamo además de producir hormona antidiurética cumple otras muchas funciones dentro de las cuales está la regulación del estado del sodio en el cuerpo, es decir, uno tiene unos receptores en diferentes sitios del cerebro y de su cuerpo que están midiendo todo el tiempo la concentración de sodio en la sangre, si la concentración de sodio es muy alta entonces el hipotálamo produce más hormonas antidiurética entonces como retiene líquido y diluye el sodio, disminuye la concentración de sodio en la sangre. Para explicarlo fácilmente en el balance de estos elementos en la sangre es como si uno tiene una dilución tiene un vaso con agua y con un poco de sal y azúcar entonces si se disminuye el agua la sal y el azúcar se concentra, entonces, la solución es que echarle más agua, es esa función está regulada por el hipotálamo entonces ante una disfunción hipotalámica el hipotálamo no es capaz de regular esa función y no es capaz de producir la hormona antidiurética entonces **cuando no tiene la hormona antidiurética y se le administran exógenamente, le administra, de alguna manera le suple lo que el hipotálamo no ha producido, pero no le suple el mal funcionamiento hipotalámico, con lo cual pues se puede entrar en un proceso en el que el sodio puede subir y bajar rápidamente porque el hipotálamo no lo está regulando y la regulación que puede hacer uno con la administración exógena de estas sustancias no se acercan ni siquiera lejanamente a lo que puede hacer un hipotálamo funcionando normalmente**"*

En el mismo sentido, el perito JORGE HUMBERTO ARISTIZÁBAL explicó lo siguiente:

*"en este tipo de enfermedades el problema más grande que nosotros tenemos es que él está al lado del hipotálamo y el hipotálamo es una parte muy importante en muchas funciones endocrinológicas, autonómicas, libera sustancias que van a producir hormonas, al lado de él está la visión, al lado de él está el sistema ventricular donde circula el líquido y además de eso tiene unas arterias, entonces cuando uno va a hacer esta cirugía, uno el punto que tiene es ir a sacar la mayor cantidad de lesión produciendo el menor daño y por eso uno entra por el abordaje que ellos usaron se llama trans lamina terminalis que es una laminita blanquita que es muy pequeña y que tiene funciones algo cognitivas, estos pacientes generalmente tienen trastornos de memoria, algo de trastornos cognitivos por el sitio hipotalámico y uno entra y abre eso tratando de no dañar los lados, entra por esa laminita que tiene más o menos un milímetro, un milímetro y medio, así uno no genera tanto daño, disecciona el tumor y lo retira. **Cuando uno retira el tumor, el tumor se pega a las paredes y en las paredes es el hipotálamo, el tumor nace al lado de él, es un remanente un pedazo de cuello por así decirlo que llama arco braquial que en la evolución se mete allá, es un tumor embrionario que se mete donde no debe estar y él empieza a crecer, lo normal es que los tumores son más abajo, contra la hipófisis, en este caso era en todo el tercer ventrículo donde está el hipotálamo entonces la primera alteración que yo tengo siempre es endocrinológica** y es tan así que los libros dicen y hay un doctor Yasargil que es el papá de la cirugía está que dice, si usted opera el paciente y no sale con diabetes insípida, no le hizo nada porque uno va y remueve ese tumor ahí, y uno a qué juega, a tratar de sacar la mayor cantidad de lesión generando las menores alteraciones, **es imposible que yo entré allá y el paciente salga como si nada**, quiere decir que no le hice nada y uno ya sabe yo tengo pacientes que yo intervengo que entran lo medio lo toca y se salen y el paciente que sigue con su trastorno endocrinológico, con su trastorno visual, con su hidrocefalia, pero me llega a mí me toca operarlo y hacerle lo que no han hecho, entonces, **uno entra allá y tiene ese lío, que es que todo lo que tiene al ladito***

*es importante y es primero, el que no lo saca no le va a hacer diabetes insípida, entonces siempre que yo entro allá me va a hacer eso y es una de las partes que uno maneja. Segundo, si yo no lo saco, la posibilidad de recidiva es muy alta, si yo lo saco todo entre el 30 y el 50% me vuelven a crecer o sea que, en término de 3, 5 o 6 años estoy otra vez como si no hubiera hecho nada. Segundo el objetivo número uno es tratar de hacer la mayor resección con el mejor daño entonces, ... **es que es imposible, o sea yo no puedo tocar el hipotálamo sin alterar su función**, que hace uno, entonces, uno empieza a tratarle la diabetes insípida, segundo si uno está de buenas que el paciente tiene sed, él mismo se ayuda a compensar entonces da mucha sed, pero esta enfermedad no sé cuál me hace sed y cuál no me hace sed. Segundo, yo le juego a las hormonas... depende del paciente... es que muchas de las alteraciones que uno ve, **por eso esta enfermedad es tan compleja, porque yo no puedo predecir**, yo le digo a usted le sacó un tumor de la hipófisis y yo sé que, si le saco la mitad de la hipófisis, la parte anterior del hipófisis, yo lo reemplazó con hormonas y le doy hormonas y así y todo no logró normalizarlo. **En este tumor, yo me voy al centro donde se liberan las hormonas y ya la predicción es distinta**, segundo, ese centro que es acá donde está el hipotálamo trabaja para la hipófisis, pero allá hay zonas que trabajan por otro lado, para otro lado el organismo, está el sistema nervioso autónomo, **entonces es un sitio que es muy complejo, nosotros le tenemos mucho respeto a esa zona o sea esa zona no la ópera cualquier neurocirujano, usted se va acá al doctor neurocirujano de Faca y él no se mete, porque es complejo**".*

Con base en lo anterior, es claro que la alteración orgánica del hipotálamo generó variaciones hidroelectrolíticas fuera de cualquier previsión, y aún a pesar del manejo médico, sin que tal desbalance pueda atribuirse a una actuación médica puntual.

En efecto, se logró demostrar que la mielinolisis pontina u osmótica que presentó el paciente IVÁN ESTEBAN SABOGAL, derivada de la variación abrupta del sodio en el organismo, no sólo se puede presentar como consecuencia del manejo médico para la reposición del sodio, sino que puede ser atribuida a la reacción del organismo debido a que el hipotálamo – afectado por el craneofaringioma ubicado en el tercer ventrículo y de gran tamaño – no funciona adecuadamente para regular esta función.

Así, el Dr. JULIO ROBERTO FONNEGRA explicó en su declaración, que es posible que la mielinolisis pontina se presente como consecuencia de las complicaciones hidroelectrolíticas que genera la alteración del hipotálamo producida por el craneofaringioma, e indicó que *"es predecible, aunque es muy rara y de eso hablé con la familia del paciente y no con ese nombre porque no me entiende nadie, sino le hable de las consecuencias y de un coma permanente, que podría quedar por las alteraciones de los líquidos y electrolitos y lo escribí en la historia clínica el día anterior a la cirugía, después de que me reuní con ellos. La mortalidad del craneofaringioma es del 10%, o sea mueren en los siguientes 30 días a la cirugía 1 de cada 10 en aquella época, y eso también lo mencionamos y lo hablamos ampliamente."*

Por su parte, el Dr. JUAN CARLOS DIEZ PALMA explicó en su declaración:

"Preguntado por el despacho: Esa mielinolisis osmótica se puede presentar en esta clase de operaciones por el mal manejo que se le da al control del sodio en el organismo o por otras cuestiones del individuo o por otras enfermedades o

*necesariamente es el mal manejo que se la da por parte del personal médico. Contestó: no necesariamente es el mal manejo, la mielinolisis con lo que se relaciona más directamente es con la alteración o variación rápida de los niveles de sodio en la sangre, sin embargo, la variación rápida de los niveles de sodio en la sangre no siempre significa un mal manejo médico porque de base el hipotálamo del paciente es que tiene la función de regular el sodio en la sangre. Entonces, si uno tiene una disfunción en el hipotálamo a pesar de los esfuerzos médicos para hacer las correcciones necesarias pueden éstos ser infructuosos y tener resultados catastróficos pero fundamentalmente, el que mejor regula eso, mejor que cualquier corrección médica es el mismo paciente con su mecanismo de autorregulación hipotalámico, entonces cuando el hipotálamo que es una estructura doctora que está en la parte más básica central del cerebro lo que compartimos con todos los animales, con todos los primates y es la parte del cerebro que regula lo que nosotros llamamos el sistema autónomo del cerebro, es decir, uno sin la parte externa del cerebro puede vivir, en malas condiciones porque no tendría el cerebro que nos permite pensar y comunicarnos, pero el cerebro básico que nos permite seguir con vida y signos vitales podría seguir funcionando, esto por ejemplo pasa en los pacientes con estados de vegetativos, pero el hipotálamo está en un sitio del cerebro que es absolutamente indispensable e irremplazable, uno sin hipotálamo no puede sobrevivir no hay ninguna posibilidad de que no sobreviva a un daño hipotalámico extenso e irreversible. Entonces, yo creo que la respuesta, es más, es decir, **el hipotálamo es el que se encarga de hacer este tipo de regulaciones y cuando un hipotálamo se daña, se daña absolutamente en cualquier intento que uno haga de corrección** porque incluso en un paciente con el hipotálamo funcionando estas correcciones del sodio pueden dar resultados no esperados, pero si uno tiene el hipotálamo disfuncional entonces eso es un punto de partida muy en contra de un buen resultado”*

De acuerdo con lo expuesto, en el caso del paciente IVÁN ESTEBAN SABOGAL, la existencia de esa alteración hipotalámica se puede verificar no sólo a partir de la variación del sodio del día 21 de febrero de 2009, sino en todas las variaciones de este elemento químico fundamental que se presentaron durante su hospitalización, a pesar del tratamiento médico instaurado.

En efecto, según lo expusieron los expertos, se encontraron elevaciones del sodio los días 29 de enero y 1° de febrero, seguidas de un gran descenso los días 2, 3 y 4 de febrero. Nuevamente una elevación los días 7, 8 y 9 de febrero, seguida de una disminución importante los días 11 y 13 de febrero. Nuevamente, el 21 de febrero, se documenta una disminución del sodio en sangre, seguida por una elevación importante, que continuó subiendo hasta el 26 de febrero, a pesar del manejo médico instaurado, presentándose una nueva disminución el 1° de marzo de 2009.

Esta volatilidad del sodio del paciente SABOGAL da cuenta de la alteración hipotalámica a la que hicieron referencia los expertos, que no es atribuible al manejo médico dispensado en la Unidad de Cuidado Intensivo de la Institución que represento.

Contrario a esta evidencia y a pesar de haber sido requerido por esta defensa, el Dr. LEONIDAS VÁSQUEZ no encontró explicación alguna de porque, si se estaba atribuyendo el aumento del sodio del día 21 de febrero de 2009 a una sobrecorrección del mismo, hubo un aumento, aún muy por encima de la supuesta

sobrecorrección, pues según los cálculos del perito, como se indica en la providencia apelada, eran de una corrección de 20.5 miliequivalentes en 24 horas, pero el sodio se elevó de **110** (Valor del Na del 21/02/2009 a las 04:29 horas – Folio 16 Tomo V historia clínica y folio 244 Tomo I historia clínica) a **141** (Valor del Na del 21/02/2009 a las 14:00 horas – Folio 16 Tomo V historia clínica) y luego a **176.1** (Valor del Na del 22/02/2009 a las 20:35), datos que se asocian a la corrección efectuada con la solución hipertónica. Es más, el sodio continuó subiendo hasta 188, sin administración de solución hipertónica, como consta a folio 265 del Tomo I de la historia clínica electrónica:

228 - 2009/02/23 11:49:38 AM Hab.:CC-U

EVENTUALIDAD

NEUROCIRUGIA

PACIENTE CON DIAGNOSTICO ANOTADOS

ESTA CON UNA DIABETES INSIPIDA DE DIFICIL CONTROL, HACE 2 DIAS ESTABA CON EL SODIO EN 110 HOY ESTA EN 188

EL PACIENTE HA PRESNETADO 3 EPISODIOS CONVULSIVOS EN LA MAÑANA D E HOY

ESTA EN ESTOS MOMENTOS EN UN POSTICTAL CON LEVE SEDACION POR EL DIAZEAM, SIGIE CON PUPILAS ISOCOTRICAS

SE LE REALIZA UN TAC DE CARNEO DE CONTROL QUE MUESTRA QUE HAY UN LEVE CRECIMIENTO DEL HIGROMA IZQUIERDO Y S E IBSERVAN LOS CAM,BIOS POSTQUIRURGICOS DERECHOS , NO SE OBSERVA ZONAS DE ISQUEMIAS O DE SANGRADO

EL PACIENTE ESTA EN DELICADAS CONDCIONES GENERALES, ESTA MUY DELICADO DESDE EL PUNTO DE VISTA NEUROLOGICO Y NEUROENDOCR INO

SE SOLICITA UNA VALORACION POR ENDOCRINOLOGIA

SE CONTINMUARA EL AMNEJO Y LA MONITORIA ESTRICTA EN LA UCI

En efecto, la historia clínica da cuenta de que el paciente **sólo recibió 6 horas de solución hipertónica** (cuya función es elevar el sodio ante una hiponatremia como la que presentó el 21 de febrero de 2009, según explicaron los expertos), a pesar de lo cual rápidamente presentó aumento del sodio a niveles normales (folio 246 Tomo I historia clínica).

211 - 2009/02/22 01:02:42 AM Hab.:CC-U

EVENTUALIDAD

NOTA UCC NOCHE
 DX
 DETERIORO NEUROLOGICO A ESTUDIO
 - HIPOVOLÉMICO
 - SÉPTICO ?
 POP DE RESECCIÓN DE CRANEOFARINGIOMA
 DIABETES INSIPIDA CENTRAL
 HIPOTIROIDISMO CENTRAL

PACIENTE QUE HA PRESENTADO MEJORÍA DE SU ESTADO NEUROLOGICO. APERTURA OCULAR ESPONTANEA, OBEDECE ORDENES, MOVILIZALAS CUATRO EXTREMIDADES. NO SIGNOS MENINGEOS. TA 145/68 FC 85 ECG SINUSAL RUIDOS CARDIACOS RÍTMICOS Y REGULARES FR 16 MURMULLO VESICULAR PRESENTE EN AMBOS CAMPOS PULMONARES DIURESIS 5.4 CC/K/H BALANCE 1572- ABDOMEN BLÑANDO Y DEPRESIBLE NO SIGNOS EXTERNOS DE INFECCIÓN TEMPERATURA 36 GRADOS

GASES ARTERIALES
 ACIDOSIS METABÓLICA HIPERCLORÉMICA
 DIF 26 ANION GAP 13

LEU COCITOS 6800 N 49 L 39 MONOCITOS 11.1 HB 10.1 HCT 27.9 PLT 384000
 ACIDO LÁCTICO 2.7 CLORO 120 CREATININA 0.5 NU 3 K 2.5 NA 141 PROTEINA C REACTIVA 50.56

ANALISIS

PACIENTE QUE HA PRESENTADO MEJORÍA DE SU PARTE NEUROLÓGICA. AHORA ALERTA, ORIENTADO, OBEDECE ORDENES, SIN SIGNOS MENINGEOS. MOVILIZA LAS CUATRO EXTREMIDADES. PRESENTA AUMENTO DEL SODIO A NIVELES NORMALES DESPUÉS DE LA REANIMACIÓN HÍDRICA DEL INGRESO DEL PACIENTE. SOLO RECIBE APROXIMANDAMENTE 6 HORAS DE SOLUCIÓN HIPERTÓNICA. EN EL MOMENTO SIN SIGNOS CLÍNICOS DE MIELINOLISIS PONTINA
 PRESENTA DESCENSO DE LOS LEUCOCITOS POSTERIOR A LA REANIMACIÓN Y DISMINUCIÓN DE LOS LEUCOCITOS POSTERIOR A LA ADMINISTRACIÓN DE LÍQUIDOS. EN EL MOMENTO SIN RESPUESTA INFLAMATORIA SISTÉMICA (NO LEUCOCITOSIS, NO TAQUICARDIA, NO TAQUIPNEA Y NO FIEBRE)
 LOS GASES ARTERIALES DOCUMENTAN ACIDOSIS METABÓLICA CON DIF DENTRO DEL RANGO DEL PACIENTE CRÍTICO Y ANION GAP NORMAL.
 SE RECIBIÓ REPORTE DE A. BAUMANII EN PUNTA DE CATER. HEMOCULTIVOS CONCOMITANTES NEGATIVOS HASTA LA FECHA.
 SE CONSIDERA QUE EN EL MOMENTO NO ES UNA URGENCIA INICIO EMPÍRICO DE ANTIBIÓTICOS DADO LA ESTABILIDAD HEMODINÁMICA DEL PACIENTE Y A LA MEJORÍA CLÍNICA DE SU ESTADO DE BASE SINEMBARGO SE DECIDE REALIZAR POLICULTIVOS Y VIGILAR APARICIÓN DE FIEBRE U OTROS SIGNOS DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTÉMICA
 SE CONTINÚAN MANEJOS DE REANIMACIÓN, SUPLENCIA CON HORMONA TIROIDEA, ESTEROIDES Y DESMOPRESINA
 SE SOLICITAN PARACLÍNICOS DE CONTROL

Si la variación fuese producto de la presunta sobre corrección, el valor del sodio debería ser cercano a un nivel de 130.5 a las 24 horas. Sin embargo, sólo con 6 HORAS DE ADMINISTRACIÓN DE SOLUCIÓN HIPERTÓNICA hubo un aumento a 141, y continuó subiendo hasta 176 y 188 SIN NINGUNA CORRECCIÓN HIPERTÓNICA.

Esto corrobora lo que explicaron los expertos en neurocirugía en su declaración, quienes sí tienen experiencia en esta rara y compleja patología, en el sentido de señalar que la alteración es producto del daño hipotalámico y no de la corrección con líquidos y medicamentos.

En ese sentido, al Dr. JULIO ROBERTO FONNEGRA se le preguntó expresamente si esa elevación del sodio de 110 a 141, es decir muy por encima de cualquier cálculo, podía explicarse por la administración de las soluciones para reponer el sodio o si podía tener otras causas, frente a lo cual señaló: *"Yo ya lo he mencionado, es que era un hipotálamo que estaba saltando de una situación a otra de forma espontánea e inesperadamente, eso no debería haber pasado, pero igual teníamos un sodio bajo y al rato teníamos que sodio bajito y entonces era que botaba ese hipotálamo las reservas pocas que tenía de hormona antidiurética las botaba a la loca, entonces uno reponía una cosa y se reseteaba el hipotálamo y lo que estaba haciendo en ese momento era contraindicado entonces eso fue una cosa loca, como yo veo esto."*

Y a continuación aseveró el experto lo siguiente: *“Preguntado: Con base en eso doctor, el hecho que a pesar de que no se le suministraran en medicamentos para aumentar el sodio siguiera subiendo incluso hasta 170 se explica es por la lesión del hipotálamo. Contestado: **pero por supuesto, entonces en ese momento volvió a ser diabetes insípida** entonces la diabetes insípida bota agua y se sube el sodio o pudo haber hecho y otras cosas, como le digo yo, **estábamos entre diabetes insípida, secreción adecuadamente diurética y síndrome perdedor de sal**, cada entidad de esta se maneja de forma diferente y si usted le pone desmopresina por ejemplo a un síndrome perdedor de sal empeora la situación, pero **nosotros no teníamos, nadie, tenía manera de saber qué era lo que estaba haciendo ese hipotálamo en ese momento y ese fue el problema**”.*

En el mismo sentido, concluyó el Dr. JUAN CARLOS DIEZ PALMA lo siguiente: *“analizando todos los hechos, todo lo que ocurrió con él, **yo sin duda puedo asegurar que él tenía un daño hipotalámico irreversible, porque a pesar de los intentos de múltiples especialistas en diferentes tiempos, en diferentes espacios de la clínica y todos tratando de hacer lo mismo y ninguno lo logró**, con lo cual el daño era, el daño del estado funcional del paciente y el daño hipotalámico fue el que llevó al resultado que sabemos ocurrió en la hospitalización y el desenlace clínico de este paciente”.*

Y continuó afirmando el testigo: *“Preguntado: con base en su respuesta anterior doctor, los pacientes que como Iván Esteban presentaba tanto diabetes insípida como síndrome de cerebro perdedor de sal y secreción inadecuada de la hormona antidiurética tienen más riesgo de presentar una desmielinización osmótica. Contestó: **Si doctora, por supuesto, porque como mencione hace un momento la mielinolisis osmótica está relacionada con la fluctuación rápida de los niveles de sodio fundamentalmente y un paciente que alterna rápidamente la producción de hormona antidiurética entre excesos y defectos, por supuesto oscila rápidamente sus niveles de sodio y puede desencadenar una mielinolisis osmótica**”*

Es claro, con base en lo anterior, que el lamentable fallecimiento del paciente, es producto de ese daño hipotalámico, y no de la atención médica suministrada, como erróneamente lo concluyó la providencia apelada.

En cuanto a los cálculos de la reposición del sodio del día 21 de febrero de 2009, es menester indicar que la interpretación tanto del testigo NAIRO CANO como del perito LEONIDAS VÁSQUEZ fue sustancialmente diferente, sin que exista coincidencia en el valor de la supuesta sobre corrección, pues ambos cálculos arrojaron cifras diferentes.

Esto nos permite afirmar que la revisión *ex post* de la historia clínica, desconociendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo el acto médico, hace que la valoración de la actuación médica sea inadecuada, pues superando las dificultades del momento, podría parecer sencillo el manejo de una situación tan supremamente compleja como la que se presentaba e incluso así fue imposible obtener un consenso entre los propios testigos del actor.

Aunado a lo anterior, la misma historia clínica – la cual no fue analizada en la sentencia apelada – da cuenta que los especialistas en medicina crítica verificaron que la corrección del sodio se estuviera haciendo adecuadamente como se explica a continuación:

1. **FOLIO 235 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE LAS 05:02.39 A.M.**
 – El paciente presentó deterioro del estado de conciencia, alteración del sodio y se trasladó a la Unidad de Cuidados Intensivos

203 - 2009/02/21 05:02:39 AM Hab.:1A-0

EVENTUALIDAD

SE ACUDE AL LLAMADO DE ENFERMERIA YA QUE LE PACIENTE PRESENTA EPISODIO DE AGITACION CON DETERIORO DEL ESTADO DE CONCIENCIA GLASGOW 11/15 ESTANDO ANTERIORMENTE 15/15, ENCUENTRO PACIENTE DIAFORETICO, NO HAY RESPUESTA VER BAL, SE OBSERVA AGITADO, FC 133 X MIN, PUPILAS 3 - 4 MM PEREZOSAS A LA LUZ, GLUCOMETRIA 128 MG/DL,

ANTECEDENTES DE

POP 4TO DIA DE LAVAD QUIRURGICO Y CAMBIO DE VAC DE MIEMBRO SUPERIOR DERECHO,
 POP 20AVO DIA DE RESEC CION DE TIUMOR CEREBRAL
 ANTECEDENTESDE DIABETES INCIPIDA.

HA PRESENTADO EPISODIO DE ALTERACION DEL SODIO HA REQUERIDO INGRESO A UCI PARA MANEJO, TA 120/80, FR 21 X MIN, FC 133 X MIN, RUIDOS CARDIACOS RITMICOS TAQU ICARDICOS, PULMONES CON MURMULLO PRESENTE. NEUROLOGICO CON DETERIORO DEL ESTADO DE CONCIENCIA GLASGOW 11/15, HAY CONTRACTURA PERMANENTE DE MANEO IZQUIERDA Y DE PIE EZQUIERDO. NO HYA RESPUESTA VERBAL A ORDENES, ONTERACCI ON CON EL MEDIO

SE CONSIDERA DADO LOS ANTECEDTNE DEL PACIENTE INICIAR BOLO DE LACTATO DE RINGER 1000 CC , TOMAR TAC CEREBRAL, TOMA DE ELECTROLITOS Y DE CH PCR, REQUIERE SEDACION PARA EXAMENE DE TAC. 3 MG DE MIDAZOLAM.
 SE COMENTA EN UNIDAD CORONARIA EN DONDE ES ADMINITO PARA MONITORIZACION.

2. **FOLIO 239 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE LAS 12:20.50 P.M.**
 – Continúa en valoración por neurocirugía

206 - 2009/02/21 12:20:50 PM Hab.:1A-0

EVENTUALIDAD

NEUROCIROGIA

PACIENTE DE 19 AÑOS DE EDAD CON DX

POP CRANIOFARINGIOMA
 DIABETES INSIPIDA
 HIPONATREMIA

SE ENCUENTRA SEDADO, POR AGITACION, HIPONATREMIA EN CORRECCION.

TSH 0

TAC CON CAMBIOS POP NORMALES

C TA/

SE INICIA HORMONA TIROIDEA.

SIGO EVOLUCION

3. **FOLIO 241 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE LAS 13:34:03 P.M.**
 – Órdenes a enfermería – Suministro de solución salina para reposición de sodio

ORDENES A ENFERMERIA

Cabecera 45 grados
 SS paraclínicos
 SS 7% 20 cc/h
 Favor iniciar tiroxina ahora

4. **FOLIOS 244 Y 245 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE LAS 04:24:15 P.M. – VERIFICACIÓN DE LA ORDEN DADA A ENFERMERÍA CON FÓRMULA CALCULADA PARA REPOSICIÓN DEL SODIO PARA AUMENTAR 10 MILIEQUIVALENTES EN 24 HORAS**

210 - 2009/02/21 04:24:15 PM Hab.:1A-0

EVENTUALIDAD

NOTA DE INGRESO A UCC

MC: TRASLADO DE PISO

EA: PACIENTE CONOCIDO EN EL SERVICIO DE UCI POR POP DE RESECCIÓN DE CRANEOFARINGIOMA Y DIABETES INSIPIDA. REFIERE EL PADRE QUE DESDE EL DÍA DE AYER EL PACIENTE PRESENTA DETE RIORO NEUROLÓGICO DADO POR AGITACIÓN, SUDORACIÓN Y APARICIÓN DE ZANAS ROJAS EN RODILLAS Y CODOS. NIEGA FIEBRE O DISNEA.

EL PACIENTE ES VALORADO POR MÉDICO DE PISO QUIEN ENCUENTRA AL PACIENTE TAQUICARDICO Y GLASGOW DE 11 /15. TOMAN TAC DE CRANEO QUE NO DOCUMENTA EVENTOS AGUDOS. SE DECIDE TRASLADO DE A UCC PARA VIGILANCIA NEUROLÓGICO

AP

POP DE RESECCIÓN DE CRANEOFARINGIOMA

POP DE LAVADO DEBRIDAMIENTO DE ANTEBRAZO DERECHO MÁS TERAPI A VAC DIABETES INSIPIDA QUE HA REQUERIDO DE DESMOPRESINA

EF

PACIENTE ESTUPOROSO CON REFLEJOS DE LA VÍA AÉREA CONSERVADA, PUPILAS ISOCÓRICAS, INQUIETE, MOVILIZA LAS CUATRO EXTERMIDADES. TA 80/60 (AL INGRESO) TA 130/6 4 FC 137 ECG SINUSAL RUIDOS CARDIACOS TAQUICARDICOS FR 28 SPO2 96% MURMULLO VESICULAR PRESENTE EN AMBOS CAMPOS PULMONARES DIURESIS 700 CC ORINA CLARA ABDOMEN BLANDO Y DEPRESIBLE NO SIGNOS EXTERNOS DE INFECCIÓN. TEMPERATU RA 36.5 GRADOS

PARACLÍNICOS

NA 110

TSH 0

GASES ARTERIALES

ACIDOSIS METABÓLICA CON ACIDO LÁTICO 3.4

DX

HIPONATREMIA SINTOMÁTICA SEVERA

DIABETES INSIPIDA CENTRAL

HIPOTIROIDISMO CENTRAL SUBCLÍNICO

POP DE RES ECCIÓN DE CRANEOFARINGIOMA

POP DE LAVADO DEBRIDAMIENTO LESIÓN ANTEBRAZO DERECHO

ANALISIS

PACIENTE QUE VIENE RECIBIENDO DESMOPRESINA Y PRESENTA DETERIORO NEUROLÓGICO ASOCIADO A HIPONATREMIA SEVERA Y AUSENCIA DE HORMO NA ESTIMULANTE DE TIROIDES CON NIVELES DE T3 DENTRO DE LÍMITES NORMALES.

SE INICIA MANEJO INMEDIATAMENTE CON SOLUCIÓN HIPERTÓNICA CALCULADA PARA AUMENTAR 10 MEQ EN 24 HORAS. SE INICIA ADEMÁS SUPLENCIA HORMONAL CON TIROX INA Y ESTEROIDES. SE DEJA CON MANEJO DE SOPORTE

SE EXPLICA A FAMILIARES SITUACIÓN ACTUAL DEL PACIENTE ASÍ COMO RIESGOS A CORTO MEDIANO Y

EVENTUALIDAD

LARGO PLAZO.

NOTA DE PROCEDIMIENTO

PREVIA ASEPSIA Y ANTISEPSIA SE INFILTRA CO N XILOCAÍNA AL 2% VÍA YUGULAR INTERNA IZQUIERDA Y SUBCLAVIA IZQUIERDA SIN ÉXITO. POR VÍA FEMORAL DERECHA, MONOPUNCIÓN, POR TENCIA DE SELDINGER SE AVANZA CATETER VENOSO CENTRAL SIN COMPLICACIONES. SE FIJA A PIEL CON SEDA.

PLAN

REPOSICIÓN DE SODIO

REANIMACIÓN HIDRICA

PARACLÍNICOS DE CONTROL

Cordialmente,

Dr. Carlos Santacruz
UCI
94486541 - 76324

Dr. Santacruz Herrera Carlos Andres
MEDICINA INTERNA Reg. Medico No: 0000094486541



Con base en lo anterior, el especialista idóneo – en el momento mismo de los hechos – se encargó de verificar que la corrección hidroelectrolítica INSTAURADA PREVIAMENTE se hubiese hecho de manera adecuada, y así lo consignó en la historia clínica, prueba que no fue analizada por la sentencia, respecto de la presunta sobrecorrección.

Así, existe prueba idónea en la historia clínica que el especialista en medicina interna verificó que la solución suministrada cumpliera con el cálculo necesario para subir 10 Meq (miliequivalentes) en 24 horas, en total consonancia con la *lex artis ad hoc*.

5. FOLIO 246 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE 22 DE FEBRERO DE 2009 LAS 01:02:42 A.M. – Nota previamente transcrita en que el especialista en medicina interna analiza que el paciente sólo recibió 6 horas de solución hipertónica, a pesar de lo cual se normalizó el sodio.

De acuerdo con lo expuesto, el mismo especialista que verificó que la reposición se había realizado de manera adecuada, evidenció la respuesta exagerada del organismo del paciente IVÁN ESTEBAN SABOGAL, ordenando continuar reanimación, suplencia con hormona tiroidea, esteroides y desmopresina.

6. FOLIO 264 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2009 LAS 10:08:55 A.M. – Nota que permite evidenciar el trastorno metabólico e hidroelectrolítico secundario a la condición de base del paciente.

225 - 2009/02/23 10:08:55 AM Hab.:CC-U

EVENTUALIDAD

NEUROLOGIA

RESPUESTA A INTERCONSULTA

PACIENTE ADULTO JOVEN CON HALLAZGO TOMOGRAFICO EXTRAINSTITUCIONAL DE LESION TIPO TUMOR CON COMPONENTE SOLIDO-SELAR SUPRASELAR CON IMPORTANTE COMPONENTE QUISTICO PROTRUYENDO POR EL PISO DEL TERCER VENTRICULO EN RELACION PROBABLE CON CRANEOFARINGIOMA SE REALIZO RESECCION DEL MISMO .

DURANTE SU ESTANCIA HOSPITALARIA HA PRESENTADO MULTIPLES COMPLICACIONES METABOLICAS INCLUYENDO DES EQUILIBRIO HIDROELECTROLITICO HIPERNATREMIA /HIPONATREMIA LAS CUALES SE HAN CORREGIDO .DESDE HACE 2 DIAS HAY ALTERACION FLUCTUANTE DE ESTADO DE CONCIENCIA Y EN LA MAÑNA DE HOY SE DOCUMENTAN ALTERACION DE ESTADO DE CON CIENCIA CON EPISIO DE SACUDIDAS CLONICAS Y MIOCLONICAS DE CABEZA TRONCO Y MIEMBROS INFERIORES DE PREDOMINIO HC IZQUIERDO . SE INICIA DIAZEPAM PARA CONTROL DE CRISIS .

ADICIONALMENTE HA PRESENTADO EPISIO FEBRIL SIN UN FOCO APARENTE

O/ TA 124/100 fc 100 fr 18

PACIENTE BAJO EFECTOS DESEDACION CON PUPILAS DE 3.5 MM BILATERAL HIPOREACTIVAS Y MOVILIZACION AL DOLOR FACIAL Y EN EXTREMIDADES . RTA EXTENSORA BILATERAL .

TAC CEREBRA L QUE MUESTRA HEMATOMA SUBDURAL , HEMORRAGIA SUBARACNOIDEA Y CONTUSION HEMORRAGICA A NIVEL FRONTAL DERECHO RESIDUAL

A/ PACIENTE CON RESECCION DE CRANIOFARINGIOMA + PANHIPOUITARISMO , COMPLICACIONES METABOLICAS E HIDROELECTROLICIAS SECUNDARIA A SU CINDICION XDE BASE . STATUS CONVULSIVO FOCAL POR PROBALE EFECTO IRRITATIVO CORTICAL . SOSPECHA DE NEUROINFECCION

P/ACIDO VALPROICO 1 GR AHORA PARA PASAR A 30 MINUTOS CONTINURA 25 D 855 CADA 6H SE REALIZO PL PENDIENTE REPORTE

Cordialmente,

Dr. Poveda Henao Claudia Marcela
CARDIOLOGIA Reg. Medico No: 0000052263506



7. FOLIO 265 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2009 LAS 11:49:38 A.M. – Diabetes insípida de difícil control

228 - 2009/02/23 11:49:38 AM Hab.:CC-U

EVENTUALIDAD

NEUROCIRUGIA

PACIENTE CON DIAGNOSTICO ANOTADOS

ESTA CON UNA DIABETES INSIPIDA DE DIFICIL CONTROL, HACE 2 DIAS ESTABA CON EL SODIO EN 110 HOY ESTA EN 186

EL PACIENTE HA PRESNETADO 3 EPISODIOS CONVULSIVOS EN LA MAÑANA D E HOY

ESTA EN ESTOS MOMENTOS EN UN POSTICTAL CON LEVE SEDACION POR EL DIAZEAM, SIGIE CON PUPILAS ISOCOTRICAS

SE LE REALIZA UN TAC DE CARNEO DE CONTROL QUE MUESTRA QUE HAY UN LEVE CRECIMIENTO DEL HIGROMA IZQUIERDO Y S E IBSEVAN LOS CAM,BIOS POSTQUIRURGICOS DERECHOS , NO SE OBSERVA ZONAS DE ISQUEMIAS O DE SANGRADO

EL PACIENTE ESTA EN DELICADAS CONDCIONES GENERALES, ESTA MUY DELICADO DESDE EL PUNTO DE VISTA NEUROLOGICO Y NEUROENDOCR INO

SE SOLICITA UNA VALORACION POR ENDOCRINOLOGIA

SE CONTINUARA EL AMNEJO Y LA MONITORIA ESTRICTA EN LA UCI

8. FOLIO 267 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2009 LAS 12:00:55 P.M. – Complicaciones metabólicas e hidroelectrolíticas secundaria a su condición de base

230 - 2009/02/23 12:00:55 PM Hab.:CC-U

EVENTUALIDAD

INFECTOLOGIA

PACIENTE DE 19 AÑOS, CONOCIDO POR EL SERVICIO, CON DIAGNOSTICO DE RESECCION DE CRANIOFARINGIOMA + PANHIPOITUITARISMO , COMPLICACIONES METABOLICAS E HIDROELECTROLICIAS SECUNDARIA A SU CONDICION DE BASE, COLONIZACION CON PSEUDOMONA Y ACINETOBACTER BAUMANII (PUNTA DE CATETER), CON AREA CRUENTA EN MIEMBRO SUPERIOR DERECHO EN TERAPIA VAC, PRESENTO PICO FEBRIL EL DIA DE AYER Y EPISODIO CONVULSIVO EL DIA DE HOY. REPORTE DE HEMOCULTIVOS DEL 15.02.2009 NEGATIVOS Y DEL 22.02.2009: PRELIMINAR NEGATIVOS, UROANALISIS DENSIDAD 1030 NO SUGESTIVO DE INFECCION, UROCULTIVO EN REINCUBACION. CITOQUIMICO DE LIQUIDO CEFALORRAQUIDEO: CELULAS 210 XC NEUTRO 60%, L 40% PROTEINA 67 GRAM SIN BACTERIAS, GLUCOSA 67 MG/DL, ERITROCITOS ABUNDANTES. NO HA PRESENTADO LEUCOCITOSIS. SODIO DE CONTROL DE HOY 182, POTASIO 4,1 ACIDO LACTICO: 2,2.

PACIENTE CON ALTERACION NEUROEN DOCRINA SECUNDARIA A PANHIPOITUITARISMO QUIEN CURSA ADEMAS CON PICOS FEBRILES Y CITOQUIMICO DE LCR ANORMAL QUE AUNQUE PUEDE SER EXPLICADO POR ANTECEDENTE QUIRURGICO Y HEMORRAGIA SUBARACNOIDEA, NO ES POSIBLE DESCARTAR EN ESTE MOMENTO NEUROINFECCION, POR LO CUAL SE DECIDE INICIO DE TRATAMIENTO ANTIBIOTICO CON MEROPENEM+VANCOMICINA, PENDIENTE REPORTE DEFINITIVO DE CULTIVOS, SE RECOMIENDA DETERMINACION DE LACTATO EN LCR.

9. FOLIO 269 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – VALORACIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2009 LAS 01:19:51 P.M. – Valoración por endocrinología – El balance de líquidos y de sodio es el esperable

232 - 2009/02/23 01:19:51 PM Hab.:CC-U

EVENTUALIDAD
ENDOCRINOLOGÍA

PACIENTE JOVEN CON ANTECEDENTE DE POP DE CRANEOFARINGIOMA QUIEN CURSA CON DIABETES INSIPIDA EN EL POSTOPERATORIO INMEDIATO. CON ADECUADO MANEJO DE BALANCE DE LIQUIDO Y NATREMIA POR LO QUE ES DERIVADO DE LA UCI A PISO DON DE CURSA CON HIPONATREMIA SEVERA (110 MEQ/L) Y CUADRO CLÍNICO COMPATIBLE POR LO CUAL SE LE INICIAN MANIOBRAS DE REANIMACIÓN HÍDRICA Y SUPLENCIA DE SODIO CON SOLUCIONES HIPERTÓNICAS. EVOLUCIONANDO EN LAS S PRIMERAS CUATRO HORAS CON SODIO DE 141 MEQ/L Y LUEGO HASTA 180 MEQ/L EN LAS SIGUIENTES 24 HORAS.

EN EL MOMENTO PACIENTE CLÍNICAMENTE CON CONVULSIONES CLÓNICAS Y DETERIORO DE LA ESFERA MENTAL CON TAC DE CRANEO SIN CAMBIOS CON RESPECTO AL PREVIO. MANEJA BALANCE HIDRICO NEGATIVO. FUNCIO RENAL CONSERVADA SIN ALTERACIONES DEL POTASIO. MEDICADO CON PREDNISOLONA 10 MG/DÍA, LT4 75 MCG/DÍA, Y DESMOPRESINA 15 MCG CADA 12 HORAS. POR VÍA IV

LABORATORIOS:

T4 TOTAL NORMAL

T3 TOTAL NORMAL BAJA

TSH (MENOR 0.001 MCUI/ML) SUPRIMIDA. PREVIO A ESTO TSH NORMAL ALTA CON T4 NORMAL


CORTISOL 433 MMOL /L


OPINION: PACIENTE CON ANTECEDENTES ANOTADOS. EN NUESTRA OPINIÓN EL BALANCE DE LÍQUIDOS Y DE SODIO ES EL ESPERABLE EN ALGUNAS OCASIONES EN PACIENTE QUE CURSAN CON DIABETES INSIPIDA EN POP. SUGERIMOS CONTINUAR CON LAS CORRECCIONES PERTINENTES HASTA LLEVARLO A UNA NATREMIA NORMAL ALTA EN PROXIMOS 5 A 7 DÍAS. REALIZAR BALANCE HIDRICO DIARIO VIGILANDO DE CERCA A LA FUNCIÓN RENAL

ADICIONALMENTE NO CREEMOS QUE ESTE PACIENTE ESTÉ CURSANDO CON HIPOTIROIDISMO CENTRAL POR LO TANTO SE SUGIERE SUSPENDER LT4 Y MONITORIAM EJE TIROIDE CON TSH TOTAL LIBRE Y T3 LIBRE EN 2-3 SS

EL PATRÓN BIOQUIMICO ACTUAL SUGIERE SINDROME DEL PACIENTE EUTIROIDE ENFERMO. FINALMENTE AUNQUE EL PACIENTE SE ENCUENTRA CON SUPLENCIA DEL EJE ADRENAL. DEBIDO A SU REAGUDIZACIÓN DE ENFERMEDAD DE BASE, SUGERIMOS REPOSICIÓN CON HIDROCORTISONA IV RESTO DE MANEJO A CRITERIO DE MEDICOS UCI

Cordialmente,


Dr. Poveda Henao Claudia Marcela
CARDIOLOGIA Reg. Medico No: 0000052263506

 Dr. Frayso
Med endocrinólogo

- 10.FOLIOS 278 Y 279 TOMO I HISTORIA CLÍNICA DIGITAL – RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA – Revisión integral del trastorno hidroelectrolítico y de la reposición efectuada hasta el momento, en la cual nuevamente se verifica que la solución hipertónica calculada en ese momento correspondiera a un aumento de 10 Meq en 24 horas.

RESUMEN DE HISTORIA CLINICA			
Paciente. . . . :	IVAN ESTEBAN SABOGAL BUSTAMANTE	Nro. Doc. . . :	C 101018446
Genero :	Masculino	Edad. :	19 Años
Nro. Ingreso . :	1546817	F. Ingreso . :	2009/01/21
Entidad :	COOMEVA E.P.S S.A.	Fecha Egreso:	
		Fecha Report:	2009/02/23



Paciente de 19 años de edad que ingresa por el servicio de urgencias el día 22-01-2009 con cuadro clínico de 15 días de evolución consistente en cefalea intensa asociado a varios episodios eméticos seguidos de lipotimia posterior a caída de su propia altura con trauma en región occipital, motivo por el cual se realiza TAC cerebral simple que evidencia: Masa intra y supraselar de 4 cm de diámetro mayor, de densidad heterogénea, con componente densamente calcificado en las cisternas quiasmáticas y componente quístico que se proyecta al tercer ventrículo. Hipofisis pequeña, ocupa el fondo de la cavidad sellar.

No se demuestran alteraciones en la densidad de los parénquimas encefálicos.

Moderada ventriculomegalia de aspecto activo. Conclusión: Lesión expansiva intra y supraselar compatible con cráneo faringioma. Hidrocefalia secundaria, por lo cual se solicita valoración por neurocirugía quien hospitaliza para toma de resonancia magnética y estudios hormonales los cuales arrojaron los siguientes resultados: TSH: 4.25 Prolactina: 16.6 GH: 0.69 T3:0.78 T4: 9.42 FSH: 1.13 LH: 1.63 ACTH: 8.6 cortisol : 433.5 lo cual demostraba un adecuado funcionamiento de su eje hipofisario, el 28-01-2009 se lleva a resección de craneofaringioma previa firma de consentimiento informado por parte de los padres en donde se advirtió de el riesgo quirúrgico y probables complicaciones secundarias al acto operatorio, la cirugía dura 7 horas transcurre sin complicaciones sangrado aproximado 800cc se traslada a la unidad de cuidado intensivo. En el post operatorio inmediato evoluciona con acidosis metabólica la cual logra superarse con el manejo instaurado, con adecuadas cifras de presión intracraneal pero inicia cuadro compatible con diabetes insípida consistente en alto gasto urinario y elevación del sodio sérico lo cual fue advertido como riesgo quirúrgico cuando los padres firmaron el consentimiento informado por lo cual se inicia terapia de reemplazo con desmopresina, se realiza TAC cerebral de control se encuentra escasa cantidad de neumoencefalo postquirúrgico, y pequeña zona de contusión hemorrágica en la región frontal anteroinferior derecha, los cuales se consideran hallazgos normales después de realizada una craneotomía. Paciente que cuatro días después de resección de craneofaringioma (1-02-2009), debido a su adecuada evolución clínica y paraclínica evidenciada por la monitorización continua de los signos vitales, presión intracraneal y tomografía de control se decide extubar previa suspensión de la sedación, se encuentra paciente conectado con el medio, obedece órdenes sencillas, movilizando cuatro extremidades además se logra el control de los niveles de sodio sérico se decide trasladar a salas el (5-07-09) el 7-02-2009 el paciente se torna somnoliento a pesar de la suspensión total de la sedación y presenta hemiparesia izquierda asociado a taquicardia y fiebre sin signos de irritación meníngea y sin evidencia de lesiones nuevas en el TAC por lo que se decide nuevamente trasladar a la unidad de cuidado intensivo para monitorización estricta y toma de paraclínicos con el fin de determinar el origen del deterioro neurológico; valorado por neurocirugía quien explica a los familiares el estado delicado del paciente. En la Unidad de cuidado intensivo se encuentra nuevamente hipernatremia asociado a hipokalemia lo cual podría explicar el estado neurológico del paciente iniciándose el tratamiento para el desequilibrio hidroelectrolítico utilizando fórmulas estandarizadas (fórmula de Avogadro ref: New England Journal of Medicine:342 :20:1990) en asociación con el tratamiento con desmopresina, el paciente continúa con gasto urinario elevado pero se mantiene hemodinámicamente estable y sin más signos de respuesta inflamatoria sistémica, los cultivos realizados en sangre y catéter intraventricular y líquido cefalorraquídeo fueron negativos El 12-02-2009 se reporta en la historia clínica que el paciente está en mejores condiciones generales y que la diuresis ha podido controlarse el 17-02-2009 se decide iniciar esteroide al manejo considerando que el paciente tiene antecedente de resección de hipofisis y presenta valores de cortisol bajos el 18-02-2009 paciente ha presentado mejoría desde el punto de vista neurológico pero continúa con clínica de diabetes insípida el paciente se traslada a sala por buena evolución clínica, el 21-02-2009 el paciente presenta episodio de agitación asociado a sudoración, asociado a taquicardia y deterioro de Glasgow por lo cual es trasladado a unidad coronaria, se toma TAC cerebral que no muestra cambios, se toma sodio sérico el cual se encuentra bajo 111meq/l para lo cual se inicia reposición calculada con fórmula de Avogadro ya mencionada para aumentar 10 meq en 24 horas, además se inicia hormona tiroidea por encontrar niveles de TSH en 0 con T3 normal baja y T4 normal. después de 6 horas de reposición de sodio los niveles de este se normalizan y se suspende dicha reposición, se observa mejoría del estado de conciencia, el 22-02-2009 en la noche paciente presenta nuevamente gastos urinarios aumentados y signos de deshidratación, gases arteriales con acidosis metabólica e hipernatremia e hipokalemia, se solicita valoración por endocrinología, se inicia desmopresina nasal, el 23-02-2009 valorado por endocrinología quien sugiere continuar balance hídrico de manera que se logre normalidad en 5 a 7 días y suspender reposición de hormona tiroidea ya que el paciente todavía tiene reserva hormonal de esta, además sugiere continuar con el reemplazo de el eje adrenal. ese mismo día el paciente presenta varios episodios de convulsiones focales tónicas sin recuperación de la conciencia entre estas además de pico febril se toma punción lumbar con aumento de las proteínas por lo que se decide tomar TAC contrastado de control donde se encuentra: Colección subdural frontal derecha, hiperdensa, con un diámetro máximo de 10 mm. Ligero efecto compresivo local. Las cavidades ventriculares son simétricas. Mínima desviación de la línea media en sentido contralateral. Áreas de contusión hemorrágica frontales derechas sin cambios con respecto a estudio previo. Se solicita valoración por neurocirugía quien propone llevar a cirugía para realizar reapertura de la craneotomía, lavado del espacio epidural, toma de cultivos ante la posibilidad de empiema epidural derecho. los familiares aceptan el procedimiento y firman consentimiento informado

El breve recuento efectuado de la historia clínica nos permite demostrar no sólo la complejidad del caso clínico, sino que durante la atención se constató en múltiples

oportunidades que la reposición del sodio se efectuó en total consonancia con la *lex artis ad hoc*, a pesar de lo cual, la respuesta del organismo del paciente no fue adecuada.

Al respecto, el Dr. MAURICIO ABELLO explicó en su declaración – considerando su experticia en la regulación hidroelectrolítica durante el acto quirúrgico en su calidad de anesthesiólogo – que ese balance es algo “*muy complejo*” y que en el caso concreto “*depende de dónde estaba localizada la lesión*” y que las variaciones rápidas del sodio no son tan predecibles, pues dependen de cada paciente. Así mismo señaló que en este caso, según el análisis efectuado, las alteraciones del sodio fueron manejadas adecuada y oportunamente sin que se hubiese obtenido una respuesta favorable, a pesar del manejo brindado.

Con base en lo expuesto consideramos que las pruebas recaudadas, apreciadas en su conjunto, descartan una inadecuada actuación de los especialistas a cargo del paciente y, soportan que la mielinolisis osmótica encuentra su causa en la alteración hipotalámica secundaria al craneofaringioma y su tratamiento quirúrgico, incontrolable a pesar del manejo interdisciplinario brindado por la institución que represento.

En este sentido explicó el perito JORGE HUMBERTO ARISTIZÁBAL lo siguiente:

“eso es muy complejo, acá uno lo dice así de fácil, pero en la vida real o sea ya uno con el paciente eso es para llorar, o sea eso es una catástrofe, porque, es más, se quedan en la UCI porque eso es de para abajo, o sea no es tan fácil como ponerlo así. Yo pienso que esto, esto no es de fórmulas, depende del paciente, porque uno lo que trata es paciente. Si yo le pusiera fórmula haría medicina un aparato con inteligencia artificial y me maneja todo, los pacientes no son así y el hipotálamo y el organismo le baila a uno para todos lados y esto que nosotros estamos viendo acá tan fácil y que es así, en esto diario de uno ir mirando, hora a hora, no es así, no es así de fácil, o sea no hay una ley clara, lo que yo sí estoy tranquilo es que actuaron y manejaron el paciente como yo los manejo y lo malo es que este paciente se fue por un lado malo, ojalá a mí no me pase, eso porque me puede pasar y este problema que tienen acá y que vemos acá, esto de todo craneofaringioma, no es de sólo el de este joven es de todos los craneofaringiomas, la pelea es continua, pero queda uno tranquilo que hicieron lo que está adecuado y lo que hicieron me parece que fue muy adecuado”.

3. CAUSALIDAD ADECUADA – AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD EN EL CASO CONCRETO – HECHO GENERADOR DE LA DESMIELINIZACIÓN OSMÓTICA PRESENTADA POR EL PACIENTE - ANÁLISIS DE LA ATENCIÓN EN SALUD BRINDADA AL PACIENTE DE MANERA INTEGRAL – VALORACIÓN DEL ACTO MÉDICO EN EL CASO CONCRETO -

En el caso objeto de debate, como ya lo hemos explicado, la complejidad del tumor presentado por IVÁN ESTEBAN SABOGAL por tratarse de una lesión selar, supraselar y en tercer ventrículo, conllevó a alteraciones en el eje hipotálamo – hipofisiario que generaron alteraciones hidroelectrolíticas severas y múltiples variaciones del sodio que no sólo se presentaron el día 21 de febrero de 2009, sino que ocurrieron en múltiples momentos desde el 28 de enero hasta su fallecimiento el día 5 de marzo.

El análisis de la atención médica de un caso altamente complejo no puede hacerse *ex post*, sino que debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el acto médico. En este evento, ha quedado demostrado que la alteración del hipotálamo que presentó el paciente era una consecuencia inherente al

tumor que padecía y a la intervención quirúrgica que se le practicó y no a deficiencias del cuidado médico dispensado.

La dificultad terapéutica del caso ha sido expuesta, explicada por los expertos y analizada en detalle en el acápite precedente, desvirtuando la hipótesis simplista de que la causa de las variaciones del sodio y su impacto en la salud del enfermo, se encuentra en desviaciones o descuidos en el cuidado sanitario dispensado.

La desmielinización osmótica, a la cual nos hemos referido en este escrito recogiendo las conclusiones de las pruebas recaudadas, no se explica únicamente por la reposición hidroelectrolítica del día 21 de febrero de 2009, como un evento aislado, sino que se encuadra en un contexto clínico complejo, poco habitual y muy extremo, de manera que fue imposible controlar la variabilidad en la síntesis de este elemento químico fundamental a pesar del empeño médico en hacerlo.

No existe un error o defecto individual o colectivo al cual atribuir la respuesta errática del sodio en este paciente, hay que reconocer la dificultad inherente al caso y, a partir de este supuesto, analizar el comportamiento desplegado, que fue oportuno, dedicado, multidisciplinar, integral y demás atributos de la calidad exigibles a la atención sanitaria.

En ese sentido, el doctor JULIO ROBERTO FONNEGRA explicó lo excepcional del caso presentado por el paciente IVÁN ESTEBAN SABOGAL, señalando:

“Preguntado: con base en su experiencia profesional y en su conocimiento específico de este caso, frente a las alteraciones que presentó Iván Esteban Sabogal y al comportamiento que tuvo este caso en particular, podría usted informarnos si este caso podría decirse que es un caso ordinario, de lo que pasa de rutina en estos casos o si tuvo un comportamiento diferente y por qué razón. Contestó: yo ya lo he mencionado, esto es un caso de trastorno hidroelectrolítico intratable, porque la disfunción del hipotálamo era de tal magnitud que era más grande que lo que nosotros sabíamos, o podíamos hacer, esa es la respuesta y estos casos que hay 17 casos reportados en la literatura, esto no es muy frecuente tampoco, desafortunadamente pues nos tocó, hay 17 casos y están aquí los tengo documentados”.

Al reconocimiento de la dificultad intrínseca al caso y a sus características especiales, excepcionales, apelamos en nuestros argumentos de cierre y en este recurso, solicitando a esa Corporación comprender la dificultad diagnóstica y terapéutica a la que se enfrentaba el equipo médico y paramédico de la **FUNDACIÓN ABOOD SHAIQ**, en el día a día de la hospitalización del joven SABOGAL.

No es un caso habitual que pueda compararse con otros de similar naturaleza, es un caso excepcionalmente complejo, lo han reconocido los expertos, que debe ser analizado y ponderado a la luz de tal singularidad.

4. ANÁLISIS DE LAS MÚLTIPLES CAUSAS A LAS CUALES SE ATRIBUYE LA MIELINOLISIS OSMÓTICA - DAÑO HIPOTALÁMICO Y ALTERACIÓN HIPOFISIARIA SUFRIDA POR IVÁN ESTEBAN SABOGAL COMO CAUSA DEL DESEQUILIBRIO HIDROELECTROLÍTICO

Aunado a lo expuesto, también queremos hacer mención al hecho demostrado de que el panhipopituitarismo postquirúrgico, la diabetes insípida, la secreción inadecuada de la hormona antidiurética y la alteración hipotalámica son razones que explican por si

mismas la variación súbita entre hiponatremia e hipernatremia que presentó IVÁN ESTEBAN SABOGAL en su postoperatorio y que derivaron en la desmielinización osmolar por él padecida.

En efecto, las pruebas recaudadas, permiten demostrar que el paciente presentó muchas variaciones electrolíticas – como ya fue referido de manera precedente – a pesar del manejo médico instaurado, siendo posible entonces concluir que esa variación rápida era multifactorial y por eso la respuesta al tratamiento no era constante ni fue siempre la pretendida por el equipo en salud de la FUNDACIÓN ABOOD SHAIQ.

Esta multiplicidad de causas no fue analizada con suficiencia en la sentencia apelada, la cual atribuyó – así sea en parte - el lamentable fallecimiento del paciente a la reposición del sodio efectuada por el equipo en salud el 21 de febrero de 2009, con lo cual se desconocen las alteraciones orgánicas del paciente, y los efectos propios de su patología de base, que en ningún caso, podrían comprometer la responsabilidad de mi mandante.

En consecuencia, en el evento de considerar que se presentó una sobrecorrección del sodio en la fecha en mención, debería compararse su contribución al desenlace con otros factores propios de la patología del paciente, como las alteraciones del eje hipotálamo-hipofisario, que explican el comportamiento variable y extremo de la síntesis del sodio, análisis que sin duda resultó insuficiente a la hora de resolver el debate en primera instancia.

Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“2. El problema de la causalidad adquiere especiales connotaciones en derecho cuando se reconoce que el hecho lesivo, al igual que todo hecho natural, puede ser la consecuencia de una pluralidad de circunstancias que no siempre son identificables en su totalidad, por cuanto tal propósito supondría un regreso al infinito; de suerte que intentar aislar o graduar con precisión cuál fue la causa eficiente resulta en muchas ocasiones imposible. A esa pluralidad de causas se le puede llamar “concausas” o “causas adicionales”, y el problema que suscita solo puede ser resuelto a partir del análisis del concepto de imputación jurídica.

Si varios hechos o acciones tienen la aptitud jurídica suficiente para producir el perjuicio sobreviniente, de suerte que todos ellos hayan cooperado en su realización, entonces se estará frente a una causalidad conjunta, que comporta una imputación plural en contra de todos sus autores. Esta es la regla contenida en el artículo 2344 del Código Civil, según la cual “si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.”

Si el hecho lesivo es generado por la acción independiente de varias personas, sin que exista convenio previo ni cooperación entre sí, “pero de tal suerte que aún de haber actuado aisladamente, el resultado se habría producido lo mismo”, entonces surge la hipótesis de la causalidad acumulativa o concurrente, una de cuyas variables es la contemplada en el artículo 2537 del ordenamiento civil, que prevé la reducción de la apreciación del daño cuando la víctima interviene en su producción por haberse expuesto a él imprudentemente.

Otro evento que cae bajo la órbita de las concausas tiene lugar cuando el resultado dañoso se produce por la confluencia consecutiva o alternativa de varios hechos o actos que, a pesar de tener injerencia en la producción natural de la consecuencia, no resultan jurídicamente relevantes porque solo una de ellas se considera con aptitud suficiente para endilgar responsabilidad, excluyendo o eliminando a todas las demás. En este caso la concausalidad se

predica únicamente en el ámbito natural, toda vez que en la esfera del derecho solo una causa tendrá trascendencia normativa. Esta situación da lugar, entonces, a un tipo de causalidad disyuntiva.

Las anteriores hipótesis son solo algunas de las que pueden llegar a presentarse en los casos que son objeto del derecho, toda vez que la complejidad que entraña la existencia de flujos causales da lugar a innumerables suposiciones imposibles de prever en su totalidad, teniendo cada una de ellas una solución diferente de conformidad con el valor que se encuentre previsto en el ordenamiento jurídico.

Por regla general, las situaciones que caen bajo la órbita de la causalidad conjunta y de la causalidad concurrente se encuentran contempladas en el régimen legal de atribución de responsabilidad, de suerte que la vinculación material de los autores o partícipes de las acciones generadoras de causas adecuadas y el alcance de la obligación resarcitoria que les asiste, se hallarán en el propio sistema normativo.

No ocurre lo mismo en presencia de la causalidad disyuntiva o excluyente, porque frente a la existencia de varias causas naturalmente eficientes, es el sentenciador quien debe escoger entre ellas la que resulta jurídicamente relevante, desechando todas las demás, para posteriormente imputar la responsabilidad que la norma presupone.

Como puede observarse, la fijación del nexo de causalidad es la labor del juez que permite identificar los hechos que revisten verdadera trascendencia normativa y que, posteriormente, harán parte de la premisa menor del silogismo jurídico; por lo que su estudio atañe a circunstancias de facto, es decir a una reconstrucción histórica de los supuestos de hecho que surgen del caudal probatorio recopilado en la actuación.

Ahora bien, para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las reglas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser razonablemente considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil.

Sin embargo –ha sostenido esta Corte– “cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudar cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquéllos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan...”

Esta caracterización del nexo causal supone, además, la interrupción de una cadena de circunstancias cuando en ella intervienen elementos extraños tales como los casos fortuitos o los actos de terceros que tienen la virtualidad suficiente para erigirse en el hecho generador del daño y, por tanto, excluyente de todos los demás.

También se rompe ese nexo de causalidad cuando el daño es imputable a la víctima, pues en muchas circunstancias es ella misma quien da origen a la consecuencia lesiva, bien

voluntaria ora involuntariamente, como cuando concurren en ella ciertas particularidades que son obra del infortunio.

3. Y fue, precisamente, esta última hipótesis la que se radicó en la convicción del sentenciador para eximir de responsabilidad a la demandada, toda vez que a partir de las pruebas recopiladas en la actuación y, principalmente, de la prueba científica, logró constatar que el padecimiento de una enfermedad congénita fue la causa adecuada de las lesiones en la salud y posterior muerte del familiar de los demandantes.

Entonces no fue que el Tribunal dejó de observar materialmente el caudal probatorio sino que, precisamente, a partir del análisis en conjunto de todos esos elementos de juicio, concluyó que el daño sufrido por el trabajador no fue consecuencia del supuesto estado de estrés en el que se encontraba.

Por consiguiente, por muy bien que el ad quem hubiera valorado la prueba testimonial por cuya supuesta omisión se planteó el cargo, de todas maneras la conclusión a la que habría llegado sería la misma: que no existe evidencia de que el estado en el que se encontraba el trabajador pudiera ser considerado como una patología con la entidad suficiente para causar su muerte; por lo que no encontró elementos de juicio para atribuir responsabilidad a las demandadas.”²

Con base en la Jurisprudencia citada, a nuestro juicio, el *a quo* omitió realizar el análisis de la lesión o alteración hipotalámica como causa probable del desbalance hidroelectrolítico del paciente y desconoció la evidencia probatoria en materia de concurrencia de factores predisponentes a la producción del desenlace cuestionado.

Es más, si en gracia de discusión se admitiera un presunto error en la corrección del sodio en la fecha de marras (y se desconociera que se trató de una decisión basada en el criterio de un profesional entrenado ante una situación concreta) y se considerara como una posible causa de la alteración hidroelectrolítica, deberían también analizarse las circunstancias propias del paciente tales como la alteración hipotalámica, el panhipopituitarismo, la diabetes insípida, el síndrome de secreción inadecuada de hormona antidiurética y el síndrome de cerebro perdedor de sal, como causas concurrentes del fallecimiento del paciente, consideradas como “*particularidades que son obra del infortunio*” en palabras de la Corte Suprema de Justicia y que en virtud del artículo 2357 del Código Civil, deberían disminuir la condena impuesta e incluso sugerir su revocatoria, en la medida en que uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil (el nexo causal) habría quedado descartado.

PETICIÓN

Solicitamos respetuosamente a la Corporación, REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, reconociendo la complejidad diagnóstica y de manejo de un caso como el que nos ocupa y los factores determinantes (intrínsecos, complejos y excepcionales) que contribuyeron al desenlace negativo en la salud del joven IVÁN ESTEBAN SABOGAL que, en nuestra opinión y por las razones expuestas, no puede asimilarse a la noción jurídica de daño y menos atribuirse de manera causal a un defecto en el comportamiento profesional desplegado por los integrantes del equipo médico adscrito a la **FUNDACIÓN ABOOD SHAI O**.

² Sentencia del 14 de diciembre de 2012. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez. Ref. Exp. 11001-31-03-028-2002-00188-01

En todo caso y en el remoto supuesto de que se impusiere alguna obligación resarcitoria en cabeza de mi mandante, se reconozca la existencia de una obligación de garantía a su favor, secundaria al contrato de seguro suscrito y reconocido con ALLIANZ SEGUROS S.A.

De los Honorables Magistrados,

A handwritten signature in black ink, reading "Ana María de Brigard P.", with a horizontal line underneath the name.

ANA MARÍA DE BRIGARD PÉREZ

presidencia@amdebrigard.com

C.C No. 51.699.955 de Bogotá

T.P. No. 44.980 del C. S. de la J.

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL

M.P. JESUS EMILIO MUNERA V.

E. S. D.

REF: No. 2015 – 1269 - 02

VERBAL

DEMANDANTE: JOSE ANTONIO TORRES BENAVIDES y otros

DEMANDADA: BLANCA LEONOR TORRES DE SANCHEZ

CARLOS HERNAN PULIDO AGUIRRE, en mi calidad de apoderado de la demandada, señora **BLANCA LEONOR TORRES DE SANCHEZ**, me permito presentar los argumentos base de la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el aquo y fechada el 16 de marzo de 2021.

LA DEMANDA

Pretende la demanda, la declaración de nulidad absoluta de la escritura pública No. y en subsidio la nulidad relativa del documento mencionado.

Se fundamenta la demanda en una serie de afirmaciones pero sin presentar prueba alguna en aras de demostrar la pretendida simulación de la escritura, lo cual es en principio su obligación por cuanto la carga probatoria le corresponde.

La parte demandante se limita a hacer aseveraciones tales como:

Que la compradora nunca tuvo ingresos. (hecho 7)

Que se hizo aparecer como precio pagado la suma de \$106.000.000 el cual no se compadece con el avalúo comercial. (hecho 10)

Que entre le venta y el fallecimiento de la vendedora solo transcurrieron 7 meses y por eso el bien nunca salió de la órbita de su verdadera dueña. (hecho 11)

Que la demandada con su actitud buscó apoderarse del inmueble (hecho 12)

Que la escritura se celebró en ciudad distinta a Bogotá (hecho 13)

Que nunca existió animo de vender ni de comprar.

Que la venta llevó a la insolvencia de la ANA MERCEDES BENAVIDES.

NOTA: Obsérvese que las pruebas se limitan a copia de la escritura cuestionada y registros para demostrar parentesco.

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

- Teniendo en cuenta que la demanda solo trae afirmaciones sin sustento alguno y por ende se contesta con afirmaciones basadas en hechos reales tales como:

- * Que la demandada si tenía posibilidades económicas para adquirir la nuda propiedad (inmueble del cual había prometido en venta una parte, en valor suficiente para el pago).
- * Que el contrato se celebró cumpliendo sus requisitos legales, expresando la voluntad de las partes, libre de apremio y en ejercicio de su autonomía.
- * Que el valor de la nuda propiedad no es irrisorio sino el normal en estos casos (téngase en cuenta que para efectos tributarios, la nuda propiedad es solo el 30% del valor del inmueble y se pagó más de ese porcentaje)
- * Que para la compra se realizó con préstamo obtenido y posteriormente fue cancelado cuando se vendió parte de su inmueble. Que el préstamo se obtuvo de persona con capacidad económica.
- * Que se suscribió la escritura en municipio diferente a Bogotá, lo cual no es prohibido y además porque la vendedora conoció el lugar en anterior venta y por esa razón fue su voluntad hacerla en ese sitio.

- Igualmente se presentan pruebas documentales tales como:

Los relacionados con existencia de inmueble en cabeza de la demandada.

Promesa de venta de inmueble de la demandada

Letra de cambio garantizando el préstamo que luego fue pagado.

- Además y en aras de contribuir al esclarecimiento de los hechos, se presentan declaraciones de testigos que relatan hechos relacionados con la negociación objeto de censura, de la obtención de dineros por parte de la demandada para celebrar el contrato de compra y de las circunstancias que rodearon el negocio jurídico.

LAS PRUEBAS:

Como se ha afirmado, la parte demandante no aportó prueba alguna con la cual pretendiera demostrar la supuesta simulación cuya declaratoria solicita, y se limitó a expresar unos hechos sin fundamento fáctico o jurídico.

Para la contestación se consideró que a pesar de la ausencia de pruebas de la demandante, se debían demostrar ciertos hechos para que el despacho corroborara que el negocio fue celebrado de manera libre y en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, que era perfectamente lícito y que cumplía los requisitos legales para su plena validez.

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

En ese sentido se afirmó y probó que la demandada si tenía recursos con los cuales adquirir la nuda propiedad sobre el inmueble, que lo pretendido por la vendedora que era recompensar a la demandada por la compañía, ayuda y cuidados de muchos años, se llevara a cabo, y que en aras de cumplir ese deseo, le vendió la nuda propiedad reservándose el usufructo del bien, para que a su fallecimiento la propiedad plena fuera radicada en cabeza de su sobrina.

Se estableció además la forma en que la compradora obtuvo el dinero para este negocio, lo cual fue a través de un préstamo que le hizo el señor GABRIEL RINCON, quien tenía los fondos suficientes para este fin, los cuales serían devueltos como en efecto sucedió, cuando la demandada BLANCA LEONOR TORRES, hiciera efectiva promesa de venta de una parte de inmueble de su propiedad a favor de PEDRO JIMENEZ, la cual tuvo su demora por circunstancias que fueron explicadas y relativas a desenglobe del inmueble, porque solo había prometido parte de este y que por cuestiones administrativas demoró. (Se anexaron posteriormente documentos que muestran que se estaba en gestiones de desenglobe)

Así las cosas se celebró el negocio, suscribiendo la escritura pública en el municipio de San Juan de rioseco, lugar en el cual la vendedora había celebrado otro negocio y por tal razón fue su deseo volver a ese municipio para realizar esta nueva escritura, asunto perfectamente válido.

Para colaborar con el esclarecimiento de los hechos, y probar lo afirmado en la contestación, se aportó entre otros la promesa que había celebrado la demandada y con cuyo producto, cancelarían el préstamo que se le hizo para adquirir la nuda propiedad hoy cuestionada.

- No se consideró necesario probar que la vendedora había suscrito con antelación otra escritura en el municipio de San Juan, porque este hecho no era ni puede ser relevante. (pero se anexó posteriormente)
- Tampoco se consideró que se debía demostrar cuanto dinero tenía el señor GABRIEL RINCON y de donde provenía el mismo, simplemente se probó que había realizado el préstamo. (Acaso en los negocios de mutuo o préstamo debe establecerse la procedencia del dinero y probarse esta para que el préstamo sea válido.?. Sin embargo se arrojó extracto de cuenta de la que era titular días anteriores al préstamo, para demostrar que si tenía ese dinero.
- Se manifestó en las declaraciones que la demandada había realizado un abono al señor GABRIEL en un momento en que este le requirió para tal fin, asunto que no tenía porque ser probado en la contestación de la demanda, pero cuyos comprobantes se presentaron posteriormente con el fin de dar más claridad. (se anexó copia del cheque de gerencia por los \$20.000.000 expedido de cuenta de la demandada a favor de su prestamista)

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

La demandada fue muy clara en su interrogatorio, explicando las circunstancias en las cuales se celebró la escritura pública atacada, indicando que inicialmente la vendedora quiso donarle el inmueble, pero esta no aceptó, acordándose finalmente que le vendía la nuda propiedad y constituía usufructo hasta su fallecimiento. Relato la forma en que adquirió préstamo para pagar el precio y como posteriormente hizo un abono y finalmente cuando vendió parte de inmueble de su propiedad y que había prometido, pago el saldo adeudado. Relató igualmente como entregó el precio a la vendedora, como se desplazaron a petición de esta a San Juan de rioseco a firmar la escritura y las razones para que así fuera. En general relató todo lo concerniente al negocio demostrando la intención de las partes de vender y comprar, cumpliendo los requisitos legales.

Con posterioridad a la sentencia y teniendo en cuenta que en esta fue que la falladora creó o interpretó los llamados indicios para su decisión, se presentaron unos documentos mencionados, con el fin de ayudar en la toma de decisión del honorable tribunal y probar aún más hechos que demuestran la legalidad del negocio cuestionado.

La intención de presentarlos es refutar en parte las pruebas creadas o determinadas por la señora Juez en el momento de fallar este proceso y que no eran necesarias en momento procesal anterior.

LA SENTENCIA:

Contrario a lo no probado por la parte demandante a pesar de tener la carga de la prueba en este proceso, por limitarse a hacer unas manifestaciones sin argumentación alguna, e igualmente a lo manifestado por el curador respecto de la insuficiencia probatoria para demostrar simulación, y prácticamente desconociendo o dejando de analizar lo probado por la parte demandada, si teniendo en cuenta que los demandados no se presentaron a audiencia de conciliación e interrogatorios y las consecuencias que esto genera (pero al parecer nada adverso generó esta situación), la señora juez descubrió unos indicios en la documentación, en la interpretación que dio a las pruebas arrimadas por la demandada y a las practicadas en el proceso, de las cuales solo extractó lo que le parecieron son los indicios que demuestran la simulación y desatendió o no dio validez a lo relatado por los testigos y la demandada en su interrogatorio con relación a todo lo correspondiente a la celebración del negocio, la financiación de la demandada para el pago, su solvencia para pagar lo prestado, la solvencia del prestamista y en general las circunstancias de modo tiempo y lugar de celebración del contrato.

La señora Juez al parecer acoge el listado jurisprudencial sobre indicios y lo dicho por el apoderado actor quien con base en esa lista afirma que es sospechoso porque son familiares, porque le presta el yerno, porque van a otro lugar a firmar, porque entregaron dinero en casa, que los antecedentes como edad de la vendedora, deja entrever que que paso con dinero de la otra venta, que si se pagó hay duda y debe favorecer a la actora.

Con base en la interpretación que da la falladora a lo existente en el proceso, determina que hay una serie de indicios indicativos, que le llevan a considerar lo que finalmente se convirtió en la desafortunada decisión.

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

INDICIOS DEL FALLO:

De acuerdo con los argumentos de la falladora, determinó como indicios entre otros:

MOTIVO PARA SIMULAR:

Indicio de existir motivo para simular por el hecho que la vendedora quería dejar sin herencia a los demás familiares y que se quería retribuir a la compradora por sus servicios.

COMENTARIO: La voluntad de la vendedora no era dejar a los herederos sin su derecho, sino reconocer a la compradora sus servicios y por ese motivo le vendió solo la nuda propiedad y se reservó el usufructo para que después de su fallecimiento recayera la plena propiedad en la demandada. Es esto indicio en contra, NO, es lo que realmente pasó.

CARENCIA DE NECESIDAD O INTERES PARA NEGOCIAR:

Dice la señora juez que la vendedora no suplió ninguna necesidad con la venta porque la vida siguió en las mismas condiciones. Que solo se quería evitar derecho a otros herederos.

COMENTARIO: En efecto se siguió viviendo en las mismas condiciones, que eran las mejores porque tenía el cuidado de su sobrina hoy demandada. No se conoce que hizo la vendedora con el dinero y no puede afirmarse pero se declaró que los miembros de la iglesia iban frecuentemente y pudo donarlos etc.

Con la venta anterior sobre otro bien de su propiedad, también tuvo la vendedora dinero y las circunstancias de vida siguieron normalmente. Acaso esto indica simulación?

CIRCUNSTANCIAS TEMPO- MODALES:

Le llama la atención a la señora juez que se haya celebrado el negocio en otra ciudad y eso es sospechoso.

Dice que una deponente afirmó haber ido varias veces y el señor GABRIEL RINCON que solo una vez.

COMENTARIO: Se ha probado que la vendedora si firmó otra escritura en San Juan, y acaso es jurídicamente inviable?. Además sin tener que probarse que ese hecho hubiese sucedido, se arrimó la escritura que lo demuestra, contrariando lo dicho o sospechado por la juez, quien no cree a los declarantes quienes así lo relataron.

La deponente BLANCA ISABEL SANCHEZ afirmó que había ido ella y efectivamente había acompañado a su tía en anterior ocasión, pero para la firma de esta escritura fue por segunda vez y allí sí asistió su esposo. (la señora juez interpretó diferente y eso la hizo sospechar)

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

USUFRUCTO:

La señora juez no considera que una persona de 90 años pueda celebrar usufructo, porque no podía disfrutarlo por mucho tiempo.

COMENTARIO: Acaso el termino de vida guarda relación con la posibilidad de celebrar usufructo. La vendedora pudo vivir un día o muchos años y eso no puede considerarse como indicio probado.

PAGO DEL PRECIO:

La señora juez remite a recibos de arrendamiento como si este hubiese sido la fuente del pago del precio. Igualmente la actividad económica de la demandada.

No se explica para la juez que esas actividades le hubiesen dado esos ahorros en cuantía de \$106.000.000.

Además el mutuo es para la falladora sospechoso porque el señor Rincón era transportador y tenía un bien que vendió.

Es sospechoso que el señor Rincón hubiese retirado el dinero.

Refiere que el señor Rincón dijo que había prestado \$20.000.000 y luego otra cifra.

El dinero fue entregado directamente a la vendedora en su casa y no hay prueba de ello, lo cual es sospechoso.

COMENTARIO:

La base del pago fue el préstamo obtenido y el cual pagó posteriormente cuando celebró venta de parte de su inmueble. No era suficiente garantía para pagar el préstamo?

Por que razón tener dinero en efectivo es sospechoso. Debe acaso solo manejarse en bancos?

El señor Rincon refirió que prestó \$106.000.000 y en una ocasión pidió abono y se le entregó la suma de \$20.000.000, de lo cual se anexó prueba.

Los declarantes relataron como se entregó el dinero y en efecto no hicieron video o grabación del hecho, lo cual no es obligación.

PRESTAMO:

Para la señora juez es sospechoso que este se haya realizado en 2014 y solo se pagó en 2019. Eso genera según dice suspicacias.

Igual que no hubiese cobrado intereses.

COMENTARIO:

La intención era pagar pronto porque había prometido en venta parte del inmueble, por asuntos administrativos esto demoró y generó en la mora en devolver el valor del

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

préstamo, pero el acreedor no tuvo problemas porque se trataba de su suegra y además le había hecho un abono de \$20.000.000. (se anexó cheque).

Dice la señora juez que no aparece demostrado el préstamo. Por qué razón, porque no hay una hipoteca ¿ pero había letra, hubo abono y cuando obtuvo el dinero hubo pago. Que más debió demostrarse?

QUE SE HIZO CON EL DINERO:

Es sospechoso que no estaba o no compró algo más la vendedora etc.

COMENTARIO:

Eso pertenece el afuero interno de la vendedora, quien como se afirma, era muy visitada por miembros de la iglesia, salía a hacer sus vueltas y cualquier cosa pudo pasar.

VINCULOS FAMILIARES:

Está demostrado y por eso es indicio

COMENTARIO:

El vínculo per se no es indicio en contra o que demuestre una simulación.

El deseo de retribuir a la demandada no es indicio por si solo. Precisamente por ser familiares, por cuidarla. Por ayudarla etc, le vendió solo la nuda propiedad y después podría gozar de la plena

INEJECUCION DEL CONTRATO:

Señala la falladora que la dinámica familiar no cambió. Es extraño que esto no haya sucedido.

COMENTARIO:

Acaso debe darse un cambio en la vida familiar para que el negocio sea válido.

Es indicio de simular, el hecho de seguir viviendo con quienes la cuidaban? Considero que hasta allá no puede interpretarse y dar como cierto ese hecho para qué sea fundamento de la decisión.

CORRELACION EN LOS PATRIMONIOS:

Por haber obtenido un préstamo y pagado tiempo después es indicio.

COMENTARIO:

Esto es normalmente posible y sucedió por la mora en la venta, suficientemente explicada.

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

BAJO PRECIO:

Es indicio para la señora juez el precio dado.

COMENTARIO:

Al parecer se desconoce en que consiste la venta de una nuda propiedad, y se pretende que el valor de esta sea igual al valor comercial, lo cual no es posible.

En el estatuto tributario se establece que la nuda propiedad tiene un valor equivalente al 30% del valor total del inmueble y en este caso el precio acordado y pagado supera este monto.

VESTIGIOS DE NEGOCIO:

La señora juez pretende que solamente por transacciones bancarias se puede realizar negocios y es indicio que no haya vestigios de las mismas.

COMENTARIO:

Ya se ha explicado como fue el negocio.

Existió un abono en febrero de 2018 por el préstamo y hay cheque que lo prueba. Luego al vender su inmueble pagó el saldo.

Como se observa, en varios apartes de su argumentación, manifiesta la señora juez que es sospechoso, lo cual implica que no le da seguridad y sin embargo la conclusión no corresponde a lo que debe darse en el juez para tomarla, que es inferir de unos hechos ciertos, la certeza de la existencia de otro.

Los indicios deben estar plenamente probados y en este caso son deducciones de hechos no probados sino interpretados.

La señora juez acepta que la voluntad privada prima, con base en lo estatuido en lo arts 1602 y 1603 del C.C.C., pero en su decisión parece no tiene la misma consideración.

Respecto de los requisitos para que se de la simulación manifiesta:

Que la voluntad externa e interna no concuerdan: Que lleva a la falladora a considerar esa posibilidad si es claro que la intención era retribuir a la compradora, pero lo hicieron parcialmente al venderle la nuda propiedad, a sabiendas que se lograba la plena al fallecimiento, hecho cierto pero no determinable.

Menciona la posibilidad de nulidad relativa porque el acto pretendido es diferente al real. En ningún momento existió dicotomía entre los actos, fue uno solo y corresponde a vender la nuda propiedad reservando el usufructo que realmente disfrutó hasta su muerte y no por ser pronta debe ser sospechoso ya que pudo ser en un lapso mucho mayor. (ese pequeño lapso no puede ser considerado indicio).

Carlos Hernán Pulido Aguirre
Abogado U.J.

CONCLUSION:

Con base en los motivos y argumentos expuestos, considero señores magistrados, se desvirtúan los argumentos de la falladora, los cuales sin que se diera en su exposición una plena convicción, la cual se fundamentó en los teóricos indicios, de haberse realizado una simulación en el contrato celebrado, determinó sin pleno convencimiento, mas allá de toda duda, que esa situación se presentaba.

La señora Juez, con base en supuestos, según sus palabras, concluyó erróneamente que estaba probada totalmente la simulación y que lo que consideró indicios le llevaron a la convicción plena de hacerse presentado esta figura.

Concluir que existió fue una donación que no tiene validez por no existir insinuación, además de carecer de sustento jurídico, desconoce el dinero que fue entregado a la vendedora, el cual además corre ahora el peligro de no ser reconocido, lo cual perjudicará aún más a la compradora quien actuó de buena fe y no aceptando un deseo de donación de su familiar, dió un dinero pagando la nuda propiedad, cumpliendo en parte el deseo de su tia la señorita ANA MERCEDES BENAVIDES de reconocer a la demandada todo el servicio, cuidado y compañía brindados, razón por la que se reservó el usufructo para después al final de sus días cumplir su deseo de radicar en cabeza de la demandante, la plena propiedad del inmueble.

El negocio celebrado de compraventa, se realizó cumpliendo todos los requisitos legales, expresando la voluntad real de las contratantes, pagando un precio establecido (teniendo en cuenta que fue nuda propiedad lo negociado) y no se ha demostrado que la intención fuera alguna diferente más allá de lo interpretado por la señora juez.

Señores magistrados, nada oculto hay en este negocio, no puede considerarse que la vendedora por su edad no podía vender su inmueble (igual menos de 1 año antes vendió otro) y que solo le quedaba morir para dejar algo a sus familiares, la mayoría personas que nunca velaron por su salud y bienestar.

Por lo expuesto solicito se revoque la decisión de la primera instancia, se declare la completa y total validez del contrato celebrado y base de este proceso y se haga justicia con la voluntad de las partes del negocio

.

De los señores magistrados,



CARLOS HERNAN PULIDO AGUIRRE

C.C. No. 19.390.816 de Bogotá

T.P. No. 48.456 C.S.J.

Carrera 8 N°. 16 - 88 Oficina 803 Bogotá
Teléfonos: 2868814 - 2869357 - 3123503549
carlospulidoa@yahoo.com

Honorables Magistrados
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
M.P. Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez
E. S. D.

Ref. Proceso Verbal de Neddy Etelvina Pradilla y otros contra AXA Colpatria Seguros de Vida S.A.
Exp. 009 2019 00510 00

JUAN PABLO GIRALDO PUERTA, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, abogado titulado y en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía 79.590.591 de Bogotá, y tarjeta profesional de abogado número 76.134 CSJ, actuando como apoderado judicial de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** dentro del proceso de la referencia, de manera respetuosa **sustento el recurso de apelación** interpuesto contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno (9) Civil del Circuito, en los siguientes términos:

1. -Oportunidad. -

El inciso 3º del artículo 14 del Decreto 860/20 prevé que una vez ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentarlo a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes.

El Honorable Tribunal Superior mediante proveído del 15 de octubre de 2021, notificado en el estado del 19 de octubre de 2021, admitió el recurso de apelación interpuesto por el suscrito contra sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno (9) Civil del Circuito.

La providencia cobró fuerza ejecutoria el 22 de octubre de 2021, empezando a correr el término de los cinco (5) días para la sustentación del recurso de apelación desde el 25 de octubre de 2021.

De cara a lo anterior, la sustentación del recurso de apelación se presenta dentro de la oportunidad procesal adecuada.

2. -La providencia recurrida. -

Se trata de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno (9) Civil del Circuito de Bogotá, que resolvió en primera instancia el proceso verbal promovido por las señoras Neddy Pradilla de Marti, Diana Paola Marti Pradilla y Sandra Milena Marti Pradilla contra AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., a través de la cual se declaró la existencia y vigencia del contrato de seguro de fecha 26 de agosto de 2015, declarándose que las demandantes tienen derecho a la indemnización por la afectación de la póliza de seguro de banca seguros grupo con familia número 11000 – certificado 1000293365, condenando a la aseguradora al pago del valor asegurado y a los intereses de mora correspondientes.

Para llegar a dicha decisión, el *a quo* interpretó el contrato de seguro suscrito entre la aseguradora Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. y el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A. (hoy Scotiabank Colpatria S.A.) como tomador, específicamente el numeral 5º de las condiciones generales de la misma, para concluir que, aunque el señor Antonio Martí Monroy (qepd) había alcanzado la edad máxima de permanencia en la póliza para el amparo básico de vida, para el momento de su deceso seguía teniendo cobertura.

Así mismo, para el *a quo* las sanciones consagradas en el artículo 1058 del Código de Comercio no tienen aplicación en este caso, porque a su juicio, la aseguradora debió conocer los hechos y circunstancias sobre los que versan los vicios de la declaración, pues debió practicarle al señor Antonio Martí Monroy (qepd) exámenes médicos para verificar su estado de salud, sosteniendo el fallador, que la aseguradora debía conocer el estado de salud del asegurado, máxime cuando, según el fallo, venían expidiéndosele certificados de asegurabilidad desde el año 2004.

3. -Los reparos concretos contra el fallo. -

Al momento de interponer el recurso en la audiencia del 16 de septiembre de 2021, así como dentro de los tres (3) días siguientes a la misma por escrito, todo en los términos del inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 CGP, el suscrito abogado precisó de manera breve, los reparos concretos frente a la decisión adoptada por la Señora Juez Noveno (9) Civil del Circuito de Bogotá.

Se plantearon entonces frente a la sentencia como reparos, los siguientes: (a) no cabía efectuar interpretación ninguna del contrato de seguro, específicamente del numeral 5º de las condiciones generales, al tratarse de una estipulación clara, respecto de la cual no cabía

ejercicio interpretativo, y (b) se aplicó indebidamente el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, porque no se demostró que la aseguradora hubiera trasgredido el deber de conocer el estado del riesgo del asegurado, ni fue en modo alguno negligente al no procurarse información sobre el mismo, en tanto que carecía de datos suficientes e indicativos que le hubieran permitido, con mediana diligencia, llegar a la precisión de los hechos que el asegurado se reservó indebidamente.

4. -Las razones por las que la sentencia debe revocarse. -

A modo de sustentación, se exponen las razones de la inconformidad frente a la sentencia apelada, así:

4.1. El *a quo* procedió a “interpretar” el contrato de seguro, quitándole efectos al numeral 5º de las condiciones generales y particulares de la póliza de seguro de vida grupo plan familia, que de manera clara regulaba la edad máxima de permanencia en la póliza para el amparo básico de vida.

La disposición contractual aludida, es la siguiente:

5. EDADES DE INGRESO Y PERMANENCIA

LA EDAD MÍNIMA DE INGRESO A LA PÓLIZA ES DE DIECIOCHO (18) AÑOS Y LA EDAD MÁXIMA DE INGRESO SERÁ DE SESENTA Y CINCO (65) AÑOS.

LA EDAD MÁXIMA DE PERMANENCIA EN LA PÓLIZA PARA EL AMPARO BÁSICO DE VIDA E INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE SERÁ DE SETENTA (70) AÑOS.

El lenguaje usado en la cláusula atrás transcrita es claro, puede entenderse sin ninguna dificultad. La cláusula establece que para el amparo de vida e incapacidad total y permanente, la edad máxima para permanecer en la póliza será los setenta (70) años de edad, lo que implica que cuando se supera dicha edad, sale del grupo asegurado, porque no estaría dentro de la póliza.

Para la sentencia impugnada el contrato de seguro debía ser interpretado, porque no regulaba que acontecía cuando un asegurado cumplía la edad máxima de permanencia, y en ese sentido sustentándose en que se trata de un contrato por adhesión sostuvo que debía interpretarse en favor del adherente, y le quitó todo efecto a la aludida cláusula 5º, haciendo derivar de allí, una cobertura que para el caso de marras no tenía.

No es cierto lo sostenido en la sentencia que el contrato no regulaba lo que acontecía cuando un asegurado cumplía la edad máxima de

permanencia, porque precisamente al no estar dentro de la póliza esta fuera de ella.

No cabía hacer acá interpretación alguna por parte del *a quo*, pues el contenido del numeral 5º de las condiciones generales es de una claridad meridiana al prever que la edad máxima de permanencia en la póliza para el amparo básico de vida será de setenta (70) años; es decir que al cumplir los setenta y un (71) años, salía del grupo asegurado, y por tanto no había cobertura para el amparo de vida desde el momento de alcanzar esa edad.

Sobre el particular y de tiempo atrás, la Corte Suprema de Justicia marcó los lineamientos en punto de las facultades judiciales de interpretación, indicando que: *“los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de sus contratantes”*¹

Por tanto, una cláusula contractual se interpreta cuando es oscura, ambigua, de difícil discernimiento, y por supuesto esa interpretación se efectúa a favor de la parte que adhirió a ella. Pero resulta que en este caso, al *a quo* no le era dable interpretar el contrato de seguro, menos la cláusula 5º de marras, porque se trataba de un pacto con un sentido claro y terminante, y haciéndolo le quitó todos sus efectos, trastocó la cobertura de la póliza, violentando la voluntad de las partes que la estipularon.

En este caso el señor Antonio Martí Monroy (qepd) al cumplir el 7 de mayo de 2017 los setenta y un (71) años, superó el límite establecido en la póliza y por tanto salió del grupo asegurado, razón por la cual, para el momento de su deceso, 28 de agosto de 2017, la póliza no tenía cobertura, todo lo cual se manifestó y probó fehacientemente en el proceso.

Sin embargo, el fallo le quito efectos a una estipulación contractual, quebró claras disposiciones contractuales so pretexto de interpretarlas, extendiendo la cobertura de la póliza para el amparo de vida para una persona que rebasó los setenta y un (71) años de edad.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de agosto de 1980, M.P. Humberto Murcia Ballén, citada en E. Rengifo, “Del abuso del derecho al abuso de posición dominante”, cit., 310.

4.2. De otro lado, se probó en el proceso, incluso en el fallo expresamente lo reconoció el *a quo*, que el señor Antonio Martí Monroy (qepd) previamente a la declaración de asegurabilidad del 16 de marzo de 2015, había sido diagnosticado con *“carcinoma in situ de próstata / cáncer de próstata avanzado con metástasis óseas en manejo paliativo”, “arritmia cardiaca”, “sahos severo / apnea de sueño”, “diabetes mellitus”, “asma”, “obesidad mórbida”* desde el año 2013, y con *“hipertensión”* desde 2014.

En la Historia Clínica número 17144882 -Sistema de Registro Clínico Avicena- del señor Antonio Martí Monroy (qepd) constan de manera clara las patologías atrás reseñadas, diagnosticadas durante los años 2013 y 2014, previamente a la declaración de asegurabilidad del 16 de marzo de 2015 para la expedición del certificado de asegurabilidad número 1000293365 de la Póliza de Seguro de Banca Seguros Grupo con Plan Familia número 11000.

También se probó que no obstante dichos diagnósticos, el señor Antonio Martí Monroy (qepd), manifestó expresamente al suscribir la declaración de asegurabilidad del 16 de marzo de 2015, que su estado de salud era normal, que no padecía enfermedades que incidan sobre sistemas orgánicos del cuerpo, que no sufría enfermedades, afecciones que repercutan sobre su estado de salud, manifestando expresamente no tener obesidad.

Así mismo se probó que el señor Martí Monroy además de conocer claramente su estado de salud y las patologías de las que sufría, sabía también los efectos que la falta de veracidad o inexactitud de sus declaraciones tenía sobre el contrato de seguro, en tanto que al suscribir la propia declaración de asegurabilidad también manifestó: *“la falsedad, omisión, error o reticencia en sus declaraciones tendrían las consecuencias de los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio”*.

En este caso, aunque se probó la mala fe del asegurado al no declarar sinceramente el estado del riesgo, para el *a quo* las sanciones consagradas en el artículo 1058 del Código de Comercio no se aplican, porque a su juicio, la aseguradora debió conocer los hechos y circunstancias sobre los que versan los vicios de la declaración, pues debió practicarle al señor Antonio Martí Monroy (qepd) exámenes médicos para verificar su estado de salud, manifestando que la aseguradora debía conocer el estado de salud del asegurado, máxime cuando, según el fallo, venían expidiéndosele certificados de asegurabilidad desde el año 2004.

No dudamos en sostener, que se aplicó indebidamente el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, porque en este caso no esta

demostrado que la aseguradora trasgredió el deber de conocer el estado del riesgo del asegurado, ni fue en modo alguno negligente al no procurarse información sobre el mismo, en tanto que carecía de datos suficientes e indicativos que le hubieran permitido, con mediana diligencia, llegar a la precisión de los hechos que el asegurado se reservó indebidamente.

El demostrar los supuestos de hecho del inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio corría a cargo del demandante, y no se probó que la aseguradora en este caso estuviera enterada con antelación de la existencia de información relevante, que la hubiera llevado a ordenar o efectuar mayores indagaciones sobre el estado de salud del señor Antonio Martí Monroy (qepd).

En ese mismo sentido, tampoco se probó ninguna conducta omisiva de la aseguradora durante la gestación del negocio aseguraticio, que fuera contraria a la debida diligencia y a la buena fe negocial.

En el proceso de marras se demostró en cambio, una reticencia consiente del asegurado, pues sabía y conocía las patologías que padecía desde el 2013, dolencias que eran graves y para las cuales estaba siendo tratado; siendo la reticencia por tanto de naturaleza dolosa, sobre circunstancias que eran no sólo relevantes frente al estado del riesgo, sino que determinarían necesariamente la ocurrencia del siniestro después de expedido el certificado de asegurabilidad, como en efecto ocurrió.

La sentencia incurre en un grave yerro al excusar ese evidente dolo del asegurado, con estribo en una culpa inexistente del asegurador, quien no conocía, ni debía conocer hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración.

Desconoce el fallo que ante la declaración de asegurabilidad suscrita por el señor Antonio Martí Monroy (qepd) el 16 de marzo de 2015 era su buena fe la que se presumía, y que ante la misma se confiaba en que sus manifestaciones se acompasaban con la realidad.

En ese sentido, y siguiendo para ello reconocida doctrina, no puede presumirse que el asegurado actúa de mala fe, y menos sostener que la diligencia profesional de la aseguradora debe llevarla siempre a desconfiar de todo lo que diga el asegurador para constituirse en un investigador profesional con miras a descubrir sus falsas declaraciones².

² Ordoñez O, Andrés E. "Estudios de Seguros". Universidad Externado de Colombia Mayo/12. Pág.52.

La sentencia impugnada no tiene en cuenta que conforme con las voces del artículo 1158 del Código de Comercio, aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones contempladas en el artículo 1058 del mismo ordenamiento, relacionadas con declarar sinceramente los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo. No puede soslayarse que: *“(...) las empresas aseguradoras no están obligadas a realizar inspecciones de los riesgos para determinar si es cierto o no lo que el tomador asevera. El contrato de seguro, como contrato de ubérrima buena fe no puede partir de la base errada de que es necesario verificar hasta la saciedad lo que el tomador afirma antes de contratar, porque jamás puede suponerse que él miente.”*³

La Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 22 de marzo de 2017⁴ al analizar precisamente un asunto similar al que acá nos concita, manifestó: *“(...) el contrato de seguro impone el actuar de buena fe, y una patología como la que padecía el causante respecto de su enfermedad cardiaca y pulmonar, no podía ser desconocida, al margen de que fuera o no un hombre de negocios (...) sobre lo segundo, es decir sobre el tema de que la aseguradora de exigir exámenes especializados, debe decirse que tal exigencia ha sido reconocida por la jurisprudencia, cuando no se ha formulado cuestionario alguno, o cuando las personas no cuentan con los medios ni con el conocimiento suficiente para conocer sus enfermedades, cuestiones que no se configuran en el sub lite pues no se acreditó que se tratara de una persona que no tuviera medios económicos o que no tuviera nivel intelectual que le permitiera conocer sus dolencias, máxime cuando conforme con su condición de salud, no se trataba de una enfermedad silenciosa o progresiva. Ahora bien, las inexactitudes u omisiones del asegurado en la declaración del estado del riesgo se deben sancionar con la nulidad relativa del contrato de seguro, salvo que, como lo ha dicho la jurisprudencia, dichas circunstancias hubiesen sido conocidas por el asegurador, o pudiesen haber sido conocidas por él, de haber desplegado ese deber de diligencia profesional inherente a su actividad. Esas salvedades tienen relación con el conocimiento presuntivo del estado del riesgo y son inmanentes al deber del asegurador de verificar los datos suministrados por el tomador, cuando tenga serias dudas de su certeza, en vista de que se contradicen con los aspectos entendidos por él; de todas maneras, en lo que se refiere al seguro de vida, en artículo 1158 ibídem, previene que aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058, ni de las sanciones a que su infracción de lugar. No puede entonces endilgarse que el profesionalismo que requiere la*

³ López Blanco, Hernán Fabio. “Comentarios al Contrato de Seguro”. Dupré Editores. 5ª Edición 2010. Pág. 164.

⁴ Carlos Eduardo Vallejo Carabalí Carabalí contra BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. M.P. Liana Aida Lizarazo Vaca

actividad aseguradora de entrada exige el agotamiento previo de todos los medios a su alcance para constatar cual es el estado del riesgo al instante en que se asume, como si fuera de su exclusivo cargo, so pena de que la inactividad derive en una renuncia a la nulidad relativa por reticencia; esto por cuanto se reitera, el tomador esta compelido a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que lo determinan y los efectos adversos por inexactitud se reducen si hay error inculpable, o se desvanecen por inadvertir el asegurador las serias señales de alerta sobre inconsistencias en lo que aquel reporta. Ahora, no puede pasarse por alto que tratándose de seguros colectivos de vida, los que se contratan por cuenta de un tercero determinado o determinable, la obligación de declarar el estado del riesgo la tiene el asegurado de conformidad con el artículo 1039 del Código de Comercio, puesto que es el quien sabe sobre las afecciones o la inexistencia de ellas al momento de adquirirlo". (Se subraya)

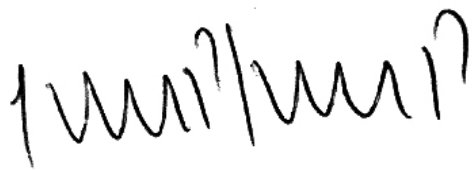
Es así como, la sentencia impugnada incurre en un error al aplicar indebidamente el último inciso del artículo 1058 del Código de Comercio.

.....

De cara a lo anteriormente expuesto, solicitamos de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior, revocar la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno (9) Civil del Circuito.

Para los efectos de lo previsto en el párrafo del artículo 9º del Decreto 806/20, se remite copia de este memorial de sustentación por canal digital (correo electrónico), a la apoderada judicial de la parte demandante (gracesilvabermudez@hotmail.com).

De los Honorables Magistrados, con todo respeto y atención,



Juan Pablo Giraldo Puerta
C.C. 79.590.591
T.P. 76.134 CSJ

Doctor
CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA CIVIL
E.....S.....D

REF: PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE MAYOR CUANTÍA
RAD: 036-2020-00009-01
DE : JAVIER CIFUENTES PEDRAZA.
Contra. VIRGILIO OVALLE MARTINEZ

En mi calidad de apoderado judicial del demandado, de conformidad a auto de fecha 21 de Octubre del año en curso, me permito sustentar el RECURSO DE ALZADA ante su despacho, correspondiente a la Sentencia emitida de fecha 8 de Junio del año en curso por el Ad-quo en los siguientes términos;

Las inconformidades o reparos corresponde a lo siguiente;

La señora Juez, antes de dictar la correspondiente sentencia aquí impugnada se pronuncio respecto a la solicitud que presente en tiempo sobre la prejudicialidad contenida en el articulo 161 numeral 1° del C.G.P., en 4 folios con argumentos del porque se debía decretar la prejudicialidad dentro del referido, pero el Ad-quo solamente se refirió en la Sentencia negando la Prejudicialidad sin argumento alguno, solamente se refirió en los siguientes términos;

“01:29:16, procede el Despacho frente a la petición de Prejudicialidad, que fuera reclamada por el apoderado de la parte demandada. La Prejudicialidad está soportada frente a una denuncia, que instaló ante la fiscalía, sin embargo, debemos tener en cuenta que de conformidad con el artículo 161 del CGP, numeral primero establece que el proceso solo se suspenderá cuando la sentencia que deba dictarse, dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial, que verse sobre cuestión que sea imposible ventilar en aquel, como excepción o mediante demanda de reconvenición, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo, iniciado antes o después de aquel, que verse sobre sobre la validez o la autenticidad del titulo ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos con excepción.

Para el caso y como ya se dijo, a resolver petición de similar talante, debemos tener en cuenta que si bien los hechos investigados se indican en la denuncia penal, se advierte que se está alegando sobre una estafa por cuanto se considera que se está cobrando unas sumas que no son., también debemos tener en cuenta que esto apenas es una denuncia que cursa ante la fiscalía mas no en un proceso penal, que se èste adelantando por un juzgado penal, motivo por el cual no es aceptable atender la Prejudicialidad en este momento. Motivo por el cual será negada la petición. Quedan notificados en estrados.

En conclusión su señoría el Ad-quo solamente determino en una frase del porque negaba lo solicitado que era simplemente una denuncia Penal màs no un proceso penal adelantado por un Juzgado Penal.

Como se infiere se señoría el Ad-quo ni siquiera reviso la correspondiente copia de la denuncia penal, la certificación de la misma fiscalía, para haber avizado que lo pretendido en el proceso ejecutivo esta cimentado en actos delictuosos, aunado con el mismo interrogatorio de parte desarrollado el mismo día de la Sentencia donde se determino sin lugar a dudas de la ambigüedad de las respuestas del demandante señor JAVIER CIFUENTES PEDRAZA, para determinar que el documento objeto del proceso ejecutivo adolecía de las exigencias del artículo 422 del C.G.P.

Ahora bien el Ad-quo ordeno mediante auto de fecha 19 de Mayo del año en curso, que la parte actora aportara certificación del estado actual de la denuncia penal, y al respecto se realizaron todos los trámites en forma virtual como así se realizó en fecha 1° de Junio ante la fiscalía 88 Local quien es su titular el Fiscal ADRIAN DANILO ARDILA TORRES, dentro del radicado 110016000050202013883, sin que se obtuviera respuesta alguna, desde luego cimentado en la virtualidad por la misma situación y restricciones que existe por la pandemia.

Debo resaltar su señora que existe dentro de la foliatura certificaron de la fiscal que conocía en su momento la respectiva denuncia penal y esta fue reasignada al despacho precitado.

Transcribo alguno de los apartes de las respuestas dadas por el demandante en interrogatorio de parte el día 8 de junio del año, para haber determinado el Ad-quo la suspensión del proceso ejecutivo (Prejudicialidad). O mucho más haber decretado como probadas las excepciones propuestas por el suscrito.

“ Dr. Renet, señor Javier manifieste modo tiempo y lugar de como conoció al aquí demandado. .? Javier Cifuentes, el día si mal no recuerdo 4 de abril de 2.019, conocí al señor Ovalle en las instalaciones de la cámara de comercio del salitre.

Dr. Renet, quien lo trajo, de quien fue la idea de la conformación de esa compañía.? Javier Cifuentes, la idea de la conformación de la compañía, la tuvimos dos personas, uno de ellos soy yo, luego se *imputaron* (inaudible) dos socios, lógicamente cada quien tenía su función dentro de la sociedad, habían socios de experiencia, capitalistas etcétera, al señor Ovalle, lo conozco por esa razón.

Dr. Renet, en dónde tuvieron la primera reunión para finiquitar como sería la Juez, no escuche porque me desconecté, conteste, modo tiempo y lugar dónde conoce al señor Virgilio. Javier Cifuentes, conozco al señor Ovalle en las instalaciones de la cámara de comercio de Bogotá, el día que constituimos la empresa, de servicios técnico lógicos tu ambulancia, eso fue el día si mal no estoy 4 de abril de 2.019.

Juez, alguien se lo presentó o qué Javier Cifuentes, si señora, el llega junto con los demás socios el señor Manuel Fernández, el señor William, ellos son los otros socios, tengo entendido que él, es amigo personal del señor Fernández y ellos hacían parte de la sociedad también, creo.

Dr. Renet, que cargo desempeñaba usted cuándo se conformó la compañía
Javier Cifuentes, dentro de la empresa fui socio y el representante legal desde su constitución.

Dr. Renet, cual fue el número de acciones, con las que usted conformó o fue aporte como accionista de la sociedad.

Javier Cifuentes, un segundo porque por aquí voy a revisar, cuándo la compañía se fundó yo tenía el 85 % de las acciones.

Dr. Renet, cual era el valor nominal de cada acción.?

Javier Cifuentes, era de un segundo por favor, acá lo tengo.

Dr. Renet, Disculpe su señoría,

Juez, está consultando el certificado de cámara de comercio

Dr. Renet, su señoría disculpe que le haga una aclaración, para que se requiera al señor que está contestando el interrogatorio, que si es que está consultando un computador, porque yo no creo que uno no vaya saber a esta altura cual era el valor nominal de cada acción y cuales eran sus aportes.

Juez. Está consultando cámara de comercio, o que está consultando,

Javier Cifuentes, no su señoría, estaba acá revisando si tenía dentro de mis documentos,

Juez, es lo que usted se acuerde, no mire nada por favor, es obrar con lealtad para con el juzgado, listo.

Javier Cifuentes, como le mencioné desde el comienzo al señor Renet, yo fui el dueño desde la constitución del 85 % de las acciones y recuerdo que el valor nominal de cada acción fue de mil pesos.

Dr. Renet, de acuerdo, cual era de acuerdo a su coeficiente, del 85 % eso representaba (inaudible) capital

Javier Cifuentes, 850 millones de pesos.

Dr. Renet, 850 millones de acuerdo a la cámara de comercio y de acuerdo a las actas que se elaboraron, usted tenía el 85 %, las ventas que usted comenzó a realizar al aquí demandado cual era el motivo para que se cambiara ese valor nominal de mil pesos a dos mil pesos

Javier Cifuentes, no entiendo.

Juez, si usted tiene un valor nominal de cada acción, porque la vende en dos mil pesos

Javier Cifuentes, ah ya, la empresa mostraba una proyección muy buena, es una empresa que sin duda iba ser un éxito porque el tipo de negocio y la circunstancia que estaba pasando el país en ese momento, entonces era ya la valorización de la empresa como tal, el buen nombre que ya había tomado.

Dr. Renet, o sea que el valor de cada acción sin comenzar su desarrollo o su objeto social, ya se había valorado en 20 días después creada la compañía. .?

Javier Cifuentes, no después de más tiempo.

Javier Cifuentes, respondiendo la pregunta del señor Renet, en efecto la compañía comenzó con un valor, luego ya empezamos a hacer como las gestiones de hacer la empresa productiva, dentro de eso se creó una aplicación, que era lo que mas valor tenía, se registró esa aplicación ante la superintendencia como propiedad intelectual, yo la hice por supuesto, y adicionalmente se crearon, se sacaron los permisos de Apple como de Geogle, para poder subir las aplicaciones a esas plataformas. Eso era una tarea que tomaba su tiempo y no era fácil de hacer, a esa razón, por eso entre otras cosas la empresa lógicamente ya tenía un valor diferente.

Dr. Renet, cual fue el aporte de acuerdo a su capital accionario, cual fue su aporte en capital a la empresa.?

Javier Cifuentes, se refiere a aporte en dinero o en conocimiento,

Juez, dinero

Dr. Renet , usted tenía un capital 850 millones, cual fue su aporte a la empresa su capital cuanto es.?

Javier Cifuentes, capital mío, que era lo que estaba representado en acciones, alrededor de 500 millones de pesos.

Dr. Renet , en qué?

Javier Cifuentes, en el conocimiento, gastos que se hicieron de escrituración, no tengo soporte de que exactamente se gastó los aportes, entre el conocimiento y lo que conlleva una empresa.

Dr. Renet, usted nos podría indicar el acta en la que se plasmó el aporte suyo.?

Javier Cifuentes, está en la constitución inicial de la empresa.

Dr. Renet, usted nos quiere indicar el número de acta de la venta que usted le realizó al señor Ovalle, aquí demandado.?

Javier Cifuentes, hasta que estuve en la empresa, ellos me sacaron, pero hasta que yo estuve se hicieron 7 actas de socios.

Dr. Renet, que correspondían, cual era su objeto.?

Javier Cifuentes, varias, reuniones de socios, venta de acciones, varias

Dr. Renet, esas ventas de acciones se hicieron porque valor en cada una de las actas al señor Ovalle.?

Javier Cifuentes, no recuerdo con precisión, pero si recuerdo perfectamente, por la razón que estamos acá fue un acta en la que yo le vendí el 30 % de mi participación en la empresa, y por eso se celebró el contrato, de hecho su señoría si usted me lo permite, yo tengo el documento de la cámara de comercio que certifica que esas acciones en el acta número 7, la cámara de comercio certifica que esas acciones se le transfirieron al señor Ovalle y el acepta su título como representante legal de la compañía.

Dr. Renet, señor Javier, de acuerdo al título valor contrato que presentó en el proceso ejecutivo a través de su apoderada, cual es el cimiento o la base de ese contrato, con base a que actas fue que se realizó esa transacción.??

Javier Cifuentes, el contrato se hizo con base en darle transparencia a un negocio por supuesto, el señor Ovalle, como les mencioné desde el comienzo acudió a mí, para que yo le vendiera las acciones, es decir el me ofreció que me quería comprar las acciones.

Yo hasta ese momento no tenía en mente venderlas, porque quería esperar que tal vez tuvieran mas valor, de tal manera que el señor Ovalle vino a mi oficina, en ese momento estábamos en la Boyacá con 26, me ofreció comprarlas y en el documento se plasmó como para darle transparencia al negocio, tanto que el iba recibir sus acciones, como que yo iba recibir el dinero por la venta de las mismas.

Dr. Renet, en que acta de junta de accionistas quedo plasmada esa transacción.?

Javier Cifuentes, no recuerdo exactamente el número pero si como le cuento Dr. en el acta número 7 firmada por el señor Ovalle, en la cámara de comercio está el cambio hecho.

Dr. Renet, porque motivo no se estipulo dentro del contrato de compraventa el número de acta mediante el cual se había legalizado esta venta.?

Javier Cifuentes, la razón precisa no se la se dar, lo que le puedo decir es que junto con el señor Ovalle, convenimos hacerlo de esa manera, prueba de eso, el documento que convenimos se llevó ante notario público, a la notaría que teníamos mas a la mano y adicionalmente, el señor Ovalle antes de que firmáramos el documento, se lo envió a su contador que se llama William, que es alguien de su entera confianza para que el avalara la operación, para que le diera mas confianza. Una vez que el señor Ovalle tuvo la certeza lo que estábamos haciendo fuimos juntos a la notaría a firmar el documento,

Dr. Renet, usted aquí nos ha confirmado que usted era el representante legal y tenía pleno conocimiento que cualquier transacción que se hiciera con base en la cesión y venta de acciones, usted porque motivo en su calidad de representante legal no convocó a la junta de accionistas para hacer la oferta de la cesión y venta de sus acciones, para darle plena legalidad a esta transacción.?

Javier Cifuentes, claro que se hizo, si se hizo, de hecho si usted se da cuenta esa acta está firmada por el señor Ovalle, por supuesto que siempre se hizo.

Dr. Renet, que acta, .?

Javier Cifuentes, todas las actas, cuándo se hicieron las actas, como cualquier otro lugar, digamos que la cámara de comercio es la que pide un formalismo de tener un representante secretario y de esa manera se hicieron siempre.

Dr. Renet, no, le estoy preguntando por su transacción, no la de todas las ventas, no, la suya, la que usted está ejecutando aquí, en el presente.?

Javier Cifuentes, si se hizo, no estoy seguro el número de acta, pero si, le reitero en la cámara de comercio se puede descargar el acta en la que se ratifica que el señor Ovalle es poseedor de las acciones, y que yo por supuesto quiero allegarle a juzgado

Dr. Renet, por qué motivo a través de su apoderado, usted no aportó los soportes como eran las actas para sostener la autenticidad de este contrato de compraventa.?

Javier Cifuentes, doctor creo que no se si estoy equivocado, hay ciertas cosas que desconozco del derecho,, pero lo que nosotros estamos haciendo es la compraventa de un bien, de mi patrimonio cierto, y eso es diferente a un requisito que la ley mande para legalizar a un ente de control o un ente como la cámara de comercio, yo creo que son cosas diferentes, una cosa es la promesa de compraventa y otra la legalización.

Como se evidencia de la misma sentencia aquí impugnada el Ad-
quo igualmente no se pronuncio frente a la excepción,
denominada FALTA DE LOS REQUISITOS LEGALES DEL TITULO
VALOR simplemente atino afirmar y analizar el interrogatorio de
demandado en su aceptación de haber suscrito el contrato, pero

jamás realizo análisis del interrogatorio del demandante para haber determinado la ambigüedad en la creación del contrato base de la presente acción, y como consecuencia haber patrocinado la excepción propuesta.

Por lo anterior solicito a su despacho se sirva revocar la sentencia aquí atacada y decretar prospera la excepción propuesta por el suscrito, o en el peor de los casos ordenar al Ad-quo decretar la prejudicialidad.

Atentamente,



RENET ANTONIO MENESES BUITRAGO

T.P. 70.589 del C.S.J

C.C.19.328.442 de Bogotá

Doctor:

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

HONORABLE MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

- | | |
|----------------------|--|
| • REFERENCIA: | IMPUGNACIÓN DE ACTA DE ASAMBLEA |
| • PROCESO No. | 110013103020200035800 |
| • DEMANDANTE: | ERNESTO CORTÉS PÁRAMO |
| • DEMANDADO: | EDIFICIO TUNDAMA CALLE 100 P.H. |
| • ASUNTO: | SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN |

JAIRO EFRÉN VARÓN OICATÁ, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.026.278.093 expedida en la ciudad de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 360.705 del Consejo Superior de la Judicatura, con domicilio en la ciudad de Bogotá y dirección de notificaciones electrónicas j.vrn.22@gmail.com, actuando en calidad de apoderado judicial del demandante **ERNESTO CORTÉS PÁRAMO**, por medio del presente escrito y de conformidad con el traslado concedido mediante auto de fecha 21 de octubre de 2021, me permito sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** propuesto en contra del fallo proferido por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá en la audiencia celebrada el 2 de agosto de 2021 y que fue admitido por esta corporación mediante auto de fecha 1° de octubre de 2021; en los siguientes términos:

1. Se incurre por el Juzgado de primera instancia en defecto fáctico, pues se ha tomado una decisión contraria al supuesto de hecho que legalmente determina la procedibilidad de la acción de impugnación de actas de asamblea de PROPIEDAD HORIZONTAL como consecuencia de una omisión en la valoración de las pruebas y en concreto de la suposición de la existencia de los **PODERES** correspondientes a los apartamentos 202, 302, 303, 503 y los locales 1, 3 4, 5 y 6, que no fueron aportados al momento de realizarse la Asamblea impugnada, dando un alcance contraevidente a estos medios probatorios, por lo que la valoración es equivocada en la fundamentación de la decisión tomada.

Sobre este punto es necesario referir, que dichos poderes fueron aportados únicamente en la audiencia llevada a cabo el día 2 de agosto de 2021 por exhibición judicial ordenada en el auto que la convocó, luego, estos documentos no fueron entregados ni exhibidos al demandante en la asamblea celebrada el día 17 de octubre de 2020 aun cuando varias veces fueron requeridos; también debe observarse que tales documentos no cuentan con un acuse de recibido o cualquier otro indicio que permita inferir que en efecto fueron entregados el día en que se celebró la asamblea, ni mucho menos puede verificarse quiénes son los poderdantes o las personas que los otorgan, pues son documentos genéricos en los que se llenan las casillas subrayadas y se plasman firmas que de ninguna manera pueden ser corroboradas. Situaciones que no fueron valoradas en la decisión proferida por el Juez de primera instancia.

2. Falta e indebida valoración de la prueba atinente a la convocatoria de la totalidad de copropietarios de la PROPIEDAD HORIZONTAL, que fuera aportada por la parte demandada denominada como ENTREGA CUENTAS CONVOCATORIA ASAMBLEA 2020, documento del que

se desprende que NO ES CIERTO que se hubiere convocado a la totalidad de assembleístas - copropietarios, pues tratándose de 21 unidades privadas, solamente aparecen convocadas 13.

3. Así mismo es inconsistente la valoración de las documentales exhibidas por la parte demandada ya que no fueron objeto de pronunciamiento en su totalidad en la parte considerativa de la sentencia, pues únicamente se refirió pronunciamiento respecto de las situaciones correspondientes a los inmuebles apartamento 601 y locales 1 y 7 de la copropiedad demandada, situación que contraría tajantemente el artículo 176 del Código General del Proceso que en cuanto a la apreciación de las pruebas dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”
(Subrayado propio)

4. Indebida aplicación de la normatividad que regula las asambleas cuando de PROPIEDAD HORIZONTAL se trata, ya que se pretende regular la misma y darle legalidad, aplicando el Decreto 176 de 2021, pues el mismo regula lo señalado en el párrafo transitorio del artículo 6 de la Ley 2069 de 2020, modificadorio del artículo 182 del Código de Comercio aplicable a la ASAMBLEA GENERAL Y JUNTA DE SOCIOS de las sociedades COMERCIALES y no a las de PROPIEDAD HORIZONTAL que cuentan con su reglamentación propia concebida en la ley 675 de 2001, primando esta última ley dado que el acta objeto de impugnación corresponde a una asamblea de propiedad horizontal.
5. Indebida valoración probatoria de los CONTRATOS DE LEASING de los inmuebles apartamento 601 y local 1 de la copropiedad demandada, documentos que no expresan taxativamente facultad alguna para que los locatarios representen a los propietarios en las asambleas; sobre tal situación consideró el Despacho sin sustento alguno que por cuenta de los contratos de leasing se entiende integrada la facultad de asistir a las asambleas, dándose de nuevo una insuficiencia respecto de la valoración de estas pruebas.
6. Indebida valoración probatoria frente a la inexistencia de QUORUM DECISORIO en la asamblea objeto de la acción, pues se hace incurrir en error al funcionario de primera instancia, cuando se establece que efectivamente existió el QUORUM para deliberar, que no es lo mismo que el QUORUM para decidir, como se encuentra plasmado en el Régimen de Propiedad Horizontal que rige la copropiedad demandada.

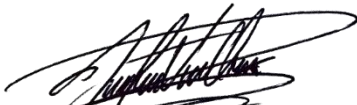
Al respecto, valga referir el acta de asistencia de asamblea aportada con la contestación de la demanda, donde consta que comparece el 51.63% del coeficiente de propietarios, la cual es diferente al registro de propietarios en la verificación del quórum del acta objeto de impugnación donde se relaciona un 64,59%, los cuales, al restar el coeficiente respecto de los poderes insuficientes referidos en el numeral 1° de este escrito, demuestran que no existió quórum deliberatorio.

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta el defecto factico más la indebida valoración probatoria denunciada, debe advertirse que en la asamblea llevada a cabo el día 17 de octubre del año 2020

en el EDIFICIO TUNDAMA CALLE 100 P.H., no se cumplió con el quórum necesario para deliberar ni mucho menos el necesario para decidir, por lo que el acta de esa asamblea es nula en los términos del inciso tercero del artículo 45 de la Ley 675 de 2001.

Así las cosas, solicito que el fallo proferido por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá en la audiencia celebrada el 2 de agosto de 2021 al interior del proceso de la referencia sea revocado en su totalidad y que, en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda con la respectiva condena en costas.

Del Honorable Magistrado, cordialmente,



JAIRO EFREN VARÓN OICATÁ
C.C. No. 1.026.278.093 de Bogotá
T.P. No. 360.705 del C. S. de la J.
E-mail: j.vrn.22@gmail.com



FERNANDO PIEDRAHITA HERNANDEZ
ABOGADO

Señor
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA
SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL.
Origen Superintendencia de Industria y Comercio
E. S. D.

DEMANDANTE: JESUCITA SANCHEZ PALACIOS Y JUAN CARLOS
VELASQUEZ BEDOYA

DEMANDADO: COMERCIALIZADORA MCD S.A.S., ESTRUCTURAS Y
DESARROLLOS S.A y EL PATRIMONIO AUTONOMO
FIDEICOMISO RECURSOS MURANO PLAZA Y
FIDEICOMISO LOTE DORADO CENTER

RADICADO: 2020-25984-01 Radicado SIC 2020-225984

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN
CONTRA SENTENCIA DE FECHA 16 DE
SEPTIEMBRE DE 2021.

FERNANDO PIEDRAHITA HERNANDEZ, en calidad de apoderado de la parte demandante dentro del asunto de la referencia, respetuosamente acudo a su despacho con el fin de sustentar **Recurso de Apelación** contra sentencia de fecha 16 de septiembre de 2021, la cual declara probadas las excepciones planteadas por la parte demandada, refiriéndome única y exclusivamente a los reparos concretos expresados al momento de interponer el recurso de apelación de acuerdo al artículo 322, numeral 3º del C.G.P así:

Fundamenta el A-quo la decisión de no conceder las pretensiones de la demanda de protección al consumidor, en razón a que en las facultades conferidas en la Ley 1480 del 2011 y el Art. 24 del Código General de Proceso, el juzgador no puede en este escenario determinar el incumplimiento contractual de las partes intervinientes, sino que examinaría en sentido lato, los hechos, testimonios, confesiones y demás material probatorio para determinar si las partes demandadas incurrieron en la vulneración de los derechos del consumidor, como lo es el otorgamiento de la garantía legal, protección contractual y publicidad engañosa, y es así que con el material probatorio e interrogatorio de partes, quedó en evidencia la flagrante vulneración de los derechos del consumidor por la parte demandada, la cual ejerció una posición dominante en la relación contractual, pactando cláusulas abusivas al poder no solo de manera malintencionada captar y apropiarse de los dineros de los consumidores de un inmueble destinado para uso de vivienda familiar, sino que aplicaron de manera autónoma las penalidades pecuniarias, que según ellos por derecho les correspondía, sin existir declaración judicial alguna de dicho incumplimiento, dando lugar a un



FERNANDO PIEDRAHITA HERNANDEZ
ABOGADO

inminente desequilibrio contractual y desconocimiento de la norma sustancial en temas de protección al consumidor, por lo cual procedo a sustentar mis argumentos así:

1. En la audiencia apelada, se refiere a que no había vulneración de los derechos al consumidor, por no haberse alcanzado el punto de equilibrio y fue porque justamente que no se alcanzó dicho punto de equilibrio la razón por la cual, la parte demandante no estuvo obligada a seguir aportando al proyecto y razón por la cual el demandado justamente violó los derechos al consumidor, pues no podía hacer suyos (como lo hizo), unos recursos que le pertenecen a los demandantes, cuando el propio A-quo, concluye que no se alcanzó el punto de equilibrio, entrando en una contradicción en perjuicio de los intereses del consumidor demandante, pues por una parte se deja sentenciado que no se alcanzó el punto de equilibrio por parte de los demandados, pero por otra parte se dice que al no alcanzar dicho punto de equilibrio no obligó a los constructores demandados a fijar una fecha para la entrega de los inmuebles y firma de escritura, es decir legítima la apropiación ilegal de los recursos de los demandantes en cabeza de los demandados bajo el argumento inaceptable que al no obligarse con fecha de entrega y de escrituras no vulnera derecho alguno del consumidor pero en cambio si los legitima para apropiarse de los recursos de los demandantes por cuantía superior a los \$28.100.000.00
2. Con una confrontación simple de fechas extraída del contrato de vinculación y según lo probado en el proceso, se determina que la fecha máxima para obtener la licencia de construcción fue el 31 de diciembre de 2015 prorrogable hasta el 31 de marzo de 2016, pero ésta se obtuvo el 6 de abril de 2016, es decir el punto de equilibrio tanto legal como financiero se logró hasta el día de la expedición de la licencia, **repito 6 de abril de 2016**, sin embargo la fiduciaria certifica el punto de equilibrio sin el cumplimiento de la licencia de construcción el 3 de noviembre de 2015. Ahora cuando se le interrogó al representante legal de la fiduciaria el porqué se había certificado una fecha de punto de equilibrio sin contar con la licencia de construcción, justificó dicho error manifestando que en lugar de la **licencia de construcción** que era el requisito para el punto de equilibrio, se tomó la licencia de urbanismo, que es totalmente diferente y no fue la que se determinó en el contrato de fiducia como requerida para certificar el punto de equilibrio y es que nótese que la licencia de urbanismo no le permitía construir el proyecto Murano a los demandados sino las obras de urbanismo tales como espacio público y servicios públicos para tal proyecto. De esta forma se concluye que los demandados confesaron su incumplimiento en cuanto a la obtención de las licencias de



FERNANDO PIEDRAHITA HERNANDEZ
ABOGADO

construcción y alcance del punto de equilibrio , lo que suponía la determinación para la fecha de la firma de la escritura y entrega del inmueble , entonces al no poderse determinar la fecha de entrega y de escrituras, derivado de los incumplimientos de los demandados , en manera alguna puede concluirse como lo hizo el A-quo que no se vulneraron los derechos del consumidor, con el agravante de que se apropiaron de los recursos de los compradores por \$28.100.000.00, es decir por un lado es manifiesto su incumpliendo que impedía fijar las fechas de entrega y escrituración de los inmuebles y por otro lado se benefician de dichos incumplimientos apropiándose de los recursos aportados por concepto de cuota inicial, con el argumento inaceptable que trae el juzgador de primera instancia que al no determinarse las fechas de entrega y escrituración no existe vulneración de los derechos del consumidor .

3. En el mencionado proceso de protección al consumidor, adelantado ante la delegatura de asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, se presentó demanda con el fin de que dicha Delegatura resolviera, como se determinó en la fijación del litigio, si se vulneraron los derechos del consumidor a saber: (I) Otorgamiento de la garantía legal, (II) Protección Contractual y (III) Publicidad engañosa, lo cual no fue fallado a favor del demandante en la sentencia del 16 de septiembre de 2021, a pesar de que en el marco de la Ley 1480 del 2011 determina que toda relación de consumo y los conflictos que se deriven de la misma, se deberá tramitar propendiendo la protección integral de los consumidores, que como bien lo determina el legislador, es la parte más débil en dicha relación contractual, en la cual el productor o proveedor en su posición dominante, determina lo relativo a los términos y condiciones de poder realizar un negocio jurídico, actuando en su propio beneficio, tal como lo vimos en el caso que nos compete, pues los constructores como quedó probado esperaron , más de dos (2) años para alegar el incumplimiento del comprador, a pesar de que nunca cumplieron con la fecha de construcción del proyecto y menos con la firma de la escritura y entrega del inmueble.
4. Tal como se determinó en los interrogatorios de parte, realizado por el Juez de A-quo y las partes intervinientes, el supuesto incumplimiento por parte de mis poderdantes se generó debido al incumplimiento manifiesto del constructor por la falta de obras, inexistencia de las licencias de construcción, tiempos incumplidos, desaparición de la sala de ventas y falta de respuesta oportuna a los compradores, que conllevaron a que mis poderdantes (Consumidores), tuvieran dudas de la legitimidad y responsabilidad



FERNANDO PIEDRAHITA HERNANDEZ
ABOGADO

de los constructores, los cuales después de la captación de mis poderdantes como compradores del Proyecto denominado Edificio MURANO PLAZA, informaron que en un (1) año se empezaría a entregar apartamentos y transcurridos más de 1 año, solo se vislumbraba en el proyecto constructivo, un lugar sin maquinaria, con unas perforaciones en el piso y un celador sin mayor información del proyecto que custodiaba, denotando con ello unas políticas comerciales sin ética, que fundamenta la desconfianza generada al consumidor, al visualizar que el proyecto de vivienda, que con esfuerzos pagaban con el ánimo de ocuparlo prontamente, no tenía adelantos, licencias y no contestaban los diferentes requerimientos.

5. La parte demandada asegura que dicho plan de pagos, descrito en el contrato de Vinculación al Fideicomiso Recursos Murano Plaza No.1300038378, estaba incumplido a partir de la tercera cuota (\$7.000.000, sumadas las tres primeras cuotas), las cuales si bien hubiese podido suceder, que No sucedió, se debió declarar terminado el contrato de vinculación de manera Unilateral por parte de los fideicomitentes de manera inmediata y no esperar hasta febrero del año 2019, para declarar el desistimiento del negocio de manera unilateral y de esta manera arbitrariamente, retener los dineros que consignaron de buena fe mis poderdantes y que no se tuvo en cuenta a la hora de determinar si se violaron o no los derechos del consumidor , aprovechando los constructores demandados recaudar los aportes de los demandantes, de quienes en el proceso alegaron la mora en el pago de dichos aportes , sin embargo se abstenían de declarar su incumplimiento para lograr con sus aportes, el punto de equilibrio financiero de la obra, sin haber obtenido siquiera el otorgamiento de la licencia de construcción, que era un requisito indispensable para declarar el punto de equilibrio de la obra, que a su vez era una obligación primordial para iniciar las obras, realizar el proceso de escrituración de las áreas y que las entidades bancarias realizaran los desembolsos de los créditos hipotecarios de los inmuebles adquiridos por los demandantes, licencia que sólo se expidió el día 06 de abril del año 2016, fecha en la cual por medio de un acto administrativo, emanado por la autoridad competente, se le otorgó la licencia de construcción al proyecto denominado MURANO PLAZA, lo cual es un hecho irrefutable, que determina que solo desde la expedición de dicha licencia, se podía declarar un punto de equilibrio total de la obra, y no antes como se hizo por parte de la Fiduciaria , incumpléndose con los términos establecidos en el contrato de vinculación al Fideicomiso pues el demandado (Productor o Proveedor), al no cumplir con los términos señalados por el instrumento denominado contrato de Vinculación a Fideicomiso



FERNANDO PIEDRAHITA HERNANDEZ
ABOGADO

Recursos Murano Plaza No.1300038378, no pueden exigir el cumplimiento del plan de pago por parte de los compradores demandantes, los cuales aportaron no solo la suma de \$28.100.000 moneda corriente, sino una carta de Aprobación de la entidad COVICSS (Carta que reposa en los archivos de la entidad demandada y en el acápite de pruebas de la demanda), por la suma de \$80.080.000, fechada del 02 de julio del año 2014 y la cual tenía vigencia de año y medio, para que la parte demandada cumpliera con todos los requisitos de la construcción del proyecto y escrituración de los inmuebles y se hiciera efectiva esa carta de aprobación y con ella se pagara el valor de la cuota Inicial, con la premura de que el proyecto no se tardaría mas de un (1) año en empezar a entregar los apartamentos y de esta manera cumplir cabalmente con el contrato de vinculación, posterior a ello el demandante obtuvo la aprobación de un crédito Hipotecario por parte del Banco de Bogotá, por la suma de \$144.820.836, que no se pudo utilizar por la ausencia de fecha para firmar escritura y entrega del inmueble .

6. Igualmente el testigo que aportó el recurrente el señor Pedro Luis Tabora Jaramillo, en la audiencia que se llevó al cabo el día 16 de septiembre, aportó información importante en relación con los hechos que fundamentaron la respectiva acción jurisdiccional, a saber (I) evasión en los requerimientos, (II) falta de las licencias de construcción, (III) inactividad de las Obras, (IV) traslado del punto de venta y (V) antecedentes de incumplimiento por parte de los demandados, hechos que siquiera considero el A-quo y que inocuamente el apoderado de los demandados, solicito que se tachara el testigo, trayendo a colación eventos que nunca sumariamente se soportaron y que a su vez hicieron mella en la decisión que profirió el Juez de A-quo, testimonios estos sobre los cuales solicito a usted señor juez de alzada, se estudien detalladamente y sus implicaciones en la violación de los derechos del consumidor que con esta demanda se pretenden amparar.
7. Asegura el señor Hernan Darío Muñoz, representante legal de la empresa COMERCIALIZADORA MCD S.A.S. y a su vez ex representante legal de la empresa ESTRUCTURAS Y DESARROLLOS S.A, que después de las reuniones sostenidas con mis poderdantes y no poder llegar a un acuerdo, que a todas luces beneficiaba a los demandados, como era cancelar un mayor valor que ellos denominaron (Valorización), se procedió de manera unilateral por parte de los demandados a declarar el desistimiento del negocio (en beneficio de sus intereses), en razón a que como ya se había logrado el punto de equilibrio total (económico y legal), del proyecto denominado Edificio MURANO PLAZA, con dineros provenientes entre otros de mis poderdantes, haciendo con ello uso de su



FERNANDO PIEDRAHITA HERNANDEZ
ABOGADO

posición dominante y buscando que el consumidor en su necesidad de no ver afectado su anhelo y necesidad familiar, tuviera que acceder a pagar un mayor valor que el acordado inicialmente entre el constructor y el comprador. Con lo anterior se violó nuevamente el derecho al consumidor desconociendo que por más de 4 años los demandantes comenzaron a cancelar, los dineros acordados y que sirvieron de vehículo para que los demandados lograran sus objetivos económicos y legales para alcanzar el punto de equilibrio, pero una vez lograron el punto de equilibrio de manera fraudulenta y desproporcionada declaran el incumplimiento unilateralmente sin declaración judicial, apropiándose indebidamente de los recursos recaudados.

8. En desarrollo de los reparos concretos solicito dar aplicación a los artículo 198 Inciso 3 del C.G.P *"Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente."* y el artículo 205 del C.G.P. *"inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio"*. Nótese que el representante legal de ESTRUCTURAS Y DESARROLLOS S.A.S, JUAN ESTEBAN MUÑOZ ACOSTA, se rehusó a contestar las preguntas del interrogatorio alegando que no era representante para la fecha de la ocurrencia de los hechos, por lo tanto debe darse por confesos los hechos interrogados demostrando con ello el incumplimiento de las obligaciones del vendedor que derivan inexorablemente en la violación de los derechos al consumidor. Situación la anterior que en nada tuvo en cuenta el juzgador de primera instancia para emitir su fallo.
9. Así las cosas está claro que los demandados incumpliendo sus obligaciones contractuales en cuanto a la construcción oportuna del proyecto, firma de escritura y entrega del inmueble 1910 del proyecto MURANO PLAZA, hacen uso de las cláusulas abusivas del contrato de vinculación al Fideicomiso para no reintegrar lo pagado por los demandantes y vincular y hacer exigible el mencionado contrato, no obstante el productor o proveedor **no cumplió** con su principal obligación contractual de construir oportunamente, suscribir la escritura de transferencia de dominio y entregar el



FERNANDO PIEDRAHITA HERNANDEZ
ABOGADO

inmueble en discusión a los adquirentes hoy demandantes, que debió pactarse dos meses después de alcanzar el punto de equilibrio, utilizando su posición dominante dentro de la negociación y después utilizando la facultad que tiene de redactar e imponer al adquirente el contrato de vinculación al Fideicomiso, y/o realizar la oferta de adquisición inmueble.

Ordena el tan repetido artículo 43 de la ley 1480 de 2011 en su numeral 6 que existen cláusulas abusivas nulas de pleno derecho cuando " 6. **Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones**" y es que para nuestro caso los demandados tratándose de la adquisición de unos inmuebles en construcción no puede pactar cláusulas que le permitan apropiarse de los recursos del público, cuando en el momento de hacer uso de tales cláusulas, ni siquiera ha cumplido con su obligación esencial de construir el proyecto, transferir la propiedad, entregar el inmueble y obtener la licencia de construcción de los inmuebles que se adquieren u ofertan en venta. Entonces por un lado los demandados **no** construyeron oportunamente el inmueble objeto de adquisición, las obras de urbanismo y zonas comunes, pero en cambio sí se apropia de recursos de los adquirentes que de buena fe se los han entregado para aportar en la construcción del proyecto, alegándose la mora en el pago de cuota inicial sin tener en cuenta la purga de la mora que establece nuestra legislación civil en el sentido de que nadie está obligado contractualmente si su contraparte no ha cumplido o allanado a cumplir

Por lo anterior.

SOLICITO

Revocar la sentencia apelada y en su lugar se concedan las pretensiones solicitadas por el recurrente en el proceso de protección al consumidor, adelantado en la Superintendencia de Industria y Comercio con el radicado **2020-225984**.

Del Señor Juez

FERNANDO PIEDRAHITA HERNÁNDEZ.
C.C. No 79.485.445. Bogotá
T.P. No. 64.889 C.S.J.

Bogotá D.C., martes veintiséis (26) de octubre de 2021

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala Séptima de Decisión Civil

Atte. H. Magistrado Dr. Óscar Fernando Yaya Peña

Sala 011 Civil

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Asunto: Se sustenta Recurso de Apelación contra la Sentencia de Primera Instancia proferida el día 28 de junio de 2021, que profirió el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá.

Ref.: 110013103 039 2016 00010 05

Respetado Señor Magistrado Sustanciador Dr. Yaya,

STELLA JUDITH GUTIERREZ CONSUEGRA, mayor de edad, residente en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 55.225.438 de Barranquilla, obrando en mi condición de apoderada especial de la sociedad demandante **TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A.**, dentro del proceso de la referencia, por medio de este documento **SUSTENTO OPORTUNAMENTE RECURSO DE APELACIÓN** contra la **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** proferida el 28 de junio del año en curso por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá, conforme con las siguientes consideraciones:

1. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD PARA SUSTENTAR EL RECURSO.

En observancia de lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la presente sustentación resulta procedente y oportuna, en la medida en que, la decisión mediante la cual se admitió el recurso, se notificó por estado electrónico No. E-184 del 19 de octubre del año en curso, corriendo el término de traslado de cinco (5) días anunciado en dicho estado, durante los días 20, 21, 22, 25 y **26 de octubre del año en curso**, fecha última en la que se radica el presente escrito.





2. ARGUMENTOS FÁCTICOS Y JURIDICOS QUE SUSTENTAN EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN, Y, POR TANTO, LAS RAZONES DE INCOFORMIDAD CON LA SENTENCIA APELADA.

Seguidamente procedo a **SUSTENTAR POR ESCRITO** el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, a partir de los reparos esbozados ante el *a quo*, y los cuales fundamentan la interposición del presente mecanismo impugnativo. Para tal efecto, ratificaré, ampliaré y/o complementare dichos argumentos, con el fin de que se revoque en su integridad la sentencia impugnada y en su lugar, se declare la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena solicitadas en la demanda.

α. FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA Y LAS DECISIONES DE DICHA PROVIDENCIA.

Lo primero entonces que debe abordarse, es la falta de congruencia entre lo pretendido, lo considerado y lo decidido en la sentencia de primera instancia proferida el pasado 28 de junio del año en curso.

Resulta entonces, que, las pretensiones de la demanda son las siguientes:

“3.1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA.- Que se declare que en la ejecución del referido Contrato No. CLCI 0287 del 06 de agosto de 2012, de “Ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexión y despacho e ingeniería de detalle y construcción de sistemas contraincendios en el campo La Cira-Infantas”, suscrito entre OXYANDINA y TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. la empresa TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A., sufrió un desequilibrio contractual producto de las circunstancias en que debió ejecutar el contrato para OCCIDENTAL ANDINA LLC, y/o el acaecimiento de situaciones imprevisibles presentadas durante la ejecución del contrato.

SEGUNDA.- Que en consecuencia de lo anterior, se declare la responsabilidad contractual de OXYANDINA, en su





calidad de contratante frente al reconocimiento y pago de los mayores costos en que tuvo que incurrir TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A., para el cabal cumplimiento de las obligaciones del Contrato No. CLCI 0287 del 06 de agosto de 2012, cuyo objeto principal era "la ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexión y despacho e ingeniería de detalle y construcción de sistemas contraincendios en el campo La Cira-Infantas".

TERCERA.- Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare que la parte demandada debe asumir, reconocer y pagar los perjuicios económicos sufridos por la parte demandante, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

CUARTA.- Que se declare la nulidad del numeral 3.4 de la cláusula tercera del Contrato No. CLCI-0287, por ser manifiestamente abusiva para el contratista.:

"TERCERA - PRECIOS, CANTIDADES ESTIMADAS Y VALOR DEL CONTRATO U ORDEN

3.4 Las Partes dejan expresa constancia de que la(s) tarifa(s) convenida(s) será(n) la única retribución que le corresponderá al CONTRATISTA por los Servicios prestados a OXY en cumplimiento del presente CONTRATO U ORDEN y se mantendrá fija e invariable mientras dure la vigencia del mismo. En consecuencia, el CONTRATISTA expresamente renuncia a cualquier derecho sobre reajustes, compensaciones o indemnizaciones y reclamos que se produzcan durante el desarrollo del CONTRATO por este concepto."

QUINTA.- Que se declare a la parte DEMANDANTE a paz y salvo por todo concepto respecto de sus obligaciones contractuales.



3.2. PRETENSIONES DE CONDENA



PRIMERA.- Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas anteriormente, se condene y ordene a la parte DEMANDADA a pagar a la parte DEMANDANTE el valor de los sobrecostos en que tuvo que incurrir para el cabal cumplimiento de las obligaciones del Contrato No. CLCI 0287 del 06 de agosto de 2012, cuyo objeto principal era “la ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexión y despacho e ingeniería de detalle y construcción de sistemas contraincendios en el campo La Cira-Infantas”, los cuales inicialmente se han estimado en una suma no inferior a NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS (\$9.468.564.550) MONEDA CORRIENTE. Lo anterior, sin perjuicio que en este proceso se pruebe un mayor valor y haya lugar a éste para la reparación de los perjuicios económicos sufridos por la DEMANDANTE, como consecuencia de las condiciones y circunstancias excepcionales bajo las cuales debió ejecutar el contrato motivo de la presente litis.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA CONDENATORIA.-

Que adicional al valor relacionado en la primera pretensión de condena, se condene a la parte demandada a pagar a la parte demandante, los intereses corrientes más altos que permita la Ley Colombiana, aplicable sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena o desde cuando el Juez considere que estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso o la ley.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA CONDENATORIA.-

Que adicional al valor relacionado en la primera pretensión de condena, se condene a la parte DEMANDADA a pagar a la parte DEMANDANTE, intereses moratorios sobre todas las sumas a las que resulte condenada, en los términos del





artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena o desde cuando el Juez considere que estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.

SEGUNDA.- Que se ordene a la parte DEMANDADA dar cumplimiento a la sentencia judicial que ponga fin a éste proceso y se le condene al pago de intereses comerciales y moratorios sobre el monto total de la condena y a la tasa máxima establecida por la ley, desde la fecha de la ejecutoria de la misma y hasta la fecha del pago efectivo.

TERCERA.- Que se condene a la parte DEMANDADA al pago de la totalidad de las costas y honorarios del proceso y al pago de las agencias en derecho en que incurra la parte DEMANDANTE."

En consecuencia, de cara a resolver el caso planteado y las anteriores pretensiones, previo a relatar los antecedentes fácticos, los cuales aluden al desequilibrio que sufrió TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A. producto de las circunstancias en que debió ejecutar el contrato para OCCIDENTAL ANDINA LLC, y/o el acaecimiento de situaciones imprevisibles presentadas durante la ejecución del contrato, el despacho de primera instancia inició sus consideraciones a partir del folio 6, en el acápite denominado "**Marco Jurídico**" fincando el análisis a "*verificar si efectivamente la demandada debe reconocer y pagar a la demandante las sumas de dinero reclamadas a título de daño emergente y lucro cesante, causadas por las situaciones de hecho surgidas y denominadas expresamente por la segunda como "imprevisibles e imprevistas" atribuibles a la primera y que ocasionaron sobre costos por mayor permanencia en la obra que ésta tuvo que asumir sufriendo así un desequilibrio contractual.*"

Debe señalarse con claridad y precisión, que las pretensiones de la demanda se fincaron de un lado, a solicitar la declaratoria del desequilibrio económico sufrido por la demandante y la responsabilidad contractual de la demandada producto de las circunstancias en las que debió ejecutar el Contrato y/o el acaecimiento de situaciones imprevisibles presentadas durante la ejecución del mismo; así como obtener el reconocimiento de los perjuicios derivados de los mayores





costos en que debió incurrir mi representada, a causa de lo anterior y que en últimas, derivaron en una alteración sobreviniente de las prestaciones inicialmente pactadas entre contratante y contratista.

En el marco de lo anterior, a folio 6 de la sentencia, el despacho de primera instancia definió el equilibrio económico del contrato, y de manera clara indicó que conforme lo dispuesto en el artículo 1.602 del Código Civil, tan pronto se suscribe el contrato, el mismo se convierte en ley para los contratantes y **“se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, lo que no significa que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, “imprevistas e imprevisibles” como las alegadas en este asunto por la demandante, y que sean ajenas a la voluntad de las partes, puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, y la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, sin imposibilitar su ejecución, en lo que en derecho se conoce como rompimiento del equilibrio económico del contrato. De ahí surge, entonces, el deber de restablecer ese desequilibrio, ya por indemnización integral de perjuicios o reconociendo al contratista los mayores costos en los que incurrió.”**

Seguidamente, el Despacho procede a pronunciarse únicamente sobre la denominada “TEORIA DE LA IMPREVISIÓN” contenida en el art. 868 del Comercio, sin tener en cuenta que ninguna de las PRETENSIONES DE LA DEMANDA, **ni del texto de la misma, se deriva que lo pretendido sea LA REVISIÓN, REAJUSTE O RESCISIÓN DEL CONTRATO.**

En punto de lo anterior, y después de hacer un recorrido por lo que dispone textualmente el Art. 868 antes anotado, el Despacho concluye en el inciso 6 del folio 7 de la sentencia de primera instancia, lo siguiente:

“....En consecuencia, este Despacho concluye que la reclamación del sub examine se debe estudiar y analizar a la luz de los presupuestos de configuración que fundamentan la teoría de la imprevisión, por ser evidente que, de la forma como la parte demandante delimitó el escenario fáctico alegando la presencia de causas “imprevisibles e imprevistas”, la acción intentada corresponde a la de revisión regulada en el artículo 868 del Código de Comercio ya transcrita, pues aquellas son





características propias de la esencia de este tipo de acciones.

Siendo ello así, la doctrina y la jurisprudencia, han concebido como elementos estructurales de esta acción, “(i) la existencia y validez del contrato que se pretende revisar; (ii) que se trate de uno de ejecución sucesiva, periódica o diferida, en el sentido que de él se deriven prestaciones de cumplimiento futuro a cargo o en favor de la parte ejercitante de la acción; (iii) la ocurrencia, con posterioridad a su celebración y antes de su terminación, de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, ajenas al afectado, que varíen significativamente las condiciones económicas del contrato; y (iv) que tal alteración sea cierta, grave y provocante para el actor de una excesiva onerosidad de las prestaciones futuras que debe atender, o de una sensible disminución de las que habrá de recibir posteriormente”7 (destaca Juzgado).”

Lo anterior decisión resulta incongruente toda vez que: ninguna de las pretensiones de la demanda puestas a consideración del juez del circuito consistió en la revisión, modificación y/o terminación del convenio contractual demandado con ocasión de las circunstancias sobrevinientes, si esa hubiera sido la solicitud o pretensión de la demandante, se habría solicitado de manera textual al juez del contrato aplicar al presente caso la teoría de la imprevisión; sin embargo, ninguna de las pretensiones invoca tal solicitud.

Como se anotó en precedencia, las pretensiones, los argumentos fácticos y jurídicos de la demanda, así como las pruebas aportadas y recaudadas en el curso del proceso, tenían como fin que el juez del contrato se pronunciara sobre el desequilibrio económico reclamado y la responsabilidad contractual de la demandada en reparar los perjuicios irrogados a la demandante **producto de las circunstancias en que debió ejecutar el bilateral y/o el acaecimiento de circunstancias ajenas imprevistas o imprevisibles** que impactaron negativamente la equivalencia de las prestaciones económicas inicialmente pactadas. Equilibrio que estaba llamado a restablecer la demandada en **virtud de la**





buena fe contractual y su deber de corrección y lealtad negocial, principios invocados en los argumentos jurídicos de la demanda.

En consecuencia, no resulta congruente la decisión de la primera instancia y lo pretendido en la demanda, en la medida en que se itera, las pretensiones de la demanda no iban dirigidas ni a lograr la revisión del Contrato ni a lograr el reajuste del mismo a través de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Se insiste, dentro del presente caso, no se pretendió JAMÁS que se aplicase de manera única y limitada la teoría de la imprevisión, ello quedó claro desde la misma demanda, dentro de la cual se invocó lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el año 2012:

*“Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, **juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.**”¹ (Énfasis añadido)*



Tal como lo ha señalado la Jurisprudencia, dentro de nuestro ordenamiento jurídico colombiano existen distintos fundamentos que

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Rad.: 2006 – 00537 -01 M.P.: William Namén Vargas

imponen al Contratante la obligación de reconocer al contratista las mayores erogaciones en que haya incurrido para el cumplimiento del Contrato, tales como: conmutatividad de las prestaciones, la buena fe contractual, la prohibición del abuso del derecho y el enriquecimiento sin justa causa, argumentos, principios y fundamentos jurídicos, todos que fueron invocados en el trámite del proceso para los perjuicios reclamados, y que fundamentaron las pretensiones de la demanda, siendo desconocidos e ignorados en su totalidad por la primera instancia. Y es que, tal como lo señala la jurisprudencia anotada, no reconocer las condiciones en que mi representada debió ejecutar el Contrato objeto del presente proceso, equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.

Se destaca, y obra prueba de ello en el paginario, que durante la ejecución del proyecto TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A., siempre manifestó su inconformidad frente a las situaciones que estaban afectando y desbalanceando el equilibrio de las prestaciones económicas del contrato, documentos que hacen parte de la prueba documental que obra en el expediente y que fueron ampliamente desconocidos e ignorados por la sentencia de primera instancia, incurriendo el *a quo* en varios yerros procesales durante el trámite del proceso, esto es en lo relativo a la valoración del material probatorio allegado y recaudado denominado "*Defecto fáctico por omisión y valoración defectuosa del Material Probatorio*" el cual ha sido desarrollado ampliamente por el Máximo Tribunal Constitucional.

De hecho, en distintas comunicaciones que se encuentran dentro del plenario, y que no merecieron ninguna valoración por parte de la primera instancia, mi representada manifestó que las consecuencias de tales desviaciones serían valoradas económicamente a efectos de obtener el reconocimiento económico respectivo, ya que la ejecución contractual estaba desbordando los tiempos y costos inicialmente ofertados, a causa de las circunstancias sobrevenidas.

Se concluye entonces que la falta de congruencia se concreta en la decisión adoptada por el despacho, en tanto y cuanto, niega las pretensiones, por cuanto terminado el contrato, resulta inaplicable la teoría de la imprevisión; Sin embargo, como lo denotan ampliamente las pretensiones, ello no fue lo solicitado. El despacho se limitó a plantear el





caso sobre el artículo 868 del Código de Comercio, ignorando un análisis respecto de los demás fundamentos jurídicos invocados en la demanda, todos los cuales resultan aplicables al caso estudiado en sede judicial, y frente a los cuales deberá pronunciarse el fallador de segunda instancia, so pena de incurrir en una denegación de administración de justicia.

b. INEXISTENCIA, FALTA Y/O AUSENCIA DE ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS INVOCADOS EN LA DEMANDA, PRINCIPALMENTE, PERO SIN LIMITARSE A LOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, BUENA FE CONTRACTUAL, DEBERES DE CORRECCIÓN Y LEALTAD NEGOCIAL.

Tal como se señaló en el último párrafo del acápite anterior, la sentencia de primera instancia únicamente se limitó a realizar un análisis de la teoría de la imprevisión, y sus consecuencias jurídicas, esto es, la revisión y/o terminación del contrato, omitiendo por completo no sólo que esas no eran las pretensiones invocadas en la demanda, sino también ignorando pronunciarse sobre los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales invocados, tales como la responsabilidad contractual por no cumplir la demandada los deberes de conducta derivados de la buena fe contractual y los que tienen las partes cuando se está ante un grave desequilibrio contractual sobreviniente, fundamentos jurídicos que sin lugar a dudas, abren paso a la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena solicitadas, en tanto que, dan cuenta junto con los hechos y probanzas recaudados en el curso del proceso *-los cuales no fueron analizados-* de la responsabilidad contractual que debía declararse en cabeza de la demandada, en virtud de las circunstancias en que mi representada debió ejecutar el Contrato, considerando siempre que bajo la premisa de buena fe contractual, y el deber de corrección y lealtad negocial, OCCIDENTAL ANDINA le reconocería los mayores costos económicos que injustamente soportó.

Sorprende a esta parte recurrente, que, a partir de una lectura e interpretación errónea de las pretensiones de la demanda y el solitario análisis del art. 868 del Código de Comercio, el despacho haya omitido pronunciarse sobre los demás argumentos jurídicos de la demanda como los antes narrados, que abrían paso al restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio sobreviniente que tuvo que padecer injustamente TERMOTECNICA durante la ejecución del Contrato en el Campo de La Cira Infantas.





Y es que, en concordancia con lo anterior, no puede dejar de señalarse al *Ad quem* que el texto de la demanda contiene distintos argumentos de orden legal y jurisprudencial que merecían un pronunciamiento obligatorio por parte del Jueza de instancia; sin embargo, omitió injustificadamente un análisis de dichos argumentos, omitiendo su obligación como operadora judicial de apreciar el conjunto de disposiciones normativas invocadas y aplicables al caso, distintos a la teoría de la imprevisión.

Para cabalgar sobre los argumentos atrás explicados, vale la pena resaltar, la responsabilidad contractual de la contratante en las circunstancias sobrevenidas con posterioridad a la suscripción del contrato, y que encuentran su fundamento a partir de los fundamentos jurídicos citados en el texto de la demanda, y en los alegatos de conclusión presentados en audiencia ante el Juez 39 Civil del Circuito, así como los radicados ante la Jueza que emitió la sentencia de primera instancia que hoy se recurre. Todo lo anterior, en virtud de lo establecido en los artículos 1602, 1603, 1604 y 1613 del Código Civil Colombiano, por los sobrecostos y/o mayores costos en que tuvo que incurrir TERMOTECNICA, para terminar la ejecución del Contrato objeto de litigio. Especialmente en lo que atañe al principio de la buena fe Contractual.

c. INEXISTENCIA, AUSENCIA Y/O FALTA DE ANALISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS Y/O HECHOS QUE GENERARON EL DESEQUILIBRIO Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL A LA LUZ DE PRUEBAS ARRIMADAS AL PROCESO LAS QUE TAMPOCO FUERON APRECIADAS EN SU TOTALIDAD POR LA JUEZA DE PRIMERA INSTANCIA.

Como si lo anterior no fuera poco, adicionalmente, se dejaron de valorar y analizar las circunstancias y/o hechos² que generaron el desequilibrio contractual reclamado, a causa de la mayor permanencia (mayor onerosidad) y que se pusieron de presente en la demanda y se probaron con la documental arrimada al proceso y durante las audiencias de prueba celebradas y presididas por el Juez Treinta y Nueve (39) Civil del Circuito, las cuales a pesar del mecanismo de sanidad aplicado por el H. Tribunal, conservaron su validez dentro del proceso y que se concentraron



² a. Decisión unilateral de Occidental de obligar a su contratista a reconocer económicamente la hora de almuerzo dentro de la jornada laboral, con posterioridad a la presentación de la oferta y la suscripción del Contrato; b. Vías de hecho iniciadas por los trabajadores sindicalizados de la USO y la comunidad aledaña al Campo La Cira Infantas; c. Ineficiencias por el movimiento de tierras y calidad del suelo cambios en la ingeniería básica; d. Demora en la entrega de Equipos; e. Cambio Directores de Interventoría.

en al menos diez (10) audiencias a través de las cuales se recibieron testimonios³ y sustentaciones de los peritajes aportados⁴.

Las circunstancias que generaron el desequilibrio y las probanzas que dan cuenta de lo anterior y del derecho que le asiste a mi representada de reclamar una justicia contractual equitativa, verbi gracia: los testimonios de los ingenieros Guillermo González, Walter Soto, en su condición de directores de Proyecto, y de Obra de TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL, respectivamente; así como los documentos y la sustentación de los peritos en audiencia, para el caso nuestro, la contadora pública Gloria Zady Correa Palacio, no merecieron ni una sola línea de análisis y valoración en la sentencia apelada. Todo lo anterior, por cuenta del único e incongruente análisis realizado por el Despacho para fundamentar su decisión de negar las pretensiones de la demanda únicamente a partir de la aplicación de la teoría de la imprevisión; por demás ajena a las consecuencias jurídicas de nuestras pretensiones y argumentaciones.

Ningún análisis se hizo acerca de la responsabilidad en la que pudo incurrir la Contratante en el acaecimiento de las circunstancias que hicieron más onerosa la ejecución del Contrato anotado a la luz de las pruebas testimoniales practicadas y controvertidas dentro del proceso, y que obran dentro del expediente. A manera de ejemplo, tanto en la demanda como en las probanzas recaudadas, se puso de presente el reconocimiento de la hora de almuerzo para los trabajadores del campo que pactaron la USO y Occidental Andina y que posteriormente tuvo que asumir y pagar TERMOTECNICA a sus trabajadores, haciendo más costosa su ejecución, sin embargo, ningún análisis se hizo ni de esta situación ni de las pruebas documentales y testimoniales que acreditaban el acaecimiento cierto y materializado de la misma⁵.

Del mismo modo, ningún pronunciamiento mereció por parte de la primera instancia las circunstancias relacionadas con el reconocimiento económico de 59 horas, los paros y demás situaciones generadas por la USO y la Comunidad, en medio de las cuales reclamaban prebendas y demás derechos a OCCIDENTAL, situaciones de las cuales, la misma



³ Guillermo de León González González, Walter Soto, entre otros.

⁴ Peritaje y sustentación realizada en Audiencia por la Dra. Gloria Zady Correa Palacio.

⁵ Folios 1434, Acta de Acuerdo de Fecha 21 de Mayo suscrita entre la USO y Occidental, interrogatorio de parte de la Representante Legal de Occidental (3;15:42), Fl. 1439 dentro del cual se observa claramente la orden de trabajo mediante la cual Occidental reconocer única y exclusivamente 59h adicionales al contratista.

representante legal de la demandada, reconoció en su interrogatorio de parte habían sido desbordadas.

*“La pregunta del Juez fue: “¿Si Uds. no tenían ninguna **responsabilidad** en lo atinente al horario laboral que se estaba dando con los empleados de TERMO por qué pagaron las 59 horas? A lo cual contestó: “**Porque fue un tema que se salió de control llevábamos 20 días con el campo parado. La USO estaba siendo muy exitosa en sus métodos coercitivos y convenciendo a la comunidad de que se unieran al paro y fue una decisión entre Ecopetrol y OXY para darle continuidad al proyecto y evitar mayores pérdidas...**” (Énfasis añadido -3:54:06 de la declaración de parte, audiencia inicial celebrada ante el Juez 39 Civil del Cto de Bogotá)*

De la anterior declaración de parte de la representante legal de Occidental Andina, que se encuentra arimada al proceso, que no mereció análisis alguno de la Jueza de Primera Instancia y que se produjo al momento de contestar al Juez 39 Civil del Circuito de Bogotá sobre la **responsabilidad de Occidental en lo atinente al horario laboral: “fue un tema que se salió de control llevábamos 20 días con el campo parado. La USO estaba siendo muy exitosa en sus métodos coercitivos y convenciendo a la comunidad de que se unieran al paro y fue una decisión entre Ecopetrol y OXY para darle continuidad al proyecto y evitar mayores pérdidas...”** se pregunta entonces esta defensa, si se encuentra probado que esta circunstancia alegada en la demanda, es un tema que se salió de control, y que se superó a partir de una **decisión unilateral entre ECOPETROL, LA USO Y OCCIDENTAL, como lo confiesa la Representante Legal de OCCIDENTAL, por qué mi representada está llamada a soportar ese mayor costo económico sobrevenido durante la ejecución del contrato, y que obviamente se convierte en una situación imprevista que no se contempló en la oferta inicial presentada por TERMOTECNICA.**

Según la RAE, IMPREVISTO significa⁶: 1. adj. No previsto.2. m. Gasto no previsto. En consecuencia, en los términos del presente proceso, y para la resolución del presente recurso, debe darse el entendimiento a dicha



⁶ <https://dle.rae.es/imprevisto>

palabra, la cual necesariamente no se enmarca en los límites del artículo 868 del Código de Comercio, sino a todo aquello que no se contempló en la oferta inicial de mi representada y que con ocasión de las circunstancias sobrevinientes durante la ejecución del contrato, causó un gasto o erogación imprevista por mi representada al momento de estructurar su oferta inicial, que resultó necesario para la culminación del proyecto, **y que en atención a los principios de buena fe contractual, corrección, lealtad y justicia contractual, debieron ser reconocidos por la contratante a mi representada.**

En el presente caso, resulta clara la responsabilidad contractual que le asiste a Occidental Andina LLC, en virtud de lo establecido en los artículos 1602, 1603, 1604 y 1613 del Código Civil Colombiano, por los sobrecostos y/o mayores costos en que tuvo que incurrir TERMOTECNICA, para terminar la ejecución del Contrato objeto de litigio. Especialmente en lo que atañe al principio de la buena fe Contractual.

Así las cosas, y a con el fin de ampliar los argumentos que dieron lugar al presente reparo e inconformidad con la sentencia de primera instancia, seguidamente me referiré a cada una de las situaciones imprevistas e imprevisibles que generaron una mayor onerosidad para mi representada, y que hacen responsable contractualmente a OCCIDENTAL ANDINA, en adelante Oxy, de resarcir dichos costos a TERMOTECNICA, tal como se ha venido argumentando, a instancias de sustentar el presente recurso.

a. Decisión unilateral de Occidental de obligar a su contratista a reconocer económicamente la hora de almuerzo dentro de la jornada laboral, con posterioridad a la presentación de la oferta y la suscripción del Contrato.

Tenemos entonces que mediante comunicación emitida el 16 de abril de 2013 (anexo 2 al escrito que descurre el traslado de las excepciones), cuando ya se encontraba en ejecución el Contrato, Oxy envió a sus contratistas, entre ellos TERMOTECNICA COINSDUSTRIAL, una directriz de como debían aplicar la jornada laboral, exigiendo la hora del almuerzo debía ser pagada y catalogada como parte de la misma, sin tener en cuenta la grave afectación económica que generaba al Contratista, toda vez que era una hora paga y no laborada, reduciéndose la disponibilidad en campo de los trabajadores y generando mayor permanencia en obra, resultando, así mismo, en mayores costos para Termotecnica.





En consecuencia y en atención al rechazo que generó por parte de los contratistas, entre ellos TERMOTECNICA de dar aplicación a la directriz sobrevenida de pagar la hora de almuerzo, se generaron distintos paros en el campo, que dieron lugar a la suscripción del ACTA DE ACUERDO de fecha 21 de mayo de 2013, arribada al proceso, dentro de la cual OCCIDENTAL ANDINA acordó unilateralmente con la USO, el reconocimiento económico obligatorio de la hora de almuerzo por parte de sus contratista, entre ellos TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A.

Debe aclararse, que en dicho acuerdo ni participó ni fue invitado TERMOTECNICA. El acta se suscribió con el siguiente tenor:

"1. OxyAndina, garantizará que sus contratistas paguen por una sola vez a cada uno de sus trabajadores que laboran para el proyecto la Cira-Infantas y que cumplan con el requisito de dicha directriz, cincuenta y nueve (59) de tiempo extraordinario como reconocimiento salarial de la hora de almuerzo dentro de la jornada laboral.

A partir del 1 de mayo se dará cumplimiento a la disposición establecida que define la jornada continua tal y como lo define la directriz de OxyAndina en su comunicación del 16 de abril.

2. Para el pago mencionado en el numeral anterior, los contratistas del proyecto tienen hasta el 20 de junio de 2013.

4. Como consecuencia de los acuerdos aquí plasmados la Unión Sindical Obrera USO, se compromete a normalizar la totalidad de las actividades laborales en el proyecto LCI..."
(Énfasis añadido)

Es importante recalcar, que mi representada nunca tuvo participación en el acuerdo antes anotado, puesto que los únicos que se sentaron a negociar fueron Occidental y la USO, como bien lo manifestó la representante legal de Oxy en el Interrogatorio de partes celebrado en la audiencia inicial de este proceso:





“...El único acuerdo que se hizo, quiero aclarar, fue para levantar el paro y que pudiéramos volver con las operaciones normales. Oxy y Ecopetrol aceptaron que para todos aquellos trabajadores que hubieran sido víctimas de una errónea aplicación de la ley en relación con la contabilización de su jornada y de su hora de almuerzo, se iba hacer un reconocimiento único de 59 horas, el número salió de las negociaciones” (3:15:42)

Adicionalmente, y luego de aceptar que si hubo acuerdo entre OXY y la USO para el reconocimiento de la hora de Almuerzo, la Representante Legal de OXY manifestó:

*“...**sabiendo que esto podía ser un golpe duro digamos de caja para sus contratistas,** que eran incumplidores de la norma pero que de todas modos era un tema complicado de sacar la caja, enviaron una comunicación a todos sus contratistas (...) 03:16:35 “les recordamos que tienen que cumplir la ley, ahora si usted era de los que no estaba cumpliendo y les estaba descontando la hora de almuerzo cuando la hora de almuerzo debía ser jornada continua y se debía pagar, **por favor págale a todos esos trabajadores 59 horas, pásame los documentos y yo le reembolso esa plata.**” (Énfasis añadido)*

Era absolutamente claro para OCCIDENTAL ANDINA, que su directriz de reconocer económicamente la hora del almuerzo generaría un impacto económico negativo para sus Contratistas. Tan es así, en la circular que trae a colación la demandada a folio 1434, del expediente, se advierte claramente, que cuando ECOPTEROL solicitó a sus contratistas el reconocimiento económico de la hora de almuerzo, a partir del 01 de diciembre de 2012, estableció lo siguiente:

*“...Ecopetrol reconoce al contratista por trabajador un auxilio de alimentación, para su pago en dinero o en suministro en especie. **Los costos adicionales directos e indirectos en que incurra el contratista para cumplir con esta obligación deberán ser incluidos en el AIU de su oferta y/o contrato.**” (Énfasis añadido)*





Vale la pena resaltar, que se encuentra acreditado dentro del proceso, que TERMOTECNICA suscribió el contrato con OXYDENTAL el día 6 de agosto de 2012, esto es, antes de la emisión de la circular que obra a folio 1434 del expediente, y que señalaba que para cumplir con el reconocimiento adicional que se hacía a los trabajadores del campo respecto de la hora de almuerzo, tales costos deberían ser incluidos en el AIU de la oferta. Oportunidad que no tuvo mi representada, pues se insiste, y así se encuentra probado en el proceso, se acordó después de la presentación de su oferta para la ejecución del contrato en el campo La Cira Infantas.

Sin embargo, quebrantando el principio de la buena fe contractual y su deber de corrección contractual OCCIDENTAL ANDINA, **únicamente reconoció el pago de 59 horas extras a mi representada, quien posteriormente debió soportar en solitario las consecuencias económicas tanto de la directriz del 16 de abril de 2013, como del Acuerdo suscrito entre Occidental y la USO.** Es indiscutible que, con el pago de estas 59 horas horas, Oxy reconoció el impacto económico que su decisión unilateral, posterior a la presentación de la oferta y durante la ejecución del Contrato le generó a mi representada. Asimismo, es claro que la Representante Legal de Oxy en su declaración de parte, afirma que tal directriz, impactaba la caja del Contratista, razón por la cual reconocen esas 59 horas.

Si tal como se señaló en la contestación de la demanda y en la declaración de parte de la representante legal, ello obedecía a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, reiterada por ECOPETROL, mediante circular que milita a folio 1433 del expediente, POR QUÉ no se le informó al Contratista al momento de ofertar cuales eran los criterios que se manejaban en el campo. ¿Por qué OXY ANDINA reconoció esas 59 horas a los Contratistas? Porque sabía que les impactaba económicamente, tal como se lo hizo saber mi representada en sendas comunicaciones que obran en el expediente. ¿Por qué la circular de ECOPETROL ordenó incluir esos costos en la oferta y/o contrato? claramente porque sabía el impacto económico que ello tenía. Sin embargo, Oxy no sólo optó por sorprender a su contratista, sino que lo abandonó con el reconocimiento económico que su directriz y acuerdo implicaba.





De hecho, si se revisa la circular de ECOPETROL, claramente pueden colegirse que no se cita ninguna sentencia de la Corte Suprema de Justicia como sustento de dicha directriz.

Con lo anterior, claramente puede observarse, que es mediante esa circular que aporta el demandado con la contestación de su demanda, que ECOPETROL, le exige a Oxy la aplicación de unos criterios a partir del 1º de diciembre de 2012, fecha en la cual ya se encontraba en ejecución el contrato suscrito con mi representada.

Con posterioridad a ello, Oxy emite la directriz del 16 de abril de 2013 antes anotada, y suscribe un ACUERDO con la USO, mediante el cual se compromete al pago de la hora del almuerzo y reconoce a los contratistas solamente 59 horas.

Nótese como en el folio 1439 del expediente, claramente se observa la ORDEN DE TRABAJO mediante la cual reconocen el pago de la 59h que en la descripción señala lo siguiente: (Documento firmado por la INTERVENTORIA)

“Pago al personal operativo del proyecto LCI correspondiente al acuerdo firmado entre occidental andina LLC y la uso según acta del 21 de mayo de 2013.”

Igualmente, en respuesta dada en el interrogatorio de parte, la representante legal de Oxy confiesa al Juez 39 Civil del Circuito, frente al cual se llevó el interrogatorio de partes, que fue un tema que se les salió de las manos. La pregunta fue la siguiente: *“¿Si Uds. no tenían ninguna responsabilidad en lo atinente al horario laboral que se estaba dando con los empleados de TERMO por que pagaron las 59 horas?”*

A lo cual contestó:

“Porque fue un tema que se salió de control llevábamos 20 días con el campo parado. El uso estaba siendo muy exitosa en sus métodos coercitivos y convenciendo a la comunidad de que se unieran al paro y fue una decisión entre Ecopetrol y OXY para darle continuidad al proyecto y evitar mayores pérdidas” ... (3:54:06)





Finalmente, y un tema que llama la atención de esta apoderada, y que tampoco fue análisis de la sentencia de primera instancia, es la defensa que hace la demandada de la circular que emitió OXY el 16 de abril de 2013, a partir de una de jurisprudencia inaplicable para el caso, la cual, dicho sea de paso, no fue citada ni por ECOPETROL, ni por OXY en las circulares mediante las cuales exigió el pago de la hora de almuerzo.

Es evidente, que a partir de la circular del 16 de abril de 2013, y más exactamente con el Acuerdo suscrito entre la OXY y la USO, ratificado mediante comunicación del 27 de mayo de 2013 (anexo 8 de la demanda) se presentaron situaciones imprevistas para TERMOTECNICA, que causaron mayores costos relacionados con las horas hombres ofertadas, por la obligación de aplicar criterios de jornada laboral sin base normativa y jurisprudencial correspondiente al manejo de la jornada laboral e impuestos mediante acuerdo posterior a la presentación de la oferta y celebración del contrato, todo lo cual le generó la afectación económica que hoy se reclama y frente a la cual se solicita la intervención del juez colegiado de segunda instancia, en atención a los yerros y falta de análisis y valoración probatoria acaecidos en la sentencia de primera instancia.

b. Vías de hecho iniciadas por los trabajadores sindicalizados de la USO y la comunidad aledaña al Campo La Cira Infantas

De otro lado, y en los que respecta a las vías de hecho, es preciso indicar, que ni las huelgas, ni los paros, ni las demás interrupciones acaecidas durante la ejecución del Contrato, fueron provocados por personal de TERMOTECNICA.

Como podrá observarse por el *Ad quem* al momento de estudiar la sustentación del presente recurso, los paros y vías de hecho se generaron por causas que siempre tuvieron como destinatario a OCCIDENTAL ANDINA, tal y como se demuestra mediante comunicación No. TC-ITA-COM-116F-079 del 6 de marzo de 2013 (anexo 20 de la demanda), mediante la cual se indicó lo siguiente:



“...les informamos que el día 5 de marzo de 2013, en la puerta 11 se presentó una protesta ajena a TERMOTECNICA



COINDUSTRIAL S.A., que impidió el normal desplazamiento a la obra en el horario habitual. Hacia las 7:40 a.m. se dio el paso el cual pudimos continuar hacia la obra; en el campo 45 encontramos personal bloqueando el ingreso por esta vía, tomamos como vía alterna la vía del museo hasta lograr llegar a la obra. En el a la estación nos encontramos con manifestantes apoyados por el personal de Asojuntas que impidieron el ingreso del personal operativo a las áreas de trabajo...Luego de una reunión con el personal de Asojuntas manifestaron que bajo ninguna circunstancia nos permitirían adelantar labores dado que se encontraban adelantando protestas contra OXY Andina. Se aclaró la protesta no era hacia TERMOTECNICA..." (Énfasis añadido)

De igual forma, el paro que se presentó durante el mes de mayo de 2013, obedeció a la exigencia que hizo la USO de dar aplicación a la directriz emitida en relación con el pago de la hora del almuerzo y otras exigencias reclamadas a la Oxy, que solo culminaron con el acuerdo Suscrito el 21 de mayo de 2013.

Vemos entonces como la situación social que se presentaba en LCI era por acciones ajenas a personal de TERMOTECNICA y que tenían como destinatario única y exclusivamente a OCCIDENTAL ANDINA, que era el dueño del proyecto y por tanto responsable del manejo social. Resulta claro que en la presentación de la oferta se calculen algunas improductividades relacionadas con este tipo de situaciones, pero es que como bien lo confiesa la apoderada en su interrogatorio de partes, para la ejecución de este Contrato, tal situación **se desbordó**. Esa situación **desbordada** no era ni responsabilidad ni previsible ni prevista para mi representada al momento de ofertar, y, por el contrario, debió padecer injustamente todas afectaciones en tiempo y dinero que los paros ajenos a su personal y a su manejo y control, causaron al proyecto.

En tal sentido, y para el análisis de la Sala de Decisión, es preciso traer a colación la declaración de la representante legal de Occidental Andina, aquí demandada, cuando al tiempo 3:15:00 haciendo alusión a las huelgas y paros presentados en el proyecto afirmó ante el Juez 39 Civil del Cto de Bogotá, lo siguiente:



“Este tema se desbordó y entonces a OXY y a Ecopetrol les toco sentarse a mediar con la USO.” (Énfasis añadido)

Así, cuando un riesgo, no puede ser tratado, deja de ser previsible o simplemente se sale de la esfera de control a quien se le atribuye. Es evidente que en el caso que nos ocupa, quien tenía el poder decisional sobre el cese de las manifestaciones y sobre la situación social del Proyecto era OXY. Tal poder se vio reflejado, por ejemplo, al acordar el pago en dinero de 59 horas y garantizar el pago de la hora del almuerzo a partir del 1° de mayo de 2013.

Adicionalmente, en respuesta dada en el interrogatorio por parte, la representante legal de Occidental Andina, reiteró **que para la ejecución de este contrato, el tema se salió de control.** La pregunta del Juez fue: “¿Si Uds. no tenían ninguna responsabilidad en lo atinente al horario laboral que se estaba dando con los empleados de TERMO por qué pagaron las 59 horas? A lo cual contestó: **“Porque fue un tema que se salió de control llevábamos 20 días con el campo parado. La USO estaba siendo muy exitosa en sus métodos coercitivos y convenciendo a la comunidad de que se unieran al paro y fue una decisión entre Ecopetrol y OXY para darle continuidad al proyecto y evitar mayores pérdidas...”** (3:54:06)

Con lo anterior, claramente puede concluirse, **(i) que la situación en materia de huelgas e interrupciones de la comunidad se salió de control;** **(ii)** que a quien se dirigía la USO y la comunidad era a Oxy, y **(iii)** que quien tenía el poder decisional para solucionar prontamente las interrupciones generadas era la Oxy, todo lo cual escapaba del control de mi representaba y que por el contrario le generó mayores costos para la ejecución del Proyecto. En consecuencia, quien debía prever lo que estaba ocurriendo y evitar los perjuicios generados a mi representado y en consecuencia mayores pérdidas, era OXY.

Al punto, es preciso traer a colación el testimonio del Ing. Guillermo León Gonzalez, Director de Proyectos de TERMOTÉCNICA, cuando en su testimonio señaló lo siguiente:



“...No había sucedido este tema de las comunidades parando el trabajo de los contratistas, el tema es establecer que es participar, cuando llega la USO y hace un llamado a



los trabajadores es casi obligatorio. Si se niega el trabajador, es contraproducente. El que no acude, digamos que no lo sentencian ahí, pero tiene sus consecuencias. Pero decir que los trabajadores de TERMO bloquearon por alguna inquietud que TERMO no les haya solucionado eso nunca sucedió.
(4:00:00 audiencia celebrada el 14/09/2017)

En consecuencia, y en atención a lo que ya se encuentra probado, incluso, declarado por la misma representante, quien confesó ante el estrado que el tema social se desbordó, da lugar a mi representada a reclamar la mayor permanencia que se generó por esta situación, a todas luces imprevista, sobrevenida durante la ejecución del contrato, y ajena a la oferta inicial presentada por mi representada.

c. Ineficiencias por el movimiento de tierras y calidad del suelo cambios en la ingeniería básica.

Es bien sabido, que, para iniciar con un proyecto, obra o demás, debe cumplirse con el principio de la planeación. En ese orden de ideas, TERMOTECNICA COINDUSTRIAL, en adelante TTC se le contrató para realizar “Ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexiones y despacho y diseño e instalación del sistema contra incendios en el campo La Cira Infantas.”

Así, de acuerdo con lo ofertado, cuando TTC ingresara al Campo La Cira Infantas, el Contratante, esto es OCCIDENTAL ANDINA, tenía la obligación previa de preparar el terreno en el cual TTC ejecutaría el Proyecto. Ello no ocurrió así. Nuevamente, y bajo el acaecimiento de circunstancias imprevistas y sobrevenidas durante la ejecución del contrato, una vez presentada la oferta, suscrito el contrato y presentado y aprobado el PDT Inicial (anexo 26 del peritaje aportado por la demandada) **se le solicitó a TTC, realizar el movimiento de tierras en el área donde se desarrollaría el proyecto, tal situación, impactó significativamente los tiempos del Contrato, toda vez que, el suelo resultó ser de muy mala calidad y debió tener un manejo especial que sólo vino a culminar el 31 de mayo de 2013, es decir, 9 meses después de haberse iniciado el plazo del contrato.** Tal como se evidencia en el PDT Final (anexo 5 de la reforma a la demanda) y el informe presentado por AB Proyectos Ingeniería, **pruebas contundentes**



arrimadas a la demanda, y que tampoco merecieron ningún análisis de la jueza de primera instancia.

Para efectos de lo anterior, adicionalmente es preciso traer a colación el testimonio del ingeniero Guillermo León Gonzalez:

“...llegábamos a hacer el montaje de un sistema de bombeo y el sitio en donde íbamos a hacer el sistema de montaje de bombeo no estaba en las condiciones que nosotros como contratistas nos habían establecido en el pliego de condiciones, es decir el sitio no estaba adecuado.” (2:08:15)

De igual forma, tal situación se prueba con el anexo A del contrato CLCI-0287, numeral 1- 1.1.1 – ii Obligaciones especiales del contratista, mediante el cual se estipuló lo siguiente: **“El alcance del servicio no incluye la construcción de tanques, la casa de potencia, instalación de la interconexión eléctrica y el movimiento de tierras requerido para la plataforma”**. Es más, si se analiza completamente el contrato, ninguna de sus cláusulas contempló esta obligación comprendida dentro de la ingeniería básica. Es por lo anterior, que se encuentra plenamente probado que la actividad de movimiento de tierras no estaba contemplada como una obligación inicial de TTC, que le fue incorporada con posterioridad a la presentación de su oferta, y que sin duda generó mayores costos y mayor permanencia durante la ejecución del contrato, así el mismo haya sido configurado a precios unitarios.

Vale la pena observar, que dado lo anterior, el PDT inicial no contemplaba las actividades que posteriormente se le asignaron al Contratista. No obstante, después de adjudicado el Contrato, Oxy solicitó al Contratista ejecutar la ingeniería de detalle y los movimientos de tierra para las adecuaciones del terreno de la plataforma N1, la plataforma del tanque de 10.000 Bls y los cambios en las plataformas N2 y N3 del CCM, Unidad LACT y bombas de despacho y trasiego.



Esta explicación se hace a efectos de que en el PDT Revisión 4 aportado, se evidencie que: Los movimientos de tierra para las adecuaciones de terreno de la plataforma N1 se realizaron entre el 13 de septiembre de 2012

y el 28 de junio de 2013, ver actividades desde la N°1396 hasta la N°1433 del PDT aportado, página 21/25.

Los movimientos de tierra para las adecuaciones del terreno de la plataforma N2 se realizaron entre el 15 de diciembre de 2012 y el 24 de abril de 2013, ver actividades desde la N°544 hasta la N°554 del PDT aportado, página 7/25.

Los movimientos de tierra para las adecuaciones del terreno de la plataforma N3 se realizaron entre el 12 de noviembre de 2012 y el 31 de mayo de 2013, ver actividades desde la N°630 hasta la N°637 del PDT aportado, página 8/25.

La fecha de vencimiento del Contrato CCLI 0287 originalmente acordada era el 06 de mayo de 2013, obsérvese que solo hasta el 28 de junio de 2013 se culminaron los movimientos de tierra que, cuando el Contratista presentó su propuesta, partía de la base de que dichos movimientos de tierra ya estarían ejecutados para el desarrollo del Contrato, de acuerdo con lo determinado y definido por OXY en los documentos precontractuales.

Tal situación trajo como consecuencia, que siempre se midiera el avance de la obra a partir de un Plan de trabajo desactualizado. Lo anterior, pese a las distintas comunicaciones mediante las cuales mi representada solicitó la actualización e inclusión de actividades en el plan de trabajo inicialmente aprobado.

Ahora bien, es importante reiterar, como ya se dijo, que la inclusión de esa nueva actividad generó graves demoras y afectaciones para mi representada, las cuales, por supuesto no se tuvieron en cuenta a la hora de ofertar, pero que en cambio sí impactaron el Cronograma total del Contrato. El movimiento de tierras anotado, generó unas mayores cantidades de obras y una mayor permanencia de mi representada. Tal situación se encuentra probada, entre otras, con el testimonio del Ingeniero Guillermo Figueroa al responder a la pregunta del apoderado de TTC:



¿Está diciendo usted que no existieron mayores cantidades de obra relacionadas con movimiento de tierra? Respondió:



“No, no es eso lo que se quiere decir, hubo unas cantidades plasmadas desde la ingeniería básica, el contrato contemplaba una ingeniería de detalle, al irse desarrollando la ingeniería de detalle se van haciendo los balances de mayores y menores cantidades, lo cual se hizo otro si al contrato adicionando en tiempo y presupuesto, pasando de 11.000.000.000 millones a uno de 16.000.000.000 por mayor cantidad de obras.” (Audiencia celebrada el 14/09/2017)

La interpretación es inequívoca, por cuanto admite que si se generó la mayor cantidad de obra por la actividad del movimiento de tierras, actividad no contemplada contractualmente y adicionada con posterioridad, además igualmente expresa Min 00:44:20 audiencia No. 5 *“no recuerdo que haya sido específicamente por el movimiento de tierras pero si recuerdo que a medida que se fue supliendo la ingeniería de detalle se iban evidenciando que iban haber mayores cantidades y unos mayores costos de la obra, iba haber mayor facturación por parte de termo (...)”*evidenciando nuevamente que si se generaron nuevos precios y nuevas cantidades para poder ejecutar el movimiento de tierra que obran en las actas de servicios adicionales, movimiento que tuvo que hacer TTC, y que no era parte del alcance inicial del Contrato.

En cuanto al tema de la ingeniería básica, mediante el testimonio de Guillermo León Gonzalez min 3:08:00 declaró lo siguiente: *“...en el alcance nuestro no estaba el tema de ejecutar el movimiento de tierra ni el estudio de suelos ni nada de eso, **empezó a impactar la ingeniería de detalle, porque no podía desarrollar nada porque el movimiento de tierra no estaba definido y ni el estudio de suelos estaba definido,** como se evidencia en informe compañía AB proyectos...”* De lo anterior, ningún análisis se hizo en la sentencia impugnada.

Adicionalmente se generó una mayor permanencia en tanto que, a mi representada no le fueron entregados los estudios de suelos correspondientes, y que causaron un impacto mayor en la ejecución del Contrato, circunstancia que, por supuesto **NO** se tenía prevista al momento de ofertar, en la medida en que no era su responsabilidad. Tal afirmación se prueba con lo dicho por el testigo de Oxy, acerca del tema. En el interrogatorio realizado por el apoderado de TTC al ingeniero Guillermo





Figueroa, el confirma mediante sus respuestas contradictorias que a oxy le correspondía el estudio de suelos, así:

“¿De quién era la obligación de entregar el estudio de suelos al inicio del proyecto?”

00:58:46 Hay una ingeniería básica que se le entrega al contratista y de ahí en adelante es responsabilidad del contratista desarrollar o complementar la ingeniería básica, de acuerdo a la experiencia que tengo, si se requería estudios adicionales era por cuenta de termo desde su ingeniería de detalle.

¿Tenía que hacer el estudio de suelos, si o no?”

“La ingeniería básica no incluía el estudio de suelos, entiendo que había un análisis preliminar de un estudio de suelos, pero lo que es cierto es que, si es necesario, la ingeniería de detalle debe complementar los estudios que se le entregan desde la ingeniería básica.”

¿Había o no había estudio de suelo en la ingeniería básica?”

“Es entendible que si había un estudio de suelo básico que se le entrega al contratista”

Es entonces evidente, como se contradice el interrogado en cuanto a la obligación de la entrega de la ingeniería básica y de lo que ella comprendía, demostrando que por responsabilidad de Oxy a mi representada se le generaron perjuicios a causa de la actividad que le fue adicionada y que debió estar lista desde el mismo momento en que se suscribió el Contrato.

Debe reiterarse, que la mayor permanencia en obra que reclama el CONTRATISTA TERMOTECNICA, no se generó por incumplimiento en sus obligaciones. TTC siempre estuvo dispuesta desde el inicio a cumplir, es así, que para ello debió ejecutar diseños y obras adicionales que se prueba mediante informe presentado por AB PROYECTOS S.A, **frente al cual ningún análisis ni valoración probatoria realizó la jueza de primera instancia**, y dentro del cual se manifestó lo siguiente: *“...a continuación relacionamos las diferentes actividades que han impactado el desarrollo de la ingeniería de detalle “ construcción de dos tanques de 20.000Bts de crudo y sistema de despacho a GRB en DSH Lisama, por trabajos adicionales solicitados por Occidental de Colombia a Termotécnica, y por definiciones técnicas con*



incremento en tiempo”, es por lo anterior que se debe reconocer los gastos en los que tuvo que incurrir mi representada para la ejecución de la obra, toda vez que la mayor permanencia lleva consigo gastos administrativos y directos adicionales, dan un balance en negativo para Termotécnica, tal como se probó con el peritaje contable realizado y sustentado por la Dra. Gloria Zady Correa, **que dicho sea de paso, tampoco fue valorado ni analizado de forma individual y conjunta por la falladora de primera instancia.**

d. Demora en la entrega de Equipos.

Otro tema que afectó el cronograma de la obra, **que se encuentra plenamente probado dentro del proceso, y que al igual que los anteriormente esbozados, tampoco mereció ningún tipo de análisis y valoración por parte de la jueza de primera instancia,** resultó ser la demora en la entrega de los equipos y materiales por parte de Oxy a TERMOTECNICA. Debe resaltarse, que la obligación de comprar y suministrar los equipos era responsabilidad de OXY. Tales demoras, pueden probarse, entre otras, con las comunicaciones número TC-ITA-COM-116F-125 del 30 de agosto de 2013 (anexo 24 de la demanda) **“hubo retraso en la llegada de equipos y materiales responsabilidad de oxy que afectaron a la ejecución de nuestro montaje, impidiendo el cumplimiento de las fechas para los hitos que nos habíamos programado para la operación temprana”**... y número TC-ITA-COM-116F-126 del 3 de septiembre de 2013 (anexo 25 de la demanda) **“teniendo en cuenta los inconvenientes que hemos tenido por la llegada tardía de los equipos del swichgear, los materiales incompletos para el pórtico, llegada tardía y diferente especificación de los tableros de control”** Termotécnica solicitó a OXY la entrega de elementos específicos para llevar a cabo la ejecución de pruebas, y además, manifestó que para evitar más retrasos por la no llegada de los elementos, pondría a disposición todos sus recursos para disminuir el impacto que se estaba generando en la terminación del proyecto, dejando claro una vez más que era responsabilidad de OXY.

Adicionalmente, estas demoras, se ven reflejadas en el INFORME DE AB PROYECTOS S.A, anexo a la demanda, informe que reposa en el material allegado al despacho y que entre otras consigna demoras de hasta aproximadamente 10 meses en el caso de las bombas de despacho y la unidad lact, generando afectaciones en el cronograma de actividades





que es justo reclamar. Al respecto, traemos a colación el testimonio del ingeniero Guillermo León González en el testimonio que rindió dentro del proceso, min 03:45:20 indicó:

“...eso impacta directamente la ruta del proyecto por ejemplo, el caso de la unidad lact, que es el equipo que hace como de contador de la casa, es el equipo que mide la cantidad de galones, la cantidad de barriles que salen de la estación hacia el oleoducto si eso se atrasa es ruta crítica del proyecto y puede estar todo lo demás terminado, pero si eso no está, no hay bombeo, es un equipo muy crítico para que se haya demorado tanto tiempo.” (Énfasis añadido)

Igualmente, reflejó ese informe, que algunas actividades y definiciones debieron ser cerradas en la ingeniería básica, y que, por no llevarse a cabo dicho cierre, generaron avance lento del proyecto. Para dar un ejemplo de ello, en el ítem de electricidad – “la ingeniería básica definía los motores de las bombas de despacho de 600HP y son de 300HP los entregados por el proveedor, esto afecta la definición del transformador principal.” Todos esos cambios e indefiniciones generaron mayores costos durante la ejecución del Contrato, costos que deben ser reconocidos en esta instancia judicial por Occidental Andina, y que se encuentran probados con el **dictamen pericial contable elaborado por la contadora pública Gloria Zady Correa Palacio, aportado con la reforma de la demanda, del cual se insiste, no mereció análisis alguno por parte de la jueza de primera instancia.**

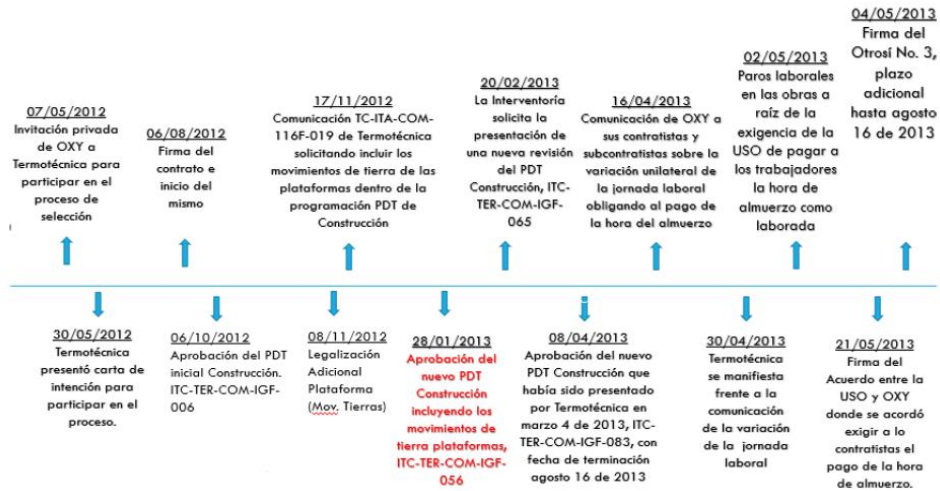
- **Línea de tiempo de afectación del Proyecto, que generó los mayores costos que se reclaman en esta demanda.**

Para resumir, se presenta una línea de tiempo que contiene las principales circunstancias que acaecieron durante la ejecución del Contrato, y que generaron mayores costos a mi representada y que se reclaman a través de la presente demanda.

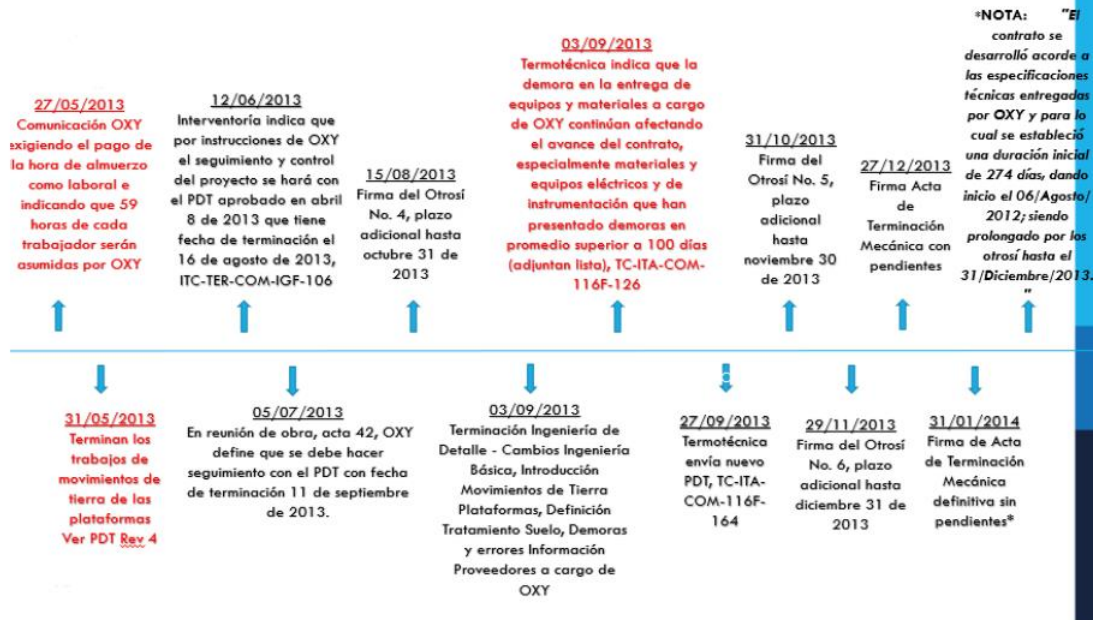




Inicio:



Continuación:



Término total de duración del proyecto:



Finalmente, y debido a las circunstancias acaecidas durante la ejecución del Contrato, todas ellas de responsabilidad de Oxy, e imprevistas o imprevisibles para mi representada al momento de Ofertar, se generó una mayor permanencia de 270 días, que implicaron los mayores costos reclamados en esta demanda y probados mediante el peritaje contable elaborado y sustentado por la perito contable Gloria Zady Correa en audiencia de sustentación de dictamen.

e. Cambio Directores de Interventoría.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que durante la ejecución del Contrato, Oxy realizó distintos cambios en los directores de interventoría, todo lo cual coadyuvó al acaecimiento de la mayor permanencia que hoy es objeto de reclamo. En consecuencia, vemos como a Fl. 1366 del expediente, figura como Director de la Interventoría RICARDO CHAMARRAVI GUERRA, a Fl. 1367 figura como Director de Interventoría Ricardo Padilla y a Fl. 1415, figura como Director de Interventoría Fernando Barragán Holguín, todo lo cual indica los distintos cambios y reprocesos que tuvo que padecer mi representada para la gestión y ejecución del proyecto, ya que el cambio no sólo involucró personas naturales sino jurídicas, en tanto que, como puede observarse en el plenario, inicialmente la interventoría se encontraba a cambio de INGECONTROL, y posteriormente de ITANSUCA.





En suma, se concluye, que, a pesar del cúmulo de pruebas documentales, testimoniales y periciales arrimadas al plenario, las mismas no fueron ni analizadas y ni valoradas para proferir el fallo de primera instancia que hoy se recurre, pues a pesar de que tal hecho se afirma, ello no fue expresamente tratado ni desarrollado por la funcionaria encargada de fallar el proceso, convirtiéndose todo lo anterior en importantes argumentos y pruebas que dan lugar a la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena tendientes a garantizar a mi representada el reconocimiento de los mayores costos en que tuvo que incurrir para ejecutar el Contrato suscrito con Occidental Andina, en pro de la justicia contractual.

d. FALTA Y/O AUSENCIA DE ANALISIS DEL PERITAJE CONTABLE Y FALTA AUSENCIA Y/O DEFICIENTE ANÁLISIS DE LAS DEMÁS PRUEBAS RECAUDADAS EN EL CURSO DEL PROCESO.

En concordancia con lo anterior, ningún pronunciamiento se hizo en la sentencia apelada respecto del peritaje contable aportado por esta parte procesal, y que es plena prueba de los mayores costos en que tuvo que incurrir **TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A.**, durante la ejecución del contrato, traduciéndose en los perjuicios económicos que se reclaman y de los cuales se pide su reconocimiento a través de la demanda.

Del mismo modo, tal como se explicó y sustentó amplia y suficientemente en el acápite anterior, ningún análisis y valoración se realizó por parte de la primera instancia de la totalidad de las pruebas arrimadas al proceso, esto es, los testimonios rendidos por los Ingenieros Guillermo González y Walter Soto, así como tampoco de las confesiones realizadas por la Representante Legal de Occidental Andina, quien a viva voz manifestó dentro del interrogatorio de parte, que **la situación social del campo se había desbordado, y que habían llegado a acuerdos con la USO para mitigar esos impactos, acuerdos que derivaron en una mayor permanencia y desequilibrios sufridos únicamente por la demandante. Del mismo modo, tampoco se analizó el contenido del Informe elaborado por AB Proyectos Ingeniería, documento que no se tachó de falso por la contraparte y que fue allegado oportunamente al proceso, y que contiene un detallado informe de las circunstancias, que impactaron franca y negativamente la ejecución del Contrato.**





Así, a partir de los hechos narrados, y plenamente probados dentro del proceso, algunos con los testimonios e interrogatorios antes reseñados y otros con la documental arrojada, y de los demás fundamentos jurídicos y jurisprudenciales presentados, se abre paso a REVOCAR LA SENTENCIA IMPUGNADA y en su lugar declarar prosperas las pretensiones declarativas y de condena de la demanda.

No es cierto como lo afirma la Señora Jueza de Primera instancia, en el folio 11 de la sentencia recurrida, que **"al ser clara la controversia planteada y su resolución concretarse a las pruebas documentales recaudadas, se hace innecesario ahondar en las demás pruebas practicadas, las que, en todo caso, valoradas y apreciadas en su conjunto (art. 176 del C.G.P), no logran desmentir ni desvirtuar las afirmaciones plasmadas en esta decisión,** pues por una parte, es indiscutible que el contrato no se encuentra vigente siendo ello necesario como requisito ineludible para la prosperidad de la acción, y por la otra, las pruebas estudiadas no demostraron que la cláusula cuestionada 3-3.4 fuera abusiva y en detrimento de los intereses de la sociedad reclamante, sino que se acreditó todo lo contrario, esto es, se modificó en beneficio de las partes y fue instituida de mutuo acuerdo." (Énfasis añadido).

Sin duda alguna, discrepa esta defensa de la posición anterior, toda vez que, para denegar las pretensiones de la demanda, y en garantía del sagrado derecho de contradicción y defensa, administración de justicia y debido proceso, la parte demandante, tiene el derecho a conocer, cual fue el análisis y valoración que la juez de instancia realizó de todas las pruebas arrojadas al proceso, de todas, y por qué según sus consideraciones no lograron desvirtuar las afirmaciones plasmadas en la decisión. **Tal afirmación, adicionalmente resulta violatoria del debido proceso, en la medida en que, al ser desconocidas o por lo menos no incorporadas expresamente en la sentencia recurrida las valoraciones y/o apreciaciones, limitan el ejercicio de contradicción y defensa del recurrente y el derecho que tiene de impugnar las decisiones.** No se avizora en la sentencia apelada de manera clara, precisa y expresa, cual fue la valoración individual que se hizo de cada prueba y la apreciación en conjunto conforme a la sana crítica y las reglas de la experiencia, que hizo el despacho de las pruebas obrantes en el expediente. La mera afirmación de haberlo hecho no garantiza ni el debido proceso ni los derechos sustanciales y procesales de la demandante, ni garantiza lo





motivación razonada de la sentencia, y **por el contrario configura sendos yerros procesales durante el trámite del proceso, denominado como ya se anotó “Defecto Fáctico por Omisión y Valoración Defectuosa del Material Probatorio”⁷ el cual puede presentarse en dos dimensiones, una positiva y una negativa.** Tratándose de la negativa, y la que en criterio de esta recurrente se configuró en el presente caso, sostuvo el alto tribunal constitucional lo siguiente:

“6.1.1. En concreto, dicho defecto se presenta en aquellos casos en los que: (i) el funcionario judicial, a pesar de contar con los elementos probatorios pertinentes, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión a adoptar y, además, se hace evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto debatido hubiera variado sustancialmente (dimensión negativa)” (Énfasis añadido)

Sin duda, en el presente caso se dejaron de valorar injustificadamente todas las pruebas arrojadas al proceso, las cuales daban plena cuenta de los hechos y solicitudes invocadas, y en todo caso, de la prosperidad de las pretensiones y reclamaciones económicas presentadas con la demanda.

Ante tamaño error, no queda otra solicitud que rogar al Juez Colegiado que valore la totalidad de las pruebas allegadas al proceso, para resolver esta impugnación.

e. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA OMITIÓ PRONUNCIARSE Y/O REALIZAR UN ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL A PARTIR DE LA CULPA DEL CONTRATANTE, EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE, ABUSO DE LA POSICIÓN Y OTROS PRINCIPIOS.

Asimismo, el despacho de primera instancia OMITIÓ POR COMPLETO pronunciarse respecto de la responsabilidad contractual solicitada, a partir de los principios del derecho invocados en la demanda artículo 868 del Código de Comercio (justicia contractual), Buena Fe Contractual consagrada en el Art. 871 del Código de Comercio, culpa y buena fe



⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 027 de 2017. (M.P. Aquiles Arrieta Gómez)



contractual artículos 1602, 1603 y 1604 del Código Civil, invocados como fundamentos jurídicos de la responsabilidad contractual reclamada, entre otros y jurisprudencia relacionada; Principios todos, que se encuentran presentes en todas las etapas de cualquier contrato. Al respecto, principalmente sobre del principio de la buena fe, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil:

“...Se destaca así la inculcable importancia del principio de la buena fe y “que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles (...) El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohijar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas.”

La honra de este importante principio, no acatado por la demandada OCCIDENTAL ANDINA durante la ejecución y terminación del Contrato, y, que impone reconocer a los congéneres lo que les corresponde, es este caso, los perjuicios causados a su contratista TERMOTÉCNICA con ocasión de los costos que debió asumir con su propio pecunio para sufragar la mayor permanencia que se generó a causa de las circunstancias que se indicaron en la demanda y las que se probaron durante el curso del proceso, fue totalmente desatendido y desconocido en la sentencia impugnada, constituyéndose en un argumento más junto con todos los demás en las razones de inconformidad que sustentan el recurso de alzada.





- f. SE OMITIÓ REALIZAR UN ANALISIS ACERCA DE LAS PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LOS CONTRATOS EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE CONMUTATIVIDAD EL CUAL DEBE ESTAR PRESENTE EN TODOS LOS CONTRATOS Y QUE SE QUEBRÓ CON LA ALTERACIÓN Y/O DESEQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES EJECUTADAS.**

A partir de los hechos, pretensiones y fundamentos de la demanda, así como de las probanzas arrimadas al proceso, el Despacho de primera instancia omitió realizar un juicioso análisis de todos esos elementos a la luz del principio de conmutatividad, para posteriormente determinar, si con todos los elementos probatorios aportados al proceso, se configuraba el desequilibrio contractual y en tal virtud, si como lo anotó en su misma sentencia, con ocasión de las circunstancias acaecidas durante la ejecución del contrato, nacía para la contratante la obligación de indemnizar los perjuicios y/o reconocer los mayores sobrecostos en que tuvo que incurrir mi representada, no hacerlo, corresponde a administrar una justicia contractual inequitativa.

En ese orden de ideas, el contrato es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. En el caso que nos ocupa, resulta cierto y probado en el expediente (con testimonios, documentos y peritajes) que las sobrevinientes circunstancias en las que el Contratista debió ejecutar el contrato, alteraron significativamente su equivalencia y/o estructura económica, por lo cual resulta no sólo justo sino equitativo el reconocimiento económico que se solicita.

Así, resulta más que ajustado a la realidad, que se reclame la declaración de la ocurrencia de ese desequilibrio o desequivalencia por circunstancias sobrevinidas durante la ejecución del contrato que no pudieron ser previstas por TERMOTENICA al momento de ofertar, y que en atención a los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos presentados en la sustentación del recurso de alzada, Oxy está llamada a reparar, indemnizar y/o reintegrar.



- g. CLÁUSULAS ABUSIVAS – NO SE ANALIZÓ LA PRUEBA EN EL EXPEDIENTE, NI LA CLÁUSULA DE CUAL SE DEPRECA SU NULIDAD A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y LA POSICIÓN DOMINANTE DEL CONTRATANTE.**

Asimismo, también resulta claro, que el Contrato contiene cláusulas abusivas a la luz de lo establecido en la Ley y la jurisprudencia. **Debe anotarse, que en el anexo 11 de la reforma de la demanda,** claramente puede observarse que aquellas cláusulas que representaban un desmedro para el contratista no eran objeto de modificación por parte de OXY, por lo cual fluye sin mayor esfuerzo, que quien quería participar en el negocio, debía aceptar y adherir a las cláusulas leoninas impuestas por OXY. **A pesar de lo anterior, la sentencia de instancia ningún análisis realizó del anexo 11 de la demanda reformada en el que al resolver una observación de los posibles oferentes se indica que dichas cláusulas no son objeto de modificación.**

Del mismo modo, en pruebas arimadas por la demandada, se desprende lo antes anotado. Cuando se trataba de cláusulas que perjudicaban al oferente, OXY no modificaba su posición. Ante ello, el contratista debía adherirse o renunciar a su participación.

Se observa entonces como a partir de lo anterior, el despacho dejó de analizar de forma panorámica las pruebas arimadas al plenario, desconociendo que el contrato que nos ocupa si contenía cláusulas abusivas que fueron predispuestas unilateralmente, otorgándole claras ventajas a OXY. Resulta ajeno a la justicia contractual, que un contratista tenga que renunciar a reclamar los perjuicios que se deriven de una relación contractual. Tal como lo señala la doctrina relacionada en la demanda, *“habrán de reputarse abusivas, y por tanto nulas, aquellas cláusulas predispuestas que, pese a las exigencias de la buena fe, causen detrimento del consumidor o adherente un desequilibrio significativo o importante entre los derechos y las obligaciones que se derivan de un contrato.”*⁸

El Contrato no se redactó de común acuerdo, sino que se trató de una minuta impuesta a los oferentes, nótese como la misma representante legal de OXY, señaló en su interrogatorio lo siguiente:



*“En adición a eso, los términos y condiciones establecían también la minuta del contrato que se iba a firmar, **esta es***

⁸ Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Autor: Ernesto Rengifo García. Editorial: Universidad Externado de Colombia. Págs. 192 y 193.



una minuta que ha sido desarrollada por oxy a través de todos los años que lleva operando en Colombia" (Cursiva fuera de texto)

Vemos entonces, como el Contrato que nos ocupa es un contrato estandarizado y redactado por OXY, con cláusulas como la que se pide declarar nula, que le colocan en una situación de privilegio. Contrario a lo afirmado por el Juez de Instancia, OXY siempre mantuvo inmodificables las cláusulas que le generaban un desmedro y/o que iban en contra de sus intereses.

h. AUSENCIA Y/O FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA TACHA FORMULADA AL PERITO TÉCNICO PRESENTADO POR OXY.

Otro argumento que se suma a las razones de inconformidad de la sentencia recurrida se fundamenta en la omisión del despacho de primera instancia de resolver y/o pronunciarse sobre la tacha presentada por el Dr. Alfredo Coral, al perito técnico presentado por Oxy Andina, en el sentido de tener en cuenta, que en audiencia manifestó que el peritaje había sido elaborado a través de una persona jurídica, pero dicho documento fue suscrito por una persona natural. A más de lo anterior, dicho dictamen contiene conclusiones de tipo jurídico que sólo resultan competencia del juez del contrato, y frente a las cuales deberá pronunciarse el *ad quem* al momento de realizar la valoración respectiva.

Así las cosas, ante la evidente prosperidad del presente recurso de alzada, solicito al despacho resolver sobre dicha situación, a partir de los argumentos presentados en la respectiva audiencia, y dejar de lado la prueba técnica aportada por Oxy, por no estar acorde con los requisitos exigidos en la ley.

I. NO ES POSIBLE CONCLUIR QUE NO SE LOGRÓ PROBAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ATRIBUIDA A LA DEMANDADA CUANDO NO SE HACE EL ANALISIS NI LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS ARRIMADAS AL PROCESO, NI EL ESTUDIO DE LOS FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURÍDICOS QUE HACEN PARTE DE LA DEMANDA.



Con todo, es imposible concluir que como **“la demandante no logró probar la responsabilidad contractual atribuida a la demandada, se hace innecesario entrar a verificar lo atinente a los perjuicios, estudio del que se ocuparon las experticias presentadas por las partes, ni de las excepciones de fondo promovidas por la defensa.** Entonces, sin entrar en más detalles, las pretensiones de la demanda habrán de despacharse desfavorablemente, con la consecuente condena en costas a cargo de la parte vencida y favor de la que resultó victoriosa.” (Énfasis añadido)

Lo anterior, por cuanto como ha quedado dicho, resulta imposible concluir que no se logró probar la responsabilidad contractual de la demandada, cuando **(i)** no hubo un pronunciamiento del despacho sobre los distintos argumentos que daban cuenta de la responsabilidad contractual de la demandada, distintos a la imprevisión, grosso modo, buena fe negocial (Art. 871 del C.Co y 1603 del Código Civil) y deberes de lealtad correccional inmersos en la buena fe contractual; **y (ii)** porque existió una ausencia total sobre la valoración de las probanzas arrojadas al proceso, como bien ha quedado explicado en este escrito de sustentación del recurso de apelación. De haberse abordado y analizado la conducta de la contratante a la luz de esos principios y de los hechos acaecidos durante la ejecución del contrato, no quedaba otro camino que concluir (i) que durante la ejecución del pacto contractual (negocio jurídico) se causaron unos mayores costos que alteraron la equivalencia de las prestaciones inicialmente contratados (perjuicios) y que en cumplimiento del principio de buena fe, lealtad y corrección negocial estaba llamado a restablecer la contratante, quien a pesar de tener conocimiento de dicha situación, no lo cumplió.

Claramente, es a partir del principio equidad, buena fe, y del deber de corrección y lealtad negocial, no observado por la contratante, el que abre paso a la declaratoria de responsabilidad civil y al resarcimiento de perjuicios causados con ocasión de la excesiva y sobreviniente onerosidad.

3. PRETENSIÓN IMPUGNATIVA



Cumplidos cabalmente los requisitos para la procedencia y sustentación oportuna del recurso de apelación, se solicita al Juez Colegiado de Segunda Instancia:



Revisar, analizar y emitir fallo de segunda instancia, de cara a los reparos que han sido planteados y la sustentación que aquí se presenta del recurso de alzada, y, en consecuencia, **REVOCAR** en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida el 28 de junio del año en curso, por el Juzgado Cuarenta (40) Civil del Circuito de Bogotá, para en su lugar, reconocer la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena solicitadas en de la demanda reformada.

En virtud de lo anterior, condenar y/u ordenar a OCCIDENTAL ANDINA LLC, hoy SIERRACOL ENERGY ANDINA, LLC, al pago de los perjuicios que causó y/o mayores costos y/o sobrecostos en que tuvo que incurrir TERMOTECNICA COINDUSTRIAL, para ejecutar el contrato No. CLCI 0287 del 6 de agosto de 2012 que tuvo por objeto: *"Ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexión y despacho e ingeniería de detalle y construcción de sistemas contra incendios en el Campo La Cira Infantas"* los cuales se encuentran probados con el peritaje contable elaborado y plenamente sustentado por la Dra. Gloria Zady Correa Palacio, así como con las pruebas documentales y testimoniales que obran en el expediente.

Adicionalmente, declarar la nulidad de la cláusula 3.4 demandada, por resultar abusiva y contraria a derecho.

Por último, revocar la condena en costas y agencias en derecho impuestas por la primera instancia, en atención a la prosperidad de los reparos que han sido invocados y la sustentación oportuna que aquí se realiza del recurso de alzada.

4. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la secretaria del Tribunal Sala Civil, Estados Electrónicos o en la Cra 7 No. 127-48 ofc 606 y en el correo electrónico: sgutierrez@cdya.co ; coraldelgado@cdya.co

Cordialmente,

Stella Judith Gutierrez Consuegra



STELLA JUDITH GUTIERREZ CONSUEGRA
CC No. 55.225.438 de Barranquilla
T.P No. 190.549 del C.S. de la J

Dra.
LIANA AIDA LIZARAZO V.
H. MAGISTRADA
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL DE DECISIÓN
BOGOTÁ D.C.
E. S. D.

Rad.	110013103002 2018 00446 01
Asunto:	SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN
Demandante:	INMOBILIARIA ROMERO MORENO LTDA HOY ABI COMPANY SAS
Codemandado/ Poderdante:	INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESSO

NESTOR ORLANDO HERRERA MUNAR, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en calidad de apoderado judicial del codemandado **INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCIÓN Y PROGRESSO**, entidad distinguida con el NIT. 830.511.763-5, comedidamente acudo ante este Despacho con el fin de **SUSTENTAR LA APELACIÓN** de la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con las siguientes

1. CONSIDERACIONES:

A través de la demanda se solicitó el pago de los cánones de arrendamiento presuntamente adeudados entre los meses de abril y noviembre de 2018, afirmando que como consecuencia del incremento pactado, el canon pasó de \$15.000.000 en noviembre de 2012 cuando se suscribió el contrato a \$23.435.024, para el momento en el que se afirma que se produjo el incumplimiento en el pago de los cánones.

Dichos incrementos se ven reflejados en la tabla que contiene el hecho octavo, los cuales se aplicaron desde el primer año de ejecución contractual, y así sucesivamente.

No obstante, si nos remitimos a lo pactado en el contrato, el referido incremento **solamente podía aplicarse a partir del vencimiento del término inicial del contrato pactado en cinco (5) años (entre el 26 de noviembre de 2012 y el 26 de noviembre de 2017)**, y no desde el año 2012, como erradamente se plantea en el líbelo introductorio.

Para mayor claridad resulta pertinente reproducir la respectiva cláusula del contrato de arrendamiento aportado con la demanda, que no deja ninguna duda acerca del momento a partir del cual se debían aplicar los incrementos:

“SÉPTIMA – REAJUSTE DEL CANON DE ARRENDAMIENTO. Vencido el término inicial de este contrato y así sucesivamente cada doce (12) meses de ejecución



del mismo, en sus prórrogas tácitas o expresas o de renovación en forma automática, el precio mensual del arrendamiento se reajustará en un porcentaje del IPC más 1,5 puntos del año inmediatamente anterior.” (Subrayado fuera del texto).

Así pues, ciñéndonos a la literalidad del contrato que sirve de base a la ejecución, y sin que sea necesario ni procedente acudir a otros mecanismos para desentrañar la voluntad de las partes, pues su sentido y alcance es absolutamente claro (art.1281 C.C.), tenemos que el incremento en el valor del canon pactado solamente podía aplicarse con posterioridad al 26 de noviembre de 2017, por ser el momento en que vencía el término inicial.

Agréguese a lo expuesto, que quien ha ocupado el inmueble y asumió el pago de los cánones de arrendamiento desde el comienzo fue el LABORATORIO BIOIMAGEN, por lo que en lo que atañe a mi representada, y en virtud del principio de buena fe inherente a las relaciones contractuales, las obligaciones que le son exigibles se circunscriben a la literalidad del documento.

Lo anterior significa que el incremento en el valor del canon pactado, equivalente al 100% del IPC del año inmediatamente anterior más 1,5 puntos, solamente podía aplicarse con posterioridad al 26 de noviembre de 2017, **por ser el momento en que finalizaba el término inicial del contrato**, y no de manera sucesiva desde la primera anualidad de ejecución contractual como erradamente pretende el demandante.

En ese orden de ideas, si tenemos en cuenta que para el año 2016, el incremento del IPC según el DANE fue del 5.75% (ver tabla adjunta), el incremento aplicable a partir del 26 de noviembre de 2017, sería del 7.25%% (IPC más 1,5 puntos), es decir, el valor de los cánones pasó de \$15.000.000.00 a **\$16.087.500.00**.

 GOBIERNO DE COLOMBIA		 DANE INFORMACIÓN ESTRATÉGICA															
Colombia, Índice de Precios al Consumidor (IPC)																	
(variaciones porcentuales) 2003 - 2018																	
AÑO 2018, MES 12																	Base Diciembre de 2008 = 100,00
Mes	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	
Enero	1,17	0,89	0,82	0,54	0,77	1,06	0,59	0,69	0,91	0,73	0,30	0,49	0,64	1,29	1,02	0,63	
Febrero	1,11	1,20	1,02	0,66	1,17	1,51	0,84	0,83	0,60	0,61	0,44	0,63	1,15	1,28	1,01	0,71	
Marzo	1,05	0,98	0,77	0,70	1,21	0,81	0,50	0,25	0,27	0,12	0,21	0,39	0,59	0,94	0,47	0,24	
Abril	1,15	0,46	0,44	0,45	0,90	0,71	0,32	0,46	0,12	0,14	0,25	0,46	0,54	0,50	0,47	0,46	
Mayo	0,49	0,38	0,41	0,33	0,30	0,93	0,01	0,10	0,28	0,30	0,28	0,48	0,26	0,51	0,23	0,25	
Junio	-0,05	0,60	0,40	0,30	0,12	0,86	-0,06	0,11	0,32	0,08	0,23	0,09	0,10	0,48	0,11	0,15	
Julio	-0,14	-0,03	0,05	0,41	0,17	0,48	-0,04	-0,04	0,14	-0,02	0,04	0,15	0,19	0,52	-0,05	-0,13	
Agosto	0,31	0,03	0,00	0,39	-0,13	0,19	0,04	0,11	-0,03	0,04	0,08	0,20	0,48	-0,32	0,14	0,12	
Septiembre	0,22	0,30	0,43	0,29	0,08	-0,19	-0,11	-0,14	0,31	0,29	0,14	0,72	-0,05	0,04	0,16		
Octubre	0,06	-0,01	0,23	-0,14	0,01	0,35	-0,13	-0,09	0,19	0,16	-0,26	0,16	0,68	-0,06	0,02	0,12	
Noviembre	0,35	0,28	0,11	0,24	0,47	0,28	-0,07	0,19	0,14	-0,14	-0,22	0,13	0,60	0,11	0,18	0,12	
Diciembre	0,61	0,30	0,07	0,23	0,49	0,44	0,08	0,65	0,42	0,09	0,26	0,27	0,62	0,42	0,38	0,30	
En año corrido	6,49	5,50	4,85	4,48	5,69	7,67	2,00	3,17	3,73	2,44	1,94	3,66	6,77	5,75	4,09	3,18	

Fuente: DANE

Nota: La diferencia en la suma de las variables, obedece al sistema de aproximación y redondeo

* Entre octubre de 2006 y septiembre de 2007 se realizó la Encuesta de Ingresos y Gastos en el macro de la Gran Encuesta Integrada de Hogares, teniendo una cobertura de 42733 hogares para las 24 principales ciudades del país, lo cual permitió determinar cambios en los hábitos de consumo y la estructura del gasto de la población colombiana. Con los resultados de esta encuesta, bajo el trabajo de un grupo interdisciplinario de especialistas y la asesoría de la entidad estadística del Canadá, se desarrolló una nueva metodología para calcular el IPC, que es aplicada a partir de enero de 2009. Se creó una nueva canasta con una estructura de dos niveles, uno fijo y uno flexible, que permite actualizar la canasta de bienes y servicios, por cambios en el consumo final en un periodo relativamente. Además de la ampliación de la canasta, el nuevo IPC-08 amplió su cobertura geográfica a 24 ciudades.

Actualizado el 5 de enero de 2019

La imprecisión en cuanto al valor actual de los cánones de arrendamiento, no solo incide en el valor de los cánones de arrendamiento en el momento en que se produjo el presunto incumplimiento (a partir del mes de abril del año 2018), sino que por contera, afecta el valor de la cláusula penal reclamada, cuyo valor ascendería a \$32.175.000.00, esto es, el equivalente a dos (2) cánones al momento del incumplimiento, si se aplican los incrementos en la forma en que se pactó.

2. PETICIONES:

Con fundamento en los argumentos expuestos, solicito al Despacho:

Que se REVOQUE parcialmente la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia, específicamente en lo que tiene que ver con el monto de la condena por concepto de cláusula penal, y en su lugar, se ajuste al valor de dos (2) cánones de arrendamiento, esto es, la suma de \$32.175.000.00, resultado de aplicar los incrementos en la forma pactada.

Cordialmente,



Néstor Orlando Herrera Munar

CC. 80.500.545 de Cajicá.

TP. 91.455 del C. S. de la J.

Señores
Sala Civil – Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Magistrado Ponente: Jesús Emilio Múnera Villegas
Su Despacho

Ref.: **Sustenta recurso de apelación**. Proceso Ordinario de Mayor Cuantía. Demandantes: Jaime Andrés Villabona Valencia y Javier Leonardo Álvarez Castro, en su calidad de integrantes del **Consortio Aval**. Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – **Fonade**.
Rad. No. 110013103 004 **2014 00516 01**.

Julián Vargas Brand, identificado como aparece al pie de mi firma, apoderado de la parte demandante, Jaime Andrés Villabona Valencia y Javier Leonardo Álvarez Castro, en su calidad de integrantes del **Consortio Aval**, dentro de la oportunidad legal¹ y en aplicación del artículo 327 del Código General del Proceso² (en adelante, C.G. del P.), me permito **sustentar el recurso de apelación** interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Transitorio de Bogotá el 27 de agosto de 2020, para que se dé curso a las fases subsiguientes del recurso de alzada, en cuanto al traslado de la sustentación y la emisión del fallo de segunda instancia, en los siguientes términos:

I. Petitum

Primero. Revocar la decisión dictada, en primera instancia, el 27 de agosto de 2020, por el Juzgado Segundo Civil Transitorio de Bogotá, decisión notificada en estado del 28 de agosto de 2020.

Segundo. Estudiar de fondo y acceder a las pretensiones de la demanda inicial.

II. Sustentación de la apelación

A continuación, se desarrollan los dos cargos formulados en el escrito de precisión de reparos concretos:

1. **Primer cargo de apelación: la ley 80/1993 es la ley sustancial aplicable al contrato, no el art. 868 del C. de Co. como equivocadamente sostuvo el a quo**

El régimen jurídico aplicable al contrato 2110682 de 2011 es la ley 80 de 1993, por expresa disposición del artículo 26 de la ley 1150 de 2007.

El funcionario de primera instancia **no definió la línea de tiempo** que lo llevaría a la univoca conclusión anticipada: la ley sustancial aplicable al contrato es la ley 80/1993. Las fechas y eventos para tener en cuenta son las siguientes:

Fecha	Evento
16 de julio de 2007	Se promulgó la ley 1150 de 2007
16 de enero de 2008	Entró en vigor la ley 1150 de 2007, cuyo artículo 26 ordenó que “ Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.
20 de mayo de 2011	Se celebra el contrato No. 2110682, entre Fonade y Consortio Aval El contrato se celebró en vigencia del artículo 26 de la ley 1150 de 2007
16 de junio de 2011	Se promulgó y entró en vigor la ley 1450 de 2011, la cual derogó el artículo 26 de la ley 1150 de 2007.

¹ Cfr. Decreto 806 de 2020, art. 14: “Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”.

² Cfr. Código General del Proceso, art. 327: “El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia”.

El juez omitió que la norma sustancial aplicable al contrato es la ley 80/1993; en consecuencia, el juez de primera instancia **erró al formular el problema jurídico** y sentar la ruta de análisis del caso, pues se limita a un presupuesto que no es aplicable a la ley de este contrato, es por esa razón que el desarrollo de la sentencia omite el estudio del material probatorio y hace a un lado 6 años de trabajo, no solo nuestro, si no del Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, donde se practicaron pruebas testimoniales, documentales e incluso dictamen pericial, las cuales por supuesto no fueron valoradas por el Juez Segundo Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, quien se limitó a constatar el periodo de ejecución sin percatarse de la normatividad aplicable al contrato 2110682 del 20 de mayo de 2011.

Ahora, si el único material probatorio tenido en cuenta por el *a quo* fue el clausulado del contrato, no se entiende como omitió la naturaleza jurídica del mismo, más aún cuando del texto se extraen los siguientes apartes:

12. Que, de acuerdo con las disposiciones del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, y con las del literal a), numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales pueden contratar directamente, entre otras causas, cuando la continuidad del servicio exija la ejecución de obras en el inmediato futuro y, en general, cuando se presenten situaciones que demanden actuaciones inmediatas que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos; para lo cual se requiere de la declaratoria de urgencia manifiesta, mediante acto administrativo motivado.
13. De conformidad con las obligaciones...

CLÁUSULA SÉPTIMA - CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN: En el contrato se entenderán pactadas las facultades excepcionales al derecho común de interpretación, modificación, terminación unilateral y caducidad, las cuales podrán ser ejercidas en los términos y condiciones establecidas en la legislación vigente. El incumplimiento de una o algunas de las obligaciones a cargo del consultor que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización facultará a Fonade para que, mediante acto administrativo motivado, declare la caducidad del contrato, lo dé por terminado y ordene su liquidación en el estado en que se encuentre. La caducidad también podrá ser declarada, entre otras causales ordenadas por la ley o reglamentos, las cuales se entienden incorporadas al respectivo negocio jurídico, por las previstas en las leyes 40 de 1993, 80 de 1993, 418 de 1997 (modificada por la ley 782 de 2002 y prorrogada por ley 1106 de 2006), 610 de 2000 y el artículo 5° del decreto 280 de 2002. En firme el acto administrativo por medio del cual se declara la caducidad, se hará efectiva la garantía constituida para amparar el cumplimiento del contrato y se procederá al cobro de pena pecuniaria correspondiente.

CLÁUSULA OCTAVA - INTERVENTORIA: La interventoría del contrato...

Véase que el amparo normativo del contrato es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón que motivó a la incorporación de las cláusulas excepcionales regladas por la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y ley 1474 de 2011 e incluso, a la suscripción misma del contrato, pues como se observa, uno de los antecedentes del negocio jurídico corresponde a la declaratoria de urgencia manifiesta por parte de FONADE mediante Resolución 985 del 20 de mayo de 2011, cuyo fundamento normativo es la ley 80 de 1993.

Quiere decir que, el contrato 2110682 del 20 de mayo de 2011 es consecuencia de un proceso de selección reglado por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (E.G.C.A.P), pues a través de la declaratoria de urgencia manifiesta, se dio aplicación a la causal de contratación directa contenida en literal a del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

Con esto claro, le correspondía al Juzgado de primera instancia dar aplicación al artículo 13 de la ley 80 de 1993, por medio del cual se define el marco normativo de los contratos Estatales sometidos al E.G.C.A.P de la siguiente manera:

“Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, **salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.**

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.” (Negrilla fuera del texto original).

Así pues, la **aplicación del artículo 868 de C. de Co. es equivocada** pues el régimen jurídico del contrato es la ley 80/1993 y no el derecho privado. Al omitir la ley 80/1993, por esa vía, el juez violó la ley sustancial aplicable y, además, el artículo 26 de la ley 1150 de 2007.³

Como el juez omitió la aplicación de la ley sustancial del contrato (ley 80/1993), **el juez dejó de aplicar el artículo 5 de la ley 80/1993.** La presencia de circunstancias de desequilibrio económico en un contrato regido bajo la ley 80 de 1993 se explica desde la aplicación directa del artículo 5 de esa ley, norma orientada al restablecimiento de la ecuación económica del vínculo contractual. Entonces, no era viable, como lo hizo el juez, forzar la aplicación del art. 868 del C. de Co.⁴

Entonces, ¿qué alcance tiene el análisis contenido en el ítem 4.4 sobre la teoría de la imprevisión en los contratos cuya ley aplicable es el derecho privado? Lo anotado por el juez en este punto sería pertinente si se aplicara el art. 868 del C. de Co. Sin embargo, toda vez que **el contrato del caso en estudio está regido por la ley 80/1993** -ley sustancial del contrato-, todo análisis de un referente normativo no aplicable es simplemente impertinente y fútil.⁵

¿Cómo se explica que el juez de primera instancia haya violado la ley sustancial aplicable al caso?

El juzgador de instancia hizo un **interpretación de la demanda sesgada y equivocada**, al considerar que está frente a un caso de *revisión del contrato* en los términos del art. 868 del C. de Co., norma que decidió aplicar erradamente. Tal yerro generó la omisión en la aplicación de la ley 80/1993, norma sustancial del contrato cuyo equilibrio económico es el objeto de controversia.⁶

El juez **fijó erradamente la esencia de la acción.** Si el juez hubiera consultado la esencia misma de la acción, hubiera concluido que se persigue el restablecimiento de la ecuación económica, a partir de la correcta aplicación de la ley sustancial del contrato, esto es la ley 80/1993, a partir de declaraciones y condenas sustentadas en dos títulos: incumplimiento del deber de planeación de Fonade, de una parte; y, verificación de circunstancias imprevistas y/o previstas con efectos imprevisibles e irresistibles, de otra.⁷

La interpretación caprichosa de la demanda fue sesgada y errada porque, con categórica equivocación, optó por citar aisladamente y sin sistematicidad algunos apartes de la demanda. Arguyó el juez que consultó la intención del actor; sin embargo, eso no es cierto, pues lo que hizo fue **mutilar la demanda para acomodar una interpretación fácil** y así aplicar el C. de Co.; por ejemplo, ignoró las reclamaciones de la demanda basados en la falta de planeación de Fonade como factor generador del desequilibrio económico denunciado. Con la postura adoptada, el juzgado no se vio obligado a estudiar el material probatorio ni el fondo del asunto.⁸

³ Cfr. Reparación concreto 1.1.7

⁴ Cfr. Reparación concreto 1.1.2

⁵ Cfr. Reparación concreto 1.1.6

⁶ Cfr. Reparación concreto 1.1.3

⁷ Cfr. Reparación concreto 1.1.5

⁸ Cfr. Reparación concreto 1.1.4

Conclusión del cargo: El juez de instancia violó la ley sustancial del caso al inaplicar la ley 80/1993 y al aplicar forzada y erradamente el art. 868 del C. de Co. Por esa vía interpretó y mutiló la demanda y terminó fallando sobre un asunto escogido por el funcionario y no el propuesto por la parte demandante.

2. Segundo cargo de apelación: El juez de instancia ignoró que la oportunidad y el alcance de las salvedades hechas por Consorcio Aval en el acta de liquidación sí habilitan la reclamación judicial

Teniendo en cuenta que la **ley sustancial del contrato es la ley 80/1993**, y debido a que el **Consorcio Aval sí dejó las salvedades en la liquidación**, requisito que la jurisprudencia del Consejo de Estado exige como factor habilitante para la reclamación en sede judicial de los aspectos que desequilibraron la ecuación económica, la parte demandante tenía derecho a una revisión de fondo de los aspectos y circunstancias alegadas y probadas como determinantes del desequilibrio financiero cuya corrección se demandó.

El juzgado **cuestiona equivocadamente la oportunidad de las salvedades anotadas en el acta de liquidación**, orientadas al desequilibrio de la ecuación económica. Al dejar de aplicar la ley 80/1993, el juez reprocha equivocadamente la oportunidad en la que se advirtieron las salvedades de la liquidación del contrato. Al equivocar la ley sustancial del contrato, el juez trae análisis aplicables a contratos regidos por el derecho privado y deja de analizar correctamente la situación sometida a su decisión: restablecimiento de la ecuación económica en un contrato regulado por la ley 80/1993.⁹

Entonces, queda advertida la **incoherencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión** de la sentencia. ¿Por qué? Porque el juez cita al Consejo de Estado y subraya la oportunidad en la cual, en un contrato regido por la ley 80/1993, deben hacerse las salvedades a la liquidación. Tal cita jurisprudencial reivindica las pretensiones, pues en el caso **se hicieron salvedades en el acta de liquidación**; además, con basamento en tales salvedades se estructuró el petitum. Otra cosa es que el juez de instancia no estudió el *petitum* porque distrajo su criterio al aplicar erradamente el art. 868 del C. de Co. en un caso de imposible subsunción en dicha norma.¹⁰

También es evidente el **descuido en la elaboración de la sentencia** cuando el juez acude a la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, más preciso, a la sentencia Exp 11.689 del 16 de febrero de 2001 para con ello dar dos alcances de sumo erróneos para el estudio del caso. En primer lugar, porque no es cierto que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo coliga la imposibilidad de acudir al reajuste económico del contrato una vez fenecido el plazo y la vigencia del mismo, máxime cuando la ecuación financiera del contrato responde a la alteración de las prestaciones económicas **siempre y cuando no haga imposible la ejecución del contrato**¹¹ y en segundo lugar, porque afirma que la postura del Consejo de Estado solo aplica cuando uno de los extremos contractuales es una entidad pública, concluyendo con esto que FONADE no se encuentra revestida de dicha naturaleza jurídica. No obstante, el *a quo* olvidó que desde la expedición del decreto 2168 de 1992, FONADE es una Empresa Industrial y Comercial del Estado

⁹ Cfr. Reparó concreto 1.2.1

¹⁰ Cfr. Reparó concreto 1.2.2

¹¹ Consejo de Estado, sección tercera. Exp 20.912 del 27 de marzo de 2014. *“Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato”*

de carácter financiero dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación. Hoy día conserva esa naturaleza conforme el decreto 495 de 2019 por medio del cual cambia su denominación por la de Nacional Promotora Del Desarrollo Territorial – ENterritorio.

Entonces, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 489 de 1998, FONADE (hoy ENterritorio) **es una entidad pública** descentralizada por servicios perteneciente a la rama ejecutiva del poder público.

El juez de instancia no supo resolver la siguiente pregunta: si Fonade es entidad estatal y el contrato del caso está sometido a la ley 80/1993, **¿por qué el caso es de competencia del juez civil?**

Un tema básico que el juez no discierne es la **diferencia de la ley sustancial del contrato y la ley de competencia del juez** de la controversia.

Frente al primer tema, como se ha insistido, **la ley sustancial del contrato es la ley 80/1993**, por expresa disposición del art. 26 de la ley 1150 de 2007; no puede echarse de menos que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (art. 38, ley 153 de 1887) y que para la fecha de celebración del contrato, es decir, el 20 de mayo de 2011, estaba vigente el artículo 26 de la ley 1150 de 2007, según el cual “Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.

Frente al segundo tema, **la ley de competencia del juez competente es la vigente** al momento de **interponer la demanda** (art. 40, ley 153/1887). El 07 de marzo de 2014 se radicó la demanda, fecha para la cual estaba vigente el artículo 105 del CPACA, norma que excluyó expresamente de la competencia del juez administrativo el conocimiento de controversias relativas a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras. De ahí que el juez competente sea el civil, en virtud de la asignación residual de competencia (inc. tercero, art. 15, C.G. del P.).

Entonces, como el juez **no diferencia “ley del contrato” de “juez competente”**, por esa vía, considera que por ser un juez civil debe aplicar derecho privado a un contrato regido por la ley 80/1993. Un entendimiento correcto de la situación lleva a una única conclusión: la categoría “civil” del juez es un aspecto de competencia y no determina la ley sustancial del contrato.¹²

Entonces, ¿qué alcance tienen “los fallos” de la Corte Suprema de Justicia referidos por el juez?

En primer lugar, se advierte que el juez menciona “los fallos” de la Corte Suprema de Justicia, pero únicamente citó uno. En segundo lugar, **si los fallos que el juez dice haber rastreado se estructuran a partir del art. 868 del C. de Co.**, es apenas lógico que no encuentre habilitación para la revisión de contratos terminados en los cuales las partes hayan dejado salvedades en el acta de liquidación. En tercer lugar, no puede perderse de vista que **en el ámbito de contratación privada no es habitual la figura del acta de liquidación**, figura propia de la praxis contractual pública. Entonces, finalmente, se itera, el yerro del análisis hecho por el juez de instancia es la **aplicación indebida de legislación inaplicable y la correlativa violación por falta de aplicación de la ley 80/1993**.¹³

Conclusión del cargo: Toda vez que la ley sustancial del caso es la ley 80 de 1993, Consorcio Aval cumplió con dejar las salvedades en el acta de liquidación y sobre esos reparos edificar su reclamación judicial. El

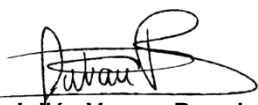
¹² Cfr. Reparó concreto 1.2.4

¹³ Cfr. Reparó concreto 1.2.5

juez de instancia se esforzó tanto en tergiversar el alcance de la pretensión para acomodarlo al análisis del inaplicable art. 868 del C. del Co., que al final termina cometiendo incoherencias como citar jurisprudencia del Consejo de Estado que avala el petitum y mencionar jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que no es pertinente para la demanda que se despacha. Lo anterior, lamentablemente, sumado a la falta de discernimiento entre ley sustancial del caso y ley de competencia del juez.

En los anteriores términos, dejo cumplido el requisito señalado por el artículo 327 del C.G. del P., en concordancia con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

Atentamente,



Julián Vargas Brand
C.C. 79.557.258
T.P. 99.207 del C.S. de la J.
Vargas Brand Abogados Consultores S.A.S

FIN DEL DOCUMENTO
