

Bogotá, octubre 15 de 2021

Doctor:

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
MAGISTRADO PONENTE
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA CIVIL
CIUDAD.

REF: SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA ANTICIPADA DEL 2 DE JUNIO DE 2021 DICTADA DENTRO DEL PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA DE NULIDAD RELATIVA SUSTANCIAL No 11001310301320180043401 DE JAIRO HUMBERTO CASTILLO CAÑÓN CONTRA LA SOCIEDAD AGROPECUARIA LA MISIÓN EN LIQUIDACIÓN Y EL GRUPO INCON S.A.S.

JULIO ALBERTO TARAZONA NAVAS, abogado titulado e inscrito, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.124.448 expedida en Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional No 18.275 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado del demandante dentro del proceso de la referencia, concurre ante el Honorable Magistrado con todo respeto, a fin de manifestarle dentro del término legal, que **SUSTENTO** el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia anticipada proferida el día 2 de junio de 2020 dentro del proceso de la referencia, recurso de apelación que sustenté ante el juez de primera instancia y que reitero a través de este escrito, para que se tenga en cuenta en esta segunda instancia, así:

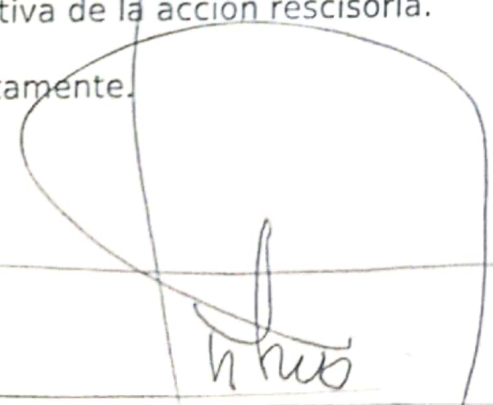
- 1.- El auto admisorio se dictó con fecha 27 de septiembre de 2018 y con fecha 16 de octubre de 2018 solicité el amparo de pobreza en favor de poderdante, el cual fue concedido el día 8 de noviembre de 2018.
- 2.- Con fecha 28 de enero de 2019 el juzgado libró el oficio 143 con destino a la Oficina de Registro para efecto de la práctica de la medida de inscripción de la demanda, medida que se registró el 17 de septiembre de 2019 y oficina que contestó con fecha 28 de octubre de 2019.
- 3.- De acuerdo con los autos, la parte demandada GRUPO INCON S.A.S se notificó de la demanda el día 29 de noviembre de 2019, la cual no se podía practicar antes de la práctica de la medida cautelar debido a que se podía alertar a dicha sociedad y bien había podido realizarse un traspaso como suele ocurrir en otros procesos, debido a que no se puede notificar auto admisorio o mandamiento ejecutivo antes de la práctica de la medida cautelar.

4.- Según lo anterior, el punto que sirve de fundamento de esta apelación, consiste en que si bien es cierto que el auto admisorio es de fecha 27 de septiembre de 2019 dicho auto admisorio no se podía notificar dentro del año que terminaba hasta el 27 de septiembre de 2019, por cuanto el 16 de octubre de 2018 se pidió el amparo de pobreza, el juzgado lo concede con fecha 8 de noviembre de 2018, elabora el oficio No 143 con fecha 28 de enero de 2019 cuatro meses después de dictado el auto admisorio, término éste dentro del cual no podía notificarse el auto admisorio y el cual no puede tenerse en cuenta y sumarlo al año que exige y de que trata el artículo 94 del Código General del Proceso, porque se estaría violando la garantía del debido proceso y el derecho sustancial al no contar mi poderdante con todo el término del año a que alude dicha norma.

5.- Lo anterior significa, que el término de un año que debe contarse desde el 27 de enero de 2019 que iría hasta el 27 de enero de 2020, o incluso hasta la fecha en que me fue entregado dicho oficio, lo que significa que como ya se había notificado con fecha 29 de noviembre de 2019, es decir dentro del año del 27 de enero de 2019 al 27 de enero de 2020, como igualmente la apoderada que aparece notificándose con fecha 30 de enero de 2020 quedando en esta forma interrumpida la prescripción que decretó el juzgado, pues mi poderdante no contó con el término completo del año, argumentos que expongo y que no analizó y no tuvo en cuenta el juzgado, cómputo de término que debe tenerse en cuenta.

6.- Así las cosas, analizado el tema a la luz del derecho procesal, pido con todo respeto se sirva revocar la sentencia anticipada del 2 de junio de 2021, y en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción extintiva de la acción rescisoria.

Atentamente.



JULIO ALBERTO TARAZONA NAVAS

C.C. No 19.124.448 de Bogotá.

T. P. No 18.275 del Consejo Superior de la Judicatura.

HONORABLE MAGISTRADO PONENTE

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Sala 010 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: DECLARATIVO No. 110013103 016 2017 00317 01

DEMANDANTE: Universidad Antonio Nariño

DEMANDADO: Martha Clemencia Luna Barragán y personas indeterminadas

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION – DECRETO 806/2020

ELKIN LEONARDO CASTAÑEDA RAMOS, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.967.319 de Bogotá, abogado en ejercicio con tarjeta profesional número 153.465 del C. S. de la J, obrando en calidad de apoderado la parte demandante **UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO**, estando dentro del término concedido por su despacho mediante Auto de fecha 11 de octubre de 2020 y conforme a lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, respetuosamente me permito sustentar de forma precisa los reparos en que se fundamenta el Recurso de Apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de referencia; teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

REPAROS DE LA PROVIDENCIA APELADA

Considero que el fallo en comento es contrario a derecho por los siguientes motivos:

En la decisión objeto de Alzada, el suscrito informó que recientemente, la demandada **Martha Clemencia Luna Barragán**, se había comunicado con la demandante Universidad Antonio Nariño, encontrándose las partes realizando las gestiones para la suscripción de la respectiva escritura pública sobre el inmueble materia de la Litis, por lo que, se solicitó el aplazamiento de la diligencia de la diligencia de inspección judicial mientras se concretaba dichas gestiones, de no ser posible esto, se continuaría con el trámite del proceso, frente a lo cual, el A QUO, decidió proferir sentencia anticipada, por considerar que se configuró la causal prevista en el numeral tercero del artículo 278 del Código General del Proceso y consistente en “ *carencia de legitimación en la causa*”.

Oficina Jurídica

Sede Federmán – Calle 58 A No. 37 -94 . Piso 4- Bogotá, D.C.

PBX. 3157650 Ext. 123 CEL. 3114622963 – Email: abogado.asesor@uan.edu.co

Lo considerado por el Ad Quo en la sentencia recurrida, es totalmente desacertado, dado, que lo informado por el apoderado de la demandante no puede ser tenido en cuenta como confesión; además, que está probado dentro del expediente que la demandante Universidad Antonio Nariño, adquirió el inmueble materia de la Litis, mediante compraventa realizada con la demandada en el año 1994, pero por una omisión no se suscribió en aquella época la correspondiente escritura, fecha desde la cual, esta Institución en calidad de poseedor ha ejercido sobre el referido inmueble los actos propios de amo, señor y dueño que exige la ley para tal fin, lo cual, se soportó con material probatorio.

Es de anotar, que la legitimación en la causa ha sido definida por la jurisprudencia, como la titularidad de los derechos de acción y de contradicción y para el caso bajo estudio, no existe duda, que la demandante Universidad Antonio Nariño, posee la titularidad para ejercer la acción de prescripción adquisitiva de dominio sobre el referido inmueble, pues es poseedor del mismo desde el año 1994 y ha venido ejerciendo públicamente actos de amo, señor y dueño.

En ese mismo sentido, es importante resaltar que fueron infructuosos los acercamientos recientes que sostuvieron las partes del proceso de la referencia y la demandada **Martha Clemencia Luna Barragán**, decidió no suscribir a favor de la Universidad Antonio Nariño la correspondiente escritura, frente a lo cual, se quedó el asunto sin resolver; además del amplio transcurso del tiempo, no se cuenta con contrato u otro documento que permita iniciar la acción contractual como lo indicó el Ad Quo, siendo la ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO, la única vía jurídica con que se cuenta para dirimir el conflicto.

Así las cosas, es claro, que se le vulneró a la Universidad Antonio Nariño los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, pues la causal de falta de legitimación en la causa por activa no se configura en el asunto bajo estudio, siendo necesario corregir el yerro en que incurrió el Ad Quo y continuar con el trámite previsto en los artículos 372 y 373 del C.G.P.

Finalmente, este apoderado refuta que el Ad Quo considere que existió mala fe con la presentación de la demanda referida, pues es de tener en cuenta, que para dicha fecha no se tenía conocimiento del domicilio de la demandada, quien se contactó recientemente con la demandante, pero finalmente, decidió, alegando asuntos tributarios, no suscribir la escritura sobre dicho inmueble, quedando el asunto, como lo manifesté anteriormente, sin ser resuelto con la decisión objeto de alzada, decisión que causa graves perjuicios a la parte que represento.

Con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos me permito elevar las siguientes:

PETICIONES

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia del 26 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá.
2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene al Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, realizar la diligencia de inspección judicial sobre el inmueble materia de la Litis, evacuar las pruebas decretadas y proferir sentencia de fondo dentro del caso bajo estudio.

Atentamente



ELKIN LEONARDO CASTAÑEDA RAMOS
C.C. 79.967.319 de Bogotá.
T.P. 153. 465 del C. S, de la J.

JESÚS ANTONIO MERCHÁN MUÑOZ
Abogado

Señores

HOMORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Dr. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

E.S.D.

REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 11001-3103-017-2015-00299-01

PROCESO: Pertenencia por Prescripción Extraordinaria Adquisitiva

Demandante: MYRIAM CECILIA SUAREZ CORTEZ

Demandado: HELENA PARDO DE GUTIERREZ y ANDRES PARDO MONTOYA

JUZGADO DE ORIGEN: JUEZ 17 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

ASUNTO: SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION.

Respetados Magistrados:

JESÚS ANTONIO MERCHÁN MUÑOZ, actuando en mi condición de apoderado especial de la señora MYRIAM SUAREZ CORTES, legalmente reconocido e identificado civil y profesionalmente como aparece a pie de mi firma.

Conforme a lo ordenado en fecha octubre 14 de 2021, y dentro del plazo fijado me permito dar cumplimiento reiterando la sustentación del recurso de apelación conforme al memorial de octubre 6/2021, que obra en el plenario, contra la sentencia proferida en audiencia de fecha agosto seis (06) de 2021, por el Juzgado DIECISIETE (17) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

SOLICITUD.

Le solicito al honorable Tribunal de manera respetuosa REVOQUE la sentencia de primera instancia, por el Juez de conocimiento, y en su lugar declarar que mi representada MYRIAM SUAREZ CORTEZ, ADQUIRIO POR EL MODO DE LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA EL DOMINIO Y LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE OBJETO DE LA ACCION DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCION ADQUISITIVA, inmueble identificado como lote MJ15, ubicado en la carrera 3No.52 A- 42, alinderado, con respeto al de mayor extensión, conforme aparece en el proceso de pertenencia.

Av. Carrera 15 No. 124-17 oficina 413 Bogotá D.C.

E-mail jesusantoniomer@gmail.com

Tel 3203423834/3108684603

JESÚS ANTONIO MERCHÁN MUÑOZ
Abogado

Me permito adicionar y complementar el escrito de fecha octubre 6 de 2021, en los siguientes términos:

El concepto técnico del **corpus**, es el elemento básico y estructural de la posesión.

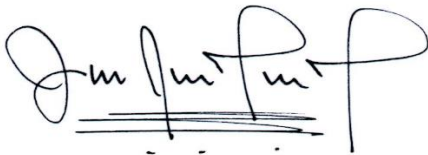
El anterior se sintetiza en el señorío que el sujeto tiene sobre la cosa, directamente o a través de terceros quienes lo ejercen a su nombre.

De acuerdo a esa realidad fáctica, jurídicamente no existe posibilidad alguna que las medidas cautelares de embargo y secuestro, por separado o en conjunto, en cualquier clase de negocio jurídico, creen la interrupción natural, de la prescripción, tampoco dan origen a la pérdida de la posesión de la cosa por aquel que la detenta pacíficamente, como es el caso de mi representada, plenamente probada y admitida por el señor juez de conocimiento.

Lo anterior perfectamente señalado por la HONORABLE CORTE desde mayo de 1890 y debidamente reiterado en las sentencias posteriores que han tarado este asunto. “ [e]l embargo no interrumpe ni la posesión ni la prescripción, por que la ley no reconocido esto como causa de interrupción natural o civil, como puede verse en los artículos 2523 y 2254 del Código Civil” (G.J.T.XXII, pág.376).

Así las cosas señores Magistrados, el yerro jurídico en que incurrió el Juez, de primera instancia, al considerar que las medidas cautelares proferidas contra el predio de mayor extensión afectaban y sacaban del comercio, el predio sobre el cual mi representada solicita la prescripción adquisitiva (Pertenencia), negando lo pedido, debe corregirse REVOCANDO, el fallo atacado y proceder a declarar que MYRIAM CECILIA SUAREZ CORTES, ADQUIRIO MEDIANTE PRESCRIPCION ADQUISITIVA EL DOMINIO DEL BIEN INMUEBLE DEL CUAL SE SOLICITA EN DEBIDA FORMA Y PLENAMENTE IDENTIFICAD EN EL PROCESO. Ordenar la expedición de copias y demás documentos necesarios para su protocolización y registro.

Atentamente,



JESÚS ANTONIO MERCHÁN MUÑOZ

C. de C. No. 19.349.683 de Bogotá

T.P. No. 82.392 del C. S. de la J.

E-mail jesusantoniomer@gmail.com Teléfonos 3203423834/3108684603

Av. Carrera 15 No. 124-17 oficina 413 Bogotá D.C.

E-mail jesusantoniomer@gmail.com

Tel 3203423834/3108684603

JESÚS ANTONIO MERCHÁN MUÑOZ
Abogado

Av. Carrera 15 No. 124-17 oficina 413 Bogotá D.C.
E-mail jesusantoniomer@gmail.com
Tel 3203423834/3108684603

SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
SALA CIVIL
E. S. D.

PROCESO EJECUTIVO DE MAYOR CUANTIA
RADICADO No 11001310302520170091000
DE: CEMEX DE COLOMBIA
CONTRA: CONCREQUIP SAS Y OTROS
ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO
APELACION CONTRA SENTENCIA

CARLOS ALBERTO PEÑA VANEGAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, obrando en calidad de apoderado de CONCREQUIP SAS, YULI ANDREA CALLE Y YIMMY JIMENEZ ACOSTA, PARTE DEMANDADA EN CITADO PROCESO, INTERPONGO RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, CON FUNDAMENTO EN LO SIGUIENTE:

ARGUMENTACION DEL RECURSO

Con fundamento en el Código General del Proceso, Artículo 320, 321, 322, 323, DECRETO 806 DEL 2020, ARTICULO 14, interpongo recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia con fundamento en lo siguiente:

PRIMERO: Estamos en total desacuerdo, con lo manifestado por el juez de primera instancia, con respecto al negar las Excepciones presentadas en lo siguiente:

HAY UNA VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR DE HECHO, POR PARTE DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA AL NO APRECIAR LAS PRUEBAS APORTADAS EN DOCUMENTOS Y COMUNICACIONES POR CORREO ELECTRÓNICOS A LOS INGENIEROS DE CEMEX DE COLOMBIA COMO TAMBIÉN LAS RECAUDADAS EN LOS INTERROGATORIOS DE PARTE, COMO EN EL TESTIMONIO RECIBIDO AL INGENIERO FRANCISCO TRIANA, DONDE SE ENCUENTRA PLENAMENTE DEMOSTRADO LA EXCEPCIÓN DE PRODUCTO DEFECTUOSO, LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE CUMPLIMIENTO GARANTÍA

PRUEBA DOCUMENTAL

Se aportaron documentos como la cotización para el suministro de productos y servicios para la obra, lo que garantizaba la demandante, copias de cotizaciones de JH COMPANY SERVICIOS SAS, para la demolición de lo construido por el concreto defectuoso suministrado por los demandantes, comunicaciones por vía electrónica a los funcionarios de CEMEX DE COLOMBIA, COMO FUERON LOS SEÑORES; DIEGO FERNANDO CISNEROS, FUNCIONARIO DE CEMEX DE COLOMBIA

INTERROGATORIOS DE PARTE

YIMMY JIMENEZ ACOSTA, en su interrogatorio fue muy claro ante el despacho, en lo concerniente al producto suministrado por CEMEX DE COLOMBIA, denominado MIX3R, el cual le fue ofrecido

como lo mejor en concretos ya que el demandante, les Vendió un producto completo que lo componía; el cemento, arena, grava, aditivos y agua del acueducto de Bogota, además ofrecía el acompañamiento técnico, comercial, diseños y mezclas de varios ingenieros de CEMEX DE COLOMBIA, LOS CUALES FUERON CONOCEDORES DE PRIMERA MANO SOBRE LAS DEFICIENCIAS EN RESISTENCIA QUE TENIA EL PRODUCTO.

En el interrogatorio practicado el Señor Jimmy Jiménez es claro que el producto MIX3R, NO LLEGABA A LAS RESISTENCIA EXIGIDAS POR CONTRUCTURA BOLIVAR, ALOS 14 DIAS, hecho este que llevo a Bolivar suspender la construcción y ordeno demoler más de 24 apartamentos, con todo el perjuicio asumido por concrequip SAS.

Los Ingenieros de Cemex de Colombia, fueron conocedores de la falta de resistencia del producto MIX3R, por la reclamación de garantía realizada por Jimmy Jiménez, pero hicieron caso omiso a todo y abandonaron a Concrequip SAS, asumiendo todo el perjuicio y la quiebra inminente.

CEMEX DE COLOMBIA SAS, conocieron en su totalidad, las fallas de resistencia hicieron caso omiso a las reclamaciones y no volvieron a la obra, prueba de ello se aportó al despacho en prueba documental donde informaban al Ingeniero Diego Fernando Cisneros de Cemex de Colombia, el cual estaba al tanto de lo sucedido, además se aportó correo enviado de Andrés Mauricio Umaña Romero, funcionario de constructora Bolívar, donde informa que " Adjunto resultados bajos de un informe de Contecom, me parece grave ya que son varias muestras que están arrojando resistencias bajas a los 28 días"

Los señores demandantes tuvieron conocimiento pleno del producto defectuoso vendido a los demandados CONCREQUIP SAS.

YULI ANDREA CALLE, lo manifiesta claramente al despacho que el CONCRETO MIX3R, PRODUCTO QUE RESULTO DEFECTUOSO Y DEL CUAL CEMEX DE COLOMBIA NUNCA ATENDIO LAS GARANTIAS POR RESISTENCIA, lo que genero la quiebra inmediata de la sociedad como de sus accionistas, ya que la Constructora Bolívar dejo de pagar facturas por un valor aproximado de Quinientos millones de pesos (\$ 500.000.000.)

Las características de resistencia y calidad ofrecidas por los ingenieros comerciales y técnicos en aditivos, diseños mezclas de CEMEX DE COLOMBIA, nunca se cumplieron en la obra la castellana de Constructora Bolívar.

El apoyo técnico ofrecido por CEMEX DE COLOMBIA S.A. cuando se presentaron las fallas en resistencia nunca apareció lo que hicieron fue abandonar la obra.

Como Consecuencia de las fallas de resistencia presentadas por el producto MIX3R, suministrado por CEMEX DE COLOMBIA, los Señores de constructora Bolívar retuvieron pago aproximado en \$ 500.000.000., ocasionando la quiebra inmediata de CONCREQUIP SAS.

TESTIMONIO INGENIERO FRANCISCO TRIANA

La calidad ofrecida no cumplió con los mínimos estándares de calidad, prueba de ello fue la terminación unilateral de parte de la CONSTRUCTORA BOLIVAR, EN LA OBRA LA CASTELLANA EN MADRID CUNDINAMARCA

Además la demandante nunca contesto las excepciones sino se limitó a manifestar que el pagare es un título valor exigible según lo indicado en los Artículos 625, 625, 626, 781, todo lo relacionado en el Código de Comercio, pero sobre el suministro del producto defectuoso no se pronunciaron en ningún momento, ese argumento le basto al juez de primera instancia para rechazar las excepciones y condenar a la demandada,

En el interrogatorio de parte realizado al representante legal de Cemex de Colombia, el señor Carlos Andrés Bonilla, manifestó que no le consta nada, que no tuvo conocimiento de esta situación, pero si conocía la obligación pendiente, que de mala fe les cobran a mis poderdantes, por un producto defectuoso y sin garantía.

Como conclusión se desprende aplicando las reglas de la sana critica

1. Entre las partes existió un contrato de suministro del producto concreto MIX3R, que se componía de cemento, arena, grava, aditivo y agua del acueducto de Bogotá.
2. Todo era suministrado por la Empresa CEMEX DE COLOMBIA, la demandante.
3. En el año 2016 empezaron las fallas del producto MIX3R, hay que dejar claro que mientras el producto inicio su aplicación, en la obra la castellana de Madrid Cundinamarca, por Constructora Bolívar, los ingenieros de Cemex de Colombia, acompañaban a mis poderdantes en la mezcla de las fórmulas de los productos, una vez se presentaron las bajas de resistencia no volvieron a la obra, es decir se acabó la asesoría.
4. El Ingeniero YIMMY JIMENEZ ACOSTA, comunico de forma verbal como escrita por correos a los ingenieros de Cemex de Colombia, hecho probado según correos electrónicos como también en el testimonio del Ingeniero Francisco Triana.
5. La demandante estuvo enterada del producto defectuoso y nunca le dieron respuesta a mis poderdantes, al contrario obrando de mala fe iniciaron un cobro ejecutivo con fundamento en un pagare que les obligaron a firmar.
6. Los demandantes su único argumento es el título valor, pagare pero sin sustento de la garantía del producto defectuoso.

PETICION

1 .QUE SE REVOQUE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DEL PROCESO EJECUTIVO DE MAYOR CUANTIA POR VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR DE HECHO, POR PARTE DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA AL NO APRECIAR LAS PRUEBAS APORTADAS EN DOCUMENTOS Y COMUNICACIONES POR CORREO ELECTRÓNICOS A LOS INGENIEROS DE CEMEX DE COLOMBIA COMO TAMBIÉN LAS RECAUDADAS EN LOS INTERROGATORIOS DE PARTE, COMO EN EL TESTIMONIO RECIBIDO AL INGENIERO FRANCISCO TRIANA, DONDE SE ENCUENTRA PLENAMENTE DEMOSTRADO LA EXCEPCIÓN DE PRODUCTO DEFECTUOSO, LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE CUMPLIMIENTO GARANTÍA POR TAL SITUACION FUE IMPOSIBLE EL PAGO DE LA FACTURAS QUE SOPORTABAN EL PAGARE.

FUNDAMENTOS EN DERECHO

Fundo lo solicitado en el Artículo 320,321, 322 y 323 del Código General del Proceso, DECRETO 806 DEL 2020, ARTICULO 14

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION CIVIL

Ref: Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01

Relativamente al desarrollo de la institución en Norteamérica se tiene que las principales reglas de origen jurisprudencial que las Cortes estadounidenses han asentado pueden reseñarse, con la concreción que un fallo judicial reclama, de la siguiente manera: a) el fabricante de productos dañados es directamente responsable frente al usuario final cuando se prueba su negligencia y el estado de "peligrosidad grave" (caso "Mc Pherson" de 1916); b) existe responsabilidad solidaria entre el distribuidor y el fabricante con sustento en una especie de "garantía implícita" del contrato de

compraventa (Henningsen contra Bloomfield Motor, Inc., fallado en 1960 por la Corte Suprema de New Jersey); c) en la contratación en masa, las garantías inherentes a los productos ligan directamente a la empresa con el consumidor, enunciado que redimensiona el principio de la relatividad de los contratos (*idem*); d) el fabricante es responsable de todos los daños padecidos por los consumidores por el uso o el consumo de la mercadería, sin necesidad de demostrarles que incurrieron en culpa en la fabricación (*ibidem*); e) la empresa no puede incluir en los contratos cláusulas de exclusión de responsabilidad (*eiusdem*); f) las "exigencias sociales" requieren que en los contratos de venta al consumidor se considere implícita una garantía del productor, relativa a la idoneidad y comercialidad del producto, de manera que, en presencia de defectos potencialmente dañinos, el fabricante resulte objetivamente responsable (*idem*); g) el productor es objetivamente responsable si introduce un producto en el mercado, con el conocimiento de que éste será usado sin ningún control preventivo y luego éste resulta peligroso para la salud humana (Greenman contra Yuba Power Products Co., resuelto por la Corte Suprema de California, en 1963).

La sección 402 A del "*Restatement (second) of torts de 1965*" contiene las reglas relevantes en punto de la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos. Al respecto señala que: 1) el vendedor de un producto defectuoso y peligroso, en modo irrazonable, para el usuario o el consumidor, o para las cosas que pertenecen a éstos, es responsable del daño físico ocasionado al consumidor, al usuario o a las cosas de estos, si: a) el vendedor desarrolla la actividad de venta de dicho producto; b) se puede esperar que el producto llegue al usuario o al consumidor en las mismas condiciones en las que fue vendido. 2) Esa regla se aplica también si: a) el vendedor ha ejercido toda la diligencia posible en la fabricación y en la venta del producto; b) el usuario o el consumidor no han adquirido directamente del vendedor o no han establecido relaciones contractuales directas con él.

En el comentario pertinente, los compiladores de ese "*Restatement*" precisan en los siguientes términos la naturaleza y el ámbito de la responsabilidad del fabricante: a) se trata de una responsabilidad objetiva en la medida en que lo hace responsable frente al consumidor, incluso en la hipótesis de que haya observado toda la diligencia posible en la elaboración o venta de los productos; no obstante, la obligación a estos impuesta es la de proveer productos que no sean irrazonablemente peligrosos o defectuosos, no la de proveer productos perfectamente seguros; b) esa imputación se justifica porque al poner a circular el producto para que sea consumido el productor asume una responsabilidad especial frente a aquellas personas que pueden ser dañadas; c) el público tiene derecho a esperar que aquél asuma esa responsabilidad por la confianza que dispensa a los productos que adquiere para satisfacer necesidades propias y, por ende, los principios sociales exigen que el peso de los incidentes provocados por los productos destinados al consumo recaigan en aquellos que los han puesto en venta y que se considere como un costo de producción, contra el cual el vendedor puede optar por un seguro; d) esa regla no se aplica, sin embargo, a aquellos que son meros vendedores ocasionales, como acontece, v. gr., con el ama de casa que "vende un pomo de mermelada o algo de azúcar a su vecina", o el propietario de un automóvil que lo vende a un tercero; e) esta responsabilidad se aplica solamente en caso de que el producto, al momento de dejar las manos del vendedor, se encuentra en una condición ignota para el consumidor final de que será irrazonablemente peligrosa para él.

El "*Restatement (3d) of Torts: Products Liability*" consagra el principio de la responsabilidad por productos, según el cual las empresas comerciales son responsables de los daños causados por los productos defectuosos comercializados por ellos; así mismo, establece que un producto será defectuoso cuando al momento de su venta o distribución contiene un desperfecto de fabricación, o porque es imperfecto su diseño o lo es por inadecuadas instrucciones o advertencias.

2.2 El ordenamiento comunitario europeo también se ha ocupado de reglar la materia, como puede advertirse en la directiva 85/374 del Consejo de la Comunidad Europea, cuyas disposiciones pueden compendiarse, apretadamente, del siguiente modo: a) existe necesidad de responsabilizar al productor por los daños causados por los defectos de los bienes que manufactura; se entiende por tal a quien elabora un producto acabado, produce una materia prima, fabrica una parte integrante, o

quien se anuncia en esa calidad al imponerle su marca o cualquier signo distintivo; sin embargo, esa responsabilidad se extiende al importador y al suministrador cuando el fabricante no fuera identificado; b) define como defectuoso aquel producto que no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias; c) establece un régimen de solidaridad entre los co-autores del daño causado al consumidor; d) son inválidas las cláusulas exoneratorias de responsabilidad; e) prescinde de la noción de culpa, razón por la cual al perjudicado sólo le incumbe probar el daño sufrido, el defecto del producto y la relación causal entre éste y el daño; f) el demandado puede eximirse con la prueba de las siguientes circunstancias: 1) que no puso el producto en circulación; 2) que teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; 3) que no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo; 4) que el defecto se deba a que el producto se ajusta a normas imperativas de los poderes públicos; 5) que al tiempo de la puesta en circulación del producto, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitiera descubrir la existencia del vicio; 6) en tratándose del fabricante de una parte del producto, cuando el defecto es imputable al diseño.

Mención especial debe hacerse en torno a los llamados "*riesgos de desarrollo*", que en la comentada Directiva fue concebida como una causal de exoneración. Se entienden por tales aquellos peligros que un producto entraña en el momento en el que se introduce en el mercado, pero que, dado el estado de la ciencia y de la técnica no eran cognoscibles y, por ende, previsibles, por el fabricante. O, para decirlo de otro modo, acaece esa causal de inimputabilidad cuando, conforme a los dictados de la ciencia o de la técnica, entonces en vigor, el producto se consideraba inocuo, pero que posteriores investigaciones demuestran que es dañoso.

A esa circunstancia no alude explícitamente el Derecho Norteamericano, al paso que otros regímenes, como el español, la admiten en términos generales, pero la excluyen respecto de ciertos productos como los alimentos o los fármacos.

2.3 El régimen colombiano también se ha ocupado del tema, pues el ordenamiento brinda especial resguardo al consumidor en diferentes ámbitos e, incluso, con normas de distinto temperamento y jerarquía.

2.3.1 Así, el artículo 78 de la Carta Política de 1991 alude a dos esferas de protección disímiles, aunque complementarias, pero claramente definidas: en el inciso primero prescribe que la ley "regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización", precepto que en lo medular se articula con el régimen del Decreto 3466 de 1982.

A su vez, el inciso segundo consagra una regla de notables alcances, en cuanto dispone que: "Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios". Trátase pues, de una franca y rotunda alusión, de índole constitucional, a un régimen de responsabilidad de productores y distribuidores, derivado, ya no de las deficientes o irregulares condiciones de idoneidad y calidad de los productos que manufacturan o mercantilizan, sino de los actos que lesionan la salud y seguridad de usuarios y consumidores. Desde esa perspectiva, esta última prescripción, complementa y perfecciona el conjunto de salvaguardas de la parte débil de la relación de consumo.

Empero, la protección del consumidor no sólo encuentra respaldo en esa preceptiva constitucional, sino también en el artículo 13 de dicha Carta, en cuanto establece que "el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados". Y es que el Constituyente con ese mandato busca la efectividad material del derecho a la igualdad, imponiéndose, entonces, que para tal fin se trate de manera distinta a personas ubicadas en situaciones diferentes, como sucede con el productor y el consumidor, pues éste, por la posición en la que se encuentra frente al otro, demanda una especial protección de sus derechos, en la medida que es la parte débil de la relación de consumo. En este último aspecto es particularmente relevante la disposición contenida en el

inciso tercero de ese precepto constitucional, conforme al cual "(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"; es incontestable, ciertamente, el afán del constituyente de brindar especial protección a quienes se encuentren en condiciones de debilidad económica manifiesta, en este caso, el consumidor.

2.3.2 Debe, igualmente, destacarse la regulación contenida en el decreto 3466 de 1982, y que contiene un conjunto de normas enderezadas, en lo medular, a reglamentar lo concerniente con las condiciones de idoneidad y calidad que debe cumplir el producto; la responsabilidad que se deduce por no reunir las causas de exoneración que pueden aducirse; las garantías, entre ellas la mínima presunta, que la relación de consumo involucra y cualquier otra que los fabricantes puedan ofrecer; los efectos de las leyendas y propagandas de los que éstos se valen para divulgar y promocionar los bienes que manufacturan; la obligación de fijar el precio máximo que puede cobrarse al público y la forma como debe hacerse; las sanciones administrativas a que hay lugar, etc.

En fin, como ya se advirtiera, el aludido estatuto contempla un conjunto de medidas que amparan al consumidor en el concreto marco de hipótesis que en él se reseñan, además que sienta los principios de todo orden que rigen la materia.

2.3.3 En otro sentido, las normas civiles y mercantiles que gobiernan las obligaciones del vendedor, así como el régimen de saneamiento a su cargo, se integran a la tutela jurídica del consumidor, aunque, valga la pena subrayarlo, en este caso desde el específico ámbito del comprador, vale decir, sin correlación, en principio, con la relación de consumo propiamente dicha. Otro tanto puede decirse de las disposiciones legales que rigen los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios.

2.3.4 Existen además algunos estatutos especiales que regulan determinados aspectos de la prestación de servicios, en orden a satisfacer las necesidades del consumidor como acontece, *verbi gratia*, con la Ley 45 de 1990, que regula lo concerniente con la intermediación financiera y el ejercicio de la actividad aseguradora, previendo diversas normas tuitivas inclinadas a la protección del usuario, tal como puede advertirse en los artículos 77 al 88, entre otros; igualmente, el Decreto 990 de 1998 contentivo del reglamento de usuarios del servicio de telefonía móvil celular y la Ley 142 del 11 de julio de 1994 que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

2.3.5 Finalmente, es patente que las reglas previstas en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil contribuyen a robustecer la tutela jurídica de la referida relación jurídica.

3. Responsabilidad de productores y proveedores por los daños causados con productos defectuosos en el sistema jurídico colombiano.

Es oportuno acotar, a manera de prolegómeno, que es esta una de aquellas materias en las que nuestro ordenamiento, particularmente, el artículo 78 de la Carta Política, así como el Decreto 3466 de 1982, entendido conforme a las directrices asentadas en la norma superior (en ese sentido sentencia C-1141 de 2000), antepone de manera decidida e irrefragable a los principios marcadamente individualistas de otras épocas, y que aún se evidencian en algunos estatutos, criterios de hondo contenido social y económico que deben interpretarse y aplicarse en forma expansiva en la medida que están resueltamente orientados a proteger al consumidor.

En orden a establecer los elementos estructurales de esa especie de responsabilidad es necesario hacer las siguientes puntualizaciones:

3.1 Sujetos involucrados. El artículo 78 de la Constitución alude frontal y nítidamente, de un lado, a quienes producen y comercializan bienes y servicios, y de otro, a los consumidores y usuarios.

Se entiende por *consumidor*, conforme a la definición contenida en el artículo 1º del Decreto 3466 de 1982, "[t]oda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades". Trátase, como ya tuviera oportunidad de precisarlo esta Corporación, de un concepto que comprende: a) a toda persona, sea esta

natural o jurídica; b) que requiera bienes muebles o inmuebles, sin distinción alguna; empero, para efectos de precisar los alcances la doctrina que aquí se expondrá, referida específicamente a la responsabilidad civil por productos defectuosos y no a otros aspectos de la protección a los consumidores, la Corte se circunscribe a examinar la cuestión en el estricto ámbito del consumidor de bienes muebles; c) con el fin de adquirirlos, usarlos o disfrutarlos para la satisfacción de una o más necesidades, vale decir, que no lo hace con fines empresariales o profesionales, condición esta que lo hace merecedor de una especial tutela jurídica. (Sent. 3 de mayo/05).

Débase precisar, en todo caso, que los efectos de la relación jurídica que liga a productores y proveedores con el adquirente final pueden extenderse a otros sujetos como los parientes de éste o sus acompañantes circunstanciales en el momento en que se concreta el daño, habida cuenta que éstos -por el particular daño que se les irroga- quedarían habilitados para instaurar las acciones pertinentes, las cuales se enmarcarían en ese ámbito, justamente, porque el perjuicio se origina en una relación de ese tipo.

Establece ese estatuto, igualmente, que *productores* “[t]oda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público”; y agrega que los importadores “se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional”.

Dentro de esa definición quedan comprendidas, además, aquellas empresas o personas que le imponen su marca, nombre o cualquier signo distintivo al producto, pues es palpable que esa circunstancia encaja en la descripción constitucional, en la medida que lo “utilizan” para que sean adquiridos por los consumidores.

Lo anterior permite colegir que el consumidor tiene como contraparte, en una relación de consumo, a quien ejerce habitualmente una actividad económica con fines lucrativos, es decir a un profesional que así como produce y se beneficia del mercado, debe responder ante el mismo.

Finalmente, entiende esa normativa (Decreto 3466/82) que es *proveedor o expendedor* toda persona, natural o jurídica, “que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público”.

Como ha quedado visto, el precepto constitucional atribuye, sin distingos de ninguna especie, responsabilidad al fabricante y a los distribuidores del producto en el mercado, aspecto en el cual, sea oportuno comentarlo marginalmente, se aleja de la normatividad europea que permite la exoneración de los comercializadores cuando le indican en un plazo razonable a la víctima la identidad del productor, contra quien, en consecuencia, se canaliza, en principio, la acción.

La responsabilidad que de unos y otros (fabricadores y proveedores) se predica, se caracteriza porque:

a) Trasciende a la relación contractual derivada de la compraventa o adquisición de bienes y servicios, entre otras cosas porque emana de una relación (la de consumo) especialmente regulada por el ordenamiento y que liga a personas que, incluso, no han celebrado contrato alguno, como puede acontecer con el fabricante y el último adquirente, o cuando la víctima es un consumidor no adquirente (como los parientes o acompañantes de éste).

En punto del tema, la Corte precisó que al amparo del principio consagrado en el artículo 78 de la Constitución Política, según el cual “serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”, bien *“puede afirmarse que la tutela efectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, habida cuenta de la posición de inferioridad o debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas con los distribuidores o fabricantes, no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial, puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o*

servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que éste es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno a la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final -consumidores o usuarios- o a terceros, con lo que queda claramente establecida una 'responsabilidad especial' de aquél frente a éstos -ex constitutione-, que los habilita para accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueron irrogados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo de linaje contractual (...)" (Cas. Civil, 7 de febrero de 2007, Exp. No.1999-00097-01).

b) Precisamente por lo anterior, se desdibuja o atenúa en estos asuntos la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, al punto de ser irrelevante.

c) es una responsabilidad solidaria, siguiendo los derroteros previstos en el artículo 2344 del Código Civil.

3.2 El producto defectuoso. La responsabilidad de que aquí se trata deviene de introducir en el mercado un producto que vulnera la seguridad del consumidor, pues así lo dispone la norma superior (artículo 78). En ese orden de ideas, fabricantes y proveedores enfrentan, en cuanto empresarios profesionales, un juicio de imputación de responsabilidad, fundado, primordialmente, en el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso (Sentencia C 1141 de 2000).

Con miras a precisar el sentido del concepto, resulta oportuno memorar cómo el artículo 6° de la Directiva Europea 85/374 establece que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que una persona puede legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, esto es, entre otras, las relativas a su presentación y al uso que razonablemente pudiera esperarse de él al momento en que fue introducido en el mercado. En síntesis, siguiendo a la doctrina especializada, puede concluirse, conforme a las disposiciones contenidas en esa reglamentación y en la Directiva 92/59, que se consideran productos seguros aquellos que ofrezcan, en condiciones normales o razonablemente previsibles, desde su primera puesta en el mercado y durante todo el tiempo probable de utilización, la seguridad que las personas pueden razonable y legítimamente esperar para ellas y sus bienes, teniendo en cuenta las circunstancias en que fueron colocado esos productos en el mercado a disposición de los consumidores y usuarios.

NOTIFICACIONES

APODERADO

CARLOS ALBERTO PEÑA VANEGAS

Calle 17 No 10-16, oficina 704 A Bogotá

Celular 310 3323310

Correo Electrónico: grupopabogados@gmail.com

ATENTAMENTE



CARLOS ALBERTO PEÑA VANEGAS

C.C. No 80.421.587 BOGOTA

T.P. No 132.055 C.S.J.

SEÑORES:

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

E.

S.

D.

REFERENCIA

PROCESO: EJECUTIVO

DEMANDANTE: MARTHA PENAGOS JIMENEZ

DEMANDADO: JORGE ALBERTO TILAGUY RIPE

RADICADO: 11001310303020190006601

INSTANCIA: SEGUNDA

DECISION: ADMITE RECURSO DE APELACION

Luis Enrique Leuro Rozo, mayor de edad, vecino con residencia y domicilio en Bogotá D.C, identificado con cédula N.11.372.855 de Fusagasugá y T.P 43920 del C. S de la J. En mi condición de apoderado de la parte demandada, dentro del termino de ley de manera respetuosa me permito sustentar o argumentar el recurso de apelación tal como lo expuso su providencia de 11 de Octubre del año 2021 frente a la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá de 21 de Junio del 2021 mediante la cual dicho despacho declaró imprósperas las excepciones propuestas por el ejecutado y ordena seguir adelante la ejecución, proceso entonces así:

La decisión o sentencia materia de la apelación en mi concepto no analizó, ni estudió como era su obligación y deber los fácticos y el derecho presentado o propuesto por las partes en la presente litis, y para que fuera resuelto por la justicia.

La sentencia atacada consideró lánguidamente que no tenían éxito ni podían prosperar los medios exceptivos propuestos por la parte que represento por cuanto que debió hacerse a través de otros medios como el recurso de reposición y no de las excepciones de fondo o de merito propuestas y que no fueron estudiadas o analizadas por el despacho en la

Sentencia que se apela, agregando que como se relacionaba o hacia referencia estas excepciones a aspectos puramente formales o mejor dicho a falta de requisitos formales del titulo ejecutivo que se presentó para exigir el derecho (Acta de Conciliación).

Y por otro lado, que los medios exceptivos que consagran el Art 784 del Código del Comercio no eran aplicables al presente proceso, frente a lo anterior debo considerar equivocada la decisión o sentencia de primera instancia ya que la invocación que se propuso de manera oportuna como excepciones de mérito y así fueron admitidas, calificadas y tramitadas por dicho despacho contienen claras y expresas fundamentaciones con respaldo tanto probatorio como jurídico para tener prosperidad o éxito frente a las pretensiones. Obsérvese que se invoca y relaciona y se demostró fehacientemente que el titulo ejecutivo (Acta de Conciliación) no era claro, expreso **Y ACTUALMENTE EXIGIBLE** sino que por sus características era un titulo complejo , condicionado y no singular como se pretende, pues para su exigibilidad debía de allegarse, aportarse con el acta de conciliación el documento que debía ser originado en la Notaria 17 del Circulo de Bogotá el día 6 de diciembre del 2018 y en los términos que las partes acordaron para perfeccionar el titulo en la Cláusula 4º de dicha conciliación, que es la misma que se arrima como titulo ejecutivo, adviértase que en dicha clausula se utiliza el termino las partes de común acuerdo deciden concretar mediante documento autenticado, de esta lectura es obvio que la interpretación en derecho es que de por sí, el acta de conciliación sola non es concreta sin que cumpliera con lo convenido y pactado voluntariamente por las partes en dicha cláusula y que debía ser ratificado por documento autenticado en la Notaria mencionada.

Así las cosas, no es necesario mayores elucubraciones o esfuerzos intelectuales para comprender que la conciliación aportada no contiene la obligación clara, expresa, concreta y actualmente exigible de que habla la ley Art 422, de ser entonces ello así es forzoso concluir que el titulo seria complejo o compuesto y no singular, y estaría conformado para tenerse como titulo ejecutivo valido por el acta de conciliación y el documento Notariado de que habla la Cláusula 4º del Acta de conciliación,

De acuerdo con lo anterior la excepción propuesta está llamada a prosperar y por lo tanto, debe así declararse revocando la sentencia aquí atacada.

Tampoco se estudió, analizó o se tuvo en cuenta la excepción propuesta que en mi concepto por no estar prohibida es procedente y la cual denominé incumplimiento de las obligaciones del demandante contraídas en el contrato que dio origen al título ejecutivo y que se aportaron y reposan en el expediente para lo cual debe observarse y aceptarse que la conciliación título ejecutivo se derivan del negocio jurídico contrato de promesa de compraventa de inmueble aportado de fecha 18 de abril del 2018, celebrado entre las aquí partes en dicho contrato la demandante se comprometió a pagar el precio del inmueble al aquí demandado en los términos y condiciones del punto o cláusula tercera condición u obligación que no cumplió, la aquí demandante también en el punto quinto del dicho contrato se comprometió a realizar y adelantar ante la entidad bancaria banco Caja Social u otra entidad una solicitud y aprobación de crédito hipotecario con el fin de cancelar al aquí demandado en inmueble situación esta que jamás intentó si quiera adelantar la demandante, el demandado siempre estuvo presto a cumplir con sus obligaciones adquiridas en dicho contrato.

Las partes en el punto séptimo del mencionado contrato acordaron que en caso de no aprobarse el crédito hipotecario a favor de la compradora (Aquí demandante) el mismo podría resolverse pero en las condiciones allí acordadas las cuales la demandante no cumplió y por el contrario en abierto abuso del derecho se obligó de manera ilegal al demandado a pagar intereses ilegales contrariando la ley Art 884 del Código del comercio que consagra : “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepasen cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses sin perjuicio en el Art 72 de ley 45 de 1990”.

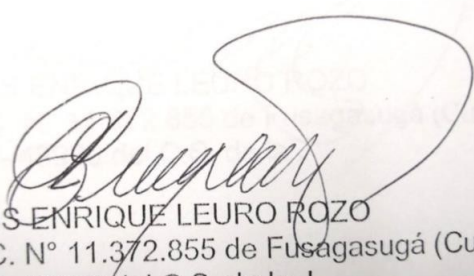
Igualmente, de forma arbitraria en abuso del derecho se le obliga al demandante a pagar gastos incurridos que jamás se hicieron ni le mostraron y la cláusula penal a sabiendas de que el demandado siempre estuvo presto a cumplir con las obligaciones adquiridas, de acuerdo con lo anterior Honorable magistrado estos hechos y derechos invocados constituyen o configuran las excepciones propuestas que solicito se declaren probadas y o también de ser así la que se configure con los hechos planteados.

LUIS ENRIQUE LEURO ROZO

ABOGADO

Y en consecuencia se revoque la sentencia apelada y se condenen gastos y perjuicios a la parte demandante. Dejo de esta manera sustentado el recurso de apelación interpuesto.

ATENTAMENTE:



LUIS ENRIQUE LEURO ROZO
C.C. N° 11.372.855 de Fusagasugá (Cund.)
T.P. 43920 del C.S. de la J.

LUIS ENRIQUE LEURO ROZO
C.C. No. 11.372.855 de Fusagasugá
T.P. 43.920 del C.S. de la J.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

M.P. Dr. Manuel Alfonso Zamudio Mora

Referencia: Proceso verbal de ORTOMAC S.A.S. contra BIOMET INTERNATIONAL LIMITED.

Rad. No.: 2020-321.

Asunto: Recurso de súplica.

DAVID RICARDO ARAQUE QUIJANO, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi condición de apoderado especial de **BIOMET INTERNATIONAL INC (antes BIOMET INTERNATIONAL LIMITED) («BIOMET»)**, de forma muy respetuosa presento recurso de súplica contra el auto de fecha 19 de octubre de 2021, notificado por estado de 20 del mismo mes y año.

I. PROCEDENCIA DE LA IMPUGNACIÓN

El presente medio de impugnación, previsto en los artículos 331 y siguientes del Código General del Proceso, es procedente toda vez que se trata de una providencia que resuelve sobre la admisibilidad de un recurso de apelación.

II. FINALIDAD

La finalidad no es otra que el honorable magistrado que siga en turno revoque la decisión anotada y en su lugar admita la apelación interpuesta ante el *a-quo* contra el auto de fecha 30 de julio de 2021, por el cual resolvió las excepciones previas presentadas por la parte que represento.

III. LOS MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Respetuosamente solicito se revoque el auto impugnado, por las muy breves razones que expongo seguidamente:

La decisión impugnada, en síntesis, sostiene que el auto que resuelve excepciones previas no es susceptible de apelación, porque, en opinión del H. Magistrado sustanciador, no está enlistado en el artículo 321 del CGP ni en otra norma.

Incorre en yerro el H. Magistrado sustanciador al afirmar lo anterior, porque la norma adjetiva en cita **sí** consagra la apelación de los autos que resuelven una excepción previa. Adicionalmente, se pasó por alto que el Código General del Proceso, para evitar innecesarias repeticiones, unificó el régimen de apelaciones de incidentes – *incluidas las excepciones previas* – en un solo numeral (art. 321- No. 5. Ibidem): «*El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva*».

Es incontrovertible que las excepciones previas son un trámite incidental. Sobre el particular, la doctrina más autorizada ha expuesto:

«454. Los incidentes en cada uno de los procesos son muchos y variados en su origen, efectos e importancia. Pueden no obstante clasificarse según sus relaciones con la cuestión principal en cuatro categorías: a)

Preliminares, como las excepciones previas que aducen con la contestación de la demanda ...»¹

Por lo tanto, no era menester que el Código General Proceso incluyera –como su antecesor– dos normas o más para decir lo mismo. Ciertamente, hacerle decir al estatuto procesal que es apelable tanto «*el auto que resuelva un incidente*» como el auto «*que resuelva una excepción previa*» era incurrir en una tautología normativa, cuando precisamente ese fue uno de los objetivos de la nueva codificación. En efecto, en la exposición de motivos del proyecto de ley del Código General se lee²:

3. OBJETIVOS DEL PROYECTO

La presentación del proyecto de ley al Congreso de la República tiene como objetivo principal la adopción de un estatuto procesal integral ajustado a las necesidades sociales de nuestra realidad contemporánea, que además de regular en forma sistemática y coherente los procedimientos para el tratamiento judicial de las controversias de naturaleza civil, comercial, agraria y de familia, sirva como instrumento de integración normativa del régimen procesal colombiano en tanto facilita llenar los vacíos que en algunas materias exhiben otros códigos de procedimiento.

Para alcanzar dicho objetivo el proyecto propone principalmente las siguientes estrategias:

- a) Adoptar un nuevo Código de Procedimiento que regule toda la actividad del proceso judicial, elaborado íntegramente a partir del propósito de mejorar el sistema de justicia, teniendo en cuenta los avances alcanzados por otros países, principalmente los que exhiben similares características socioeconómicas a las nuestras, y sin desperdiciar los logros de la legislación procesal colombiana de las últimas décadas.
- b) Erradicar los factores normativos que dificultan la eficacia de la función jurisdiccional, teniendo en cuenta la experiencia que ha dejado la actividad judicial con sujeción al actual régimen procesal.
- c) Aniquilar las prácticas indebidas, enquistadas en las estructuras procesales actuales, constatadas empíricamente, que entorpecen el avance adecuado de la actividad procesal.
- d) Ofrecer mecanismos procesales que faciliten el avance de los trámites judiciales, y aseguren la observancia real de las garantías constitucionales en el proceso.
- e) Modernizar los procedimientos aprovechando las ventajas que ofrecen los adelantos tecnológicos en la realización de la actividad judicial.

Por su parte, en la misma exposición de motivos, subsección 4.2.2 se lee:

¹ Hernando Morales Molina. «Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General.» Séptima Edición. Pág. 392. 1978. Ver también: Ver Azula Camacho. «Manual de derecho procesal» Tomo II, Parte General. Séptima Edición. Pág. 422.

² <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2011-2012/article/159-por-el-cual-se-expide-el-codigo-general-del-proceso-y-se-dictan-otras-disposiciones>. *Gaceta* 114/12.

6. Impugnación

Simplifica el trámite de las apelaciones; amplía los fines del recurso de casación, ligándolo a la protección de los derechos constitucionales; reduce la rigidez formal del recurso; introduce la casación funcional para permitirle a la Corte abordar temas que tradicionalmente solo han llegado a su conocimiento por vía de tutela; y facilita el trabajo de la Corte Suprema de Justicia permitiéndole descartar el estudio de demandas de casación que sustancialmente no merecen el esfuerzo de la Corte.

Por lo demás, en la exposición de motivos no se encuentra ni se deriva lo indicado en el auto fustigado, el cual da a entender que, en opinión del H. Magistrado, el legislador quiso ser más restrictivo que su antecesor en punto de dejar huérfano de apelación el auto que resuelve excepciones previas. Esa intención limitada, reduccionista y prohibitiva no se encuentra en alguna de las gacetas que recogen la exposición de motivos de cada uno de los artículos del nuevo estatuto procesal.

Es más, en punto a los autos apelables, de un simple parangón entre normas de una y otra codificación se advierte que lo hecho por el Código General del Proceso respecto de su predecesor fue simplificar la apelación, su redacción y hacerla más comprehensiva; pero no hacerla más restrictiva.

Con la venia del honorable magistrado sustanciador que debe resolver la súplica traigo a colación la comparación anotada:

Código General del Proceso	Código de Procedimiento Civil
Artículo 321. Procedencia. Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad. También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: 1. El que rechace la demanda, su reforma o la contestación o cualquiera de ellas. 2. El que niegue la intervención de sucesores procesales o de terceros. 3. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas. 4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo. 5. El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva. 6. El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva. 7. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso. 8. El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impediría o levantarla. 9. El que resuelva sobre la oposición a la entrega de bienes, y el que la rechace de plano. 10. Los demás expresamente señalados en este código.	Art. 351.- Modificado. Decreto 2282 de 1989. Art. 1. Num. 169. Procedencia. Son apelables las sentencias de primera instancia, excepto las que se dicten en equidad de acuerdo con el artículo 38 y las que las partes convengan en recurrir en casación per saltum, si fuere procedente este recurso. También son apelables los siguientes autos proferidos en la primera instancia: 1. El que rechace la demanda, su reforma o adición, salvo disposición en contrario. 2. El que resuelva sobre la citación o la intervención de sucesores procesales o de terceros, o rechace la representación de alguna de las partes. 3. El que deniegue la apertura a prueba, o el señalamiento del término para practicar pruebas, o el decreto de alguna pedida oportunamente o su práctica. 4. El que deniegue el trámite de incidente, alguno de los trámites especiales que lo sustituye contemplados en los artículos 99, 142, 152, 155, 158, 159, 162, 167, 338 párrafo 3, 340 inciso final y 358, el que los decida y el que rechace de plano las excepciones en proceso ejecutivo. 5. El que resuelva sobre la liquidación del crédito en procesos ejecutivos. 6. El que decida sobre suspensión del proceso. 7. El que decida sobre un desistimiento, una transacción, la perención, decreto o levante medidas cautelares, o por cualquier otra causa ponga fin al proceso. 8. El que decida sobre nulidades procesales. 9. El que decida sobre excepciones previas, salvo norma en contrario. 10. Los demás expresamente señalados en este Código.

No se trata entonces de construir una tesis que sea contraria al principio de *numerus clausus* – como lo expone el auto atacado; sino todo lo contrario, respetarlo, porque, reitero, no se discute que las «*excepciones previas*» se resuelven, en puridad, por un trámite incidental. De ahí que el

auto que las resuelve sea apelable. No en vano, uno de los miembros de la comisión redactora del Código General del Proceso, Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez, sobre el particular apuntó:

«15. Es apelable el auto que resuelve sobre una excepción previa?

Respuesta: *Sí, porque debe acudirse al régimen general de apelaciones, en el que se previó que es apelable el auto “que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva” (se resalta), siendo claro que la proposición de esa tipología de excepciones da lugar a un arquetípico incidente, como se desprende de los numerales 1º y 2º del inciso 3º del artículo 101 del CGP. Que requiera o no de practica de pruebas no quita ni pone ley, porque todo incidente maneja esa contingencia (CGP, art. 129, inc. 3).*

Y que en ciertos casos se defina en audiencia y en otros por fuera de ella, es asunto indiferente porque también es un rasgo de esas tramitaciones. Es útil señalar que si los artículos 100 a 102 del CGP no previeron expresamente la apelabilidad de los autos que resuelven excepciones previas, fue para atender un propósito deliberado en la construcción del código, como fue la de conjuntar –en lo posible- en una sola disposición todas las providencias susceptibles de apelación.

Por lo demás, como ya el código no distingue entre incidentes y trámites incidentales, no es posible fijar la atención en esa utilería procedimental para ensayar una postura que desconozca el texto del artículo 321 del CGP.»³

Pero, si en gracia de discusión aceptáramos que existen dos posibles interpretaciones sobre la apelabilidad del auto que resuelve una excepción previa: una que la concibe y otra que la niega, ¿por qué escoger la interpretación limitativa de una garantía fundamental, como lo es el derecho a una segunda instancia?

Recuérdese que, por virtud de la prevalencia del derecho sustancial, el intérprete debe plegarse a la interpretación más favorable y menos restrictiva a las garantías fundamentales, y consecuentemente despreciar aquella restrictiva o menos favorable. Ese fue el fin del artículo 11 del CGP (que desarrolla el artículo 228 de la Constitución Nacional⁴):

«Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos

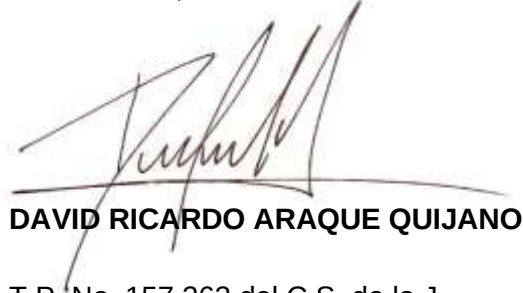
³ Marco Antonio Álvarez Gómez. «Cuestiones y Opiniones». Acercamiento práctico al Código General del Proceso. Marzo de 2017. Pág.154.

⁴ Art. 228 de la C.P. «La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo»

constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.» (Se resalta)

Por lo expuesto, reitero mi petición respetuosa para que sea reformada la decisión y en su lugar se acceda a evaluar en segunda instancia las quejas contra el auto que resolvió las excepciones previas, en cuyo examen se advertirá que el punto de derecho que allí está en juego es de suma relevancia, pues se trata nada más y nada menos que de la eventual derogación de la jurisdicción arbitral a un asunto que ha sido sometido por las partes en litigio a conocimiento de árbitros y no de jueces.

Atentamente,



DAVID RICARDO ARAQUE QUIJANO

T.P. No. 157.263 del C.S. de la J.

Honorables Magistrados,
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
M.P. Iván Darío Zuluaga Cardona
E. S. D.

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

Ref: Proceso ejecutivo de mayor cuantía de **IQ OUTSOURCING S.A.S.** contra **MEDIMAS E.P.S. S.A.S.**
Rad: **2019-00699-01**

JUAN SEBASTIÁN LOMBANA SIERRA, identificado con la C.C. 11.233.717 de La Calera y con Tarjeta Profesional 161.893 del Consejo Superior de la Judicatura, con domicilio en la ciudad de Bogotá,, obrando en mi calidad de apoderado principal de **MEDIMÁS EPS S.A.S.**, identificada con el NIT 901.097.473-5 (“MEDIMAS”, la “EPS” o la “Demandada”) domiciliada en Bogotá, conforme al poder que obra en el expediente y que reasumo. Por medio del presente escrito, me permito sustentar el recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia del 17 de junio de 2021 (la “Sentencia” o el “Fallo”) proferida por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá (el “Juzgado”) dentro de los procesos **2019-00699-00 /2019-00624-00**, acumulados en el radicado de la referencia, conforme lo siguiente:

I. OPORTUNIDAD PARA SUSTENTAR EL RECURSO:

El Auto que admitió el recurso de apelación, fue notificado por estado electrónico el 12 de octubre de 2021. Por lo que, atendiendo al artículo 14 del Decreto 806 de 2020, el término de 5 días hábiles para realizar la sustentación del recurso, culminan el miércoles 20 de octubre de 2021, con lo que este escrito se interpone en tiempo.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

De la mano con los reparos concretos formulados al Fallo. A continuación, me permito sustentar el recurso de apelación, que deben conllevar a revocar la Sentencia del 17 de Junio de 2021, proferida por el Juzgado.

De manera preliminar, expondré algunos puntos que ciertamente fueron objeto de recurso de reposición al inicio del Proceso, pero que no fueron atendidos por el H. Despacho, por lo que se propusieron como excepción de mérito a las luces de lo establecido en el artículo 784 del C.Co., en especial el numeral 4º y atendiendo a lo siguiente:

A. ERROR DE LA SENTENCIA AL TOMAR COMO TÍTULOS VALORES LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE FACTURAS ELECTRÓNICAS – OMISIÓN DE LOS REQUISITOS PARA SER TENIDOS COMO TÍTULOS ARTÍCULO 784 -4 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

La Sentencia debe ser revocada, pues en primer lugar el H. Juzgado cometió un error, -e incluso contradicción-, al sostener que las facturas no eran electrónicas, ni tampoco eran una representación gráfica de facturas electrónicas, cuando es palpable que las facturas objeto de ejecución simplemente son la representación gráfica de facturas electrónicas, lo cual fue expuesto desde el recurso de reposición por MEDIMAS al mandamiento de pago y se expuso como excepción de mérito a las luces del numeral 4 del artículo 784 del Código de Comercio.

En efecto, la exposición del Juzgado para considerar que las facturas si habían sido aceptadas, fue que en su criterio dichas facturas no eran la impresión de una factura electrónica sino que se trataban de facturas físicas y que cumplían todos los requisitos del título valor impreso, cuando lo cierto es que **de la simple vista de todas las facturas ejecutadas**, es palpable que se trata de títulos valores electrónicos, al punto que todas tienen un Código QR, el cual es propio de las facturas electrónicas, de la siguiente forma:

OBSERVACIONES: COMPONENTE VARIABLE DE LOS SERVICIOS DE RECEPCIÓN, RADICACIÓN Y AUDITORIA DE CUENTAS MÉDICAS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO PRESTADOS ENTRE EL 01-JUL-2019 Y EL 31-JUL-2019.		SUB-TOTAL \$2.123.860.480.00
		IVA 0.00 % \$0.00
		TOTAL A PAGAR \$2.123.860.480.00



SOMOS GRANDES CONTRIBUYENTES según Resolución 012635 de Diciembre 14 de 2018; NO PRACTICAR RETENCIÓN DE IVA E ICA

SOMOS AUTORRETENEDORES EN RENTA según Resolución 06698 de Septiembre 21 de 2005; NO PRACTICAR RETENCIÓN

Esta factura se asimila en todos sus efectos a la letra de cambio, artículo 772 y siguientes del C.C y causará intereses de mora a la tasa contemplada por la ley.

ACEPTADA (FIRMA Y SELLO)

 C.C. o NIT

FIRMA AUTORIZADA (FIRMA Y SELLO)

 NIT 830.039.329-8
 IQ OUTSOURCING S.A.S.

Bogotá, D.C.: Cra. 13A # 25-24 Piso 7, Parque Central Berrío (Torre Allianz), PBX: (571) 593 1990, Fax: (571) 593 1995.
 Bogotá, D.C.: Cra. 42 # 75-83 Lt. 28B C.C. Universes, Tel: (574) 433 8410.
 Resolución DIAN 18762012111611 de 2019-01-03 Autoriza/Habita Facturación desde IQ-21702 hasta IQ-25000

Page 1 of 1

Nótese como las facturas contienen un Código QR, que evidencian **que son la representación gráfica de una factura electrónica**, emitida bajo los Decreto de Facturación Electrónica vigentes para el momento en que las facturas fueron expedidas, como lo son el Decreto 2242 de 2015 y el Decreto 1349 de 2016.

Al respecto, el artículo 2º del Decreto 2242 de 2015, señala que lo siguiente:

“Artículo 2°.Definiciones. Para efectos de la aplicación e interpretación del presente Decreto, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

6. Código Único de Factura Electrónica: El código único de factura electrónica para las facturas electrónicas, corresponde a un valor alfanumérico obtenido a partir de la aplicación de un procedimiento que utiliza datos de la factura, que adicionalmente incluye la clave de contenido técnico de control generada y entregada por la DIAN.

El Código Único de Factura Electrónica deberá ser incluido como un campo más dentro de la factura electrónica. Este código deberá visualizarse en la representación gráfica de las facturas electrónicas y en los códigos bidimensionales QR definidos para tal fin.”

En ese sentido, el Código QR se utiliza para la facturación electrónica, incluso para su representación gráfica, para reflejar el Código CUFE, con lo que era más que palpable que las Facturas emitidas por IQ eran facturas electrónicas y no fueron radicadas electrónicamente, **tal como lo confesó la representante legal de IQ** en ambas audiencias de interrogatorio de los procesos acumulados bajo el radicado de la referencia.

Lo anterior, no es un aspecto menor y tampoco se podía seguir adelante la ejecución contra MEDIMAS, tal como se expuso desde el recurso de reposición y se insistió tanto en las excepciones de mérito como en los alegatos de conclusión.

En verdad si las facturas eran electrónicas, debían ser radicadas electrónicamente pues valga indicar que las EPS, -como MEDIMAS-, debían implementar la facturación electrónica desde el 1° de enero de 2019, conforme lo estableció la Circular No. 200046 de 2018 del Ministerio de Salud y la Resolución 000062 del 30 de noviembre de 2018 de la DIAN.

Pero en todo caso, **IQ no podía ni debía imprimir las facturas electrónicas y radicar su representación gráfica en MEDIMAS**, para ejecutarlas, pues ello desconoce el artículo 3° del Decreto 2242 de 2015 y sobre todo el artículo 2.2.2.53.5 del Decreto 1349 de 2016, vigente para la época de los hechos y el cual señalaba:

“ARTÍCULO 2.2.2.53.5. Entrega y aceptación de la factura electrónica. El emisor entregará o pondrá a disposición del adquirente/pagador la factura electrónica en el formato electrónico de generación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2242 de 2015.

Para efectos de la circulación, el proveedor tecnológico por medio de su sistema verificará la recepción efectiva de la factura electrónica por parte del adquirente/pagador y comunicará de este evento al emisor.

La factura electrónica como título valor podrá ser aceptada de manera expresa por medio electrónico por el adquirente/pagador del respectivo producto.

Asimismo, la factura electrónica como título valor se entenderá tácitamente aceptada si el adquirente/pagador no reclamare en contra de su contenido, bien sea por devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, mediante reclamo dirigido al emisor, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la recepción de la factura electrónica como título valor, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

(...)

Si el adquirente/pagador carece de capacidad para recibir la factura electrónica como título valor de forma electrónica y, por tanto, para aceptarla expresa o tácitamente de forma electrónica, esta no podrá circular y su representación gráfica carecerá de valor alguno para su negociación.”

Del artículo anterior, vigente para la fecha de la expedición de las facturas son evidentes dos cosas:

- (i) IQ debía remitir a los correos electrónicos de MEDIMAS la factura electrónica que hoy pretende ejecutar, para que MEDIMAS la aceptara o rechazara por dichos medios, cosa que no hizo, como su representante legal confesó.
- (ii) Ante la no remisión electrónica de la factura, **su representación gráfica NO** es ni será el título negociable, -y menos ejecutable-, por lo que si IQ no remitió las facturas electrónicas a MEDIMAS a los correos electrónicos de la EPS, no podía imprimirlas y radicarlas en la EPS, **pues la representación gráfica de la factura electrónica NO ES UN TÍTULO NEGOCIABLE**, como lo indicaba en su momento el Decreto 1349 de 2016 que acabo de citar.

Con base en lo anterior, es evidente que la Sentencia incurrió en un yerro que debe conllevar a su revocatoria, pues MEDIMAS desde el recurso de reposición y dentro de las excepciones de mérito, siempre ha indicado que las facturas objeto de ejecución no son otra cosa que la representación gráfica de los títulos electrónicos y que por ello no pueden ni deben ser ejecutables.

IQ lo que debía demostrar era la aceptación electrónica de MEDIMAS y al no hacerlo, las facturas objeto de ejecución no cumplen con los requisitos reglamentarios para ser títulos

valores, por lo que la excepción de falta de aceptación y de omisión de requisitos de forma debía prosperar.

En consecuencia, el Fallo debe ser revocado y el proceso terminado con el consecuente levantamiento de medidas cautelares.

B. SI SE CONSIDERABAN FACTURAS FÍSICAS, LA SENTENCIA ERRÓ AL CONTINUAR LA EJECUCIÓN POR CUATRO FACTURAS QUE NO CONTABAN CON ACEPTACIÓN DIRECTAMENTE EN EL TÍTULO – FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY 1231 DE 2008 Y DEL DECRETO 3327 DE 2009.

Por otro lado, -tal como se expuso desde el recurso de reposición y se insistió a lo largo del proceso-, en gracia de discusión si se consideraban las facturas como facturas físicas a las luces de la Ley 1231 de 2008, **era evidente que las facturas IQ22921, IQ22922, IQ22925, IQ22926 no contaban con aceptación ni expresa, ni tácita en el título.**

En efecto, ninguna de las facturas IQ22921, IQ22922, IQ22925, IQ22926 contaban con sello de recibido o con aceptación expresa por parte de MEDIMAS, directamente en el título y por ello, ni si quiera se debió librar mandamiento de pago respecto de ellas, tal como se expuso desde el recurso de reposición contra el auto que libró mandamiento y como se insistió en las excepciones a la acción cambiaria conforme el numeral 4 del artículo 784 del C.Co.

A pesar de dicha claridad, la sentencia consideró que la carta remisoría con una firma de recibido era una aceptación de las facturas en documento separado, **ignorando que la aceptación en documento separado está plenamente reglada**, y tiene unos requisitos mínimos que claramente no se cumplen en el presente caso, conforme lo señala el artículo 5° del Decreto 3327 de 2009:

“Artículo 5°. En caso de que el emisor vendedor del bien o prestador del servicio entregue una copia de la factura al comprador del bien o beneficiario del servicio, en espera de la aceptación expresa en documento separado o de la aceptación tácita, se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. El emisor vendedor del bien o prestador del servicio deberá esperar a que ocurra dicha aceptación antes de poner en circulación la factura original.*
- 2. En desarrollo de lo señalado en el numeral 2 del artículo 3° de la Ley 1231 de 2008, el encargado de recibir la copia de la factura deberá incluir en el original que conserva el emisor vendedor del bien o prestador del servicio, la fecha en que fue recibida dicha copia, así como el nombre, la identificación y la firma de quien sea el encargado de recibirla. Estas manifestaciones se entenderán hechas bajo la gravedad de juramento.*
- 3. En el evento en que operen los presupuestos de la aceptación tácita, el emisor vendedor del bien o prestador del servicio deberá incluir en la factura original y bajo la gravedad de juramento, una indicación de que operaron los*

presupuestos de la aceptación tácita, teniendo en cuenta para el efecto la fecha de recibo señalada en el numeral anterior.

La fecha de recibo debe ser incluida directamente por el comprador del bien o beneficiario del servicio en la factura original que conserva el emisor vendedor del bien o prestador del servicio.

4. La aceptación expresa en documento separado o la aceptación tácita a que hace referencia el inciso 3° del artículo 2° de la Ley 1231 de 2008, sustituyen el requisito de la firma del obligado en el original de la factura.

5. La entrega de una copia de la factura al comprador del bien o beneficiario del servicio, es condición para que proceda la aceptación tácita o la aceptación expresa en documento separado.

*6. Cuando **la aceptación de la factura conste en documento** separado, **este deberá adherirse al original para todos sus efectos y deberá señalar como mínimo, además de la aceptación expresa, el nombre e identificación de quien acepta, el número de la factura que se acepta y la fecha de aceptación.** Si habiendo sido rechazada la factura mediante documento separado o cualquiera de las modalidades señaladas en la Ley 1231 de 2008, el emisor vendedor del bien o prestador del servicio la endosa a un tercero, quedará incurso en las acciones de carácter penal que se puedan derivar de esta conducta.” (Negrillas fuera de texto)*

Bajo la norma transcrita, la aceptación por documento separado, **debe ser expresa** (no tácita), donde concurren diversos requisitos como el nombre **e identificación de quien acepta**, el número de la factura que se acepta **y la fecha de aceptación**, todos estos requisitos mínimos para que una factura se considere aceptada por documento separado, sin perjuicio de la adhesión al original.

Sobre esta línea el H. Consejo de Estado al analizar una demanda de constitucionalidad contra el Decreto Reglamentario señaló:

*“De esta forma, siguiendo lo previsto por la ley, la persona autorizada para aceptar la factura es el comprador del bien o el beneficiario del servicio, ya sea de manera expresa, dejando la constancia de su aprobación en el cuerpo mismo de aquella, **o en documento separado**; o bien tácitamente, cuando deja vencer el término establecido para hacer reclamación en contra de su contenido, término éste cuya contabilización inicia a partir del momento en que el dependiente del comprador de la mercancía o beneficiario del servicio ha recibido la mercancía o el servicio respectivo, **dejando constancia de tal hecho en la factura.***

Ciertamente, en el evento comentado, la ley no autoriza que la aceptación de la factura se efectúe a través del dependiente del comprador del bien o beneficiario del servicio; si ello fuera así, simplemente la factura se tendría por aceptada expresamente en todos los casos, bien sea directamente por el comprador de la mercancía o beneficiario del servicio, o a través de sus

dependientes que los recibieron, careciendo de sentido entonces la existencia de la norma que prevé que la factura puede entenderse aceptada irrevocablemente ante la falta de reclamación en contra de su contenido (aceptación tácita). Este entendimiento obedece al principio de interpretación de las normas jurídicas según el cual a partir del llamado “efecto útil” de ellas, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce efectos jurídicos y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero.”¹

Es por ello, que el H. Tribunal Superior de Bogotá en otras ocasiones ha indicado que la aceptación tácita no puede constar en documento separado, sino directamente en el cuerpo de la factura, de la siguiente forma:

“Por manera, que para que un documento tenga la calidad de título valor – factura, y produzca los efectos derivados (art. 620 e inc.2º, nume 3º del artículo 774 del C.Co.) deberá contener la fecha de recepción por parte del comprados; exigencia que además, permitirá verificar si existe aceptación tácita.

No obstante lo anterior, el título base del recaudo, factura de venta No. 0238, no cuenta en su cuerpo con ninguna mención, acerca de haber sido recibida, y por ende, tampoco expresa la persona que la recibió.

Por supuesto, que dicho requisito no se puede suplir con un documento, que en estricto sentido no hace parte del título valor, por cuanto fue la voluntad del legislador (art. 774 del C.Co.) que aquella exigencia se cumpliera en la factura misma, y no en otro documento que no hace parte de ésta, como se quiere hacer valer en este caso.”² (Negritas y subrayas propias)

A pesar de todo ello, y lo diáfana de la norma en torno a la aceptación en documento separado, el H. Juzgado tuvo por aceptadas tácitamente las facturas IQ22921, IQ22922, IQ22925, IQ22926, cuando en el cuerpo de las facturas no hay sello de recibido (con fecha y firma de quien recibe) ni tampoco constancia de aceptación expresa por una persona autorizada.

Lo único que hay es un recibido, en la carta de remisión de las facturas, **que ni si quiera cumple con los requisitos mínimos establecidos en el numeral 6, artículo 5 del Decreto 3327 de 2009**, tal como paso a mostrar.

¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 28 de junio de 2019. Exp. 2009-00511-00. C.P. Oswaldo Giraldo López.

² Tribunal Superior de Bogotá. Auto del 14 de junio de 2018. Exp. 2017-000392-01.

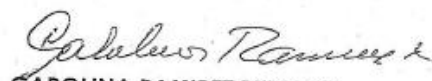
Respetados Señores:

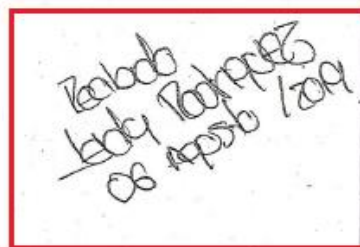
Relacionamos y adjuntamos las facturas a radicar según lo indicado:

Folio	Total
IQ22921	\$ 2.123.660.490,00
IQ22922	\$ 249.758.110,00
IQ22923	\$ 519.101.352,00
IQ22924	\$ 114.432.906,00
IQ22925	\$ 9.600.000,00
IQ22926	\$ 2.400.000,00

Anexamos certificado de revisoría fiscal y planilla de pagos hasta el momento vigentes.

Cordialmente,


CAROLINA RAMIREZ RUBIANO
TESORERA



T. (571) 593.1990
D. Cra. 13A No. 29 - 24 Piso 7

El recibido impuesto en la carta de remisión de las facturas, **no es una aceptación en documento separado** y por ende el fallo incurrió en yerros fácticos y jurídicos al tomarla por aceptación, por lo siguiente:

- (i) La aceptación tácita de una factura conforme el Decreto 3329 de 2009 y el artículo 774 del Código de Comercio y la jurisprudencia citada, debe constar directamente en el título y no puede constar por documento separado.
- (ii) La aceptación por documento separado, **solo puede ser una aceptación expresa**, conforme lo señalado en la jurisprudencia y el numeral 6° del artículo 5° del Decreto 3329 de 2009.
- (iii) Al tratarse de una aceptación expresa, **la misma solo la puede realizar la persona autorizada por MEDIMAS para ello**, entiéndase el representante legal o los apoderados de la EPS con facultades para ello.

- (iv) La norma establece unos requisitos mínimos para que la aceptación se considere realizada en documento separado donde destaco: a. aceptación expresa de la factura, -que no se cumple-; b. identificación de la persona que acepta la factura (que tampoco se cumple); c. el número de las facturas que se aceptan (que tampoco se cumple); d. fecha de aceptación (que no debe confundirse con la fecha de recibo), pues se reitera que la aceptación en documento separado **debe ser expresa** y no se puede confundir con la aceptación tácita; e. la adhesión al original (lo cual no se cumple, máxime cuando son varias facturas las remitidas).

En ese sentido, el hecho de que haya una constancia de recibido en documento remisorio de varias facturas, bajo ninguna circunstancia puede tomarse como una aceptación tácita de las facturas, no solo porque ello **desconoce los principios de autonomía, literalidad y de derecho incorporado de las facturas**, sino porque a su vez la aceptación por documento separado tiene unos requisitos mínimos, establecidos en la ley y el Decreto 3327 de 2009 que en claramente no se cumplieron en el caso de las facturas IQ22921, IQ22922, IQ22925, IQ22926 lo cual debió conllevar a que la sentencia no fuera totalmente favorable para la Demandante.

Por lo anterior, la Sentencia debe ser revocada al incurrir en yerros que se expusieron vía recurso de reposición y que a pesar de ello no fue revocado dicho mandamiento, por lo que la Demanda los expuso vía excepción a la acción cambiaria, conforme lo establecido en el numeral 4 del artículo 784 del C.Co., lo que habilita al H. Tribunal a revisar las decisiones del Juzgado en este punto.

C. ERROR DE LA SENTENCIA AL NO TENER POR PROBADAS LAS EXCEPCIONES DERIVADAS DEL NEGOCIO CAUSAL – LAS FACTURAS NO CORRESPONDÍAN A SERVICIOS DEBIDAMENTE PRESTADOS A MEDIMAS.

Sin perjuicio de lo anterior, el H. Juzgado debió por declarar probadas las excepciones personales y relativas al negocio causal interpuestas por MEDIMAS, ante **el evidente incumplimiento** de IQ a sus obligaciones contractuales, excepciones propuestas en el marco de los numerales 12 y 13 del artículo 784 del Código de Comercio.

El artículo 722 del Código de Comercio, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 772. FACTURA. Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008.
El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o

prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

PARÁGRAFO. *Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación.”*
(Negrillas y Subrayas fuera de texto)

Bajo lo anterior, si IQ sabía de los incumplimientos y de las falencias tenía al momento de ejecutar el contrato, claramente no podía emitir las facturas objeto de ejecución, al no corresponder a servicios efectivamente prestados a MEDIMAS.

Lo anterior, es así pues al analizar el objeto del Contrato y las obligaciones de IQ es evidente que la Demandante debía realizar la auditoría integral (técnica, administrativa, jurídica y financiera) de las cuentas médicas de MEDIMAS, radicadas por las IPS, para que con base en la auditoría realizada **integralmente** por IQ, MEDIMAS procediera a pagar a sus prestadores.

Al respecto, el Contrato suscrito entre MEDIMAS y IQ, cuyo objeto contractual era el siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO- EL CONTRATISTA *de manera autónoma e independiente, bajo su exclusiva responsabilidad, se compromete a prestar sus servicios para la realización del trámite integral de cuentas médicas, que comprende la recepción, radicación auditoría retrospectiva (Técnica, Administrativa y Financiera) de las cuentas médicas hasta su conciliación y alistamiento integral para la presentación de Recobro/Cobro de tecnología NO PBS ante ADRES o ENTE-TERRITORIAL, con el fin de asegurar los soportes documentales de los servicios prestados por los diferentes prestadores de MEDIMAS EPS en todas las modalidades de contratación previstas para los regímenes subsidiado y contributivo que fueron auditados por EL CONTRATISTA, de acuerdo con las especificaciones y características establecidas en los Términos de*

*Referencia de la Invitación Privada No. 001 de 2018, las respuestas de MEDIMAS EPS a las preguntas elevadas por los proponentes y la propuesta presentada por **EL CONTRATISTA**, las cuales formarán parte integral del contrato. Así mismo se obliga a prestar el servicio de almacenamiento y visualización de imágenes de cuentas médicas históricas de MEDIMAS EPS, de conformidad con la propuesta presentada por EL CONTRATISTA para este servicio, documento que hace parte integral del presente contrato.” (Negrillas y subrayas propias)*

Además de ello, el Contrato en su Cláusula Cuarta estableció una serie de obligaciones precisas y específicas a cargo de IQ, donde se destacan: (i) obligaciones con la recepción y radicación de cuentas médicas (como la identificación digitalización y clasificación de las facturas y sus soportes, junto con un reporte de cuentas a disposición de MEDIMAS); (ii) alistamiento para recobros/cobros no POS ante el ADRES y entes territoriales, donde IQ realizaba la gestión de la información, así como el análisis, objeción, subsanación, solicitud de pendientes y aceptaciones de las glosas glosa, así como alistar la información necesaria con soportes documentales para realizar los recobros ante el ADRES; (iii) gestiones relacionadas con el aviso de siniestro para el cobro de la póliza de alto costo; (iv) brindar seguridad de la información y garantizar su almacenamiento en un centro de datos; (v) realizar la auditoría técnica, jurídica, administrativa y financiera de las cuentas médicas presentadas por las IPS entre otras.

Dentro de dichas obligaciones, **existe una fundamental para MEDIMAS y los recursos de la salud**, la cual era que IQ comparara las diversas bases de datos y fuentes de información y en caso de inconsistencias, devolviera las facturas o aplicara los correctivos que hubiese lugar, para que MEDIMAS no realizara **ni dobles pagos, ni pagos que no había lugar a las IPS**, pues son recursos de la salud, al respecto el numeral 4.1.4.3 de la Cláusula Cuarta del Contrato, señalaba:

“CLÁUSULA CUARTA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. (...)

4.1.4.3. Realizar dentro del proceso de auditoría, la respectiva homologación y los respectivos cruces y validaciones con bases de datos y registros cuando ello sea necesario, a fin de garantizar la consistencia de la información contenida en los soportes documentales y las bases de datos y prevenir el reconocimiento o la apropiación de recursos sin justa causa y realizar las verificaciones necesarias para establecer la procedencia del reconocimiento y pago de las cuentas médicas presentadas por los diferentes prestadores de MEDIMAS EPS.” (Negrillas y subrayas propias)

En ese sentido, IQ tenía la obligación de revisar las bases de datos, verificar la información y en general realizar la auditoría integral de tal forma que, los prestadores de salud o las IPS no se apropiaran indebidamente de recursos de la salud.

Pues bien, en el expediente reposan sendas comunicaciones en las que MEDIMAS le indicó a IQ que la forma en la que realizaba las auditorías devenían, no solo en un incumplimiento

contractual, **sino en dobles pagos y en detrimentos de los recursos de la salud**, las cuales IQ respondía que estaban dentro de los Acuerdos de Nivel de Servicio (lo cual no es cierto y así lo encontró la Contraloría) o que la actualización de MEDIMAS estaba desactualizada, cuando se probó en el proceso que IQ tenía tres fuentes de información incluso ajenas a MEDIMAS que les permitían dar certeza de los afiliados (declaración de Mildred Casallas) y cuando el que debía velar por verificar la información y tomar **las verificaciones necesarias** para validar la información era IQ, pues precisamente esa es la labor de las auditorías.

En ese sentido, las comunicaciones de MEDIMAS a lo largo del *íter contractual* alertaron a IQ de que estaba ejecutando en forma indebida las auditorías, lo cual era un anuncio de lo que después hallaría la contraloría en torno a las auditorías de cuentas médicas a cargo a IQ, pero IQ respondía porque en su criterio no incumplía el contrato y fueron las respuestas de IQ las que les dio relevancia el fallo, para no probar las excepciones de mala fe de IQ al expedir las facturas y las excepciones del Contrato no cumplido.

Sin embargo, la sentencia debió analizar las comunicaciones de MEDIMAS y el informe de la Contraloría, para evidenciar que todo lo que MEDIMAS le advertía a IQ como incumplimiento, fue **lo que en últimas la Contraloría confirmó mediante sus hallazgos fiscales**, por lo que claramente las excepciones derivadas del negocio causal estaban llamadas a prosperar.

En efecto, el enero 21 de 2019, MEDIMAS remitió una comunicación a IQ donde le hizo evidenciar serías inconsistencias en la liquidación y exportación de las facturas, **generando un total de glosa sin aplicar**, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, por **DOS MIL SETECIENTOS SETENTA MILLONES CUATROSCIENTOS VEINTINUN MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (COP \$2.770'421.236)**, generando riesgos de pago por mayor valor o pagos dobles, de la siguiente forma:

“En el mes de noviembre de 2018 IQ evidenció facturas de contratos especiales las cuales fueron exportadas a PRESTAR, sin haber sido procesadas por el equipo de auditoría de la Dirección de auditoría de cuentas médicas de la EPS, lo cual generó las siguientes situaciones:

ESTADO	Q ESTADO EPS	Suma de VALOR FACT IQ	TOTAL GLOSA SIN APLICAR	RIESGO
CONTRIBUTIVO	1.662	32.844.660.076	2.770.421.236	Pago por mayor valor
SUBSIDIADO	206	16.859.441.034	859.942.552	Pagos doble y por mayor valor - Giro directo
Total general	1.662	32.844.660.076	2.770.421.236	

- *Facturas exportadas sin aplicación de glosas, lo que conllevó a mayores valores pagados.*

- Facturas exportadas con error en el régimen, generando **dobles pagos**, toda vez que las capitas del subsidiado son pagadas por giro directo y las del contributivo a partir de la cuenta por pagar.
- Facturas del régimen subsidiado exportadas, generando **dobles pagos**, el realizado por giro directo y el realizado a partir de la cuenta por pagar.” (Negrillas propias)

De igual manera el 8 de febrero de 2019, MEDIMAS insistió en las deficiencias e incumplimiento de IQ, donde le señaló las graves consecuencias que ello genera para el sistema de salud, al respecto me permito citar:

“Lo anterior debido a que el sistemático incumplimiento de las obligaciones por parte de la Unión Temporal ha conducido al cierre de servicios de la red de prestadores y múltiples desgastes administrativos para la EPS a nivel nacional.

Entre los incumplimientos más recurrentes que se presentan se debe resaltar la inobservancia en la calidad y oportunidad de los reportes de radicación, así como los estados de cuenta y de los detalles de cada servicio (sábanas).

*Adicional a lo anterior, es importante reiterar que **no existe certeza de las cuentas radicadas por las IPS y reportadas en el aplicativo**, pues muchas no registran en los datos reportados por la Unión Temporal, pero existe evidencia por parte de las diferentes IPS que si fueron debidamente radicadas para el trámite correspondiente.” (Negrillas fuera de texto)*

A pesar de lo anterior, IQ continuó con sus incumplimientos, por lo que el 14 de marzo de 2019, MEDIMAS **nuevamente le indicó a IQ que no estaba realizando en debida forma la auditoría a cuentas médicas**, y que ello tenía una consecuencia directa sobre el sistema de salud, al respecto se le indicó a IQ:

*“- IQ ha exportado 1999 facturas del contributivo que ascienden a la suma de **\$53.639 millones**, de los cuales se desconoce los criterios de auditoria que tuvo en cuenta IQ para el procesamiento y aprobación de las mismas.*

- *Fueron exportadas 30 facturas por \$627 millones que debían ser devueltas al prestador, por corresponder a dobles cobros e IPS sin certificación por parte de salud y operaciones para realizar la facturación per cápita, PGP o monto fijo.*
- *IQ ha exportado 293 facturas del subsidiado que ascienden a la suma de **\$24 mil millones**, de los cuales se desconoce los criterios de auditoría que tuvo en cuenta IQ para el procesamiento y aprobación de las mismas.*

- Fueron exportadas 8 facturas por \$63 millones que debían ser devueltas al prestador, por corresponder a doble facturación.

(...)

Los siguientes son los riesgos de esta acción:

- Facturas exportadas sin aplicación de glosas, lo que conlleva a **mayores valores pagados.**
- Facturas exportadas con error en el régimen, **generando dobles pagos, toda vez que las capitas del subsidiado son pagadas por giro directo por anticipado y las del contributivo a partir de la cuenta por pagar.**
- Facturas del régimen subsidiado exportadas, generando dobles pagos al realizado por giro directo y el realizado a partir de la cuenta por pagar.
- Falta de control en el proceso de cuentas médicas frente al seguimiento y auditoria de las facturas de contratos especiales.

(...)

- **Riesgo de NO recuperación por vía administrativa de mayores valores pagados, ejemplo Sociedad clínica Casanare, quienes no tienen un nuevo contrato y por lo cual NO cuenta con facturas para la aplicación de glosas pendientes.**” (Negrillas propias)

Dichas cartas de incumplimiento fueron recurrentes a lo largo de 2019, donde IQ **jamás corrió su conducta negligente y de incumplimiento**, justificando dichas falencias en los denominados a ANS, -cuando los ANS no abarcan aspectos de dobles pagos, pagos por servicios a pacientes fallecidos-, lo que devino en sendos hallazgos fiscales, **directamente relacionados con las auditorías y las facturas objeto de ejecución.**

Ahora bien, el fallo consideró que no había incumplimiento porque IQ respondió todos los requerimientos, porque la testigo Maria Isabel Reyes, hablo de que las respuestas de IQ señalaban que no incumplían que estaban dentro de los ANS y porque se hicieron mesas técnicas para corregir los errores, **cuando si se analizaban esas comunicaciones con los hallazgos de la Contraloría**, era palpable que las advertencias de MEDIMAS a IQ en la ejecución del Contrato si estaban sustentadas y fue por la negación de IQ y la omisión a ejecutar el Contrato en debida forma, que la Contraloría encontró **sendos hallazgos fiscales.**

En ese sentido, si IQ fue requerida a lo largo de la ejecución del Contrato por su pésima ejecución, tal como lo indican las documentales y los testimonios de MEDIMAS, **y si la falta de corrección o la negación de los incumplimientos de IQ** (como incluso lo sostuvieron

los testigos de IQ al negar los requerimientos de MEDIMAS por incumplimiento), devinieron en hallazgos fiscales gigantescos por parte de la Contraloría, es evidente que IQ no estaba prestando en debida forma los servicios y por ende debía abstenerse de expedir las facturas.

D. EL FALLO LE RESTO RELEVANCIA AL INFORME DE LA CONTRALORÍA QUE EVIDENCIABA LA PÉSIMA EJECUCIÓN DE IQ DEL CONTRATO – LA SENTENCIA DEBIÓ DECLARAR LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO DE NO CUMPLIDO.

De la mano con lo anterior, la sentencia debió tener por demostrada la excepción de contrato no cumplido, pues si MEDIMAS advirtió con sendas comunicaciones a IQ de que estaba realizando mal las auditorías y estaba generando dobles pagos o pagos injustificados y si se demostró que por esas mismas causas (y otras peores) la Contraloría realizó sendos hallazgos fiscales, **estaba más que probado que IQ incumplió el contrato y por ende debía prosperar la excepción de contrato no cumplido.**

En efecto, de un análisis del acervo probatorio no existe justificación alguna para el actuar de IQ y su incumplimiento si la Contraloría encontró pagos a prestadores por pacientes fallecidos o por pacientes no afiliados o por servicios previos a la existencia de MEDIMAS y cuando muchos de esos hallazgos contenían afirmaciones de la Contraloría como (Ver Página 110 del informe de auditoría de la Contraloría):

Lo anterior ocasionado por errores en el proceso de depuración, verificación, análisis, conciliación y supervisión, que debió realizar la auditoría técnica, administrativa y financiera de cuentas médicas a la facturación por servicios prestados de salud a los usuarios de Medimás EPS SAS, proveniente de los diferentes prestadores y proveedores a través de la contratación realizada con la Red contratada; así como inaplicación de la normatividad vigente. Lo anterior genera menoscabo a los recursos públicos del SGSSS utilizados para pagar servicios.

Nótese como la propia Contraloría en su informe **expresamente reprochó hallazgos fiscales millonarios por errores en la auditoría técnica administrativa y financiera de las cuentas médicas realizada a MEDIMAS**, entonces la pregunta es quién era el responsable de la auditoría de cuentas médicas o mejor ¿Quién realizaba la auditoría técnica, administrativa y financiera a las cuentas médicas de MEDIMAS? La respuesta es IQ conforme se evidencia en el Contrato su objeto y las obligaciones a cargo de la Demandante.

De hecho, el H. Juzgado debió observar **que todas las facturas tienen relación directa con los hallazgos fiscales de la Contraloría**, por lo que como podía MEDIMAS pagarle a un prestador si de manera paralela el ente de control hacía hallazgos de pagos a IPS por pacientes fallecidos, por pagos de medicamentos por encima de los precios regulados, por pagos por servicios a personas no afiliadas a MEDIMAS y una cantidad de aspectos, que eran objeto

de la auditoría de IQ y que devino en una debacle al erario, como paso a exponer en estas tablas:

Facturas del proceso 2019-00699-00:

Número de Factura	Valor	Concepto	Hallazgo de la Contraloría respecto a ese concepto
IQ 23210	\$179'084.969	Recepción y radicación cuentas médicas (<u>NO facturadas previamente</u>)	(i) Pagos por servicios médicos de pacientes fallecidos (Hallazgo 3), lo que de suyo evidencia falta de diligencia de IQ por no decir mala fe y la intención manifiesta de afectar los recursos de la salud. (ii) 460.116 casos imputables a las auditorías de IQ por autorizaciones con fecha posterior a la salida de servicios (Hallazgo 5). (iii) Pago de procedimientos médicos previos a la existencia de Medimas (Hallazgo 6).

			(iv) Pagos de servicios médicos por valor superior al previsto (Hallazgo 7). (v) Pagos de valores que superan el valor de la factura (Hallazgo 10). (vi) Pagos de servicios médicos a pacientes no afiliados a MEDIMAS (Hallazgo 12)
IQ 23211	\$1.239'571.389	Recepción y radicación cuentas médicas (<u>NO facturadas previamente</u>)	(i) Pagos por servicios médicos de pacientes fallecidos (Hallazgo 3), lo que de suyo evidencia falta de diligencia de IQ por no decir mala fe y la intención manifiesta de afectar los recursos de la salud. COP \$3.695'649.537 (Pág. 66)

			(ii) 460.116 casos imputables a las auditorías de IQ por autorizaciones con fecha posterior a la salida de servicios (Hallazgo 5). (iii) Pago de procedimientos médicos previos a la existencia de Medimas (Hallazgo 6). (iv) Pagos de medicamentos por valor superior al previsto en la regulación (Hallazgo 8). COP \$20.174.103.925 Página 97 (v) Pagos de facturas anuladas. (Hallazgo 9) COP \$509'256.000 Página 103 (vi) Pagos de valores que superan el
--	--	--	--

			valor de la factura (Hallazgo 10). COP \$51.508'474.398 Página 106 <u>DOBLES PAGOS.</u> (vii) Pagos de servicios médicos a pacientes no afiliados a MEDIMAS (Hallazgo 12) COP \$42.866.737.318 (IMPUTABLES A LA AUDITORIA DE IQ) Pág. 110
IQ 23124	\$14'499.600	Recobros para radicación	Gestión de recobros ADRES (Hallazgo 14) Recobros no presentados (Hallazgo 15) COP \$10.462'236.297 Página 136
IQ 23125	\$14'878.950	Recobros para radicación	Gestión de recobros ADRES (Hallazgo 14) Recobros no presentados (Hallazgo 15) COP \$10.462'236.297 Página 136

Facturas del proceso 2019-00624-00

Número de Factura	Valor	Concepto	Hallazgo de la Contraloría respecto a ese concepto.
IQ 22921	\$2.123'660.490	Cuentas médicas y auditoría integral no indica fecha de los periodos facturados.	(i) Pagos por servicios médicos de pacientes fallecidos (Hallazgo 3), lo que de suyo evidencia falta de diligencia de IQ por no decir mala fe y la intención manifiesta de afectar los recursos de la salud. (ii) 460.116 casos imputables a las auditorías de IQ por autorizaciones con fecha posterior a la salida de servicios (Hallazgo 5). (iii) Pago de procedimientos médicos previos a la existencia de Medimas (Hallazgo 6).

			(iv) Pagos de servicios médicos por valor superior al previsto (Hallazgo 7). (v) Pagos de valores que superan el valor de la factura (Hallazgo 10). (vi) Pagos de servicios médicos a pacientes no afiliados a MEDIMAS (Hallazgo 12)
IQ 22922	\$249'758.110	Cuentas médicas y auditoría integral no indica fecha de los periodos facturados.	(vii) Pagos por servicios médicos de pacientes fallecidos (Hallazgo 3), lo que de suyo evidencia falta de diligencia de IQ por no decir mala fe y la intención manifiesta de afectar los recursos de la salud. (viii) 460.116 casos imputables a las auditorías de IQ por autorizaciones con fecha

			posterior a la salida de servicios (Hallazgo 5). (ix) Pago de procedimientos médicos previos a la existencia de Medidas (Hallazgo 6). (x) Pagos de servicios médicos por valor superior al previsto (Hallazgo 7). (xi) Pagos de valores que superan el valor de la factura (Hallazgo 10). (xii) Pagos de servicios médicos a pacientes no afiliados a MEDIMAS (Hallazgo 12)
IQ 22927	\$14.503.815	Recobros entregados para radicación	Gestión de recobros ADRES (Hallazgo 14) Recobros no presentados (Hallazgo 15)

			COP \$10.462'236.297 Página 136
IQ 22928	\$10.187.655	Recobros entregados para radicación	Gestión de recobros ADRES (Hallazgo 14) Recobros no presentados (Hallazgo 15) COP \$10.462'236.297 Página 136

Conforme lo anterior, **¿Cómo podía MEDIMAS pagar las facturas relacionadas con la auditoría integral de cuentas médicas de IQ, si al mismo tiempo la Contraloría estaba ejerciendo vigilancia sobre esas cuentas médicas, con hallazgos millonarios que no sean cerrado?**

A pesar de esa evidencia y de hallazgos tan vergonzosos como pagos por pacientes fallecidos o no afiliados, entre otros, imputables **directamente a la auditoría técnica, administrativa y financiera de las cuentas médicas**, -tal como lo señaló la Contraloría, al punto que la información del informe de la Contraloría provino principalmente de IQ-, la sentencia consideró que los hallazgos de dicho ente no eran prueba del incumplimiento de IQ porque: (i) Los hallazgos no habían sido objeto de condena de responsabilidad fiscal; (ii) porque IQ dio explicación a dichos hallazgos; (iii) porque MEDIMAS ejerció la defensa contra los hallazgos; (v) porque el representante legal de MEDIMAS confesó no estar de acuerdo con los hallazgos de la Contraloría.

Respetuosamente, debo indicar que el Juzgado le restó la importancia merecida a los hallazgos de la Contraloría, pues esa era la prueba **directa y necesaria** del incumplimiento de MEDIMAS por lo siguiente:

- (i) En el proceso obran pruebas que durante la ejecución del contrato MEDIMAS le reprochó en diversas oportunidades a IQ la forma en que realizaba las auditorías, lo cual podía generar dobles pagos y afectaciones a los recursos de la salud.
- (ii) A dichas comunicaciones IQ le respondía a MEDIMAS que hacía las cosas en debida forma, que los errores estaban dentro de los ANS y que había fallas en algunas plataformas de MEDIMAS, es decir IQ **negaba el incumplimiento y no tomaba correctivos**, al punto que a hoy sus funcionarios con hallazgos fiscales y demás sostienen que las auditorías no tuvieron fallas más allá de los ANS (ver testigos de IQ).

- (iii) Las advertencias de MEDIMAS en sus comunicaciones **se convirtieron en realidad** y en diciembre de 2019 la Contraloría hizo un extenso informe de auditoría donde la mayoría de los hallazgos fiscales corresponden a reproches en las labores de auditoría realizada por IQ, donde destaco lo siguientes hallazgos
- a) Pagos por servicios médicos **de pacientes fallecidos** (Hallazgo 3), lo que de suyo evidencia falta de diligencia de IQ por no decir mala fe y la intención manifiesta de afectar los recursos de la salud.
 - b) 460.116 casos imputables a las auditorías de IQ por autorizaciones con fecha posterior a la salida de servicios (Hallazgo 5).
 - c) Pago de procedimientos médicos previos a la existencia de Medimas (Hallazgo 6).
 - d) Pagos de servicios médicos por valor superior al previsto (Hallazgo 7).
 - e) Pagos de servicios médicos a no afiliados (Hallazgo 12).
 - f) Gestión de recobros al ADRES (Hallazgo 14).

Esos hallazgos **directamente relacionados con la ejecución del Contrato de IQ**, son la prueba de que la ejecución de IQ fue deficiente, pues tal como lo advirtió MEDIMAS la forma en la IQ estaba desarrollando las auditorías no daban certeza de la información y de las cuentas auditadas y podían devenir en pagos indebidos a las IPS, lo cual fue precisamente lo que ocurrió y lo **que encontró la Contraloría**, aspecto que según la sentencia no acredita un incumplimiento contractual porque MEDIMAS no está de acuerdo con los hallazgos o porque ejerce su defensa dentro del proceso de responsabilidad fiscal, lo cual respetuosamente ignora el problema central del informe y es que los hallazgos tuvieron como origen **errores en la auditoría de cuentas a cargo de IQ**, lo cual en últimas se traduce en un incumplimiento contractual.

Con base en ello, si se probó en el proceso que:

- (i) MEDIMAS le advertía a IQ que estaba incurriendo en errores que no solo constituían un incumplimiento, sino que podían generar detrimento de recursos de la salud por pagos indebidos a los prestadores de salud.
- (ii) IQ respondía a los incumplimientos señalando que no eran su error, que estaban dentro de los Acuerdos de Nivel de Servicio.

- (iii) La Contraloría **expresamente señaló que varios de los hallazgos son por una deficiente auditoría a las cuentas médicas a MEDIMAS**, auditoría de cuentas que para el caso concreto realizaba IQ y que guardan relación con el servicio prestado por esa compañía y los conceptos facturados.

Estaba más que probado que IQ no ejecutó el contrato en debida forma, cuyas obligaciones eran las de validar las bases de datos y tomar todas las medidas necesarias para evitar pagos injustificados, entre otras, por lo que claramente la excepción de contrato no cumplido debía prosperar y no se le podía exigir el pago a MEDIMAS de unas facturas por unos servicios no solo deficientes, sino que ahora tienen a la EPS envuelta en un proceso de responsabilidad fiscal por sendos hallazgos a los recursos de la salud que ni IQ, ni respetuosamente, la sentencia pueden ignorar.

Por lo anterior, la sentencia debe ser revocada y las excepciones derivadas del negocio causal entre MEDIMAS y la Demandante deben ser declaradas probadas.

III. SOLICITUD

En virtud a lo expuesto en este escrito solicito:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia del 17 de junio de 2021, proferida por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: En consecuencia, PONER FIN al proceso y levantar las medidas cautelares decretadas.

Subsidiaria a la Segunda: En subsidio solicito, PONER FIN a la ejecución respecto de las Facturas IQ22921, IQ22922, IQ22925, IQ22926.

TERCERO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la Demandante.

IV. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones a los correos dllopezz64@hotmail.com y notificacionesjudiciales@medimas.com.co

Atentamente,



JUAN SEBASTIÁN LOMBANA SIERRA
C.C. 11.233.717 de La Calera
T.P. 161.893 del C.S.J.

Honorable Magistrada
ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
SALA CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
E. S. D.

REFERENCIA:	APELACIÓN SENTENCIA. PROCESO VERBAL.
DEMANDANTES:	CENIA MARÍA GUATIBONZA VALDERRAMA, LEONOR GUATIBONZA VALDERRAMA, NELSON ENRIQUE GUATIBONZA VALDERRAMA y SANDRA YANETH RAYO CORTES.
DEMANDADOS:	WILLIAM MIGUEL RAMOS GUTIÉRREZ y MARIA ELENA TORRES TORRES.
RADICADO:	11001 31 03 038 2019 00300 02.
ASUNTO:	SUSTENTACIÓN APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Honorable Magistrada:

MARIO ALEXANDER PEÑA CORTES, obrando en mi calidad de apoderado especial de parte demandante en el proceso de la referencia, respetuosamente me dirijo a su Despacho, dentro del término legal correspondiente, para sustentar el recurso de apelación parcial concedido en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38 civil del circuito de Bogotá el pasado 26 de agosto de 2021, bajo los siguientes argumentos y manifestaciones:

OBJETO DEL RECURSO:

El presente recurso de apelación en contra de la sentencia proferida dentro proceso verbal de la referencia de conformidad con el artículo 320 del C.G.P. tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida y se restringe únicamente a que:

- 1.- Se revoquen los numerales PRIMERO, SEGUNDO, SEPTIMO de la providencia.
- 2.- Se reformen los numerales CUARTO Y QUINTO de la sentencia.

De la lectura de la sentencia se puede evidenciar que su Despacho en los referidos numerales se aparta del material probatorio recaudado en el trámite del proceso, de las normas y jurisprudencia aplicables al presente caso, por las siguientes razones:

PRIMERO: Mi representada LEONOR GUATIBONZA VALDERRAMA tiene legitimación en la causa por activa dentro del proceso.

Tal como se deduce del material probatorio recaudado dentro del proceso la señora **LEONOR GUATIBONZA VALDERRAMA**, fue propietaria de una cuota parte sobre el inmueble ubicado en la carrera 72 A No. 66 – 21 (dirección catastral carrera 72 A No. 66 – 23) de la ciudad de Bogotá D.C. durante el periodo de tiempo comprendido entre el 18 de mayo de 2016, por compra efectuada a través de la Escritura No 610 de la Notaria Única de Funza hasta el día 3 de septiembre de 2018 día en el que vendió su cuota parte a través de la Escritura No 706 de la Notaria Única de Funza.

Dentro de este contexto, y tal como se prueba en todos los medios documentales obrantes en el expediente, se evidencia que las obras de demolición se iniciaron en el mes de noviembre de 2015, posteriormente en el mes de enero de 2016, se inició la construcción del edificio de seis pisos de altura y a finales del año 2017 culmina el proceso constructivo.

Al respecto obsérvese que la historia constructiva de la edificación es claramente descrita en el expediente de infracción urbanística adelantado por la Alcaldía Local de Engativa, en el cual se puede constatar el proceso de construcción, denotándose que para el mes de mayo de 2016 ya se encontraba construida la estructura del edificio en su totalidad.

De tal forma que independientemente de la venta de su cuota parte en el mes de septiembre de 2018, las señora **LEONOR GUATIBONZA VALDERRAMA** sufrió los efectos dañinos ocasionados por

la construcción realizada, tanto así, que en el “ESTUDIO DE PATOLOGÍA A LA VIVIENDA DE LA CARRERA 72a No. 66-21 LOCALIDAD DE ENGATIVA EN BOGOTÁ D.C.” rendido por el Ingeniero patólogo **HÉCTOR ALFONSO CORREDOR VALDERRAMA** en febrero de 2018, el cual obra en el expediente en 64 folios, un (1) CD y cinco planos, para esa fecha ya se evidenciaban los daños en el inmueble que era de su propiedad y ella se vio directamente afectada por la construcción realizada por los aquí demandados. Situación que es ratificada en los interrogatorios y testimonios recibidos en el trámite del proceso, así como es evidenciado en el dictamen pericial rendido.

Ahora bien, frente a los daños morales se evidencia que ella sufrió directamente en su calidad de propietaria de su cuota parte, como también en su calidad de hija de la actual dueña de la cuota parte, en tal sentido en cualquiera de estos dos escenarios se vio afectada en su ser por lo vivido por su familia en el proceso de deterioro de la casa, tanto así, que su señora madre y hermano actualmente viven con ella, ante la imposibilidad de seguir ocupando el predio afectado por los demandados.

Finalmente resulta de suma importancia que al momento de la realización de la conciliación como prerequisite para acudir a la jurisdicción ella tenía ostentaba la condición de propietaria de una cuota parte sobre el predio, y en tal razón, se procedió a presentar la demanda entre las mismas partes que intervinieron en la diligencia adelantada, tal y como consta en la Constancia No. 21426 de fecha veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018), expedida por el Centro de conciliación extrajudicial en derecho en materia civil y comercial de la Procuraduría General de la Nación.

En consecuencia, de lo todo anterior resulta procedente se revoken totalmente los numerales PRIMERO y SEGUNDO, y, adicionar los numerales CUARTO Y QUINTO de la sentencia de primera instancia, en sentido que se incluya a la demandante **LEONOR GUATIBONZA VALDERRAMA**, para todos los efectos, dentro de las personas a quienes se les debe indemnizar los perjuicios causados.

SEGUNDO: Dentro del trámite del proceso se probó y demostró los todos los perjuicios materiales, en las modalidades de lucro cesante y daño emergente, y, los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales causados por los demandados.

Sea lo primero manifestar que tal y como lo manifiesta la señora Juez en su sentencia, y frente a lo cual no se está en desacuerdo y no es objeto del presente recurso, se encuentra debidamente probado en el proceso los elementos de la responsabilidad extracontractual por el ejercicio de la actividad peligrosa de la construcción a cargo de los demandados:

“De conformidad con el dictamen pericial y las pruebas recaudadas, es claro que el hecho de la demolición y la construcción se constituyó en causa preponderante para la producción del daño alegado por los demandantes y la consecuente aparición de los perjuicios irrogados, pues con dicha actividad cambiaron las condiciones en que se encontraba el inmueble de los demandantes, causándole deterioro y por tanto desuso e inhabilitación, dado el riesgo de colapso que presenta.

Agréguese a lo anterior que solo se había concedido licencia de construcción para 4 pisos, sin embargo los demandados en contravención a lo aprobado, levantaron 6 pisos, con el consecuente mayor asentamiento que esto genera por el aumento del peso en la construcción y el mayor hundimiento y afectación del inmueble de los demandantes, sumado a que toda construcción nueva según la norma de sismo resistencia antes citada, debe tener una franja de aislamiento de acuerdo a la altura, la cual fue flagrantemente desconocida por los demandados, tal como obra en las pruebas y lo reafirmó el perito, la construcción se hizo desde el lindero, razones más que suficientes para tener por probado el daño causado en cabeza de los demandados.

Sin embargo, el reparo concreto en contra de lo determinado en la sentencia se encuentra en la tasación y condena de los perjuicios efectuada en la providencia, en las consideraciones:

“Ahora frente a los perjuicios causados, habrá de condenarse a la parte demandada por los conceptos de daño emergente, en lo referente a lo solicitado para efectuar las reparaciones en el inmueble de los demandantes; por la suma pedida para el trámite de la

licencia de construcción y por los gastos cancelados por la parte actora, pero únicamente en suma de \$6.018.425.00 por el estudio de patología efectuado en el inmueble, por ser el único pago que aparece acreditado en el escrito de demanda”.

Y en la parte resolutive en los siguientes términos:

“QUINTO: CONDENAR a los demandados WILLIAM MIGUEL RAMOS GUTIERREZ y MARIA ELENA TORRES TORRES, a pagar de forma solidaria y a favor de los demandantes CENIA MARÍA GUATIBONZA VALDERRAMA, NELSON ENRIQUE GUATIBONZA VALDERRAMA y SANDRA YANETH RAYO CORTÉS, la suma de \$72.844.108.00 por concepto de daño emergente consistente en las reparaciones necesarias para el predio de propiedad de los demandantes; \$2.000.000.00 como daño emergente para el trámite de la licencia de construcción y \$6.018.425.00 como daño emergente por el estudio de patología efectuado sobre el inmueble de la parte actora, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia más sus intereses legales del 0.5% mensual a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta cuando efectivamente se realice el pago”.

Y la razón de desacuerdo es que se rompe el principio de congruencia entre lo solicitado en la demanda y lo condenado en la sentencia, toda vez que claramente se expresó por el suscrito en la pretensión segunda del escrito de la demanda que:

“Indemnización de perjuicios que se tasa de la siguiente forma, bajo JURAMENTO ESTIMATORIO, de acuerdo a lo ordenado por el Artículo 206 del Código General del Proceso. La tasación razonable es la siguiente, sin renunciar a los valores que se causen a futuro y/o que se prueben en el trámite del proceso verbal” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Y en tal sentido, en el dictamen pericial decretado de oficio y que obra en el expediente claramente se prueba claramente que a la fecha, el daño actual material del predio ha aumentado y por ello expresamente el perito tasa como valor total del proyecto referido a las reparaciones necesarias la suma de \$98.595.039:

COSTO DIRECTO	\$ 68.043.505
ADMINISTRACIÓN	\$ 13.608.701
IMPREVISTOS 3%	\$ 2.041.305
UTILIDAD 10%	\$ 6.804.351
IVA SOBRE UTILIDAD 19%	\$ 1.292.827
INTERVENTORÍA 10%	\$ 6.804.351
VALOR TOTAL DEL PROYECTO	\$ 98.595.039

No se entiende como en la sentencia se tasa la suma de \$72.844.108.00 por concepto de daño emergente consistente en las reparaciones necesarias para el predio de propiedad de los demandantes, en contravía de lo establecido por la persona especialista en la materia.

De la misma forma, en la sentencia se tasa la suma de \$2.000.000.00 como daño emergente para el trámite de la licencia de construcción, en contravía de lo manifestado por el mismo perito en la diligencia de instrucción y juzgamiento, toda vez que se le preguntó el valor aproximado de la licencia para efectuar las referidas reparaciones, a lo cual contestó que el valor era entre \$4.000.000 y 5.000.000 de pesos, y en respuesta posterior afirmó que ese valor no estaba incluido entre el valor total del proyecto o de reparaciones necesarias. Adicionalmente, en la sentencia no se tuvo en cuenta que el perito en sus respuestas en la referida diligencia determinó que debía adicionarse el valor de un estudio y/o consultoría de diseño para el desarrollo del protejo que costaba alrededor de \$10.000.000 a \$15.000.000.

De tal forma, que se probó en debida forma unas sumas mayores a las condenadas en la sentencia por concepto del valor de las reparaciones necesarias o daño material. En consecuencia, de lo anterior resulta procedente se modifiquen el numerales QUINTO, en sentido que se adicionen los valores debidamente probados dentro del proceso de la referencia a los establecidos por el perito especialista en la materia.

Finalmente, en la sentencia objeto del presente recurso, se niegan las condenas pretendidas por concepto de Perjuicio materiales o patrimoniales, por concepto de daño emergente, correspondiente a los cánones de arrendamiento que se causen por el traslado de la madre de mis representados a otro predio, mientras se realizan las reparaciones al predio de propiedad de mis representados, que de acuerdo al dictamen pericial se pueden desarrollar en noventa (90) días, la suma de **DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$2.400.000.00)**; por concepto de Lucro cesante, correspondiente a los cánones de arrendamiento que dejaran de percibir por mis representados, a razón de la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.500.000.00)** mensuales; y , por concepto de perjuicios morales que se encuentran plenamente demostrados en los interrogatorios rendidos, así como en los testimonios recaudados en el trámite del proceso, evidenciándose que se probó en debida forma su causación y su relación directa con la construcción del edificio contiguo al predio de mis representados.

Por lo anterior, se acceda a la totalidad de las pretensiones realizadas en la demanda y se revoque el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia.

PETICIÓN

Que se revise el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 38 civil del circuito de Bogotá el pasado 26 de agosto de 2021 y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones solicitadas en el escrito de la demanda y se nieguen las excepciones propuestas por la parte demandada, y en particular:

- 1.- Se revoquen los numerales PRIMERO, SEGUNDO, SEPTIMO de la providencia.
- 2.- Se reformen los numerales CUARTO Y QUINTO de la sentencia en las condiciones descritas a través del presente escrito.

De la Honorable Magistrada,



MARIO ALEXANDER PEÑA CORTES

C.C. No. 79.952.591 de Bogotá D.C.

T.P. No. 143.762 del Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado
Dr. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
E. S. D.

RADICADO: 11001319900120207108501
ORIGEN: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
REFERENCIA : ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR No. 2020 – 471085
DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA QUINTERO GONZALEZ Y OTROS
DEMANDADA : CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.
ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN

LILIANA CAROLINA SIMBAQUEVA RODRIGUEZ, mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.026.265.413, expedida en la ciudad de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 268.580 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderada judicial de **LOS DEMANDANTES**, por medio del presente escrito me permito hacer uso de los términos conferidos para sustentar recurso de apelación de la decisión en contra proferida en audiencia pública celebrada virtualmente el día 13 de agosto de 2021, haciéndolo en los siguientes términos:

La decisión proferida por el Superintendente delegado para asunto jurisdiccionales en donde es una sentencia anticipada adoptando la postura de falta legitimación en la causa por activa, debido a que en materia de reclamación sobre bienes comunes bajo el marco de las garantías, mis representados no cuentan con la facultad para demandar, según con lo establecido en el Art. 51 del Ley 645 de 2001 y la ley 1480 de 2011 fundamentos de derecho del despacho de conocimiento frente del porque a su decisión; sin embargo se resalta que con dicho fallo se estaría vulnerado derechos fundamentales y humanos, debido a que la situación jurídica de **EVA PUNTA ARENA GIRARDOT** en cuanto administración definitiva no se logró sustentar ni probar en debida en forma, debido a que tal circunstancia de legitimación en la causa para el caso en concreto no se tipifica debido a que actualmente la propiedad horizontal NO cuenta con administración definitiva, está en modalidad

provisional es decir a cargo del propietario inicial, que es el mismo constructor demandado en el presente asunto, razón por la cual ante los múltiples incumplimientos y vulneraciones de derechos en cabeza de **CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA SAS**, los demandantes promueven la acción de protección del consumidor.

La omisión del Superintendente delegado para asuntos jurisdiccionales en su sentencia anticipada se da debido a que cuando se interpuso la presente acción de protección al consumidor por parte de mis representados, se promueve en el marco de estar en un vacío jurídico de la propiedad horizontal toda vez que no existía una administración definitiva por falta del porcentaje que se requiere para ejercer esa calidad y estaba en proceso de sanearse dicha situación ante Secretaria de Gobierno de Girardot, como finalmente se acredita en la respectiva Resolución aportada dentro de la contestación de la demanda donde se puede evidenciar que quien viene ejerciendo la administración en modalidad provisional es el propietario inicial es decir el constructor aquí demandado.

Ahora bien, al entrar al revisar los presupuestos que contempla la Ley 675 de 2001, nos encontramos que la facultad que tiene el administrador definitivo es la que le permite hacer la reclamación sobre bienes comunes bajo el marco de las garantías, pero para el caso en concreto estamos ante el panorama que la calidad que tiene el administrador actualmente es de provisional debido a que no se ha ejecutado el 51% de la enajenación de las unidades inmobiliarias para poder constituir una administración definitiva, es así que también existe un vacío jurídico frente a esta circunstancia debido a que actualmente la copropiedad está en calidad de administración provisional y no se le podría indilgar un tratamiento procesal como si se tratase de una administración definitiva y más aun cuando hay responsabilidades directas a esta figura, circunstancias que son algo diferentes para una administración provisional que se ha venido ejerciendo de manera irregular por el propietario inicial que a su vez es el constructor.

Al revisar el Art. 52 de la Ley 675 de 2011 que establece como se constituye la administración provisional y en donde contempla que dicha labor se da por el propietario inicial bien sea directamente o contratando a un tercero, en ese orden de ideas y teniendo en cuenta los argumentos del Superintendente delegando donde surge el gran interrogante ¿el mismo propietario inicial que es el constructor o su tercero contratado tendría que haber interpuesto la acción en su contra a pesar de que los incumplimientos los encabeza el mismo?

Se podría determinar que esa regla general de que el administrador es quien debe ejecutar la labor y la defensa de los intereses de los comuneros, en especial en aras de reclamar sobre la garantía de las áreas comunes y demás, pero sería propio si esta función la ejerciera ya una administración definitiva, finalmente la elección de esa administración definitiva tuvo que haber estado sometida a los conductos regulares contemplados en esa Ley 675 para fines de representación de mayorías, pero en nuestro escenario no tendría sentido que el propietario inicial que es el constructor y administrador provisional asuma un tema de acción de protección al consumidor cuando desde un comienzo las responsabilidades y obligaciones se han venido incumpliendo por parte del mismo constructor y según lo manifestado por el despacho sería quien debería haber promovido la demanda.

De igual manera es oportuno en indicar que desde un principio los actuantes de **CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.** no han sido lo más idóneo, el modus operandi de sus incumplimientos se han visto reflejados en torno al proyecto inmobiliarios en todos los escenarios como servicios públicos, enajenación, terminación áreas comunes, restauraciones por daños estructurales, mantenimiento, vigilancia, entre otros, es así que el tema de la administración no es ajeno a esta serie de incumplimientos, pues de manera fraudulenta inicialmente el constructor había solicitado un reconocimiento de una administración definitiva sin que esta existiera por la falta de la enajenación contemplada para dichos fines y aunque se le hizo el requerimiento en más de una oportunidad tanto por mi representados como por la misma Secretaria de Gobierno de Girardot, quien vino a sanear el tema y a pesar de no tener la calidad, fueron algunos de mis representados mediante la suscrita que fue quien allego lo que se requería para demostrar del porqué de una administración provisional, logrando que mediante acto administrativo quedara la administración de manera provisional, estos hechos dieron ocurrencia con posterioridad a la promoción de la presente acción de protección del consumidor.

Actualmente esa figura de provisionalidad opera de manera irregular en cuanto hay una coadministración con terceros que son de igual manera copropietarios, sin que haya existido una presentación formal del que supuestamente esta haciendo las veces de administrador provisional nombrado por el constructor, es así como los canales de comunicación tanto con la constructora como con el supuestos administrador provisional son inexistentes.

Frente a la interpretación del Estatuto del Consumidor, y el vacío jurídico que se expone previamente respecto de la administración provisional, el operador judicial debió de igual manera hacer uso del principio de favorabilidad al consumidor, como se consagra en el Art. 4 inciso 3 de dicho estatuto, donde textualmente cita:

Ley 1480 de 2011, Art. 4: "...Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor..."

Estamos ante un panorama de una serie de incumplimientos contractuales, falta de calidad e idoneidad del proyecto inmobiliario denominado EVA PUNTA ARENA GIRARDOT, donde debería primar el interés general sobre el particular, además que estamos a puertas de una vulneración de derechos fundamentales como lo son a una vivienda digna y acceso a servicios básicos fundamentales, ambos derechos consagrados y protegidos por nuestra constitución política colombiana.

Su señoría, es importante de igual manera que se tenga en cuenta que evidentemente este escenario de reclamación por incumplimiento de la garantía y demás temas contractuales se logra demostrar con las pruebas aportadas y las declaraciones de mis representados, es decir hay un daño directo por responsabilidad de **CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.**, además que con los incumplimientos que ha venido incurriendo la demandada no solo afecta a temas accesorios que hacen parte del proyecto inmobiliario, sino que esos incumplimientos está afectando directamente a la vida de mis representados en el simple de hecho de no tener servicios públicos básicos fundamentales, pues al no tener normalizado el servicio, mis prohijados constantemente están expuestos a cortes tanto de agua y luz.

Se resalta la importante de la vivienda digna y esta como se ha visto afectada por los incumplimientos contractuales de **CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S.**, según lo resalta la Corte Constitucional en la Sentencia T 327 de 2018:

"...En síntesis, la jurisprudencia constitucional determina que el concepto de vivienda digna implica que las personas habiten un lugar propio o ajeno que posibilite el desarrollo de su vida dentro de condiciones mínimas de dignidad y seguridad. En ese sentido, una "vivienda digna" debe contar con las condiciones adecuadas para no poner en peligro la vida e integridad física de sus ocupantes. Así mismo, esta Corte

establece que cuando esté en discusión el derecho a la vivienda de sujetos de especial protección constitucional o en situación de vulnerabilidad (incluida la socioeconómica), las autoridades competentes deben tomar las medidas alternativas que sean menos gravosas para estos y, en todo caso, procurar soluciones provisionales o definitivas de vivienda." (negrilla resaltada fuera del extracto jurisprudencial)

La falta de calidad e idoneidad del proyecto **EVA PUNTA ARENA GIRARDOT** salta a la luz como principal detonante que atenta contra una vivienda digna; las diferentes entidades como Secretaria de Gobierno, Secretaria de Salud, Personería Municipal han exteriorizado todas la falencias del proyecto, de igual manera el desacato de órdenes judiciales vía tutela debido a que no se han cumplido en cuanto a la prestación de servicios públicos básicos necesarios; a la presentación de este recurso ni siquiera se cuenta con un certificado de habitabilidad, trámite que debió hacer el constructor para llenar un mínimo de requisitos para que las personas puedan residir de manera digna y segura.

De igual manera al tratarse de derechos fundamentales, el estado es el principal actor en que se respete, proteja y garantice el goce efectivo del derecho, es especial de sujetos de protección especial como son mis representados los cuales son población de tercera edad, y niños. Respecto a la vulneración de derechos humanos, se enmarca una violación a los Artículos 1, 3, 5 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos si se pretende dejar la decisión en firme, previo de revisar la situación que sustenta el presente recurso.

Esta serie de incumplimientos y obligaciones que vulneran derechos de toda índole, son de igual manera el resultado de la ausencia de un precedente judicial que obligue al sector de la construcción a responder de manera eficiente y eficaz ante los usuarios que de buena fe están comprando vivienda y si bien es cierto algunos de mis representados tenían destinado el uso del proyecto con fines de lugar de descanso y veraneo, no es menos cierto que por otra partes de mis representados que con múltiples esfuerzos compraron para poder vivir y disfrutar de su vejez de manera digna sin tener que pasar necesidades que ningún ser humano debería tolerar como el de no tener agua, vivir con la zozobra que van a cortar el servicio de la luz, abstenerse de usar el asesor con temor a que este no funciones en debida forma y se queden encerrados, de tener un apartamento comprado pero sin escrituras o el simple hecho de disfrutar de una piscina para fines recreativos, sin contar el detrimento patrimonial que se están viendo sometidos.

Es así como todas estos incumplimientos promovidos en el escrito de la demanda y que sustentan en el presente recurso y que afectan al "consumidor", estarían normalizando las conductas de las constructoras que de manera irregular ofertan proyectos inmobiliarios, los cuales carecen de requisitos mínimos de funcionabilidad, generando un alto riesgo inclusive con la misma vida de las personas, como lo fue en su momento el proyecto inmobiliario SPACE en Medellín, es por eso que dejar la decisión en firme, generaría una impunidad y ningún carácter vinculante judicial y/o sancionatorio para que entre a responder la demandada, dejando seriamente afectados a todos y cada uno de los compradores de buena fe en ese proyecto inmobiliario.

Así las cosas, su señoría, me permito solicitar se sirva revocar la decisión de primera instancia como consecuencia de vulneración de derechos fundamentales de los demandantes y que previamente se sustenta en debida forma.

Cordialmente,



LILIANA CAROLINA SIMBAQUEVA RODRIGUEZ
CC No. 1.026.265.413 DE BOGOTÁ
TP No. 268.580 C.S.J.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA 017 CIVIL

Ciudad

Demandante: SANDRA PATRICIA RAMÍREZ CRUZ
Demandado: COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.
Proceso: Apelación
Radicado Tribunal Superior: 11001319900320200140501

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

JOAQUÍN ANTONIO GARZÓN VARGAS, identificada con cédula de ciudadanía número 1.016.011.881 y tarjeta profesional número 253.809 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada judicial de la señora SANDRA PATRICIA RAMÍREZ CRUZ, en aplicación del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 me permito **sustentar el recurso de apelación** presentado contra la sentencia proferida en audiencia del 20 de agosto de 2021 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de la oportunidad adecuada para este efecto, en los siguientes términos:

I. SOLICITUDES

Primera. Que, en el trámite de la segunda instancia, se practiquen las pruebas que fueron decretadas en primera instancia por la Delegatura pero que **nunca** se allegaron al expediente, impidiendo que hubiera un análisis adecuado por parte de la Delegatura para las Funciones Jurisdiccionales de los hechos relevantes sobre el caso bajo estudio.

Segunda. Que se revoque íntegramente la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del proceso identificado con el radicado 2020135316, y, en su lugar, se

condene a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. al pago completo de los valores asegurados de los amparos de incapacidad total y permanente para las Pólizas Davida Integral No. 5116881 y No. 2511317, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre esos valores y a los daños antijurídicos causados a mi representada.

Tercera. Que se condene en costas y agencias en derecho a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.

II. PROBLEMA JURÍDICO

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales en audiencia del 20 de agosto de 2021 negó las pretensiones de la demanda presentada en el proceso de la referencia argumentando que supuestamente no se probó la existencia del siniestro incapacidad total y permanente en cabeza de la señora SANDRA PATRICIA RAMÍREZ CRUZ, situación que haría exigible el pago del valor asegurado bajo las Pólizas Davida Integral No. 5116881 y No. 2511317 expedidas SEGUROS BOLÍVAR (las que se encuentran vigentes al día de hoy).

La Delegatura no encontró probado que la señora SANDRA PATRICIA RAMÍREZ CRUZ sufre una incapacidad total y permanente a pesar de padecer desde el 2017 el más agresivo de los tipos de cáncer de mama con metástasis ganglionar en el brazo izquierdo y una nueva metástasis en las tiroides que se encuentra con alta probabilidad de malignidad. Con tratamientos ininterrumpidos, desde hace más de tres años y medio, de radioterapia, quimioterapias y agresivos medicamentos que han deteriorado su cuerpo al punto de dificultar la realización de las más cotidianas tareas y, naturalmente, han hecho prácticamente imposible el trabajo autónomo.

III. ERRORES DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales incurrió en cuatro grandes errores en la valoración de las pruebas y en los argumentos jurídicos con los que resolvió la controversia en primera instancia, errores que imponen la revocatoria de la sentencia inicial y el posterior reconocimiento de las pretensiones en los términos de la demanda, como pasa a explicarse.

- **PRIMERO: Sobre la incompleta integración del acervo probatorio**

En la audiencia del 21 de junio de 2021 se decretaron, entre otras pruebas, el oficio dirigido a la EPS Sanitas para que allegara al proceso *“los estudios, exámenes, tratamientos, valoraciones y/o calificaciones realizados y/o autorizados a la señora SANDRA PATRICIA RAMÍREZ CRUZ identificada con cédula de ciudadanía 52.300.304, desde el año 2017 a la fecha y, REMITA la relación de las incapacidades reconocidas por dicha entidad”* (requerimiento enviado directamente de la Delegatura de las Funciones Jurisdiccionales a la EPS Sanitas el 25 de junio de 2021 - Derivad 025 del expediente digital).

Como consta en el proceso, la EPS SANITAS respondió parcialmente el 6 de julio de 2021 al requerimiento de información de la Delegatura enviando sólo una **parte** de la historia médica de la señora SANDRA RAMÍREZ y aduciendo que sólo tenía custodia de la historia médica que reposa en tres centro asistenciales (IPS):

- EPS SANITAS CENTRO MÉDICO ZONA IN LOCAL
- EPS SANITAS CENTRO MÉDICO CASTELLANA
- EPS SANITAS CENTRO MÉDICO ESPECIALISTAS AUTOPISTA NORTE

No obstante, señaló EPS SANITAS que no tenía la custodia de la historia clínica que reposaba en otras cuatro IPS en las que también se había tratado médicamente a la señora SANDRA RAMÍREZ:

- Clínica Infantil Santa María del Lago
- Clínica Universitaria Colombia
- Dr. Gustavo Hernando Castro
- Clínica Campo Abierto

Así mismo, **omitió la EPS SANITAS enviar la relación de incapacidades completa desde el 2017 al día de la petición** para el caso de la señora RAMÍREZ CRUZ, documento de vital importancia para el proceso.

Aunque oportunamente se envió por parte de este apoderado una comunicación el 22 de julio de 2021 (como se revela en el consecutivo 40 del expediente digital) al proceso para que la Delegatura insistiera en su oficio a la EPS SANITAS, teniendo en cuenta la relevancia de las solicitudes de información adicionales a las otras IPS y de obtener la relación de incapacidades, dichas solicitudes de información nunca se hicieron y, a pesar de ser una prueba decretada, **quedó incompletamente practicada** lo que, como se verá en el siguiente punto, afectó gravemente la valoración del estado de salud de la demandante, que es el problema jurídico central de este caso.

Ahora bien, es importante poner de presente que aún en su versión incompleta la historia médica que actualmente reposa en el expediente contiene más de trescientas (300) páginas sobre la deteriorada situación de salud de la actora.

- **SEGUNDO: Sobre la equivocada ponderación de los testimonios médicos y las historias médicas**

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales decretó como prueba el testimonio de dos de los médicos tratantes de la señora SANDRA RAMÍREZ. Se trató de los oncólogos Hernán Carranza y María Claudia Ramírez. A partir de estos dos testimonios quedó acreditado lo siguiente:

- a. Se diagnosticó un cáncer de mama en su agresividad máxima para este tipo de cánceres desde el año 2017.
- b. Para combatir dicho cáncer, se trató a la señora SANDRA RAMÍREZ con sendas rondas de radioterapia y quimioterapia.
- c. Igualmente la señora RAMÍREZ recibió otros medicamentos incluyendo supresores hormonales para lograr vencer esta grave enfermedad.
- d. La demanda fue sometida a una cirugía de vaciamiento ganglionar en el brazo izquierdo por metástasis en el año 2018.
- e. La paciente presentó consistente, y así lo refirió, fuertes e incapacitantes dolores en su brazo izquierdo, a partir de la cirugía de vaciamiento ganglionar.
- f. Este cáncer, con su alto nivel de agresividad, y estos tratamientos, también de una agresividad elevada, tuvieron y siguen teniendo impactos relevantes en el cuerpo.

Ahora bien, como se sugirió en los alegatos de conclusión, estos dos médicos **no** tuvieron ni tienen acceso a toda la historia completa que revela la situación global de esta paciente, por lo que sus testimonios deben analizarse bajo ese entendimiento. Hay tres razones por las que estos médicos NO tienen toda la información de la paciente y que deben incorporarse en el análisis de sus testimonios:

- a. Como lo sugirió el Dr. Carranza en audiencia, él recibe más de ciento cincuenta (150) pacientes a la semana, lo que le hace imposible conocer todos los detalles de todos los casos.
- b. Ambos médicos son los médicos tratantes de la pacientes adscritos a la medicina **prepagada** que le ofrece el empleador de la demandante. No obstante, buena parte de

los tratamientos y diagnósticos que constan en la historia médica se han hecho a través de la EPS. Quedó demostrado que la demandante usa su prepagada en mucha menor medida que su EPS por los costos que acarrea este servicio adicional.

- c. La última vez que vieron a la paciente fue hace aproximadamente un año y en uno de los casos en una cita médica virtual producto de la pandemia.

Así pues, como se verá en el siguiente punto hay discrepancias importantes en el dicho de los médicos y la historia médica, como por ejemplo que no se continúan los tratamientos de quimioterapia por parte de mi representada. Una simple mirada a los apartes de la incompleta historia médica del 2021 muestra como las quimioterapias siguen y han sido ininterrumpidas hasta hoy dados las pobres señales de mejoría de la paciente.

Por eso, la fuente probatoria fundamental para determinar el alcance de las gravísimas patologías de mi representada y de su estado actual de salud se encuentra en la historia clínica que obra en el expediente (aún en su versión parcial); por eso, dicha prueba debe ser la piedra angular de la decisión del *A-quo*, razón por la cual no solamente es importante tenerla en cuenta sino integrarla de forma que pueda obtener la vital información que aún reposa en las cuatro IPS y que falta por recibirse.

- **TERCERO: Sobre la supuesta mejoría de la paciente**

En su fallo la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales argumenta que, según los médicos tratantes y la apartes de la historia médica, SANDRA PATRICIA RAMÍREZ ha mostrado una mejoría en el cáncer que padece desde hace cuatros años. Sin embargo, nada podría estar más alejado de la realidad.

El hecho que algunos apartes de la historia médica muestren cómo se ha tratado el cáncer diagnosticado en la mama izquierda y cómo la primera de sus metástasis se trató con una cirugía en que se ha extirpado los ganglios del brazo izquierdo no quiere decir que la

paciente mejore. Lo único que quiere decir es que se ha intentado controlar la expansión de un cáncer metastásico, catalogado como una enfermedad terminal por la literatura médica, que seguirá expandiéndose por el cuerpo de mi representada, como lo muestran las últimas anotaciones en la historia médica donde se revela que la enfermedad cancerígena ya ha afectado la tiroides. Al día de hoy, SANDRA PATRICIA RAMÍREZ sigue recibiendo tratamientos de radioterapia y quimioterapia, tratamientos de altísima toxicidad que van deteriorando el cuerpo a ritmos acelerados. Así mismo, la extirpación de los ganglios dejó consecuencias en el brazo izquierdo que han producido dolores intolerables para la paciente.

Sólo para mostrar un ejemplo de la continuidad hasta la actualidad de los tratamientos de quimioterapia (de los que los dos médicos que rindieron testimonio no tenían conocimiento), me permito señalar las siguientes anotaciones recientes en la historia clínica (sin perjuicio de las demás¹ innumerables anotaciones que constan en la historia que obra en el expediente):

- 07 ENE 2021: Fórmula Médica: Ciclo quimioterapia 1 - duración ciclo 180 días, Hormonoterapia SI.
- 01 FEB 2021 - Fórmula Médica: Ciclo quimioterapia - duración del ciclo 30 días.

¹ Entre otras múltiples anotaciones que muestran la continuidad de los agresivos tratamientos desde el 2017 se pueden observar las siguientes: **DIC 2017** - asiste a sesión de Quimioterapia. **02 ENE 2018** - 9am - se inicia quimioterapia, **4 ABR 2018** - Análisis y Plan de Atención: 09:00 Se inicia quimioterapia con paclitaxel 130 mg IV para 3 horas, se administra sin complicación continua con SSN 0,9 % para hidratación se explica a la paciente. **9 ABR 2018** - Análisis y plan de manejo: “ Se inicia quimioterapia con paclitaxel 130 mg VO se entregan 6 tabletas de quimio. **9 ABR 2018**: remisión a sicología. **7 MAY 2018** - Plan de Atención: Se inicia quimioterapia con paclitaxel 130 mg IV para 3 horas. **01 MAR 2019** - Se informa que está en ese momento en quimioterapia. en el primero de cinco ciclos. **9 MAR 2019** - Remisión a rehabilitación por consecuencias en el brazo después de la Cuadrantectomía. **04 JUN 2019**: Análisis y plan de atención: administración leuprolide. **11 AGO 2019** - Análisis y plan de atención - sesión de quimioterapia. **17 NOV 2020**: Motiv Consulta: Paciente refiere persistencia de dolor en seno y miembro izquierdo tipo quemazón, ardor, corrientazo y hormigueo intermitente que se exacerba con el roce. **22 OCT 2020**: Análisis y plan de atención: en tratamiento actual con quimioterapia, con diagnóstico de episodio depresivo moderado y trastorno de ansiedad generalizada. Vine en manejo con escitalopram 20 mg día, clonazepam sol oral (5-0-5) y quetiapina 25 mg (0-0-2). Ahora con reactivación de síntomas ansios y depreivos, considero , dada pobre repuesta a ISRS, inicio antidepresivo dual, (Venlafaxina 75 mg día), mantengo quetiapina 50 mg noche, y por el momento mantengo dosis de clonazepam , con miras a disminución progresiva pronto. brindo espacio catártico, signos de alarma y recomendaciones generales.

- 01 MAR 2021 - Fórmula Médica: Ciclo quimioterapia 4, 30 días.
- 8 MAR 2021 - Clínica del Dolor.
- 03 JUN 2021 - Fórmula Médica: Ciclo quimioterapia 4, duración ciclo 30 días.
- 6 JUL de 2021: Metástasis extendida a las tiroides. Una imagen diagnóstica que se describe allí sugiere textualmente: 06/02/2021 Ecografía de tiroides: nódulos tiroideos derechos descritos de alta sospecha de malignidad (uno de ellos con microcalcificaciones y otro más alto que ancho y clasificación periférica.)

Todo lo anterior nos permite concluir de manera categórica que SANDRA PATRICIA RAMÍREZ CRUZ, desafortunadamente, no presenta señales de mejoría sino un estado de salud cada vez más deteriorado y doloroso. Cada día que pasa se consolida más inequívocamente su condición de incapacidad total y permanente, la cual no fue reconocida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, dejándola en una situación de alta vulnerabilidad.

- **CUARTO: Sobre la inadecuada valoración de cada uno de los requisitos de la definición de incapacidad total y permanente que trae la póliza contratada:**

Finalmente, argumentó la Delegatura en su sentencia que no se habían cumplido los requisitos dispuestos en el amparo de incapacidad total y permanente de los contratos de seguro contenidos en las Pólizas Davida Integral No. 5116881 y No. 2511317 expedidas SEGUROS BOLÍVAR. No obstante lo anterior, es claro que se ha configurado el siniestro de incapacidad total y permanente a la luz de los seguros en estudio, como pasa a demostrarse.

En primer lugar, es necesario para el Juez de Segunda Instancia tener en cuenta el texto contractual al que se hace referencia. La cláusula que define la incapacidad total y permanente dispone lo siguiente:

“Para todos los efectos de este anexo se entiende por incapacidad total y permanente la sufrida por el asegurado, que haya sido ocasionada y se manifieste estando protegido por el presente anexo, que produzca lesiones orgánicas o alteraciones funcionales incurables que por vida impidan a la persona desempeñar cualquier trabajo remunerativo, siempre que dicha incapacidad haya existido por un periodo continuo no menor de ciento cincuenta (150) días y no haya sido provocada por el asegurado. Sin perjuicio de cualquier otra causa de incapacidad total y permanente, se considerará como tal: la pérdida total e irreparable de la visión en ambos ojos, la amputación de ambas manos o ambos pies, o de toda una mano y de todo un pie, eventos en los cuales, para que opere la cobertura, no se requerirá que transcurra el periodo continuo de ciento ochenta (180) días de incapacidad”.

Como puede observarse, la cláusula exige una serie de requisitos que **fueron debidamente acreditados** en el marco de la acción iniciada por SANDRA PATRICIA RAMÍREZ contra SEGUROS BOLÍVAR. A continuación, se presenta un desglose del cumplimiento de cada una de estas exigencias para el caso bajo estudio:

- I. Que la asegurada haya sido incapacitada: Está probado que SANDRA RAMÍREZ ha estado médicamente incapacitada con ocasión del diagnóstico de cáncer metastásico y vaciamiento ganglionar, que tuvo como consecuencia los intensos dolores en sus extremidades superiores. Resulta fundamental reseñar la relación de incapacidades que se anexa con la demanda (anexo 12), donde se evidencian con claridad más de **260 días de incapacidad** desde el 4 de diciembre de 2017 hasta el 27 de agosto de 2018. La relación de incapacidades desde agosto de 2018 al día de hoy fue PRECISAMENTE la prueba que no se allegó al proceso por parte de EPS SANITAS y sobre la que se insistió por su relevancia. De todas maneras, de una lectura simple de la

historia médica se revela la situación absolutamente incapacitante de mi representada pues cada uno de los tratamientos de quimioterapia, radioterapia, cirugías, etc. trae consigo incapacidades médicas como es natural dado la agresividad de su enfermedad y del correlativo tratamiento.

Así mismo, los siguientes apartes del interrogatorio a SANDRA RAMÍREZ revelan su incapacitante estado:

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) minuto 34:10 *Sandra [demandante]*, *“incapacidad desde el 1 de diciembre 2017 hasta el 5 de septiembre del 2018, totalmente de corrido.”*

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) minuto 54:40 *Sandra*: ¿Qué le dicen en la empresa por las incapacidades? *“No cuentan con ella, dicen (valga la redundancia) que siempre tiene algo...algún dolor, alguna cita, alguna incapacidad”*. Es decir, no es ninguna novedad que Sandra esté incapacitada, es una situación repetitiva y constante.

- II. Que tal incapacidad se hubiera ocasionado en vigencia de la póliza: Quedó acreditado que el diagnóstico y todas las incapacidades y tratamientos han tenido lugar durante la vigencia de los seguros bajo estudio, al punto de que este hecho **no fue refutado** por ninguna de las partes del proceso. Las dos pólizas han estado continuamente vigentes desde el 2010 y 2011, respectivamente, y siguen vigentes hasta el día de hoy. Y el primer diagnóstico de cáncer fue en diciembre de 2017, mientras que los tratamientos y la metástasis continúan y tienen efectos hasta la actualidad.

Referencias adicionales en el proceso que demuestran que se ha cumplido con esta condición del clausulado de la póliza:

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) hora 2:07:13 *Grimaldo [representante legal de Bolívar]*: “*Sí, las pólizas están vigentes*”.

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) minuto 11:55 *Sandra [demandante]*: “*continúa la vigencia de las pólizas, los extractos de la tarjeta de crédito lo corroboran*”. Es decir, nunca ha ocurrido la interrupción del contrato.

En la primera pretensión de la demanda y en la no oposición a esta en la contestación por parte de la contraparte: “Que se declare que los contratos de seguro celebrados entre la señora SANDRA PATRICIA RAMÍREZ y SEGUROS BOLÍVAR, contenidos en las Pólizas Davida Integral No. 5116881 y No. 2511317, son legalmente validos y se encuentran vigentes”; la respuesta de SEGUROS BOLÍVAR fue: “**No me opongo**”. Esto implica que ambas partes reafirman que la Póliza Davida Integral No. 5116881 se encuentra vigente desde el 29 de mayo de 2010 y que la Póliza Davida Integral No. 2511317 se encuentra vigente desde el 26 de abril de 2011.

Por tanto, se comprueba que las incapacidades padecidas por mi mandante se dieron en vigencia de las pólizas anteriormente mencionadas.

- III. Que la incapacidad sea producto de lesiones y alteraciones funcionales incurables: Quedó demostrado, tanto con la historia clínica como con los testimonios de los doctores Carranza y Ramírez, que mi mandante sufre de cáncer metastásico que está catalogada como una enfermedad terminal e incurable, que le ha producido lesiones y alteraciones funcionales significativas. Esto se puede apreciar en las más de trescientas (300) páginas de la historia médica parcial que obran en el expediente, aunque es fundamental completar este documento con la información que reposa en las

otras cuatro IPS que señaló EPS SANITAS en su respuesta a la solicitud de la Delegatura de enviar la historia médica completa.

Así mismo, los siguientes apartados de las audiencias corroboran que se ha cumplido con este requisito de la definición de incapacidad total y permanente:

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) hora 2:21:10 *Grimaldo [representante legal de Bolívar]*: ¿Qué entiende la entidad por lesión orgánica y alteración funcional? *“Lesión orgánica: órganos que son irrecuperables clínica o médicamente y alteración funcional, es una modificación en alguna de las extremidades”*. El brazo precisamente es una extremidad que sufrió una modificación.

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) hora 01:11:55 *Sandra [Demandante]*: último examen que le realizó con Bolívar... fueron dos médicos (laboral y el de huesos, así lo llamó Sandra); médico laboral: *“es como si tuvieras el brazo amputado”* y el médico de los huesos, dijo: *“falta de movilidad debido a que cuando operan se tocan muchos nervios al intentar sacar ganglios, y esto no es posible arreglarlo porque es un brazo que no se puede tocar; está dentro de lo normal pero lamentablemente no hay cura y puede seguir empeorando”*, respuesta que es corroborada con el siguiente punto con la declaración de María Claudia Ramírez.

Audiencia 2 agosto (segundo video, duración de 15:48 minutos) minuto 9:48 *María Claudia Ramírez [Médica tratante]*: *“hay dimensión en donde los ganglios del brazo izquierdo son relevantes para el procedimiento: se retiraron ganglios axilares”*.

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas): minuto 49:55 *Sandra [Demandante]*: *“El dolor del brazo viene empeorando, ahora se me duerme (...). No puedo mover tres dedos del brazo izquierdo”.*

Audiencia 2 agosto (segundo video, duración de 15:48 minutos)
minuto 10:44 *María Claudia Ramírez [médica tratante]*: como consecuencia de esa cirugía ¿Puede haber efectos posteriores sobre el brazo? *“claro, pueden dejar sensaciones de dolor, complicaciones”.*

- IV. Que dichas lesiones o alteraciones impidan a la asegurada desempeñar cualquier trabajo remunerativo. A partir del interrogatorio de parte de SANDRA quedó demostrado que ha sido tal su nivel de incapacidad que superó los 180 días. Como es bien sabido, después de los 180 días de incapacidad las mismas son pagadas por el fondo de pensión (COLPENSIONES), fondo que se negó al pago y fue obligado al mismo a través de una acción de tutela que falló en favor de SANDRA (Juzgado Treinta Penal del Circuito 16 de octubre de 2018). Así mismo, quedó demostrado que su incapacidad es tal que el mismo fondo de pensiones la ha enviado al exámen de medicina laboral del cual **SANDRA decidió desistir no porque no estuviera incapacitada permanente sino porque el monto de una futura pensión de invalidez no le permitiría vivir a ella y su familia.**

Por esta misma y única razón la demandante sigue trabajando pero no porque no se encuentre en una incapacidad total sino porque no tiene otro medio de subsistencia; lo cierto es que NO debería estar trabajando porque su nivel de invalidez es total. El mismo juez de tutela reconoció su derecho al mínimo vital dada su situación de incapacidad y la responsabilidad que le cabe frente a sus dos hijos menores de edad, situación que debió haber sido reconocida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.

Así mismo, es claro que la Dra. María Claudia Ramírez afirmó en su testimonio que la paciente siempre ha referido dolor en el miembro superior izquierdo y en el seno y que, como consecuencia de la cirugía de extracción de los ganglios, pueden presentarse sensaciones de dolor y complicaciones.

Como si fuera poco, SANDRA en su testimonio afirma que en su empresa contrataron otra persona para “ayudarla” pero que, en realidad, la habían prácticamente reemplazado a pesar de seguir contratada porque su nivel de incapacidad hace muy difícil trabajar con ella.

Así mismo, los siguientes apartados de las audiencias corroboran que se ha cumplido con este requisito de la definición de incapacidad total y permanente:

Audiencia 2 agosto (segundo video, duración de 15:48 minutos)
minuto 7:29 *María Claudia Ramírez [Médica tratante]*: ¿Quedó alguna secuela? *“Siempre ha referido dolor en el miembro superior izquierdo y seno”*.

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) minuto 36:52 *Sandra [Demandante]*: -- *Recomendaciones por salud ocupacional: no ponerle al brazo absolutamente ningún tipo peso, es decir, no le es posible ni siquiera, traer y llevar carpetas, que es una actividad supremamente cotidiana al trabajar en una firma de abogados... Además, después del siniestro, empieza solo a trabajar con la mano derecha cuando antes escribía con ambas, ahora se le cansa más el brazo. El ARL le dice que tome pausas activas de 5 minutos, sin embargo, estas interfieren en su rendimiento laboral”*. Adicionalmente, para ella desempeñar un trabajo remunerativo, *“debe hacer uso del servicio de Transmilenio, pues el ARL*

no lo cubre, y ya ha tenido accidentes y caídas debido a que su horario laboral, coincide con la hora en que hay demasiado tránsito de personas”.

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) minuto 40:20 *Sandra [Demandante]*: *“Los medicamentos hacen que ande siempre en enfermería y por tanto, abandone su lugar de trabajo regularmente, ya que tiene un dolor constante en el brazo, y no importa la posición en que lo ubique”.*

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) minuto 43:35 *Sandra [Demandante]*: *“otra persona es contratada al mes de su retorno. Ella, se encarga de estar todo el tiempo en el computador, sube y baja las carpetas (pues los archivos están en otro lugar)”, básicamente, la reemplazó. “La han puesto a un lado prácticamente en todo, ahora solo le piden contestar el teléfono, hacer cosas sencillas, poderes de 4-5 páginas, le cortaron más de la mitad de las funciones”.*

Audiencia 21 junio (duración de 3 horas) minuto 56:55: *Sandra [Demandante]*: *“El jefe le dice que cuando ya sea presencial, les va a tocar terminar esta situación. No saben qué hacer con ella, la pueden mandar a otro sitio... porque son dos salarios los que están pagando”.*

- V. Que la asegurada haya tenido una incapacidad superior a ciento cincuenta (150) días. A partir de las historias clínicas y el certificado de incapacidades emitido por EPS SANITAS quedó demostrado que SANDRA ha estado médicamente incapacitada por más del doble de lo exigido por la póliza. Como se mencionó el punto I, esto está demostrado con el anexo 12 incluido como prueba en la demanda y se puede apreciar en la historia médica aportada al proceso por parte de la EPS SANITAS. No obstante, como también se ha sugerido ya, falta la relación de incapacidades de EPS SANITAS desde el 2018 a la fecha y que fue una prueba decretada que no se adjuntó al proceso y

el resto de las historias clínicas. De todas formas, sólo con las anotaciones que se han hecho de los procedimientos de quimioterapia que han estado sucediendo desde el 2017 hasta hoy se puede inferir razonablemente que los niveles de incapacidad de SANDRA RAMÍREZ han sido MUY superiores a los 150 días. Así mismo lo ha reconocido un juez de tutela.

IV. CONCLUSIONES

A partir de todo lo expuesto, se hace necesario reconocer que se han reunido los elementos fácticos y jurídicos que permiten concluir lo siguiente:

1. Que no se integró correctamente el acervo probatorio e hizo falta que se allegaran al expediente pruebas debidamente decretadas que no fueron aportadas por las entidades oficiadas durante el término de la primera instancia. Éste es el caso de las historias clínicas de la señora SANDRA PATRICIA RAMÍREZ CRUZ provenientes de las IPS Clínica Infantil Santa María del Lago, Clínica Universitaria Colombia, Dr. Gustavo Hernando Castro y Clínica Campo Abierto, y la relación de la totalidad de las incapacidades de mi mandante certificadas por la EPS SANITAS.
2. Que se valoró incorrectamente los testimonios de los doctores Hernán Carranza y María Claudia Ramírez en la medida en que se asumió (sin que estuviera probado ni fuera correcto) que estos médicos eran los únicos que trataran a la señora SANDRA PATRICIA y que tenían la historia clínica completa. Quedó demostrado que los tratamientos y las valoraciones más recientes y precisas de mi mandante se dieron a través de la EPS SANITAS y no de estos médicos que la veían por vía de la medicina prepagada pagada por el empleador de SANDRA.

3. Igualmente, se demostró que la Delegatura incurrió en un gravísimo error al concluir que mi mandante presentaba una “**mejoría**”, cuando en realidad su enfermedad cancerígena ya ha sido catalogada como terminal, por tratarse de un cuadro metastásico, que se ha expandido a otros órganos y está teniendo un muy alto impacto en su vida cotidiana. De la misma forma, quedó acreditado que el dolor físico al que se encuentra sometida SANDRA PATRICIA como consecuencia de las cirugías de vaciamiento ganglionar no son nada menos que paralizantes, como puede demostrarse con los recuentos en la historia clínica.
4. Por último, quedó probado que se reunieron TODOS los requisitos exigidos por las Pólizas Davida Integral No. 5116881 y No. 2511317 para la configuración del siniestro de incapacidad total y permanente.

Por todo lo anterior, solicito de manera respetuosa al Tribunal Superior que se revoque íntegramente la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales dentro del proceso identificado con el radicado 2020135316, y, en su lugar, se condene a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. al pago completo de los valores asegurados de los amparos de incapacidad total y permanente para las Pólizas Davida Integral No. 5116881 y No. 2511317, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre esos valores y a los daños antijurídicos causados a mi representada.

Atentamente,



JOAQUÍN ANTONIO GARZÓN VARGAS

CC. 1.016.011.881 de Bogotá D.C.

T.P 253.809 del C. S. de la J.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REF.	EXPROPIACIÓN JUDICIAL
DEMANDANTE	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI NIT. 830.125.996-9
DEMANDADOS	Urbanización Lagomar Limitada Compañía de Jesús.
RADICADO	11001310300520200034101

MARIA CRISTINA MARTINEZ BERDUGO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 49.797.057 de Valledupar (Cesar) y Tarjeta Profesional N°. 141.177 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderada de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**; por medio del presente escrito, encontrandome dentro del término contemplado en el numeral 3 del auto de fecha fecha once (11) de octubre de 2021 (Notificado el día 12 de octubre de 2021), me permito sustentar el **RECURSO DE APELACION** presentado contra la sentencia de primera instancia proferida el día 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogota, conforme a los siguientes argumentos:

1. Mediante providencia de fecha 6 de septiembre de 2021 el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogota, resolvió NEGAR las pretensiones de la demanda de expropiación de la referencia y en consecuencia decretar la terminación del proceso.
2. Encuentra la suscrita reparos frente a la decisión del despacho, por cuanto esta esta muestra interpretaciones por fuera del universo normativo que ha de seguirse dentro de los procesos de expropiación judicial.
3. Manifiesta el despacho que se encuentran cumplidos los requisitos exigidos para que se decrete la expropiación solicitada, empero, minutos siguientes, considera que la inscripción de la oferta formal de compra contenida CCB-BQ-006-18 de fecha 15 de enero de 2018, quedó sin efecto como consecuencia de la perdida de ejecutoria de la Resolución No. 1363 de 2018, toda vez que no se logró presentar la demanda de expropiación dentro de los tres (3) meses siguientes a su ejecutoria. En este contexto resulta pertinente realizar las siguientes precisiones:
 - 3.1. El proceso de expropiación regulado en el artículo 399 del Código General del Proceso, sirve como instrumento procesal para dar cumplimiento, de manera judicial, a la orden administrativa que la decretó, a él debe acudir, tal como lo señala la Ley 9a de 1989. De este modo la expropiación, siguiendo el procedimiento respectivo, es el medio idóneo y eficaz no solo para transferir el dominio sino también la posesión material del bien involucrado a favor de la entidad pública que lo requiere para esos fines, además, de que garantiza a los titulares de derechos, la indemnización de los perjuicios derivados.

En este orden de ideas, son tres los requisitos básicos para la procedencia de la expropiación:

- i.) Que exista un motivo de utilidad pública o de interés social
- ii.) Que esos motivos o razones estén previamente definidos por la Ley; y,
- iii.) Que medie un acto administrativo.

Se encuentra probado dentro del expediente de manera fehaciente los 3 requisitos básicos para la procedencia de la expropiación judicial que se pretende dentro del presente proceso, situación que reconoce la juzgadora de primera instancia.

Sobre este ultimo requisito (iii.) Que medie un acto administrativo) y que es objeto de planteamiento del problema juridico dentro del presente proceso, resulta necesario dejar sentado que se encuentra debidamente cumplido, con la Resolución No. 210 de fecha 17 de febrero de 2019 que en su artículo 1º ordena por motivos de utilidad pública e interes social el inicio del trámite de expropiación judicial de una zona de terreno identificada con la ficha predial CCB-UF6-181-6-I y folio de matricula Inmobiliaria No. 040-333050 de la oficina de registro de instrumentos publicos de Barranquilla, de propiedad de la sociedad **URBANIZACION LAGOMAR LTDA.**

Acto administrativo que fue objeto de notificación personal el dia 25 de febrero de 2019, quedando ejecutoriado conforme lo dispone el artículo 31 de Ley 1682 de 2013, **el dia 26 de febrero de 2019.** En estricto orden, en fecha **tres (3) de mayo de 2019**, encontrandonos dentro de los 3 meses siguientes al termino de ejecutoria del mencionado acto administrativo, se presentó la demanda de expropiación que nos ocupa. En ese orden de ideas, se encuentra cumplido el requisito exigido en el numeral 2 del articulo 399 del C.G.P.

3.2. Ahora, nos remitimos a los requisitos exigidos en el articulo 399 del C.G.P. para los procesos de expropiación, dejando sentado que los mismos se encuentran contemplados en los numerales 1,2 y 3 del mismo, asi:

1. La demanda debe dirigirse contra los titulares de derechos reales principales sobre los bienes y, si estos se encuentran en litigio, también contra todas las partes del respectivo proceso.
2. La demanda debe presentarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en la cual quede en firme la resolución que ordenare la expropiación.
3. Se establece que a la demanda se acompañará *i. copia de la resolución vigente que decreta la expropiación, ii. un avalúo de los bienes objeto de ella, y si se trata de bienes sujetos a registro, iii. un certificado acerca de la propiedad y los derechos reales constituidos sobre ellos, por un período de diez (10) años, si fuere posible.*

No obstante a que en el acervo probatorio allegado al despacho, se evidencian enlistados las piezas documentales arriba indicados y la constancia de inscripción de la oferta formal de compra, este último no hace parte de los anexos exigidos en el numeral 3 del articulo 399 del C.G.P. como erroneamente lo deja expuesto el despacho de primera instancia.

3.3. Ahora bien, en linea con el tema de la inscripción de la oferta formal de compra en el folio de matricula inmobiliaria, resulta procedente manifestar que a la luz de lo contemplado en el articulo 13 de la Ley 9 de 1989 y la Ley 388 de 1997, el oficio que disponga una adquisición será inscrito por la entidad adquirente en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación y deja constar que mientras subsista la inscripción dejara al predio fuera del comercio.

De acuerdo con la normatividad aquí planteada podemos afirmar que se trata de una restricción al derecho de dominio, que dura mientras se define el proceso de expropiación judicial relacionado con el predio que afectan el folio de matrícula objeto de negociación. Dejando constar que se trata de un acto publicitario de cara a los terceros.

3.4. Por otra parte, en lo que atañe a la decisión de que la oferta formal de compra contenida en el oficio CCB-BQ-006-18 de fecha 15 de enero de 2018 y notificada a la sociedad titular de dominio del predio objeto de expropiación en debida forma el dia 18 de enero de 2018, quedó sin efecto como consecuencia de la perdida de la ejecutoria de la resolución No. Resolución No. 1363 de 2018, me permito manifestar lo siguiente:

- Al proceso de expropiación judicial, le precede una etapa previa de enajenación voluntaria, a través de la cual la entidad intenta adquirir el bien. Esta etapa se inicia con una oferta formal de compra al particular para adquirir el bien por el precio base fijado dentro del avaluo comercial

corporativo. Si este proceso resulta exitoso se pasa a la etapa de transferencia del bien y de pago del precio acordado. Si el proceso de negociación fracasa, empieza entonces la etapa expropiatoria propiamente dicha, la cual culmina con el traspaso del título traslativo de dominio al Estado y el pago de la indemnización al particular expropiado.

- Conforme al planteamiento aquí esbozado, el trámite ha de entenderse por etapas, y es aquí donde el legislador es claro al dejar decantado que la ETAPA DE ENAJENACION VOLUNTARIA inicia con la notificación de la oferta formal de compra al titular de dominio del predio y que si esta fracasa es ese momento en el cual se da inicio entonces a la ETAPA DE EXPROPIACION JUDICIAL, para el caso que nos ocupa.
- La oferta formal de compra plurimencionada, SUBSISTE con todos sus efectos, por cuanto el proceso expropiatorio que se presentó dentro de los tres (3) meses de ejecutoria de la Resolución No. 210 del 7 de febrero de 2019, se encuentra en trámite.
- Ahora bien, apoya la decisión el despacho de primera instancia en el numeral 2 del artículo 399 del C.G.P. y soslaya en el hecho de que el demandante debió rehacer toda la actuación desde la notificación de la oferta formal de compra, interpretación que no va acorde con la presentación por etapas del trámite de adquisición de los predios para proyectos de infraestructura, como el que nos ocupa. Desconociendo el hecho de que con la notificación de la oferta inicia la etapa de enajenación y dicha actuación termina con la decisión del despacho dentro del proceso de expropiación judicial.

3.5. No obstante a lo expuesto por el despacho, respecto a que se encuentran cumplidos los requisitos exigidos para la procedencia de la declaratoria de la expropiación judicial solicitada dentro del presente proceso, y que la demanda se presentó dentro del término de que trata el numeral 2 del artículo 399 del C.G.P., el despacho primogenito, realiza un estudio de legalidad sobre el acto administrativo contenido de la oferta formal de compra, la resolución No. 1263 del 16 de julio de 2018 y la resolución 210 de fecha 7 de febrero de 2019, que no son del resorte del presente proceso, máxime que estas piezas no fueron objeto de reparo por parte de los demandados.

4. Como colorario de lo aquí expuesto, se encuentra plenamente probados los requisitos exigidos para que se decrete la expropiación aquí solicitada, con las consecuentes ordenaciones. Así como se ha dejado decantado que la oferta formal de compra que hace parte de la etapa de enajenación voluntaria goza de todos los efectos y la resolución que ordena el inicio del trámite de expropiación judicial cumple con los lineamientos legales exigidos, gozando de fuerza vinculante respecto a la oferta de compra plurimencionada.

PETICION ESPECIAL

Conforme a los argumentos jurídicos y de hecho aquí plasmados, me permito solicitar de manera respetuosa al despacho, se sirva en sede de apelación REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el día 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la presente demanda.

NOTIFICACION NUEVO CANAL DIGITAL PARA LOS FINES DEL PRESENTE PROCESO

Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 3 del Decreto 806 de 2020, me permito informar al despacho y a las partes, que a partir de la fecha el canal digital dispuesto por la suscrita para los fines del proceso y para recibir las notificaciones judiciales es: mmartinez@consorciocostera.com y Celular 3102030397.

Del señor Magistrado,

Maria Cristina Martinez

MARIA CRISTINA MARTINEZ BERDUGO

C.C. No. 49.797.057 de Valledupar (Cesar)

T.P. No. 141.177 del C.S.J.



Señores

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Atte. Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada Ponente

E-Mail:

fromeror@cendoj.ramajudicial.gov.co,

secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL
DEMANDANTE: MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO
DE COLOMBIA S.A.S.
DEMANDADOS: COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES
S.A. CIM,
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD
COOPERATIVA.
RADICACION: 14-2016-00658-01

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE LA
SENTENCIA DEL 27 DE FEBRERO DE 2020- NOTIFICADA MEDIANTE
ESTADO EL 03 DE MARZO DE 2020

LUZ MERY ALVIS PEDREROS, mayor y vecina de Ibagué, identificada con la CC. No. 65.730.491 expedida en Ibagué, abogada en ejercicio, portadora de la TP. No. 145.152 otorgada por el C.S.J, obrando en nombre y representación de la Sociedad **MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO DE COLOMBIA S.A.S.**, por medio del presente escrito, me dirijo a su despacho a fin de **SUSTENTAR ANTE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ EL RECURSO DE APELACION** interpuesto en contra de la sentencia del 27 de febrero 2020, en la cual precisamos de forma breve, los reparos concretos por los cuales impugnamos la decisión, los que nos permitimos exponer en los siguientes términos:

PETICIÓN

Solicitamos mediante el presente recurso, se revoquen los numerales Segundo, Sexto, Séptimo y Octavo, de la parte resolutive de la sentencia **PROFERIDA EL 27 DE FEBRERO DE 2020** que a texto dicen:

“ ... **SEGUNDO:** DECLARAR PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA DEMANDADA COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJE S.A. – CIM DEMONIMADAS “Imposibilidad de hacer exigibles las pólizas de seguro y garantías de cumplimiento”, por los motivos antes expuestos.

“.....**SEXTO:** DECLARAR PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA DEMANDADA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A., DENOMINADAS “ Improcedencia de la afectación de los amparos de responsabilidad civil extracontractual, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones , y “ exclusiones de amparo” frente a la póliza de cumplimiento, con relación a la multa. Como consecuencia de los anterior, por sustracción de materia, n hay lugar a pronunciarse sobre el llamamiento en garantía.



"....SEPTIMO: NEGAR LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA instaurada por MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO S.A.S. contra la COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A. y la ASEGURADOS SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, conforme lo esbozado en esta providencia.

"....OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante a favor de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, fijando para ello como agencias en derecho la suma de \$ 24.809.526,93.

No hay lugar a conceda en costas entre MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO S.A.S. Y COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJE S.A...."

Para que las mismas sean revocadas por parte del Tribunal Superior – Sala Civil de Bogotá y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, se condene a la COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A., al pago del daño emergente y lucro cesante requeridos en la demanda, así como a las cláusulas de incumplimiento y penalidades establecidas en la Oferta Mercantil para la prestación de servicios; y a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, con respecto a las pólizas adquiridas para garantizar el pago de los perjuicios ocasionados con el no cumplimiento de la obra contratada en clemencia con la sociedad MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO S.A.S. - MICESA COLOMBIA S.A.S.

Igualmente se conde en costas a COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A. y a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, a favor de MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO S.A.S. - MICESA COLOMBIA S.A.S., por ser condenados en el presente proceso.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

En ampliación a los argumentos con los cuales de forma breve precisamos los reparos concretos por los cuales impugnamos la decisión, conforme se estipula en el artículo 322 del Código General del proceso, ampliando nuestra posición y en ese sentido presentando la debida sustentación de la alzada, en los siguientes términos:

1. Manifiesta el despacho en las consideraciones que: "En la demanda se pidieron perjuicios por un valor global de \$ 1.172.910.000, Igualmente indica el fallador de instancia que: "Un análisis de las documentales aportadas al expediente, permite observar que aunque se aportaron facturas, ordenes de servicio, recibos varios, remisiones, salvo las de los folios 493, 494, 499, 502, 505, 509, 510, a nombre de Civil Roca y 516 – que no especifica quien hizo el pago - de ninguna se demostró que la demandante hubiera cancelado dichos valores....".

Manifestación realizada que en nuestro sentir no corresponde a la realidad procesal y probatoria en el presente tramite, pues basta con escuchar las declaraciones de los señores OMAR FABIAN LECHUGA MERCADO Y ROBERTO COBARRUBIAS; el primero de ellos quien fue testigo presencial de la elaboración, suministro y desarrollo de los trabajos adicionales que tuvo que cancelar la Sociedad demandante para cumplir con la terminación del



Montaje de la terminal de Molienda de Cemento pactada a través de la Oferta Mercantil para la prestación de servicios con la parte demandada CIM S.A., quien como se demostró en el plenario incumplió con lo pactado.

Ahora bien y en cuanto al segundo testimonio señor ROBERTO COBARRUBIAS, quien fue testigo presencial y declaró lo que vivió en el Montaje de la Terminal de Molienda, cuando el demandado empezó a incumplir con lo estipulado en la Oferta Mercantil, lo que corrobora que efectivamente quedaron pendientes por cumplir por parte del demandado, los cuales debieron ser asumidos por la parte demandante como se probó en el desarrollo del proceso.

Igualmente, al parecer el despacho no tuvo en cuenta el interrogatorio de parte absuelto por el Representante legal de MICESA S.A., quien afirmó que efectivamente la sociedad adelantó todos y cada uno de los trabajos dejados pendientes por parte de CIM, razón por la cual el cliente final CEMEX solo hasta el año 2014 pudo recibir la obra, ante los faltantes por ejecutar por parte de CIM.

Es claro y resulta lógico, que en razón al cumplimiento que debía realizar MICESA con el cliente final CEMEX COLOMBIA, nuestra entidad debía terminar el Montaje de la Terminal de Molienda en Clemencia, pues no es política de mi mandante no culminar las obras a las cuales se compromete como lo hizo en esta oportunidad, razón por la cual debió cancelar todos y cada uno de los materiales, mano de obra, suministros y demás emolumentos relacionados en la demanda y que corresponden a los siguientes:

- DAÑO EMERGENTE - COSTOS EN QUE INCURRIO MICESA POR ALQUILER DE EQUIPOS, MATERIALES Y OTROS POR EL INCUMPLIMIENTO DE CIM ANTES ABANDONAR LA OBRA DEL 13-12-2013		
	2 Manlift del 12/7/13 al 31/8/13 a IZAEQUIPOS	52.354.167
	Scissor lift 15/7/13 al 29/10 /13 a IZAEQUIPOS	30.450.001
	Telehandler 15/07 al 31/08; 01/12 al 15/12 a IZAEQUIPOS	38.800.000
	GRUA TELESCOPICA DEMAG 40 Periodo del 1 de Noviembre al 13 de Diciembre a NASJO	88.437.500
	Manlift 600 01/11/13 al 4/12 /13 a IZAEQUIPOS	23.930.000
	Manlift 800 06/11/13 al 9/12 /13 alquilado a IZAEQUIPOS	24.600.000
	Manlift 32 metros utilización 3 días entre el 14 y el 27 de Noviembre MONTEJO HEAVY LIFT	3.600.000
TOTAL EQUIPOS (1)		262.171.668
	Viga nave de materias primas HEB 500 3 piezas (Material utilizado para soporte de conos)	11.985.000
	Corrugados 1"	5.529.600



	4 Tomas macho 440V 63 A. para cuadro auxiliares de obra alquilados por CEMEX y alargaderas de 5 metros y su montaje	876.453
TOTAL MATERIALES (2)		18.391.053
OTROS	Rotura eje motor giro torre grúa por mal uso de la torre grúa	4.537.500
	GASOLEO 30 Galones 7/12/13	238.800
TOTAL OTROS (3)		4.776.300
TOTAL (1)+(2)+(3)		285.339.021

COSTOS EN QUE INCURRIO MICESA POR LA NO TERMINACIÓN TRABAJOS CONTRACTUALES INCLUIDO REPARACIO SILO 3 UNA VEZ ABANDONO LA OBRA CIM		
1	Prestación personal por CIVILROCA	189.067.543
2	Material consumible CIVILROCA	16.174.844
3	Alquiler de herramientas CIVILROCA	48.357.100
4	Alquiler de equipos a IZAEQUIPOS del 15.12.2013 a 15.10.2014	168.753.352
5	Realización estudio topográfico Silo 3	1.600.000
6	Suministro Atiesadores para refuerzos silos 1, 2, 3 COMECA	1.493.360
7	Alquiler Inversor para soldadura a MAP	700.000
8	Consumibles y otros ERMISEG	14.546.600
9	Anillos refuerzos silo 3 SERVIMET	32.749.422
10	Servicio pintura Taller Luis Omar	2.261.660
11	Suministro Refuerzos verticales silo 3 Taller Luis Omar	8.016.000
12	Nomina personal MICESA en obra del 16 al 31 de Octubre	3.706.188
13	Combustible Estación de Servicio San Antonio	1.723.637
14	Estadía Omar	646.000
15	Viajes Julián Díaz Bogotá – Clemencia	2.865.136
16	Estadía Julián Díaz en Cartagena	1.017.252
17	Nomina personal MICESA en obra del 1 al 10 de Noviembre	2.148.000
18	Servicio Manlift del 15 de Octubre al 10 de Noviembre por parte de IZAEQUIPOS	21.000.000
19	Servicio Manlift días 6 y 7 de Noviembre TODOEQUIPOS.	1.900.000
20	Ensayos no destructivos END Ltd. para silos.	2.850.000
21	Alquiler Inversor Eduardo Polo Hijo del 15 de Octubre al 10 de Noviembre.	875.000
22	Servicio de Pintura Taller Luis Omar para refuerzos verticales silo 3.	229.400



23	Consumibles Ferretería Clemencia	80.000
24	Succión y Carga	16.550.000
25	Analíticas personal LABORATORIO CLINICO DLS	1.112.000
26	Reentrenamiento cuerso en Alturas BARVAL PG HSE S.A.S.	690.000
27	Salarios Coordinador HSE Omar Lechuga	26.511.906
TOTAL INCUMPLIMIENTO CONTRATO		567.624.400

TOTAL (no incluye IVA)	852.963.421
-------------------------------	--------------------

TOTAL (incluye 16 % IVA)	989.437.568
---------------------------------	--------------------

COSTOS FINANCIEROS A UN INTERES DEL 2.39% E.M. POR 9 MESES	183.472.432
---	--------------------

TOTAL COSTOS EN QUE INCURRIO MICESA POR EL INCUMPLIMIENTO DE CIM – POR DAÑO EMERGENTE	1.172.910.000.00
--	-------------------------

Valores que fueron determinados en el escrito demandatorio, pero que al parecer no fueron tenidos en cuenta por parte del despacho de primera instancia, pues los pagos de estos trabajos se corroboran con los PAZ Y SALVOS expedidos por todas las Compañías de proveedores mencionadas anteriormente donde se declara que la Entidad demandante, efectivamente cancelo todos los servicios prestados a la sociedad MICESA COLOMBIA S.A.S., en el terminal de molienda de Clemencia, donde se desarrolló la obra que fue incumplida por la COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A., Como lo son los siguientes:

1. Paz y salvo expedido por CIVIL ROCA INGENIERIA S.A.S. de fecha 26 de Junio de 2014.
2. Paz y salvo expedido por NASJO S.A.S. de fecha 17 de Junio de 2014.
3. Paz y salvo expedido por REALCO COLOMBIA S.A.S., de fecha 27 de Junio de 2014.
4. Paz y salvo expedido por STECKERL ACEROS., de fecha 16 de Junio de 2014.
5. Paz y salvo expedido por VIDMAR, de fecha 27 de Junio de 2014.
6. Paz y salvo expedido por COMECA, de fecha 01 de Julio de 2014.

DIRECCIÓN: Carrera 11 No 94 A – 25 Of 403 Bogotá D.C – Colombia - Teléfono: 4661085 y/o Carrera 3ra. No. 8-39 Oficina T-7 del edificio Escorial de Ibagué – Teléfono: 2788036 – CEL: 318-6374369 – 316-6106785 – E-Mail: luzmeryalvispedreros@hotmail.com



7. Paz y salvo expedido por SUCCUION & CARGA S.A.S., de fecha 18 de Julio de 2014.
8. Paz y salvo expedido por AGROMARINOS S.A.S., de fecha 22 de Septiembre de 2014.
9. Paz y salvo expedido por ERMISEG, de fecha 17 de Junio de 2014.
10. Paz y salvo expedido por GIGACON GRUAS S.A.S., de fecha 13 de Junio de 2014.
11. Paz y salvo expedido por INDUSTRIAS SMITH LTDA., de fecha 26 de Junio de 2014.
12. Paz y salvo expedido por IZA EQUIPOS, de fecha 27 de Junio de 2014.
13. Paz y salvo expedido por J. MAZARRACIN S.L., de fecha 13 de Junio de 2014.
14. Paz y salvo expedido por MANIOBRAS Y MONTAJES ELECTRICOS MM SAS, de fecha 17 de Junio de 2014.
15. Paz y salvo expedido por MONTEJO HEAVY LIFT, de fecha 17 de Junio de 2014.

Todas estas compañías, certifican que efectivamente la empresa MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO DE COLOMBIA S.A.S., les cancelo todos y cada uno de los servicios que les fueron prestados para el trabajo desarrollado en clemencia.

Entiéndase esto, cuando tuvo que realizar los trabajos mal elaborados y sin terminar por parte de la demandada CIM, pues basta con recordar que la parte demandante contrato a la demandada para el Montaje de una terminal de Molienda, sobre la cual debió cancelar unos innumerables sobrecostos para poder terminar el trabajo encomendado al cliente final de la obra CEMEX COLOMBIA.

Ahora bien, tampoco se tuvo en cuenta lo expuesto y certificado por el propio perito arrimado al plenario Dr. FREDY BASTIDAS, quien, en su experticia, da cuenta y fe de que estas facturas fueron debidamente canceladas por parte de MICESA COLOMBIA, que las mismas se encuentran registradas en la parte contable y que no existen sumas pendientes por cancelar a los proveedores relacionados en la demanda.

¿Sera acaso que el fallador de instancia en su sapiensa puede intuir que cualquier persona cancelaria a favor de otra por un servicio que no le fue prestado?, como lo pretende entrever, en tanto que al manifestar, que no se demostró que la demandante hubiera cancelado dichos valores, resulta más que ilógico que se hubieran anexado todas y cada una de las facturas que debió pagar mi mandante junto con los soportes respectivos, que se hubieran presentado los testigos corroborando el antes y después de la ejecución de los arreglos adicionales que debió cubrir MICESA ante el Incumplimiento de CIM.

El señor juez dejo de lado que con el interrogatorio de parte se corroboró la ejecución y pago de los trabajos adicionales y el dictamen pericial determino que efectivamente las facturas relacionadas fueron canceladas, material probatorio QUE



NO FUE SUFICIENTE para el señor Juez de primera instancia, al momento de fallar y dictar la sentencia hoy impugnada.

2. Expresa el juzgado que: *"En criterio de este despacho a pesar de la cantidad de documentación aportada, no es suficiente la prueba para acceder a las pretensiones dinerarias, pues era necesario que se acreditara el pago, para tener por demostrado que la cuantificación del daño es cierto y actual."*

Manifestaciones que distan de la realidad procesal, pues basta con verificar el material probatorio anexo al expediente para evidenciar que tanto los testimonios como los interrogatorios de parte, corroboran las obras adicionales que debió realizar la parte demandante para la terminación de la misma y posterior entrega al cliente final CEMEX.

Por tanto no resulta lógico que se nos indique que no se demostró el pago realizado por la parte demandante, cuando es todo lo contrario, en el proceso se encuentran detallados, soportados y probados todos y cada uno de los valores que fueron cancelados por MICESA COLOMBIA S.A.S., para la continuación del montaje de la obra, lo que dista mucho de lo que interpreta el fallador de instancia, pues entonces ¿cómo podría la Sociedad haber terminado el trabajo que no fue realizado por el incumplimiento de CIM.?

Ahora bien, es claro y probado que existió el acta de entrega elaborada entre MICESA COLOMBIA y el cliente final CEMEX, lo que prueba fehacientemente que todos los pendientes fueron elaborados por mi mandante para poder entregar a satisfacción la obra contratada, arreglos que no se podrían realizar, sin por obvias razones haber cancelado el valor de los insumos y facturas que fueron debidamente entregados con el escrito de demanda.

De otra parte y muy por el contrario a lo manifestado por el señor juez, en el dictamen pericial allegado al plenario y expuesto por el Dr. FREDY BASTIDAS PERITO DE AMPLIA TRAYECTORIA, quedo plenamente acreditado, pues en el desarrollo procesal, no se anexo ningún otro que lo desvirtuara como lo exige la norma; Tampoco tuvo en cuenta que el mismo auxiliar de la justicia, evidencio en los libros contables de la sociedad cada una de las facturas y los comprobantes de pago registrados y cancelados por la parte demandante para la elaboración de todas y cada uno de los pendientes que no fueron cumplidos por CIM, pruebas que desvirtúan completamente lo manifestado por el fallador de primera instancia al referir que no se comprobó el pago respectivo.

Tampoco se tuvo en cuenta lo expresado en el mismo peritaje donde la contadora de la sociedad certifica las cuentas que se cancelaron por parte de MICESA COLOMBIA, para la terminación de la obra en clemencia, pues valga la pena decir que, en Colombia, esta era la única obra que en esta fecha estaba ejecutando la sociedad demandante como para que se confundieran los pagos con otra como malintencionadamente lo quiso inferir la parte demandada.



3. Indica el fallador de primera instancia que: *"Clausula penal... 76. Señala el Artículo 1592 del Código Civil: "La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".*

No compartimos la determinación del despacho, en tanto que, si revisamos el artículo 1592 del Código Civil, el mismo define claramente la cláusula penal establecida en este caso en la oferta mercantil y la define de la siguiente manera: **"Artículo 1592. Definición de cláusula penal.** La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."

Ahora bien si revisamos taxativamente el contenido de la cláusula Octava de la oferta mercantil que expresa: Clausula penal: *"El incumplimiento del CONTRATISTA respecto de las obligaciones adquiridas en razón a la aceptación de la presente oferta, dará lugar al pago a título de pena, del diez por ciento (10%) del valor establecido en la presente oferta. Esta sanción aplica adicionalmente para los eventos en que el CONTRATISTA deje de prestar los servicios de manera total o parcial en las condiciones establecidas en el negocio objeto de esta oferta antes del vencimiento del mismo"*

Es claro Honorables Magistrados, que no es de nuestro recibo lo manifestado por el despacho por las siguientes razones:

1. La cláusula penal se encuentra establecida para ser ejecutada por el incumplimiento del CONTRATISTA, hecho que fue ampliamente demostrado en el plenario donde se evidencio que CIM S.A., no culmino con los trabajos pactados en la Oferta mercantil suscrita por las partes.
2. Ahora expresa el despacho lo estipulado en el artículo 1594 del Código Civil, donde se establece que: *"Artículo 1594. Tratamiento de la obligación principal y de la pena por mora. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal..."*, Sin tener en cuenta lo estipulado por las partes, pues en primer lugar se trata de una clausula penal por incumplimiento del contrato y en segundo lugar porque en la cláusula establecida en la oferta mercantil se expresa que: *"...Esta sanción aplica adicionalmente para los eventos en que el CONTRATISTA deje de prestar los servicios de manera total o parcial en las condiciones establecidas en el negocio objeto de esta oferta antes del vencimiento del mismo..."*, lo que significa que se cumplen los presupuestos establecidos en la misma clausula donde se expresa que se tendrán los presupuestos por el simple retardo tal y como ocurrió en el presente caso.
3. Por tanto, es claro que SI tenemos la facultad para solicitar la aplicación y pago de la cláusula penal contradiciendo lo establecido por el fallador de instancia en el presente asunto.



4. Ahora bien expresa el despacho en el numeral 2 de la sentencia que: "DECLARAR PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA DEMANDADA COMPAÑIA DE INGENIERIA Y MONTAJE S.A. - CIM DEMONIMADAS "Imposibilidad de hacer exigibles las pólizas de seguro y garantías de cumplimiento", por los motivos antes expuestos..."

Al respecto tenemos que no le asiste razón, ni fundamento de hecho y de derecho al señor Juez para negar la exigibilidad de las pólizas de seguros de cumplimiento, cuando es evidente y está declarado por él mismo, que existió un incumplimiento, tal como lo expresa el Numeral TERCERO de la sentencia que dice: *DECLARAR QUE LA COMPAÑIA DE INGENIERIA Y MONTAJE S.A., incumplió el contrato de prestación de servicios celebrado del 07 de marzo de 2013 con MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO DE COLOMBIA SAS* (folio 52 de la sentencia).

Sin hesitación alguna, podemos establecer que la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 420-45-994000006253 señala claramente: "GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OFERTA MERCANTIL, EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DEL PERSONAL Y LA ESTABILIDAD DE LA OBRA, REFERENTE AL MONTAJE UN TERMINAL DE MOLIENDA DE CEMENTO DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES Y DOCUMENTOS....."

Dice el juzgado en relación con esta póliza para negar sin fundamento alguno la indemnización y los perjuicios por parte de la compañía de seguros que: "de conformidad con la prosperidad de las pretensiones que buscaban el pago de la indemnización por los defectos que se dijo, fueron encontrados en las obras encontrada en la planta, hace inaplicabilidad cualquier otra consideración que busque afectar la póliza por inestabilidad de obra" (folio 50 de la sentencia)

Errada apreciación del falador de primera instancia, pues una oteada a las condiciones de la póliza a la que nos referimos para establecer que no solamente está amparando la estabilidad de obra, sino que entre otros aspectos ya dichos, garantiza el cumplimiento de la OFERTA MERCANTIL, en otras palabras GRANTIZA que la empresa COMPAÑIA DE INGENIERIA Y MONTAJES SA entregara la obra a la cual se comprometió en el contrato respectivo, esto es: "OFERTA MERCANTIL PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS" Para realizar el montaje de una terminal de molienda de cemento en el lote de terreno ubicado en el Km 28..., bajo las condiciones de la oferta mercantil presentada por el contratista". En consecuencia, este aparte de la póliza GARANTIZABA QUE LA PLANTA CONTRATADA FUERA MONTADA en las condiciones pactadas, lo que finalmente no se hizo, como se probó en el desarrollo procesal.

En consecuencia de lo anterior resulta obvio que debió condenarse no solo a la empresa incumplida sino también a la compañía de seguros ASEGURADORA SOLIDARIA, pues está claro que así fue pactado en la póliza de seguros multicitada.

Pero además, abstenerse de condenar al pago de perjuicios argumentando que la empresa no probó que hubiera hecho el pago de las obras inconclusas resulta extraño, cuando obra prueba suficiente y fehaciente de que se adquirieron un sin número de servicios y materiales para la culminación de obra, que finalmente y con retardo fue entregado a la empresa CEMEX varios meses después del cronograma de entrega pactado, quien la recibió satisfactoriamente tal como aparece acreditado en el expediente.

De otra parte, No aparece, ni en la contestación de la demanda, ni en el audio de pruebas, que la parte demandada haya tachado de falsas las facturas, tampoco se advirtió tacha de las facturas y comprobantes que presentó el perito en su experticia y que reafirmo en el interrogatorio realizado, quien en su trabajo pericial presentó los estados financieros y las



facturas de venta de cada actividad que dejo de realizar CIM. ¿Acaso estos documentos no son suficientes para demostrar que hubo erogaciones por parte de la demandante para terminar la obra, y entonces las facturas no son prueba de nada para el señor juez, porque según el pierden su valor sin el comprobante de desembolso y en consecuencia no hay derecho a cobrar los perjuicios porque no se acreditó la forma de pago?, al parecer para el fallador de instancia tampoco fue prueba suficiente los paz y salvos emanados de cada una de las Compañías.

Ahora bien, no es de nuestro recibo que el despacho desconozca que de acuerdo con el artículo 617 del estatuto tributario la expedición de la factura se hace por la existencia de una venta, o al contrario, de una compra, y que el juez las desconozca como prueba de los perjuicios cuanto ni siquiera la misma parte demanda las objetó o tachó.

5. Nuevamente manifiesta el Juzgado en el punto 7 de la sentencia, que: "NEGAR LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA instaurada por MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO S.A.S. contra la COMPAÑIA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A. y la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, conforme lo esbozado en esta providencia"

Sobre el particular basta decir que al revocarse la sentencia en los aspectos referidos precedentemente deberán los honorables magistrados revocar el numeral séptimo de la sentencia para conceder las demás pretensiones de la demanda, ordenar cancelar los perjuicios pretendidos y probados, la cláusula penal por los incumplimientos reiterativos, esta última de acuerdo con lo establecido en los artículos 1592 y 1594 del Código Civil, en concordancia con la cláusula 8ª de la oferta mercantil aquí debatida.

En tanto que, de conformidad a todo el material probatorio, se evidencio que mi mandante debió cancelar todos y cada uno de los trabajos que no realizo la parte demandada para poder cumplir con su cliente final en el presente caso CEMEX, pues el incumplimiento de la COMPAÑIA DE INGENIERIA Y MONTAJE S.A., OCASIONO GRAVES PERJUICIOS ECONOMICOS a la parte demandante, en tanto que debió pagar para la terminación de la obra contratada, lo que esta ampliamente comprobado en el expediente.

No es de nuestro recibo, que el fallador de primera instancia, haya negado las demás pretensiones, cuando existe material probatorio suficiente para corroborar todos los perjuicios causados a mi mandante por el cumplimiento realizado por la COMPAÑIA DE INGENIERIA Y MONTAJE S.A. - CIM, en tanto que se debieron realizar todos los trabajos que no fueron terminados por la parte demandada, pues olvido el señor Juez que el objeto de la oferta mercantil consiste en el: "Montaje de un terminal de molienda de cemento de acuerdo a las especificaciones y documentación técnica dada por el contratante, en el lote de terreno ubicado en el KM 28 carretera La Cordialidad, vía Cartagena a Barranquilla, bajo las condiciones que se establecieron en la oferta mercantil presentada por el contratista" tal como lo expresa el mismo documento.; basta solo con leer este aparte para establecer y comprobar que efectivamente la parte demandada incumplió con dicha obligación.

6. Ahora bien, indica el despacho en el numeral 8 de la sentencia que: "CONDENAR EN COSTAS a la demandante a favor de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, fijando para ello como agencias en derecho la suma de \$ 24.809.526,93.... No hay lugar a conceda en costas entre MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO S.A.S. Y COMPAÑIA DE INGENIERIA Y MONTAJE S.A..."



No resulta lógica, la manifestación realizada por el fallador de primera instancia, en primer lugar, que se exonere a CIM SA cuando de entrada se está diciendo que hubo un incumplimiento del contrato y las excepciones declaradas prosperas en el numeral segundo no favorecen a esa Compañía sino a la aseguradora, como para pregonar que hubo un empate y que como consecuencia el litigio queda en tablas.

En segundo lugar, porque la póliza No. 420-45-99-40-0000-6253, de seguro de cumplimiento, fue expedida por la compañía Solidaria para garantizar el cumplimiento de la oferta mercantil que como ya quedo claro y declarado por el juzgado en el numeral tercero de la sentencia, donde se corroboro que el contrato fue incumplido.

De conformidad con lo expuesto, sírvanse Honorables Magistrados revocar de igual manera el numeral Octavo de la sentencia que condena en costas a favor de la Aseguradora Solidaria como consecuencia de la revocatoria de los puntos anteriores, y condenar en costas tanto a la empresa COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJE S.A... como a la Aseguradora Solidaria de Colombia, en primera y en segunda instancia.

Finalmente y con fundamento en lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 327 del Código General del Proceso, solicito a los Honorables Magistrados tener como pruebas del pago de los dineros invertidos por la parte demandante – MICESA, para terminar la obra y como consecuencia de ello el fundamento para poder pedir el pago de los perjuicios, como lo son los PAZ Y SALVO expedidos por las Compañías que prestaron el servicio y los Comprobantes de Pagos, los cuales se anexaron con el escrito de interposición de recurso de apelación y las cuales se anexan nuevamente con la sustentación, sin que ello signifique que la prueba de los pagos y perjuicios ocasionados no está probado en el proceso, máxime si se tiene en cuenta que la factura de venta es un título valor reconocido por las leyes colombianas y es reconocida como medio de pago, para que el despacho judicial de primera instancia lo haya negado.

Lo anterior obedece a que no es lógico para la parte demandante que el Juez de primera instancia, haya desconocido las facturas de venta debida y oportunamente presentadas, y con los lineamientos del Estatuto Tributario, así como la acreditación del recibido de la obra terminada por parte de la empresa CEMEX DE COLOMBIA en el año 2014, como prueba de los perjuicios causados a la empresa que represento y el dictamen pericial presentado donde el auxiliar de la justicia corroboro los estados financieros y pudo evidenciar que no se le debe ningún valor a las empresa que nos prestaron los servicios e insumos para poder culminar la obra que no termino la parte demandada CIM.

Por último, nuevamente solicitamos a los Honorables Magistrados, el estudio detallado del expediente, para que se revoquen los numerales Segundo, Sexto, Séptimo y Octavo, de la parte resolutive de la sentencia **PROFERIDA EL 27 DE FEBRERO DE 2020** y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, se condene a la COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A., al pago del daño emergente y lucro cesante requeridos en la demanda, así como a las cláusulas de incumplimiento y penalidades establecidas en la Oferta Mercantil para la prestación de servicios; y a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, con respecto a las pólizas adquiridas para garantizar el pago de los perjuicios ocasionados con el no cumplimiento de la obra contratada en clemencia con la sociedad MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO S.A.S. - MICESA COLOMBIA S.A.S.

Igualmente, se conde en costas a COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A. y a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, a favor de MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO S.A.S. - MICESA COLOMBIA S.A.S. y las demás condenas que se prueben en el desarrollo procesal.



De esta manera, sustentamos el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 14 Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá, el 27 de febrero y notificada a la suscrita el 03 de marzo de 2020.

MATERIAL PROBATORIO:

1. Copia de los reparos entregados al despacho judicial, junto con sus anexos, donde se entregaron al despacho los siguientes documentos:
 - 1.1. Paz y salvo expedido por CIVIL ROCA INGENIERIA S.A.S. de fecha 26 de junio de 2014.
 - 1.2. Paz y salvo expedido por NASJO S.A.S. de fecha 17 de Junio de 2014.
 - 1.3. Paz y salvo expedido por REALCO COLOMBIA S.A.S., de fecha 27 de Junio de 2014.
 - 1.4. Paz y salvo expedido por STECKERL ACEROS., de fecha 16 de Junio de 2014.
 - 1.5. Paz y salvo expedido por VIDMAR, de fecha 27 de Junio de 2014.
 - 1.6. Paz y salvo expedido por COMECA, de fecha 01 de Julio de 2014.
 - 1.7. Paz y salvo expedido por SUCCUION & CARGA S.A.S., de fecha 18 de Julio de 2014.
 - 1.8. Paz y salvo expedido por AGROMARINOS S.A.S., de fecha 22 de Septiembre de 2014.
 - 1.9. Paz y salvo expedido por ERMISEG, de fecha 17 de Junio de 2014.
 - 1.10. Paz y salvo expedido por GIGACON GRUAS S.A.S., de fecha 13 de Junio de 2014.
 - 1.11. Paz y salvo expedido por INDUSTRIAS SMITH LTDA., de fecha 26 de Junio de 2014.
 - 1.12. Paz y salvo expedido por IZA EQUIPOS, de fecha 27 de Junio de 2014.
 - 1.13. Paz y salvo expedido por J. MAZARRACIN S.L., de fecha 13 de Junio de 2014.
 - 1.14. Paz y salvo expedido por MANIOBRAS Y MONTAJES ELECTRICOS MM SAS, de fecha 17 de Junio de 2014.
 - 1.15. Paz y salvo expedido por MONTEJO HEAVY LIFT, de fecha 17 de junio de 2014.

2. Ruego tener como pruebas la actuación surtida en el Presente proceso.

Agradeciendo su atención,

Cordialmente,

LUZ MERYALVIS PEDREROS
CC. N° 65.730.491 expedida en Ibagué
TP. 145.152 del C.S.J.

Anexo lo anunciado.

DOCTORA
ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
MAGISTRADA PONENTE
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA – SALA CIVIL
E. S. D.

PROCESO : VERBAL
DEMANDANTE : MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO DE COLOMBIA S.A.S
DEMANDADOS : CIM COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A.S
RADICACIÓN : 14-2016-658

JUAN CARLOS ESPINAL LOPEZ, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 16.646.438 de Cali, Abogado titulado y en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 47.663 del Consejo Superior de la Judicatura, con correo electrónico juancarlos.espinal@espinalabogados.com, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandada **CIM COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A.S** dentro del proceso de la referencia, comedidamente manifiesto al Despacho estando en tiempo para ello que procedo a **SUSTENTAR el RECURSO DE APELACIÓN ADHESIVA**, en los siguientes términos:

DECISIONES RECURRIDAS DESFAVORABLES A LOS INTERESES DE CIM COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A.S.

Lo constituyen lo dispuesto en los numerales **Primero, Tercero y Cuarto** de la **parte resolutive de la Sentencia de Primera Instancia** número 7 del 27 de febrero de 2020, esto es:

- Haber declarado imprósperas las excepciones de fondo rotuladas “Inexistencia de incumplimiento contractual”, “Contrato no cumplido”, “Cumplimiento de CIM de sus obligaciones contractuales e imposibilidad de culminar el contrato por causas imputables a MICESA o a CEMEX COLOMBIA S.A.”, “Limitación del objeto contractual a su contenido material y responsabilidad exclusiva del contratante por la no ejecución de las 35 actividades que quedaron pendientes” y “Cobro de lo no debido”.

- Haber declarado que la **COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A.S.** incumplió el contrato de prestación de servicios celebrado el 7 de marzo de 2.013 con **MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO DE COLOMBIA S.A.S.**
- Haber condenado a la **COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A.S.** a pagar a favor de la empresa **MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO DE COLOMBIA S.A.S.** a título de MULTA, el equivalente al 3.5% del valor total de la oferta, esto es, la suma de \$96'481.493.

REPAROS CONCRETOS A LAS DECISIONES CONTENIDAS EN LOS NUMERALES PRIMERO, TERCERO Y CUARTO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 7 DEL 27 DE FEBRERO DE 2.020 Y SUSTENTACION DE LOS MISMOS.

De conformidad con lo prescrito en el numeral 3 y su párrafo del Artículo 322 del Código General del Proceso, los reparos concretos a las decisiones impugnadas, y la sustentación de los mismos, son los siguientes:

1. Haber declarado imprósperas las excepciones de fondo rotuladas “**Inexistencia de incumplimiento contractual**”, “**Cumplimiento de CIM de sus obligaciones contractuales e imposibilidad de culminar el contrato por causas imputables a MICESA o a CEMEX COLOMBIA S.A.**”, “**Limitación del objeto contractual a su contenido material y responsabilidad exclusiva del contratante por la no ejecución de las 35 actividades que quedaron pendientes**” y “**Cobro de lo no debido**”

El despacho para desestimar las mismas partió de la premisa que si bien es cierto **CIM** realizó el montaje de las estructuras contratadas antes de salir de la obra, quedaron pendientes de ejecutar algunos terminados y actividades menores (*numerales 28, 29 y 30 de la parte considerativa del fallo*), faltando detalles y correcciones de la obra realizada como por ejemplo reforzamientos de soldaduras, mala colocación de láminas, uniones (*numerales 34 y 38 de la parte considerativa del fallo*) y que al no existir restricciones contractuales, **CIM** debía de haber cumplido no solo con la ejecución de las macro unidades que



316 404 9250
(2) 370 3088
(2) 370 2902



contacto@espinalabogados.com



www.espinalabogados.com



Calle 19 Norte 2N - 29 Of. 602 D
Cali - Colombia

componían el objeto contractual (montaje de la planta), sino cumplir también con los detalles de la misma, velando por la calidad de los elementos utilizados para ello, como soldaduras, tornillería, acabados, etc, pues “... son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecientes, sin necesidad de una cláusula especial.” (numeral 39 de la parte considerativa del fallo)

Para llegar a tales conclusiones dejó consignado el despacho que se apoyó en el documento llamado “inspección mediante ultrasonido a soldaduras de Silo 1, Silo 2 y Silo 3” elaborado por la empresa **ENDICONTROL S.A.** (numeral 35 de la parte considerativa del fallo) y en las fotografías obrantes a folios 134 a 199, y 201 en adelante que tienen como fechas 17 y 18 de diciembre de 2.013, en su mayoría, y a partir del folio 289, fechadas en diciembre 16 de 2013, en su mayoría. (numeral 36 de la parte considerativa del fallo)

Por lo tanto, concluye que todo ello permite evidenciar que, al finalizar **CIM** su presencia en la obra, quedaron pendientes actividades que eran su obligación ejecutarlas, pues tenían que ver con el montaje mecánico a él encomendado, y que no todas ellas se dejaron de hacer por culpa de **MICESA** o de terceras personas. (numeral 37 de la parte considerativa del fallo).

Al respecto se debe anotar que tal como se anunció en la contestación de la demanda y se acreditó en el transcurso del proceso, sobre lo cual el despacho no reparó, ni se ocupó de su revisión y análisis y así se deduce del fallo proferido, pues ningún pronunciamiento hizo al respecto, las actividades al retiro de CIM de la obra y que quedaron pendientes de ejecutar se debieron a:

A- Actividades que CEMEX solicito no realizar como lo fue por el ejemplo la **NAVE DE MATERIAS PRIMAS** reconocida en la misma demanda por la parte actora y el montaje “MEDIO TECHO” tal como obra a folio 524 y 525 cuaderno 3, lo cual fue ratificado de manera amplia y detallada por los Ingenieros Jorge Villa y Roberto Montoya.

B- Ausencia de autorización de CEMEX para algunos trabajos como es el caso del cambio del tubo cuadrado, montado en Riostras y que **CEMEX** quería que fuera en otro material y que no autorizo según correo del 12 de diciembre



316 404 9250
(2) 370 3088
(2) 370 2902



contacto@espinalabogados.com



www.espinalabogados.com



Calle 19 Norte 2N - 29 Of. 602 D
Cali - Colombia

de 2.013 enviado por el Ingeniero Guillermo Rozo a Julián Díaz y que obra a folio 501 del cuaderno 3, todo lo cual fue ratificado por los Ingenieros Jorge Villa y Roberto Montoya.

C- Ausencia de materiales a cargo de MICESA. Mediante los correos electrónicos del 3 de Julio, 9 de Dic, 18 de Dic y 19 de Dic, todos de 2.013 y que obran al proceso y que fueron enviados por **CIM** a través del Ingeniero Guillermo Rozo a Roberto Covarrubias, Felipe Galán y a Julián Díaz, funcionarios de **MICESA**, quedó acreditado la falta en el suministro de algunos materiales, insumos y equipos a cargo de **MICESA** para efectuar el debido montaje y finalizar con los detalles que quedaron pendientes, como lo fue:

- ✓ **Correas faltantes.**
- ✓ **Rejillas de banda.**
- ✓ **Perfiles faltantes — Tornillos — Ángulos - Empaques y Tuberías.**
- ✓ **Ausencia de pisos y pasamanos.**
- ✓ **Chazos pendientes.**
- ✓ **Conexiones a ventiladores, bases y soportes en tubería de fluidización.**
- ✓ **Piezas de empaque - Neopreno de 1/8 de espesor.**
- ✓ **Soporte del Aerodeslizador.**
- ✓ **Caja de conexiones y mangueras para dar corriente.**

Todo lo anterior fue ampliamente ratificado por los Ingenieros Jorge Villay Roberto Montoya en las declaraciones rendidas dentro del proceso. Es de anotarse que dichos correos obran al proceso entre otros en los folios 494, 516 a 522 y sobre los cuales guardó silencio el despacho en su análisis.

Tan evidente fue la ausencia de varios equipos y materiales que debía de suministrar **MICESA**, que mírese que el Gerente de esta compañía (Felipe Galán) reconoce tal situación a Jorge Valderrama (Gerente CIM) en su correo del 3 de julio de 2.013 y que obra al expediente y sobre el cual tampoco reparó el despacho.

D- Actividades no incluidas en el Contrato - Obras Adicionales

D.1- Se ejecutaron una serie de obras adicionales al objeto del contrato contenidas en la relación del 28 de octubre de 2.013 suscrita entre Julián Díaz (**MICESA**) y Guillermo Roza (**CIM**) y que obra al proceso al ser allegada con la contestación de la demanda, las cuales no fueron canceladas por **MICESA** y de las que informaron ampliamente los Ingenieros Jorge Villa y Roberto Montoya en las declaraciones rendidas.

D.2.- Pretendían la ejecución de unas obras adicionales al objeto del contrato contenidas en el Punch List y que fueron referidas en la demanda como no ejecutadas, algunas de las cuales figuran en el informe de ENDICONTROL y sobre las cuales es de anotarse, tal como se acreditó dentro del proceso con las declaraciones de los Ingenieros Jorge Villa y Roberto Montoya, **correspondían a obras adicionales o a reacondicionamientos o reparaciones o algunos suministros a los cuales contractualmente no estaba obligado ejecutar mi representado, ni contractualmente podía ejecutar, pues el numeral 10 de la cláusula 3 de la oferta, el cual desafortunadamente pasó por alto el ad quo, se lo prohibía ("EL CONTRATISTA, no podrá realizar ningún contrato o trabajo de montaje o suministro de elementos en el montaje del terminal de molienda objeto de este contrato no solicitado por EL CONTRA TANTE.").** entre ellas encontramos a vía de ejemplo y se acreditaron con las mencionadas declaraciones entre otras: En el **Área de Alimentación de Tolvas**: Instalación rodapié pendiente TB1, Arreglo de barandales TB1, los cuales era reacondicionamientos; En el **Área de Tolvas de Materia Prima**: Soldar pisos faltantes nivel apron feeders, tapar agujeros paso de tuberías en piso, tapar agujeros pasacables, tapar agujeros de ductos de cañones de aire no instalados tolva de yeso, terminar barandillas nivel apron feeders, los cuales eran reacondicionamientos; **Área**

de Alimentación Molino y Molino: Arreglo de estructura del transportador de baranda de alimentación molino esta torcida, arreglo de barandales en todo edificio molino, arreglo de uniones en los extremos de polinería en estructura de molino, soldar pisos faltantes (pisos no entregados por Micesa), instalar viga faltante en nivel de cabeza de elevadores (viga no entrega por Micesa), terminación barandales nivel 0 molino (barandales no entregados por Micesa), arreglos de plataformas y barandillas parte inferior filtros de proceso, los cuales eran reacondicionamientos; **Área Transporte de Cemento de Molino a Silos:** Cierre de lámina entre galería y edificios de molino y silos, lo cual era reacondicionamientos; **Área de Silos de Cemento:** Soldadura de arriostramiento de la estructura silos 1, 2 y 3 (estos eran empalmes que venían ya con los silos desde cuando fueron desmontados en Montalvo), reparar barandillas de torre elevadores, reemplazar soportes de tubería de fluidificación anillo en los silos 1, 2 y 3, reparar los guarda hombre de los filtros de manga, desmontar barandillas alrededor de elevadores nivel intermedio silos, arreglar soporte de olla aero de silo 2 a elevador, terminar de soldar estructura de soporte silo 1 (eran empalmes que venían ya con el silo desde cuando fue desmontado en Montalvo), arreglar guarda hombre filtros de mangas (fueron suministrados dañados), instalar contravientos faltantes de torre elevadores (estos son los que se retiraron por desvío obligado de bandeja eléctrica a ducto de desempolvado), arreglo de barandales parte superior silos 1, 2 y 3, los cuales eran reacondicionamientos y otros suministros o reparaciones. Todo lo anterior quedó debidamente acreditado dentro del proceso de manera amplia y detallada en las declaraciones rendidas por los Ingenieros Jorge Villa y Roberto Montoya y sobre las cuales ningún reparo o análisis efectuó el despacho

E- Obras que no eran objeto del contrato. Quedo acreditado al proceso igualmente de manera pormenorizada y detallada con la declaración del Ingeniero Jorge Villa, la cual debe de contrarrestarse con el objeto del contrato de **CIM**, que las siguientes obras referidas por **MICESA** como no ejecutadas por **CIM** y que aparecen enlistadas en el Punch List, no eran obras que correspondían ejecutar a mi representada y que por el contrario eran obras que debían ejecutar otros contratistas, todo lo cual ni siquiera analizó el ad quo, como son entre otras: En el **Área de Almacén de Materias Primas:** Retoques de pintura estructura, pintura de polinería techo lado yeso y caliza;

En el Área de Alimentación de Tolvas: Pintura de TB1, pintura de estructuras y equipos; En el Área de Tolvas de Materia Prima: Pintura de tolvas, estructuras y equipos, pintura de estructura, tolvas y equipos área de tolvas; Área de Alimentación a Molino y Molino: Pintura de estructura y equipos área de molienda, terminar alistamiento térmico en filtros, instalar actuador de damper de aire fresco, pintura de chimenea y ductos de proceso, retoques de pintura tubería aire comprimido por pintura Micesa, pintura estructura y equipos; Área Transporte de Cemento de Silos a Envase: Pintura estructura y equipos. Área de Envase y Paletizado: Pintura estructura y equipos. **VARIOS**: Entrega de protocolos eléctricos, pinturas de básculas, retiro de torre grúa entre silos y paletizado, hermeticidad en registros eléctricos, barreras retardantes al fuego en la entrada de cables a las salas eléctricas, pararrayos en silos de cemento, marcación de botonera de campo y tableros drop, compuertas gases circuito separador, red de comunicaciones drops, daño UPS sala eléctrica silos, banco baterías celda de MT, cambio conectores profibus paletizadora, sensores de cortina de paletizadora entre otras, obras todas estas que correspondían a otros contratistas y por lo tanto no estaban comprendidas dentro del objeto del contrato de **CIM**.

Si el ad quo al momento de analizar la demanda y la contestación a la misma y contrarrestar estas con las anteriores pruebas echadas de menos y no analizadas por el fallador y analizar detenidamente las razones por las cuales **CIM** dejó de ejecutar los detalles y pocas obras pendientes cuando se retiró de la obra, tal como lo dejé anteriormente anotado y así aparece acreditado al proceso, necesariamente ha debido de acojer las excepciones de fondo rotuladas “Inexistencia de incumplimiento contractual”, “Cumplimiento de **CIM** de sus obligaciones contractuales e imposibilidad de culminar el contrato por causas imputables a **MICESA** o a **CEMEX COLOMBIA S.A.**”, “Limitación del objeto contractual a su contenido material y responsabilidad exclusiva del contratante por la no ejecución de las 35 actividades que quedaron pendientes” y en consecuencia declarar igualmente prospera la excepción de fondo rotulada “Cobro de lo no debido”, pues se pretendía por **MICESA** cobrar unas obras de detalles que no ejecutó **CIM** pero por los hechos y causas antes

referidos, como también cobrar unos sobrecostos aducidos en la demanda los cuales:

- **Son inexistentes.** En el Interrogatorio de Parte a Julián Díaz (MICESA) que le efectuó el apoderado de la Compañía de Seguros, este expresó que **CEMEX** les efectuó el pago de todas las obras ejecutadas del proyecto, por lo tanto, ni tuvieron los sobrecostos aducidos, pues todo se los canceló **CEMEX**, ni los perjuicios pretendidos en la demanda son ciertos. Pretender ahora un nuevo pago de los supuestos sobrecostos y perjuicios equivale a pretender un **PAGO DOBLE** de los mismos
- **Si los incurrieron, no son derivados de ningún incumplimiento de CIM** y todo ello quedo desvirtuado en el interrogatorio que le efectúe al perito y con las declaraciones rendidas por los Ingenieros Jorge Villa y Roberto Montoya.
- **Al contrarrestar el dictamen y su pobre sustentación con las declaraciones de Jorge Villa y Roberto Montoya, en evidencia quedo:**

A- Que la gran mayoría de las facturas allegadas son por obras adicionales.

B- Que otra parte de las facturas allegadas son por obras de otros contratistas (Eléctrico y Pintura).

C- Que otras facturas allegadas son por materiales y suministros y equipos que no eran responsabilidad de **CIM**, entre otras las facturas **74, 87, 1888, A 4980, 868, 867.**

D- Facturas que no corresponden al periodo posterior al retiro dela obra por parte de CIM, como son entre otras las 639, 642, 653, 657, 692, 699, 682, 41, 42, 707, 45, 46, 51, 54 y 55



316 404 9250
(2) 370 3088
(2) 370 2902



contacto@espinalabogados.com



www.espinalabogados.com



Calle 19 Norte 2N - 29 Of. 602 D
Cali - Colombia

E- Facturas que no corresponden a actividades que estuvieran acargo de mi representado, como fueron las facturas de alquiler de equipos, suministro de elementos o insumos, actividades eléctricas y pintura.

F- Facturas que no identifican la obra para la cual se prestó el servicio o se efectúo el suministro

2. Caso especial y sobre el cual deseo llamar poderosamente la atención del Tribunal concierne a la declaratoria de improsperidad que hizo el despacho de la excepción de fondo rotulada “Contrato no cumplido”, so pretexto que en la contestación de la demanda no se especificó en forma concreta, cuales eran las obligaciones incumplidas por **MICESA** (numeral 20 de la parte considerativa del fallo), que se manifestó que la demandante se encontraba (sic) incumpliendo con sus obligaciones de suministro de equipos y ejecución de otro tipo de actividades para **CEMEX**, pero sin decir cuáles fueron los equipos, que actividades, si eran de campo, de ensamblaje, de suministro de partes, y en este caso, de cuales, o si las partes venía averiadas, entre otras cosas (numeral 21 de la parte considerativa del fallo), resaltando además que **CIM** en su contestación de demanda señaló que **MICESA** no suministró ni equipos a **CIM** y que manifestó mora en los pagos, afirmaciones todas estas para el despacho imprecisas sobre cuáles de ellos no se suministraron, y sin especificar cuáles pagos fueron en mora (numeral 24 de la parte considerativa del fallo).

Ante todo, es importante tener en cuenta que por mandato expreso del Artículo 282 del Código General del Proceso, el cual entre otras el ad quo inobservo, establece:

“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyan una excepción deberá de reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”

En el caso que nos ocupa independientemente que se hubiere alegado o no el incumplimiento del contrato por parte del demandante, es decir se hubiere propuesto o no la excepción de contrato no cumplido, quedó hasta la

saciedad demostrado dentro del plenario que **MICESA** no cumplió con parte de sus obligaciones como lo fueron:

A- Partiendo de la premisa que el objeto contractual lo fue ejecutar el montaje de un terminal de molienda el cual debía de suministrar **MICESA** y que se debía de ejecutar en los predios determinados por **MICESA** y tal como quedó demostrado dentro del proceso con las pruebas documentales allegadas y con las declaraciones de los testigos Ingenieros Jorge Villa, Roberto Montoya y con la declaración del señor Roberto Covarrubias, **MICESA** debía de entregar los terrenos donde se debía de instalar la terminal de molienda en condiciones que permitiera la correcta y oportuna instalación del mismo, es decir **MICESA- CEMEX** debían de entregar el terreno en óptimas condiciones que garantizaran el montaje en la forma y los tiempos establecidos.

No obstante, quedó demostrado hasta la saciedad dentro del proceso que **MICESA no cumplió** con dicha obligación, pues por el contrario quedó demostrado las pésimas condiciones en que **MICESA- CEMEX** entregaron y mantuvieron el terreno, todo lo cual quedó acreditado con:

- ✓ El amplio registro fotográfico acompañado incluso por los declarantes Ingenieros Jorge Villa y Roberto Montoya.
- ✓ Con las diferentes actas de reuniones de obra que se allegaron con la contestación de la demanda y que igualmente allegaron los declarantes Ingenieros Jorge Villa y Roberto Montoya, en especial entre otras las correspondientes a junio 21 de 2.013 y julio 11 de 2.013 donde se dan cuenta de las condiciones en que se encontraba el terreno.
- ✓ Las programaciones diarias de actividades de obra firmadas entre otros por Roberto Covarrubias (**MICESA**) que se allegaron con la contestación de la demanda
- ✓ Los innumerables correos electrónicos que igualmente obran al expediente entre ellos:

- El del 2 de Julio de 2.013 de Felipe Galán (**MICESA**) a Jorge Valderrama (**CIM**) donde reconoce las demoras por los problemas de acondicionamiento de los terrenos por lluvias y que ello era responsabilidad de **CEMEX** y de ellos
- El del 16 de octubre de 2.013 de Roberto Covarrubias (**MICESA**) a sus jefes Felipe Galán, Julián Díaz y Pedraza.
- El del 28 de octubre de 2.013 de Guillermo Rozo (**CIM**) a Felipe Galán, Julián Díaz y Roberto Covarrubias, todos ellos de **MICESA**.
- El del 2 de agosto de 2.013 de Jorge Valderrama (**CIM**) a Roberto Covarrubias y Felipe Galán (**MICESA**).
- El del 14 de agosto de 2.013 de Guillermo Rozo (**CIM**) a Julián Díaz y Roberto Covarrubias, todos ellos de **MICESA**.
- El del 9 de septiembre de 2.013 de Guillermo Rozo (**CIM**) a Julián Díaz (**MICESA**).
- El del 22 de junio de 2.013 de Guillermo Rozo (**CIM**) a Roberto Covarrubias (**MICESA**).

Todo lo anterior ratificado ampliamente y de manera pormenorizada por los declarantes Jorge Villa y Roberto Montoya, quienes además informaron lo que ello incidió de manera importante en la ejecución de la obra.

B- LA NO ENTREGA DE MICESA DE MATERIALES E INSUMOS QUE ESTABAN A SU CARGO

Tal como lo dejé consignado anteriormente en el presente escrito, mediante los correos electrónicos del 3 de Julio, 9 de Dic, 18 de Dic y 19 de Dic, todos de 2.013 y que obran al proceso y que fueron enviados por **CIM** a través del Ingeniero Guillermo Rozo a Roberto Covarrubias, Felipe Galán y a Julián Díaz, funcionarios de **MICESA**, quedó acreditado la falta en el suministro de



316 404 9250
(2) 370 3088
(2) 370 2902



contacto@espinalabogados.com



www.espinalabogados.com



Calle 19 Norte 2N - 29 Of. 602 D
Cali - Colombia

algunos materiales, insumos y equipos a cargo de **MICESA** para efectuar el debido montaje y finalizar con los detalles que quedaron pendientes, como lo fue:

- **Correas faltantes.**
- **Rejillas de banda.**
- **Perfiles faltantes — Tornillos — Ángulos - Empaques y Tuberías.**
- **Ausencia de pisos y pasamanos.**
- **Chazos pendientes.**
- **Conexiones a ventiladores, bases y soportes en tubería de fluidización.**
- **Piezas de empaque - Neopreno de 1/8 de espesor.**
- **Soporte del Aerodeslizador.**
- **Caja de conexiones y mangueras para dar corriente.**

Todo lo anterior fue ampliamente ratificado por los Ingenieros Jorge Villay Roberto Montoya en las declaraciones rendidas dentro del proceso. Es de anotarse que dichos correos obran al proceso entre otros en los folios 494, 516 a 522 y sobre los cuales guardó silencio el Despacho en su análisis.

Tan evidente fue la ausencia de varios equipos y materiales que debía de suministrar **MICESA**, que mírese que el Gerente de esta compañía (Felipe Galán) reconoce tal situación a Jorge Valderrama (Gerente **CIM**) en su correo del 3 de julio de 2.013 y que obra al expediente y sobre el cual tampoco reparó el Despacho.

C- PAGOS EN MORA.

Se estableció en la oferta en su cláusula quinta que el **MICESA** debía de cancelar las labores ejecutadas dentro de los 60 días calendarios a la radicación de las correspondientes facturas. Por otro lado, el ad quo ordenó como prueba oficiosa que **CIM** allegará certificación sobre los pagos efectuados en el transcurso del contrato, lo cual se cumplió por mi representada y de la certificación allegada y que no fue tachada de falsa se

desprende con facilidad que **MICESA no cumplió con el pago oportuno de las facturas: 899 de mayo 23 de 2.013, 9000 de mayo 23 de 2.013, 9049 de junio 16 de 2.013, 9167 de agosto 12 de 2.013, 9197 de septiembre 4 de 2.013, 9243 de octubre 16 de 2.013, 9290 de noviembre 13 de 2.013 y 9305 de noviembre 25 de 2.013.** Igualmente, no cumplió con el pago de la factura **9413 de marzo 5 de 2.014**, como también se negó a pagar las obras adicionales ejecutadas por **CIM** y que fueron autorizadas por **MICESA** y que en total sumaron **\$848'944.997**, según se desprende de la certificación allegada al proceso a instancias del ad quo, debiéndose anotar que ningún análisis sobre los pagos a destiempo y pagos no efectuados hizo el Despacho en la Sentencia proferida, no obstante habersele allegado la certificación por el ordenada de manera oficiosa

Al encontrarse probado fehacientemente los incumplimientos de **MICESA** de parte de sus obligaciones, estaba el Juez en la obligación legal (**Art. 282 del C.G. P**) de **declarar aún de manera oficiosa dicha excepción de contrato no cumplido y no lo hizo**. Es más, ni siquiera se tomó el trabajo de emprender el estudio y análisis de cada uno de dichos hechos y menos de lo que arrojó las pruebas al respecto recaudadas y practicadas dentro del proceso.

Por otro lado, y en cuanto al pobre argumento esgrimido por el Despacho para desestimar la excepción de fondo formulada de "**Contrato no Cumplido**", de que en la contestación de la demanda no se especificó en forma concreta, cuáles eran las obligaciones incumplidas por **MICESA**, es de anotarse que es deber del juzgador interpretar en su conjunto no solo la demanda, sino la contestación de la misma y las excepciones de fondo formuladas, lo cual no aconteció en el presente caso, toda vez que si lee con detenimiento la excepción de fondo formulada de contrato no cumplido y las respuestas que se dieron a los hechos:

- **Decimo Primero** se dejó consignado que las láminas que debían montarse en los silos debían estar corrugadas pero que, a raíz de su traslado desde Montalvo a la obra, llegaron planas, es decir perdieron la curvatura, hecho este que fue reconfirmado por el Ingeniero Jorge Villa en su declaración.



316 404 9250
(2) 370 3088
(2) 370 2902



contacto@espinalabogados.com



www.espinalabogados.com



Calle 19 Norte 2N - 29 Of. 602 D
Cali - Colombia

- **Décimo Octavo** se dejó consignado al consignar las razones de inejecución de algunas actividades por parte de **CIM** que las mismas se debieron porque no llegó el material como fue el caso de: **Item Transporte Alimentación Molino:** Láminas de Protección de guardas acoples rotary filtros de proceso, instalación de tubería y accesorios tanque diésel, instalación tuberías y conexiones de quemador. **Item Silos de Cemento:** instalación contravientos faltantes de torre elevadores, instalación contravientos faltante parte superior de silos, terminar barandal curvo de parte superior de silo 1, instalar lámina faltante en galerías y arreglar remates, instalar contravientos faltantes, cambiar contravientos en parte superior edificio de envase; **Item Ensacado y Paletizado:** Instalar guarda hombre en escalera acceso a alimentador vibratorio, completar contraviento en estructura nivel tolva.

Como también las respuestas que se dieron a la pretensión primera de la demanda sobre que **MICESA** incumplió en múltiples oportunidades con su obligación de proveer equipos en buenas condiciones a **CIM** bien fuere por daños ocurridos durante el traslado (actividad de **MICESA**) o porque estos nunca llegaron al lugar de la obra, como también la relación detallada de los suministros no efectuados por **MICESA** que se dejaron consignados en la excepción de fondo rotulada “**inexistencia de incumplimiento contractual**”, como igualmente el no pago de las obras adicionales, tal como se dejó consignado al contestar el hecho **vigésimo** de la demanda

De todo lo anterior necesario es concluir que, a diferencia de lo manifestado por el Despacho, si se refirió y en diferentes apartes de la contestación de la demanda y de las excepciones formuladas, diferentes incumplimientos de **MICESA** de sus obligaciones, por lo que estaba llamada a prosperar por todos los anteriores motivos la excepción de fondo rotulada “**Contrato no Cumplido**” por **MICESA** y no salir el Despacho con la inaceptable tesis de que en la contestación de la demanda no se especificó en forma concreta los incumplimientos de **MICESA**.



316 404 9250
(2) 370 3088
(2) 370 2902



contacto@espinalabogados.com



www.espinalabogados.com



Calle 19 Norte 2N - 29 Of. 602 D
Cali - Colombia

3. Haber declarado que la **COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A.S.** incumplió el contrato de prestación de servicios celebrado el 7 de marzo de 2.013 con **MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO DE COLOMBIA S.A.S.**, declaración está a la cual no había cabida y menos era prospera dicha pretensión, si tenemos en cuenta los diferentes argumentos que dejé planteado en los **dos (2) anteriores numerales de este escrito, los cuales reitero como sustento del presente reparo.**

Por lo tanto, Honorables Magistrados, en el caso que nos ocupa, no hay razón alguna para declarar que mi representado no cumplió con el contrato convenido, pues lo ejecutó hasta donde las circunstancias se lo permitieron y en el peor de los eventos, estaríamos si en gracia de discusión se aceptara, en un mutuo incumplimiento de las partes, por lo que se harían improductivas las pretensiones de la demanda.

4. Haber condenado a la **COMPAÑÍA DE INGENIERIA Y MONTAJES S.A.S.** a pagar a favor de la empresa **MONTAJES E INGENIERIA DEL CEMENTO DE COLOMBIA S.A.S.** a título de MULTA, el equivalente al 3.5% del valor total de la oferta, esto es, la suma de \$96'481.493, toda vez que si se aceptará que mi representado incumplió el contrato, se debe de tener en cuenta que tal como lo reconoció el demandante en su demanda que habiendo sido la ejecución de **CIM** del **82.7%** y que un **5.63%** de la obra correspondió a la **NAVE MATERIAS PRIMAS** que se acordó que no se ejecutara por orden de **CEMEX** tal como quedo consignado en el dictamen pericial, **significa lo anterior que el supuesto incumplimiento de CIM es del 11.67%** y en esa proporción y de conformidad con lo establecido en el **Artículo 1.596** del Código Civil, **es que se debe efectuar la tasación del valor de la multa si a ello hubiere lugar.**

Es por todo lo anterior que se debe de revocar el fallo proferido en lo concerniente a lo dispuesto en los numerales Primero, Tercero y Cuarto de su parte resolutive y en consecuencia se debe de condenar en costas a la demandante.



316 404 9250
(2) 370 3088
(2) 370 2902



contacto@espinalabogados.com

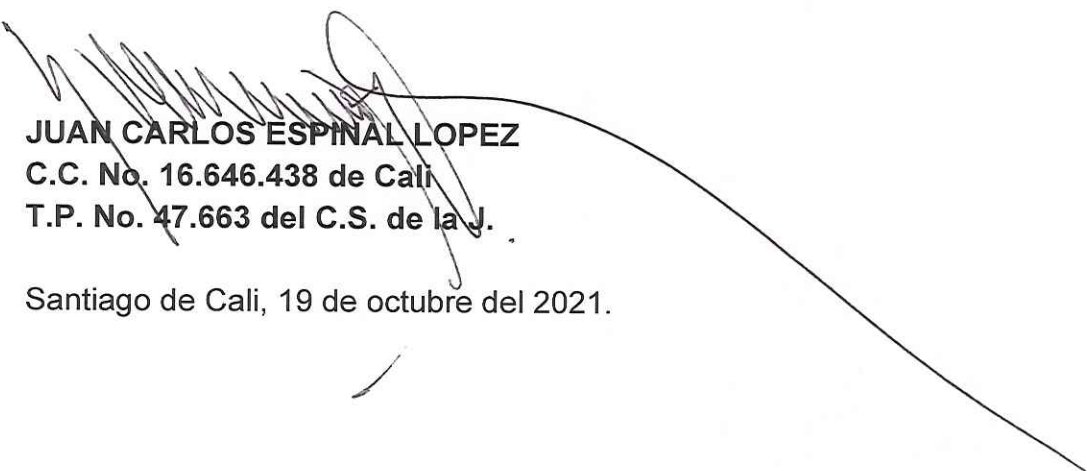


www.espinalabogados.com



Calle 19 Norte 2N - 29 Of. 602 D
Cali - Colombia

Del señor Magistrado con el acostumbrado y debido respeto.



JUAN CARLOS ESPINAL LOPEZ

C.C. No. 16.646.438 de Cali

T.P. No. 47.663 del C.S. de la J.

Santiago de Cali, 19 de octubre del 2021.



316 404 9250
(2) 370 3088
(2) 370 2902



contacto@espinalabogados.com



www.espinalabogados.com



Calle 19 Norte 2N - 29 Of. 602 D
Cali - Colombia



HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL
Magistrada Ponente: Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Referencia: 2011-00090
Demandante: FELIX GAITAN
Demandado: BELLOMONTE
Asunto: Sustentación de apelación parcial

PEDRO ALEXANDER RODRIGUEZ MATALLANA, obrando como apoderado del señor Félix Gaitán demandante dentro del proceso de la referencia, estando dentro del término legal que establece el Decreto 806 de 2020 art. 14, me permito presentar la **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL**, de conformidad con el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del CGP.

Procedo en los siguientes términos:

I. DE LOS PUNTOS DE DERECHO OBJETO DE ALZADA Me permito recurrir en APELACIÓN PARCIAL, el siguiente y único punto de derecho, contenido en la sentencia de primera instancia.

1. La no condena al pago del lucro cesante futuro, a favor de la parte demandante, y, en contra de la parte demandada.

II. DE LOS FUNDAMENTOS Y LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

2.1. De la condena por lucro cesante consolidado Posterior al análisis conjunto de los medios de prueba arrimados a la actuación procesal, así como de los alegatos de conclusión de las partes, el sentenciador A-quo llegó a la siguiente conclusión: Que con la condena por daño emergente ya se encontraba estipulado los perjuicios por el lucro cesante.

Empero, no existe conformidad, respecto del siguiente asunto:

2.2. De la no condena por lucro cesante futuro

2.3. De los yerros que se imputan al Juez A-quo En el caso sub judice, y, concretamente el punto de derecho objeto de reproche, adolece de dos tipos de yerros:

Error de derecho por interpretación errónea de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, y falta de aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

También se abre paso un error de hecho por desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba, consistente en cercenamiento de medio probatorio (yerro de identidad de la prueba). Igualmente, se configura un yerro de raciocinio, por consiste en desconocimiento de las reglas de la experiencia.



Derivado de lo anterior, paso al desarrollo de los vicos achacados

2.3.1. Errores de derecho

2.3.1.1. De la Interpretación Errónea.

Uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual, es el nexo causal. Dicho acontecimiento se halló acreditado dentro del plenario, razón por la cual fue declarada la responsabilidad de la demandada. Producto de ello, el A-quo fulminó condena, entre otros conceptos, por el daño emergente; pero se abstuvo de condenar al pago del lucro cesante.

Dicho análisis, comporta un yerro de hermenéutica de los cánones 1613 y 1614 del ordenamiento sustantivo civil, pues el fallador les concedió una interpretación equivocada, al estimar que, para efectos de configurar lucro cesante.

ARTICULO 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

ARTICULO 1614. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

Se desconfigura el espíritu de las citadas normas sustantivas civiles, en tanto el Legislador, no les concedió dicho alcance. De haber sido en esa forma, la norma incluiría las respectivas menguas interpretativas. Pero contrario a ello, ni siquiera la jurisprudencia o la doctrina lo han efectuado. Es que razonar en la forma que lo efectuó el A-quo, deviene en negar la indemnización del daño, a la víctima, habiéndose acreditado la responsabilidad de la demandada.

2.3.1.2. De la falta de aplicación

En el ordenamiento jurídico patrio está presente la regla según la cual, en toda actuación judicial, la reparación de los daños ocasionados a una persona debe obedecer o atender el criterio del resarcimiento integral. En efecto, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, prevé que “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Dicho precepto fue inaplicado en la resolución de la presente litis; pues ante la declaratoria de responsabilidad de las demandadas, se evidenció el grave detrimento patrimonial percibido por la parte demandante.

Antes bien, tal situación obliga acudir a los criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, a la equidad, la jurisprudencia y la doctrina como lo prevén los artículos 230 Superior, y se reitera, el cano 16 de Ley 446 de 1998, norma última que brilla por su ausencia en la resolución de la litis.

2.3.2. Errores de hecho

2.3.2.1. Del cercenamiento del peritaje decretado de oficio.

El A-quo, comete error de hecho, al valorar el peritaje de cuantificación de los daños materiales, en forma parcial; ello por cuanto cercenó de la valoración, el acápite correspondiente a la cuantificación del lucro cesante.

Lucro cesante.

El perito, procedió a establecer por intermedio del contador público MISAEL E PACHON C, mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía 80.271.033 de Bogotá con T.I. 66467-T donde se calculó el valor de los arrendamientos de la propiedad materia de la litis desde el mes de abril de 2008 hasta el mes de febrero de 2019 y actualizados al valor presente- fecha en la cual se certificó que fue el 4 de abril de 2019 - ascienden a la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS MCTE (\$ 4.773.768.751).

Sin embargo, el sentenciador de instancia no condenó por este concepto. Dicho actuar lesiona indirectamente los referidos artículos 1613, 1614 del Código Civil, así como el canon 16 de la mentada Ley 446 de 1998.

Es un error manifiesto y trascendente, como lo exige la jurisprudencia de vieja data. Es manifiesto o contraevidente, por cuanto la conclusión de hecho a que llegó el fallador (la no configuración del lucro cesante) resulta evidentemente contraria a la realidad fáctica exteriorizada en la prueba.

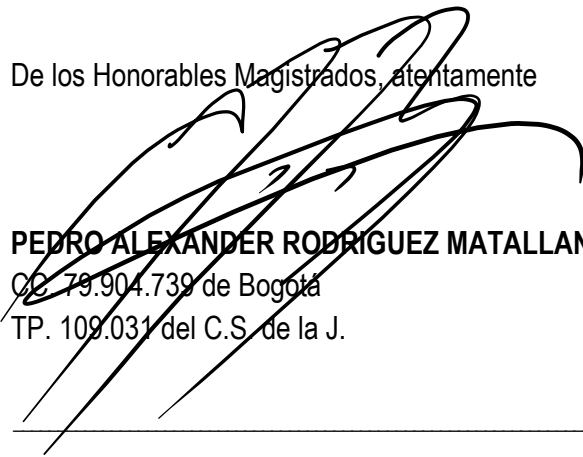
En dicho sentido se aprecie de bulto el yerro, y no después de un intrincado análisis. La prueba señala la responsabilidad de la demandada y el detrimento patrimonial del demandado, y su acreditación mediante peritaje; pero la conclusión del fallador es alejada de dicha realidad fáctica.

El error es trascendente, porque éste incide en la decisión final; es decir no nos hallamos frente a un yerro inane intrascendente. En la parte resolutive del fallo, el juzgador no condenó a la parte accionada al pago del lucro cesante, el cual, la parte demandante ha venido soportando desde el año 2008.

Es dable entonces predicar que, si el fallador hubiera tenido en cuenta la certificación del contador que se anexo al dictamen pericial, hubiera procedido a reparar en forma integral al demandante, fulminando condena a la demandada por el lucro cesante, el cual, se itera, se causó, y así se acreditó y cuantifico en debida forma, mediante peritaje, dentro de la actuación procesal.

Por lo expuesto, solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, revocar parcialmente la sentencia objeto de alzada, en el sentido condenar a la parte demandada, al pago del lucro cesante a favor de la parte demandante, en concordancia con el peritaje y pruebas allegadas al proceso.

De los Honorables Magistrados, atentamente



PEDRO ALEXANDER RODRIGUEZ MATALLANA
C.C. 79.904.739 de Bogotá
TP. 109.031 del C.S. de la J.

Doctora
ADRIANA SAAVEED
MAGISTRADA SALA CIVIL TRIBUNAL DE BOGOTÁ
E. S. D.

REF: Verbal instaurado por FELIX GAITAN MOLINA contra BELLOMONTE S.A.S. y OTROS
EXPEDIENTE 110013103-038-2011-00090-01

Asunto: sustentación de la apelación

RICARDO AGUILAR DÍAZ, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá, D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.486.349 de Bogotá, Abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional número 67.813 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, correo electrónico aguilardiazabogados@gmail.com, obrando en mi calidad de apoderado de la sociedad demandada **BELLOMONTE SAS** (antes Ltda) de la manera más respetuosa y estando dentro del término legal, presento SUSTENTACIÓN de la apelación contra la sentencia de 28 de julio de 2021, desarrollando los respectivos reparos concretos así:

I) La sentencia es incongruente:

a. La juzgadora condenó por una causa diferente a la invocada en la demanda, desoyendo el mandato del artículo 281 del CGP (No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta).

Con esto incurrió en un vicio de incongruencia o incosonancia, defecto que se presenta cuando *“el sentenciador, al considerar la causa aducida como fundamento de la pretensión, no hace cosa distinta que despreocuparse de su contenido para tener en cuenta únicamente el que de acuerdo con su personal criterio resulta digno de ser valorado”* (CSJ SC de 18 ago. 1998, rad. C-4851).

La incosonancia *“puede ser «fáctica» si el fallador incide en una «sustitución arbitraria de los supuestos aducidos por las partes en sustento de sus aspiraciones», en otras palabras, altera la causa petendi; u «objetiva», si al acoger las súplicas «peca por exceso o por defecto (extra, ultra o mínima petita)», lo que puede darse cuando «...se pronuncia sobre objeto distinto del pretendido..., o desborda las fronteras cuantitativas de lo que fue suplicado..., o deja de resolver aspectos que le fueron demandados...», respectivamente”* (CSJ SC 4 sept. 2000, reiterada en SC 27 sept. 2013, exp. 2005 00488 01).

b. Aunque la demanda se fundamentó jurídicamente en las normas que disciplinan la responsabilidad contractual, la juzgadora centró su análisis en la aquiliana, sin mediar siquiera alguna hermenéutica de la demanda y mucho menos sin tratarse de una materia sobre la cual el juez debe resolver oficiosamente.

Al respecto sostiene la jurisprudencia:

“(…) validada la suficiencia del texto de la demanda, mediante su admisión, y concedida la oportunidad de contradecir a aquellos contra quienes se dirige, no puede el funcionario dirimir la disputa por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las expectativas de éstas, al dejar de lado aspectos sometidos a su escrutinio o al resolver puntos que no han sido puestos a consideración, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiosas conferidas por la ley (...) La Corporación tiene dicho al respecto que ‘[e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso’.¹

C. Nótese que la presunta responsabilidad extracontractual que dedujo la funcionaria nunca fue reclamada en la demanda.

Consentir en que a mi mandante se le condene por esa causa implicaría desde luego la inconsonancia que se viene denunciando, pero sobre todo, supondría una afrenta insubsanable para los derechos de contradicción y defensa (garantías esenciales del debido proceso) de mi prohijada, quien siendo llamada a juicio por una clase específica de responsabilidad, vino a ser condenada por otra. Es obvio que si no se demandó por la culpa aquiliana, no hay manera de que se hubiere

¹ CSJ, SC8410 de 2014, rad. 2005-00304.

permitido una estrategia defensiva eficaz, al punto que no se desarrolló un debate probatorio sobre ese tópico.

Y, fue dicho, la responsabilidad extracontractual no es un asunto de esos (como la nulidad absoluta o las restituciones mutuas en la resolución o reivindicación) en los que el juez deba ocuparse de oficio.

D. Claro, no se desconoce que el juez tiene la facultad-deber de interpretar la demanda.

Pero es que en este caso la juzgadora nunca dijo que estuviese interpretando la demanda (sencillamente se equivocó crasamente en su esfuerzo por tratar de comprender la literalidad del libelo).

Y aun si lo hubiese hecho, tal ejercicio hermenéutico era innecesario (para cualquier lector ajeno al despacho a-quo el texto de la demanda es claro y perfectamente entendible) y por lo mismo inapropiado.

En esa hipótesis (entendiéndose que la juez no fue incongruente sino que interpretó la demanda) en ese evento habría cometido un yerro, pero de juzgamiento más que de procedimiento, al distorsionar unas pretensiones que por claras no admitían exegesis.

Sobre los límites del laborío hermenéutico de la demanda, tiene sentado la jurisprudencia:

“(…) también puede suceder que el juez, en su búsqueda del significado auténtico del texto de la demanda, termine alterando sus precisos contornos, es decir, que en desarrollo de la labor hermenéutica que resulta necesaria para desentrañar el sentido de pasajes oscuros, anfibológicos o poco inteligibles, arribe a conclusiones incompatibles con cualquier lectura lógicamente admisible del aquel escrito introductorio.

En este supuesto, el vicio no será in procedendo, como ocurre en los casos de sentencias incongruentes, sino in iudicando, pues el traspié del fallador viene antecedido de la tergiversación o adulteración del contenido material de la demanda, entendida como pieza fundamental de evidencia del proceso. Así lo tiene decantado, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación: «Cuando el resultado de [la] labor hermenéutica [del juez] no refleja fielmente lo reclamado en la demanda, en particular si el fallo incorpora, antojadizamente, la percepción del juez sobre la dimensión y naturaleza de los hechos y pretensiones, “como ocurre cuando tergiversa de modo evidente su texto, o lo hace decir lo que no expresa o, también cuando cercena su real contenido (...)”, “el sentenciador incurre en yerro de facto.”²

E. En suma, reitero, el juez tiene vedado franquear los contornos del litigio planteados por las partes y en últimas eso hizo la juez de primer grado.

- II) La sentencia es contraevidente por los siguientes errores en la valoración de las pruebas:

² CSJ, SC3724-2021.

a. Se aportó por la parte convocada un dictamen pericial muy serio y profundo, encargado a uno de los profesionales del país más respetado como autoridad en el tema de 'suelos' (Ing. Alfonso Uribe Sardiña). Pero sin mayor motivación la juez descartó de plano ese estudio.

La falladora confundió el "resumen" que con buen juicio y para mayor ilustración elaboró el experto (de apenas un par de hojas como se espera de un resumen) con el verdadero peritaje: un pormenorizado examen de las condiciones geotécnicas, no de la generalidad de la localidad de Suba como erradamente lo hizo el auxiliar de la justicia basándose apenas en informes del Distrito con fines distintos, sino enfocándose **exclusivamente en los predios involucrados**. Las conclusiones de ese trabajo están fundamentadas en un copioso material técnico que incluye tanto los resultados de múltiples exploraciones del subsuelo como ensayos de laboratorios que permitieron hacer una verdadera caracterización sísmica y formológica del terreno.

La sentencia ni siquiera valoró las conclusiones del experto. De haberlo hecho evidentemente habría descartado el nexo causal entre el daño padecido por el accionante y el actuar de la encartada. Es más, habría concluido con sobrado apoyo probatorio que todo el perjuicio fue propiciado por la propia informalidad del demandante, quien de forma artesanal levantó su vivienda sin licencia y desapegándose de las normas urbanísticas.

b. En cambio, el veredicto se cimentó en dos informes verdaderamente vagos y escuetos elaborados por dos 'auxiliares de la justicia' de experiencia no

comprobada y capacidades dudosas: **uno de ellos incluso aceptó carecer de la experticia suficiente para elaborar el dictamen.**

No se entiende cómo la juez pudo cimentar su sentencia en tan precarios ‘elementos demostrativos’, si es que así puede llamárselos, porque técnicamente no son pruebas, menos dictámenes.

Esos ‘dictámenes’ insumo de la sentencia además incumplen los requisitos del art. 226 CGP pues no detallan, contienen, ni explican los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones que soportan las conclusiones.

c. La juez no tomó en cuenta que el primer auxiliar de la justicia omitió incluso aclarar su trabajo.

d. En la sentencia, la tasación del perjuicio se apoyó en el concepto del segundo auxiliar sobre el justiprecio del bien. Sin embargo, para el avalúo el auxiliar dijo utilizar el método comparativo o de mercado.

Según la Resolución 620 de 2008 del IGAC, ese método permite deducir el precio comercial del bien a valorar a partir de la comparación (de ahí su nombre) con el precio comercial de al menos otros cinco inmuebles equiparables en sus características principales, como ubicación, tipo de construcción, uso, etc.

En este caso, por la naturaleza y las condiciones de la vivienda a avaluar, ese método era impracticable. A términos de la Resolución 620, debió emplearse el método de reposición.

De cualquier forma, el evaluador simplemente tomó el valor del metro cuadrado en el sector e hizo una regla de tres.

e. El fallo omitió analizar la objeción a los dictámenes y las tachas de sospecha sobre los testigos (dependientes del demandante). En realidad esa cuestión debía ser objeto de pronunciamiento forzoso (recuérdese que el debate probatorio se desarrolló enmarcó en el Código de Procedimiento Civil).

Pero de forma reprochable (cosa que desde luego debe considerarse en la calificación de la juez que haga el tribunal), estando en duda la idoneidad e imparcialidad de los expertos, sin más la juez da por cierto tan endeble criterios; peor aún: los tomó como prueba inobjetable del hecho, daño, del nexo causal e incluso del monto del perjuicio y su correlativa indemnización.

Es decir, la juez desatendió su labor, pues le compete valorar las prueba. A la postre se dejó reemplazar por dos meros “auxiliares de la justicia” que ni siquiera acreditaron sus competencias técnicas para dictaminar.

f. El juzgado ignoró todas las pruebas y evidencias del actuar diligente de mi mandante, quien por años ha desarrollado el proyecto urbanístico con estricto apego a la normatividad aplicable.

El expediente está plagado de documentos que demuestran la gestión diligente y respetuosa de las normas de mi mandante: basta al respecto con reseñar el Concepto Técnico N° 4390 de 2006 de la Dirección de Tención de Emergencias

(en todo caso invito al tribunal a una sencilla revisión del plenario para comprobar mi dicho en los demás comprobantes anexados al litigio).

De haberlos valorado, la sentencia tendría que haber comulgado con la inexistencia de culpa que se alegó desde la contestación de la demanda. Cabe anotar que la demanda invoca como hecho dañino la presunta ‘infracción de normas sobre disposición de escombros y desperdicios o la omisión de reparaciones’. El legajo adosado al plenario evidencia todo lo contrario.

Pero sobre todo, siendo que la constructiva es una actividad catalogada de peligrosa y por ello el demandado solo puede “*exonerarse de responsabilidad rompiendo la causalidad*”³, todas esas pruebas le habrían permitido ver al fallador que los inconvenientes sufridos por la vivienda del actor son fruto, no de la actividad de mi procurada, sino de su propia negligencia al construir sin licencia e inobservando las normas urbanísticas. O lo que es lo mismo, acontece aquí el consabido eximente de “culpa exclusiva de la víctima”⁴. Cuestiones que con sobrada erudición se explican en el dictamen aportado por la convocada.

g. La sentenciadora se basó apenas en una revisión parcial, elaborada por las autoridades distritales hace muchos años al inicio de la obra, para suponer yerros

³ CSJ, SC2905-2021.

⁴ (...) se torna imprescindible dividir el juicio de constatación causal en dos fases, secuencias o estadios: 1) primera fase (questio facti): la fijación del nexo causal en su primera secuencia tiene carácter indefectiblemente fáctico, es libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la conditio sine qua non. 2) segunda fase (questio iuris): una vez explicada la causa del daño en sentido material o científico es menester realizar un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado, puede o no serle objetivamente imputado (*ibídem*).

en la actividad constructiva. No tomó en cuenta que todos los puntos de esas observaciones preliminares fueron subsanados posteriormente, como lo certificó la autoridad.

h. La decisión cuestionada tuvo la inexistencia del acta de vecindad como un indicio del nexo causal. Dejó de valorar que dicha acta i) no es requisito legal y ii) no se elaboró por la renuencia de la parte actora quien nunca permitió el ingreso al predio durante los años que perduró la construcción

i. No se valoró la conducta del demandante: por lógica, si la constructora hubiese causado el deterioro del inmueble, este habría permitido incluso propiciado que los daños constarán en el acta de vecindad. Al efecto, durante años le bastaba con caminar algunos cientos de metros hasta la obra para poner al tanto a los funcionarios de la constructora o al supervisor (que es un tercero) y sentar la susodicha acta. El interesado nunca lo hizo.

j. Se inobservó que no hay ninguna prueba del estado anterior de la vivienda.

h. Por último, pero quizá lo más importante, la juez ignoró que la edificación del actor es abiertamente ilegal (nunca obtuvo licencia) y por lo mismo incluso debió ser demolida.

Eso es en esencia lo único indiscutible en el litigio: que el demandado construyó sin licencia y en contravía de las regulaciones inmobiliarias.

Cosa que no puede pasar desapercibida porque la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que las instituciones de responsabilidad solo protegen intereses legítimos (véase la sentencia SC 16 de septiembre de 2011, con ponencia del Doctor Arturo Solarte). Como lo dice el respetado expositor Luis Botero, el daño indemnizable solo se proyecta sobre un bien o interés lícito.

Sostener lo contrario supondría, por ejemplo, que el determinador pueda reclamar alguna reparación cuando un sicario fracasa en su cometido, o que el narcotraficante pueda iniciar acciones judiciales para el recaudo de sus haberes. Desde luego esas ideas repugnan cualquier estándar de justicia.

Acá sucede otro tanto: un constructor ilegal le reclama a uno legal el daño que sufrió porque construyó vivienda desconociendo las normas urbanísticas. Sobra decir cual debe ser la conclusión.

III) Otros errores de juzgamiento:

- a. La sentencia confunde el régimen de responsabilidad por actividades por actividades peligrosas (culpa presunta) y supone que esto releva a la parte de probar el nexo causal.

El deber del demandado de acreditar la causa extraña para exonerarse solo surge cuando se ha corroborado el nexo causal. Pero ese primer laborío - acreditar el nexo- aun tratándose de actividades peligrosas corre a cargo del convocante tal y como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Acá se desvirtuó el nexo causal por lo siguiente:

- i) No hay ninguna evidencia del estado de conservación de la vivienda para el momento de inicio de la obra. Nada corrobora que los daños sean sobrevinientes.
 - ii) No hay constancia de que la casa del promotor cumpliera con los requerimientos técnicos para su recta edificación. Recuérdese que nunca obtuvo licencia. Esto hace palpable que la ruina deriva de los propios defectos constructivos de la vivienda.
 - iii) Las pericias elaboradas por los auxiliares de la justicia carecen de idoneidad técnica. Solo contienen especulaciones.
 - iv) Por sobre todo, el peritaje de Alfonso Uribe, luego de elaborar y estudiar la caracterización de los suelos, demostró que la obra adelantada por la sociedad demandada no tuvo ningún influjo en la casa.
- b. La sentencia ordena reparar un daño con causa abiertamente ilegal. Como la vivienda del demandado se construyó de forma ilegal sin licencia, cualquier hipotético resarcimiento supondría patrocinar la ilicitud.
 - c. La tasación del perjuicio es desproporcionada. No sólo partió de una valoración errada del precio comercial; es evidente que la indemnización no puede rebasar los eventuales costos de la reconstrucción (reposición) del bien.

RICARDO AGUILAR DÍAZ
Abogado
aguilardiazabogados@gmail.com

De la señora Juez, respetuosamente

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a central scribbled area, positioned above the printed name.

RICARDO AGUILAR DÍAZ
C.C. 79.486.349 de Bogotá
T.P. 67.813 C.S.J.

Honorable Magistrada:

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil.

E. S. D.

REF: ACCION POPULAR

RADICADO No. 2019-504

DE: LIBARDO MELO VEGA.

CONTRA: INDUSTRIAS BISONTE S.A.

JUZGADO 25 CIVIL DEL CIRCUITO.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA.

Honorable Magistrada.

LIBARDO MELO VEGA, como actor en la acción popular de la referencia, respetuosamente me dirijo a usted con el fin de sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia emitida dentro del trámite de la presente acción, en los siguientes términos:

1. Respecto del primer reparo frente a la decisión, el cual indica que: ***“El señor juez omitió tener en cuenta normas andinas aplicables al caso que nos ocupa”***, paso a sustentarlo en los siguientes términos:

A pesar de que el señor Juez citó en la sentencia el concepto del INVIMA que a su vez citó lo decidido en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) 26 de febrero de 2016, reunión en la que se acordaron los requisitos que se deben cumplir sobre la aplicación de la normativa andina relacionada a productos cosméticos, en lo que respecta al uso de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”***, el señor juez **OMITIÓ** dar aplicación a la norma supranacional pasando por alto los requisitos que se deben cumplir para utilizar la proclama antes citada en productos cosméticos.

1. Tratamiento de las consultas pendientes 2014-2015 entre Autoridades Sanitarias sobre la aplicación de la normativa andina en materia de productos cosméticos y productos de higiene doméstica. Con base en el documento consolidado remitido por la SGCAN el 2016-02-25, actualizado con los comentarios de Bolivia remitidos en misma fecha, **los Países Miembros acordaron las siguientes consideraciones sobre la aplicación de la normativa andina relacionada a productos cosméticos** y productos de higiene doméstica, respecto a cada consulta consolidada:

(...)

1.2 14-024: **PROCLAMA QUE “PREVIENE LA CAÍDA DEL CABELLO”**. A partir del respectivo sustento presentado por Colombia, **se acordó aceptar este tipo de proclamas en productos cosméticos, siempre que**, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7, literal j) de la Decisión 516, **el interesado presente estudios clínicos del producto** que evidencien en primer lugar que el producto sí previene la caída del cabello con el uso habitual del producto y en segunda instancia **que las causas de la caída del cabello sean de origen natural y no estén asociadas a ningún tipo de enfermedad;** el producto no debe tener efectos terapéuticos. El estudio clínico debe evidenciar el grupo objetivo sobre el cual se realizó el mismo e **indicar el número de personas sanas** sobre las que se aplicó el producto y su efectividad, por ejemplo el número de cabellos que se caen al día. Así mismo **en la etiqueta o rotulo debe especificarse que el producto previene la caída del cabello por causas no asociadas con ninguna enfermedad o causas terapéuticas.**

II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) 26 de febrero de 2016 VIDEOCONFERENCIA.

En resumen, los hechos y situaciones pasadas por alto por el señor juez, omitiendo aplicar la normatividad andina, son las siguientes:

- I. La accionada utiliza en la etiqueta del producto cosmético que nos ocupa y en la publicidad la proclama **“PREVIENE LA CAÍDA”**.
- II. Uno de los requisitos que se debe cumplir para que se pueda utilizar la proclama **“PREVIENE LA CAÍDA”** en productos cosméticos, conforme a lo que acordaron las Autoridades Andinas en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES

SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016, es que “...***el interesado presente estudios clínicos del producto que evidencien en primer lugar que el producto sí previene la caída del cabello con el uso habitual del producto y en segunda instancia que las causas de la caída del cabello sean de origen natural y no estén asociadas a ningún tipo de enfermedad; el producto no debe tener efectos terapéuticos. El estudio clínico debe evidenciar el grupo objetivo sobre el cual se realizó el mismo e indicar el número de personas sanas sobre las que se aplicó el producto y su efectividad, por ejemplo, el número de cabellos que se caen al día.***”, pues bien, los estudios que presentó la accionada NO CUMPLEN con estos requisitos, si se tiene en cuenta lo siguiente:

- a) El estudio aportado por la accionada NO correspondía al estudio del producto terminado objeto de solicitud de Notificación Sanitaria Obligatoria, ya que el estudio con el que contaba en un principio la accionada se refiere un **tratamiento compuesto por champú y loción**, más NO exactamente al producto terminado que nos ocupa.
- b) La fórmula del champú objeto del estudio que aportó la accionada es diferente a la formula declarada en la etiqueta del producto que nos ocupa, y diferente a la mencionada en la ficha técnica del producto.
- c) Uno de los soportes con los que cuenta la accionada para sustentar las propiedades del producto cosmético, como es la “***ficha técnica PROVIT Soluble P.V.***” en la que se hace referencia exacta a la enfermedad denominada **ALOPECIA**, situación prohibida en la **Armonización de Criterios de la II Reunión del 26 de febrero de 2016 de Expertos Gubernamentales de la CAN**, en donde claramente se ordena que los estudios serán validos **SIEMPRE QUE**, “...***las causas de la caída del cabello sean de origen natural y no estén asociadas a ningún tipo de enfermedad; el producto no debe tener efectos terapéuticos...***”
- d) El estudio aportado por la accionada NO evidencia el grupo objetivo sobre el cual se realizó el mismo, NI indica el **NÚMERO DE PERSONAS SANAS** (se recuerda que los estudios y soportes presentados por la accionada mencionan la enfermedad denominada **ALOPECIA**) sobre las que se aplicó el producto que nos ocupa y su efectividad, por ejemplo, el número de cabellos que se caen al día.
- e) El estudio aportado por la accionada NO CUMPLE con las características de un verdadero estudio científico ni con **lineamientos internacionales de la Unión Europea**, ya que, entre otros aspectos, no se puede

identificar el producto utilizado en las evaluaciones ya que no se incluye la identificación de las muestras, el número de lote, la fecha de fabricación ni la fecha de vencimiento; **no se advierten las evaluaciones técnicas ni científicas capaces de medir la nutrición entregada por el champú** y tampoco se observa una reivindicación que extrapole al producto acabado (explícita o implícitamente), además que tampoco se tuvo en cuenta que las propiedades de un ingrediente determinado **tienen que estar sustentadas por pruebas adecuadas y verificables, tales como datos que demuestren la presencia del ingrediente en una concentración eficaz**”, lo cual no ha sucedido en este caso.

La Superintendencia de Industria y Comercio, en casos similares, en los que se atribuyen propiedades y funciones inexistentes o exageradas a productos cosméticos ha sancionado duramente tales conductas, tal como se puede observar a continuación:

*“Así mismo, a folios 126 a 128 del expediente se encuentra el documento denominado “Soporte Técnico **Champú Head & Shoulders (H&S) Nutre el cabello y el cuero cabelludo**” en el cual: i) no se puede identificar el producto utilizado en las evaluaciones ya que no se incluye la identificación de las muestras, el número de lote, la fecha de fabricación ni la fecha de vencimiento; y sobre todo; ii) **no se advierten las evaluaciones técnicas ni científicas capaces de medir la nutrición entregada por el champú ofrecido al cuero cabelludo**, pues las razones expuestas en el mismo **se limitan a señalar que tal efecto se logra por “(...) contener ingredientes de acondicionamiento que se depositan sobre el cabello y crean una superficie más lisa reduciendo así la fuerza de peinado (...)” afirmación que carece de sustento científico y técnico.***

Al respecto, se debe tener en cuenta que **de acuerdo a los lineamientos internacionales de la Unión Europea**, dentro de los criterios comunes a los que deben responder las reivindicaciones relativas a los productos cosméticos, se encuentran el consistente en que “(...) una reivindicación que extrapole al producto acabado (explícita o implícitamente) propiedades de un ingrediente determinado **tiene que estar sustentada por pruebas adecuadas y verificables, tales como datos que demuestren la presencia del ingrediente en una concentración eficaz**”, lo cual no sucedió en el caso concreto.

(...)

Por lo tanto, es claro para esta instancia que la información suministrada respecto al beneficio de **nutrir profundamente el cuero cabelludo** no es clara, suficiente, oportuna, comprensible, precisa e idónea y en consecuencia **constituye publicidad engañosa** al inducir a error a los consumidores al generar como expectativa la nutrición del cuero cabelludo...

Resolución 8819 de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 17-314464 sociedad sancionada **PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA.** producto **SHAMPOO HEAD & SHOULDERS NUTRICIÓN PROFUNDA.**

III. Teniendo en cuenta que la accionada en la etiqueta y/o publicidad del producto que nos ocupa sugiere y afirma que el producto cosmético “*Nutre el cuero cabelludo*” y que *proporciona al bulbo piloso la energía y nutrientes necesarios...*”, el señor juez OMITIÓ tener en cuenta que las normas andinas NO PERMITEN que a los productos cosméticos se les atribuyan bondades que NO estén soportadas en las funciones de los ingredientes. Pues bien, según la accionada el producto que nos ocupa NUTRE el cuero cabelludo, pero en los listados internacionales NO EXISTE un solo ingrediente que tenga esa función, es decir, es claro para esta instancia que la información suministrada respecto al beneficio de nutrir el cuero cabelludo y el bulbo piloso no es clara, suficiente, oportuna, comprensible, precisa e idónea y en consecuencia constituye publicidad engañosa al inducir a error a los consumidores al generar como expectativa la nutrición del cuero cabelludo, sin un soporte científico.

- ***Los ingredientes permitidos en los productos cosméticos y sus correspondientes restricciones o condiciones de uso, son los permitidos en los siguientes listados de referencia: lista de aditivos de colores permitido por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos de América (Food & Drug Administration), listados de ingredientes de The Personal Care Products Council y de Cosmetics Europe – The Personal Care Association, y listados de ingredientes de la Directivas de la Unión Europea (CosIng).***

INVIMA - Precisiones sobre el uso de cannabis en productos cosméticos - <https://paginaweb.invima.gov.co/precisiones-sobre-el-uso-de-cannabis-en-productos-cosm%C3%A9ticos.html>

IV. Otro de los requisitos que se debe cumplir para que se pueda utilizar la proclama **“PREVIENE LA CAÍDA”** en productos cosméticos, conforme a lo que acordaron las Autoridades Andinas en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016, es que **en la etiqueta o rotulo del producto debe advertirse a los consumidores “...que EL PRODUCTO PREVIENE LA CAÍDA DEL CABELLO POR CAUSAS NO ASOCIADAS CON NINGUNA ENFERMEDAD O CAUSAS TERAPÉUTICAS”, OBLIGACIÓN**

QUE LA ACCIONADA NO CUMPLE, INCUMPLIMIENTO QUE SE PUEDE COMPROBAR CON LA SIMPLE LECTURA Y/O REVISIÓN DE LA ETIQUETA DEL PRODUCTO QUE NOS OCUPA.

- V. Por otra parte, el señor juez **NO** tuvo en cuenta que antes del año 2016 las autoridades andinas **NO** habían autorizado el uso de la proclama **“PREVIENE LA CAÍDA”** en productos cosméticos, según se puede observar en el ACTA V REUNIÓN 2011 DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS, en la que Las Autoridades aprobaron el empleo de las *“Reglas o criterios para permitir o prohibir proclamas en los cosméticos”*, aprobando SOLAMENTE las siguientes proclamas:

1.5. Proclamas o Bondades.

Las Autoridades aprobaron el empleo de las “Reglas o criterios para permitir o prohibir proclamas en los cosméticos”, las mismas que se presentaron en el Anexo V del Acta de la I Reunión Presencial 2011 de Autoridades de Salud.

Al respecto, las Autoridades acordaron, en conformidad con el literal j) del artículo 2 de la Decisión 516, las siguientes proclamas para las bondades que se puedan declarar en los rótulos de los productos cosméticos.

a. Aromaterapia: *Aceptar siempre y cuando no se relacionen con efectos terapéuticos.*

b. Toxina Botulínica: *No aceptar, debido a que la toxina botulínica tiene propiedades que van más allá de lo estético.*

c. Repelentes para insectos: *Aceptar sólo aquellas proclamas que precisen que tales repelentes son de aplicación directa en la piel. Aquellos repelentes de aplicación en el ambiente en cualquiera de sus formas: espirales, evaporadores, pastillas evaporantes a través de electricidad u otras, serán considerados como plaguicidas, según la normativa de cada País Miembro.*

d. Antiséptico: *Considerar como proclama terapéutica debido a que se usa para combatir infecciones y por lo tanto no se consideran cosméticos.*

e. Antibacterial: *Aceptar siempre y cuando no vaya relacionado con enfermedades o infecciones. En caso que los interesados cuantifiquen la acción antibacterial,*

deberán adjuntar a la NSO los estudios correspondientes que justifiquen dicha bondad, según lo establecido en literal “j” del artículo 7 de la Decisión 516. Asimismo, deberán indicar en el rotulado el espectro de bacterias o las bacterias contra las que se ejerce la acción, según lo indique el estudio de sustento presentado,

f. Lubricantes para órganos genitales: No aceptar este tipo de proclamas y se legislarán de acuerdo a la normativa nacional. Para aquellos productos ya notificados, estos permanecerán en el mercado hasta que se agote su vigencia o el interesado proceda a su retiro. No se aceptarán modificaciones a los productos ya notificados.

g. Anticelulitis: Aceptar, siempre y cuando consigne propiedades cosméticas y no efectos terapéuticos relacionados con la enfermedad de celulitis.

h. Antiacné: No aceptar ya que el acné es una enfermedad que implica infección o inflamación de las glándulas sebáceas de la piel.

i. Punto negro, anticomedón, barros, espinillas: Aceptar debido a que representan granillos o imperfecciones de la cara.

j. Hipoalergénico, dermatológicamente probado: Aceptar siempre y cuando no haya referencia a enfermedades.

k. Alivio, Aliviar, Calmar, Calmante: Aceptar, dado que su significado coloquial no hace referencia a enfermedades.

l. Tratamiento: Aceptar siempre y cuando no haya referencia a enfermedades.

m. Adelgazante, voluminizante, gel frío, refrescante, termoreductor: Aceptar, siempre y cuando hagan referencia a su uso en las partes superficiales y a las funciones del producto. No se puede hacer referencia a efectos en los músculos, puesto que éstos no son parte superficial. La vigencia de los códigos de identificación de NSO de productos ya notificados que hagan referencia a los músculos será respetada, pero no se aceptarán cambios, ni nuevas notificaciones.

n. Bondades atribuibles a los ingredientes: Serán las contempladas en los listados internacionales; siempre y cuando no se les atribuya efectos terapéuticos. En éste caso, deberá declararse cuantitativamente con el objeto de mostrar el porcentaje del ingrediente dentro de la fórmula.

*Para el caso de ingredientes cuyo uso esté autorizado según lo establecen los artículos 3 y 4 de la Decisión 516; y respecto a los cuales se les atribuyan bondades no establecidas en los listados internacionales, **se aceptará como justificación un estudio que así lo demuestre** o en su defecto publicaciones de estudios técnicos o científicos, según lo establecido en el literal “j” del artículo 7 de la citada Decisión.*

La justificación de las bondades y proclamas de carácter cosmético debe allegarse para aquellas cuya no veracidad pueda representar un problema para la salud, según lo establecido en el literal “j” del artículo 7 de dicha Decisión.

o. Bondades atribuibles al producto que no están sustentadas en un ingrediente: En caso que la bondad se le atribuya a la mezcla de la formulación y no a un ingrediente, la misma podrá justificarse con un estudio del producto terminado que así lo demuestre o en su defecto publicaciones de estudios técnicos o científicos, según lo establecido en el literal “j” del artículo 7 de la citada Decisión.

ACTA V REUNIÓN 2011 DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS.

VI. Así mismo, teniendo en cuenta que la accionada en la etiqueta y/o publicidad del producto que nos ocupa sugiere y afirma que el producto cosmético **“protege el cuero cabelludo y el cabello de IRRITACIONES”**, el señor juez OMITIÓ aplicar y tener en cuenta que las normas andinas NO PERMITEN que **los productos cosméticos dentro de sus proclamadas bondades curativas puedan sugerir que pueden tratar enfermedades, ni manejar síntomas tales como IRRITACIÓN, tal como lo ha concluido el INVIMA reiteradamente, dándolo a conocer al público en general:**

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) se permite aclarar la situación regulatoria de los productos cosméticos en Colombia, incluyendo el uso de ingredientes derivados del cannabis:

- Los productos cosméticos en Colombia están regulados por normas supranacionales emanadas de la Comunidad Andina y por normas nacionales, que le sean aplicables sin contravención a lo establecido en las normas Andinas.

- Un producto cosmético es toda sustancia o formulación de aplicación local a ser usada en las diversas partes superficiales del cuerpo humano: epidermis, sistema piloso y capilar, uñas, labios y órganos genitales externos o en los dientes y las mucosas bucales, con el fin de limpiarlos, perfumarlos,

modificar su aspecto y protegerlos o mantenerlos en buen estado y prevenir o corregir los olores corporales

- Los productos cosméticos dentro de sus proclamadas bondades curativas no pueden sugerir que a partir de sus ingredientes pueden tratar enfermedades, ni manejar síntomas tales como: inflamación, dolor, irritación, hinchazón, mareo, hambre, sueño, entre otros.

- Debido al bajo riesgo de los productos cosméticos, su comercialización en Colombia solo requiere una Notificación Sanitaria Obligatoria (NSO). Ésta es una comunicación jurada del interesado en la cual se informa al Invima, que un producto cosmético será comercializado en el país a partir de la fecha. El interesado es responsable que el producto notificado y sus ingredientes estén acordes con la normatividad andina vigente (Decisión Andina 516 de 2002). El Invima no evalúa productos cosméticos antes de su entrada al mercado ni expide registros sanitarios para los mismos. El Instituto verifica el cumplimiento de la normatividad andina en la vigilancia de los productos en el mercado.

- Los ingredientes permitidos en los productos cosméticos y sus correspondientes restricciones o condiciones de uso, son los permitidos en los siguientes listados de referencia: lista de aditivos de colores permitido por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos de América (Food & Drug Administration), listados de ingredientes de The Personal Care Products Council y de Cosmetics Europe – The Personal Care Association, y listados de ingredientes de la Directivas de la Unión Europea (CosIng).

INVIMA - Precisiones sobre el uso de cannabis en productos cosméticos -
<https://paginaweb.invima.gov.co/precisiones-sobre-el-uso-de-cannabis-en-productos-cosm%C3%A9ticos.html>

2. Respecto del segundo reparo frente a la decisión, el cual indica que: **“El señor juez emite una sentencia en la que se observa un simple, subjetivo y superficial análisis de las pruebas y omisión de aplicar las normas aplicables”**, paso a sustentarlo en los siguientes términos:

El señor juez NO valoró en debida forma pruebas tales como, el concepto emitido por el INVIMA en el año 2014, el cual fue aportado como prueba y en donde se puede observar que antes del año 2016 estaba totalmente prohibida la utilización de la proclama **“PREVIENE LA CAÍDA”** en productos cosméticos, así mismo,

tampoco valoró en debida forma lo decidido en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016, ni lo decidido por los expertos de la comunidad andina en la V REUNIÓN 2011 DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS, ni lo que ordenan los listados internacionales respecto de las funciones de los ingredientes de productos cosméticos, así mismo, el señor juez no valoró en debida forma los irregulares e inexplicables estudios y soportes aportados por la accionada, pruebas que de haber sido valoradas hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores al transmitir información imprecisa, engañosa, falsa e insuficiente en las etiquetas y publicidad del producto cosmético que nos ocupa.

Por el contrario, el señor juez le dio total validez a un contradictorio concepto del INVIMA sin tener en cuenta las pruebas antes mencionadas, que, de haber sido valoradas, repito, hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores.

3. Respecto del tercer reparo frente a la decisión, el cual indica que: *“Respecto de las pruebas obrantes en el proceso”*:

a) ***“El señor juez emite una sentencia en la que se observa un simple, subjetivo y superficial análisis de las pruebas y omisión de aplicar las normas aplicables”***, paso a sustentarlo en los siguientes términos:

El señor juez NO valoró en debida forma pruebas tales como, el concepto emitido por el INVIMA en el año 2014, el cual fue aportado como prueba y en donde se puede observar que antes del año 2016 estaba totalmente prohibida la utilización de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”*** en productos cosméticos, así mismo, tampoco valoró en debida forma lo decidido en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016, ni lo decidido por los expertos de la comunidad andina en la V REUNIÓN 2011 DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS, ni lo que ordenan los listados internacionales respecto de las funciones de los ingredientes de productos cosméticos, así mismo, el señor juez no valoró en debida forma los irregulares e inexplicables estudios y soportes aportados por la accionada, pruebas que de haber sido valoradas hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores al transmitir información imprecisa, engañosa, falsa e insuficiente en las etiquetas y publicidad del producto cosmético que nos ocupa.

Por el contrario, el señor juez le dio total validez a un contradictorio concepto del INVIMA sin tener en cuenta las pruebas antes mencionadas, que, de haber sido valoradas, repito, hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores.

- b) ***“El señor juez OMITIÓ realizar una valoración lógica y racional de TODAS las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana critica”***, paso a sustentarlo en los siguientes términos:

El señor juez NO valoró en debida forma pruebas tales como, el concepto emitido por el INVIMA en el año 2014, el cual fue aportado como prueba y en donde se puede observar que antes del año 2016 estaba totalmente prohibida la utilización de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”*** en productos cosméticos, así mismo, tampoco valoró en debida forma lo decidido en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016, ni lo decidido por los expertos de la comunidad andina en la V REUNIÓN 2011 DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS, ni lo que ordenan los listados internacionales respecto de las funciones de los ingredientes de productos cosméticos, así mismo, el señor juez no valoró en debida forma los irregulares e inexplicables estudios y soportes aportados por la accionada, pruebas que de haber sido valoradas hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores al transmitir información imprecisa, engañosa, falsa e insuficiente en las etiquetas y publicidad del producto cosmético que nos ocupa.

Por el contrario, el señor juez le dio total validez a un contradictorio concepto del INVIMA sin tener en cuenta las pruebas antes mencionadas, que, de haber sido valoradas, repito, hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores.

- c) ***“El señor juez no expuso ni sustentó razonadamente el mérito que le asignó a cada prueba”***, paso a sustentarlo en los siguientes términos:

El señor juez NO valoró en debida forma pruebas tales como, el concepto emitido por el INVIMA en el año 2014, el cual fue aportado como prueba y en donde se puede observar que antes del año 2016 estaba totalmente prohibida la utilización de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”*** en productos cosméticos, así mismo, tampoco valoró en debida forma lo decidido en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016,

ni lo decidido por los expertos de la comunidad andina en la V REUNIÓN 2011 DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS, ni lo que ordenan los listados internacionales respecto de las funciones de los ingredientes de productos cosméticos, así mismo, el señor juez no valoró en debida forma los irregulares e inexplicables estudios y soportes aportados por la accionada, pruebas que de haber sido valoradas hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores al transmitir información imprecisa, engañosa, falsa e insuficiente en las etiquetas y publicidad del producto cosmético que nos ocupa.

Por el contrario, el señor juez le dio total validez a un contradictorio concepto del INVIMA sin tener en cuenta las pruebas antes mencionadas, que, de haber sido valoradas, repito, hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores.

d) ***“Así mismo, el señor juez omitió apreciar en conjunto las pruebas al tomar sus decisiones”***, paso a sustentarlo en los siguientes términos:

El señor juez NO valoró en debida forma pruebas tales como, el concepto emitido por el INVIMA en el año 2014, el cual fue aportado como prueba y en donde se puede observar que antes del año 2016 estaba totalmente prohibida la utilización de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”*** en productos cosméticos, así mismo, tampoco valoró en debida forma lo decidido en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016, ni lo decidido por los expertos de la comunidad andina en la V REUNIÓN 2011 DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS, ni lo que ordenan los listados internacionales respecto de las funciones de los ingredientes de productos cosméticos, así mismo, el señor juez no valoró en debida forma los irregulares e inexplicables estudios y soportes aportados por la accionada, pruebas que de haber sido valoradas hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores al transmitir información imprecisa, engañosa, falsa e insuficiente en las etiquetas y publicidad del producto cosmético que nos ocupa.

Por el contrario, el señor juez le dio total validez a un contradictorio concepto del INVIMA sin tener en cuenta las pruebas antes mencionadas, que, de haber sido valoradas, repito, hubieran llevado a que se declarara que la accionada ha violado los derechos colectivos de los consumidores.

4. Respecto del cuarto reparo frente a la decisión: ***“El señor juez le dio total validez al concepto del INVIMA a pesar de presentar evidentes contradicciones e imprecisiones omitiendo analizar las demás pruebas y omitiendo aplicar las normas correspondientes”***, paso a sustentarlo en los siguientes términos:

Tal como se manifestó al interponer la apelación, el señor juez le dio total validez al concepto del INVIMA a pesar de presentar evidentes contradicciones e imprecisiones, omitiendo analizar las demás pruebas y omitiendo aplicar las correspondientes normas supranacionales. Pues bien, conforme ya se expuso, los Países Miembros de la Comunidad Andina acordaron lo relacionado sobre la aplicación de la normativa andina relacionada a productos cosméticos, en lo que respecta a la utilización de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”*** en productos cosméticos, proclama que utiliza la accionada en el etiquetado sin cumplir con lo que acordaron las Autoridades Andinas *a partir del respectivo sustento presentado por Colombia*.

Es decir, el señor Juez debió, primero, desestimar el errado y contradictorio concepto rendido por el INVIMA por ser contrario a lo que acordaron las Autoridades Andinas en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016, en donde se acordaron los requisitos que se deben cumplir sobre la aplicación de la normativa andina relacionada a productos cosméticos, en lo que respecta al uso de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”***, y, segundo, habida cuenta que el INVIMA estaba omitiendo aplicar lo acordado por las Autoridades Andinas sobre la aplicación de la normativa andina relacionada a productos cosméticos, en lo que respecta al uso de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”***, el señor debió aplicar lo ordenado por esas Autoridades en aplicación de una norma supranacional de obligatorio cumplimiento por parte de los países miembros.

Teniendo en cuenta que un concepto emitido por una entidad estatal como el INVIMA no constituye un acto administrativo, y que una autoridad judicial a la que le corresponde aplicar las normas NO está sometida a lo que concluye u opina la entidad estatal, conforme se ha indicado en reiterada jurisprudencia y precedentes aplicables a este caso, el señor juez debió cerciorarse que la accionada cumpliera con lo acordado por las Autoridades Andinas sobre la aplicación de la normativa andina relacionada a productos cosméticos, en lo que respecta al uso de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”***, pero NO lo hizo y simplemente se aferró ciegamente a lo dicho de forma errada por el INVIMA omitiendo la debida aplicación de las normas andinas, en cuanto al uso de la proclama ***“PREVIENE LA CAÍDA”***.

**CONCEPTOS JURÍDICOS EMITIDOS POR ENTIDADES ESTATALES NO
CONSTITUYEN ACTO ADMINISTRATIVO - SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA - CONSEJERO PONENTE: RAFAEL E.
OSTAU DE LAFONT PIANETA**

ACTOR: JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO

BOGOTÁ D.C., VEINTIDÓS (22) DE ABRIL DE DOS MIL DIEZ (2010)

RADICACIÓN NÚM. : 11001 0324 000 2007 00050 01

*Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella. De allí **que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina**, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra, aspecto éste en que justamente se diferencia la circular de servicio con el simple concepto jurídico a que da lugar el artículo 25 del C.C.A., pues la circular de servicio obliga a sus destinatarios, so pena de incurrir en falta disciplinaria o administrativa. La circular de servicio es norma superior de los actos y conductas de sus destinatarios en el ejercicio de sus funciones relacionadas con los asuntos de que ella trata, mientras que el referido concepto jurídico no tiene ese carácter de ninguno modo para persona alguna.*

En resumen, el señor Juez no tuvo en cuenta las claras omisiones en las que incurrió el INVIMA, omisiones que se exponen a continuación, y le dio total validez a un concepto o informe que claramente es contrario a lo que acordaron las Autoridades Andinas en la II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016, en donde se acordaron los requisitos que se deben cumplir sobre la aplicación de la normativa andina relacionada a productos cosméticos, en lo que respecta al uso de la proclama **“PREVIENE LA CAÍDA”**:

- a) Se presentaron y aceptaron bondades y propiedades del producto que NO concuerdan con las funciones de los ingredientes (ver ROTULADO de este documento en donde se indica que esta entidad debe verificar tal situación, así mismo, ver la **Lista de Funciones** mencionada en el punto anterior)
- b) El INVIMA no verificó que el estudio aportado por la accionada NO correspondía al producto terminado objeto de solicitud de Notificación Sanitaria Obligatoria, ya que el estudio con el que contaba en un principio la accionada se refiere un **tratamiento compuesto por champú y loción**, más NO exactamente al producto terminado que nos ocupa.

- c) El INVIMA no tuvo en cuenta que la formula del champú objeto del estudio era diferente a la formula declarada en la etiqueta del producto que nos ocupa, y diferente a la mencionada en la ficha técnica del producto, es decir, omitió objetar o rechazar tal estudio por NO corresponder con el producto terminado que nos ocupa.
- d) El INVIMA omitió tener en cuenta que en uno de los soportes con los que cuenta la accionada para sustentar las propiedades del producto cosmético, como es la **“ficha técnica PROVIT Soluble P.V.”** se hace referencia exacta a la enfermedad denominada **ALOPECIA**, situación prohibida en la **Armonización de Criterios de la II Reunión del 26 de febrero de 2016 de Expertos Gubernamentales de la CAN**.
- e) El INVIMA no revisó las funcionalidades de los ingredientes declarados por la accionada, situación que se deduce porque **esta entidad NO objetó tal situación a pesar de haber evidentes inconsistencias entre las funciones de los ingredientes y las propiedades o bondades atribuidas al producto**.
- f) El INVIMA omitió aplicar lo ordenado en la **Armonización de Criterios de la II Reunión del 26 de febrero de 2016 de Expertos Gubernamentales de la CAN**, ya que OMITIÓ tener en cuenta que el estudio presentado como soporte de las supuestas propiedades del cosmético, debía corresponder al producto terminado, cosa que NO se cumplía porque el estudio con el que contaba la accionada correspondía a un tratamiento de champú más loción, es decir, el INVIMA permitió el uso de la proclama previene la caída a pesar que la accionada NO cumplía con todos los requisitos impuestos por la Autoridad Andina.
- g) Así mismo, el INVIMA también OMITIÓ exigir a la accionada que incluyera en la etiqueta la advertencia: **“El producto previene la caída del cabello por causas no asociadas a ninguna enfermedad o causas terapéuticas”**, tal como lo ordena la **Armonización de Criterios de la II Reunión del 26 de febrero de 2016 de Expertos Gubernamentales de la CAN**, situación que **SÓLO es procedente si la accionada hubiera presentado unos estudios idóneos, cosa que NO sucedió**.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente a esta Honorable Sala que sea desestimado el concepto rendido por el INVIMA, habida cuenta que es contrario a lo que ordenan las normas andinas, tal como lo ha hecho este mismo Tribunal en casos en los que se ha detectado que los conceptos rendidos por entidades estatales no son ajustados a la realidad, tal como se cita a continuación:

“En relación con el cuarto reparo, en el cual se aduce que la aquo realizó una indebida valoración probatoria al ignorar las evidencias aportadas por el demandante, y estimar las que allegó el enjuiciado, quien persiste en vulnerar los derechos e intereses colectivos de los usuarios, la Sala considera que aunque las pruebas aportadas a la actuación, verbi gratia los conceptos rendidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y la Alcaldía Local de Chapinero, en principio, dan a entender que el establecimiento encartado sí cumple la legislación que regula el servicio de aparcamiento, en comparación con las pruebas referidas al dar respuesta los reparos primero y tercero, lo que lleva a la conclusión que la demandada no cumple con la normatividad vigente y en este sentido le asiste razón al recurrente.

En síntesis, se revocará la providencia recurrida, para en su lugar ordenarle a la accionada tomar los correctivos necesarios para dar cumplimiento a las normas citadas (numeral 1° del artículo 90 del Código de Policía – Ley 1801 de 2016, Capítulo 4° del Título II de la Circular Única de la SIC, el numeral 3° del artículo 18 de la Ley 1480 de 2011) y las que se encuentren vigentes.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL. ACCIÓN POPULAR No. 2016-223 de LIBARDO MELO VEGA contra PAESA S.A. 23 DE MARZO DE 2018

5. Respecto del quinto reparo frente a la decisión: ***“El señor juez NO tuvo en cuenta, ni valoró como indicio en contra de la accionada, su actuar negligente y, tal vez, malintencionado, al NO colaborar oportunamente con la práctica de pruebas, al NO suministrar desde una primera oportunidad, la información requerida”***, paso a sustentarlo en los siguientes términos:

Solicito respetuosamente tener en cuenta que la accionada **NO CUMPLIÓ** con su deber legal de aportar **TODOS** los documentos solicitados en la demanda por la parte actora, documentos que debió aportar al momento de contestar la demanda, hecho que solicito respetuosamente sea tenido en cuenta como un **INDICIO EN CONTRA DE LA ACCIONADA**. Nótese que la accionada, si bien aportó algunos documentos, **OMITIÓ** aportar el dossier completo relacionado con la obtención de la Notificación Sanitaria Obligatoria, debiendo ser el INVIMA (entidad que debió ser requerida reiteradamente) quien en últimas aportó los documentos requeridos desde el inicio de la presente acción.

*“Al respecto, el **superior jerárquico** de esta dependencia judicial ha sostenido que **“las conductas procesales de las partes pueden estar ligadas a la falta de colaboración y compromiso en la obtención de las pruebas necesarias, útiles y pertinentes para alcanzar la justa solución de la litis, circunstancia que afecta de manera determinante el fondo del asunto. En este sentido, el legislador incluyó en el ordenamiento jurídico conductas tendientes a contrarrestar el fraude procesal en desarrollo legal del principio de moralidad, conductas que deben ser valoradas y apreciadas por el juez al momento de decidir la instancia y que constituyen pruebas, a las que se llega con la construcción de indicios conductuales omisivos, oclusivos y/o mendaces. De ello tenemos que de las conductas procesales efectuadas por quienes intervinientes en desarrollo de un proceso, pueden obtenerse deducciones probatorias”**”.*

Juzgado 40 Civil del Circuito. Acción popular 2017-713 de Libardo Melo Vega
Contra: Tecnoquimicas S.A.

Finalmente, solicito respetuosamente al Despacho, que, oficiosamente proceda a adecuar la petición y pretensiones de la demanda, en caso de que las peticiones del actor no hayan sido claras, en aras de una protección efectiva de los derechos colectivos, tal como ha sucedido en casos similares al ser emitidos fallos relacionados con las proclamas que exhiben los productos cosméticos en su publicidad y etiquetas, citando como ejemplo el radicado 11001-3103-032-2019-00313-01:

*El artículo 20 de la Constitución Política establece que “(...) Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, **la de informar y recibir información veraz e imparcial**, y la de fundar medios masivos de comunicación (...)” (destacado para resaltar).*

En materia de derechos del consumidor Ley 1480 de 2011 [Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones] contiene los principios y lineamientos aplicables para la protección de sus prerrogativas, que implica, entre otras cosas, el acceso a una información adecuada, la cual debe ser “completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación...” (núm. 1.3. artículos 3 y 23 ídem), lo que de contera implica la protección especial frente a la publicidad engañosa, entendida como “Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión” (num. 11 artículo 5 ejúsdem).

El artículo 30 de la misma Ley prohibió de forma expresa la práctica de la publicidad engañosa e introdujo un régimen de responsabilidad para el anunciante y el medio

de comunicación, en caso de probarse dolo o culpa grave de este último; además, la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual regula la protección al consumidor, define como información engañosa en el numeral 2.1.1. “la propaganda comercial, marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación induzca a error o pueda inducir a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico”.

Y dispuso que para determinar si la publicidad tiene esa condición, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: “a) Las indicaciones sobre las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado o idóneo, utilizaciones, cantidad, especificaciones, origen geográfico o comercial o **los resultados que pueden esperarse de su utilización o los resultados** y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios” (las negrillas no son del texto original).

Además, la información técnica del producto debe contener la “Justificación de las bondades y proclamas de carácter cosmético atribuibles al producto, cuya no veracidad pueda representar un problema para la salud. Deberá tenerse en cuenta que en dicha justificación no se podrán atribuir efectos terapéuticos a los productos cosméticos” (literal j artículo 7 Decisión 516 de 2002 de la Comisión de la Comunidad Andina).

Teniendo en cuenta las disposiciones comentadas, debe determinarse si dentro del presente asunto la sociedad mercantil demandada incurrió en la conducta lesiva a la normatividad que viene de exponerse y, si hay lugar a la protección del derecho del consumidor a obtener información veraz.

(...)

Al respecto, **cabe precisar que la acción popular no es rogada, de manera que el juez puede fallar más de lo que pide el demandante (ultra petita) o incluso algo que ni siquiera le había solicitado (extra petita), ello como consecuencia de la naturaleza del bien jurídico protegido: el derecho colectivo, en cuya efectiva defensa está involucrado el interés general, ante lo cual, no aplica el principio de congruencia, por lo que el administrador de justicia de oficio, puede disponer lo que estime pertinente para garantizar el efectivo amparo de la prerrogativa de orden comunitario.**

Sobre ese puntual tópico, la Corte Constitucional consideró:

“En efecto, la facultad del juez popular de fallar ultra y extra petita es propia del sistema dispositivo diferenciado de las acciones populares y se deriva de

los artículos 5º y 34 de la Ley 472 de 1998[70]. En virtud de esta, el juez popular puede otorgar una protección judicial que desborde la solicitada por la parte actora, tomar medidas adicionales, no previstas en la demanda, que se estimen suficientes e idóneas para el amparo de los derechos colectivos y pronunciarse sobre un hecho transgresor que amerite remedios judiciales conducentes, aun cuando aquel no haya sido expresamente alegado por el accionante²⁰

²⁰Corte Constitucional Sentencia T-004 de 2019

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL Magistrada Ponente: AÍDA VICTORIA LOZANO RICO Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021) Ref. Acción popular de LIBARDO MELO VEGA contra PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA. (Apelación de sentencia). Rad: 11001-3103-032-2019-00313-01.

ANEXOS: con este escrito apporto los siguientes documentos: II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA) del 26 de febrero de 2016 y Comunicado de Prensa puesto en circulación por el INVIMA respecto de lo decidido por las Autoridades Andinas en la reunión del año 2016.

PETICIÓN.

Por lo expuesto solicito respetuosamente a esta Honorable sala REVOCAR en su integridad la sentencia emitida por el Juzgado 25 Civil del Circuito y se acceda a las pretensiones de la demanda.

Atentamente

LIBARDO MELO VEGA

CC 79266839

CEL. 3003602072

Libardo41@gmail.com



SG/REG.LS.2016/II/ACTA

Fecha de emisión: ~~07~~14 de marzo de 2016
D.1.4

II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS
GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN
DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA)
26 de febrero de 2016
VIDEOCONFERENCIA

INFORME II REUNIÓN 2016

GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA)

INFORME

II REUNIÓN 2016 DEL GRUPO DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES PARA LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES SANITARIAS (SANIDAD HUMANA)

I MODALIDAD Y FECHA

La Segunda Reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales para la Armonización de Legislaciones Sanitarias (Sanidad Humana), fue convocada por la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) por encargo de la Presidencia Pro-Témpore (Colombia) y se realizó el día viernes 26 de febrero de 2016, a partir de las 09 H de Lima-Perú, en modalidad de videoconferencia.

La reunión contó con la participación de representantes de los cuatro Países Miembros y de la SGCAN. La lista de participantes consta como Anexo I del presente informe.

II AGENDA

El Representante de la Secretaría General dio la bienvenida a los participantes de los Países Miembros; seguidamente se puso a consideración de los Países Miembros la agenda, acordándose el siguiente único punto del orden del día:

1. Tratamiento de las consultas pendientes 2014-2015 entre Autoridades Sanitarias sobre la aplicación de la normativa andina en materia de productos cosméticos y productos de higiene doméstica;

III DESARROLLO DE LA REUNIÓN

1. **Tratamiento de las consultas pendientes 2014-2015 entre Autoridades Sanitarias sobre la aplicación de la normativa andina en materia de productos cosméticos y productos de higiene doméstica.** Con base en el documento consolidado remitido por la SGCAN el 2016-02-25, actualizado con los comentarios de Bolivia remitidos en misma fecha, los Países Miembros acordaron las siguientes consideraciones sobre la aplicación de la normativa andina relacionada a productos cosméticos y productos de higiene doméstica, respecto a cada consulta consolidada:

- 1.1 **14-001: Notificaciones Sanitarias Obligatorias (NSO) para perfumes que son preparados al momento de su expendio.** Debido a la necesidad de controlar este tipo de productos, por ejemplo mediante la exigencia de buenas prácticas de manufactura (BPM) mínimas, se acordó

armonizar lineamientos al respecto en el marco de la revisión de la Decisión 516;

1.2 14-024: Proclama que “Previene la caída del cabello”. A partir del respectivo sustento presentado por Colombia, se acordó aceptar este tipo de proclamas en productos cosméticos, siempre que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7, literal j) de la Decisión 516, el interesado presente estudios clínicos del producto que evidencien en primer lugar que el producto sí previene la caída del cabello con el uso habitual del producto y en segunda instancia que las causas de la caída del cabello sean de origen natural y no estén asociadas a ningún tipo de enfermedad; el producto no debe tener efectos terapéuticos. El estudio clínico debe evidenciar el grupo objetivo sobre el cual se realizó el mismo e indicar el número de personas sanas sobre las que se aplicó el producto y su efectividad, por ejemplo el número de cabellos que se caen al día. Asimismo en la etiqueta o rotulo debe especificarse que el producto previene la caída del cabello por causas no asociadas con ninguna enfermedad o causas terapéuticas.

1.3 14-xxx (falta incluir el número de la consulta) Productos comercializados a través de Internet. Al respecto la representación de Perú agradeció la información presentada por las Autoridades Sanitarias de los Países Miembros, y en tal sentido manifestó que coordinará internamente con su Aduana Nacional.

1.4 15-001: Doble codificación de la NSO. A partir de lo expuesto por las Autoridades Sanitarias sobre el reconocimiento de la NSO establecido en la normativa comunitaria, se mantendrá el código del primer país de notificación, en este caso el de Colombia, con lo cual la Autoridad Sanitaria de Bolivia procederá a las acciones correctivas del caso mediante la cancelación de la NSO del mismo producto emitida en su país, verificando antes si se trata realmente del mismo producto (igual composición, marca).

Asimismo, para evitar este tipo de situaciones de duplicidad del código y la dificultad manifestada por las Autoridades Sanitarias para controlar la misma, se acordó retomar el tema del diseño e implementación del sistema informático (módulo) de la NSO en el plan de trabajo del año 2017.

1.5 15-002: Interpretación del numeral 2.5 de la Decisión 721. La SGCAN manifestó, con base en el criterio de su Servicio Jurídico, que la Decisión 721 no exige que el responsable de la Direcciones de Calidad y de Producción deban ostentar una profesión específica, lo cual sí se hace extensivo al caso del Director Técnico (numeral 3.4 de la Decisión 721).

Sin embargo, debido al principio del complemento indispensable, se reconoce la posibilidad de que legislación nacional, bien delegue en el establecimiento la decisión relativa a las calificaciones del personal a contratar para las labores en cuestión, o bien, defina reglamentariamente las cualificaciones y documentación requeridas para acreditar la competencia técnica, actualización y capacitación requeridas (numeral 2.1 de la Decisión 721) para los puestos de gestión, incluyendo la acreditación de la calidad profesional y la definición de “disciplina afín”, en tanto que tal reglamentación no desvirtúe, modifique o contradiga las normas comunitarias.

En atención a la solicitud de las Autoridades Sanitarias, la SGCAN remitirá a la brevedad posible, el concepto completo emitido por su Servicio Jurídico en atención a la consulta realizada por una empresa privada de Perú.

- 1.6 **15-003: Sustento para la prórroga de agotamiento de stock de la Decisión 783.** Respecto a la “debida sustentación” a presentar para ampliar la prórroga del agotamiento referidos en los artículos 3 y 4 de la Decisión 783 del año 2013, en razón a que la normativa vigente no exige condiciones adicionales, se acordó como sustento suficiente para proceder con dicha prórroga, considerar el motivo de la misma que deberá estar consignado en el formato que el interesado presente a la Autoridad Nacional Sanitaria, sin perjuicio de que pueda adjuntar otra documentación o sustento solicitado por dicha Autoridad, puesto que los casos para solicitar la prórroga pueden ser de diverso tipo y requieren de una evaluación individual caso por caso.
- 1.7 **15-004: Restricción de ingrediente de la Comunidad Europea / Reglamento (CE) 1223-2009.** Al respecto, en virtud de lo establecido por la Decisión 777 del 2012, se acordó tratar este tema en estricto cumplimiento del artículo 4 de la Decisión 516, tal como se viene realizando con el estudio de las restricciones de los parabenos y otros ingredientes observados por la Comunidad Europea.
- 1.8 **15-005: Nombre o marcas de productos cosméticos alusivos a patologías.** En razón a que las Autoridades Sanitarias coincidieron en manifestar que actualmente no existe base legal en la actual normativa para rechazar la notificación de este tipo de productos con nombres tales como “Diabet”, los países encargaron a la SGCAN solicitar la opinión de su Servicio Jurídico, para poder rechazar a estos productos en función a que se estaría vulnerando el objetivo legítimo de los países sobre la protección de la salud humana y la prevención de engaños al consumidor que puedan afectar su salud. Asimismo los países acordaron tratar este punto en el marco de la revisión de la Decisión 516.

1.9 **15-006: Procedimiento de apostille de documentos legales.** Al respecto las Autoridades Sanitarias manifestaron su conformidad con el criterio emitido por el Servicio Jurídico de la SGCAN, el pasado 08-09-2015, por el cual se concluyó que el procedimiento de apostilla no aplica a la certificación requerida en los artículos 23 de la Decisión 516 y 11 de la Decisión 706.

1.10 **15-007: Definición de la actividad de “Acondicionamiento”.** Con base en los avances en la armonización de las definiciones que se viene realizando en el marco de la revisión de la Decisión 516, los países acordaron preliminarmente ajustar la definición sobre dicho término como sigue:

“Acondicionamiento: Conjunto de operaciones (etiquetado o termoencogido) al que debe someterse un producto que se encuentra en su envase primario o secundario, para convertirse en un producto terminado a ser distribuido o comercializado.”

NOTA: Posterior a la reunión, Perú solicitó que el término “Reacondicionamiento” sea considerado como un sinónimo de la definición dada para “Acondicionamiento”; pues cuando el producto se encuentra en su envase primario y/o secundario ya es un producto terminado y según la definición dada, lo que se le va a hacer es una modificación a la información que figura en el producto terminado.

1.11 **15-008 y 16-002: Interpretación del numeral 4 del ítem XI del Anexo 2 de la Decisión 516.** Al respecto las Autoridades Sanitarias acordaron establecer como “productos afines”, los considerados únicamente dentro de la misma categoría de productos, es decir entre productos cosméticos, o para el caso de la Decisión 706 de 2008, dentro de la categoría de los productos de higiene doméstica. En este orden de ideas, **no pueden considerarse productos afines los cosméticos con los medicamentos** ó con los dispositivos médicos, ó los productos cosméticos con los de higiene doméstica y otros de este tipo. Así mismo se acordó armonizar, en el marco de la revisión de las BPM en cosméticos, las consideraciones para la autorización de los establecimientos según las variaciones o formas del producto en una misma categoría.

1.12 **15-009: Nombre y proclamas del producto "Professional body parches vientre plano, reductor abdominal, vientre más firme, disminuye el contorno abdominal, reduce la grasa acumulada" con NSOC54935-13CO.** Al respecto, debido a que los productos en cuestión (“parches”) no corresponde a presentaciones cosméticas, sino más bien a una forma farmacéutica, se acordó que tales productos no se encuentran en el ámbito de aplicación de la Decisión 516 ni en la definición de cosméticos establecida por la misma. En tal sentido, Perú solicitó que Colombia proceda a tomar las medidas correctivas del caso.

- 1.13 **15-010: Producto “Arena para gatos con aroma”**. Acorde con lineamientos similares establecidos sobre otros productos, en función a sus características y función principal (para este caso, la disposición de residuos orgánicos de mascotas), se acordó que el producto en cuestión se encuentra fuera del ámbito de la Decisión 706, y son otras autoridades nacionales las que controlan el registro de este tipo de productos.
- 1.14 **15-011: Producto “Alcohol Isopropílico”**. Al respecto se acordó permitir nombres de productos de higiene doméstica con la denominación del ingrediente activo, tal como el de la presente consulta (alcohol isopropílico), siempre que se evidencie que corresponden al ingrediente principal de sus formulaciones, y que por tanto le otorgan dicha funcionalidad y guarda relación con la naturaleza del producto.
- 1.15 **15-012: Negación o no de renovación de NSO de producto “Migrastick”**. Se acordó tratar esta consulta de manera similar a la consulta 15-005, solicitando además que se consulte al Servicio Jurídico de la SGCAN, sobre la base legal para que las Autoridades Sanitarias, en virtud de los requisitos del artículo 7, literal j) y el artículo 18, literal d) de la Decisión 516, puedan tomar en cuenta la información que no es declarada por el interesado en la notificación o renovación, y que tampoco figura en el etiquetado, pero que se encuentra publicada en páginas web (proclamas o bondades, modo de uso, precauciones de empleo) que tienen dominio de terceros países, en donde evidentemente la exigencia de la normativa andina no se hace extensiva.
- 1.16 **15-013: Certificado de renovación de la NSO del País Miembro de origen como requisito para la renovación de un reconocimiento en un País Miembro de la CAN**. Al respecto las Autoridades Sanitarias coincidieron en manifestar que según lo establecido en la Decisión 516 y Resolución 1333, no existe el trámite “Renovación de Reconocimiento de Código de NSO”, ni el “Certificado de renovación de la NSO” como requisito del mismo. El trámite corresponde a un "reconocimiento de la NSO", asimismo el requisito para efectos de dicho reconocimiento es la presentación de una copia certificada de la NSO renovada en el país de origen.
- 1.17 Finalmente se acordó tratar las demás consultas pendientes y las que se generen en el 2016 en una próxima reunión a ser coordinada con las Autoridades Sanitarias en un plazo de dos meses a partir de la fecha.
2. **Otros.** Con relación a la propuesta de Colombia sobre los procesos unificados relacionados con las decisiones andinas, a partir de la solicitud de dicho País Miembro, se acordó tratarlo en la próxima reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales.

Siendo las 13:45 h del 26 de febrero de 2016, se dio por concluida la presente reunión.

ANEXO I

LISTA DE PARTICIPANTES

PAÍS	NOMBRE	INSTITUCIÓN
BOLIVIA	María Ángela Herrera	Ministerio de Salud
	Dilian Iturralde	
	Brenda Rios	
	Eliana Caballero	
COLOMBIA	Erika Villarreal Rangel	Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
	Lorena Rodríguez	INVIMA
	Janeth <u>Nalkin</u> Bustos	
	Patricia Gaitán	
	Delia Yaneth Giraldo	
ECUADOR	Andrés Quiroz	Ministerio de Comercio Exterior
	Marcela Aguiar	Ministerio de Salud Pública
	Katherine Chávez	ARCSA
	Silvana Torres	INEN
PERÚ	Alejandro Bravo	MINCETUR
	Rosa Guevara	DIGEMID
	Verónica Saldaña Medina	
	Ninoska Vizcardo Villalba	
	Claudia Ballón Salcedo	DIGESA
	Milagros Castañeda	
COMUNIDAD ANDINA	Marcelo Aguilar Aliaga	Secretaría General de la Comunidad Andina

INVIMA COMUNICA ASPECTOS A TENER EN CUENTA, ACORDE CON LA ARMONIZACIÓN DE CRITERIOS DE LA II REUNIÓN DEL 26 DE FEBRERO DE 2016 PARA PRODUCTOS COSMÉTICOS Y PRODUCTOS DE HIGIENE DOMÉSTICA

Bogotá, D.C., Abril 1 de 2016, prensa INVIMA. Con el objeto de socializar los criterios armonizados en la II reunión del 26 de Febrero de 2016 de expertos gubernamentales de la CAN (Sanidad Humana), INVIMA da a conocer los siguientes temas tratados en dicha reunión:

Proclama para productos cosméticos que "Previenen la caída del cabello". A partir del respectivo sustento presentado por Colombia, se acordó aceptar este tipo de proclamas en productos cosméticos, siempre que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7, literal j) de la Decisión 516, el interesado presente estudios clínicos del producto que evidencien en primer lugar que el producto sí previene la caída del cabello con el uso habitual del producto y en segunda instancia que las causas de la caída del cabello sean de origen natural y no estén asociadas a ningún tipo de enfermedad; el producto no debe tener efectos terapéuticos. El estudio clínico debe evidenciar el grupo objetivo sobre el cual se realizó el mismo e indicar el número de personas sanas sobre las que se aplicó el producto y su efectividad, por ejemplo el número de cabellos que se caen al día. Asimismo en la etiqueta o rotulo debe especificarse que el producto previene la caída del cabello por causas no asociadas con ninguna enfermedad o causas terapéuticas.

Interpretación del numeral 2.5 de la Decisión 721. La SGCAN (Secretaría General de la Comunidad Andina), manifestó con base en el criterio de su Servicio Jurídico que la Decisión 721 no exige que el responsable de la Direcciones de Calidad y de Producción deban ostentar una profesión específica, lo cual sí se hace extensivo al caso del Director Técnico (numeral 3.4 de la Decisión 721).

Sin embargo, debido al principio del complemento indispensable, se reconoce la posibilidad de que legislación nacional, bien delegue en el establecimiento la decisión relativa a las calificaciones del personal a contratar para las labores en cuestión, o bien, defina reglamentariamente las cualificaciones y documentación requeridas para acreditar la competencia técnica, actualización y capacitación requeridas (numeral 2.1 de la Decisión 721) para los puestos de gestión, incluyendo la acreditación de la calidad profesional y la definición de "disciplina afín", en tanto que tal reglamentación no desvirtúe, modifique o contradiga las normas comunitarias.

Interpretación del numeral 4 del ítem XI del Anexo 2 de la Decisión 516. A respecto las Autoridades Sanitarias acordaron establecer como "productos afines", los considerados únicamente dentro de la misma categoría de productos, es decir entre productos cosméticos o para el caso de la Decisión

706 de 2006, dentro de la categoría de los productos de higiene doméstica. En este orden de ideas, no pueden considerarse productos afines los cosméticos con los medicamentos ó con los dispositivos médicos, ó los productos cosméticos con los de higiene doméstica y otros de este tipo.

Procedimiento de apostilla de documentos legales. Al respecto las Autoridades Sanitarias manifestaron su conformidad con el criterio emitido por el Servicio Jurídico de la SGCAN, el pasado 08-09-2015, por el cual se concluyó que el procedimiento de apostilla no aplica a la certificación requerida en los artículos 23 de la Decisión 516 y 11 de la Decisión 706.

Nombre y proclamas de los parches adelgazantes cosméticos. Al respecto, debido a que los productos en cuestión ("parches") no corresponden a presentaciones cosméticas sino más bien a una forma farmacéutica, se acordó que tales productos no se encuentran en el ámbito de aplicación de la Decisión 516 ni en la definición de cosméticos establecida por la misma. En esta sentido las Autoridades Sanitarias tomarán las medidas sancionarias del caso.

Por lo anterior, esta Dirección invita al sector industrial para que al momento de presentar las distintas solicitudes de trámites ante el INVIMA, tenga en cuenta las disposiciones aquí contenidas.

GINA NÚÑEZ HERNÁNDEZ

Directora de Cosméticos, Aseo, Plaguicidas y Productos de Higiene Doméstica