



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

5 DE MARZO DE 2019

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74

SALA CIVIL

NO DEMOSTRACIÓN DE ACTOS DE DESVIACIÓN DE CLIENTELA CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL / VIOLACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL POR UTILIZAR UN SIGNO SIMILARMENTE CONFUNDIBLE PARA EL PÚBLICO CONSUMIDOR. Pág. 2 -12.

EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS LAS FACTURAS SIRVEN COMO PRUEBA PARA RECONOCER EL VALOR DE LA PRESTACIÓN. Pág. 12 - 14.

TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN PROVENIENTE DE UN CONTRATO DE SEGURO. Pág. 15 - 19.

PROCESO DE RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS – ART. 379 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Pág. 19 – 23.

SALA CIVIL

NO DEMOSTRACIÓN DE ACTOS DE DESVIACIÓN DE CLIENTELA CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL / VIOLACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL POR UTILIZAR UN SIGNO SIMILARMENTE CONFUNDIBLE PARA EL PÚBLICO CONSUMIDOR MP DR. JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO RADICADO: [1100131990120149207001](#)

ASPECTO FÁCTICO

La actora pretende que se declare que los demandados incurrieron en conductas constitutivas de actos de competencia desleal (confusión o riesgo de asociación y desviación de la clientela), y violatorias de los derechos de propiedad industrial de la marca “Casa Pestagua” (clases 37 y 42), de la cual es titular; y que, en consecuencia, se les ordene a los convocados, abstenerse “(...) *de forma inmediata [de] la implantación del signo PESTAGUA en sus avisos, letreros, tarjetas de presentación, papelería, página web, documentación comercial y demás medios, de su establecimiento de comercio.*” (fl. 95, cd. 1).

Como sustento de sus súplicas, la promotora del juicio adujo que desde el año 1997, previa solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio le concedió a la sociedad Pedro Gómez y Cia. S.A., el registro marcario “Casa Pestagua” en las clases 37 (construcción) y 42 (servicios de alojamiento, comida y albergue), el cual fue transferido con posterioridad a Terrawind Properties Corporation.

Señaló que, en el año 1998, pese a que se opuso, la memorada delegatura, por petición de Álvaro Montoya, realizó el registro marcario “Casa de Don Andrés de Madarriaga y Morales Conde de Pestagua”, en la clase 42, porque existían otras palabras que distinguían esa marca de la suya.

Expresó que ha incurrido en cuantiosos gastos para publicitar la marca “*Casa Pestagua*” a nivel mundial y que a ésta le han hecho varias menciones honoríficas.

Manifestó que en el año 2013, se enteró que la unidad comercial de los encartados dejó de identificarse como “*Casa de Don Andrés de Madarriaga y Morales Conde de Pestagua*” y pasó a “(...) *utilizar premeditadamente [como] enseña y nombre comercial (...) Casa Conde de Pestagua (...)*”, hecho que genera confusión entre los posibles clientes, “(...) *pues la nomenclatura o ubicación física de los establecimientos, su fachada (...), [y] página web son similares, inclusive se encuentran en*

la misma acera, en la misma calle, separándolos solo unos 38 metros (...)”.

Finalmente, indicó que, desde el 21 de abril de 2014, la marca “Casa de Don Andrés de Madarriaga y Morales Conde de Pestagua” caducó, pues tuvo vigencia hasta el 21 de octubre de 2013, y no se renovó (fls. 95 a 97, cd. 1).

ANÁLISIS DE LA SALA

1°. Presentes los presupuestos procesales necesarios para la decisión de fondo y verificada la inexistencia de irregularidades que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto.

2°. Preliminarmente, debe precisarse que la presente alzada será desatada atendiendo los puntos concretos de desencuentro con el fallo de primera instancia, traídos a la vista por los extremos opugnadores como contrarios a sus intereses, a tono con lo dispuesto en el artículo 320 del Código General del Proceso, en cuyo inciso primero preceptúa que “[e]l recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.”; sin perjuicio de las facultades otorgadas al juzgador por el artículo 328, *ibídem*.

3°. Efectuada la anterior acotación, comporta apuntalar que el titular de signos distintivos, ante la indebida utilización de los mismos, por parte de un tercero, cuenta con dos mecanismos legales de protección para prevenir y sancionar las conductas vulneradoras de sus derechos, que por estar encaminados a proteger bienes jurídicos diferentes, imponen al accionante cargas probatorias distintas para que prosperen sus aspiraciones procesales.¹ Es así como, de un lado, está prevista la acción por infracción de derechos de propiedad industrial y, de otro, está instituida la acción de competencia desleal.

¹ Ascarelli, Tulio. *Op. Cit.* Págs. 204 y ss.

La primera de las acciones mencionadas se encuentra regulada en el título XV de la Decisión 486, acerca de la cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló que “(...) además que los derechos de exclusión en referencia ‘pueden subsumirse en la facultad del titular del registro marcario para ‘impedir’ determinados actos en relación con el signo, o, en definitiva, para ejecutar las acciones del caso frente a terceros que utilicen en el tráfico económico y sin su consentimiento un signo idéntico o semejante, cuando dicha identidad o similitud sea susceptible de inducir al público a confusión’ (Sentencia dictada en el expediente N° 69-IP-2000, del 6 de julio de 2001, publicada en la G.O.A.C. N° 690, del 23 de julio del mismo año). Por tanto, ‘La finalidad que persiguen las acciones derivadas del ius prohibendi está dirigida a evitar que el doble uso de una marca idéntica o similar introduzca confusión en el mercado’, lo que presupone la existencia de actos demostrativos del uso confundible del signo. La exigencia de este uso viene dada ‘de una parte, por la necesidad de defender a los consumidores quienes ante la presencia de dos marcas idénticas o similares en el mercado ven afectada su capacidad de selección como demandantes de bienes y servicios, y de otra, por la posibilidad de confusión fundada en la defensa de los empresarios quienes como primeros oferentes del producto están interesados en que se establezca la identidad de este producto con el fabricante, a fin de informar sobre la calidad del mismo, su origen y las características especiales que posee (...) La presencia efectiva de por lo menos dos marcas que se comercializan en un mismo mercado, es elemento fundamental para que se produzca la confusión. (...) allí donde no hay posibilidad de comparación entre dos objetos, tampoco habrá posibilidad de confusión’.” (Sentencia dictada en el expediente N° 11-IP-96, del 29 de agosto de 1997, publicada en la G.O.A.C. N° 299, del 17 de octubre del mismo año, caso “BELMONT”).²

Por su parte, la acción de competencia desleal no tiene como propósito defender el signo distintivo como tal, sino salvaguardar la libre y leal competencia económica, garantizado que los participantes en el mercado encuadren sus conductas dentro los parámetros de las sanas costumbres comerciales, el principio de la buena fe mercantil, los usos honestos en materia industrial o comercial, la protección de la libre decisión del consumidor y el funcionamiento concurrencial del mercado, en

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 129-IP-2013

³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 129-IP-2013

los términos del artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

En ese sentido, la referida corporación sostuvo lo siguiente:

“De manera que los actos de competencia desleal, además de poder causar daños a un competidor determinado, lo pueden hacer al mercado mismo y, por lo tanto, al interés del público consumidor.

En esta línea se puede decir que la finalidad de la figura de la competencia desleal se da en dos aspectos: “de un lado se trata de amparar los intereses de los demás empresarios, en la medida en que ellos podrían resultar vulnerados por el comportamiento indebido del competidor desleal; pero además, y esta faceta de la restricción a la competencia desleal es frecuentemente olvidada, se busca establecer una protección efectiva para los intereses de los particulares, en cuanto son consumidores y destinatarios exclusivos de muchas de las prácticas indebidas. (publicidad engañosa, por ejemplo)”³.

De lo previamente discurre se desprende que el indebido uso de un signo distintivo no basta, en línea de principio, para estructurar la competencia desleal cimentada en el desconocimiento de la propiedad industrial, comoquiera que el acto desleal tiene ocurrencia si la utilización de la marca, por ejemplo, tiene como objeto o efecto los fines concurrenciales sancionados por la ley. De allí que para establecer la deslealtad competitiva fundamentada en la infracción de derechos de un signo distintivo, no puede el operador judicial detenerse solamente en la contravención de un derecho de propiedad industrial, para determinar si se produjo la imitación o reproducción no autorizada, sino que el examen debe dirigirse a esclarecer si dicha transgresión produce confusión en el mercado, de suerte que el juicio “no se refiere propiamente al análisis de confundibilidad de los signos distintivos, (...) ya que esto es un tema regulado en otra normativa. Se trata entonces de determinar si dichos actos, en relación con un competidor determinado, generan confusión en el público consumidor respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.”⁴

4°. Partiendo de esos lineamientos conceptuales, será abordado, en primer

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 149-IP-2007

lugar, el estudio específico de cada una de las inconformidades planteadas por la promotora del debate.

4.1. Para ese propósito, inicia el Tribunal por analizar el reproche edificado en que el *a quo* no tuvo en cuenta que de una conducta compleja puede derivarse la estructuración de varios actos de competencia desleal; reparo respecto del cual se otea, en principio, el acierto del impugnante, dado que, según las particularidades del caso, un mismo comportamiento realizado en el mercado, puede dar origen a pluralidad de actuaciones concurrenciales, contrarias a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, con la idoneidad y el propósito de afectar la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento del tráfico mercantil. (Artículo 7, Ley 2565 de 1996).

No obstante lo anterior, en las diligencias no milita medio de convicción con la suficiente solidez para determinar que la conducta de la demandada, además del acto de confusión, haya tenido como objeto o efecto desviar los clientes de su competidora demandante, pues en ese sentido solo sería posible, esencialmente, echar mano de la presunción ficta configurada por la inasistencia de la convocada a la audiencia llevada a cabo el 4 de marzo de 2016, en la que el juzgador, aplicando la sanción establecida en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, tuvo por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de ser probados mediante confesión (fl. 162, cd.9), entre ellos el relativo a que “(...) *a finales del año 2013 las directivas y empleados del TERRAWIND PROPERTIES CORP, se enteran (...) del caso concreto, en el que un cliente reservó en “Conde de Pestagua” creyendo que era “Casa Pestagua”; consecuencia del acto de confusión que se genera con la similitud (...) entre la marca vigente “CASA PESTAGUA” y la enseña comercial modificada voluntariamente por el demandado “CONDE DE PESTAGUA” (...) pues el consumidor de los servicios de alojamiento, cree y creía que “Conde de Pestagua” es una marca o un establecimiento de propiedad de Casa Pestagua (...)*” (fl. 94. Cd.1).

Así las cosas, el hecho descrito, al no estar apoyado con otros elementos de persuasión para evidenciar la desviación de clientela endilgada a la llamada a la contienda, no es más que una manifestación genérica, carente de concreción, en la medida en que no especifica el nombre del cliente, el día y hora en los que habría ocurrido la conducta que tuvo por objeto o como efecto la supuesta conducta de desviación, ni tampoco identifica

al personal vinculado a la accionada que habría presenciado el acto reprochado.

Sobre ese respecto, resulta pertinente poner máximo acento en que la propia accionante, tanto en su escrito demandatorio, como en la subsanación del mismo, patentizó que los clientes a quienes ofrece y presta sus servicios de hotelería y celebración de eventos, no son consumidores comunes dentro del mercado de hospedaje, sino personas en su mayoría extranjeros, pertenecientes a un estrato social y económico que bien puede considerarse pudiente y exclusivo, amén del posicionamiento internacional de su marca, las menciones de honor, galardones y reconocimiento recibidos, así como la categoría cinco estrella de su establecimiento, dado su grado de excelencia, el cual cuenta con “*majestuosas instalaciones*”, “*equipadas con tecnología de punta*” y absoluto confort; condiciones que, en su sentir, contrastan con el hotel de su contraparte, por ser únicamente una casa colonial, que dispone de tres apartamentos para su alquiler. (fls. 57, 58 y 96, cd.1). y, en palabras del representante de Terrawind Properties Corporation, “*ellos solo tienen una casa que funciona para eventos, y no tienen el mismo grado de mantenimiento y de servicios.*” (Min: 36:25. Audiencia del 4 de marzo de 2016. fl. 162, cd.9)

En ese contexto, no es entendible que sujetos de tan connotadas peculiaridades, afectos a servicios suntuosos del sector de hotelería, al más alto nivel de comodidad, puedan migrar fácilmente al establecimiento de alojamiento de la Sociedad Domínguez & CIA S.C.A., el que según las características expuestas por la sociedad impulsora de este proceso, estaría en una clasificación hotelera sustancialmente distinta, y a partir de allí catalogar, sin más, dichos supuestos como desleales; pues tal conclusión deja en el olvido que si bien, en palabras del Tribunal Andino de Justicia, Proceso 54-IP-2003, “[p]ara probar la posible desviación de la clientela, primero se debe probar la clientela, ya que de lo contrario si no existe clientela no habría acto de competencia desleal”, lo cierto es que también es requerido acreditar que la conducta desplegada por el competidor acusado, tenga la capacidad para trasladar a su ámbito mercantil los clientes potenciales o actuales del empresario que alega el perjuicio, puesto que “(...) *el acto desleal es sancionado en cuanto “sea idóneo para perjudicar a quien explota una empresa concurrente y es esta probabilidad de daño (y no el daño efectivo) la que es suficiente para justificar su represión debiendo en la valoración de dicha idoneidad basarse en las que, justamente, se*

denominan máximas de la experiencia”;⁵ supuestos desvirtuados en el caso de los autos por el representante legal de la demandante, al afirmar, en interrogatorio, que “una señora furiosa, dijo que mantuvo conversación por medio electrónico, convencida de que era Casa Pestagua, pero cuando llegó allá, no reconocía lo que ella conocía de Casa Pestagua, no era el mismo sitio, no era la misma decoración, todo era diferente, nosotros (...) ella vino a nosotros, que era la casa que ella había elegido desde el principio”; palabras de las que se deriva la ineptitud del obrar de la demandada para descarriar la lealtad de la cliente de su contra parte. (Min: 36:21. Audiencia del 4 de marzo de 2016. fl. 162, cd.9)

En relación con el tema, viene bien memorar que la Sala de Casación, en sentencia de 12 de septiembre de 1995. Exp. 3939, señaló:

“Ripert apoyándose en autores como Pouillet y Roubier, entre otros, sostiene que las sanciones judiciales por el ejercicio de competencia desleal ‘no tienden solamente a reparar un perjuicio, pues son además preventivas en vista al respeto de un derecho violado...” (Tratado Elemental de Derecho Comercial, Editorial Labor, 1988, pag. 310). Dentro de la misma línea de pensamiento, otros doctrinantes consideran suficiente que el acto sea idóneo para producir un resultado, pues el peligro de la desviación de la clientela constituye en sustancia el perjuicio de la probabilidad ajena de ganancia, perjuicio que vindica la represión del acto que viola la lealtad de la concurrencia y no un derecho absoluto sobre la clientela, por lo cual esta institución jurídica tutela un derecho subjetivo y no absoluto (Tulio Ascarelli, Teoría de la Concurrencia y de los bienes inmateriales, De. Bosh, 1970, Pág. 473). Es ésta, además, la tendencia doctrinaria, legislativa y jurisprudencial moderna.”

Bajo el acopio de tales premisas doctrinales y jurisprudenciales, en el asunto de marras no se avista demostrado por la gestora de estas diligencias, que la sociedad demandada haya ganado- o al menos hubiese pretendido hacerlo con un proceder idóneo- la voluntad de los clientes adinerados de aquélla, para llevarlos a la esfera de competencia de ésta, circunstancia que conduce a la desestimación de la censura contra el fallo de primera instancia, delantadamente analizada.

4.2. Por esa misma senda de reclamos, frente a la negativa del *a quo* respecto a la

declaratoria de infracción de derechos de propiedad industrial, la demandante, además de peticionar que se extienda la “(...) prohibición al uso de la expresión ‘PESTAGUA’ y cualquier otro signo registrado o no”, también se queja en su memorial de apelación, porque la delegatura acusada no tuvo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso, que no fueron controvertidas y si demuestran que el demandado, para identificarse en el mercado, resalta deliberadamente la expresión “PESTAGUA”, o “CONDE DE PESTAGUA”, generando riesgo de confusión con la marca registrada de la demandante y, por lo tanto, incurre en infracción marcaría, lo cual debe ser analizado a la luz del indicio grave en contra del accionado, por no haber contestado la demanda ni comparecido a la audiencia del artículo 432 del C.P.C.

De allí que solicite al *ad quem*, de conformidad con el material probatorio recaudado, estimar que la conducta de la parte demandada configuró los supuestos de la aludida trasgresión marcaría, según lo establecido en el artículo 155 y 238 de la Decisión 486, y demás normas concordantes, teniendo en cuenta que los servicios cubiertos por el registro de marca de la accionante son los mismos servicios de turismo ofrecidos por la parte pasiva.

Frente a dicho motivo de impugnación, sea lo primero anotar que las siguientes son las pruebas documentales atendibles, según las previsiones del entonces vigente Código de Procedimiento Civil, sobre la identificación del establecimiento del extremo convocado:

(i) Certificado de Cámara de Comercio de Cartagena de la sociedad Domínguez & CIA S.C.A., en el que se hace constar la existencia de su establecimiento de comercio identificado como “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”. (fl. 4, cd.1)

(ii) Tarjeta de presentación de la Katteryne H. Domínguez Blanco, Asistente Administrativa de “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA Don Andrés de Madarriaga y Morales”. (fl.43, cd.1).

(iii) Registro Nacional de Turismo No. 22788 del establecimiento “CASA DEL CONDE PESTAGUA” de la empresa prestadora Domínguez & CIA S.C.A. (fl. 249, cd.1).

(iv) Acta de testimonio especial, visible a folios 21 a 26 del cuaderno 3, levantada por la

⁵ Ascarelli, Tulio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, Editorial Bosch, Barcelona. 1970. Pág. 163

Notaría Dieciséis (16) Encargada 16 del Circulo de Bogotá, en que la se hizo constar que “(...) a través de uno de los computadores de la notoria y en uso de los servicios de internet (...) se ingresó a las siguientes “páginas web”, para dar fe del contenido de las mismas:

“(…) [tagua.com/es/alojamiento.htm](http://www.casacondedepes>tagua.com
<a href=)
<http://www.lurecartagena.com/en/casa-del-conde-de-pestagua/>
<http://www.directorioparaeventos.com.co/home/venue/detais/420>
(…) <http://rntcartagena.com/fecamaras.co/detalle-estableciemineto/14726/casa-del-conde-de-pestagua>” (Negrillas fuera del texto original)

En los anteriores enlaces en red, claramente se observa que el establecimiento hotelero y de eventos de la parte demandada es identificado, desde su dirección electrónica, como “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, distintivo que también aparece, de modo notorio, en el texto de las páginas aludidas. (fls. 24, 24 vto., y 25 vto., cd.3)

Adicionalmente, téngase en mente que, en aplicación de la sanción establecida en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, el *a quo* tuvo por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de ser probados por confesión,⁶ entre ellos los relativos al uso inicial de la marca “Casa de don Andrés de Madarriaga y Morales CONDE DE PESTAGUA”, para posteriormente utilizarse “(...) solo “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, mutando sin modificar el registro de propiedad industrial y así hacerse ver ante los consumidores de una forma parecida a “CASA DE PESTAGUA” quien de acuerdo a todos los anteriores galardones y menciones goza de reconocimiento.” (...) “En la actualidad [al momento de incoar la demandada] el demandado no tiene una marca vigente y sumado a ello utiliza premeditadamente una enseña y nombre comercial parecido a la marca vigente CASA PESTAGUA de propiedad de TERRAWIND PROPERTIES CORPS., con el fin de confundir o inducir a error a los consumidores.” (fl. 96 y 97, cd.1).

Empero, de lo previamente manifestado debe dejarse muy en claro que no milita prueba contundente, en el paginario, sobre la titularidad de la marca “CASA DE DON

ANDRÉS DE MADARRIAGA Y MORALES CONDE DE PESTAGUA”, antes de la presentación de la demanda, pues de tal circunstancia únicamente obra en el plenario, lo aseverado en el libelo introductor referente a que, pasado un año del otorgamiento de la marca “CASA PESTAGUA”, mediante resoluciones 15408 y 15409 de 1997, Álvaro Montoya presentó solicitud de registro de la marca “CASA DE DON ANDRÉS DE MADARRIAGA Y MORALES CONDE DE PESTAGUA”, en las clases 37 y 42, la que, después de agotado el trámite de oposición, fue concedida por la Superintendencia, en la clase 42, mediante resolución 29463 de 2003; signo distintivo que tuvo vigencia hasta el 21 de octubre de 2013, pues debía ser renovada hasta el 21 de abril de 2014, acto que no tuvo ocurrencia; afirmaciones que fueron avaladas por apoderado de la accionada, al sostener que “(...) es claro, como así quedó probado dentro de los mismos hechos del proceso, de la demanda, el demandante lo manifiesta, que ambas partes presentaron registro marcario, el primero, el demandante en el año 96, posteriormente mi poderdante en el año 97, registros que fueron concedidos por esta misma Superintendencia (...) cuya clase distinguía a empresarios que se dedicaban a prestar un servicio de alojamiento (...) a mi poderdante, por una omisión, se le olvidó renovar su registro marcario, como el demandante lo manifiesta en la demanda se venció el 21 de octubre de 2013. (...)” (Min: 15:42:10 Audiencia de 17 de junio de 2016. fl. 187 cd.1)

Las manifestaciones precedentes, al ser valoradas a la luz del artículo 194 del C.G.P., llevan a concluir la ausencia de acreditación del derecho al uso exclusivo de la comentada marca, antes de la interposición del escrito incoativo, en cabeza de la parte llamada a la controversia; prerrogativa que, valga memorar, solo se adquiere con el registro del signo, ante la respectiva oficina nacional competente, tal como lo previene el artículo 154 de la Decisión 486, situación de la que no se allegó prueba idónea para su demostración, como lo serían la resolución por la cual se concedió el registro marcario o la certificación de la inscripción de dicho acto en el registro público de la propiedad industrial.

Sin embargo, de los medios de convicción previamente reseñados, si es posible colegir, sin dificultad, que la sociedad accionada, Domínguez & CIA S.C.A., identifica su establecimiento de comercio, de modo preponderante, con la enseña comercial conformada, fundamentalmente, por las

⁶ Audiencia de 4 de marzo de 2016. fl. 162, cd.9

palabras “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, expresiones utilizadas, en unos casos, de forma exclusiva y, en otro, de manera sobresaliente, respecto de los términos “Don Andrés de Madarriaga y Morales”; sin que repose en las diligencias elemento de convicción alguno que demuestre los derechos de la pasiva, derivados del primer uso de la denominación con que distingue su unidad de explotación mercantil, pues del certificado de Cámara de Comercio, visible a folio 4 del cuaderno 1, en el que consta que la sociedad demandada tiene inscrito el establecimiento “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, con matrícula número “09-280291-02 de Noviembre 18 de 2010”, renovada en “Febrero 19 de 2014”, simplemente es posible desgajar el depósito de dicho signo, por ser ese un instrumento de carácter declarativo y no constitutivo de derechos, a tono con lo previsto en el artículo 603 del Código de Comercio, aplicable al presente asunto, acorde con lo preceptuado en los artículos 611, ibídem, y 200 de la Decisión 486.

Lo delantadamente señalado pone en evidencia que, en realidad, el signo acusado como infracto por el extremo activo, es la enseña comercial “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”; situación que, por igual, deja al descubierto el desacierto del fallador de primer orden, al cotejar los signos distintivos “CASA PESTAGUA” y “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA Don Andrés de Madarriaga y Morales”, para determinar alguna vulneración de derechos de propiedad industrial en cabeza de la accionante; máxime cuando el representante legal de la sociedad Terrawind Properties Corporation, al absolver interrogatorio de parte, estructuró su embate en contra de la parte convocada, sobre el supuesto de que ésta, hasta el año 2010, siempre comercializaba su establecimiento bajo el nombre “CASA DEL CONDE, a secas”, pero al adquirir “CASA PESTAGUA” mucha fama internacional, la pasiva agregó la palabra “PESTAGUA” y así quedó “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”;⁷ censura ratificada por la apoderada de la demandante, al momento de exponer sus alegaciones.⁸

En esas condiciones, se tiene que los signos distintivos que deben ser objeto de comparación son “CASA PESTAGUA”, correspondiente a la marca utilizada como enseña comercial por la demandante, y “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, enseña con la que la demandada identifica su establecimiento de comercio; laborío en el que

es necesario aplicar las siguientes directrices jurisprudenciales:

“La comparación, debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto marcario, es decir, cada signo debe analizarse con una visión de conjunto, teniendo en cuenta su unidad ortográfica, auditiva e ideológica.

En la comparación, se debe emplear el método del cotejo sucesivo, es decir, se debe analizar un signo y después el otro. No es procedente realizar un análisis simultáneo, ya que el consumidor no observa al mismo tiempo las marcas, sino que lo hace en diferentes momentos.

Se debe enfatizar en las semejanzas y no en las diferencias, ya que en estas últimas es donde se percibe el riesgo de confusión y/o de asociación.”⁹

Asimismo, como en el asunto de marras los signos en conflicto están compuestos por más de dos palabras, es requerido aplicar las reglas de comparación de los signos denominativos compuestos, establecidas por el Tribunal Justicia de la Comunidad Andina, asunto sobre el que dicho Colegiado puntualizó:

“36. Para realizar un adecuado cotejo de signos denominativos compuestos, se debe analizar el grado de relevancia o distintividad de las palabras que los componen. Por lo tanto, el consultante deberá hacer un análisis integral de los signos para determinar la relevancia de sus componentes en el conjunto y, sobre todo, su incidencia en su distintividad.

37. Para esto utilizará los siguientes parámetros:

- Ubicación de las palabras en el signo denominativo compuesto. La primera palabra genera más poder de recordación en el público consumidor.

- Impacto en la mente del consumidor de conformidad con la extensión de la palabra. Las palabras más cortas por lo general tienen mayor impacto en la mente del consumidor.

- Impacto en la mente del consumidor de conformidad con la sonoridad de la palabra. Entre más fuerte sea la sonoridad de la palabra podría tener mayor impacto en la mente del consumidor.

- Analizar si la palabra es evocativa y su fuerte proximidad con los

⁷ Min: 31:38. Audiencia del 4 de marzo de 2016. fl. 162, cd. 9

⁸ Min: 7:00 audiencia de 17 de junio de 2017. fl. 187 cd. 9

⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 021-IP-2013

signos que ampara el signo. Entre mayor sea la proximidad del signo evocativo con los productos que ampara, tendrá un mayor grado de debilidad. En este caso, la palabra débil no tendría relevancia en el conjunto marcario.

- Analizar si la palabra es genérica, descriptiva o de uso común. Las palabras genéricas, descriptivas o de uso común se debe excluir del cotejo marcario.

- Analizar el grado de distintividad de la palabra teniendo en cuenta otros signos ya registrados. Si la palabra que compone un signo es una marca notoriamente conocida, tendrá mayor relevancia. Si la palabra que compone un signo es el elemento estable en una marca derivada, o es el elemento que conforma una familia de marcas, tendrá mayor relevancia. Se debe analizar cualquier otra situación que le otorgue mayor distintividad, para de esta manera determinar la relevancia en el conjunto marcario.”¹⁰

Con esas orientaciones teóricas como antecedentes, este Corporativo, tras valorar las probanzas arrojadas a la encuadración, encuentra que entre los signos en conflicto, pertenecientes a empresarios que prestan unos mismos servicios, esto es, alojamiento y realización de eventos, existe una similitud capaz de generar confusión o asociación entre los consumidores, en la medida en que hay identidad entre las palabras “CASA” y “PESTAGUA”, las cuales integran todo el elemento denominativo de la marca de la demandante; mientras que en la enseña de la demandada, aunque conforman parte del signo, son expresiones que, consideradas en su totalidad, dejan al descubierto una indiscutible semejanza entre ambos signos, desde una perspectiva visual, fonética y ortográfica, fácilmente confundible por los consumidores, luego de un primer impacto o impresión de conjunto. En esa misma dirección, debe precisarse, además, que si bien esos términos, en la enseña comercial de la convocada, están separados con las palabras “DEL CONDE DE”, esta diferencia es realmente insuficiente para eliminar la confundibilidad potencial, comoquiera que, de un lado, la contracción “DEL” y la preposición “DE”, son vocablos que por ser genéricos y de uso común deben excluirse del cotejo de los signos, y, de otro lado, porque el sustantivo “CONDE” no logra que el parecido entre los signos confrontados quede diluido, si se considera que el análisis de dicho riesgo exige tener en cuenta más las semejanzas que las diferencias.

En efecto, se advierte que la primera palabra tanto de la marca de la sociedad accionante, como de la enseña de la accionada, es “CASA”; vocablo que es evocativo, dado que refiere los servicios prestados por las partes involucradas en la litis, esto es, alojamiento y eventos, y, por lo tanto, no es un componente fuerte en la confrontación de los signos; cosa distinta ocurre con la voz “PESTAGUA”, que no es genérica ni de uso común, ni describe los servicios protegidos con la marca de la sociedad Terrawind Properties Corporation, tal como ocurre con la palabra “CONDE”, al denotar un título nobiliario, pero que, realmente, no está dotada de la suficiente carga semántica para evitar que el consumidor incurra en equívocos, frente al origen empresarial de los servicios,¹¹ pues, evidentemente, es más genérica que “PESTAGUA”, término éste que, en forma clara, revela la diferencia específica del signo, no solo por indicar una procedencia o un apellido, sino por su sonoridad intrínseca, que al tener una mayor carga expresiva, indefectiblemente, causa un impacto más fuerte en la mente del consumidor, por ser el elemento predominante y de mayor recordación; de donde se sigue, sin ambages, que tiene un grado superior de distintividad.

Sobre el particular, resulta importante anotar que el Tribunal Supremo de España, Tercera Sala, ha indicado que “[e]n la comparación de signos distintivos hay que **prestar especial atención a los elementos que contienen la mayor carga expresiva** ya que de éstos pueden derivarse los necesarios matices diferenciadores que permiten eliminar el posible riesgo de confusión que trata de preservar el artículo 124 del Estatuto...”.¹² (Negrillas fuera de texto original). En la misma dirección ha sostenido que “[c]omo tiene dicho reiteradamente y de manera constante, esta Sala que ahora enjuicia, la determinación de la confusión que pueden generar las denominaciones o signos incluidos en las marcas solicitadas, con relación a otras registradas preexistentes y, por consiguiente, prioritarias en el derecho de inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial, ha de efectuarse atendiendo a la semejanza fonética o gráfica de dichas denominaciones o signos, apreciados éstos en su conjunto y fijándose, en caso de estar formados por varios elementos, **principalmente en aquellos que tengan una mayor fuerza expresiva capaz de atraer una mayor y particular atención para los**

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 178-IP-2015

¹¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 13-IP-2001.

¹² Separata de la Revista General de Derecho, Pág. 11157, N° 648, Valencia

destinatarios al que el mensaje es dirigido, de forma que éstos, por tal causa, tengan una mayor retención en sus mentes que les haga recordar por tal impacto intelectual un producto determinado como perteneciente a la marca en cuestión.”¹³ (Negrillas fuera de texto original)

De las anteriores conclusiones se deriva, con entera certitud, la configuración de la infracción de los derechos de propiedad industrial que ostenta la convocante sobre la marca “CASA PESTAGUA”, en tanto que el consumidor se ve expuesto al error, amén de la similitud de los signos confrontados, en tanto que en la enseña “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA” incorpora todos los vocablos que integran el signo de la gestora, al que se agrega, simplemente, las palabras “DEL CONDE DE”, expresiones que, se itera, no logran imprimirle la distintividad requerida para coexistir en el mercado con la marca registrada de la accionante, sin crear riesgo de confusión o asociación en el público consumidor, dado que, en verdad, dicha situación ocasionaría percepciones equívocas respecto del origen empresarial de los servicios de hotelería y eventos prestados por Terrawind Properties Corporation, pues, sin duda, induciría al público a creer que estos provienen del establecimiento “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, perteneciente a la sociedad llamada a las diligencias o que existe vinculación jurídica o económica entre las partes contendientes, cuando tal relación es inexistente.

En consonancia con lo expresado, se impone descollar que la indiscutible similitud entre los signos contrapuestos, además de exteriorizar el alto riesgo de confusión y/o asociación empresarial previamente descritos, visibiliza, sin tropiezo, el denominado “aprovechamiento parasitario e injusto”¹⁴ del prestigio alcanzado por el establecimiento de comercio de la sociedad demandante, que ha sido objeto de varios reconocimientos¹⁵ y cuyos servicios han sido publicitados resaltando su excelencia, en múltiples revistas especializadas,¹⁶ pues de las reseñadas semejanzas, la titular del signo contraventor podría reportar beneficios derivados del error en que se ha hecho incurrir a los consumidores.¹⁷

Acerca de las conclusiones esbozadas en los antepuestos párrafos, cumple aclarar que pese a que de la literalidad de la pretensión final del libelo introductorio, podría entenderse que la actora persigue la abstención de “implementación del signo PESTAGUA”, debido a que en el pliego demandatorio inicial se hicieron múltiples referencias a la “marca en trámite de concesión Pestagua”, petición improcedente en los términos del artículo 238 de la Decisión 486 de la Comisión de Comunidad Andina, por cuanto al momento de la presentación del libelo incoativo, la gestora de la controversia no contaba con la titularidad de dicho signo, lo cierto es que debe inferirse que la aspiración de la demandante se encamina, en los términos del canon 241, *ibídem*, a la cesación de los actos constitutivos de infracción de su marca “CASA PESTAGUA”, originados con la utilización de la enseña comercial “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, en tanto que ésta incorpora “la expresión Pestagua”; epílogo que se desgaja de la subsanación de la demanda, escrito en el que la alusión a la “marca en trámite de concesión Pestagua”, fue eliminada (fls. 93 a 98, cd.1), al tiempo que, allí mismo, se consignó que hubo una mutación de la marca “casa de don Andrés de Madarriaga y Morales CONDE DE PESTAGUA, a solo “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, para “(...) hacerse ver ante los consumidores de una forma parecida a ‘CASA PESTAGUA’ quien de acuerdo a todos los anteriores galardones y menciones goza de reconocimiento”; a lo que se agregó que la accionada “aparece en internet, como www.casacondedepestagua.com (...)”, pero “[e]n la actualidad el demandado no tiene un marca vigente, y sumado a ello utiliza premeditadamente una enseña y nombre comercial parecido a la marca vigente CASA PESTAGUA de propiedad de TERRAWIND PROPERTIES CORP., con el fin de confundir o inducir a error a los consumidores.” (fl. 97, cd.1). Y con ese derrotero, el juez de primera instancia, al fijar el litigio, precisó que, en el presente caso, corresponde “(...) determinar si la demandada, en el desarrollo de su actividad comercial, ha identificado su establecimiento, su actividad económica o sus servicios, a través de una expresión que infringe los derechos de propiedad industrial que la demandante ostenta sobre la marca “Casa Pestagua”. (Min: 59:45. 59:48

¹³ Op. cit. Pág. 7052. Nº 621

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Primera. Sentencia

de 3 de noviembre de 2011. Rad. 11001 0324 000 2006 00100 00.

¹⁵ fls. 38 a 42, cd. 3

¹⁶ fls. 139, cd. 3; fls. 10, 138 y 231, cd. 6; fls. 68, 122, 228 vto. cd.7; fls. 61, 156, 182, 202 vto. cd. 8; entre otros

¹⁷ Consejo de Estado, *ídem*

Audiencia de 14 de marzo de 2016. fl. 162, cd.9).

Puesta de ese modo la situación litigiosa, y en consideración a lo dispuesto el artículo 155, literal d), de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en cuya virtud “[e]l registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento (...) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro”, se revocará el ordinal tercero de la sentencia confutada, para declarar, también, que la sociedad Domínguez CIA S.C.A. incurrió en “conductas violatorias de los derechos de propiedad industrial de la marca “CASA PESTAGUA” (clases 37 y 42) cuyo titular es TERRAWIND PROPETIES CORP.” En consecuencia, se ordenará a la compañía accionada abstenerse, en forma inmediata, de utilizar, en el desarrollo de su actividad empresarial, la enseña comercial “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, particularmente “en sus avisos, letreros, tarjetas de presentación, papelería, página web, documentación comercial y demás medios, de su establecimiento de comercio”, que ha venido identificado con el signo infractor; dado que el titular de la marca registrada “CASA PESTAGUA”, “(...) puede impedir el uso de un signo similarmente confundible, para distinguir productos, servicios o actividades igualmente similares o relacionadas, en tanto tal uso en el comercio cause confusión o riesgo de asociación entre el público consumidor.”¹⁸

5°. Seguidamente, serán examinadas, de manera puntual, las censuras expresadas por el externo demandado.

5.1. Frente la inconformidad estructurada en que el *a quo* omitió tener en cuenta la solidaridad y el litisconsorcio cuasi-necesario existentes entre la sociedad Domínguez y CIA. S.C.A. y su representante legal Álvaro Montoya, situación que, en sentir del apelante, imponía la exoneración de ambos por no haberse acreditado la participación de éste en los actos de competencia denunciados, el Tribunal no advierte desafuero alguno en la decisión de primer orden, en la medida en que la delegatura concluyó que no evidenciaba que el aludido señor, como persona natural, hubiera incurrido en deslealtad alguna, ya que habría actuado en nombre de su representada,

resultando, por ello, comprometida dicha sociedad; decisión acertada, en razón a que uno de los efectos del representación es que “(...) la eficacia del acto jurídico se desvía del representante hacia el representado, como si este hubiera obrado por sí mismo”; a lo que se suma la orfandad probatoria respecto de la realización de algún comportamiento desleal por parte de Montoya, a título personal, en contra de la demandante.

5.2. En lo tocante al reproche contra el juzgador de primera instancia por no haber reconocido, en forma oficiosa, la caducidad de la acción de competencia desleal, no observa esta colegiatura vocación de éxito en tal desencuentro, comoquiera que por disposición contenida en el artículo 23 de la Ley 256 de 1996, la acción de competencia desleal está sometida, *ministerio legis*, a la prescripción, por lo que no le es dable al recurrente asimilar dicho fenómeno extintivo, “clara, explícita e inequívocamente expresad[o] en el precepto” [legal], a la caducidad (...),¹⁹ para peticionar del juez su declaratoria, pese a su falta de respuesta al libelo genitor, omisión que impide un pronunciamiento al respecto, por cuanto desaprovechó la oportunidad para esgrimir esa defensa en tiempo, que era de su resorte exclusivo proponerla, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, hoy 282 del Código General del Proceso.

5.3. Atañadero al reproche sobre la valoración probatoria efectuada por el juzgador de conocimiento, para demostrar el acto de confusión, a pesar de no existir tal deslealtad debido a que la parte accionada, desde hace más de quince años, tenía el uso del signo tildado por la actora de infractor, aunado a que los dos establecimientos en conflicto están prácticamente contiguos, esta Sala es del criterio que tal embate no puede abrirse paso, en tanto que, como quedó establecido en párrafos precedentes, no se arrimó a la actuación elemento de juicio que demostrara el primer uso de la enseña comercial “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, que diera a la demandada un mejor derecho -sin necesidad de registro-, que el que ostenta la demandante sobre su marca registrada “CASA PESTAGUA”, conforme las previsiones mercantiles patrias y la normativa andina, puesto que “[p]ara que una enseña comercial sea protegida, no es necesario su registro, sino la prueba de su uso real, efectivo y constante en el comercio, antes de la solicitud de registro de un signo idéntico o similar. Esta

puede asimilarse la prescripción consagrada en el artículo 938 del Código de Comercio, a la caducidad.

¹⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 07-IP-98

¹⁹ Véase la sentencia de 19 de octubre de 2009, 05001-3103-009-2001-00263-01, en la que la Sala de Casación Civil precisó que no

*circunstancia debe ser probada por quien la alega;*²⁰ tarea que pretermitió el extremo demandado, por lo que en esta instancia no les es admisible esgrimir, como puntal de su defensa y sin haber sido motivo de reparo contra el fallo impugnado, la concesión que le hiciera la Superintendencia Industria y Comercio, en el año 2015, del registro de la marca “CASA DE DON ANDRÉS DE MADARRIAGA Y MORALES CONDE DE PESTAGUA”, pues la titularidad de tal signo distintivo se hizo radicar, luego de iniciado el presente trámite, en cabeza de Álvaro Montoya (fl. 246 y 247 cd. 1), mas no en la sociedad Domínguez y CIA S.C.A., persona jurídica encontrada responsable de la perturbación de los derechos de la promotora del pleito.

Desde ese panorama, no puede soslayarse que el *a quo*, con fundamento en los medios de convicción obrantes en el expediente, concluyó que los establecimientos en disputa prestan un mismo servicio en el mercado, que utilizan para su identificación las palabras “CASA” y “PESTAGUA”, pero que la demandada, al promocionar su unidad de explotación mercantil resalta el último de los términos mencionados, como efectivamente se advierte en la tarjeta de presentación visible a folio 43 del cuaderno 1, en la cual es evidente que las palabras “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, saltan a la vista frente a las palabras “Don Andrés de Madarriaga y Morales”.

Lo anterior pone de manifiesto el propósito de la accionada en asimilar su signo distintivo a la marca con la que se identifica la demandante, esto es, “CASA PESTAGUA”, lo que obedece -examinado el caudal probatorio obrante en la foliatura- a la reputación y reconocimiento del “Hotel Boutique” de la demandante, a los reconocimientos y premios obtenidos, para lo cual es notoria la inversión realizada, tal y como puede avizorarse en el amplio material probatorio allegado a las diligencias (fl.s 1 a 163, cd. 9).

En ese escenario probativo, se otea el evidente grado de confusión que se ha generado en el mercado, prueba de ello es la noticia de farándula publicada, en página completa, en el diario El Universal de la ciudad de Cartagena, en la que se dio a conocer que “*En ceremonia civil realizada anoche en la Casa Pestagua contrajeron matrimonio el cantante Martín Elías Díaz Acosta y Dayana Jaimes García, hijos de Diomedes Díaz (...)*”, información

incorrecta si en cuenta se tiene que, en palabras de la actora, tal evento no tuvo lugar en las instalaciones de la convocante, hechos que, a no dudarlo, acreditan el acto desleal de confusión, que encuentra mayor raigambre demostrativa en el indicio grave en contra de la encartada, por no contestar la demanda y la consecuencia establecida en el artículo 432 del C.P.C., en cuya virtud se tuvieron por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de ser probados por confesión, entre ellos la creencia errada de una cliente de la demandante, que acudió a “CASA DEL CONDE DE PESTAGUA”, bajo la convicción de que se trataba de “CASA PESTAGUA”.

5.4. Referente a la censura cimentada en que la decisión de primer grado es contradictoria, ya que pese a ser excluyentes las pretensiones de competencia desleal y de infracción a la propiedad industrial, la delegatura criticada declaró probado el acto desleal de confusión, pero no la transgresión de la marca de la convocante, porque los signos cotejados no generan confusión, este Tribunal encuentra infundado tal inconformidad, comoquiera que el *a quo* procedió a examinar los hechos y pretensiones, con fundamento en el cuerpo de la demanda, considerando los aspectos propios de cada una de las acciones impetradas, esto es, infracción de derechos de propiedad industrial y competencia desleal, sin que la una excluyera a la otra, pues, como se dejó anotado en acápites anteriores, el primero de los instrumentos procesales mencionados, en términos generales, se encamina a evitar que el doble uso de una marca idéntica o similar genere confusión en el mercado, para que no se vea afectada la capacidad de selección de los consumidores, ni transgredido los derechos exclusivos del titular del signo distintivo imitado o reproducido; mientras que el segundo mecanismo busca proteger, en esencia, la libre competencia y los intereses de los consumidores, de las prácticas mercantiles indebidas.

5.5. Por último, en cuanto a la discrepancia de la demandada por la supuesta desproporción de las costas impuestas por el juzgador de conocimiento, baste decir que la recurrente, en realidad, no se encuentra conforme con el monto fijado como agencias en derecho, rubro que, al igual que liquidación de las expensas, según el artículo 366, numeral, del C.G.P., “(...) solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas (...)”

²⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 05-IP-2013

6°. En este estado de cosas, se tiene que, ante el fracaso de la alzada formulada por el extremo accionado, y la prosperidad parcial de la apelación de la parte activante, se condenará

en costas de esta instancia, al primero en un 80%, y, en un 20%, al segundo, tal y como lo prevé el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso.

**EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS LAS FACTURAS SIRVEN COMO PRUEBA
PARA RECONOCER EL VALOR DE LA PRESTACIÓN.
MP DRA. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
RADICADO: [11001310301620140017701](#)**

ASPECTO FÁCTICO

Que la empresa MERCADEO Y SERVICIOS -MERCASER S.A.S., entre los años 2004 a 2007, despachó varias órdenes de compra a la compañía PREVIMEDIC S.A., consistente en diversos tipos de mercancía de orden farmacéutico, las que fueron recibidas por la demandada, sin que se allanara al pago de dichas obligaciones.

Que la sociedad PREVIMEDIC S.A. (en liquidación), a pesar de haber expedido el reporte de estado de cuenta, de la demandante, en el mes de septiembre de 2008, no pagó las obligaciones adquiridas en las facturas Nos. 16494, 16705, 16725, 16775, 16796, 16797, 16798, 16804, 16854, 16859, 16862, 16863, 16880, 16905, 16909, 16917, 16919, 16920, 16925 y 16929.

Que MERCADEO Y SERVICIOS MERCASER S.A.S, para lograr el pago de las facturas referidas, instauró demanda ejecutiva en contra de PREVIMEDIC S.A., bajo el radicado N. 2008-0603, proceso en el que la primera instancia, resolvió declarar probada la excepción denominada “Los documentos aportados no prestan mérito ejecutivo”; decisión que fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Descongestión.

Que el 9 de septiembre de 2013, el Centro de Conciliación de la Personería de Bogotá –casa de justicia Mártires, expidió constancia de inasistencia del convocado, requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción civil.

El acontecer procesal obrante en el plenario remitido se puede resumir diciendo que la parte actora presentó demanda ordinaria, la que correspondió al Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá (fl. 108 cd. 1), autoridad que mediante auto adiado 3 de abril de 2014, la admitió y ordenó correrle traslado a Previmed S.A. (fl. 109 cd. 1); quien la contestó y se opuso a lo solicitado en la demanda, formulando como excepciones de fondo, las denominadas: “Cobro de lo no debido”, “Enriquecimiento sin causa”;

“Falta de lealtad procesal por parte del demandante” y “La genérica” (fls. 132 a 134, cd. 1).

Descorrido el traslado de los mecanismos de defensa formuladas, se agotó la diligencia prevista en el artículo 101 del C.P.C., a la que no concurrió la parte demandada (fl. 141 cd.1); luego, se remitió el proceso al Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá, de conformidad con el Acuerdo PSAA15-10373 de 31 de julio de 2015; con posterioridad, el 22 de marzo de 2017, se realizó la audiencia de instrucción, prevista en el artículo 373 del C.P.G., se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fl.149 cd. 1); el 7 de marzo de 2018, se realizó la práctica de pruebas (fl. 209 cd. 1) y; finalmente, el 6 de abril de 2018, se escuchó las alegaciones, culminándose la primera instancia con sentencia, en la que se declararon no probadas las excepciones denominadas “cobro de lo no debido”, “enriquecimiento sin justa causa”, “falta de lealtad procesal por parte del demandante”; y como consecuencia se declaró que existe una obligación de pago a cargo de la sociedad Previmed S.A. en liquidación por suministro de los medicamentos cuyos datos y valores se encuentran registrados en las facturas Nos. 16925, 169880, 16994, 16705, 16725, 16854, 16859, 16862, 16863, 16909, 16919, 16920 y 16929, y condenó en costas a la parte demandada.

ANÁLISIS DE LA SALA

Admitido y sustentado el recurso en esta instancia, se procede a desatar la alzada por parte de la Sala, por tener competencia para ello, de conformidad con lo previsto en el numeral primero del artículo 31 del C.G. del P., y bajo las limitantes de los artículos 280 y 328 ibídem, ya que no se observan irregularidades sustanciales ni procesales que puedan invalidar lo actuado y fuera de ello, se configuran los presupuestos de la acción, para iniciar y llevar a término el presente proceso declarativo donde la sociedad anónima MERCASER pretende se declare la existencia de una obligación de pago a cargo de PREVIMEDIC S.A. (hoy en liquidación) por

el suministro de unos productos farmacéuticos; pretensión que se soportó (i) en las facturas Nos. 16925, 169880, 16994, 16705, 16725, 16854, 16859, 16862, 16863, 16909, 16919, 16920 y 16929; (ii) en la declaración de Alexander Vargas Horta y Abel Gerardo Castro Niño, y (iii) en el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada; y que después de agotados los periodos de contestación de la demanda, probatorio y alegatos, concluyó en sentencia estimatoria que declaró imprósperas las excepciones formuladas, denominadas “*cobro de lo no debido*”, “*enriquecimiento sin justa causa*”, “*falta de lealtad procesal del demandante*” y, por ende declaró la existencia de una obligación de pago, consistente en “DECLARAR que existe una obligación de pago a cargo de Previmedica S.A. en liquidación, por el suministro de los medicamentos cuyos datos y valores se encuentran registrados en las facturas Nos. 16925, 169880, 16994, 16705, 16725, 16854, 16859, 16862, 16863, 16909, 16919, 16920 y 16929”

Ahora bien, como los reproches formulados por la parte demandada a tal fallo hacen referencia a que el *a quo* omitió constatar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 8° del Decreto de 46 de 2000, que modificó el Decreto 723 de 1997, en relación con las facturas aportadas, por tratarse, según su parecer, de una prestación de servicios de salud; y ello, comprometería la naturaleza de la obligación declarada y los presupuestos exigidos para su configuración, diremos que no tiene soporte legal y probatorio por las siguientes razones:

1ª Porque el hecho de que el *a quo* no hubiera exigido para declarar la existencia de la obligación de pago de PREVIMEDICA S.A. en favor de MERCASER S.A.S, un control previo de auditoria o protocolización de las facturas [siendo uno de los soportes de la obligación de pago declarada], debemos recordarle al censor que nos encontramos frente a un proceso declarativo, entre dos sociedades, una anónima simplificada y otra simplemente anónima, que tiene por fin la declaratoria de existencia de una obligación de pago, conforme con los datos y valores de unas facturas impagadas y otras con saldos insolutos, que tienen por objeto la compraventa de unos productos farmacéuticos, que para nada implica [tal negociación] la aplicación de normatividad que regla actividades desarrolladas entre Entidades Territoriales, Entidades Promotoras de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, (IPS), como en efecto se verifica del objeto del Decreto 4747 de 2007, “*por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones de servicios de*

salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones”; pues se insiste, que en el *sub judice* estamos ante una pretensión declarativa incoada por una Sociedad Anónima Simplificada en contra de una Sociedad Anónima, que si bien es IPS, no puede pretender extender las normas que regentan su actividad de prestadora de servicios de salud a sus proveedores; pues la norma en cita, claramente en su artículo 2° define el campo de aplicación a las relaciones suscitadas entre **entidades que administran regímenes especiales con prestadores de servicios de salud**, verbi gratia EPS e IPS.

Sumado a lo anterior, el régimen probatorio civil aplicable en este caso no tiene tarifa legal ya que se encuentra regulado, actualmente por el Código General del Proceso, antes Código de Procedimiento Civil, lo que quiere decir que cualquier medio probatorio de origen lícito puede ser objeto del mismo, caso *sub judice* porque lo aquí demostrativo de la existencia de la obligación de pago declarada son las facturas representativa de obligaciones impagadas, propósito propio de un proceso declarativo como lo ha precisado nuestro más alto Tribunal de justicia ordinaria, Sala Civil, Magistrado Ponente LUIS ALFONSO RICO PUERTA, radicado SA15032-2017 en sentencia de 22 de septiembre de 2017, cuando ha tratado este tema y ha dicho que “*(...), si la aducción de las facturas tenía como finalidad servir de soporte de los hechos que sustentan la pretensión que persigue el reconocimiento y consecuencial condena al pago*”, es decir, *demonstrar la existencia de la obligación y su cuantía, lo cual se desprende de la clase de proceso tramitado –declarativo, es manifiesto entonces, que el Tribunal desconoció la naturaleza de pretensión, como lo indica la censura, o en otros términos malinterpretó la demanda, y esa equivocación lo condujo a imponerle a los documentos aportados, unos condicionamientos propios del juicio ejecutivo o del pago directo, cuando como lo recaba aquella, su finalidad era “solo servir de prueba para reconocer el valor de la prestación de dicho servicio para que en la sentencia se impusiera el reconocimiento de la obligación y consecuencial condena al pago”*

2ª Porque la normatividad [artículo 8° Decreto 46 de 2000, modificado por el artículo 4° del Decreto 723 de 1997] cuya aplicación se duele el recurrente, que no tuvo en cuenta el *a quo*, para proferir el fallo apelado y que reza: “*Pago a las instituciones prestadoras de servicios de salud y pago de objeciones. Las entidades promotoras de salud, cualquiera sea su naturaleza como entidades sujetas a lo*

previsto en el Decreto 723 de 1997, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades que administren planes adicionales, las entidades que administren recursos del seguro obligatorio de tránsito y las demás que administren recursos de la seguridad social, deberán cancelar íntegramente la parte de las cuentas que no hubieran sido glosadas, en los términos contractuales, como condición necesaria para que la institución prestadora de servicios de salud esté obligada a tramitar y dar alcance a las respectivas glosas formuladas de la cuenta, siempre que la factura cumpla con las normas establecidas por la Dirección de Impuestos Nacionales. Se considera práctica no autorizada la devolución de una cuenta de cobro o factura de servicios sin el correspondiente pago de la parte no glosada, en los términos contractuales. La fecha de radicación de la factura debe corresponder a la fecha en la que esta se presentó por primera vez, ajustada a los requisitos formales antes mencionados, a partir de esta fecha correrán los términos establecidos en el Decreto 723 de 1997 para aceptar o glosar las facturas. La radicación de la factura no implica la aceptación de la misma. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán la obligación de aclarar ante las entidades promotoras de salud y demás a que aluden el inciso anterior, las glosas debidamente fundamentadas, dentro de los veinte (20) días siguientes a su comunicación formal. El saldo frente a las correspondientes glosas será cancelado en la medida en que estas sean aclaradas”; lo que regula son acciones entre Empresas Promotoras de Salud o Administradoras de Recursos de la Salud e Instituciones Prestadoras de Salud, cuando se trata de procesos ejecutivos o pagos directos de obligaciones contraídas entre ellos, no para procesos declarativos como el presente; por ende, también carece de fundamento la aplicación solicitada dado que los sujetos intervinientes no ostentan las calidades allí contempladas, a más que la obligación de pago declarada no proviene de la prestación de un servicio de salud sino de una compraventa de productos farmacéuticos entre sociedades privadas.

Sobre el particular, es menester precisar que se entiende por prestación de un servicio de salud, aquella actividad tendiente a brindar asistencia sanitaria, es decir todas las inherentes a la promoción, prevención y atención de la salud de las personas; además

de esto, la prestación de los servicios de salud se constituye en una política Nacional que busca garantizar el acceso, optimizar el uso de los recursos y mejorar la calidad de los servicios, a través de la reglamentación de las relaciones entre usuarios, prestadores (IPS) y aseguradores (EPS), porque así lo ha definido el Departamento Nacional de Planeación²¹, por lo que fácil resulta concluir que los proveedores de suministros farmacéuticos, como el demandante, no quedaron sometidos al régimen impuesto en los Decretos atrás mencionados.

3° Porque las exigencias para declarar probada la existencia de la obligación declarada, corresponden a las previstas por la ley procedimental civil; al respecto se memora que tanto el artículo 175 del extinto código de procedimiento civil como el actual 165 del C.G.P., disponía y dispone: “Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”; luego en este caso, por tratarse de un proceso declarativo era admisible cualquiera de los medios suasorios enlistados, entre otros, las facturas, que se insiste, tal y como lo decantó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, reseñada anteriormente, en el proceso declarativo “solo sirve de prueba para reconocer el valor de la prestación de dicho servicio”, en otras palabras, aquí son representativas o demostrativas del suministro de insumos farmacéuticos.

Asimismo, las demás pruebas obrantes en el plenario, como el interrogatorio del representante legal de la sociedad demandada, no desconoce la existencia de dichas obligaciones y si bien es cierto se limitó a aseverar que no le constaba la prestación; situación que atribuyó a la renuncia [hace muchos años] del personal que laboraba para la entidad que representa; no es menos cierto que no tacho de falsas las facturas o su contenido como tampoco probó que el suministró haya sido en menores cantidades o con productos defectuosos.

En suma, no hay lugar a revocar el fallo apelado, por cuanto lo reparado y sustentado no tiene soporte legal ni probatorio. Por consiguiente, se confirmará.

²¹ www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-social/subdireccion-de-salud/Paginas/

**TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE LA ACCIÓN PROVENIENTE DE UN
CONTRATO DE SEGUROS
MP DRA. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
RADICADO: [110013103020140049401](#)**

ASPECTO FÁCTICO

Que el 18 de mayo de 2011, la compañía Tecniseguros Montaña Peraza Ltda, en su condición de asesora de Seguros del Estado S.A., cotizó un programa de seguros para la Finca La Palma, Lote No. 2, ubicada en la Vereda la Trinidad de Fusagasugá, contra incendio, terremoto, Amit y Asonada, previa visita y descripción general de las construcciones.

Que el 25 de mayo de 2011, la sociedad demandante tomó la Póliza de Seguro de Incendio Riesgos Nombrados No. 12-06-101000765 con la compañía demandada, apareciendo también como asegurado y beneficiario, la que se aclaró mediante anexos (1) y (2).

Que conforme al tenor literal de la precitada póliza, se ampararon como riesgos y valores asegurados, los siguientes:

EDIFICIOS

\$1.000.000.000,00

BÁSICO- INCENDIO Y/O RAYO

\$1.000.000.000,00

EXPLOSIÓN

\$1.000.000.000,00

DAÑOS POR AGUA

\$1.000.000.000,00

*ANEGACIÓN, AVALANCHA Y
DESLIZAMIENTO*

\$1.000.000.000,00

*TIFON, HURACAN, TORNADO,
CICLON, VIENTOS FUERTES*

\$1.000.000.000,00

*HUEGLA, ASONADA, MOTIN,
CONMOCIÓN CIVIL POPULAR
Y ACTOS MALINTENCIONADOS DE
TERCEROS*

\$1.000.000.000,00

*TERREMOTO, TEMBLOR Y
ERUPCIÓN VOLCÁNICA*

\$1.000.000.000,00

Que el 15 de diciembre de 2011, la parte actora solicitó a la sociedad anónima demandada, una visita al predio asegurado, con el fin de clarificar, determinar, avalar y tomar decisiones respecto de la póliza adquirida; asimismo, presentó reclamación en procura del pago de lo asegurado.

Que Seguros del Estado S.A., mediante oficio D.I. 0891/12 comunicó a la demandante que no podía resolver de forma favorable el requerimiento de pago en afectación de la póliza de seguro, porque:

“1. La póliza de Seguro de Incendio Riesgos Nombrados No. 101000765 fue expedida por ésta Compañía a la firma ORGANIZACIÓN CAMPESTRE S. EN C. el 25 de mayo de 2011, con una vigencia inicial comprendida entre el 24 de mayo de 2011 y el 24 de mayo de 2012 con el objeto de asegurar el inmueble denominado “Finca la Palma Vereda La Trinidad Lote No. 2” por los riesgos estipulados en la Póliza en cuestión.

2. Una vez verificado el certificado de tradición y Libertad de Matrícula Inmobiliaria No. 157-26571 de la finca asegurada, emitido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá, ésta compañía de Seguros pudo establecer que la sociedad ORGANIZACIÓN CAMPESTRE S. EN C. no es la propietaria del inmueble asegurado mediante la póliza de Seguro de Incendio Riesgo Nombrados No. 101000765, teniendo en cuenta que en dicho certificado se demuestra claramente que el propietario del mismo es la firma ORTIZ DELGADO S. EN C.”

Que en la misma fecha, Seguros del Estado S.A. objetó el reclamo presentado por la demandante.

Que el 4 de septiembre de 2012, la hoy reclamante, allegó a Seguros del Estado S.A. copia de la certificación que emitió la Secretaría de Gobierno –Coordinadora del CLOPAD de Fusagasugá; a su vez, le solicitó acceder, en forma favorable, al pago en afectación de la póliza de Seguro de Incendio Riesgos Nombrados.

Que el 21 de septiembre de 2012, Seguros del Estado S.A. negó la petición de reconsideración elevada por la sociedad actora.

Que el 7 de marzo de 2014, se declaró fallida la conciliación prejudicial convocada, requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción civil.

ANÁLISIS DE LA SALA

Pasaremos a dilucidar si lo cuestionado por el censor referente a que el término a partir del cual el juez de instancia comenzó a contabilizar el fenómeno prescriptivo ordinario declarado prospero para la póliza de seguro tomada por la parte actora y en la que aparece como asegurador la sociedad demandada – 18 de agosto de 2011, fecha en que el tomador del seguro tuvo conocimiento del siniestro - no corresponde a lo reglado por la ley comercial en el inciso segundo del artículo 1081 del C. de Co., -, y mucho menos tiene respaldo en el acontecer fáctico y probatorio obrante en el plenario porque no se tuvo en cuenta que, ese día lo que ocurrió fue la iniciación de la ocurrencia del siniestro, según certificado expedido por UMATA FUSAGASUGA, y que éste solo termino de consumarse el 24 de mayo de 2012, fecha de finalización de la vigencia del seguro, hecho indicador que debió variar el día a partir de la cual se debió comenzar a contabilizar tal lapso prescriptivo, que tampoco se podría tener como finalizado el 24 de mayo de 2014 por la presencia de unas causales de interrupción, de origen natural y civil, a saber: una, de tres meses, dado el trámite de conciliación extrajudicial que ocurrió en el presente caso y que el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, la consagra; otra, de ocho meses que fue el tiempo que tardó la aseguradora en pronunciarse sobre la reclamación extrajudicial denegada, y que llevó a que la demanda fuera presentada en término y que finalmente, suspendiera el fenómeno prescriptivo ordinario aplicable al caso.

Para ello, se hace necesario memorar que como nos encontramos frente a una controversia que compromete el pago de seguros de daños, la prescripción alegada como mecanismo de defensa y declarada próspera en el fallo apelado, esta reglada por una norma especial, contemplada básicamente en el artículo 1081 del Código de Comercio, normatividad traída a colación por el juez de instancia para resolver el asunto, concretamente el inciso segundo que prevé la modalidad ordinaria aplicable al caso y que reza **“será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”**, y el inciso cuarto que expresamente determina que dicho término no puede ser modificado por las partes.

Como de la lectura del inciso tercero mencionado, aparece que el bienio comenzará a contabilizarse desde cuando el interesado **“haya tenido o debido tener conocimiento del**

*hecho que da base a la acción “; ello nos lleva a establecer cómo debe ser interpretada esta expresión y según nuestro más alto tribunal de justicia ordinaria, Sala de Casación Civil, sentencia SC130 de 30 de agosto de 2017, bajo la ponencia del Magistrado AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, esta frase como la prevista en el inciso tercero del mismo canon para la forma extraordinaria – desde el momento que nace el respectivo derecho - “ **comportan una misma idea, esto es, que para el caso allí tratado no podían tener otra significación distinta que el conocimiento (real o presunto) de la ocurrencia del siniestro, o simplemente del acaecimiento de éste, según el caso, pues como se aseveró en tal oportunidad ‘ El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma idea’.** En la misma providencia esta Sala concluyó que el conocimiento real o presunto del siniestro era **‘ el punto de partida para contabilizar el término de prescripción ordinario ‘**, pues, como la Corte dijo en otra oportunidad (CSJ., cas., civil, sentencia de 9 de mayo de 1994, expediente NO. 4106, G.J., t. CCXXVIII, p. 1232), no basta el acaecimiento del hecho que da base a la acción, sino que por imperativo legal **‘ se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer este hecho, momento a partir del cual ese término fatal que puede culminar con la extinción de la acción ‘ empezará a correr ‘ y no antes, ni después ‘.** En suma, la regla legal aplicable a casos como el presente, dista radicalmente del planteamiento del casacionista, pues el conocimiento real o presunto del siniestro por parte del interesado en demandar, es el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción ordinaria “.*

Bajo esta tesitura, resulta nítido que el inicio del letal término solo acontece dentro de las dos hipótesis atrás explicadas y que no son otras que desde el conocimiento del hecho base de la acción o desde el momento que nace el respectivo derecho. Y que los intervinientes no pueden modificar tal lapso.

Ahora bien, acorde con dichas reglas especiales y demás pautas sustanciales, se tiene también por sabido que **“la reclamación del beneficiario y el silencio del asegurador frente a ésta, en condiciones normales no pueden tener el efecto de interrumpir la prescripción, ni en forma civil ni natural. (...) Considerar lo contrario: que el pacto de suponer la aprobación de lo reclamado por el silencio, era una simple reducción de los términos que tenía la compañía garante para decidir, según el artículo 1080 del estatuto mercantil, cual plantea una de las demandadas, sería vaciar el contenido y dejar**

sin mérito la disposición, pues no hay una explicación razonable para considerar una ventaja real del tomador y los asegurados, con la mera simplificación de ese transcurso temporario “ (sentencia citada de 30 de agosto de 2017; resalta la Sala).

Por el mismo sendero, se advierte que el tan mentado artículo 1081, nada estipula sobre la ocurrencia de los llamados ‘ *daños continuados* ‘, o que no se consuman en un mismo momento, lo que nos lleva a traer a colación lo normado por el artículo 1075 sobre el procedimiento a seguir cuando el asegurado o beneficiario conoce de la ocurrencia del siniestro, que por ninguna parte limita el número de amparos acaecidos, porque dice “*El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer*”, quedando sólo como restricción para el pago hasta la concurrencia de la suma asegurada (artículo 1079 *ibídem*).

Y finalmente, como también se alegó que la presentación de la demanda interrumpió la prescripción de la acción porque así lo prevé el artículo 94 del Código General del Proceso, para ello, se hace necesario en primer término, que dicho actuar haya ocurrido durante los dos años que prevé la ley mercantil para la prescripción ordinaria y fuera de ello, que la admisión se hubiere notificado al demandado dentro del año siguiente a la notificación de tal providencia al actor.

Precisado lo anterior, y trasladado a lo obrante en el proceso remitido, podemos decir, que en el caso concreto no le asiste al recurrente alegar que en este caso no se debió declarar la prescripción ordinaria de la acción proveniente de un contrato de seguro por daños, celebrado entre las partes de este proceso, porque el término prescriptivo se comenzó a contabilizar debidamente como lo dispone el inciso segundo del artículo 1081 del Código de Comercio, ya que lo pretendido y probado en el proceso fue lo siguiente:

- (i) Que la Organización Campestre S. en C., adquirió la póliza de Incendio Riesgo Nombrados No. 12-06-101000765 con la compañía Seguros del Estado S.A., **con vigencia entre el 24 de mayo de 2011 y el 24 de mayo de 2012**; que de la lectura de dicha póliza aparece que la parte actora fue tomadora, beneficiaria y asegurada de la misma; que no se pactó que en el evento de que la sociedad

aseguradora no resolviese la reclamación en el término previsto en la ley, para pronunciarse sobre la reclamación extrajudicial, dicho incumplimiento se tuviera como asentimiento de lo pedido de manera extrajudicial, ni tampoco obra que se hubiera acordado tiempo diferente para ello o que esto constituya causal de interrupción; igualmente, tampoco se dijo expresamente que la contabilización del término prescriptivo tuviera iniciación diferente a la fecha que se hubiere tenido conocimiento del siniestro, ni media salvedad acerca de que su consumación se hubiere extendido en el tiempo y que ello, pudiera afectar la contabilización del mismo (fl. 13 y 14 cd.1).

- (ii) Que previamente a la entrada en vigencia de dicha póliza, concretamente, el **19 de mayo de 2011**, el ingeniero Rubén Ortiz Gómez, representante legal de la sociedad demandante, solicitó al Comité Local de Prevención y Atención de, Desastres (CLOPAD) realizar visita técnica al predio identificado con el FMI 157-26571 (fl. 32 cd. 1), con ánimo simplemente preventivo dada la ola invernal iniciada en la región donde se encontraba ubicado el inmueble asegurado hasta el 24 siguiente.

- (iii) Que el Jefe de la Oficina asesora de la UMATA de Fusagasugá, el **18 de agosto de 2011**, le certificó a la sociedad demandante: “*Que como consecuencia de la ola invernal se activó un movimiento de suelo que afectó la estructura de la vivienda ocasionando fisuras en paredes y pisos rompiendo algunas tuberías de agua, alcantarillado y luz, con un daño de la casa principal de un 50%. Igualmente la casa auxiliar y el Kiosko social se afectaron en un 70%, también se dañaron los corrales de las vacas y de los pollos con una pérdida de un 70%. Así mismo, se rompieron 2 lagos y se corrieron las palmeras con*

fisuras y movimientos de suelo de 5 metros, las vías de acceso se perdieron en un 100% y el área afectada de potreros fue de 3 hectáreas. Área de la finca 5 hectáreas, área afectada 3 hectáreas” (fl. 34 cd. 1);

- (iv) Que mediante escrito adiado **15 de diciembre de 2011**, la parte actora presentó reclamación con cargo a la póliza de Incendio Riesgo Nombrados No. 12-06-10100765 (fls. 19 y 20 cd. 1);
- (v) Que el **2 de agosto de 2012**, Seguros del Estado S.A. objetó la reclamación que presentó la Organización Campestre S. en C. (fls. 39 a 42 cd. 1)
- (vi) Que el **21 de septiembre de 2012**, Seguros del Estado S.A. al resolver la solicitud de reconsideración, ratificó los términos y el contenido de la carta de objeción, adiada 2 de agosto de 2012 (fls. 58 a 61 cd. 1)
- (vii) Y que el **11 de diciembre de 2013**, la parte actora formuló solicitud de conciliación extrajudicial ante la Cámara de Comercio (fls. 62 y 63 cd. 1), la que se celebró el 7 de marzo de 2014 sin que se llegará a un acuerdo. (fls. 62 y 63 cd. 1).

Decimos esto, por cuanto se tuvo y se tiene probado en este caso, que si bien es cierto el día 24 de mayo de 2011, la sociedad demandante tomó la aludida póliza de daños, ostentando además la calidad de asegurado y beneficiario, para reclamar lo hoy pretendido, y que el 18 de agosto de 2011, se inició el conteo prescriptivo ordinario para formular la respectiva reclamación judicial por haber tenido conocimiento de la ocurrencia del siniestro dada la certificación emitida en dicha fecha por la UMATA-FUSAGASUGA, en tal sentido, no queriendo ello decir, que en dicho día se hubiere modificado por la ocurrencia de otros siniestros posteriores hasta la finalización de la vigencia de la póliza – 24 de mayo de 2011 – porque no media prueba al respecto; es decir que el inmueble hubiere resultado afectado totalmente o en mayor hectárea al certificado del 18 de agosto citado; porque el artículo 1075, citado, no prevé pago de varios siniestros durante la vigencia de la póliza. Y porque el artículo 1079 siguiente, sólo contempla la cancelación de daños amparados hasta la concurrencia del valor asegurado. Por consiguiente, este primer reparo carece de asidero legal y probatorio y por ende, la iniciación del término

prescriptivo ordinario contemplado en el fallo apelado – 18 de agosto de 2011 - se mantiene aunado al hecho que la parte apelante no alegó ni probó tal circunstancia durante el proceso porque como ya se dijo, no denunció nuevos hechos posteriores para su constatación para que incidiera en el reconocimiento y pago total de lo amparado en razón a que la certificación de existencia de daños no dio por perdido totalmente el inmueble asegurado; solo 3 de las 5 hectáreas se afectaron.

En suma, resulta claro para la Sala, que la fecha en que se inicia la contabilización del bienio prescriptivo ordinario, fue el **18 de agosto de 2011**, cuando el CLOPAD de Fusagasugá informó al representante legal de la ORGANIZACIÓN CAMPESTRE S. EN C., sobre los hallazgos de su visita técnica, que daban cuenta sobre la afectación del 70% del área del inmueble ubicado en la Vereda La Trinidad, Finca La Palma Lote 2; que guarda identidad con el predio asegurado. Y que por ende, la fecha de finalización del mismo fue el 18 de agosto de 2013.

Ahora bien, en relación con las causales de interrupción de dicho término prescriptivo, concretamente la contemplada en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, por haberse presentado solicitud de audiencia conciliatoria extrajudicial dentro de los dos años siguientes a tener conocimiento del siniestro, diremos que tal causal no se configuró porque no se llevó a cabo durante dicho interregno; es decir, entre el 18 de agosto de 2011 y el 18 de agosto de 2013 ya que solo ocurrió tiempo después; es decir, hasta el 11 de diciembre de 2013, cuando la acción ya estaba prescrita.

En lo que respecta a que tampoco se tuvo en cuenta como motivo de discontinuidad del término prescriptivo ordinario, el hecho que el asegurador se demoró ocho meses para resolver la reclamación extrajudicial del pago de seguro de daños objeto de la presente controversia, debemos decir que no media norma al respecto que lo establezca como causal de interrupción o suspensión de dicho lapso ya que ello sería como jurisprudencialmente se ha dicho, desconocer lo consagrado expresamente por el artículo 1081 citado y fuera de ello, sería crear una ventaja para el tomador del seguro (sentencia citada de 30 de agosto de 2017), a mas que brilla por su ausencia tal cláusula en la póliza aportada.

Finalmente, en lo que atañe con la manifestación del apelante respecto de no haber tenido como causal de interrupción de dicho término prescriptivo la fecha de presentación de la demanda consagrada en el artículo 94 de CGP, cabe anotar que cuando se presentó, inicialmente ésta – 8 de mayo o 28

de julio de 2014, ya la acción se encontraba prescrita dado que como ya se anotó dicho lapso feneció el 11 de agosto de 2013. Y si tomáramos cuando se presentó la demanda y fue admitida -28 de julio de 2014-, también se encontraba fuera de término, lo que nos lleva, por sustracción de materia, a no verificar cuando se notificó la demanda al demandado, segunda exigencia que prevé la norma procedimental aludida.

Lo anterior, nos lleva a decir que, los motivos de inconformidad del apoderado de la parte actora, no tienen justificación legal, jurisprudencial y doctrinal que nos lleven a revocar el fallo apelado. Por tanto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

No hay lugar a estudiar el fondo del asunto por sustracción de materia, inciso 3° del artículo 282 del Código General del Proceso.

**PROCESO DE RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS – ART. 379 DEL CÓDIGO
GENERAL DEL PROCESO
MP DRA. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
RADICADO: [1100131030112010100032401](#)**

ASPECTO FÁCTICO

Que mediante escritura pública No. 5258 de 31 de agosto de 1978 corrida en la Notaria 5ª de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad, se constituyó la Sociedad en Comandita Simple denominada ALVARO SOLANO MENDEZ Y CIA S. en C., integrada por las siguientes personas: ALVARO SOLANO MENDEZ, STELLA SOLANO DE DIAZ, ALVARO SOLANO ARDILA, ELSA MARIA SOLANO DE MATAMOROS, ROSALBA SOLANO ARDILA y YENI MARIA SOLANO ARDILA.

Que con posterioridad, mediante escritura pública No. 10654 de 12 de diciembre de 1983, se reformó dicha sociedad en comandita, ingresando los socios: PEDRO SOLANO ARDILA, MARTHA ERIKA SOLANO ARDILA, EDGAR SOLANO ARDILA y VILMA SOLANO ARDINA.

Que la sociedad ALVARO SOLANO MENDEZ Y CIA S. en C., se liquidó el 18 de diciembre de 2008, fecha hasta cuando fue propietaria, entre otros de los inmuebles denominados “Edificio Pacande” y “Edificio San Pelayo”, momento en el cual se asignó el 11.1111% de tales propiedades, a cada uno de los socios, en común y proindiviso.

Que la demandada recibe ingresos aproximados de \$16.000.000 por los inmuebles denominados “Edificio Pacande” y “Edificio San Pelayo”, por concepto de arrendamiento desde el 2008 por la demandada, sin que desde esa data haya rendido cuentas.

Que los demandantes estimaron como saldo insoluto a su favor en la suma de CIEN MILLONES DE PESOS M.CTE.

Que el 9 de diciembre de 2010, la demandada rindió las cuentas de la administración de los Edificios Pacande y San Pelayo (fls. 85 a 99), las que fueron objetadas por la parte actora, diciendo que la demandada no presentó rendición comprobada de cuentas, pues solo allegó fotocopia simple de los balances de los años 2008, 2009 y 2010, así como copia simple del libro auxiliar de contabilidad, sin que presentara todos los comprobantes originales de ingresos y egresos, con sus respectivos soportes originales (fls. 101 a 103, cd.1)

Que mediante auto adiado 26 de abril de 2011, el *a quo* decretó como prueba, entre varias la inspección judicial a las oficinas de la demandada y, designó un perito contador público, para revisar los ítems que motivaron la objeción de la parte actora.

Que el perito presentó dictamen de acuerdo con el cuestionario que realizó la parte actora, en el cual concluyó que, con corte a agosto 31 de 2011, resultaban los siguientes saldos:

Para Pedro Solano Ardila, \$2.892.429,04
(fl. 266 cd. 1)

Para Vilma Solano Ardila, \$26.962.140,47

Que el apoderado de la demanda objetó por error grave dicha experticia porque considera que la utilidad de **\$244.009.508,24** es contraria a lo rendido en las cuentas por su poderdante, ya que ella solo reportó una utilidad de **\$7.187.366,11**; aduce que la diferencia corresponde a los dineros entregados a los copropietarios y que el señor perito excluyó en el numeral 14 del informe.

Que el 16 de octubre de 2014, el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá .D.C., profirió sentencia de primera

instancia en la que resolvió “**PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda**”; decisión que la parte actora recurrió.

ANÁLISIS DE LA SALA

Que efectuadas estas precisiones debemos recordar que el proceso de rendición provocada de cuentas, previsto en el artículo 379 del Código General del Proceso, tiene como propósito “*saber quién debe a quién y cuánto; cuál de las partes es acreedora y cuál deudora. Por tanto, para que el juicio de cuentas llene su objeto debe terminar precisamente, o deduciendo que las partes están entre sí a paz y a salvo, cuando tal cosa resultare de los autos, o declarando un saldo a favor de una de ellas y a cargo de la otra, lo cual equivale a condenarla a pagar la suma deducida como saldo*”²².

Asimismo, debemos memorar que dicho proceso está constituido por dos etapas o fases, autónomas e independientes: una, de naturaleza declarativa dirigida a establecer si en el demandando radica la obligación de su presentación, y otra, de condena, limitada a la discusión de las mismas y en las que se establece el quantum de la obligación.

Que sobre tales etapas, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, en providencia del 30 de septiembre de 2005, Exp 2004-00729, se refirió, señalando que: “*la primera fase, esto es, la rendición de cuentas propiamente dicha, es de naturaleza declarativa, el sentenciador determina si la parte demandada debe rendir las cuentas que solicita el demandante, obligación que surge de la ley o del contrato (...) Por el contrario, la segunda fase, en la que se establece el quantum de la obligación declarada en la primera fase, es de condena y presupone la certeza de la obligación legal o contractual de rendir cuentas. Así las cosas, es presupuesto lógico y necesario de la segunda fase, definir con antelación si el demandado se encuentra obligado legal o contractualmente a rendir cuentas y el cierre de ese debate es una sentencia susceptible de atacar por vía de nulidad mediante el recurso de revisión*”.

Y la H. Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, entre ellas, en la sentencia C - 981 de 2008, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, ha venido sosteniendo en torno a la naturaleza jurídica del proceso que concita la atención de la Sala, que éste “*es un proceso civil especial ‘de conocimiento’, denominado así porque en este tipo de procesos previamente se impone al*

juez el conocimiento de los hechos y de las pruebas, para después adoptar la declaración correspondiente “; que “ Se adelanta bajo el trámite de un proceso abreviado,” y que “ persigue dos fines claramente determinados: a) Inmediato: constituido por las cuentas, esto es los ingresos y egresos, con sus respectivos soportes, de la actividad desarrollada por quien se ha encargado de administrar bienes o negocios de otra persona, sea que su origen esté en un acto de voluntad de las partes, como acontece con el contrato, o de una situación contemplada en la ley, como en el secuestre o el albaceazgo. b) Mediato: consiste en establecer quién debe a quién y cuánto, o sea, cuál es el saldo que queda a favor de una parte y a cargo de otra, llámese demandante o demandado.”; que ello, quiere decir que “ el Código de Procedimiento Civil contempla dos modalidades, una tendiente a obtener la rendición de cuentas de quien está obligado a rendirlas y no lo ha hecho, llamada también rendición provocada y la otra, para que las cuentas de aquel que debe rendirlas sean recibidas, o rendición espontánea por el obligado a rendirlas. (...) “; que en la “Rendición provocada de cuentas. (...) “El objeto de este proceso, es que todo aquel que conforme a la ley, esté obligado a rendir cuentas de su administración lo haga, si voluntariamente no ha procedido a hacerlo “; que “Antes de la reforma del Código de Procedimiento Civil el proceso presentaba dos fases, perfectamente definidas y con sus respectivos objetivos: la primera para determinar la obligación de rendir las cuentas; la segunda, tendiente a establecer el monto o la cantidad que una parte salía a deber a la otra. Con la reforma de 1989, el proceso fue simplificado y puede culminar sin necesidad de dictar sentencia, en el supuesto de que no exista controversia sobre el monto fijado en la demanda, pues si el demandado, dentro del término de traslado no se opone a recibir las cuentas presentadas, ni las objeta, ni propone excepciones previas, el juez las aprueba mediante auto que no es apelable y prestará mérito ejecutivo (...)” (subrayado fuera del texto original).

Que no ocurre lo mismo cuando la convocada a juicio las presenta, y la parte actora las objeta, porque como lo ha puntualizado nuestro más alto tribunal de justicia ordinaria “*Las dos etapas en que se divide el proceso sobre rendición de cuentas. El escrito de objeciones [núm. 3ª art. 432] equivale a la demanda y la respuesta a tal escrito a su contestación, lo que delimita la facultad decisoria del juez. No respetar tales límites implica un fallo incongruente, extra, ultra, o*

²² Cfr. C.S.J. Sal. Cas. Civ. Sent. 23-04-1912 “G.J.”. t. xxi, pág. 141.

mínima petita.” (CSJ., cas., civil, sentencia de 5 de noviembre de 1975). (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, cuando “*el demandante objeta las cuentas presentadas, lo cual deberá hacer en forma clara y precisa, expresando discriminadamente los distintos reparos que formule contra ellas, surge entonces la segunda etapa del proceso, en la cual se van a discutir tales reparos, si son o no fundados. En ésta las atribuciones jurisdiccionales del juez están limitadas a decidir sobre todos y cada uno de los reparos que se hayan formulado a las cuentas y como obvia consecuencia de ello, a fijar el saldo que resulte a favor o a cargo de la parte que las rindió. De ahí que en el ordenamiento procesal anterior, dispusiese el artículo 1132 del C.J. que ‘si el responsable no asiente a las objeciones, se abre a prueba y se sigue el juicio por los trámites de la vía ordinaria’ y que bajo la vigencia del actual, según el numeral 3° del artículo 432, ‘las objeciones deberán formularse como se dispone para el escrito que inicia un incidente...’ Según el artículo 137 ibídem, al señalar la forma como se propone un incidente, el numeral 1° dice que ‘el escrito deberá contener lo que se pide, los hechos en que se funda y la solicitud de las pruebas que se pretenden aducir, salvo que estas figuren ya en el proceso’” (Sentencia anteriormente citada, resalta la Sala).*

Que confrontados estos precedentes legales y jurisprudenciales con lo fallado y las inconformidades expuestas en primera instancia y sustentadas en ésta, procederemos a pronunciarnos sobre su prosperidad, así:

Los reproches formulados por la parte demanda a tal fallo hacen referencia en primer lugar a que el *a quo* desconoció los pagos realizados por la demandada en favor de la señora **VILMA SOLANO ARDILA**, en la modalidad de medicina prepagada, los que fueron reconocidos en el informe pericial; al respecto que revisada, exhaustivamente tanto la pericia inicial como su complementación, que le asiste razón al recurrente, por las siguientes razones:

1ª Porque revisadas las objeciones presentadas por los demandantes a la rendición de cuentas surtida por la señora Elsa Solano Ardila – visibles en los folios 101 y 102 del cuaderno 1, se observa que en el numeral 8° señalaron: “igualmente es obligatorio para este proceso que la demandada presente los comprobantes originales que respaldan el rubro de gastos médicos y drogas”; punto de controversia que no fue resuelto por el perito, pues se limitó a conceptuar en el numeral 15 de su informe “Los pagos realizados por concepto de Médicos, Medicinas no fueron para el

personal contratado para la actividad productora de Renta, sino para los miembros de la familia Solano, como se evidencia en las planillas de resumen de Egresos adjuntas al dictamen”; manifestación que tiene de suyo el reconocimiento de existencia de unos soportes, pues de otro modo habría reportado la ausencia de los mismos.

Entonces, no era dable *ala quo* desconocer los pagos efectuados por concepto de medicina prepagada de la demandante **VILMA SOLANO ARDILA**, en tanto que en la objeción no se discrepó sobre su cuantía sino, puntualmente se echó de menos los soportes de tal emolumento, circunstancia que quedó superada en la inspección judicial con exhibición de documentos realizada el 22 de agosto de 2011, en la calle 7ª No. 38-36 de Bogotá, lugar de ubicación del Centro Comercial San Pelayo visible a folios 141 a 144 del cuaderno 1; en la que se encontraron los libros y soportes con los que se efectuó el dictamen pericial.

Sobre este punto, advierte la Sala, que en aquella diligencia los demandantes ampliaron el cuestionario de preguntas al perito (fl. 143 cd. 1) y algunas de ellas, guardan relación directa con los motivos de reproche, pero otras son inherentes a una auditoría contable, como más adelante se explicará.

Bajo este contexto, no le era dable al *a quo* desconocer los pagos realizados por concepto de medicina prepagada de la señora **VILMA SOLANO ARDILA**, dado que la objeción limitaba su pronunciamiento, *verbi gratia* la objetante no desconoció su existencia, ni causación ni cuantía; entonces debía tenerse como infundada, y descontarse los valores cancelados por ese ítem de los saldos resultantes a su favor.

2ª En lo que atañe al segundo reproche; esto es, la omisión del *a quo* en punto de no tener en cuenta que el 24 de junio de 2017, previo a proferirse la decisión de primera instancia, la demandada convocó a los copropietarios de los Edificios Pacande y San Pelayo para rendir cuentas de su gestión durante las vigencias de 18 diciembre de 2008 a 31 de diciembre de 2016, convocatoria a la que asistieron 5 de los nueve copropietarios, entre ellos el demandante PEDRO SOLANO ARDILA, quien aceptó la rendición de cuenta y desistió de la pretensión de la demanda; con lo cual se dio cumplimiento a la finalidad del proceso de conocimiento, no solo para el que desistió de la pretensión, sobre el particular es necesario recordar lo previsto en el inciso 3° del artículo 281 del Código General del Proceso que reza “*En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el*

litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Nótese que para lograrse el pronunciamiento del juez sobre el hecho modificativo o extintivo debe alegarse por el interesado, pues bien revisado el expediente se tiene que la parte demandada mediante memorial visible a folio 442 del cd.1, presentó al despacho “*título judicial expedido por el Banco Agrario de Colombia, por valor de DIECISEIS MILLONES TRESCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS M/C, (\$16.323.767,37), para cancelar el saldo de las utilidades que le correspondieron a la señora VILMA SOLANO ARDILA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.726 de Bogotá, por los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, de conformidad con la Rendición de Cuentas de Administración de los Edificios San Pelayo y Pacande que presente en reunión celebrada el pasado 24 de junio de 2017*”; de cuya lectura, no se observa que se trate de un alegato de conclusión, dado que esa etapa se había surtido durante 5 días contados a partir del 15 de agosto de 2014 (fl. 401 cd. 1), oportunidad que dejó fenecer en silencio la parte pasiva; circunstancia que *en un primer momento* impediría pronunciamiento alguno del *a quo* y de contera daría al traste con la acusación del recurrente.

Sin embargo, el análisis minucioso de la sentencia y de los medios de prueba, dejan ver que en ese caso, la aprobación de la rendición de cuentas de las vigencias 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 realizada por la demandada **ELSA SOLANO ARDILA** el 24 de junio de 2017, por la mayoría de los copropietarios de los edificios Pacande y Pelayo, entre los que se encontraba, uno de los demandantes, señor **PEDRO SOLANO ARDILA**, y ello constituye un verdadero hecho modificativo, como se pasa a exponer:

1. La rendición de cuentas provocadas fue incoada por 2 de los copropietarios de los EDIFICIOS PACANDE Y SAN PELAYO; PEDRO SOLANO ARDILA y VILMA SOLANO ARDILA.
2. El señor Pedro Solano Ardila, con posterioridad al término de alegatos y antes de proferirse sentencia de primera instancia, **ACEPTÓ** la rendición de cuentas que presentó la

demanda el día 24 de junio de 2017, por lo que **DESISTIÓ DE LA PRETENSIÓN** (fl. 436, cd. 1)

3. El 30 de junio de 2017, la demandante **VILMA SOLANO ARDILA**, a través de su apoderado judicial, mediante memorial visible en el fl. 444 cd. 1, manifestó “*no desiste de las pretensiones, toda vez que los estados financieros no están firmados por el contador, además porque los informes no aclaran nada, por lo que están globalizados, no se discrimina a que corresponde cada ingreso y no se sustenta con soporte*”
4. El 5 de diciembre de 2017, la demandante **VILMA SOLANO ARDILA**, otorgó poder especial al doctor Héctor Darío Arévalo Reyes, para que “*le sean entregados y cobrados los dineros a mi favor dentro del proceso de la referencia*”
5. Por ser la demandante y la demandada, propietarias comuneras de los bienes inmuebles Edificio Pacande y Edificio San Pelayo, la rendición de cuentas aprobada por la mayoría de los comuneros correspondiente a las vigencias 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, tiene carácter vinculante, vale resaltar, se está en presencia de una rendición de cuentas de la gestión de administración sobre unos inmuebles en las que son propietarios 9 hermanos en común y pro indiviso, como quedó registrado en el hecho 9 de la demanda que dice “*Conforme al acta final de liquidación los bienes inmuebles EDIFICIO PELAYO Y PACANDE Propiedad Horizontal, fueron asignados a los socios en común y proindiviso, en proporción del 11.1111% para cada uno*” (fl. 68 cd. 1), conclusión a la que se llega según lo dispuesto en el artículo 392 del Código Civil, que señala “*Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*”; obsérvese, como la comunidad de bienes se caracteriza por tener varios sujetos de forma simultánea un mismo derecho real sobre una o varias cosas, como en este caso, cuando al liquidar la Sociedad en Comandita Simple denominada ALVARO SOLANO MENDEZ Y CIA S en C., a los nueve hermanos Solano, se les asignó en **común y proindiviso** un

porcentaje equivalente al 11.1111% sobre cada uno de los bienes, citados.

6. Y como el artículo No. 2328 del Código Civil, dispone que: “*Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas*”, resulta obvio que se trata de una propiedad en común y proindiviso; y luego la aprobación de las cuentas rendidas correspondiente a los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 que fueron aprobadas por la mayoría de los comuneros, y en particular por uno de los demandantes, no pueden ser desconocidas por el fallador, máxime cuando la demandante **VILMA SOLANO ARDILA**, otorgó poder especial a su apoderado judicial para reclamar el valor resultante de restar a las utilidades, los pagos por concepto de medicina prepagada cancelados en su favor por la demandada.

Aunado a esto, se observa que el informe pericial rendido por el auxiliar de justicia y su posterior aclaración, dan cuenta que su trabajo superó los límites trazados en las objeciones, para convertirse en una auditoria a los movimientos contables de los Edificios Pacande y San Pelayo, situación que tampoco puede pasarse inadvertida, si se recuerda que tal pericia se ordenó para resolver las objeciones propuestas por los demandantes, las que giraron en torno a la ausencia de soportes de las cuentas rendidas por la demandada; entonces no le era dable, como lo hizo el *a quo*, desconocer los pagos realizados en favor de los comuneros, tales como bonificaciones o aportes a la seguridad social, etc., bajo el entendido que los mismos no tenían relación de causalidad con la actividad productora, como lo registró en el numeral 5° de la experticia (fl. 233 cd. 1) así: “*Los gastos o Egresos efectuados durante el periodo Diciembre 18 de 2008 a Agosto 31 de 2011, no cumple con los requisitos de*

proporcionalidad y relación de causalidad ya que algunos no se relacionan con la actividad productora. Anexo N°3, donde se separó los gastos para el funcionamiento del negocio y otros Egresos, como bonificaciones, Medicina pre pagadas, honorarios que no obedecen al giro del Negocio y otros pagos diversos”

Por último el informe pericial, también deja ver que el auxiliar de justicia, superó sus funciones al **depurar la contabilidad de los Edificios Pacande y San Pelayo**, extralimitando los alcances de las objeciones, las que se insiste, echaban de menos los soportes de los libros contables allegados en 657 folios por la demandante, omisión que quedó superada con la inspección judicial con exhibición de documentos.

Por lo reseñado y en atención a los preceptos normativos y jurisprudenciales, ampliamente mencionados, no le era dable al *a quo* acoger las cuentas rendidas por el auxiliar de justicia, pues se trató de una AUDITORIA CONTABLE, en la que se echa de menos pronunciamiento alguno sobre las objeciones de los demandantes, lo que implicaba un límite para el pronunciamiento del fallador.

Este modo de ver las cosas, lleva a la Sala a **REVOCAR** la decisión de primera instancia y en su lugar **DECLARAR** infundada la objeción propuesta por la demandante **VILMA SOLANO ARDILA** contra la rendición de cuentas presentada por la demandada **ELSA MARÍA SOLANO ARDILA**; y consecuentemente se **ACOGERÁ** la rendición de cuentas aprobada por la mayoría de los propietarios en común y proindiviso de los EDIFICIOS PACANDE Y SAN PELAYO, correspondiente a los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 por las razones expuestas