

Honorable
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.
Sala Civil
M.P. Jaime Chavarro Mahecha
E. S. D.

Trámite:	Verbal
Demandante:	Miguel Ángel Rodríguez
Demandados:	Luz Norela Correa Garzón, Mito Therapies S.A.S. y Metabolic Therapies S.A.S. en liquidación.
N.º del proceso:	11001319900220210012501
Asunto:	Sustentación de la apelación

Jiménez Higueta Rodríguez & Asociados S.A.S., a través de su abogado inscrito Luis Alfonso Riveros identificado con cédula de ciudadanía n.º 80.874.454 y portador de la tarjeta profesional de abogado n.º 183.071, en calidad de apoderado especial del demandante, mediante este documento presento mi sustentación al recurso de apelación formulado en contra de la sentencia proferida por la Superintendencia de Sociedades en audiencia celebrada el 11 de febrero de 2022, dentro del proceso de la referencia.

Para tal efecto me permito manifestar lo siguiente:

1. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Tal y como se advirtió al momento de presentar el recurso de apelación en audiencia, en el escrito de reparos concretos, no son pocos los errores de hecho y de derecho en que incurrió la Superintendencia de Sociedades al momento de proferir sentencia y que dan lugar a la apelación que en este momento se tramita.

Así, pues, esta sustentación se dividirá en los siguientes componentes principales: (i) el juez omitió pronunciarse de fondo sobre las pretensiones principales de la demanda relacionadas con el deber de lealtad del accionista controlante; (ii) indebida aplicación de la consecuencia legal a la nulidad por conflicto de interés; (iii) indebida valoración probatoria para concluir la ausencia de competencia entre Mito Therapies y Metabolic Therapies; (iv) Falta de pronunciamiento sobre todas las pretensiones.

1.1 El Despacho omitió motivar y pronunciarse de fondo sobre las pretensiones principales de la demanda relacionadas con el deber de lealtad del accionista controlante

1.1.1 El objetivo principal de la demanda era que se declarara la infracción al deber de lealtad que como accionista controlante de Metabolic Therapies S.A.S. le corresponde a Luz Norela Correa y, en consecuencia, se ordene la reparación de perjuicios que esta infracción ocasionó al accionista ausente del control Miguel Ángel Rodríguez.

1.1.2 En ningún aparte de la sentencia se hace un análisis al mencionado deber en cabeza de los controlantes, no se relacionan argumentos o pruebas tendientes a confirmar o rebatir la existencia e infracción del aludido deber en cabeza de la accionista controlante.

1.1.3 Por el contrario, el juez de primera instancia se conformó con analizar exclusivamente las pretensiones subsidiarias tendientes a establecer si, el deber de lealtad de administradores se había infringido por la celebración de operaciones en conflicto de interés y actos de competencia. Dejó abiertamente de lado el análisis de derecho y probatorio sobre las

pretensiones principales relacionadas con el deber de lealtad de la accionista demandada.

- 1.1.4 Al revisar la demanda, parece claro que el Despacho confundió los conceptos y deberes de accionista con los de los administradores, lo que explica que deliberadamente haya ignorado el estudio del deber de lealtad de los accionistas.
- 1.1.5 Sumado a lo anterior, aunque si bien la demandada afirma que no es accionista controlante pues existe una división paritaria del capital (50% para ella y 50% para Miguel Ángel Rodríguez) el Despacho parece aceptar este argumento sin considerar que el deber de lealtad del accionista aplica para los casos en que uno de los asociados posee el control sobre la sociedad.
- 1.1.6 Así pues, el control de la sociedad no solo se predica por virtud del capital, sino que es la fuerza de los hechos la que permite evidenciar los casos en que el dominio de una sociedad se ve influenciado en gran medida por quien tiene el poder de determinar a su antojo las decisiones sociales.
- 1.1.7 Lo anterior, claramente es el caso que se presentó en Metabolic Therapies S.A.S. puesto que derivado de un bloqueo de la Asamblea General de Accionistas como órgano, permitió que Luz Norela Correa como gerente, pudiera tomar las decisiones a su antojo.
- 1.1.8 En este punto vale la pena traer a colación el contenido del artículo 260 del Código de Comercio, según el cual *“una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante (...)”*.
- 1.1.9 Por su parte, en un reciente pronunciamiento, en ejercicio de sus funciones administrativas, la Superintendencia de Sociedades ha recordado que:

“las situaciones de control se pueden presentar o generar de diversas maneras, todo depende del contexto de la situación en la cual se encuentra la sociedad, de ahí que igualmente no se pueda especificar cuáles podrían ser los hechos o situaciones que deriven en una ‘modificación’ de la situación de control, puesto que son diversas las causales que dan origen a esta; motivo por el cual el legislador no ha previsto un listado taxativo de situaciones”.
- 1.1.10 Como es evidente, tras el bloqueo del máximo órgano social de Metabolic Therapies S.A.S., la totalidad de decisiones de la compañía pasaron a estar en cabeza de su administradora. Así, al no tomarse decisiones en la Asamblea General de Accionistas y desaparecer el control conjunto que ostentaban los accionistas, Luz Norela Correa, quien además de ser titular del 50% del capital era la única administradora de la sociedad, pasó a tomar la totalidad de las decisiones de la compañía, lo cual se facilitó, entre otras cosas, debido a la falta de restricciones estatutarias para el representante legal.
- 1.1.11 Bajo este contexto, Luz Norela Correa pudo marchitar la compañía y trasladar su operación a la también controlada por ella Mito Therapies S.A.S., celebrar operaciones viciadas por conflicto de interés como la auto asignación de salarios exorbitantes, sin mayor fiscalización interna.
- 1.1.12 La grave omisión del juez de primera instancia le impidió entonces referirse al daño directo que sufrió Miguel Ángel Rodríguez por soportar la deslealtad de la accionista controlante. Este daño, consistió en lo que se conoce como el reparto de dividendos de facto en favor de

la controlante, cuya consecuencia es la violación del ánimo de lucro subjetivo de quien no disfruta de estos dividendos.

1.1.13 Tan es así, que el juez consideró en la sentencia que por los intereses contrapuestos en cabeza de Luz Norela Correa que nublaron su juicio, se generó un conflicto de intereses y por eso se declaró nulo el contrato laboral. De ello se desprende que el origen de los recursos percibidos por Luz Norela Correa, no tienen ninguna justificación, por lo que ello implica una apropiación irregular de recursos, que genera la actuación desleal frente a Miguel Ángel Rodríguez como asociado, lo cual conlleva a la adjudicación en cabeza de Luz Norela Correa de prerrogativas especiales por cuenta del demandante.

1.1.14 Según lo ha entendido la jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera, en cabeza de los accionistas controlantes existe un deber de lealtad respecto de los demás accionistas de una compañía.

1.1.15 Para llegar a tal conclusión, será necesario acudir a los postulados del principio de buena fe en la contratación, el cual es de similar entidad al deber de lealtad. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

1.1.16 El principio de buena fe ha sido entendido en el sentido de que los contratantes deben obrar con lealtad recíproca en la ejecución del negocio jurídico de que se trate. En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“la palabra fe, fidelidad, quiere decir que la persona, o la parte, según el contexto, se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en la observancia de sus obligaciones [...] [el comportamiento de las partes debe llevarse a cabo] con rectitud, corrección y lealtad”.

1.1.17 Por su parte, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que *“el principio de buenafe [...] debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del [contrato], puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual [...]”*.

1.1.18 No parece haber duda, entonces, que el principio de buena fe bajo análisis lleva implícito el obligatorio cumplimiento del deber de lealtad entre los contratantes. En el contexto societario, es indudable que el aludido postulado de buena fe tiene plena vigencia en la ejecución del llamado contrato social que, es la base de las relaciones que surgen en una sociedad, de las que por supuesto, no escapan las relaciones entre accionistas.

1.1.19 Sobre este punto, la jurisprudencia societaria ha reconocido en más de una oportunidad que existe un deber de lealtad que rige las relaciones entre los accionistas, el cual, de ser desconocido, generará la obligación de reparar los perjuicios que una conducta de esta naturaleza genere. En palabras de la Superintendencia de Sociedades:

“[...] por virtud del postulado de la buena fe, los asociados tienen el deber de comportarse con lealtad frente a las personas que ostentan esa misma calidad en una compañía. Además, como se ha reconocido en múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, quien actúe en contravención del postulado de la buena fe en el decurso de una relación contractual, podría ser condenado a responder por los perjuicios derivados de su

conducta”.

1.1.20 Una infracción al deber de lealtad de la controlante se presenta cuando se lleva a cabo una conducta dirigida a extraer irregularmente recursos de la compañía con la intención de no compartirlos con los demás asociados. En estos eventos, suele afectarse el monto que resulte para repartir utilidades, lo que atenta contra la expectativa de ver un retorno de su inversión.

1.1.21 En relación con este punto, la Superintendencia de Sociedades en el caso de Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros, fue enfática al sostener lo siguiente:

“[...] parece entonces indiscutible que el mayoritario que se apropia irregularmente de recursos sociales actúa en forma desleal frente a los demás asociados. En estos casos, la conducta de la controlante atenta contra el ánimo de lucro subjetivo que llevó a los minoritarios a efectuar una inversión en la sociedad, al tenor de lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio. Al extraer bienes del patrimonio social, el controlante puede frustrar las expectativas económicas de los minoritarios, quienes verán menguado—o, incluso, suprimido—el retorno esperado por su inversión en la compañía. Es decir que la apropiación de activos sociales perjudica en tal forma a los asociados minoritarios que la conducta del controlante no puede sino calificarse como desleal. De manera que, al constituir la expropiación de minoritarios una violación del deber de lealtad a cargo del controlante, este último podrá ser obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de sus actuaciones irregulares”.

1.1.22 Así, pues, queda claro entonces que las maniobras de la controlante tendientes a extraer recursos sociales de forma irregular, transgreden su deber de lealtad con los demás accionistas y, por consiguiente, están obligados a reparar los perjuicios causados, pues, como se explicó, esta conducta ilegal del controlante, afecta directamente el ánimo de lucro subjetivo de los demás accionistas, al ver disminuidas total o parcialmente, las utilidades que podría recibir y que el controlante, leoninamente, decidió guardarse para sí mismo en lugar de compartirlas.

1.2 Indebida aplicación de la consecuencia legal a la nulidad por conflicto de interés de la administradora

1.2.1 Después de concluir en la sentencia la existencia de operaciones viciadas por conflicto de interés, por encontrar que la demandada Luz Norela Correa tenía intereses contrapuestos al celebrar un oneroso contrato de trabajo con la compañía para la que ejerce funciones de administración y anular la operación, el Despacho manifestó que no podía aplicar el efecto especial del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 en lo que tiene que ver con la restitución de las ganancias obtenidas con la celebración de la operación en conflicto, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo y por estimar que, en todo caso, tal orden correspondería a una indemnización de perjuicios.

1.2.2 El despacho de primera instancia confundió los efectos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 que se refiere a la acción social de responsabilidad la cual tiene como propósito que la compañía obtenga la reparación de los perjuicios que se le generaron por la acción de un administrador que infringió el régimen de deberes de los administradores. Por el contrario, el resultado que conlleva la ocurrencia de los hechos que se enmarcan en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, contempla la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad de la operación, con la restitución de las ganancias obtenidas con la conducta ilegal.

1.2.3 Sobre este punto específico, es decir, el efecto de la nulidad especial en materia de celebración de operaciones en conflicto de interés, la misma Superintendencia ha advertido lo siguiente:

“En ese sentido, el reintegro no es de cualquier ganancia, sino del rédito que obtuvo la respectiva parte contractual con ocasión de las condiciones pactadas ventajosa e ilegítimamente a su favor en el negocio, justamente, por virtud de la posición de conflicto del administrador que influyó o participó en la operación”¹

1.2.4 Ciertamente, se equivoca el juez de primera instancia, pues el efecto del mencionado artículo 5, lejos de estar relacionado con la reparación de un daño, se trata de la consecuencia legal a la anulación de una conducta ilegal y que expresamente establece la ley, como la restitución de las ganancias obtenidas con la conducta conflictuada.

1.2.5 El aludido artículo 5 dispone lo siguiente:

“[...] Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio”.

1.2.6 En verdad, lejos de pretender la restitución de los salarios, lo que se pidió con la demanda fue la restitución de las ganancias obtenidas con la celebración de la operación en conflicto. Teniendo en cuenta que la real afectación se resume en que en razón al cargo en la administración que ocupa Luz Norela Correa, está pudo asignarse salarios cuantiosos que repercutieron directamente en los flujos contables de la empresa, lo que afecta la utilidad líquida de la compañía que puede ser repartida entre los socios. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades, al cuestionarse sobre los casos en que los accionistas son marginados de la administración, y se les impide recibir recursos provenientes del pago de dividendos establece que es una de las “*modalidades más efectivas de expropiación de accionistas minoritarios*” teniendo en cuenta que “*al final del ejercicio, merced al incremento de los gastos operativos, el controlante habrá consumido una porción leonina de los excedentes de caja generados por la sociedad, de suerte que, al momento de determinar las utilidades repartibles, al minoritario le corresponderá un dividendo exiguo*”.²

1.2.7 Por eso, nada tiene que ver el concepto contable mediante el cual se extrajo recursos de la Sociedad, ni que estos hayan sido pagos de ejecución sucesiva, puesto que lo realmente relevante es el hecho de reintegrar las ganancias obtenidas de la conducta en conflicto de interés a través de la consecuencia legal del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009.

1.2.8 Como se encuentra debidamente probado, según el interrogatorio de parte practicado a Luz Norela Correa, ella no se había asignado salarios desde el momento de la creación de Metabolic Therapies S.A.S, que fue en el año 2015 y hasta el año 2017 (hora 1 minuto 7 segundo 18), año en el cual inició el conflicto con Miguel Ángel Rodríguez, que además coincidió con la crisis del negocio y posterior disminución del ingreso operacional tal y como confirma Luz Norela Correa. (hora 1 minuto 35 segundo 36).

¹ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 2020-01-605927 del 23 de noviembre de 2020.

² Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-46 de 2016

- 1.2.9 A pesar de lo anterior, tal y como se estableció en la demanda, la Superintendencia de Sociedades se ha manifestado en el sentido de considerar que *‘[s]i la totalidad de las utilidades sociales se reparte por vía de salarios y honorarios, no quedarán recursos para el pago de dividendos al final del ejercicio’. Aunque este Despacho se ha referido principalmente a la mencionada expropiación por vía de salarios y honorarios, resulta igualmente reprochable esta injusta situación a través de la celebración de operaciones de diversa naturaleza con partes vinculadas y la apropiación indebida de recursos sociales por parte de los asociados que ocupan cargos en la administración*³. Ello evidencia que el reproche a la conducta se causa independientemente de la naturaleza del pago mediante el cual se apropia al asociado, es decir, independientemente si se trata de pagos sucesivos.
- 1.2.10 De este modo, el Despacho no tiene en cuenta que la carga probatoria se satisfizo al acreditar que Luz Norela Correa recibió cuantiosos salarios mientras que las utilidades disponibles se veían disminuidas. De hecho, para estos efectos, desde la demanda se hizo un importante esfuerzo probatorio al aportar un informe pericial que analizaba las ganancias obtenidas de la auto asignación de salarios de la demandada Luz Norela Correa.
- 1.2.11 Esta prueba fue groseramente ignorada por el juez de primera instancia, quien no hizo el menor pronunciamiento y valoración sobre ella.
- 1.2.12 Según el informe pericial ignorado por el juez de primera instancia, Luz Norela Correa obtuvo ganancias de operación conflictuada por el orden de \$445.220.000, tal y como se ve en la siguiente imagen tomada del dictamen:

El valor de las ganancias obtenidas por la señora Luz Norela Correa Garzón, por concepto de salarios devengados en la compañía Metabolic Therapies S.A.S. durante el periodo comprendido entre julio 2017 a septiembre 2020 es de cuatrocientos cuarenta y cinco millones doscientos veinte mil (\$445.220.000) pesos.

- 1.2.13 Debe indicarse que, las ganancias obtenidas no corresponden al monto de los salarios que se auto pagó la demandada, sino que son fruto de un modelo diseñado por el perito para obtener el monto de tales ganancias. Así, según el perito, las siguientes fueron las ganancias obtenidas por Luz Norela Correa y que debieron ser reintegradas a Metabolic Therapies S.A.S., si es que eran las pretensiones subsidiarias las llamadas a prosperar, en lugar de las principales:

Año	Ganancia obtenida de la asignación salarial conflictiva
2017	\$62.870.000
2018	\$114.395.000
2019	\$129.488.000
2020	\$138.467.000
Total	\$445.220.000

³ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2021-01-061146 del 2 de marzo de 2021,

1.2.14 De haber valorado y practicado esta prueba el juez de primera instancia pudo haber evidenciado la apropiación indebida de los recursos y más allá de declarar la nulidad sobre el contrato laboral, cumplir a cabalidad con lo que estipula la ley y ordenar la restitución de las ganancias obtenidas con la celebración de la operación en conflicto

1.2.15 Infortunadamente, el juez de primera instancia no solo entendió de manera incorrecta el citado artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, sino que cercenó, incluso, la posibilidad de referirse al informe pericial.

1.3 **Indebida valoración probatoria para concluir la ausencia de competencia entre Mito Therapies y Metabolic Therapies**

1.3.1 El Despacho no valoró el universo probatorio que da cuenta de la abierta competencia que Mito Therapies S.A.S. ejerce en el mercado contra Metabolic Therapies S.A.S.

1.3.2 Los actos de competencia se configuran cuando la actividad acusada encaja no solo respecto al objeto social sino a la línea de negocios de la sociedad en la cual el administrador desempeña sus funciones. En este punto, el Despacho se centró en comparar los objetos sociales de ambas compañías, concluyendo que por no ser idénticos, aun cuando son similares, no había lugar a identificar la notable competencia entre las compañías.

1.3.3 Así, la valoración de pruebas debió haber sido encaminada a establecer hasta qué punto las compañías Metabolic y Mito estaban llevando a cabo la explotación del mismo negocio y la manera en que la información obtenida por la administradora Luz Norela Correa en su labor científica e investigativa al interior de Metabolic resultó en un beneficio para una sociedad distinta creada por ella misma.

1.3.4 Incluso con el simple análisis de los objetos sociales de las compañías no se puede descartar de plano el traslado de operación de una empresa a otra, pues como se observa a continuación en un breve extracto de ambos objetos, la descripción es amplia y dentro de ella podría encasillarse cualquier actividad, como lo puede ser la realización de terapias cetogénicas, el seguimiento de la implementación de la terapia, entre muchas otras:

Metabolic Therapies S.A.S.	Mito Therapies S.A.S.
<i>“[...] lo cual incluye la terapia metabólica, consultas y tratamientos a pacientes con enfermedades huérfanas, incluyendo la prestación de servicios de nutrición especializada, neurología infantil, hospitalización, rehabilitación, suministro de medicamentos, y en general todos los servicios que garanticen la prestación de los servicios de salud y administración de los mismos.”</i>	<i>“[...] La prestación de todo tipo de servicios relacionados con la salud humana, tales como servicios preventivos, de diagnóstico, dispensación y venta de productos farmacéuticos. La sociedad podrá llevar a cabo, en general, todas las operaciones, de cualquier naturaleza que ellas fueren, relacionadas con el objeto mencionado, así como cualesquiera actividades similares, conexas o complementarias o que permitan facilitar o desarrollar el comercio o la industria de la sociedad y en general, cualquier actividad lícita. [...]”.</i>

- 1.3.5 En ello se puede evidenciar una misma línea de negocios, más allá de que se trate de la realización de una terapia o la comercialización específicamente, la línea de negocios se enfoca en explotar una actividad económica derivado de las necesidades que poseen los pacientes que tienen epilepsia refractaria.
- 1.3.6 Muestra de lo anterior es el traslado de los trabajadores de Metabolic a Mito, como se evidencia en el testimonio de Luisa Fernanda Lancheros al establecer que Adriana Puerta, Ana Maritza Corro, Sandra Amparo Villalobos (hora 3 minuto 8 segundo 50) trabajaron en Metabolic y trabajan o trabajaron en Mito, sumado a un grupo restante de trabajadores de Metabolic por el que se cuestionó, en el interrogatorio, sobre una relación laboral con Mito, a lo cual la representante legal afirmó que no lo recordaba, pero sin negar la posibilidad.
- 1.3.7 Por la misma línea se encuentra el desarrollo de actividades empresariales en el mismo mercado, lo cual se evidencia en el uso de la base de datos propiedad de Metabolic, considerada información privilegiada, sobre la cual Mito sacó provecho. Teniendo en cuenta que la clientela es una oportunidad que le pertenece a Metabolic Therapies puesto que tenía la capacidad financiera de explotarla, era una oportunidad que estaba dentro de la línea de negocios de la compañía y sobre esa oportunidad se tenía un interés o expectativa, ello significa que Luz Norela Correa llevó a cabo una posición contraria a sus deberes como administradora frente a Metabolic.
- 1.3.8 Luz Norela Correa debió abstenerse de tomar para sí oportunidades de negocios que le corresponden a Metabolic Therapies, cuando las oportunidades, para el caso, se refieren a los potenciales clientes que Metabolic había encontrado durante la ejecución de su objeto social y que Mito adquirió. De hecho, la Superintendencia de Sociedades estableció:
- “En efecto, mal podría obrar con lealtad quien, siendo administrador social o habiéndolo sido conoce de la oportunidad con ocasión de sus funciones, distrae o desvía, para beneficio propio, negocios que habrían podido ser explotados por la sociedad. Bajo esta hipótesis, el sujeto se vale de su posición en la compañía, del contacto directo con la gestión encomendada y del conocimiento adquirido a lo largo del ejercicio de su cargo, para explotar una oportunidad de negocios que legítimamente le pertenecía a la sociedad y, por ende, le habría generado potenciales ingresos.”⁴*
- 1.3.9 De esta forma, Luz Norela Correa pudo haber llevado a cabo la comercialización del producto Ketolve o cualquier actividad conexas a la línea de negocios relacionada con pacientes con epilepsia refractaria, ello en beneficio de la explotación de las actividades de Metabolic Therapies tal y como lo empezó a hacer con la sociedad que creó, pero que, sin embargo, no llevó a cabo porque abiertamente decidió “no buscar relación” (hora 2 minuto 38 segundo 25).
- 1.3.10 Por ello, se evidencia claramente que las actividades desplegadas por parte de Luz Norela Correa están orientadas a competirle a Metabolic Therapies S.A.S., sociedad en la que ha ejercido sus funciones de administradora por más de 7 años.
- 1.3.11 Adicionalmente, no contento con no valorar las pruebas existentes, no permitió la practica correcta de otras pruebas que permitirían probar también la aludida competencia.

⁴ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, auto n.º 2019-01-201128 del 16 de mayo de 2019.

- 1.3.12 Frente a la pregunta sobre la relación que ha tenido Luz Norela Correa y su hija con el capital de Mito Therapies, el juez no entendió que la pregunta estaba íntimamente ligada con la demostración de actos de competencia en la medida que el hecho de ser Luz Norela Correa y su hija Laura Castañeda Correa las únicas titulares del capital de Mito, claramente da cuenta que tenía intenciones de desarrollar negocios en beneficio de Mito. Finalmente, después de una detallada explicación el juez permitió responder. Al respecto, la demandada manifestó haber creado la Sociedad Mito Therapies en el año 2017, haber ejercido el cargo de representante legal por un periodo corto (hora 2 minuto 37 segundo 54), y ser accionista. Debe aclararse que el Juez no entendió la relevancia de la pregunta y que la entendió contestada aun cuando la demandada fue absolutamente evasiva y se abstuvo de responder si su hija era mayoritaria y si ella en algún momento también fue accionista mayoritaria.
- 1.3.13 Las pruebas evidencian que Luz Norela Correa tiene un interés del 100% en el capital social de Mito Therapies, y no solo en un 35% como quiso hacer ver y como el juez concluyó sin haber efectuado un análisis completo y juicioso sobre las pruebas. Al ser la hija de Luz Norela Correa la titular del 65% restante, se evidencia el interés económico que existe por parte de la demandada en relación con la totalidad del capital de Mito Therapies.
- 1.3.14 Frente a la pregunta sobre las funciones que desempeña como asesora médica en Mito Therapies, Luz Norela Correa contestó que cumple funciones de investigación clínica (hora 2 minuto 34 segundo 58), es de resaltar que en el interrogatorio de oficio afirmó que en Metabolic cumplía las “[...] funciones científicas en el desarrollo de las terapias [...]” (hora 1 minuto 4 segundo 10).
- 1.3.15 Es de resaltar, igualmente, que el demandante aportó como prueba un video presentado en el Congreso Latinoamericano de Epilepsia de 2021. Esta prueba resultaba sumamente valiosa en el proceso puesto que evidenciaba la competencia entre Mito y Metabolic, adicionalmente en este, Luz Norela Correa, hace referencia al desarrollo e implementación de terapias médicas (cetogénicas), todo con los logos de Mito y Ketovolve.
- 1.3.16 No obstante lo anterior, el Juez manifestó abiertamente su intención de no valorar la prueba de manera íntegra, después de haber preguntado por la duración del video. Su relevancia radicaba en que la prueba da cuenta que, en efecto, Mito también desarrollaba terapias cetogenicas relacionadas con Ketovolve al igual que lo hacía Metabolic.
- 1.3.17 Adicionalmente en el video del congreso, se evidencia una diapositiva presentada que remarca *“nuestros logros son el resultado de años de trabajo”*, frente a lo cual se cuestionó a cuántos años se refería dichas diapositivas, pregunta que fue considerada como irrelevante por el juez, sin este entender, pese a haber explicado, que la relevancia estaba en el hecho de que, si se trata de más de tres años de trabajo, independientemente se refiere al trabajo que venía desarrollando desde Metabolic, sumando el hecho que en la referida conferencia afirma *“nuestra experiencia en el desarrollo de terapias cetogenicas ha sido única y hemos trabajado junto con los hallazgos de biología molecular para cada día producir e incrementar mejores terapias cetogenicas.”* (minuto 30 segundo 38).
- 1.3.18 Como si lo anterior no bastara, la misma Luz Norela correa manifestó en su interrogatorio con relación a su trabajo en Mito: *“mi labor es desarrollar nuevas terapias, y eso es lo que estoy haciendo, y por eso es que lo presento en los congresos internacionales, esa es mi labor y es una labor meramente técnica y científica, por eso soy asesora científica de varias empresas que requieren ese desarrollo científico [...] sí, ese es mi trabajo, yo soy una*

científica y desarrollo terapias cetogénicas como lo digo ahí, y no yo sola, con un equipo de médicos, de biólogos, de genetistas [...]” (hora 2 minuto 46 segundo 2). Agregando la demandada cuando se le preguntó sobre las terapias que habla en el vídeo son los logos de Mito y Ketovolve, que se trataba de “[...] *terapias cetogénicas [...]*” (hora 2 minuto 47 segundo 24).

1.3.19 Un análisis completo de las pruebas permite entrever que valiéndose de su condición de privilegio dentro de Metabolic, Luz Norela Correa desarrolló el mismo negocio en la empresa que creó, Mito Therapies, junto con su hija y los mismos aliados que la acompañaron en Metabolic. Muestra de ello es el hecho que se sigue explotando la misma actividad económica basada en la epilepsia refractaria y que muchas personas que trabajaban en Metabolic siguen trabajando en Mito. Sin embargo, esta última prueba fue sometida a la arbitraria prohibición de preguntas en este sentido a los demandados, como la representante legal de Mito Therapies S.A.S.

1.3.20 Así las cosas, después de identificar a un grupo de personas como empleados de Mito como se estableció en el punto 1.3.6, se le preguntó si dentro del expediente laboral de Mito, consta que antes trabajaban también para Metabolic. Ante la comprensible capacidad para recordar todos los nombres, la parte demandante puso de presente la posibilidad de consultar con recursos humanos, ante lo cual, el juez negó la alternativa de llevar a cabo la consulta fundamentándose en que no consideraba que era el momento para ello. Ante tal respuesta, se puso de presente el contenido del artículo 198 del Código General del Proceso, según el cual los representantes legales deben absolver el interrogatorio sin que puedan invocar que no le consta o que no está en su competencia, por lo que es su obligación la de esta absolutamente informado (hora 3 minuto 12 segundo 57). Pese al fundamento legal esgrimido, y de una forma ciertamente burlona, el Juez manifestó que no se le puede pedir a la Representante Legal que tenga una *“memoria hiperdotada”* y que *“nadie está obligado a lo imposible”* y preguntó a este apoderado: *“recuerda el nombre de compañero de kínder que estaba sentado a su mano derecha”*. Infortunadamente, más allá de las lamentables burlas, lo que el juez no entendió es que la respuesta a la pregunta formulada era sumamente relevante para entender la existencia de actos de competencia, a través de la contratación por parte de Mito Therapies de los servicios del antiguo personal de Metabolic Therapies.

1.3.21

1.3.22 El Juez adicionalmente negó (hora 3 minuto 31 segundo 40) la prueba testimonial que quería ser practicada a la señora Sandra Amparo Villalobos en razón a que esta no asistió a la audiencia. No obstante, frente a los reparos que se manifestaron con relación a la obligación del juez de citar a los testigos, en los casos en que la parte se lo solicite bajo el amparo del artículo 217 del Código General del Proceso, tal y como se manifestó desde la misma presentación de la demanda

1.3.23 Lo anterior, naturalmente, permitió que, con gran simpleza, el Despacho manifestara que no hay prueba del traslado de la operación comercial de Metabolic Therapies a Mito Therapies. S.A.S.

1.4 No se pronunció sobre todas las pretensiones

1.4.1 Además de lo advertido en el numeral primero de este documento, en el sentido de que el juez de primera instancia no se manifestó, ni decidió de fondo sobre las pretensiones relativas a la infracción al deber de lealtad de la accionista controlante, el Despacho tampoco se pronunció sobre la solicitud de sancionar con multas y la prohibición de ejercer el comercio en contra de Luz Norela Correa.

- 1.4.2 Esta pretensión, se presentó, precisamente, dentro de las pretensiones subsidiarias de conflicto de interés que el juez declaró probadas.
- 1.4.3 La aludida sanción se encuentra contemplada en el inciso segundo del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, en los siguientes términos:

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

2. SOLICITUD

Con base en todo lo anteriormente expuesto, solicito al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. que revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceda a la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda, incluida la condena en costas a los demandados.

3. ANEXOS

- 3.1 Sentencia oral proferida por la Superintendencia de Sociedades durante la audiencia celebrada el 11 de febrero de 2022 (la sentencia se encuentra entre la hora 4, minuto 15, segundo 15 y la hora 4, minuto 42, segundo 28 de la grabación).
- 3.2 Demanda presentada ante la Superintendencia de Sociedades.

Respetuosamente,



Jiménez, Higuita, Rodríguez & Asociados S.A.S.
NIT. 901.091.928-7
Luis Alfonso Riveros Garavito
C.C. n.º 80.874.454
T.P. n.º 183.071 del Consejo Superior de la Judicatura

Bogotá D.C., martes 23 de agosto de 2022

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA CIVIL

Señor Magistrado

M.P. JAIME CHAVARRO MAHECHA

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

REF: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR LA DELEGATURA DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES EN AUDIENCIA ORAL DEL 11 DE FEBRERO DE 2022

Radicado: 11001319900220210012501

Respetado Señor Magistrado;

JUAN MANUEL LEÓN QUINTERO, mayor de edad, con domicilio y residencia en Bogotá, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.788.239 expedida en la ciudad de Bogotá, con tarjeta profesional de abogado número 114.127 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de la señora **Luz Norela Correa Garzón**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.898.652; de la empresa **MITO THERAPIES SAS**, identificada con NIT: 901.100.874-8 y de la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT: 900.843.440-1, por medio del presente escrito me permito sustentar el recurso de apelación oportunamente interpuesto por esta parte en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en audiencia oral del día 11 de febrero de 2022, dentro del proceso verbal con radicado **No. 2021-800-00125**, promovido por el señor **Miguel Ángel Rodríguez** como demandante en contra de **Luz Norela Correa Garzón, Mito Therapies S.A.S** y **Metabolic Therapies S.A.S.** como demandados.

En la referida sentencia, luego de evacuar todas las etapas procesales, el señor Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles, resolvió:

“Primero. Declarar que Luz Norela Garzón Correa, incumplió el deber previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que le correspondía como

representante legal de Metabolic Therapies S.A.S., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo. Declarar la nulidad el contrato laboral suscrito entre Metabolic Therapies S.A.S. y Luz Norela Correa Garzón.

Tercero. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto Abstenerse de condenar en costas".

La sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia fue proferida en audiencia oral, es decir que se notificó en estrados y en ese sentido y en virtud de lo anterior, se corrió traslado en audiencia a las partes a efectos de que interpusieran el recurso de apelación en contra de la sentencia, lo que en efecto hicieron tanto esta parte demandada como el demandante y por ello el Despacho expresó en audiencia que se dejaba constancia que los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 323 del Código General del proceso.

De igual manera establece el inciso segundo del numeral 3 del artículo 322 del CGP, que *cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, **o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización**, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.*

Es decir que bien sea en audiencia como en efecto esta parte demandada lo hizo o dentro de los tres días siguientes, el apelante deberá precisar los reparos concretos que le hace a la decisión, lo cual hizo esta parte demandada al pronunciarse en audiencia de manera oral determinando los reparos breves y concretos en contra de la decisión y de igual manera, por escrito y dentro del término legal, entregando el memorial con los reparos breves y concretos en contra del fallo de primera instancia.

1. DE LA OPORTUNIDAD Y EL TÉRMINO LEGAL PARA LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Establece el inciso tercero del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, vigente cuando se interpuso la alzada y en todo caso recogido en su integridad por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, que ejecutoriado el auto que admite el recurso de apelación, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes.

En este sentido, el auto que admitió el recurso de apelación presentado por las partes fue proferido por el Honorable Tribunal el día martes 9 de agosto de 2022 y notificado por estado del 10 de agosto de la misma anualidad, de manera que el término de ejecutoria de la providencia notificada con anotación en el estado electrónico publicado el 10 de agosto de 2022 transcurrió conjuntamente con el término para solicitar pruebas, durante los días 11, 12 y 16 de agosto de 2022. De igual manera el término de cinco (5) días para sustentar el recurso interpuesto, transcurrió durante los días 17, 18, 19, 22 y 23 de agosto de 2022, de manera que al presentar este escrito de sustentación del recurso de apelación por esta parte demandada hoy día martes 23 de agosto de 2022, el mismo se presenta dentro de la oportunidad y el término legal.

2. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como se mencionó en precedencia, el Despacho de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en audiencia oral del 11 de febrero de 2022 profirió sentencia.

El proceso objeto de la sentencia y el objeto del litigio se fincó en tres grandes aspectos, **(i)** el primero en la solicitud del demandante de declarar que la señora Luz Norela Correa Garzón era controlante por capital de la sociedad **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** y a la vez controlante por ser su administradora y, que en ese sentido, había violado su deber de lealtad al recibir un salario por su contrato de trabajo como directora médica científica de la compañía y por un supuesto traslado de la operación de la empresa a otra compañía; **(ii)** el segundo aspecto en la solicitud del demandante de declarar que el hecho de que la señora Luz Norela Correa Garzón tuviere un contrato de trabajo como directora médica científica de la compañía **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN**, constituía una operación en conflicto de interés y que requería la autorización de la asamblea de accionistas y que como tal hecho no se dio, se debía declarar la nulidad del contrato de trabajo y ordenar las restituciones mutuas y; **(iii)** el tercer aspecto en la la solicitud del demandante de declarar que la señora Luz Norela Correa Garzón, al ser controlante por capital de la sociedad **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** y a la vez controlante por ser su administradora, había trasladado la operación de la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** a la empresa **MITO THERAPIES SAS** y que en ese sentido, debía la señora Luz Norela Correa Garzón pagar en favor de **Miguel Ángel Rodríguez** el 50% de los ingresos percibidos por Mito Therapies SAS entre 2017 y hasta la fecha de la sentencia.

Esta parte demandada en la contestación de la demanda y con el amplio material probatorio entregado a lo largo del proceso, pudo demostrar que el demandante **Miguel Ángel Rodríguez** basó su demanda en un supuesto control por capital de la señora Luz Norela Correa Garzón en la empresa **METABOLIC**

THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN, lo cual resultó ser absolutamente falso porque en dicha compañía cada accionista tiene una participación paritaria en el capital siendo de propiedad de cada uno el 50% de las acciones y, adicionalmente y contrario a lo manifestado por el demandante, muy por el contrario el control administrativo lo tuvo para la época de los hechos el señor **Miguel Ángel Rodríguez** quien tenía a su cargo la administración de la compañía, siendo del caso que la señora **Luz Norela Correa Garzón** no tenía ninguna función asignada específica relacionada con la representación legal en la empresa, y, la calidad de liquidadora que tuvo años después de la época de los hechos de la demanda, derivó del nombramiento que le hiciera la asamblea de accionistas por unanimidad, con el voto, naturalmente afirmativo, del demandante señor **Miguel Ángel Rodríguez**.

No sobra entonces insistir, porque es la base de la demanda que dio origen al proceso, que en efecto la señora **Luz Norela Correa Garzón** desde la constitución de la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** ha sido representante legal y desde marzo 2019 su liquidadora. En todo caso la señora **Luz Norela Correa Garzón** no ha sido ni es controlante de la sociedad. En efecto, desde la constitución de la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** y hasta su disolución e inicio del proceso de liquidación, el accionista **Miguel Ángel Rodríguez** fue el representante legal de la compañía encargándose de las labores administrativas, legales y operativas, pues en esta empresa cuya actividad principal es prestar servicios clínicos de "fármaco-seguimiento" y "seguimiento clínico" a las terapias médicas con productos en la categoría de alimentos para propósitos médicos especiales (APME)- incluido y entre otros el Ketovolve- que vendía la empresa **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN** y un medicamento llamado Pheburane, dicho trabajo estaba a cargo de la directora médica científica de la sociedad, la doctora **Luz Norela Correa Garzón** y su equipo científico, mientras que las labores administrativas, de cumplimiento de normas comerciales, legales y estatutarias y de gestión y control administrativo, estaban a cargo de **Miguel Ángel Rodríguez**, quien si bien era representante legal suplente, en esta empresa él ocupaba constantemente el cargo de principal, como lo hemos explicado y probado. Sobre la liquidación, en asamblea ordinaria de accionistas del 7 de marzo de 2019 se aprueba en asamblea de accionistas por unanimidad iniciar la disolución y liquidación de **METABOLIC THERAPIES SAS** debido a que la sociedad **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN** que era su único cliente y fuente principal de sus ingresos también entró en liquidación, por aprobación unánime del demandante quien también es accionista y controlante de esta y también en **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** por unanimidad, fue nombrada la señora **Luz Norela Correa Garzón** como liquidadora.

De igual manera quedó probado a lo largo del proceso que el trabajo de la señora **Luz Norela Correa Garzón** y que le permitió derivar una asignación salarial en la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN**, consistía en ser su directora médica científica pues en su calidad de médica neuropediatra y por dicha labor, percibía un salario derivado de un contrato de trabajo y que

básicamente su labor científica era la fuente principal de los ingresos de la compañía. En su contrato de trabajo se le asignaron funciones inherentes a su conocimiento y perfil académico y profesional como médica neuropediatra, todo lo anterior, naturalmente, con la anuencia, aprobación e incluso la instrucción del accionista **Miguel Ángel Rodríguez**. En este sentido se probó y en la sentencia de primera instancia así lo verificó el señor Juez, que su salario obedeció a la justa remuneración de su importante labor médico científica que soportaba la operación de la compañía **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** y, como salario que era, no solo era un derecho irrenunciable sino que es un derecho fundamental de todo trabajador recibirlo, descartando el Despacho de primera instancia supuestas expropiaciones de recursos de la empresa y por lo mismo el supuesto control económico y administrativo de la señora **Luz Norela Correa Garzón** en la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN**

De igual manera y sobre el supuesto traslado que había hecho la señora Luz Norela Correa Garzón de la operación de la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** a la empresa **MITO THERAPIES SAS**, se demostró a lo largo del proceso y así lo verificó el señor Juez en la sentencia de primera instancia, que no existía una sola prueba que permitiera arribar a tal conclusión y que en todo caso el demandante estaba pidiendo perjuicios supuestamente causados a la empresa como perjuicios a su favor, es decir perjuicios indirectos que son inviables en nuestro sistema, de manera que no se probaron los perjuicios causados a la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** por la señora Luz Norela Correa Garzón, derivados de un supuesto traslado de la operación a otra empresa, simple y llanamente porque no existió ese supuesto traslado y por lo mismo tampoco supuestos perjuicios y, en caso de que se hubieran probado tales perjuicios, que no existieron, en todo caso serían perjuicios indirectos en favor del demandante, es decir perjuicios inviables en nuestro sistema.

Pues bien, con meridiana claridad en la sentencia de primera instancia, derivado de las consideraciones y como claramente quedó establecido en la sentencia en su parte resolutive, el Despacho en el numeral tercero de la sentencia "*desestimó las demás pretensiones de la demanda*", en el sentido de que no había lugar a declarar existencia de supuestos actos de deslealtad de la señora **Luz Norela Correa Garzón** derivados de supuestas expropiaciones de recursos de la compañía, pues en realidad se trataba de recibir su justo salario por su contrato de trabajo como directora médica científica de la compañía en su calidad de médica neuropediatra y por lo mismo que no había lugar a condenarla a indemnizar supuestos perjuicios por este hecho; de igual manera la sentencia de primera instancia consideró que no había lugar a declarar existencia de supuestos actos de deslealtad de la señora **Luz Norela Correa Garzón** derivados de un supuesto traslado de la operación de la compañía a otra compañía y por lo mismo y por lo mismo que no había lugar a condenarla a indemnizar supuestos perjuicios por este hecho.

Ahora bien, lo que es objeto de este recurso de apelación, es que si bien el Despacho consideró que en todo caso y a pesar de que se probó que el salario recibido señora **Luz Norela Correa Garzón** se derivaba de recibir su justo salario por su contrato de trabajo como directora médica científica de la compañía, que ejecutó su labor y que tenía derecho al mismo, se consideró que esta operación era o debía ser objeto de autorización previa de la asamblea de accionistas y que como ello no se dio, había lugar a declarar la existencia del conflicto de interés y la nulidad del contrato de trabajo, sin lugar a ordenar restituciones mutuas pues al ser un contrato de tracto sucesivo dichas restituciones mutuas no eran procedentes y que, en todo caso, no había lugar a ordenarlas no solo por ser inviables sino porque la labor encomendada fruto de la relación laboral fue debidamente ejecutada y la empresa se benefició de la misma.

Conforme lo anterior, nuestros reparos en contra de la sentencia se fundan en el hecho de oponernos a la declaratoria de que había lugar a declarar la existencia del conflicto de interés y a la nulidad del contrato de trabajo, junto con nuestra oposición a lo que consideramos un fallo de primera instancia extra **petita** por la declaratoria de un conflicto de interés por la enajenación de un inmueble.

Así las cosas, expuesto de manera sucinta el objeto del litigio y la sentencia de instancia que lo resolvió, esta parte demandada ahora en calidad de recurrente en apelación comparte naturalmente la decisión del Despacho de no ordenar restituciones mutuas derivadas de la anulación de un contrato de trabajo pues son inviables en contratos de tracto sucesivo y adicionalmente resultaría injusto de cara a que el contrato se ejecutó a cabalidad y en consecuencia compartimos la decisión del Despacho de no ordenar devolución de supuestas ganancias pues las mismas no solo no existen sino que no hay una sola prueba que permita establecer que existieron, y compartimos la decisión de no acceder a declarar incumplimiento de deberes de lealtad por el supuesto traslado de la operación de la compañía a otra compañía pues ello tampoco existió y tampoco había lugar a ordenar restitución de ganancias de algo que no existió.

No obstante lo anterior, no compartimos la decisión del Despacho de declarar que la señora Luz Norela Correa Garzón incurrió en actos en conflicto de interés al suscribir legítimamente el contrato de trabajo con la compañía y por lo mismo nos oponemos a la decisión de declarar la nulidad del mismo, pues consideramos con fuertes fundamentos y argumentos que en el asunto sub judice no se presenta el supuesto conflicto de interés y por lo mismo no se requería la autorización de la asamblea de accionistas de **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** y, en tal virtud, tampoco había lugar a declarar la nulidad del contrato de trabajo y ello no era ni podría ser de competencia de un juez civil, tal como procederemos a sustentar en el siguiente punto.

3. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. Sobre la declaratoria de conflicto de interés por suscribir un contrato de trabajo y sobre la nulidad de dicho contrato de trabajo

Nuestros reparos contra la sentencia de instancia versan sobre nuestra oposición a la decisión de declarar que la doctora Luz Norela Correa Garzón incurrió en actos en conflictos de interés al suscribir legítimamente un contrato de trabajo con la compañía y en consecuencia nos oponemos a la decisión de declarar la nulidad de dicho contrato.

Creemos que en el caso analizado no se dan los presupuestos fácticos ni legales para determinar que la doctora Luz Norela Correa Garzón incurrió en la prohibición establecida en el artículo 23 de la ley 222 de 1995, numeral 7, respecto de supuestos actos ejecutados en conflicto de interés.

De primera mano es necesario tener en cuenta que para declarar que se está en presencia de un conflicto de interés, se hace imperativo establecer primero si el administrador de una sociedad cuenta con un interés que pueda **nublar su juicio objetivo** en el curso de una operación determinada, de manera que acreditado que su juicio no es objetivo, se pueda acreditar que este nublamiento de su juicio representa un verdadero riesgo de que el **discernimiento del administrador se vea comprometido**, lo que se traduce en que el conflicto de interés y el interés conflictivo del respectivo administrador, **le impida proteger el interés de la empresa que representa** y por lo mismo el interés conflictivo sea de tal entidad que **menoscabe su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo**. En ese sentido, los argumentos que nos permiten concluir que no existió tal conflicto de interés y que por lo mismo se debe revocar esta parte de la sentencia, como más adelante argumentaremos.

Previamente y a manera de introducción, es necesario contextualizar la relación laboral o de trabajo de la señora Luz Norela Correa Garzón con la empresa **METABOLIC THERAPIES SAS**; en efecto, la Dra. Correa Garzón como médica neuropediatra de profesión, comenzó a ejecutar la relación laboral con la empresa **mediante la modalidad de contrato de trabajo verbal** desde el **29 de abril de 2015**, justamente en la misma fecha en que se creó la empresa, coincidiendo la creación de la empresa con la iniciación de la relación laboral con la señora Luz Norela Correa Garzón y, sería a partir del **1 de julio del 2017** que las partes redujeron a escrito el referido contrato de trabajo, el cual terminaría el 30 de agosto de 2020, es decir que dicha relación laboral, con todo lo que ella implica, se ejecutó desde el 29 de abril de 2015 y hasta el 30 de agosto de 2020, es decir durante un periodo de más de 5 años.

Ahora bien, resulta oportuno aclarar que como en efecto está probado en el expediente y así lo afirmó el propio demandante en su interrogatorio de parte, la señora Luz Norela Correa Garzón por su relación laboral y de subordinación con la empresa, le rendía cuentas o le reportaba al demandante el señor Rodríguez, quien desde la creación de la empresa fungió como representante legal dirigiendo administrativamente a la compañía.

Igualmente relevante hacer notar que si bien es cierto que el 7 de marzo de 2019 se aprueba en asamblea de accionistas iniciar la disolución y liquidación de **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** (proceso que continúa vigente a la fecha), siendo designada como liquidadora sin recibir nunca remuneración por esta función la señora Luz Norela Correa Garzón, no es menos cierto que su relación laboral con la compañía continuó inalterada, habida cuenta que con la liquidación o la decisión de liquidar la compañía no se producía la terminación de las labores asistenciales y médico científicas de manera automática e inmediata, pues el manejo correcto del servicio de seguimiento en farmacología y seguimiento clínico implicaba seguir cumpliendo de manera correcta las obligaciones con los entes regulatorios como el INVIMA, hacer la revisión y generar las alertas respecto de los respaldos y las conclusiones del resultado de las terapias hechas a base de los productos, elaborar las respuestas a las peticiones de entes de salud y regulatorios, actividades a cargo del área técnico científica en cabeza de la trabajadora **Luz Norela Correa Garzón** y hacer el seguimiento clínico de los eventuales efectos colaterales de los fármacos utilizados en las terapias hechas por las entidades de salud. Todo lo anterior para significar que la decisión de disolver la compañía e iniciar su liquidación no implicaba la terminación automática e inmediata del contrato laboral con la señora **Luz Norela Correa Garzón** sino que ello operaría de manera progresiva mientras se terminaban las actividades de seguimiento clínico farmacológico a su cargo.

De esta manera y una vez la directora de asuntos médicos la señora **Luz Norela Correa Garzón** concluyó su labor a cabalidad y previniendo cualquier riesgo contra la empresa o eventuales afectaciones a pacientes y ya cerrada final y definitivamente la operación, se puso fin a su contrato laboral.

Es de anotar que en el año 2019 y 2020, adicionalmente, existieron quejas ante INVIMA respecto al producto Ketovolve como quejas supuestamente anónimas, pero que en realidad fueron hechas por el demandante **Miguel Ángel Rodríguez**, en las que fue necesaria la participación de la doctora **Luz Norela Correa Garzón** ya que era **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** la que en el momento de los hechos referidos, hacía el seguimiento y la fármaco vigilancia del producto Ketovolve.

Una vez expuesto el contexto de los extremos temporales de la relación laboral de la Dra. Luz Norela Correa Garzón con **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** (desde el 29 de abril de 2015 y hasta el 30 de agosto de 2020), en lo

que sigue, como anunciamos, entregaremos los argumentos que nos permiten concluir que no existió ningún conflicto de interés y que por lo mismo se debe revocar esta parte de la sentencia.

1. El contrato de trabajo incorpora derechos fundamentales, irrenunciables y su pago no depende de la voluntad de los accionistas o del gerente de una empresa pues se deriva de la labor que desarrolla el trabajador

La relación laboral en general y su especie en particular, a saber: el contrato de trabajo, es una relación jurídica constitucionalizada, de carácter estructural, en la medida que su objeto, el trabajo humano, es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, en los términos que lo concibe el art. 1° de la Constitución, razón por la que dicha relación se encuentra intervenida por el Estado, restándole éste en gran medida a sus sujetos participantes, la llamada autonomía de la voluntad, que se pregona con mayor libertad en otros espacios de la regulación de los intereses privados de los asociados. Así entonces, la relación laboral, en cualquiera espacio donde se presente, se encuentra regida bajo la égida del derecho público al que pertenece. Veamos:

***ARTICULO 1o.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, **en el trabajo** y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

Es por ello que de tiempo atrás, apartándose de las normas y los conceptos ius privatistas que regulan los negocios jurídicos, se ha considerado que la voluntad de los sujetos, no es elemento constitutivo de la relación de trabajo, para su nacimiento a la vida jurídica, en la medida, que basta que se den en el mundo de los hechos sus tres elementos, a saber: **i-** prestación personal del servicio; **ii-** continuada subordinación y dependencia; y **iii-** contraprestación económica; para que se pueda considerar por ministerio de la ley, que existe un contrato de trabajo (art. 23 CST), creando el ordenamiento además, una ventaja probatoria para quien preste servicios a otro y pretenda demostrarla, a través de una presunción legal (art. 24 del CST), que considera que, **“toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”**.

Para una mayor garantía de protección del objeto de la relación laboral, que lo es el trabajo, éste ha sido elevado por el constitucionalista al rango de derecho fundamental, bajo la ecuación, derecho-obligación social.

***ARTICULO 25.** El trabajo es un **derecho y una obligación social** y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.*

En cuanto al contenido obligatorio que deberá considerarse en el estatuto del trabajo, que desde luego se debe encontrar incluido en las relaciones de este tipo, la propia Carta política del 91 se ha ocupado de consignar los principios mínimos fundamentales. (Art. 53 CP), dentro de los cuales se confirma el carácter irrenunciable de los derechos que consagran los beneficios mínimos establecidos en la ley.

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”

Resulta entonces incuestionable, que frente a la existencia de hechos constitutivos de una relación de trabajo subordinado, que reitero se forma con la ocurrencia de los tres elementos arriba indicados, independientemente de la forma jurídica que como ropaje se le hubiere podido dar, surge para quien presta sus servicios, el amparo y las prerrogativas que la Constitución y la ley tienen establecidos como derechos mínimos de obligatorio cumplimiento, entre ellos el derecho a percibir un salario, unas prestaciones sociales, a ser beneficiario de la seguridad social, entre otros.

En cuanto al derecho a percibir la remuneración salarial, la propia ley, desde mediados del siglo pasado, ya lo había establecido a través del art. 27 del CST, este derecho irrenunciable, al establecer:

“Todo trabajo, dependiente debe ser remunerado.”

En suma, el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo, cuando se den los elementos que la ley consagra como constitutivos del mismo, exista o no existe medio escrito que sirva de prueba, asigna al sujeto prestador de los servicios, por ministerio de la Constitución y la ley, todos los derechos y garantías mínimas que éstos tienen establecidos para este tipo de relaciones.

- 2. El contrato de trabajo no puede ser anulado por el juez mercantil, pues desbordaría su competencia, al incorporar relaciones de trabajo cuya competencia es del juez laboral. Máxime en este caso donde en el proceso mercantil se demostró que el contrato existió, no fue una simulación o fraude y se ejecutó a cabalidad por la Dra. Luz Norela Correa**

El juez mercantil desde un punto de vista netamente competencial, como se explica más adelante, no podría tener la competencia para anular un contrato de trabajo, precisamente porque las disgregadas situaciones jurídicas en las que la ley le permite actuar, son excepcionales y se surten bajo condiciones específicas residuales.

Sobre el particular, resulta clara e ilustrativa la sentencia de la corte Constitucional C-156 de 2013, que se ocupó del tema así:

“ATRIBUCION DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS-Aplicación del principio de excepcionalidad/PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD EN AUTORIDAD ADMINISTRATIVA-Atribución de facultades jurisdiccionales/PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD-Condición

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad, la condición de excepcionalidad se cumple, en primer término, mediante la satisfacción de dos condiciones: la reserva de ley en la asignación de esas funciones (que puede ser satisfecha también mediante la promulgación de decretos con fuerza de ley), y la precisión en la regulación legislativa. La reserva de ley garantiza la excepcionalidad por un mecanismo de residualidad: dada la amplitud del universo de supuestos que corresponde definir a la jurisdicción, o que potencialmente pueden llegar a su conocimiento, y en virtud del principio de división de funciones entre las ramas del poder público, opera una regla de cierre según la cual todos los asuntos sobre los que no exista una excepción taxativamente consagrada en la Constitución o la Ley, serán de competencia de los jueces. Como ese universo de supuestos susceptibles de ser definidos judicialmente es particularmente amplio, esta primera condición cumple una función importante, que se puede sintetizar así: siempre que el Legislador prevea una atribución de competencias en materia jurisdiccional en cabeza de autoridades administrativas, se puede suponer que, residualmente, se mantendrá un conjunto muy amplio de materias de competencia exclusiva de los jueces. En otros términos, aquello que menciona la ley se torna en excepción porque, en oposición a ello -y a las competencias jurisdiccionales que el propio Constituyente asignó al Congreso de la República en los artículos 174 y 178 de la Carta-, todo lo demás se mantiene bajo la jurisdicción y competencia de los órganos estrictamente judiciales. Con todo, el Legislador podría, mediante la promulgación sucesiva de leyes con un ámbito excepcional de aplicación (en los términos planteados en el párrafo precedente), atribuir demasiadas funciones jurisdiccionales a la administración, asumiendo que siempre quedará un campo más amplio para los jueces. Esa situación, sin duda, debilitaría la administración de justicia como institución pues en lugar de destinar los esfuerzos estatales al fortalecimiento de la actividad judicial, el Estado la privaría progresivamente de funciones y desdibujaría el reparto general de competencias entre las ramas del poder público, de manera que el crecimiento paulatino de las excepciones genera cada vez más dudas sobre el respeto por el principio o condición de excepcionalidad del artículo 116 Superior. Genera una sospecha de inconstitucionalidad.

“ATRIBUCION DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS-Condición de precisión

La condición de "precisión" en la asignación de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos enfrenta este problema, exigiendo al legislador un especial cuidado en la designación de los funcionarios (o los órganos), y la definición de las áreas en las que se desarrollará esa competencia excepcional. Esa precisión tiene como fin impedir que las competencias comprendan campos demasiado amplios de acción judicial, en virtud del uso de formulaciones generales en las disposiciones normativas correspondientes y permite al juez constitucional evaluar si se respeta el mandato de excepcionalidad. La precisión en la tarea legislativa, además, va de la mano del principio de interpretación restrictiva de las excepciones, como barrera adicional a una atribución carente de límites de funciones jurisdiccionales a la administración y, por lo tanto, incompatible con la Constitución Política".

No pareciera entonces posible desde el punto de vista de la competencia sustancial y procesal que el juez mercantil, comprobado como está que existió el contrato de trabajo, que se ejecutó a cabalidad y que configuró relaciones laborales iusfundamentales, pueda declararlo nulo, pues, si bien es cierto que el juez mercantil tiene amplias facultades para declarar el incumplimiento de deberes de los administradores, no es menos cierto que las relaciones laborales deben ser guiadas por estrictos parámetros constitucionales que rigen las relaciones de trabajo y por ello solo la jurisdicción laboral podría pronunciarse al efecto.

Adicionalmente, es el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el que en su artículo segundo, establece la competencia general de la jurisdicción ordinaria laboral, que en su numeral primero, le asigna a dichos jueces el conocimiento de: **Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo".**

Todo lo anterior por las siguientes razones:

- a- Porque la figura de la nulidad del contrato de trabajo en las relaciones entre particulares no está consagrada en el ordenamiento positivo, habida cuenta que la formación de la relación laboral obedece a los hechos (relevados por el derecho para asignarles unas consecuencias jurídicas, tal como sucede con la posesión en el derecho privado), que se ejecutan en la práctica, entre quien presta el servicio y quien lo recibe, más allá de la formalidad que se utilice para el efecto, sin que por ello se entienda que no puedan las partes convenir por escrito sus contratos de trabajo. En últimas entendemos, que se pueden anular los actos de la voluntad por los vicios que contengan, pero que resulta imposible anular los hechos de relevancia jurídica, y mucho menos, cuando ya se han consumado.
- b- El remedio que el legislador laboral ha establecido para sanear las vicisitudes que pueda sufrir una relación laboral subordinada, no es la figura de la nulidad, sino que lo es la figura de la INEFICACIA, establecida ésta para proteger el mínimo legal, contractual o convencional en favor de los trabajadores frente a cualquier estipulación que lo afecte, con el fin

de que puedan reclamar sus derechos, fijándole como único límite a los mismos, la licitud de la actividad.

La norma en cuestión establece:

"ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES. En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente."

- c- Es nuestra opinión que resulta un verdadero contrasentido jurídico que el juez mercantil reconozca dentro del proceso, como en efecto lo hizo, qué efectivamente existió una relación laboral entre la empresa y la demandada, amparado además en la confesión del actor y en otras pruebas, para posteriormente en la parte resolutive del mismo, sin competencia para ello, declarar su nulidad, frente a un vínculo de tracto sucesivo, que cumplió su función económica y social dentro de la tipicidad propia que el ordenamiento le asigna.
- d- Deviene el fallo del Juez, en cuanto a la anulación que predica, en un desborde de los derechos fundamentales de la demandada, el más grave, en cuanto a la violación al debido proceso (art. 29 CP), por haberse tomado una competencia que la ley no le da, y de paso, dejar sin piso la legitimidad de unos derechos laborales y sociales causados, legítimamente pagados por la empresa a la trabajadora, con fuente en un contrato de trabajo válido. Esta decisión del juez, se constituye en una verdadera vía de hecho, que el Ad-quem deberá reparar por vía de la apelación, como guardián que también es de la Constitución y de los derechos y deberes que de ella emanan.

3. El contrato de trabajo no es susceptible de nulidad

Partimos de la base, que no se puede declarar la nulidad de un contrato de trabajo. Excepcionalmente se podría pensar en excepcionales casos, declarar en aplicación del principio de la primacía de la realidad, la simulación del mismo, cuando las partes mediante un convenio privado y para un fin específico que mantienen bajo su esfera privada, convienen aparentar su existencia, sin que en la realidad, en el mundo práctico de los hechos, se den sus elementos. Sea por ejemplo el caso de un socio, que, ante la liquidación de una sociedad, prefigura

una relación laboral inexistente, para poder participar de la masa liquidataria con un crédito privilegiado. Para nuestro caso concreto, el juez mercantil no ha tenido duda acerca de la existencia del vínculo de trabajo subordinado entre la demandada y la empresa. Es decir, que estamos hablando de una relación laboral que es una realidad jurídica.

El contrato de trabajo, de manera sintética, en cuanto al contenido de las prestaciones (en el sentido obligacional) que se convienen entre las partes, el trabajador se obliga a entregar su energía de trabajo, y el empleador se obliga a remunerar al primero como contraprestación por sus servicios con un salario.

Pensar entonces en la nulidad de un contrato de trabajo implicaría en gracia de discusión que el trabajador tendría que devolver la retribución recibida de manos del putativo empleador, supuesto éste que contrariaría toda la corriente de humanización y dignificación del derecho del trabajo, para colocar esta relación en un plano eminentemente contractualista, que equipararía la actividad humana laboral, con el dinero, deformando de paso su naturaleza de derecho fundamental, ejercible bajo los presupuestos de justicia y dignidad.

Y es que en el caso de autos la demandada obró con absoluta buena fe y transparencia al haber puesto en ejecución la relación laboral y configurar sus elementos sin siquiera, durante dos años, recibir su remuneración, la cual vendría a recibir solo dos años después que existía el contrato de trabajo, con lo cual estos dos años iniciales sin recibir remuneración por su trabajo y su actividad laboral estaba dirigido a no perjudicar a la empresa con alguna reclamación laboral posterior o desfinanciar a la empresa, lo cual descarta de plano reproche alguno que pueda indicar incumplimiento del deber de obrar con lealtad, pues es justamente lo contrario.

En conclusión, conforme con los hechos y pruebas que se encuentran en el proceso y con base en los reparos concretos expresados por esta parte en audiencia, en el escrito de reparos y en este escrito de sustentación del recurso de apelación, es evidente que no se presentaron los elementos para que se pudiera declarar un conflicto de interés en cabeza de la señora Luz Norela Correa Garzón al suscribir el mencionado contrato de trabajo.

3.2. Sobre el fallo extra *petita* por la declaratoria de conflicto de interés por la emanación de un inmueble

Finalmente es necesario como parte de esta sustentación del recurso de apelación pronunciarnos sobre un hecho consistente en que el demandante en la demanda, solicitó que se declarara que la señora Luz Norela Correa, en su calidad de administradora de Metabolic Therapies S.A.S., infringió su deber de lealtad al adelantar operaciones viciadas por conflicto de interés,

concretamente, al enajenar un inmueble de propiedad de Metabolic Therapies S.A.S. a la empresa Mito Therapies S.A.S.

Sobre el particular, pudimos demostrar en la instancia que esta afirmación era absolutamente falsa, como quiera que jamás la empresa Metabolic Therapies S.A.S. enajenó un inmueble de su propiedad a la empresa Mito Therapies S.A.S., por ello en el desarrollo del proceso solicitamos que fuera desestimada esta pretensión; no obstante lo anterior, el Despacho hizo saber que se trataba de un error de transcripción pues el demandante por error mencionó a la empresa Mito Therapies S.A.S., cuando era lo cierto que se estaba refiriendo a la empresa Metabólica SAS EN LIQUIDACIÓN.

Al margen de lo anterior, el solo hecho de incurrir en este error era suficiente para desestimar la pretensión y no hacer ningún pronunciamiento al respecto, pero, a lo cual nos oponemos, el Despacho de instancia en la parte considerativa de la sentencia manifiesta que aclarado el error era pertinente analizar el caso y consideró que la operación de enajenación de un inmueble de propiedad de Metabolic Therapies S.A.S. a la empresa enajenó Metabólica SAS EN LIQUIDACIÓN era una operación que requería la autorización previa de la asamblea de accionistas y que por lo mismo al no contar con dicha operación se hacía necesario declarar que al efecto se había producido un conflicto de interés. En todo caso y como quiera que el demandante no solicitó su nulidad y tampoco restituciones mutuas, el Despacho no se pronunció al respecto, sino que se limitó, en la parte considerativa, a declarar que se había presentado un conflicto de interés.

Pues bien, insistimos, el solo hecho de que la pretensión estuviera redactada en el sentido de que se declarara la existencia de un conflicto de interés en la operación de enajenación de un inmueble de propiedad de Metabolic Therapies S.A.S. a la empresa Mito Therapies S.A.S. y el hecho de que dicha operación nunca existió, era suficiente motivo para no efectuar pronunciamiento alguno diferente a desestimar dicha pretensión y, en tal sentido, que el Despacho haya hecho el análisis de la pretensión aduciendo que se trataba de un error al nombrar a uno de los extremos del negocio, configura en nuestro entender un fallo extra **petita** que como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, se configura cuando el juez se pronuncia sobre cuestiones que no fueron materia de la controversia y que no podían contemplarse de oficio, siendo del caso que no se trataría de un simple error de transcripción sino de una pretensión que no se podría modificar de oficio y, por lo mismo, solicitamos al Despacho del Honorable Tribunal, como cuestión especial, que se declare que el pronunciamiento de instancia sobre esta pretensión y que al final redundó en una modificación de la pretensión de oficio por el juez, debe revocarse lo mismo que las consecuencias dadas a la misma, es decir la declaratoria de que hubo un conflicto de interés.

Ahora bien, en gracia de discusión, en todo caso debe quedar claro, sin perjuicio de lo anterior, que la operación de enajenación de un inmueble de propiedad

de la empresa Metabolic Therapies S.A.S. a la empresa Metabólica SAS EN LIQUIDACIÓN, no constituyó una operación en conflicto de interés ni mucho menos, por las siguientes razones.

De primera mano es necesario tener en cuenta que para declarar que se está en presencia de un conflicto de interés, se hace imperativo establecer primero si el administrador de una sociedad cuenta con un interés que pueda **nublar su juicio objetivo** en el curso de una operación determinada, de manera que acreditado que su juicio no es objetivo, se pueda acreditar que este nublamiento de su juicio representa un verdadero riesgo de que el **discernimiento del administrador se vea comprometido**, lo que se traduce en que el conflicto de interés y el interés conflictivo del respectivo administrador, **le impida proteger el interés de la empresa que representa** y por lo mismo el interés conflictivo sea de tal entidad que **menoscabe su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo**. En ese sentido, los argumentos que nos permiten concluir que no existió tal conflicto de interés en la operación de la enajenación de un inmueble y que por lo mismo se debe revocar esta parte de la sentencia, se basan en lo siguiente:

La señora **Luz Norela Correa Garzón**, en su calidad de liquidadora de las dos empresas, tanto de **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** como de **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN**, tiene la obligación de realizar el activo y pagar el pasivo como lo indica el Código de Comercio.

En efecto, es necesario tener en cuenta que las dos sociedades están en liquidación y respecto de **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN**, el numeral 5 del artículo 238 del Código de Comercio establece que es obligación del liquidador vender los bienes sociales, de manera que en este sentido la liquidadora tiene plenas facultades para vender los inmuebles y en consecuencia para efectuar las operaciones tendientes a cumplir dicho objetivo. De igual manera es obligación del liquidador y de la sociedad en liquidación, según el numeral 7 del artículo 238 del Código de Comercio, pagar las obligaciones con terceros, es decir pagar el pasivo. En este sentido, en la venta del inmueble referido, además de realizar el activo, se está pagando el pasivo, por lo cual la operación es completamente legal y no vemos porque deba ser objeto de reproche.

Respecto de **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN**, el numeral 3 del artículo 238 del Código de Comercio establece que es obligación del liquidador cobrar los créditos activos de la sociedad, de manera que con la operación del consultorio mencionado, la liquidadora de la sociedad está cumpliendo el deber de cobrar los créditos y por ello la negociación es legal y parte del ejercicio de las funciones del liquidador. Si bien además de cobrar el crédito está adquiriendo un inmueble, es una operación legítima pues la liquidadora tiene en cuenta que ante la iliquidez de la deudora, la única forma de cobrar el crédito es recibiendo el

inmueble y además adquiere un activo sin lesionar el patrimonio de **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN**.

Tampoco existe en la operación un conflicto de intereses, pues este se genera cuando en la operación como tal el liquidador tiene un interés de lucro personal que pone por encima del interés de las sociedades en liquidación, lo cual no se configura en este caso pues la liquidadora no tiene ningún interés económico personal en la operación y simplemente está cumpliendo las obligaciones de realizar el activo y pagar el pasivo.

Como antecedente se debe mencionar que para enero de 2020 **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** no tenía liquidez suficiente para pagar sus obligaciones y llevaba más de un año tratando de vender el consultorio referido sin obtener ningún resultado y era su único activo. Por ello y ante la inminente insolvencia por incumplimiento con sus acreedores y la liquidez para continuar con su proceso liquidatorio, se le solicitó un préstamo a **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN** y con ello poder cumplir obligaciones inminentes y urgentes para posteriormente pagar como dación en pago la obligación y continuar la liquidación.

El precio de venta se hizo por valor en libros que era muy similar al valor comercial y además con ello se evitaba incurrir en una eventual ganancia ocasional con el agravante de generar un pasivo por impuestos ante la DIAN vista su iliquidez, lo que hubiera generado un grave problema financiero y operativo y una deuda fiscal que además tiene prelación y preferencia como crédito de primera categoría.

A su vez **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN** obtenía un activo como dación en pago de su obligación y recuperaba el dinero otorgado en crédito.

Así mismo es claro que el señor **Miguel Ángel Rodríguez** y la señora **Luz Norela Correa Garzón** son accionistas paritarios de las dos sociedades, de manera que los intereses de ambas compañías y de consiguiente de sus accionistas, se verían satisfechos sin que en las operaciones se hubieren desviado recursos en favor del patrimonio personal de la señora **Luz Norela Correa Garzón**, con lo cual ello descarta de plano el supuesto conflicto de interés y el beneficio real fue por igual para las dos empresas y como mencionamos para sus accionistas. Ello tal vez explica porque el accionista demandante en la demanda no haya solicitado la nulidad de dicha operación, pues sabe que de declararse la misma y muy por el contrario, sí se causaría un perjuicio para las dos compañías y para el propio demandante, pero lo importante, es que en la operación se protegieron los intereses de las dos compañías y no hay una desviación de recursos a favor del patrimonio personal de la liquidadora de las mismas, lo que descarta un interés personal en cabeza de la administradora liquidadora que hubiera puesto por encima del interés de las compañías.

Ahora bien, llama la atención que una operación que no es conflictiva y que además no deteriora el patrimonio o el interés de las empresas involucradas ni el de sus socios reciba ahora la censura del demandante, cuando es lo cierto que el sentido de la existencia de la sociedad **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** estaba fincado sobre la existencia de la sociedad **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN**, como se ha explicado a lo largo del proceso ampliamente. En efecto, la sociedad **METABOLIC THERAPIES SAS EN LIQUIDACIÓN** se constituyó con el objeto de hacer fármaco – vigilancia y seguimiento clínico a los productos que distribuía **METABÓLICA SAS EN LIQUIDACIÓN**, de manera que el único cliente de aquella era esta, es decir que entre las dos empresas se realizaban negocios y en las mismas eran accionistas y representantes legales las mismas personas y así siempre fue, por ello llama la atención que estas operaciones entre las dos empresas no hayan motivado la censura del demandante y una operación sobre el consultorio de Bucaramanga entre las dos empresas sí le genere inquietud. Lo cierto es que ni en las operaciones de servicios que se cerraban entre estas dos empresas tendientes a la fármaco vigilancia y el seguimiento clínico ni en la operación de venta y dación en pago del mencionado consultorio existió ni existe un conflicto de interés en virtud del cual se hayan desviado dineros o activos de las compañías en favor del interés personal de sus administradores.

Sobre el avalúo que mencionamos, muy similar al valor en libros, lo conoció suficientemente bien el demandante pues se le propuso en su momento y dentro de la liquidación, que se postulara para la compra del mismo por dicho precio. En este sentido el valor de mercado del inmueble, como lo mencionamos, está recogido en el avalúo que se anexó al proceso y que es muy similar al valor en libros, con el ingrediente adicional de que la venta a dicho valor en libros evitaba, operación legítima desde el punto de vista fiscal como costo de adquisición permitido por el Estatuto Tributario, evitar la generación de una ganancia ocasional, de manera que el inmueble fue vendido al precio de mercado del momento de la transacción, eso es cierto y no como de mala fe trata de hacerlo ver el demandante y en conclusión, en dicha operación no hay ningún vicio que pueda catalogarse de conflicto de interés como creemos con desacierto lo consideró la sentencia de primera instancia.

4. PETICIÓN

Con base en todo lo anterior, le rogamos al Despacho del Honorable Tribunal que se revoque el numeral **primero** y **segundo** de la parte resolutive de la sentencia de instancia que declararon, el primero, que la doctora Luz Norela Garzón Correa incumplió el deber previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que le correspondía como representante legal de Metabolic Therapies S.A.S., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa la providencia y, el segundo, que declaró la nulidad el contrato laboral suscrito entre Metabolic Therapies S.A.S. y Luz Norela Correa Garzón.

En este sentido le rogamos al Despacho del Honorable Tribunal y merced a la revocatoria solicitada, que en su lugar se declare que la señora Luz Norela Correa Garzón no incurrió en operaciones en conflicto de interés al suscribir y ejecutar el mencionado contrato de trabajo y que se declare que para la relación de trabajo recogida en el contrato de trabajo mencionado y en su ejecución, la señora Luz Norela Correa Garzón no tenía que obtener autorización el máximo órgano social de la compañía y, en igual sentido, le rogamos al Despacho que se declare que dicho contrato no adolece de ningún vicio que pueda generar su nulidad y que por lo mismo se declaró que dicho contrato no es nulo.

Adicionalmente le rogamos al honorable Tribunal, como cuestión especial, que se declare que el pronunciamiento de instancia sobre la pretensión relacionada con la venta de un inmueble y que al final redundó en una modificación de la pretensión de oficio por el juez, debe revocarse por incurrir en el vicio de contener un fallo extra **petita**, lo mismo que las consecuencias dadas a la misma, es decir la declaratoria de que hubo un conflicto de interés y subsidiariamente, declarar que no existió tal conflicto de interés más allá de la inviabilidad de pronunciarse sobre dicha pretensión.

Por otra parte le solicitamos al Despacho que se confirmen las decisiones restantes del fallo de instancia.

Finalmente le pedimos al Despacho que de la sustentación del recurso de la parte demandante y de esta parte demandada, se nos corra traslado por el término de cinco (5) días (Artículo 14 inciso 3° del Decreto 806 de 2020 y artículo 12 inciso 3 de la Ley 2213 de 2022) haciendo constar el traslado en lista.

Atentamente,



JUAN MANUEL LEÓN QUINTERO

C.C. No. 79.788.239

T.P. No. 114.127 del C. S. de la J.

Honorable Magistrado
JAIME CHAPARRO MAHECHA
Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá Sala de decisión civil
Correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.
Bogotá

REF.: Radicación 110013103007201600538-03
Dte: ADRIANO ANDRES BALLESTEROS
DDA: YOLANDA DÍAZ GÓMEZ
ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

LEONARDO CASTIBLANCO BOLIVAR, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, residente y domiciliado en la calle 5 No. 4-44 de Tibaná Boyacá, abogado inscrito y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 216.507 del C.S. de la J. con correo electrónico lecabodic6@yahoo.com, en mi calidad de apoderado de los señores Adriano Andrés Ballesteros Aponte e Hilda Aponte Fandiño por medio del presente escrito me permito SUSTENTAR el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 7 de octubre del 2020 proferida por el juzgado 8 civil del circuito de Bogotá, conforme lo dispone el artículo 12 del decreto ley 806 del 2020, establecido como legislación permanente por la ley 2213 del 13 de junio del 2022 en los siguientes términos:

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 11287 DEL 17 AGOSTO DEL 2016 siendo magistrado ponente Ariel Salazar Martínez; El efecto propio de la declaración de resolución de contrato es regresar las cosas a su estado anterior, lo cual se cumple a través de las restituciones mutuas que en términos generales surge para los contratantes en virtud del conjunto de normas que regulan las prestaciones en materia reivindicación y para el caso específico de la condición resolutoria tacita del contrato de compraventa, las contempladas en los artículos pertinentes que rigen la materia.

Por una ficción de la ley, se reputa que el contrato destruido no ha existido jamás, a consecuencia de lo cual cada parte recupera lo que en virtud de él entregó a la otra, considerándose que las cosas vuelven al estado que tenían antes de la venta.

En razón de la resolución de la compraventa por el incumplimiento del comprador, las partes se encuentran compelidas a verificar las restituciones recíprocas, por lo que el vendedor tiene derecho a que se le restituya la cosa entregada y los frutos que esta hubiere producido. Por su parte, el comprador tiene derecho a que se le restituya el pago que haya realizado del precio de la cosa. Esta suma ha de ser real, es decir actualizada para el momento de la sentencia, toda vez que la indexación de una suma de dinero no comporta un beneficio, ni puede confundirse con los frutos civiles que ella produce porque simplemente constituye el ajuste de su valor para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pues de lo contrario se estaría devolviendo al comprador una cantidad muy inferior a la que entrego en realidad.

I. Pues en efecto en la presente demanda se presentaron como PRETENSIONES las siguientes:

1. Que está resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los señores HILDA MARÍA APONTE y ADRIANO BALLESTEROS APONTE como vendedores y YOLANDA DÍAZ GÓMEZ como compradora, por no haberse cancelado el precio al vencimiento del plazo pactado, en la promesa de compraventa con el otro si y materializado en la escritura pública No. 264 del 30-01- de 2015 de la Notaria 53 de Bogotá, respecto del inmueble ubicado en la carrera 12B 22ª – 04 SUR Bogotá.

2. Que se transcriba la parte resolutoria de la sentencia al señor Notario 53 del círculo de Bogotá D.C a fin de que proceda a la cancelación de la escritura 264 del 30-01- de 2015, e igualmente al señor registrador de instrumentos públicos de este círculo con el objeto de que

proceda la cancelación del registro de la referida escritura, registro que se produjo el día 03-02-2015 en el folio de matrícula 50S-658681.

3. Que se restituya la cuota parte del 75.44 a los señores HILDA APONTE FANDIÑO Y ADRIANO BALLESTEROS APONTE por parte de la demandada YOLANDA DÍAZ GÓMEZ, el bien inmueble determinado y alinderado en la escritura número 264 del 30-01- de 2015 de la Notaria 53 de Bogotá y de esta sentencia una vez ejecutoriada la misma.

4. Pretensión subsanada por auto de fecha 30 de agosto de 2016, Que se condene a la demandada a pagar al demandante el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble objeto de restitución tanto los dejados de percibir como aquellos que hubiera podido producir el inmueble durante todo el tiempo que estuvo en poder de la demandada con el empleo de una mediana inteligente y actividad en caso de haberse encontrado en poder del demandante, de acuerdo a la justa tasación que efectúen los peritos designados por su despacho los cuales ascienden a la suma de TREINTA MILLONES CIEN MIL PESOS (\$30.100.000) como producto del producido del inmueble objeto de la resolución.

5. Que se condene a la demandada a pagar al demandante, el valor de los perjuicios sufridos por mi poderdante en virtud del incumplimiento, los cuales deben ser determinados, a la justa tasación que realicen los peritos nombrados por su despacho.

6. Que se condene a la demandada en el caso de que el comprador pudiera hacerse subsistir el contrato pagando el precio dentro de un término máximo de gracia de 24 horas contados desde el día hábil siguiente a la notificación de la demanda, al pago de los intereses corrientes de esa suma, durante el retardo en favor del demandante.

7. Que al ordenar la notificación del auto admisorio de la demandada a la demandada se le advirtiera que si en un plazo máximo de 24 horas contados desde la siguiente hora hábil a aquella en que se le haga, no cubre el valor total del precio debido y sus intereses moratorios quedara resuelto el contrato de compraventa.

8. Que se ordene el registro de esta demanda en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50S-658681 correspondiente a este inmueble en la oficina de registros de instrumentos públicos de Bogotá zona sur.

9. Se condene en costas en su totalidad y agencias en derecho de la primera y segunda instancia a la demandada YOLANDA DÍAZ GÓMEZ.

II. Subsanación demanda

Tercero: Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 206 del C.G.P. en concordancia con el Art. 964 del C.C. me permito solicitar a su señoría la restitución de los frutos naturales y civiles del inmueble y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder y como frutos civiles; el valor de los arrendamientos del inmueble y la parte ocupada por la demandada sobre el bien con M.I. No. 50S-658681 y chip catastral No. AAA0006ZOJZ y código catastral 23S 12 BIS 1. de Bogotá., desde cuando mi representado entrego el bien el día 30 enero del 2015 hasta que se materialice la sentencia de la siguiente forma:

ARRIENDOS DEL INMUEBLE DURANTE EL AÑO 2015

Febrero del 2015.....	\$ 1.500.000
Marzo del 2015.....	\$ 1.500.000
Abril del 2015.....	\$ 1.500.000

mayo del 2015.....	\$ 1.500.000
Junio del 2015.....	\$ 1.500.000
Julio del 2015.....	\$ 1.500.000
Agosto del 2015.....	\$ 1.500.000
Septiembre del 2015.....	\$ 1.500.000
Octubre del 2015.....	\$ 1.500.000
Noviembre del 2015.....	\$ 1.500.000
Diciembre del 2015.....	\$ 1.500.000
SUTOTAL DE FRUTOS CIVILES 2015.....	\$ 16.5000.000
Enero del 2016.....	\$ 1.700.000
Febrero del 2016.....	\$ 1.700.000
Marzo del 2016.....	\$ 1.700.000
Abril del 2016.....	\$ 1.700.000
mayo del 2016.....	\$ 1.700.000
Junio del 2016.....	\$ 1.700.000
Julio del 2016.....	\$ 1.700.000
Agosto del 2016.....	\$ 1.700.000
SUBTOTAL DE FRUTOS CIVILES DEL 2016.....	\$ 13.600.000
TOTAL DE FRUTOS CIVILES.....	\$ 30.100.000

COMPLEMENTO DE LA PRETENSIÓN CUARTA: Que se condene a la demandada a pagar al demandante el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble objeto de la restitución, tanto los dejados de percibir como aquellos que hubiera podido producir el inmueble durante todo el tiempo que estuvo en poder de la demandada, con el empleo de una mediana inteligencia y actividad en caso de haberse encontrado en poder del demandante, de acuerdo a la justa tasación que efectúen los peritos designados por su despacho los cuales ascienden a la suma de TREINTA MILLONES CIEN MIL PESOS (\$ 30.100.000) como producto del producido del inmueble objeto de la resolución.

En cuanto a lo manifestado en el numeral cuarto del proveído, respetuosamente solicite al despacho la designación de un perito de oficio como lo dispone los Artículos 229 y 230 del C.G.P. de la lista de auxiliares de la justicia como lo consagra el Título V, Artículos 47 y S.S. de la norma citada; para que si es del caso cuantifique los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble objeto de la resolución, al igual que los daños y perjuicios sufridos por mi poderdante en virtud del incumplimiento del pago, claro está, si la demandante no llega a pagar el valor del precio restante de la compraventa, o si no se llegara a terminar el proceso por una de las formas anormales establecidas legalmente; Es decir que dicha prueba no se hace necesaria como requisito de admisión de la demanda por cuanto es potestativo del demandante de aportar o no el dictamen pericial que pretenda hacer valer.

III. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DEL ARTICULO 281 DEL C.G.P. EL CUAL ESTABLECE:

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

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.

4. El despacho de conocimiento en su pronunciamiento objeto de recurso declaró la inexistencia de la resolución del contrato de compraventa y en su efecto procedió a restar los gravámenes de los numerales 1, 2, 3, 4, 5; accedió parcialmente a la pretensión sexta y declaró otorgado un crédito a favor de la demandante por valor de \$ 55.000.000 millones de pesos, condado en costas a la demandada en un 30% del valor resultante y en arrendos en detrimento en la suma de \$ 3.500.000, tres millones quinientos mil pesos, sentencia que fue apelada inicialmente por el suscrito y la parte demandada solicitó aclaración de la condena y luego habiendo verificado su oportunidad procesal, cuando me estaba refinando en la forma como sustentaría el recurso, sin ser procedente manifestó que solamente apelaba en numeral tercero del pronunciamiento, aspecto que fue objeto de autos y ruego se niegue el recurso de apelación de la demandada por ser inoportuno y extemporáneo.

IV. VALORACIÓN INDEBIDA DE LA PRUEBA POR PARTE DEL DESPACHO:

- a) ERROR DE HECHO: NO DAR POR PROBADO LA FUNCIONARIA DE CONOCIMIENTO ESTANDOLO QUE MIS REPRESENTADOS SOLAMENTE VENDIERON SUS DERECHOS DE CUOTA QUE LES CORRESPONDIO SOBRE EL INMUEBLE CON M.I. No. 505-658681.

Pues en efecto se allegaron al proceso el contrato de compraventa de fecha 18 de diciembre del 2014, el cual se tituló "Promesa de compraventa sobre DERECHOS DE CUOTA DE BIEN INMUEBLE"; a este documento se adicionó otro si que se tituló "OTRO SI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA SOBRE DERECHOS DE CUOTA DE UN BIEN INMUEBLE"; Luego como producto de esa compraventa y otro si se consolidó la escritura No. 264 del 30 de enero del 2015 en la notaría 53 de Bogotá en donde se estableció el acto jurídico de la venta de los derechos de cuota del 75.44% que le correspondía a los vendedores Adriano Andrés Ballesteros Aponte en un 37.72% y Hilda María Aponte en un 37.72%, documentos que se presumen auténticos conforme lo dispone el legislador en el Artículo 244 del C.G.P., documentos que en ningún momento fueron tachados de falsos, o invalidados y por lo tanto son ley para los contratantes como en efecto lo dispone el Artículo 1602 del C.C.

- b) En la audiencia de fallo la ad quo le designó la responsabilidad por la venta de todo el inmueble a mis representados cuando estos solamente adquirieron y transfirieron sus derechos de cota parte, como se prueba con el contrato de fecha 18 de diciembre de 2014 y el otro si firmado el 9 de enero de 2015, titulados "**PROMESA DE COMPRAVENTA SOBRE DERECHO DE COTA DE BIEN INMUEBLE**" y el otro si titulado "**OTRO SI A LA PROMESA DE COMPRAVENTA SOBRE DERECHO DE COTA DE UN BIEN INMUEBLE**" y la escritura No. 264 del 30 de enero del 2015 de la Notaría 53 de Bogotá cuyo objeto del contrato fue el siguiente: La parte vendedora transfiere a título de venta real efectiva a favor de la parte compradora el derecho de dominio que tiene y ejerce sobre los derechos de cuota del SETENTA Y CINCO PUNTO CUARENTA Y CUATRO POR CIENTO (75.44%) del siguiente inmueble UN LOTE DETERRENO MARCADO CON EL NUMERO UNO (1) DE LA MANZANA X DE LA PARCELACIÓN LLANO GRANDE DE MESA UBICADO EN LA CARRERA DOCE B (12B) NUMERO VEINTIDOS A CERO CUATRO SUR (22 A-04 SUR) DE ESTA CIUDAD.
- c) Los documentos antes referidos dan plena certeza que los señores Adriano Ballesteros e Hilda María Aponte se comprometieron a transferir solamente el derecho de sus cotas partes que cada uno tenía del (37.72%) sobre el inmueble de la carrera 12B No. 22 A-04 sur con matrícula inmobiliaria 505-658681. Hecho que se puede corroborar en el contenido de la promesa y del otro si y la escritura 264 del 30 de enero del 2015; pues si bien es cierto que en la promesa se especificó la venta del inmueble esto no quería decir que a mis representados se les obligara a responder por lo que no era dueños (sentencia del 2 de diciembre del 2014 del juzgado primero civil del circuito de Ramiriquí, en donde se les adjudicó los derechos a Hilda María Aponte Fandiño, Adriano Andrés Ballesteros Aponte y Satoria Fandiño Vda De Rodríguez) (Anotación Numero 8 del folio de matrícula inmobiliaria

50s-658681) razón por la cual no se comparte el argumento de la Jueza Octavo Civil del circuito de Bogotá, en atribuirle responsabilidades a mis representados, sin ser estos dueños de todo el bien inmueble, pues de la prueba allegada al despacho, la misma demandada Yolanda Díaz Gómez manifestó en su interrogatorio que se le había pagado a una abogada para que los asesorara como se haría la venta de las cotas partes, y a quien reconoció que se le pago quinientos mil pesos \$500.000 a la abogada por su asesoramiento pago que asumió mis representados y que fue confesado y probado por la señora Yolanda Díaz folios 163 y 164 del expediente.

- d) Así mismo se prueba con la anotación No. 9 del folio de matrícula inmobiliaria 50S-658681 en donde se visualiza el registro de la escritura 264 del 30 de enero de 2015 de la notaria 53 de Bogotá, en donde Aponte Fandiño Hilda María y Adriano Andrés Ballesteros Aponte venden a Yolanda Díaz Gómez en porcentajes del 37.72% de cada uno, para dar la venta de derecho de cota del 75.44%, mas no se podía obligar a mis representados a la legalización del 100% de la venta como lo refirió el ad quo por cuanto estos no eran dueños del 24.56% que para la fecha del negocio era de propiedad de la Señora Saturia Fandiño Vda De Rodríguez como se prueba en la anotación No. 8 del certificado con matricula inmobiliaria 50S-658681.
- e) Con los interrogatorios de parte y declaración del Doctor Alejandro Segura, y las anotaciones en el folio de matrícula 50S-658681, se probó que el doctor Alejandro a transferir el derecho de la cota parte a la demandada del 24.56%, obligación que en nada tenía que ver mis representados, pues la titular de esos derechos inicialmente fue la señora Saturia Fandiño Vda De Rodríguez que luego se hizo adjudicar el Doctor Segura mediante escritura No. 6642 del 27 de octubre de 2015 (anotación No.11) y que luego le transfirió a la demandada Yolanda Díaz Gómez mediante escritura 306 del 11 de febrero de 2016, luego su señoría las pretensiones de la demanda estaban llamadas a prosperar pues lo cierto fue que se probó al despacho que la demandada Yolanda Díaz Gómez, no le pago el precio total de la venta de la cota parte a mis representados, (\$70.000.000).
- f) Pues del análisis que hace la ad quo, al negocio sobre la venta total del inmueble no existe discusión porque en efecto señores Magistrados a la demandada se le entrego el 100% del inmueble el 30 de enero del 2015 con la celebración de la escritura 264, luego el debate se centraba a determinar que la demandada no le pago parte del precio setenta millones (\$ 70.000.000) a mis representados; pues como se probó, y aceptaron las partes solamente la demandada cancelo la suma de \$30.000.000 el día 18 de diciembre de 2015 a la elaboración de PROMESA DE COMPRAVENTA SOBRE DERECHO DE COTA DE BIEN INMUEBLE, luego el día 30 de enero del 2015 cuando se realizó la escritura la demandada le reunió con las cuentas a mi representado \$20.000.000, mas \$50.000.000 que ese mismo día entrego la demandada al doctor Alejandro Segura para un total de setenta millones de pesos (\$70.000.000) valor que fue probado con los interrogatorio y testimonio del señor Segura, más los \$20.000.000 que le entrego la demandada a mi representado Adriano Ballesteros el 5 de febrero de 2015, mas cinco millones (\$ 5.000.000) que mi representados autorizaron le pagaran al doctor segura para que agilizara la legalización de su cuota parte del inmueble para que le pagaran a mi representados cifras que fueron reconocidas por la demandada que hizo de su puño y letra, como consta en los folios 163 y 164 del expediente.
- g) Es decir señores Magistrados que está plenamente probado que la demandada Yolanda Díaz Gómez no le cancelo a mis representados la suma de \$70.000.000 y por lo tanto las pretensiones estaban llamadas a prosperar.
- h) Obsérvese señores Magistrados que la entrega de la totalidad del inmueble se le hizo a la compradora el 30 de enero del 2015 pese a que mis representados solamente se obligaron con sus derechos de cota del 75.44%, pues era su única obligación como lo definen los

artículo 2336 y 2337 del C.C. ahora como la demandada no cumplió su obligación de pagar la totalidad del precio mis representados se vieron en la necesidad de ejercer la acción resolutoria correspondiente de la venta por no haberse pagado parte del precio y a que se le restituyera los frutos en la proporción que le corresponde como lo establece el artículo 1932 del C.C., pues la condición resolutoria tacita está contenida en el artículo 1546 del C.C para los contratos bilaterales, pudiéndose pedir la resolución o incumplimiento del contrato, pues no se comparte el criterio del ad quo, al determinar que no era procedente la resolución del contrato, pese haberse probado con absoluta claridad y certeza la falta de pago de parte del precio a mis representados como fueron la suma de millones de pesos (\$70.000.000.)

- i) Pues obsérvese señores Magistrados que la ad Quo creyó mas en la versión del señor Segura quien se prestó para sacarle dinero indebido a todas las personas relacionadas con el negocio; pues para el caso en palabras del mismo abogado refirió que había comprado los derechos a los herederos de Sauria Fandiño Vda De Rodríguez por la suma de \$35.000.000, porque supuestamente no le habían pagado la sucesión de Evaristo Fandiño, luego estos derechos se los trasfirió a la señora Yolanda Díaz Gómez por la suma de \$ 50.000.000, como acordó con mis clientes y pese lo anterior le saco \$5.000.000 más a mis representados que consintieron para evitar problemas y este Señor Segura después haber negociado por \$ 50.000.000 los derechos le saco al parecer otros \$ 20.000.000 a la señora Yolanda Díaz para escriturarle su cuota parte; acto que fue un competo abuso, como para ahora la ad quo lo premie con ese dinero y mas aparte pretenda que esos 20.000.000 millones se los descuenta a mi representado del pago adeudado.
- j) Se puede concluir señores Magistrados que el señor Segura prácticamente se quedó con los derechos de Evaristo Fandiño sacando un producido de por lo menos \$70.000.000 conducta reprochable, de un abogado quien riñe con la ética y el profesionalismo como representante de las sociedad
- k) Explicadas las cosas, era imposible que la Ad Quo trascendiera obligaciones a mis representados mas allá de sus cuotas partes como lo expone el legislador en el artículo 1168 C.C., pues pese a que el despacho refiriera que mis representados se habían comprometió con la venta total del inmueble a estos les era imposible escriturar el 24.56% del bien porque no eran dueños de esa cota parte y más por el contrario como se estableció en el contrato, mis representados se obligaron a entregar el inmueble saneado de la hipoteca que pesaba en el y la demanda de pertenecía, compromisos que se cumplieron a cabalidad como se prueba de la simple lectura del folio de matrícula inmobiliaria 50S-658681, en las anotaciones Nos 6 y 10, por ende le asiste la acción resolutoria pretendida, la cual está llamada a la prosperidad por no haberse pagado el precio en su totalidad del negocio y a retener los 30.000.000 millones de arras y además para que se restituyan los frutos desde el 30 de enero del 2015 a la fecha de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

V. IMPROCEDENCIA DE RECLAMAR ABONO A MEJORAS POR PARTE DE LA DEMANDADA YOLANDA DÍAZ GÓMEZ POR SER POSEEDORA DE MALA FE

El presente argumento, se prueba su señoría, en el entendido en de que el ad quo, hace referencia a unos arreglos que hizo la demandante sobre el inmueble después de contestada la demanda, lo hace improcedente su reclamación conforme lo dispone el último párrafo del artículo 966 del C.C., además por cuanto la demandada es una poseedora de mala fe con obligación de restituir los frutos del derecho de cuota que les pertenece a mis representados conforme lo señala el artículo 964 del C.C, y dicho aspecto se torna irrelevante para resolver el contrato en razón su señoría a que las mejoras mencionadas nunca fueron objeto de reclamación por la parte demandada como se puede observar en la contestación de la demanda y las excepciones de merito planteadas, y de otro lado el

despacho no puede fallar ultrapetita, ni extrapetita porque de lo contrario violaría el principio de congruencia contemplado en el artículo 281 del C.G del P. que establece " *a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

VI. IMPOSIBILIDAD DE MIS REPRESENTADOS VENDER EL DERECHO DE COTA DE ALEJANDRO SEGURA:

El presente argumento se sustenta Señores Magistrados en la medida en que mis representados no adquirieron en ningún momento la obligación contractual de vender los derechos de la cuota parte del señor Segura, como consta en la promesa de compraventa del inmueble (18 dic/14), ni en el otro de la promesa de compraventa sobre derecho de cota de bien inmueble. (9 ene/15), ni en la escritura No. 264 del 30 de enero del 2015 de la notaria 53 de bogotá

Pues obsérvese señores Magistrados que el señor Segura celebro contrato de promesa de compraventa del 24,56%, de su derecho de cuota parte con la señora Yolanda Díaz Gómez el 5 de febrero del 2016, (Flos 101-103)

Luego el 11 de febrero del 2016 transfirió sus derechos mediante la escritura 306 de la notaria 54 de Bogotá; pues resulta desatinado el argumento del ad quo para no haber declarado la prosperidad de las pretensiones, pues mis representados, le dieron cabal cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de compraventa de sus derechos de cota como lo consagra la escritura 264 del 30 de enero de 2015 en donde mis representados vendieron sus derechos de cota del 75.44% del bien, y del 37.72 que le correspondía a cada uno, pues en ese mismo orden de ideas la parte demandada acento su voluntad y acepto el titulo escriturario y firmaron la escritura dejando constancia de ello en las siguientes anotaciones en la cláusula octava literal de la escritura: "presente la parte compradora Yolanda Díaz Gómez de las condiciones civiles antes anotadas e identificado como se dijo:

- a) **Acepta la presente escritura a favor suya, la venta de derechos de cota del setenta y cinco punto cuarenta y cuatro por ciento (75.44%), que la contiene y las estipulaciones que se hacen por estar todo a su entera satisfacción.**
- b) **Que se encuentran en posesión del inmueble los derechos de cota del setenta y cinco punto cuarenta y cuatro por ciento (75,44%) a partir de la fecha de la firma de la presente escritura quedando en común y proindiviso.**

Es decir señores Magistrados que el ad quo no puede ir a cambiar, la voluntad y la aceptación manifiesta y evidente que hizo la demandada en la escritura 264 como se prueba anteriormente para dar otra interpretación diferente a la voluntad de las partes

VII. IMPROCEDENCIA DE ACREDITAR PAGO DE VEINTE MILLONES \$20.000.000 A ALEJANDRO SEGURA.

El presente argumento se da su señoría en el entendido en el que el ad quo sin prueba alguna y solamente por la manifestación del señor Alejandro segura tuvo en cuenta un pago se \$70.000.000 de la cota parte de este relacionado con el 24,56%, que nada tiene que ver con la venta de los derechos de mis representados que se materializaron mediante el

contrato del 18 de diciembre del 2014 otro si del 9 de enero del 2015 y la escritura 264 del 30 de enero del 2015, aspectos muy diferentes a los derechos del señor Segura que adquirió mediante la escritura 6642 del 27 de octubre del 2015 y que luego mediante contrato de fecha 5 de febrero de 2016, (folios 101, 102 y 103 del expediente) le transfirió a la demandada Yolanda Díaz por la suma de \$55.000.000 que se acordaron cancelar de a siguiente forma:

A. \$40.000.000 a la firma del contrato

B. el saldo \$15.000.000 a la firma de la escritura el 8 de febrero del 2016

Acto que se ratificó con el escritura 306 del 11 de febrero del 2016 en donde el señor Alejandro Segura transfirió sus derechos de cota del 24,56% a la demandada, por un precio de \$47.000.000 como consta en la cláusula cuarta de la mencionada escritura.

Allí mismo en la cláusula quinta de dicho documento refirió: entrega la parte vendedora manifiesta que a la fecha de la escritura le hacia la entrega real y material del derecho de la cota equivalente al 24.56% del inmueble objeto de esta compraventa; declarando la PARTE COMPRADORA

a) Que había recibido materialmente el inmueble objeto de esta compraventa a entera satisfacción, así mismo en la cláusula séptima que estipulo la compradora.

b) Que he recibido el inmueble real y material del derecho equivalente al 24.56% a entera satisfacción.

c) Que con la legalización de la presente escritura queda como única propietaria del 100% del pleno derecho de dominio, propiedad y posesión del inmueble objeto de la venta, manifestación que dan cuenta señores magistrados, en primer lugar en que la compradora tenia absoluta certeza del negocio que se hizo con la promesa de compraventa del 18 de diciembre del 2014 y que acepto voluntariamente la transferencia de los derechos de cada propietario en su derecho de cota parte.

Pues el ad quo no podía acreditar un pago de 70.00.000 millones en favor de la demandada realizado supuestamente al señor Segura; pues de la documental aportada contrato de compraventa del 5 de febrero del 2016 el negocio del 24,56% fue por el valor de 55.000.000 millones de pesos que ya habían sido cancelados al señor segura; 50.000.000 entregados el 30 de enero del 2015 y 5.000.000 que mis clientes le regalaron para evitar problemas; ahora señores Magistrados si el señor Segura le saco mas dinero de lo pactado a la señora YOLANDA DÍAZ, pues mis clientes no tiene por qué responder por ello; además resulta ser completamente improcedente que se descuente a mis representados la suma de \$15.000.0000 de pesos más cuando el señor segura ya se los cobro a la demandada Yolanda Díaz, es por ello que las pretensiones estaban llamadas a prosperar en su integridad.

VIII. FALTA DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Conforme a lo expuesto anteriormente señores Magistrados es de observar que el ad quo dejo de valorar en su integridad el material probatorio recaudado en las presentes diligencias y especialmente en los títulos escriturarios, el certificado de tradición donde consta la voluntad real de las partes y así mismo, la improcedencia de acreditar un pago al negocio de mi representado cuando refiere que dicho abono se le hizo al doctor segura pues los contratos de compraventa de los derechos de cota de mi representado (18 de diciembre del 2014) otro si del 9 de enero del 2015 es muy diferente al contrato de compraventa realizado

por la señora Yolanda Díaz Gómez y el señor Alejandro Segura calendarado el 5 de enero del 2016 folio 101 102 y 103 lo mismo que el negocio jurídico contenido en la escritura 306 del 11 de febrero del 2016 pues en cada uno de estos documentos se encuentran claras y contundentes las obligaciones de los contratantes.

IX. IMPROSPERIDAD DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA INEXISTENCIA RESOLUTORIA POR PAGO DE LA DEMANDADA

El presente argumento se centra señores Magistrados en determinar que la excepción propuesta por la demandada no tenía vocación de prosperidad por cuanto se probó que efectivamente la señora Yolanda Díaz Gómez adeuda a mis representados la suma de \$70.000.000 desde el día 30 de enero del 2015, pues por ende no se puede considerar la prosperidad de la excepción y mucho menos por el argumento planteado cuando refirió que el valor del inmueble objeto de la venta fue por la suma de \$117.800.000 por cuanto se probó que el precio pactado fue de \$200.000.000 y que tan solo la demandada pago a mi representado la suma de \$130.000.000. adeudando la suma de \$ 70.000.000

X. CONDUCTA PROCESAL DE LA DEMANDADA

Obsérvese señores magistrados que para los efectos de la sola notificación de la demanda a la señora YOLANDA DÍAZ GÓMEZ, se tuvo que recurrir a múltiples formas, por se negó a recibir la notificación, hasta que el despacho la tuvo por notificada por conducta concluyente el 27 de marzo del 2017, habiéndose admitido la demanda el 23 de septiembre del 2016; lo mismo que hizo con su actuar dentro del proceso en donde allego un dictamen por un valor del \$ 836.209.389 millones de pesos de un supuesto avaluo que hizo YAMILE HURTADO JIMÉNEZ perito que no estaba inscrita en la RAA, ni mucho menos el avaluó correspondía al realidad entre muchas otras actuaciones a calificar.

PRETENSIONES

Por lo anteriormente expuesto solicito señores Magistrados lo siguiente:

1. REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá el día 07 de octubre del 2020 dentro del radicado 11001310300720160053800, siendo demandantes ADRIANO ANDRES BALLESTEROS APONTE E HILDA MARÍA APONTE FANDIÑO y demandada YOLANDA DÍAZ GOMEZ.
2. Como consecuencia de los anterior solicito señores Magistrados se conceda las pretensiones de la demanda y en su efecto se declare
 1. Que está resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los señores HILDA MARÍA APONTE y ADRIANO BALLESTEROS APONTE como vendedores y YOLANDA DÍAZ GÓMEZ como compradora, por no haberse cancelado el precio al vencimiento del plazo pactado, en la promesa de compraventa con el otro si y materializado en la escritura pública No. 264 del 30-01- de 2015 de la Notaria 53 de Bogotá, respecto del inmueble ubicado en la carrera 12B 22ª -04 SUR Bogotá.
 2. Que se transcriba la parte resolutoria de la sentencia al señor Notario 53 del circulo de Bogotá D.C a fin de que proceda a la cancelación de la escritura 264 del 30-01- de 2015, e igualmente al señor registrador de instrumentos públicos de este círculo con el objeto de que proceda la cancelación del registro de la referida escritura, registro que se produjo el día 03-02-2015 en el folio de matrícula 50S-658681.

3. Que se restituya la cuota parte del 75.44 a los señores HILDA APARTE FANJÓN, y ADRIANO BALLESTEROS APONTE por parte de la demandada YOLANDA DÍAZ GÓMEZ, el bien inmueble determinado y alindado en la escritura número 25A del 30 de mayo de 2015 de la Notaria 53 de Bogotá y de esta sentencia una vez ejecutoriada la misma.

4. Pretensión subsanada por auto de fecha 30 de agosto de 2015, que se condena a la demandada a pagar al demandante el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble objeto de restitución tanto los dejados de percibir como aquellos que hubiere podido producir el inmueble durante todo el tiempo que estuvo en posesión de la demandada con el empleo de una mediana inteligente y actividad en caso de hacerse reconocida en poder del demandante, de acuerdo a la justa tasación que efectúen los peritos designados por su despacho los cuales ascienden a la suma de TREINTA MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$30.100.000) como producto del producido del inmueble objeto de la resolución.

Suma que debe ser actualizada y reajusta conforme se probó en el transcurso del proceso.

5. Que se condene a la demandada a pagar al demandante, el valor de los perjuicios sufridos por mi poderdante en virtud del incumplimiento, los cuales deben ser determinados, a la justa tasación que realicen los peritos nombrados por su despacho.

6. Que se condene a la demandada en el caso de que el comprador pudiera hacerse sustituir el contrato pagando el precio dentro de un término máximo de gracia de 24 horas contadas desde el día hábil siguiente a la notificación de la demanda, al pago de los intereses corrientes de esa suma, durante el retardo en favor del demandante.

7. Que al ordenar la notificación del auto admisorio de la demandada a la demandada se le advirtiera que si en un plazo máximo de 24 horas contados desde la siguiente hora hábil a aquella en que se le haga, no cubre el valor total del precio debido y sus intereses moratorios quedara resuelto el contrato de compraventa.

8. Que se ordene el registro de esta demanda en el folio de matrícula inmobiliaria No. 515-658681 correspondiente a este inmueble en la oficina de registros de instrumentos públicos de Bogotá zona sur.

9. Se condene en costas en su totalidad y agencias en derecho de la primera y segunda instancia a la demandada YOLANDA DÍAZ GÓMEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamento de derecho lo preceptuado en la sección sexta, título único capítulo III artículo 320 y subsiguientes del C.G del P, en concordancia con lo establecido en el artículo 14 del decreto 806 del 2020, ley 2213 del 2022.

PRUEBAS:

Solicito señores Magistrados tener como pruebas las obrantes en la totalidad del proceso y las grabaciones que fueron aportadas en donde se prueba con absoluta certeza que la demandada YOLANDA DÍAZ GÓMEZ confiesa y reconoce la deuda que dio origen a la presente acción.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la corte suprema de justicia SC 11287 DEL 17 AGOSTO DEL 2016 siendo magistrado ponente Ariel Salazar Martínez.

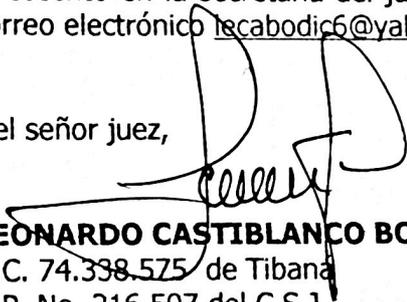
NOTIFICACIONES

A la demandada en la calle 28B No. 12f-33 sur o al correo yodidesing@hotmail.com

A la demandante en Tibaná Boyacá en la carrera 3 No. 7-54 o al correo contera_california@yahoo.com

Al suscrito en la secretaria del juzgado o en calle 5 No. 4-38 de Tibaná o al TL: 3106079106, correo electrónico lecabodic6@yahoo.com

Del señor juez,



LEONARDO CASTIBLANCO BOLIVAR

C.C. 74.338.575 de Tibaná

T.P. No. 216.507 del C.S.J.

Bogotá D.C.,
VJSG – 0877

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA DE DECISIÓN CIVIL

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL 22 DE FEBRERO DE 2022

RADICACIÓN: 11001310301820180026902

PROCESO: EJECUTIVO

DEMANDANTE: CENTRAL DE RECUPERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS

DEMANDADO: SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO FIDUAGRARIA S.A. Y OTRO

LISETH KATHERINE GUEVARA DÍAZ, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.456.962 expedida en Bogotá D.C. con Tarjeta Profesional No. 260.882 del C. S. de la J.; actuando en mi condición de **APODERADA ESPECIAL** de la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S. A. FIDUAGRARIA S.A.**, quien actuó como integrante del Consorcio FIDUCENTRAL S.A.- FIDUAGRARIA S.A., consorcio que administró el PATRIMONIO AUTÓNOMO TORCOROMA SIGLO XXI, de conformidad con lo indicado por la señora Juez en audiencia de fecha 22 de febrero de la presente anualidad, procedo a sustentar el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra el auto que ordenó seguir adelante con la ejecución, en los siguientes términos:

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En la decisión proferida el 22 de febrero de 2022 el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, dispuso en la parte resolutive lo siguiente:

“DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por Fiducentral S.A., como consecuencia se ordena la terminación del proceso con relación de este extremo procesal y el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas frente a esta.

DECLARO no probadas las excepciones de mérito denominadas 1. Responsabilidad de la Sociedad de Desarrollo Agropecuario Fiduagraria S.A. únicamente como integrante del Consorcio Fiduciario que administró el Patrimonio Autónomo Torcoroma. 2. Falta de legitimación en la causa por activa. 3. Inexistencia del título ejecutivo respecto a Fiduagraria en Posición Propia. 4. Inexistencia de interrupción de prescripción y prescripción de la acción cambiaria alegadas por Fiduagraria S.A.



SC 3546-1

Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. NIT 800 159 998-0, Calle 16 No. 6-66, pisos 26, 28 y 29, Edificio Avianca, Bogotá. PBX 601 5802080 Fax 601 5802080 opción 5. Líneas de atención al cliente: 01 8000 95 9000 Y 601 5609886 en Bogotá. servicioalcliente@fiduagraria.gov.co, www.fiduagraria.gov.co, código postal: 110321

En caso de que lo considere pertinente usted puede acudir a nuestro Defensor del Consumidor Financiero: Peña González & Asociados Abogados. Avenida 19 No. 114-08 Oficina 502, Bogotá. Teléfono 601 2131370, Fax 601 2130495. defensorfiduagraria@pgabogados.com



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia
Minhacienda

Como consecuencia de lo anterior seguir adelante con la ejecución de la medida dispuesta en el mandamiento ejecutivo en contra de la Sociedad de Desarrollo Agropecuario Fiduagraria S.A.

Se ordena el remate de los bienes que se encuentren embargados y los que se llegaren a embargar advirtiéndolo que se tendrán en cuenta las previsiones del art. 465 del Código General del Proceso. Se ordenará se realice la liquidación del crédito.

Por último, se condena en costas a Fiduagraria en favor de la activa, se liquidan por secretaría y se solicita que se incluya en estas el valor de dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000) por concepto de agencias en derecho.

Por la prosperidad de la excepción se condena en costas a la demandante en favor de Fiduciaria Central y se fijan como agencias en derecho la suma de dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000)”.

PRESENTACIÓN Y OPORTUNIDAD

El escrito se presentó dentro del término establecido en la audiencia proferida el 22 de febrero de 2022, es decir dentro de los tres (3) días conforme al artículo 322 del C.G.P., término que culminó el 25 de febrero de la presente anualidad.

RV: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL 22 DE FEBRERO DE 2022 Radicación: 2018-00269-00

N Notificaciones
Para: ccto18bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
CC: craltida@yahoo.es
Cco: Eliana Lizeth Rodriguez Bohorquez; Andres Fernando Rubio Castro; Martha Milena Martinez Delgado; Liseth Katherine Guevara Diaz; Pahola Baro Sfer; Diana Janneth Velasquez Urrea

Señores
JUZGADO DIECIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Email: ccto18bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Ciudad

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL 22 DE FEBRERO DE 2022
Radicación: 2018-00269-00
Proceso: EJECUTIVO
Demandante: CENTRAL DE RECUPERACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS
Demandado: FIDUCENTRAL S.A. Y OTRO

Respetados Señores,

Por medio del presente me permito radicar en termino sustentación del recurso de apelación, contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, dentro del proceso de la referencia, al presente se adjuntan los documentos mencionados en el acápite de pruebas.

Cordialmente,

NOTIFICACIONES
FIDUAGRARIA S.A.
PBS

En ese sentido, de manera respetuosa y en cumplimiento a lo ordenado en el auto del 9 de agosto de 2022, se presentan los elementos que fundamentan los reparos al auto proferido.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO



SC 3546-1

Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. NIT 800 159 998-0, Calle 16 No. 6-66, pisos 26, 28 y 29, Edificio Avianca, Bogotá. PBX 601 5802080 Fax 601 5802080 opción 5. Líneas de atención al cliente: 01 8000 95 9000 Y 601 5609886 en Bogotá. servicioalcliente@fiduagraria.gov.co, www.fiduagraria.gov.co, código postal: 110321

En caso de que lo considere pertinente usted puede acudir a nuestro Defensor del Consumidor Financiero: Peña González & Asociados Abogados. Avenida 19 No. 114-08 Oficina 502, Bogotá. Teléfono 601 2131370, Fax 601 2130495. defensorfiduagraria@pgabogados.com



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia
Minhacienda

En aras de las garantías procesales que asisten a las partes, es necesario que en segunda instancia se analice y adecúe lo pertinente respecto a las ordenes impartidas por el Despacho de primera instancia, de conformidad con los argumentos que se pasan a exponer:

I. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO TORCOROMA SIGLO XXI Y REPRESENTACIÓN A CARGO DE FIDUCENTRAL.

Como antecedente inicialmente se precisa que el 28 de julio de julio de 1999, se suscribió el acuerdo consorcial entre FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCIARIA CENTRAL S.A., cuyo objeto se estipuló de la siguiente manera:

*“(…) **OBJETO:** El presente Acuerdo Consorcial tiene por objeto constituir el Consorcio FIDUCENTRAL – FIDUAGRARIA entre las partes para participar y presentar una propuesta única en la licitación pública No. 004 de 1999 de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL LIQUIDADORA DE ASUNTOS DEL INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL UAE-ICT, celebrar el contrato de fiducia mercantil que le llegue a ser adjudicado y regular las relaciones entre sus integrantes en relación con la ejecución, terminación y liquidación de dicho contrato.”*

Ahora bien, en la cláusula séptima y octava del referido Acuerdo Consorcial se estipulo lo siguiente:

(…)

*“CLÁUSULA SÉPTIMA: REPRESENTACIÓN DEL CONSORCIO: Para todos los efectos a que hubiere lugar, los integrantes del consorcio **designan como representante del mismo a la FIDUCIARIA CENTRAL S.A. (…)**”*

CLÁUSULA OCTAVA

(…)

*Parágrafo: Los contratos o convenios que deba celebrar el consorcio para el cabal cumplimiento del contrato de fiducia mercantil, serán suscritos por el **representante legal de la fiduciaria que representa al Consorcio.**”* (subrayado y negrilla fuera de texto)

En virtud del acuerdo consorcial FIDUCENTRAL – FIDUAGRARIA, mediante escritura pública 665 del 8 de abril de 2002 se suscribió el contrato de Fiducia Mercantil que dio lugar a la constitución del PATRIMONIO AUTONOMO denominado FIDEICOMISO TORCOROMA, entre el Consorcio Fiduciaria Central S.A. – Fiduagraria S.A., en calidad de FIDUCIARIO y las Sociedades TORCOROMA SIGLO XXI S.A. y CONSTRUCTORA UCC LTDA., en calidad de FIDEICOMITENTES, cuyo objeto consistió en “*la continuación del proyecto inmobiliario denominado TORCOROMA SIGLO XXI en la ciudad de Cúcuta sobre los setecientos (700) lotes*”.

En el capítulo IV punto 4.3 del referido contrato de fiducia mercantil se establecen los derechos y obligaciones de quien actúa en calidad de FIDUCIARIO (Consortio Fiduciaria Central S.A. – Fiduagraria S.A.) las cuales se encontraban circunscritas exclusivamente a las normas de la fiducia mercantil y a las instrucciones impartidas por EL FIDEICOMITENTE, lo que demuestra que en ningún caso, alguna de las Fiduciarias consorciadas podrían ejercer actos por cuenta propia ni mucho menos obligarse en nombre propio.

LA PRESUNTA OBLIGACIÓN QUE SE DEBATE EN EL PRESENTE ASUNTO SE ORIGINÓ POR LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO TORCOROMA SIGLO XXI

Obligación del Patrimonio Autónomo de suscribir Pagaré para garantizar las obligaciones del Negocio Fiduciario

En la Escritura Pública No. 00665, capítulo IV - punto 4.2, numeral U, se estableció: *“Constituir una póliza de seguro a favor del Instituto Nacional de Interés Social y Reforma Urbana -Inurbe con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, para amparar el desembolso de los subsidios de vivienda de interés social, la vigencia de la póliza deberá ser igual al plazo de ejecución del presente contrato **instruyendo desde ahora a la Fiduciaria para que en representación del Patrimonio Autónomo la suscriba**, los trámites y demás diligencias correspondientes para la obtención de la misma serán realizados por los fideicomitentes.”*(Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, para la obtención de la referida póliza se le exigió al Administrador Fiduciario del Patrimonio Autónomo la suscripción del título valor que nos ocupa.

En ese sentido quedó demostrado a lo largo del trámite, que la obligación que se cobra en el presente proceso ejecutivo se deriva de la administración del referido Patrimonio Autónomo, obsérvese que Fiducentral S.A. y Fiduagraria S.A. al momento de presentar excepciones contra el mandamiento de pago fueron claras en señalar que suscribieron el título valor como integrantes del consorcio que administró el P.A TORCOROMA SIGLO XXI, circunstancia que no fue desconocida y mucho menos desvirtuada por la parte ejecutante, pues no logró demostrar que fuera una obligación propia de cada fiduciaria de forma individual, incluso los Representantes Legales de las fiduciarias en los respectivos interrogatorios fueron claros en señalar la existencia del negocio y las actuaciones y obligaciones derivadas del contrato fiduciario siempre estuvieron ceñidas a la ejecución del mismo.

De ninguna manera, se logró demostrar que las Fiduciarias tuvieran en nombre propio una relación comercial previa o posterior con la Aseguradora, que le permitiría nacer de forma causal a la obligación contenida en el pagaré.

REPRESENTACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO A CARGO DE FIDUCENTRAL

Resulta claro conforme al acervo probatorio que obra en el expediente, que el representante legal del Patrimonio en mención era FIDUCENTRAL S.A., de acuerdo a lo estipulado en la escritura 00665 del 8 de abril de 2002, mediante la cual se constituyó el contrato de Fiducia Mercantil y se conformó el patrimonio autónomo Torcoroma Siglo XXI, hecho que puede ser corroborado en el folio AA74611013, donde se observa que el doctor Jaime Nieto Villegas identificado con CC No. 3.229.531 firmo en su calidad de representante legal del consorcio FIDUCENTRAL – FIDUAGRARA, honrando el acuerdo consorcial y sus respectivas obligaciones.

LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

El 4 de diciembre de 2009, el señor CARLOS ALFONSO LÓPEZ ARROYO, en calidad de apoderado de la Sociedad FIDEICOMITENTE y LUIS NORBERTO GUERRA VÉLEZ en calidad de Representante del CONSORCIO FIDUCENTRAL – FIDUAGRARIA, suscribieron ACTA DE TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL MEDIANTE EL CUAL SE CONSTITUYÓ EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DENOMINADO FIDEICOMISO TORCOROMA CÓDIGO 22039, en la cual se declararon mutuamente a paz y salvo por todo concepto derivado de la celebración, ejecución y terminación del contrato de fiducia mercantil que dio origen al liquidado FIDEICOMISO TORCOROMA, y de la misma manera EL FIDEICOMITENTE tuvo por aprobadas las cuentas de la gestión del FIDUCIARIO para todos los efectos legales.

De lo anterior, se establece sin duda alguna que el fideicomiso no tenía obligaciones pendientes al liquidar el Patrimonio Autónomo arriba mencionado.

DE LA DESVINCULACIÓN DE FIDUCENTRAL

En la parte motiva de la sentencia se acoge la prosperidad de la excepción propuesta por FIDUCENTRAL respecto a la Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva por el hecho de haber suscrito el pagare objeto de cobro con el NIT del Patrimonio Autónomo y no con el NIT de la Sociedad en posición propia.

Al respecto, es pertinente indicar que de acuerdo con lo probado en el proceso, las Sociedades Fiduciaria Central y Fiduagraria S.A., constituyeron el Consorcio FIDUCENTRAL-FIDUAGRARIA, representado para todos los efectos a que hubiere lugar por FIDUCIARIA CENTRAL S.A.

Por lo anterior, las dos Sociedades suscribieron el pagare base de la obligación en virtud de la ejecución del negocio fiduciario sin que de ninguna manera pueda entenderse que mi representada haya adquirido obligación alguna en posición propia con la Aseguradora Seguros Cóndor, por tanto, no es de recibo que la Sra. Juez permita la desvinculación de FIDUCENTRAL, siendo la Fiduciaria que ostentaba la Representación del Consorcio y por el contrario, continúe vinculada FIDUAGRARIA, desconociendo por completo la calidad

en la que FIDUCENTRAL fungió al momento de la suscripción del título valor pues era sobre dicha fiduciaria que recaía alguna responsabilidad si hubiere lugar a ella, por ostentar la calidad de Representante Legal del ya citado Patrimonio Autónomo.

En este caso, es válido considerar que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que, al considerar la desvinculación de Fiducentral como Representante legal del Consorcio, de igual forma debió desvincularse a Fiduagraria, quien no debe soportar una carga que no está obligada a cumplir o soportar.

EL JUZGADO EN SU DECISIÓN DESCONOCE LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL ENTRE LOS BIENES DEL FIDEICOMISO P.A. TORCOROMA Y LOS BIENES PROPIOS DE LA FIDUAGRARIA EN POSICIÓN PROPIA.

En cuanto al argumento del despacho de considerar avalista a Fiduagraria S.A. bajo la teoría de asumir una responsabilidad a título personal por el hecho de firmar el pagaré con su NIT. 800.159.998-0 y sin precisar que lo hacía en calidad de miembro del Patrimonio Autónomo, resulta totalmente desproporcionada, pues omite el despacho lo reglado en el artículo 634 del Código de Comercio que indica que se entiende por aval cuando se plasme la simple firma en un título ejecutivo siempre y cuando no se le pueda atribuir otra justificación, lo cual no es el caso que nos ocupa, puesto que en el título valor claramente se lee “CONSORCIO FIDUCIARIO FIDUAGRARIA – FIDUCENTRAL EN REPRESENTACIÓN DEL PATRIMONIO AUTONOMO TORCOROMA SIGLO XXI”; por lo que de esta simple lectura se atribuye a los firmantes la calidad de miembros de dicho Consorcio.

Así las cosas, la decisión objeto de apelación carece de fundamentos jurídicos frente a la orden de seguir adelante la ejecución en contra de FIDUAGRARIA EN POSICION PROPIA, entidad que se reitera, no tiene la capacidad legal ni contractual para ser considerada como responsable de tal obligación, dado que bajo ninguna circunstancia suscribió a título personal el pagaré 271707, pues como se observa en el mismo se plasmó la firma en calidad de miembro del consorcio Fiduciario Fiduagraria – Fiducentral en representación del Patrimonio Autónomo Torcoroma Siglo XXI.

Recordemos una vez más que desde el pasado 4 de diciembre de 2009 cesaron para Fiduagraria S.A. todas las obligaciones emanadas del contrato de fiducia mercantil suscrito, así las cosas no se logró demostrar en el proceso que existiera obligación alguna a cargo de la entidad a título propio y que en caso que la obligación reclamada debiera imputarse a un responsable sería al Patrimonio Autónomo en cabeza de su Representante Legal - Fiducentral que debe imperiosamente permanecer vinculado al presente proceso, a raíz del origen que dio fruto a la obligación discutida.

II. EL HECHO DE PLASMAR EL NIT DE FIDUAGRARIA S.A. EN EL TÍTULO VALOR NO IMPLICA DAR PASO AL NACIMIENTO DE UNA NUEVA OBLIGACIÓN

Como se ha hecho referencia lo largo de este escrito, el solo hecho que bajo la firma del funcionario firmante de FIDUAGRARIA se hubiere dejado el Nit de la Sociedad Fiduciaria, no implica per se, que se dé



SC 3546-1

Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. NIT 800 159 998-0, Calle 16 No. 6-66, pisos 26, 28 y 29, Edificio Avianca, Bogotá. PBX 601 5802080 Fax 601 5802080 opción 5. Líneas de atención al cliente: 01 8000 95 9000 Y 601 5609886 en Bogotá. servicioalcliente@fiduagraria.gov.co, www.fiduagraria.gov.co, código postal: 110321

En caso de que lo considere pertinente usted puede acudir a nuestro Defensor del Consumidor Financiero: Peña González & Asociados Abogados. Avenida 19 No. 114-08 Oficina 502, Bogotá. Teléfono 601 2131370, Fax 601 2130495. defensorfiduagraria@pgabogados.com



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia
Minhacienda

lugar a una nueva obligación; es así como en el proceso no quedó de ninguna manera demostrado que esta Sociedad haya adquirido obligación a título propio que diera origen a la suscripción del título valor, toda vez que las obligaciones que hoy se le endilgan nacieron de la ejecución de un negocio fiduciario en virtud de las obligaciones en él estipuladas y dada su calidad de integrante del Consorcio, pero no existió un negocio jurídico anexo del cual se pueda predicar una obligación diferente que se pudiera endilgar a Fiduagraria S.A.

Por lo anterior, de ninguna manera se puede concluir que existiera un nuevo negocio jurídico que originara la creación del título valor que debiera suscribir Fiduagraria en posición propia.

III. EL DESPACHO OMITIÓ VERIFICAR LA LEGALIDAD O LA CALIDAD DE LA OBLIGACIÓN QUE DIO LUGAR AL COBRO DEL TÍTULO VALOR

Como ya se indicó, el título valor suscrito por la Sociedades Consorciadas, devino de las obligaciones de la calidad de Fiduciario que ostentaban estas única y exclusivamente como voceros del Patrimonio Autónomo. El ordenamiento mercantil colombiano contempla que la eficacia del título valor esta necesariamente sujeta a una causa o vínculo que justifique su emisión, lo anterior conforme al artículo 625 del Código de Comercio que indica puntualmente que toda obligación cambiaria será eficaz a partir de la firma puesta en el título valor y que se dé su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de circulación. Nótese como en este punto se presume la existencia necesaria de un negocio jurídico previo que dé origen a la obligación cuando el título a ejecutar se encuentre en terceras manos, es decir, en persona distinta al suscriptor, caso que atañe a este asunto.

Al respecto, vale la pena observar lo plasmado en la Sentencia STC 3298-2019 del 14-03-2019 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, que indica:

(...) “Esta Corte ha insistido en la pertinencia y necesidad de examinar los títulos ejecutivos en los fallos, incluidos los de segundo grado, pues, se memora, los jueces tienen dentro de sus deberes, escrutar los presupuestos de los documentos ejecutivos, “potestad-deber” que se extrae no sólo del antiguo Estatuto Procesal Civil, sino de lo consignado en el actual Código General del Proceso. (...) Por tanto, al juez de segundo grado, al referirse al “cobro de lo no debido” argüido por la solicitante, le correspondía estudiar, se reitera, el convenio origen del pagaré y, en consecuencia, la licitud de su objeto y causa, todo ello a fin de evitar convalidar un título viciado.” (subrayado no original)

Es necesario tener en cuenta que la causa que dio origen a la suscripción del pagaré por el Consorcio FIDUCENTRAL S.A. – FIDUAGRARIA S.A. fue en virtud a la ejecución del mismo, por lo que debemos traer a colación lo que afirmo el Representante Legal de Fiducentral S.A., quien dio fe y manifiesto bajo la gravedad de juramento que “*era necesario firmar con una aseguradora una póliza en caso de siniestro y se firmó un pagaré como voceros del Patrimonio Autónomo Torcoroma Siglo XXI, nunca como las sociedades, como voceros de ese Patrimonio. En el 2009 fue liquidado el negocio y en la contabilidad no se encuentra ninguna obligación*

pendiente por algún siniestro presentado en ese proyecto, no hubo ningún siniestro ni estaba contabilizado en la contabilidad del fideicomiso no estaba ningún saldo pendiente a favor de esa aseguradora para ser cancelado, ese pagare se firmó como garantía de esa póliza de seguros, pero la garantía era firmada por el patrimonio autónomo nunca por las sociedades fiduciarias independientes.”

Esta afirmación no se puede dejar de lado ya que se remonta al origen de la obligación y como se explicó, la misma nunca existió y por lo tanto, el cobro se estaría consolidando como un cobro de lo no debido, máxime cuando en los antecedentes del contrato se informó que el P.A. TORCOROMA fue liquidado el 4 de diciembre de 2009 y las partes suscribieron acta de liquidación en la que se declaran a paz y salvo por todo concepto.

Es una obligación imperativa del Juez, verificar de forma exhaustiva los defectos y la legalidad del negocio causal que dio origen a la obligación, como se observa, es en este punto donde se requiere que el Juzgador conozca la génesis de la obligación, es decir, la causa del surgimiento a la vida jurídica del pagare No. 271707, que como ya se ilustra, este se da por la existencia de una relación comercial entre el Patrimonio Autónomo TORCOROMA SIGLO XXI y la Aseguradora Condor.

Para la jurisprudencia, los requisitos impuestos a los títulos ejecutivos están consignados en el artículo 422 del Código General del Proceso, por tratarse de un documento proveniente del deudor o de su causante en donde conste una obligación clara, expresa y exigible y si en este orden de ideas el título no satisface los presupuestos no se podría continuar con el cobro coercitivo pues está demostrado que no es viable que exista un título valor sin una causal legal que justifique su creación, ya que a falta de ella, la simple tenencia carecería de legitimidad, estando ausente el requisito de la ley de circulación, configurándose el título valor como ineficaz para el ejercicio de la acción cambiaria.

Así las cosas, si bien se cumplió con la transferencia del derecho, no ocurrió en su totalidad con los efectos de la autonomía del título valor, por lo que debemos recalcar que ésta se limita al negocio subyacente por lo que es pertinente tener en cuenta los antecedentes descritos, en el entendido que la suscripción del pagare se debió a un negocio entre el Patrimonio Autónomo y la aseguradora Condor, patrimonio que como ya se menciona fue liquidado previo a la emisión de unos paz y salvos y constancias de no acreencias pendientes que permitieron la liquidación para el año 2009 como constan en el acta de liquidación del Fideicomiso.

RESPECTO A LA CALIDAD ADQUIRIDA POR EL TITULO POR EL ENDOSO POSTERIOR.

Debemos tener claro lo estipulado en el artículo 660 del Código de Comercio¹, donde se establece los efectos que trae consigo el hecho de endosar el título valor con posterioridad a la fecha de su exigibilidad;

¹ **ARTÍCULO 660. <OMISIÓN DE LA FECHA EN EL ENDOSO DE UN TÍTULO A LA ORDEN>**. Cuando en el endoso se omita la fecha, se presumirá que el título fue endosado el día en que el endosante hizo entrega del mismo al endosatario. El endoso posterior al vencimiento del título, producirá los efectos de una cesión ordinaria

el acto de realizar el endoso con posterioridad a su exigibilidad, en principio no tendría sentido, pues si bien aún en estas condiciones podría hacerlo efectivo mientras no haya prescrito el derecho incorporado en él, al recibir el título, el portador tendrá menos derechos de acuerdo a lo señalado en el inciso 2 del artículo 660 ya referido, pues no estaríamos frente a un endoso, sino frente a una cesión ordinaria con las implicaciones que esto conlleva. Así quedó demostrado en el proceso a partir de la afirmación del apoderado de la ejecutante quien informó que el endoso se dio entre los meses de noviembre de 2015 y enero de 2016 y la exigibilidad del título estaba prevista para el mes de junio de 2015.

Así las cosas, si bien se cumplió con la transferencia del derecho, no ocurrió en su totalidad con los efectos de la autonomía del título valor, por lo que debemos recalcar que ésta se limita al negocio subyacente, por lo que es pertinente tener en cuenta los antecedentes descritos, en el entendido que la suscripción del pagaré se debió a un negocio jurídico entre el Patrimonio Autónomo y Seguros Condor, donde quedó demostrado, de acuerdo a la confesión del Representante Legal de Fiducial que el Patrimonio Autónomo fue liquidado previo a la emisión de unos paz y salvos y constancias de no acreencias pendientes que permitieron la liquidación para el año 2009.

PROHIBICIÓN LEGAL PARA QUE UN FIDUCIARIO RESPONDA CON RECURSOS PROPIOS POR LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LOS PATRIMONIOS QUE ADMINISTRA Y/O DE LOS FIDEICOMITENTES RESPECTIVOS.

Es necesario recordar la prohibición legal que existe para que una Fiduciaria responda con recursos propios por las obligaciones a cargo de los fideicomisos que administra, en este sentido el Código de Comercio, en el artículo 1233, indica que los bienes fideicomitidos se encuentran separados de los bienes propios de la Sociedad Fiduciaria, así:

“(...) ARTÍCULO 1233. SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios (...)”

Sumado a lo anterior el numeral 7º del artículo 146 del Decreto 663 de 1993 establece el impedimento a las fiduciarias para entrar a responder con recursos propios por las condenas y obligaciones a cargo de los negocios que administran, así:

“(...) 7. SEPARACIÓN PATRIMONIAL DE LOS FONDOS RECIBIDOS EN FIDEICOMISO. Toda sociedad fiduciaria que reciba fondos en fideicomiso deberá mantenerlos separados del resto del activo de la sociedad. (...)”

Conforme lo expuesto es lo suficientemente claro que mi representada de ninguna manera puede responder con recursos propios por las obligaciones a cargo del Patrimonio autónomo, de lo contrario se estaría desconociendo palmariamente las normas previamente referidas.

De otra parte, ante la liquidación del encargo fiduciario desde el año 2009 con la suscripción del acta de liquidación, es claro que FIDUAGRARIA S.A. no tiene capacidad jurídica para actuar como administradora ni para asumir obligaciones de terceros y bajo ninguna circunstancia podría llamarse a FIDUAGRARIA al cumplimiento de la condena, reiterando que nunca ostentó la titularidad ni la representación del consorcio que se encontraba en cabeza de Fiducentral y es por esta misma razón que llama la atención que se surtiera la desvinculación del mismo cuando por la naturaleza del tema que nos ocupa es totalmente violatorio a la integridad de

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN - NADIE ESTÁ OBLIGADO A LO IMPOSIBLE

Siguiendo este derrotero, es necesario indicar que de no revocar la decisión proferida por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, estaríamos frente al precepto constitucional que indica que **“AQUELLO QUE ES DEBER, ES SIEMPRE DERECHO; Y NO PUEDE SER DEBER, AQUELLO QUE NO SEA DERECHO [2]”**

El caso que nos ocupa es de aquellos en los que tiene plena aplicación el principio *“ad impossibilia nemo tenetur”*, según la cual, nadie está obligado a lo imposible, la Corte Constitucional mediante sentencia C-337 de 1993 señaló que:

*“(…) a) Las obligaciones jurídicas tienen un fundamento en la realidad, ya que operan sobre un plano real; de ahí que realizan siempre una acción o conservan una situación, según sea una obligación de dar o hacer -en el primer caso- o de no hacer -en el segundo-. Ese es el sentimiento de operatividad real de lo jurídico. **Lo imposible, jurídicamente no existe; y lo que no existe no es objeto de ninguna obligación; por tanto, la obligación a lo imposible no existe por ausencia de objeto jurídico.***

b) Toda obligación debe estar proporcionada al sujeto de la misma, es decir, debe estar de acuerdo con sus capacidades; como lo imposible rebasa la capacidad del sujeto de la obligación, es desproporcionado asignarle a aquél una vinculación con un resultado exorbitante a su capacidad de compromiso, por cuanto implicaría comprometerse a ir en contra de su naturaleza, lo cual resulta a todas luces un absurdo.

c) El fin de toda obligación es construir o conservar -según el caso- el orden social justo. Todo orden social justo se basa en lo existente o en la probabilidad de existencia. Y como lo imposible jurídicamente resulta inexistente, es lógico que no haga parte del fin de la obligación; y lo que no está en el fin no mueve al medio. Por tanto, nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural.

d) Toda obligación jurídica es razonable. Ahora bien, todo lo razonable es real o realizable. Como lo imposible no es real ni realizable, es irracional, lo cual riñe con la esencia misma de la obligación. (...)” (Negrita fuera del texto)

² DEL VECCHIO Giorgio. FILOSOFIA DEL DERECHO. Barcelona, Editorial Bosch, 1980, pág. 327

En este orden y en atención a la condena proferida en contra de mi representada, se advierte desde ya que no puede ser obligada a lo imposible, pues como se evidenció en el presente escrito y en cada uno de los reparos efectuados es claro que la entidad que represento no tiene la facultad, la titularidad y mucho menos la obligación de cumplir la condena proferida.

Adicionalmente, en desarrollo de los principios generales de responsabilidad, *estricto sensu*, solo es responsable de obligaciones aquél que tiene la capacidad para ello, y por tal razón Fiduagraria S.A. carece de capacidad jurídica para responder con lo ordenado por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, pues como se he indicado en múltiples apartes de este escrito, desde el pasado 4 de diciembre de 2009 cesaron para Fiduagraria S.A. todas las obligaciones emanadas del Contrato 00665 del 8 de abril de 2002 suscrito con Constructora UCC LTDA Y Torcoroma Siglo XXI S.A. y las hoy demandadas.

SOLICITUD

De los fundamentos jurídicos, contractuales y fácticos que se encuentran debidamente soportados en el expediente y que son recogidos como fundamentos del recurso de apelación interpuesto oportunamente en audiencia, de manera respetuosa se solicita al Honorable Tribunal en sede de segunda instancia que en protección al debido proceso **revoque** el auto proferido por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá en contra de Fiduagraria S.A., y en su lugar, declare probadas las excepciones propuestas por mi representada de las pretensiones invocadas.

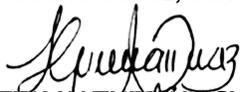
En consecuencia de lo anterior, se levanten las medidas cautelares decretadas dentro del proceso.

PRUEBAS

Le solicito muy respetuosamente que se tengan y analicen de manera integral como pruebas las obrantes en el expediente, así como también los siguientes documentos:

1. Poder legalmente otorgado
2. Certificado de Existencia y Representación Legal de Fiduagraria S.A.
3. Acuerdo Consorcial
4. Escritura Pública No. 006665
5. Acta de Liquidación del Contrato de Fiducia Mercantil de fecha 4 de diciembre de 2009.

De la señora Juez, con todo respeto,



LISETH KATHERINE GUEVARA DÍAZ

C.C. 1.032.456.962 de Bogotá

T.P. 260.882 del C. S. de la J.

Correo electrónico notificaciones@fiduagraria.gov.co



SC 3546-1

Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. NIT 800 159 998-0, Calle 16 No. 6-66, pisos 26, 28 y 29, Edificio Avianca, Bogotá. PBX 601 5802080 Fax 601 5802080 opción 5. Líneas de atención al cliente: 01 8000 95 9000 Y 601 5609886 en Bogotá. servicioalcliente@fiduagraria.gov.co, www.fiduagraria.gov.co, código postal: 110321

En caso de que lo considere pertinente usted puede acudir a nuestro Defensor del Consumidor Financiero: Peña González & Asociados Abogados. Avenida 19 No. 114-08 Oficina 502, Bogotá. Teléfono 601 2131370, Fax 601 2130495. defensorfiduagraria@pgabogados.com



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia
Minhacienda

**H. TRIBUNAL SUPERIOR
H. MAGISTRADO PONENTE
Dr JAIME CHAVARRO MAHECHA
SALA CIVIL
Ciudad**

**Ref.: Ejecutivo de LA LUZ DEL MUNDO S.A.S., contra BABIDIBU S.A.
Rad.: 2020- 00368.
Asunto: Sustentación Apelación.**

GUILLERMO BAUTISTA MOLLER, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No. 3.228.617 de Usaquén y portador de la Tarjeta de Propiedad No.51.544 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de la sociedad demandada BABIDIBU S.A., y CONSTRUCTORA SANTA CLARA S.A., por medio del presente escrito y estando dentro de la oportunidad legal, manifiesto que procedo a interponer el recurso de Apelación contra la sentencia anticipada proferida el día 31 de Marzo de 2022, por el Juzgado 22 Civil del Circuito, lo cual hago de la siguiente manera:

Hechos y Razones

Ante todo, quiero reiterar que la H. CORTE CONSTITUCIONAL, mediante la sentencia C-145 de 2020, consideró que el Decreto legislativo 417 de 2020, por medio del cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, se hallaba ajustado a la constitución, declarando su exequibilidad.

En la misma sentencia la Corte señaló “ que al realizar el control material de una declaratoria de emergencia, social y ecológica por grave calamidad pública se debe verificar que i) Se inscriba dentro de su definición, es decir aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país, o, como aquella desgracia o infortunio que afecte intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella y que perturbe o amenace perturbar de manera grave, inminente el orden económico , social o ecológico. Así mismo atendiendo dicho concepto el evento catastrófico ii) Debe ser no solo grave sino imprevisto iii) Que no sea ocasionado por una guerra exterior o conmoción interior y iv) Que las facultades ordinarias resulten insuficientes para su atención”.

Continuó la H, Corte Constitucional afirmando que “El presupuesto valorativo no refiere al supuesto de hecho que motiva la declaración del estado de emergencia , sino que comprende un juicio de valor sobre el presupuesto factico relacionado con la intensidad de la perturbación o amenaza, esto es, sobre sus impactos y consecuencias en la sociedad en términos económicos, sociales y ecológicos o de grave calamidad pública”.

No hay duda que para el caso que nos ocupa la Sociedad Babidibu S.A., recibió un fuerte impacto económico al verse perjudicada por la declaratoria de emergencia económica decretada en el país, especialmente la actividad de educación en los jardines infantiles, lo que les impidió cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas.

El despacho mediante sentencia ANTICIPADA, de fecha treinta y uno (31) de marzo de 2022, declaró fracasada las excepciones de fondo propuestas por la demandada y denominadas FUERZA MAYOR Y GENÉRICA, declarando probada parcialmente la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO, y accedió a las demás pretensiones de la demandante.

El despacho fundamentó su decisión de negar las excepciones propuestas por la parte demandada básicamente en el supuesto incumplimiento de ésta, quién no logró comprobar los supuestos para la configuración de la FUERZA MAYOR, y, por ende, no era viable liberar a la deudora de la prestación ejecutada por falta de los requisitos que ha establecido la jurisprudencia y la doctrina para adelantar esta clase de excepción, al considerar:

1. Que “en el caso concreto, debe decirse que la emergencia sanitaria producida por el Covid -19, tuvo consecuencias importantes en la actividad económica del país, incluso respecto de quienes tienen por objeto la educación de la primera infancia, pues debido a las medidas restrictivas de circulación y reunión, los niños y jóvenes del país dejaron de asistir a sus clases presenciales”.
2. “Sin embargo, a pesar de la desafortunada situación por la que tuvieron que atravesar muchas instituciones educativas, en el caso concreto, se considera que no se logró comprobar la configuración de los supuestos de fuerza mayor, y, por ende, no es viable liberar a las deudoras de la prestación que aquí se ejecuta, como pasa a explicarse”:
3. Que si bien la pandemia producida por el covid 19, fueron eventos imprevisibles para la demandada, consideró el despacho que respecto de aquellas no se configuró la irresistibilidad, por cuanto la demandada BABIDIBU S.A., había contado con la posibilidad de seguir ejerciendo sus labores de forma virtual, aclarando que con una tercera parte de los niños que atendían y con descuentos, por lo que resultaba innecesaria la ocupación de los inmuebles.
4. Que la demandada contó con la suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000) para honrar sus obligaciones, y aunque la demandante no había aceptado las diversas propuestas, la demandada estuvo en posibilidad de abonar dicho valor para reducir la cuantía demandada y continuar con las negociaciones que permitiera sacar adelante las dificultades de la sociedad BABIDIBU S.A.
5. Que la demandada no logró demostrar el supuesto de hecho que reclama el artículo 167 del C.G. P., quedando bastante huérfana de material probatorio su afirmación, pues solo se allegaron las propuestas que realizaron a la demandante y la certificación de la contadora acerca de la reducción de los ingresos de la sociedad BABIDIBU S.A., pero sin soportes.

El primer considerando es verificado por el a quo con la afirmación de “Debe decirse que la emergencia sanitaria producida por el covid-19, tuvo consecuencias importantes en la actividad económica del país, incluso respecto de quienes tienen por objeto la educación de la primera infancia, pues debido a las medidas restrictivas de circulación y reunión, los niños y jóvenes del país dejaron de asistir a sus clases presenciales”.

Respecto de lo anterior se debe precisar que lo anteriormente manifestado es lo que incidió en el incumplimiento de las obligaciones, por la aparición de eventos que constituyen una fuerza inesperada e irresistible, lo cual impidió que la sociedad BABIDIBU S.A., pudiera cumplir con lo pactado en el contrato de arrendamiento objeto de la presente ejecución.

Los hechos ocurridos en el mundo por el brote del virus covid-19, lo cual es de público conocimiento, generaron el incumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad a la fecha de su aparición, sucesos que no pudieron preverse y los cuales constituyen fuerza mayor, lo cual es un eximente de responsabilidad para las obligaciones contraídas durante la ejecución del contrato de arrendamiento celebrado con la demandante.

El segundo considerando planteado por el despacho en cuanto a que no se logró comprobar la configuración de los supuestos de fuerza mayor, considero que la sociedad BABIDIBU S.A., demostró que su objeto principal es la educación de la primera infancia, que dicha actividad se vio deteriorada por la emergencia decretada por el Gobierno Nacional, en razón al brote del covid-19, lo cual constituyó un evento externo y no provocado por la parte demandada, imprevisto e irresistible, lo cual es aplicable para el presente caso, pues la suspensión de actividades académicas incidió en los ingresos por matrículas, pues los menores fueron retirados por sus padres, quedando únicamente con una tercera parte de los niños a quienes se les otorgó para que continuaran en el Jardín infantil, tal como lo certificó la contadora acerca de la reducción de los ingresos, prueba documental que no fue endilgada ni tachada de falsa, motivo por el cual cobró plena autenticidad, pero la cual no fue tomada en cuenta con el argumento de la carencia de soportes.

La fuerza mayor afectó la obligación de pagar los cánones de arrendamiento objeto del presente proceso, pues produjo un efecto grave sobre los ingresos de la Sociedad BABIDIBU S.A., y constituye un eximente de responsabilidad para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, hecho notorio reconocido por el mismo despacho judicial en su sentencia.

El tercero, que no se configuró la irresistibilidad por cuanto a pesar de los efectos de la Pandemia producida por el covid-19, fueron eventos imprevisibles para las demandadas, pero que con respecto a aquellas no se configuró la irresistibilidad, cuando es precisamente todo lo contrario, pues los inmuebles permanecieron desocupados, la labores académicas de forma virtual se empezaron a dar a partir del mes de Abril pero con serias dificultades por la corta edad de los menores que atiende BABIDIBU y con una tercera parte de los niños que atendían, y no se logró realizar ninguna negociación con la demandante pues no aceptó las diferentes propuestas enviadas y menos se podría haber realizado un abono cuando no existía un acuerdo contractual para terminar la relación comercial entre las partes.

La falta de proporcionalidad es manifiesta llegando al extremo de la arbitrariedad, pues pretender exigir el pago de la totalidad de los cánones de arrendamiento acumulados durante la pandemia, los aumentos anuales e intereses moratorios, cuando la Sociedad BABIDIBU S.A., con motivo de la Pandemia y la Cuarentena no ha tenido los ingresos para poder cubrir el pago de los mismos, lo que constituye una verdadera desproporcionalidad que debe ser revisada y declarada por los respectivos despachos judiciales.

El cuarto argumento se refiere que la demandada BABIDIBU S.A., ofreció la suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000), para honrar los compromisos adquiridos pero se debe recordar que la misma demandante no aceptó ninguna de las propuestas enviadas, aclarando que la presentación de las facturas tienen incluido el valor del IVA, y el simple abono de la suma mencionada por el despacho en nada mejoraba la situación económica de la sociedad demandada, pues si se tiene en cuenta que mientras no se firmara un acuerdo de pago con la sociedad demandante, era un imposible pensar en realizar ese ofrecimiento por cuanto los dineros los hubieran destinado al pago de intereses, y frente a la difícil situación económica en nada iba a mejorar ya la situación planteada, ocasionada por la emergencia económica producida por el covid-19.

El quinto considerando se refiere a que la ejecutada no logró demostrar el supuesto de hecho que reclama el artículo 167 del C.G. del P, quedando bastante huérfana de material probatorio la afirmación, recordando que es la misma norma la que confiere al Juez la facultad de distribuir la carga al decretar las pruebas durante su práctica y en cualquier momento antes de fallar, reafirmando que los hechos notorios no requieren prueba.

Por auto de fecha 09 de diciembre de 2021, el despacho negó las pruebas solicitadas por la parte demandada, en lo que se refiere al Interrogatorio de Parte de la demandante y los testimonios solicitados con base en el artículo 168 del C.G. del P., al considerarlos inútiles de cara a los medios exceptivos en virtud que los hechos en que se fundaban las excepciones de FUERZA MAYOR **eran notorios**.

Aquí encontramos una contradicción entre lo afirmado en la providencia de fecha diciembre 09 de 2021, en lo que se refiere a la negativa de las pruebas solicitadas por la demandada y lo dicho en la sentencia anticipada, que a la letra dice: "Quedando bastante huérfana de materia probatorio su afirmación". En el presente asunto se nos privó del agotamiento de la audiencia inicial prevista en el artículo 371 del C.G. del P, y la práctica de las pruebas solicitadas, como la prueba testimonial en la cual los testigos pueden aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración, tal como lo dispone el numeral sexto del artículo 221 del C.G. del P.

El recurso en estudio se edifica en el hecho que el Juzgado no le dio el valor probatorio a las pruebas documentales aportadas, como la certificación de fecha 18 de Agosto de 2021, expedida por la Contadora y la Coordinadora Contable y de Tesorería, pruebas las cuales no fueron tachadas por la parte demandante, cobrando plena autenticidad, además de la vasta y pacífica doctrina jurisprudencial sobre casos como el que se debatió en este proceso, en que la FUERZA MAYOR es un eximente de responsabilidad, para que la demandada Sociedad BABIDIBU S.A., no hubiera podido cumplir sus obligaciones contractuales, debido a la emergencia decretada por el Gobierno Nacional, en razón del covid-19, evento de fuerza mayor de naturaleza TEMPORAL, y un evento ajeno y externo a las partes, imprevisto e irresistible, aplicable para el presente caso pues la suspensión de actividades forzosas, incidió en los ingresos económicos de la sociedad BABIDIBU, tal como se encuentra demostrado con la certificación aportada como prueba documental.

Dentro de la ejecución del contrato de arrendamiento existieron medidas de las autoridades que imposibilitaron el cumplimiento de las obligaciones del mismo, como fueron la prohibición de movilización, hechos ajenos a la voluntad de la deudora, los cuales incidieron en la imposibilidad absoluta para el cumplimiento de sus obligaciones, por la afectación grave de sus ingresos, por lo que se debió proceder a novar el contrato para llegar a un nuevo acuerdo, cuestión que no fue aceptada por la demandante, sino todo lo contrario pues la ejecutante pretende el pago de todos los cánones de arrendamiento, los intereses moratorios, el ajuste anual y excesivo de los mismos, colocando a la demandada en una situación de desprotección absoluta por el ejercicio arbitrario de su posición dominante.

La Fuerza mayor tiene un efecto adicional que debe ser tomado en cuenta como son los plazos para ejecutar un contrato y siempre que las obligaciones se encuentren afectadas por esta situación, se debe entender que las mismas se encuentran suspendidas y, por tanto, las sociedades demandadas no estaban en la obligación de cumplir, sino al finalizar el evento de fuerza mayor, debiéndose extender el plazo contractual en el mismo número de días que duró la suspensión de actividades.

Las medidas tomadas por el Gobierno Nacional constituyen la primera causa de nacimiento de los eximentes de responsabilidad, medidas las cuales generaron unos efectos gravísimos e irresistibles para los arrendatarios dedicados a la educación, por el cierre de sus establecimientos, y, por ende, no poder desarrollar su actividad, la cual a la fecha no ha podido recuperarse por el número reducido de alumnos matriculados.

Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados, se sirvan revocar la sentencia apelada, para que en su lugar se

proceda a declarar probadas las excepciones de fondo propuestas a nombre de las sociedades demandadas BABIDIBU S.A., y CONSTRUCTORA SANTA CLARA S.A.

Atentamente,


GUILLERMO BAUTISTA MOLLER
C.C. No 3.228.617 de Usaquén.
T.P. No. 51.544 del C. S. de la J.

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 030-2020-00301-01 DRA LOZANO RICO

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota
<rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 23/08/2022 11:08

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el 23 de agosto de 2022, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de radicación y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo y concordancia de los datos del expediente digital y el oficio remisorio es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del 23 de agosto de 2022.
La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos
Escribiente

De: Juzgado 30 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto30bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 22 de agosto de 2022 22:47

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota
<rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: REMISIÓN RECURSO DE QUEJA- DIVISORIO No. 11001310303020200030100

En atención a lo ordenado en auto de fecha 22 de julio de 2022, comedidamente me permito remitir el link de OneDrive para visualizar el proceso citado en el asunto, a fin de que se surta el recurso de queja junto con el oficio No. 0343 y la certificación que se encuentran incorporados dentro del expediente, de conformidad con las ultimas indicaciones dadas por el Superior con relación al protocolo de digitalización.

[11001310303020200030100 - DIVISORIO](#)

Cordialmente,

IBETH YADIRA MORALES DAZA
Secretaria



JUZGADO 30 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Carrera 10 N° 14-33 Piso 2
Edificio Hernando Morales Molina
Teléfono: 3426940 - Whatsapp: 3147677640
ccto30bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Micrositios:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-30-civil-del-circuito-de-bogota>

<https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/procesos/bienvenida>

POR FAVOR ACUSE RECIBIDO

**NOTA: DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 111 DEL C.G.P., ME PERMITO
REMITIR A TRAVÉS DE MENSAJE DE DATOS, LA PRESENTE COMUNICACIÓN.**

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

110013103030202000301 01

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **AIDA VICTORIA LOZANO RICO**

Procedencia : 030 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103030202000301 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Divisorios

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : DROGAS DE CALIDAD SAS

Demandado : GERMAN RAMIREZ ORJUELA

Fecha de reparto : 23/08/2022

C U A D E R N O : 2



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Fecha : 23/ago./2022

Página 1

*~

GRUPO RECURSOS DE QUEJA

CD. DESP SECUENCIA FECHA DE REPARTO
014 6161 23/ago./2022

REPARTIDO AL DOCTOR (A)

AIDA VICTORIA LOZANO RICO

<u>IDENTIFICACION</u>	<u>NOMBRE</u>	<u>APELLIDO</u>	<u>PARTE</u>
DRDCS	DROGAS DE CALIDAD SAS		01 *~
GERRAOR	GERMAN RAMIREZ ORJUELA		02 *~

אזה מנה: פרוקודת נרפ"ק קודת רמי ק"ל

OBSERVACIONES: 110013103030202000301 01

BOG03TSBL02
lzuluagah

FUNCIONARIO DE REPARTO

SEÑORES:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA DE DECISIÓN CIVIL
E. S. D.
Atención: MAGISTRADO JAIME CHAVARRO MAHECHA
La Ciudad. -

DEMANDANTE: **JESÚS EDUARDO ROBAYO OSORIO** como socio de
CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S

DEMANDADAS: **CREDISOFT WEB S.A.S Y CREDISOFT DE COLOMBIA**
S.A.S.

PROCESO: **PROCESO JURISDICCIONAL POR ACTOS DE**
COMPETENCIA DESLEAL.

RADICACIÓN: **110013199 001 2020 74209 02**

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN**

Honorable Magistrado Mahecha,

El suscrito, **MIGUEL ALEXANDER BAUTISTA VANEGAS**, abogado en ejercicio, identificado con la cedula de ciudadanía No 79.862.793 de Bogotá D.C, portador de la tarjeta profesional No 179.858., Expedida por El Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la parte actora, **me permito sustentar el recurso de apelación con base en los siguientes Fundamentos de Hecho, Derecho y Consideraciones:**

La sentencia de primera instancia resolvió lo siguiente:

(...) RESUELVE:

PRIMERO: *Declarar probada la falta de legitimación en la causa de JESÚS EDUARDO ROBAYO OSORIO, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

SEGUNDO: *En consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.*

TERCERO: *Condenar en costas a la parte demandante JESÚS EDUARDO ROBAYO OSORIO, para el efecto se fija por concepto de agencias en derecho la suma de seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo cual equivale a CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$ 5.451.156). Por Secretaría realícese la correspondiente liquidación. (...)*

Por lo anterior, me permito indicar que el objeto sobre el cual versa la sustentación de la apelación guarda relación con demostrarle al superior, que en efecto el demandante Sr. JESUS EDUARDO ROBAYO OSORIO, si se encuentra legitimado en la causa, para demandar y exigir la indemnización de perjuicios, con ocasión de los actos de competencia desleal realizados por CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S. y CREDISOFTE WEB S.A.S.

En la sentencia se declaró probada la falta de legitimación en la causa por activa, por el hecho de que mi poderdante actuara en nombre propio, indicando que no puede reclamar para sí un derecho que según la interpretación del Despacho le corresponde a CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S.

En tal sentido, se considera que el fallo de primera instancia no se ajusta a Derecho, por cuanto los actos de competencia desleal precisamente fueron promovidos, por quien es el Representante Legal Titular Sr. Miguel Ángel González Riomaña de la sociedad CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S., desviando la clientela y ejerciendo actos de confusión hacia otra sociedad de sus intereses CREDISOFTE WEB S.A.S.

La legitimación en principio se fundamenta en todo aquel que tenga un interés directo, circunstancias que se describen en el estatuto procesal vigente, como quiera, que fue el mismo legislador quien previo, que dicho interés puede ser reclamado, incluso cuando se hace a través de asociaciones y corporaciones, quienes velan por los asociados o cooperados o en beneficio de los consumidores en general.

Ahora bien, si nos remitimos a la literalidad de lo señalado en los artículos 3 y 21 de la Ley 256 de 1996, se señala:

(...) ARTÍCULO 3º. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. *Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.*

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal. (...)

(...) ARTÍCULO 21. LEGITIMACIÓN ACTIVA. *En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, **cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley.***

Las acciones contempladas en el artículo 20, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros.

*Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores. (...) **(Negrilla, Cursiva y Subrayado fuera de texto)**.*

Los presupuestos rectores que señala la norma son dos (2):

1. Participación en el mercado
2. Intereses económicos que resulten perjudicados o amenazados.

Presupuestos que en el caso del señor JESUS EDUARDO ROBAYO OSORIO se cumplen a cabalidad, pues no solo era accionista en un 40% de CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S. sino que también fungía como Gerente Comercial, circunstancias que no solamente le permitieron participar activamente en el mercado y posesionar el software "ColWeb" dentro del sector educativo, sino que también fue fortaleciendo las relaciones comerciales con cada uno de los clientes, por medio de las capacitaciones y constantes visitas que promovía y realizaba con cada centro educativo, con el único objetivo de afianzar y fidelizar a cada uno de los clientes de CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S.

En cuanto al segundo presupuesto, con los actos de competencia desleal promovidos por CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S. y CREDISOFTE WEB S.A.S., se perjudicaron gravemente los intereses económicos de mi poderdante, pues de ser accionista y trabajar como Gerente Comercial de una empresa activa en el mercado, que facturaba mensual y aproximadamente la suma de \$220.000.000 de pesos, por medio de la persona jurídica CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S., dicha sociedad paso a facturar cero (0) pesos, por consiguiente, desde la ocurrencia de los hechos a la fecha, mi poderdante, no ha recibido, utilidades, comisiones de ventas o ingresos, por concepto de las actividades que se ejercían en la sociedad CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S., lo cual, es atribuible a la sociedad CREDISOFTE WEB S.A.S., donde hoy día se facturan y se trasladaron el 100% de los clientes.

Ahora bien, por qué la insistencia en el perjuicio reclamado en contra de CREDISOFTE DE COLOMBIA S.A.S. y CREDISOFTE WEB S.A.S., esta misiva, a contrario sensu de lo que señala la

Superintendencia de Industria y Comercio en el fallo de Primera Instancia, resulta ser un derecho donde mi poderdante si está legitimado para reclamarlo, como quiera, que no fue un tercero ajeno quien promovió los actos de competencia desleal, en el presente caso, es claro, que fue la misma sociedad de la que el era accionista CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S., en actos ejecutados por el representante legal Sr. Miguel Ángel González Riomaña, en asocio con CREDISOFT WEB S.A.S, quienes materializaron los actos desleales demandados.

Por estas potísimas razones, es que el derecho a reclamar si le corresponde al señor JESÚS EDUARDO ROBAYO OSORIO y no a la persona jurídica CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S.; de ahí, que se haya materializado y probado la desviación de los clientes mediante documento enviado a los colegios-clientes, que señala:

(...)

Bogotá D.C, 29 de abril de 2019

Estimado Cliente:

La presente tiene el fin de informarle que este año se han venido realizando cambios estructurales dentro de la empresa.

1. Con el objetivo de dinamizar nuestro portafolio de mercado, la empresa CREDISOFT DE COLOMBIA SAS ha cambiado su razón social a CREDISOFT WEB SAS, y así mismo ha cambiado su número de NIT. 901.214.941. Por tal razón debemos hacer nuevos contratos con nuestra nueva razón social y NIT. Usted podrá encontrar el contrato por medio de la plataforma ColWeb, junto con nuestro RUT, Cámara de Comercio y facturación mensual. El contrato debe imprimirse, firmarse y ser enviado por medio de la misma plataforma ColWeb a más tardar el día 6 de mayo del presente año.
2. Queremos dar aviso del cambio de gerencia comercial y representación legal de la empresa. Desde el día 1 de Abril de 2019 el nuevo gerente comercial y representante legal es la señora Laura Marcela González Villamil, en remplazo del señor Jesús Eduardo Robayo Osorio quien se desempeñaba como gerente comercial.
3. Con este mismo motivo hacemos notificar que el medio de pago ha cambiado y por tal razón no se ha facturado durante lo que lleva el año 2019. Pedimos disculpas por cualquier daño causado hacia ustedes. Este cambio lo hacemos con el fin de lograr un mejor servicio y poder crecer como compañía.

...(…)

Por lo anterior, es que CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S. y CREDISOFT WEB S.A.S., deben ser condenadas por ejercer actos de competencia desleal, que perjudicaron económicamente y sacaron abruptamente del mercado a mi poderdante Sr. Robayo Osorio.

En este orden de ideas se considera que es pertinente enunciar de y conectar de forma sucinta, lo que se considera fueron las estrategias utilizadas por las sociedades demandadas para minar los esfuerzos y participación en el mercado de mi representado:

1. Renuncia del Sr. Miguel Ángel González Riomaña de fecha 01 de enero de 2019 a CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S.
2. El software "ColWeb" es propiedad del Sr. Miguel Ángel González Riomaña, quien decidió de forma Unilateral, no ponerlo mas al servicio de los clientes de la sociedad CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S.
3. El señor Miguel Angel González Riomaña, como representante legal de CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S., pretendió liquidar la sociedad en asamblea de socios que se realizó el 04 de abril de 2019.
4. Frente a la liquidación mi poderdante JESUS EDUARDO ROBAYO no accedió.
5. Se realizó un giro de \$18.000.000 a favor de mi poderdante por parte del Sr. Miguel Angel González Riomaña, suma con la cual, el Sr. González consideró según su criterio, que liquidaba la sociedad CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S.
6. Se creó la sociedad CREDISOFT WEB S.A.S., representada por LAURA MARCELA GONZÁLEZ VILLAMIL hija del señor MIGUEL ANGEL GONZÁLEZ RIOMAÑA, quien, a su vez, actuando como Representante Legal de CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S., realiza el acuerdo de cesión de contratos comerciales.
7. El software "ColWeb" hoy día opera para la empresa CREDISOFT WEB S.A.S.
8. El señor MIGUEL ANGEL GONZÁLEZ RIOMAÑA a la fecha presta servicios o es empleado de CREDISOFT WEB S.A.S.

Al realizar un análisis y una síntesis de lo planteado durante todo el trámite procesal, tanto en la demanda, contestación, practica probatoria y alegatos, en uno de los puntos que se consideran importantes para poder desatar el litigio; se señaló por parte de los demandados, específicamente por el Sr. Gonzalez Riomaña, que él, como representante legal realizó la cesión de los contratos mercantiles, en un acto de buen servicio hacia los clientes, debido a que el software "ColWeb" ya no estaba disponible para ser operado por la sociedad CREDOSOFT DE COLOMBIA S.A.S., y en ese sentido, pensando en favorecer los intereses de los clientes, fue necesario realizar la cesión de los contratos mercantiles a CREDISOFT WEB

S.A.S., lo anterior, para que en CREDOSOFT DE COLOMBIA S.A.S no se vieran perjudicados y abogados en incumplimientos contractuales.

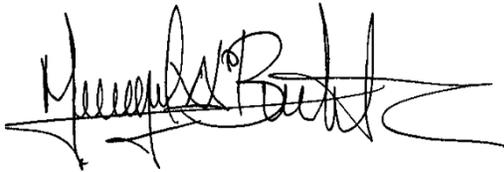
Situación que NO ES CIERTA, la realidad de los hechos es otra, se ejecutaron maniobras previamente planeadas y detalladas para justificar en una aparente manto legalidad, los actos de competencia desleal desviando los clientes a otra sociedad de sus intereses, tan es así, que este presunto acto repentino y altruista en favor de los clientes, en realidad fue provocado por el mismo Sr. González Riomaña al no dar y permitir el acceso del software "ColWeb" para los clientes de CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S., circunstancia que le podría generar crisis para todos los clientes que requerían de la continuidad de los servicios del Software "ColWeb"; luego entonces, con el acto engañoso (oficio del 29 de abril de 2019), los señalados clientes migraron y se fijaron únicamente en la continuidad del servicio de Software y consintieron de forma desprevenida el cambio de facturación, contratos y demás actos, de CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S. a CREDISOFT WEB S.A.S., como quiera, que desconocían de las circunstancias por las que en realidad se hacia el cambio.

No obstante, en el mercado de tecnología se tiene conocimiento, que para cualquier cliente que requiera de un sistema de información, siempre y cuando este funcione y se pueda actualizar, antes de pensar en migrar o implementar a otro sistema de información, los clientes optarían por continuar con el mismo servicio, en virtud de que esto resultaría oneroso y generaría traumatismos al interior del centro educativo o empresa, circunstancia que fue plenamente aprovechada en su favor por las sociedades CREDISOFT DE COLOMBIA S.A.S. Y CREDISOFT WEB S.A.S.

De esta manera y estando dentro del termino legal señalado para tal fin sustento la Apelación.

ANEXOS

. – Oficio enviado a los colegios de fecha 29 de abril de 2019.



MIGUEL ALEXANDER BAUTISTA VANEGAS

C.C. 79.862.793 de Bogotá.

T.P. 179.858 del C.S.J.

Calle 19 No. 5 – 51 Oficina 902 Edificio Valdés Bogotá D.C.

Tel. 3002580317

mbautistajuridica@gmail.com

Bogotá D.C, 29 de abril de 2019

Estimado Cliente:

La presente tiene el fin de informarle que este año se han venido realizando cambios estructurales dentro de la empresa.

1. Con el objetivo de dinamizar nuestro portafolio de mercado, la empresa CREDISOFTE DE COLOMBIA SAS ha cambiado su razón social a CREDISOFTE WEB SAS, y así mismo ha cambiado su número de NIT. 901.214.941. Por tal razón debemos hacer nuevos contratos con nuestra nueva razón social y NIT. Usted podrá encontrar el contrato por medio de la plataforma ColWeb, junto con nuestro RUT, Cámara de Comercio y facturación mensual. El contrato debe imprimirse, firmarse y ser enviado por medio de la misma plataforma ColWeb a más tardar el día 6 de mayo del presente año.
2. Queremos dar aviso del cambio de gerencia comercial y representación legal de la empresa. Desde el día 1 de Abril de 2019 el nuevo gerente comercial y representante legal es la señora Laura Marcela González Villamil, en remplazo del señor Jesús Eduardo Robayo Osorio quien se desempeñaba como gerente comercial.
3. Con este mismo motivo hacemos notificar que el medio de pago ha cambiado y por tal razón no se ha facturado durante lo que lleva el año 2019. Pedimos disculpas por cualquier daño causado hacia ustedes. Este cambio lo hacemos con el fin de lograr un mejor servicio y poder crecer como compañía.

Ahora ustedes podrán encontrar y pagar su facturación dentro de la misma plataforma ColWeb. Para este efecto, solicitamos su colaboración para la actualización de los datos de factura, ingresando por la plataforma ColWeb en el modulo de facturación/datos facturación. Este es un requisito indispensable para poderle prestar nuestro servicio y generar su factura. Esta función se le asignara inicialmente al perfil de rectoría y secretaria; posteriormente a la persona que el colegio designe. Igualmente solicitamos muy amablemente nos envíen una copia del RUT del colegio, esta la podrán adjuntar en la misma plataforma, sin estos requisitos el sistema automáticamente no se activara. Abra un plazo máximo hasta el día 6 de mayo del presente año.

Las facturas de los meses Febrero, Marzo y Abril, saldrán con fecha de Abril por motivos tributarios. Agradecemos su colaboración haciendo efectivo el pago de las facturas a más tardar el 20 de Junio, para poder prestar el servicio de la plataforma ColWeb.

4. Para quien interese, también abra un cambio relacionado con el tema del dominio del colegio; entendiendo por dominio que es la dirección web con la que se encuentra el colegio en internet (www.colegiodemo.edu.co).

Cuando se adquiere un dominio restringido como lo es el .edu.co, que es la extensión que actualmente maneja el colegio, el dominio pasa a ser propiedad únicamente del colegio, eso quiere decir, que cualquier cambio en las características del dominio, tiene que ser autorizado por el colegio. Si el colegio decide cambiar de proveedor académico, el dominio se lo puede llevar sin ningún problema, nosotros como empresa no tenemos autoridad sobre él.

Por esta razón, como el dominio es propiedad del colegio, en años anteriores la empresa había asumido este valor del mismo, pero este año por motivos legales y tributarios, ya que la factura que se genera al realizar el pago del dominio sale a nombre del colegio y no de nuestra empresa, sin posibilidad de cambiar este factor, nosotros no podemos contar con el soporte de pago para demostrar el gasto, y esto nos está generando problemas contables y tributarios, por lo tanto, nos permitimos informar que el colegio debe hacerse de ahora en adelante responsable de este pago, el dominio tiene un valor significativo aproximadamente de \$35.700 pesos y se cancela anualmente directamente en la empresa que vende el dominio.

Este cambio es con respecto únicamente al dominio, ya que nosotros también les prestamos el servicio de Hosting incluido, este servicio lo seguiremos prestando normalmente dentro del contrato. No debe preocuparse por el vencimiento del dominio ya que nosotros nos encargaremos de enviarle el recibo de pago con 15 días de anticipación al vencimiento del mismo para evitar que la pagina web se caiga, este, puede ser cancelado en cualquier punto de baloto, efecty o consignación bancaria, depende del método que el colegio escoja.

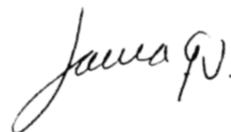
Los cambios anteriormente mencionados no suponen ninguna modificación en la estrategia de la empresa en política de precios y producto, estamos muy satisfechos de nuestra trayectoria y queremos mantenerla. Así mismo se le asignara un agente de cuenta, cuya función será atender sus inquietudes y necesidades con respecto al manejo de la plataforma ColWeb de una manera más personalizada, de igual forma recuerde que tenemos nuestro servicio de chat en línea y telefónica para atender oportunamente sus inquietudes.

Le agradecemos que para cualquier duda o inquietud que tenga se comunique con nuestro nuevo gerente comercial al número telefónico 319-532.09-58. En cualquier caso, en los próximos días se pondrá en contacto con ustedes para fijar una entrevista telefónica para comentar todo lo relacionado con los nuevos cambios ya mencionados.

Sin otro particular, reciba un saludo muy cordial.



Miguel Ángel González Riomaña
Representante Legal
Credisoft de Colombia SAS



Laura Marcela González Villamil
Gerente comercial
Representante Legal
Credisoft Web SAS

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ISAZA DAVILA RV: Sustentación recurso de apelación en contra de sentencia de primera instancia. Rad. 2020-81203-01. Hoteles Decameron c Integramos Mayristas S.A.S y otros

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 23/08/2022 8:30

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ISAZA DAVILA

Cordial Saludo,

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

De: Tutelas Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <tutelasciviltsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 22 de agosto de 2022 5:06 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: Sustentación recurso de apelación en contra de sentencia de primera instancia. Rad. 2020-81203-01. Hoteles Decameron c Integramos Mayristas S.A.S y otros

Cordial saludo,

Remito por competencia sustentación recurso de apelación proceso 2020-81203.

PAULA ANDREA MOLINA YEPES
NOTIFICADORA GRADO IV
Sala Civil - Tribunal Superior de Bogotá
(571) 423 33 90 Ext. 8354 - 8352
Fax Ext.: 8350 – 8351
tutelasciviltsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C
Bogotá D.C.

**FAVOR CONFIRMAR EL RECIBIDO DEL PRESENTE CORREO Y SU ANEXO, CON
NOMBRE Y CARGO DEL FUNCIONARIO.
RESPUESTAS UNICAMENTE AL
CORREO ntssctsbtacendoj.ramajudicial.gov.co**

Las notificaciones por correo electrónico son realizadas de conformidad con la Ley 1437 de 2011, Artículo 197, las entidades Públicas de todos los niveles y las Privadas que cumplan Funciones Públicas y el Ministerio Público, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales.

De: VALBUENA ABOGADOS <procesos@valbuenaabogados.com>

Enviado: lunes, 22 de agosto de 2022 5:00 p. m.

Para: Tutelas Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <tutelasciviltsbta@endoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: gvalbuena@valbuenaabogados.com <gvalbuena@valbuenaabogados.com>; legalangelareyes@gmail.com <legalangelareyes@gmail.com>

Asunto: Sustentación recurso de apelación en contra de sentencia de primera instancia. Rad. 2020-81203-01. Hoteles Decameron c Integramos Mayristas S.A.S y otros

Bogotá, 22 de agosto de 2022.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. SALA CIVIL.

Atn. Jose Alfonso Isaza Davila.

E. S. D.

Radicación: 110013199001-2020-81203-01

Demandante: Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. Hodecol

Demandado: Integramos Mayorista S.A.S. y Flexitravel S.A.S. .

Asunto: Sustentación recurso de apelación en contra de sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio del 27 de abril de 2022.

Por instrucciones del doctor **GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 79.779.355 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 82.904 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado en la ciudad de Bogotá, D.C., actuando como apoderado de **HOTELES DECAMERÓN COLOMBIA S.A.S. HODECOL**, radico sustentación de recurso de apelación de la referencia.

La presente comunicación se envía con copia al correo electrónico de notificación de la apoderada de la parte demandada, legalangelareyes@gmail.com, de conformidad con numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 9 y en el artículo 14 de la Ley 2213 de 2022.

Cordial saludo,



PBX. (571) 7462683 Ext. 100 | Cll. 97A #8-10. Of. 204
Bogotá D.C. | www.valbuenaabogados.com

Bogotá D.C., 22 de agosto de 2022

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala Civil

Att. H. Magistrado **José Alfonso Isaza Dávila**

Magistrado Ponente

E.S.D.

Radicado No	2020-281203
Naturaleza del proceso:	Competencia Desleal – Infracción a derechos de propiedad industria
Demandante:	Hoteles Decameron Colombia S.A.S.
Demandado:	Integramos Mayorista y Flexitravel S.A.S.
Asunto	Sustentación de la apelación en contra de la primera instancia

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 79.779.355 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 82.904 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., obrando como apoderado de la sociedad HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. (En adelante: DECAMERON), tal y como consta en el poder que reposa en el expediente, por medio de este escrito y dentro de la oportunidad legal que me confiere el artículo 14 del Decreto 806 de 2022 -norma procesal vigente para el momento de la interposición del recurso de apelación-, **procedo a sustentar el recurso de apelación** interpuesto en contra de la decisión de primera instancia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, el pasado 27 de abril de 2022, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD DEL PRESENTE MEMORIAL

Mediante auto del 5 de agosto de 2022 el Tribunal Superior de Bogotá resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por ambas partes en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia, el pasado 27 de abril de 2022, y sostuvo que las partes debían ceñirse a lo establecido en el inciso tercero del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 para sustentar el recurso y oponerse al mismo.

De esta manera, la norma referida en el párrafo anterior prescribe que la parte apelante deberá sustentar el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite la apelación. En el caso concreto, el Despacho mediante auto del 5 de agosto de 2020 admitió los recursos de apelación presentados por ambas partes y esta

providencia fue notificada en estado del 9 del mismo mes y año, por lo que su ejecutoria corrió entre los días 10, 11 y 12 de agosto. De esta forma, el término de 5 días para sustentar el recurso de alzada corrió entre los días 16, 17, 18, 19 y 22 de agosto del presente año, por lo que este memorial se radica en tiempo.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La parte resolutive de la proferida el pasado 27 de abril del presente año, señala:

“PRIMERO: Declarar probada la excepción de mérito denominada ***“EL USO LÍCITO DE LA MARCA”***.

SEGUNDO: En consecuencia negar las pretensiones de infracción a derechos de propiedad industrial, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Declarar que las sociedades ***INTEGRAMOS MAYORISTA S.A.S.*** y ***FLEXITRAVEL S.A.S.*** incurrieron en el acto de competencia desleal de engaño, consagrado en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

CUARTO: Ordenar a las sociedades ***INTEGRAMOS MAYORISTA S.A.S.*** y ***FLEXITRAVEL S.A.S.*** para que de manera inmediata se abstengan de incluir dentro de sus certificados vacacionales a los Hoteles y establecimientos de propiedad de ***HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S.***, mientras no se realicen las precisiones y aclaraciones indicadas en la presente sentencia al momento de hacer los servicios, consistentes en que no se tiene ninguna relación comercial o contractual con la demandante. Así mismo que el programa denominado ***“MULTIVACACIONES DECAMERON”*** en que se sustenta el referido documento es de propiedad de la demandante y que para hacer efectiva las reservas el usuario debe contar previamente con un código que es suministrado por la demandante o su agencia de viajes autorizada para tales fines.

*Adicionalmente, se debe informar que las sociedades demandadas actúan como intermediarias de un tercero que tiene la calidad de cliente o usuario del programa vacacional de propiedad de la demandante, en cumplimiento de las condiciones contenidas en los documentos denominados **“ACUERDO DE COMERCIALIZACIÓN”**. Y finalmente que se le informe al consumidor que puede consultar la información en los canales de atención dispuestos por la demandante.*

QUINTO: Condenar en costas a la sociedad ***INTEGRAMOS MAYORISTA S.A.S.*** para el efecto se fija por concepto de Agencias en Derecho la suma de ***siete millones de pesos \$ 7.000.000***, en aplicación de lo previsto en el numeral 1o del artículo 5o del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura. Por secretaría realícese la liquidación correspondiente.

SEXTO: Condenar en costas a la sociedad ***FLEXITRAVEL S.A.S.*** para el efecto se fija por concepto de Agencias en Derecho la suma de ***siete millones de pesos \$***

7.000.000, en aplicación de lo previsto en el numeral 1o del artículo 5o del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura. Por secretaría realícese la liquidación correspondiente.

***SÉPTIMO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.”*

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De entrada conviene resaltar al Tribunal que en el presente asunto el juez de primera instancia, por ser de su competencia, profirió la decisión de fondo dentro de una acción mixta, es decir, la misma estaba compuesta por una demanda por infracción a derechos de propiedad industrial y otra por competencia desleal, razón por la cual la sentencia se dividió en dos. En primer lugar, se pronunció en relación con la infracción a derechos de propiedad industrial y luego descendió al estudio de lo relativo a los actos desleales denunciados.

Así, el *a quo* negó la totalidad de las pretensiones relativas a la infracción a derechos de propiedad industrial, y declaró probada la configuración del acto desleal de engaño por parte de las demandadas FLEXITRAVEL e INTEGRAMOS MAYORISTA.

Aclarado lo anterior, este memorial mediante el cual se sustenta el recurso de apelación en contra de la sentencia primera instancia, tal y como se indicó en el escrito de reparos concretos, va dirigido a atacar la parte de la decisión que negó la infracción a derechos de propiedad industrial, y en lo que concierne a la acción de competencia desleal, únicamente nos referiremos a lo que toca al acto de explotación de la reputación ajena.

En consecuencia, me permito presentar sustentar los reparos que surgen frente a la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

2.1 EXISTENCIA DE INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE DECAMERON POR PARTE DE LAS SOCIEDADES DEMANDADAS:

La Superintendencia de Industria y Comercio, en la sentencia de primera instancia, consideró que no se habían vulnerado los derechos de los que es titular DECAMERON COLOMBIA S.A.S sobre sus marcas mixtas y nominativas, por cuanto, a su juicio los demandados no las habían empleado en los bonos vacacionales emitidos a los consumidores y porque, en gracia de discusión, la alusión a los HOTELES DECAMERON se había hecho con propósitos informativos para resaltarle a los consumidores que los hoteles donde se prestarían los servicios de alojamiento eran los de mi representada.

Sin embargo, el Despacho de primera instancia erró en sus consideraciones, por cuanto en los certificados vacacionales emitidos por las demandadas o, en gracia de discusión con su autorización, sí se evidencia el uso de la palabra “Decameron” y de la expresión “Multivacaciones Decameron”, protegidas a través de las marcas nominativas y mixtas de titularidad de mi poderdante como se acreditó en el expediente (Páginas 5 y 6 del Consecutivo 96 del expediente digital).

El juez de primera instancia encontró probado en la sentencia, con la declaración de parte del señor Hilton Mejía, representante legal de las sociedades demandadas y con los signos distintivos presentes en los bonos vacacionales entregados a los consumidores, que tanto FLEXITRAVEL como INTEGRAMOS MAYORISTA autorizaron el uso de sus signos a un tercero para que estos fueran incluidos en los certificados vacacionales discutidos en el presente proceso, razón por la cual se entienden vinculados a la oferta hecha a los consumidores de noches hoteleras para ser redimidas en los hoteles de DECAMERON.

Así mismo, se acreditó con las pruebas documentales aportadas con la demanda, en el traslado a las excepciones de mérito y las allegadas por la Delegatura para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio como prueba de oficio decretada por el Despacho (Páginas 4 y 5 del consecutivo 15; Páginas 3 y 4 consecutivo 59; Páginas 23, 24, y 25 del consecutivo 0; y Páginas 2, 3, 4, 5, 6, 7, del consecutivo 85 del expediente digital), y con la declaración de parte de Pablo Barrera, representante legal de Hoteles Decameron que mi mandante es titular de los signos distintivos que resultaron afectados por cuenta de las conductas infractoras:

Juez: [00:03:51] Muy bien. ¿Qué marcas tiene registrada la sociedad que usted representa?

*Juan Barrera: [00:03:58] **Diferentes marcas alrededor del nombre Decameron. Son diferentes marcas nominativas, tanto [inaudible], en expediente y en la demanda las incluimos en detalle.***

Juez: [00:05:21] Manifiéstele al despacho si la sociedad que usted representa le ha otorgado autorización a las sociedades demandadas para que utilicen en sus marcas en el ofrecimiento de sus servicios.

*Juan Barrera: [00:05:35] **No señor, no hemos otorgado ningún tipo autorización.***

Juez: [00:05:39] Okay. Explíquenos por qué considera que las sociedades demandadas se encuentran infringiendo las marcas de titularidad de la empresa que usted representa.

*Juan Barrera: [00:05:54] Tal como explicamos en la demanda y diferentes actuaciones **que ellos están haciendo en el mercado que generan confusión el consumidor, que genera una afectación clara en el consumidor, e inclusive han***

llegado consumidores a tildarnos de estafadores por el tipo de ofrecimientos que ellos hacen en el mercado. Fundamentalmente estamos hablando de, entramos en conocimiento de ofrecimientos estilo como bonos redimibles en hoteles. Nosotros no entregamos bonos, nosotros no ofrecemos bonos a nadie en el mercado.

Por supuesto, cuando esas personas se nos acercan a nosotros a tratar de redimir uno de esos bonos, pues es que nosotros simplemente no hacemos eso y no tenemos ningún tipo de relación con las compañías que lo están ofreciendo. Anuncian en el mercado tener una relación con nosotros. Nosotros no tenemos ningún tipo de relación con estas dos compañías. No tenemos ningún tipo ni de acuerdo comercial ni nada por el estilo. Y aquí es importante, señor juez, tener en cuenta una cosa, y es, el ofrecimiento de noches hoteleras en el mercado de mayoría irrestricta tiene un problema fundamental, y es que los hoteles tienen un número de habitaciones definido.

Si una persona se pone en el mercado a aparentar tener un contacto directo y un acuerdo comercial con la cadena, ofreciendo unas noches que no sabemos cómo o bajo qué contexto lo están haciendo, pues claramente, en el momento en que clientes, que son clientes que lo asocian a la marca, clientes que compran el producto pensando en la marca, se acercan y buscan el servicio, y se encuentran, cuando nos contratan a nosotros directamente con que no tenemos nada con ellos y no podemos hacer nada, evidentemente tenemos un problema alrededor de la afectación de la marca, afectación de nuestra percepción por parte de los clientes en el mercado.

Y como le digo, inclusive, en redes sociales, acusándonos de estafadores alrededor de los servicios prestados (...)

De igual forma, se encuentra probado con las confesiones hechas en la contestación de la demanda, las declaraciones del representante legal de mi poderdante (min: 00:35:37 a min: 00:35:55), las declaraciones del representante legal de las sociedades demandadas (min: 01:05:27 a min: 02:41:06) y en el testimonio de la señora Edna Ocampo, funcionaria de INTEGRAMOS MAYORISTA (min: 00:14:42 a min: 00:19:50), que el uso de los signos distintivos de mi mandante por parte de las sociedades demandadas se hizo sin su autorización, pues no existía ningún convenio comercial entre las partes, generando un riesgo de asociación para los consumidores, pues estos tenían la falsa expectativa de que podían redimir los bonos ofrecidos por las demandadas en los HOTELES DECAMERON.

El literal d) del artículo 155 de la Decisión Andina 486 de 2000 -de aplicación inmediata y directa en el ordenamiento jurídico colombiano-, que regula la infracción de derechos marcarios, expone que:

“El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

(...)

d) 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. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión (...). (Énfasis fuera del texto)

De acuerdo a la disposición en cita, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, autoridad competente para interpretar la norma andina, ha sostenido, frente a la infracción marcaria regulada en ese literal d), lo siguiente:

“(...) 1.7. El literal d) del Artículo 155 prevé que el legítimo titular de una marca pueda impedir a cualquier tercero -que no cuente con la correspondiente autorización-, utilice en el comercio un signo idéntico o similar a la marca registrada en relación con cualquier producto o servicio que esta proteja, bajo la condición de que tal uso genere riesgo de confusión o de asociación en el público consumidor.

1.8. Para la configuración del supuesto de infracción del derecho al uso exclusivo sobre una marca, contemplado en el literal d) del Artículo 155, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1.8.1. El uso en el comercio de un signo idéntico o similar en relación con cualquier producto o servicio. a) La conducta se califica mediante el verbo "usar", por lo tanto, se puede presentar a través de un amplio espectro de acciones donde el sujeto pasivo utilice la marca infringida como por ejemplo el uso en publicidad, La identificación de una actividad mercantil, un establecimiento comercial, entre otras conductas.

b) La conducta debe realizarse en el comercio, es decir, en actividades comerciales con ánimo de lucro que excedan el ámbito de la esfera privada.

c) Prevé una protección más allá del principio de especialidad. Por lo tanto, se protegerá la marca, aunque el signo usado en el comercio se relacione con productos o servicios diferentes a los amparados por la marca vulnerada.

1.8.2. Posibilidad de generar riesgo de confusión o de asociación. Para que se configure la conducta del tercero no consentido, no es necesario que efectivamente se de la confusión o la asociación, sino que exista la posibilidad de que esto se pueda dar en el mercado.

(...)

La identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa, caracterizada porque el vínculo de identidad o semejanza induce al comprador

a adquirir un producto o solicitar un servicio determinado en la creencia de que este obteniendo otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos o servicios; y la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común. En cuanto al riesgo de asociación, este acontece cuando el consumidor, aunque diferencie los signos en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo asuma que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica (...)”¹. (Énfasis fuera del texto)

Así mismo, este mismo Tribunal sostuvo en la interpretación prejudicial 619-IP-2019 del 7 de octubre de 2020 que:

“(...) Los mencionados derechos de exclusión, contenidos en el Literal d) del Artículo 155 de la Decisión 486, pueden considerarse como parte del conjunto de facultades del titular del registro de marca para oponerse a 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 a confusión (...)”.

De acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente citados, es claro que, para que se produzca la infracción de los derechos marcarios de una persona jurídica, por usarse en el comercio por parte de un tercero las mismas marcas de las que es titular, debe acreditarse i) el uso efectivo de las mismas por parte de un tercero no autorizado y ii) el riesgo de confusión o asociación con el establecimiento de comercio o las prestaciones mercantiles del demandante. En el caso concreto, contrario a lo sostenido por la SIC en la sentencia de primera instancia, se acreditó, como pasa a exponerse enseguida, el uso por parte de las demandas de la expresión “Hoteles Decameron” que se encuentra cobijado por la protección de las marcas nominativas y mixtas de titularidad de mi mandante y que usa para comercializar sus productos y servicios hoteleros; y que el riesgo de asociación contemplado en la norma andina se concretó, por cuanto los consumidores destinatarios de los bonos vacacionales emitidos por las sociedades demandadas concluyeron que existía alguna relación o vínculo comercial entre FLEXITRAVEL e INTEGRAMOS MAYORISTA con mi poderdante, y que podían redimir los bonos en los hoteles de mi representada, cuando ello no es así.

2.1.1. Está probado en el expediente que las sociedades demandadas emplearon las marcas de las que es titular HOTELES DECAMERON

La Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la SIC, en la sentencia de primera instancia, manifestó que no había habido uso de las marcas nominativas ni mixtas de DECAMERON por parte de las sociedades demandadas, por lo que no se cumplía el primero de los presupuestos para haber declarado la existencia de una infracción marcaria.

¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial 463-IP-2015 del 15 de septiembre de 2016, disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/463_IP_2015.pdf.

Sin embargo, contradictoriamente el mismo Despacho admite en la sentencia que sí está probado en los bonos vacacionales emitidos por la parte pasiva el uso de la expresión “Hotel **Decameron**” (Galeón, Mar Azul, Aquarium, Maryland y San Luis).

Para la Delegatura de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, la marca “Es una categoría de signo distintivo que identifica los productos o servicios de una empresa o empresario”², y dos de sus clasificaciones son las marcas nominativas y las mixtas. De acuerdo con el Manual de marcas de esta autoridad administrativa:

“(…) Las marcas denominativas llamadas también nominales o verbales, utilizan expresiones acústicas o fonéticas, formadas por una o varias letras, palabras o números, individual o conjuntamente estructurados, que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no tener significado conceptual (…)”³. (Énfasis fuera del texto)

Frente a las marcas mixtas, en este mismo manual se establece que:

“(…) Se componen de un elemento denominativo (una o varias palabras o varias letras o números o la combinación de ellos) y un elemento gráfico (una o varias imágenes). Las marcas mixtas deben estar representadas de manera que estén contenidos en ellas los elementos nominativos y gráficos que las conforman, los cuales deben apreciarse con nitidez (…)”. (Énfasis fuera del texto)

Así mismo, esta autoridad administrativa ha reconocido, frente a la marca mixta, que:

“(…) La marca mixta es una unidad, en la cual se ha solicitado el registro del elemento nominativo como el gráfico, como uno solo. Cuando se otorga el registro de la marca mixta se la protege en su integridad y no a sus elementos por separado (…)”⁴.

De esta forma, es claro que, de conformidad con las citas anteriores, las marcas nominativas y mixtas protegen una expresión lingüística compuesta de varias palabras. En el caso concreto, la palabra “Decameron” y la expresión “Multivacaciones Decameron” son expresiones lingüísticas protegidas a través de las marcas nominativas y mixtas de las que es titular mi mandante, tal y como se acreditó con los certificados de registro que reposan como pruebas documentales en el expediente (Páginas 4 y 5 del

² [https://www.sic.gov.co/marcas/antes-de-solicitar#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20tipos%20de%20marcas%20existen,caracterizaci%C3%B3n%20ni%20tipo%20de%20letra](https://www.sic.gov.co/marcas/antes-de-solicitar#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20tipos%20de%20marcas%20existen,caracterizaci%C3%B3n%20ni%20tipo%20de%20letra.). Consultado el 30 de abril de 2022.

³ Superintendencia de Industria y Comercio, “Manual de Marcas. Instructivo de signos distintivos”, Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Manual-de-marcas.pdf>, p. 24 (consultado el 30 de abril de 2022).

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Propiedad Industrial, Resolución 15239 del 1 de marzo de 2018, Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042018/Resol15239MByte1.pdf>, p. 7, (fecha de consulta: 30 de abril de 2022).

consecutivo 15; Páginas 3 y4 consecutivo 59; Páginas 23, 24, y 25 del consecutivo 0; y Páginas 2, 3, 4, 5, 6, 7, del consecutivo 85 del expediente digital . La palabra “Decameron” es una expresión que logra identificar y distinguir los servicios turísticos y hoteleros brindados por mi representada en el mercado de los prestados por la competencia; y la expresión “Multivacaciones Decameron” permite identificar y distinguir un modelo de negocio propio y particular de mi mandante, a través de la comercialización de unas unidades incorporales denominadas Decas.

En este punto, el representante legal de HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S sostuvo en la declaración de parte que:

Juan Barrera: [00:02:45] Hoteles Decameron Colombia SAS es una cadena hotelera que presta fundamentalmente tres tipos de, o tiene tres tipos de productos. Uno es el “noches hoteleras” en nuestros hoteles, que son una cadena bastante conocida en el mercado colombiano, líder en el mercado incluido en América Latina, particularmente líder en Colombia. El ofrecimiento de esta cadena con nuestras noches lo hacemos a través de agencias de viajes y particularmente nuestra agencia de viajes interna, que se llama Servincludos Limitada.

Y prestamos diferentes servicios a nuestros huéspedes en nuestros diferentes hoteles, incluyendo servicios de tour y servicios de hospedaje en general. Esencialmente eso es lo que somos.

Juez: [00:03:36] ¿Desde cuándo aproximadamente vienen desarrollando esa actividad en el mercado colombiano?

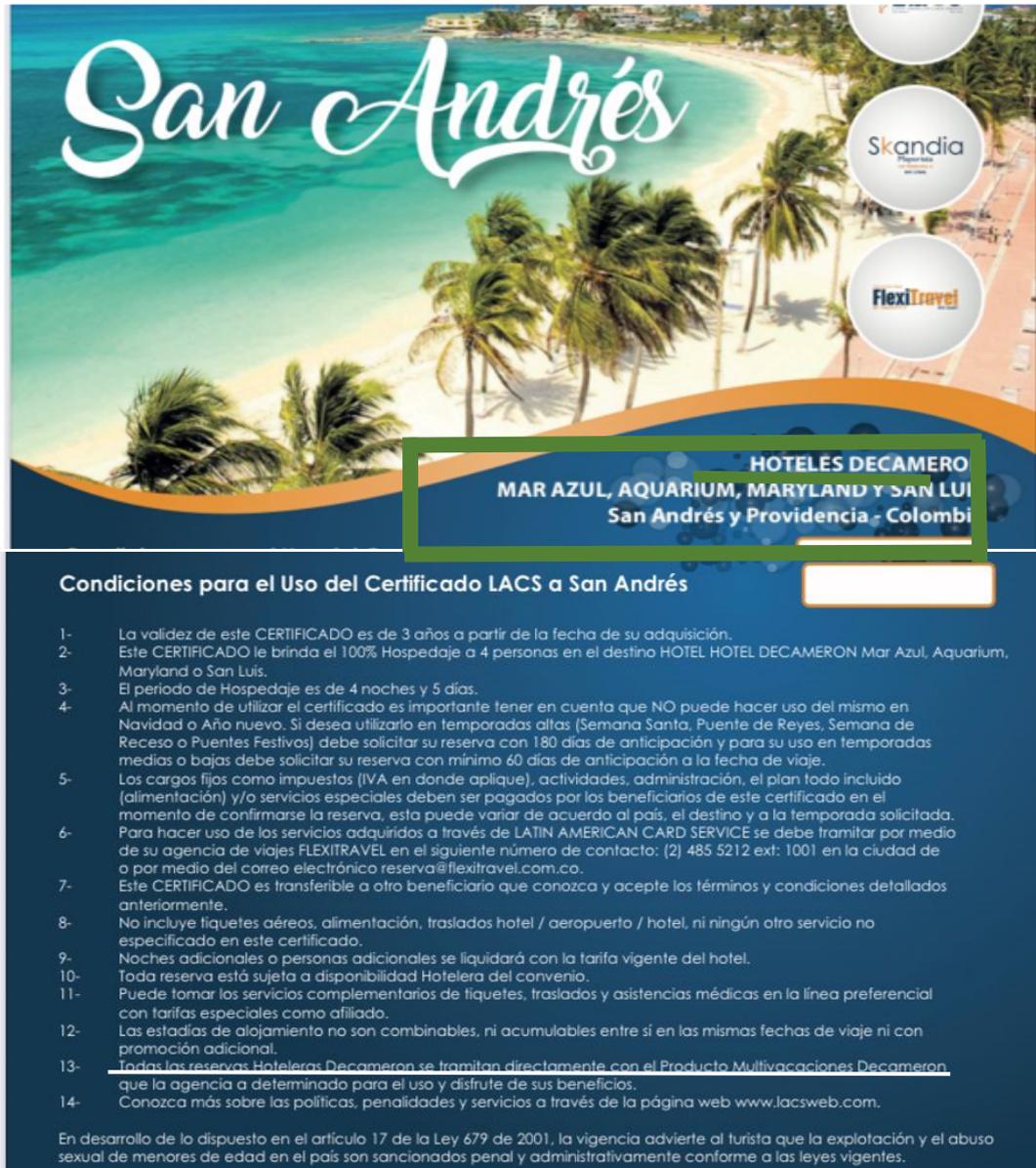
Juan Barrera: [00:03:42] Desde principios de los años 80. De 1980, del 82 más o menos (...)

Juez: [00:12:38] Indíquenos en qué consiste la reputación mercantil que tiene la sociedad justa y representa en el mercado.

*Juan Barrera: [00:12:48] Bueno, explicada, nuestra cadena es una cadena que nació en los años 80s, **pero hoy por hoy es la cadena líder en Colombia, en el mercado todo incluido, en servicios hoteleros todo incluido, una reputación que se ha construido a lo largo de todos estos años de buen servicio y calidad a nuestros clientes, y de honrar los compromisos adquiridos con ellos.** Por supuesto, en la medida en que terceros tratan de aprovecharse de eso, no solamente deterioran nuestra marca, si no nos afectan en la calidad de servicio que estamos entregando, o en la percepción del servicio que está recibiendo el cliente o supuestos clientes nuestros, que en realidad no son clientes nuestros.*

Si se revisan los bonos vacacionales emitidos por las sociedades demandadas y que se encuentran aportados como pruebas documentales dentro del expediente digital, se logra

verificar con absoluta claridad el uso de la palabra “DECAMERON” dentro de la expresión HOTELES DECAMERON MAR AZUL, AQUARIUM, MARYLAND Y SAN LUIS, denominación protegida a través de las marcas nominativas y mixtas de titularidad de mi representada y debidamente registradas; y en el numeral 13 de dicho documento se evidencia claramente el uso de la expresión “Multivacaciones Decameron” en la siguiente oración: “*Todas las reservas Hoteleras Decameron se tramitan directamente con el producto Multivacaciones Decameron que la agencia ha determinado para el uso y disfrute de sus beneficios*”. (Énfasis fuera del texto)



San Andrés

HOTELES DECAMERON
MAR AZUL, AQUARIUM, MARYLAND Y SAN LUIS
San Andrés y Providencia - Colombia

Condiciones para el Uso del Certificado LACS a San Andrés

- 1- La validez de este CERTIFICADO es de 3 años a partir de la fecha de su adquisición.
- 2- Este CERTIFICADO le brinda el 100% Hospedaje a 4 personas en el destino HOTEL HOTEL DECAMERON Mar Azul, Aquarium, Maryland o San Luis.
- 3- El periodo de Hospedaje es de 4 noches y 5 días.
- 4- Al momento de utilizar el certificado es importante tener en cuenta que NO puede hacer uso del mismo en Navidad o Año nuevo. Si desea utilizarlo en temporadas altas (Semana Santa, Puente de Reyes, Semana de Receso o Puentes Festivos) debe solicitar su reserva con 180 días de anticipación y para su uso en temporadas medias o bajas debe solicitar su reserva con mínimo 60 días de anticipación a la fecha de viaje.
- 5- Los cargos fijos como impuestos (IVA en donde aplique), actividades, administración, el plan todo incluido (alimentación) y/o servicios especiales deben ser pagados por los beneficiarios de este certificado en el momento de confirmarse la reserva, esta puede variar de acuerdo al país, el destino y a la temporada solicitada.
- 6- Para hacer uso de los servicios adquiridos a través de LATIN AMERICAN CARD SERVICE se debe tramitar por medio de su agencia de viajes FLEXITRAVEL en el siguiente número de contacto: (2) 485 5212 ext: 1001 en la ciudad de o por medio del correo electrónico reserva@flexitravel.com.co.
- 7- Este CERTIFICADO es transferible a otro beneficiario que conozca y acepte los términos y condiciones detallados anteriormente.
- 8- No incluye tiquetes aéreas, alimentación, traslados hotel / aeropuerto / hotel, ni ningún otro servicio no especificado en este certificado.
- 9- Noches adicionales o personas adicionales se liquidará con la tarifa vigente del hotel.
- 10- Toda reserva está sujeta a disponibilidad Hotelera del convenio.
- 11- Puede tomar los servicios complementarios de tiquetes, traslados y asistencias médicas en la línea preferencial con tarifas especiales como afiliado.
- 12- Las estadías de alojamiento no son combinables, ni acumulables entre sí en las mismas fechas de viaje ni con promoción adicional.
- 13- Todas las reservas Hoteleras Decameron se tramitan directamente con el Producto Multivacaciones Decameron que la agencia a determinado para el uso y disfrute de sus beneficios.
- 14- Conozca más sobre las políticas, penalidades y servicios a través de la página web www.lacsweb.com.

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 679 de 2001, la vigencia advierte al turista que la explotación y el abuso sexual de menores de edad en el país son sancionados penal y administrativamente conforme a las leyes vigentes.

Así las cosas, se cumple el primero de los presupuestos consagrados en la norma andina para concluir que existió una infracción por parte de las sociedades demandadas a los derechos de marca de los que es titular HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S., sumado al hecho de que, tal y como se demostrará enseguida, existió una asociación efectiva para los consumidores con las prestaciones mercantiles y los servicios hoteleros ofrecidos por mi mandante, a tal punto que consideraban que las noches hoteleras

ofrecidas en el referido bono podían redimirse con mi mandante y que las tres sociedades tenían un vínculo comercial. A dicha conclusión incluso llegó el juez de primera instancia a la hora de analizar el acto desleal de engaño. Por esta razón, la SIC falta a la verdad cuando expresó en la sentencia de primera instancia que las demandadas simplemente se limitaron a ofertar a título informativo los hoteles de mi representada, pues la oferta no se hizo de forma general a diferentes destinos turísticos, mencionando, entre otros hoteles, la actora, sino que es claro de los bonos vacacionales que se usaron expresiones protegidas de titularidad de mi mandante como “Decameron” y “Multivacaciones Decameron” haciendo alusión a sus productos y servicios, se hizo mención a sus hoteles y se hizo alusión expresa a la existencia de un presunto convenio que no existe, por lo que los consumidores creyeron que existía un vínculo comercial entre las partes que le permitía redimir las noches hoteleras con mi presentada, cuando no es así.

2.1.2. Existió asociación entre los servicios ofertados por las sociedades demandadas y las prestaciones mercantiles y servicios de HOTELES DECAMERON, lo que produjo que los consumidores fueran engañados

La Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la SIC sostuvo, en la parte motiva de la sentencia de primera instancia, que el riesgo de asociación se produce cuando, con el uso de las marcas por parte de un tercero, se logra vincular jurídicamente a otro oferente, sin embargo, a pesar de estas afirmaciones y de lo probado en el proceso, consideró que no había existido infracción marcaria.

Tal y como se consignó en la primera parte de este numeral, el riesgo de asociación como elemento que debe concurrir para que pueda existir una infracción marcaria, implica que el consumidor incurre en el error de asociar el producto o servicio del infractor con las prestaciones mercantiles y servicios del titular de una determinada marca. En el caso concreto, y teniendo en cuenta que se encuentran acreditados -tal y como acertadamente lo afirmó el Despacho- los derechos que tiene mi mandante sobre sus marcas nominativas y mixtas registradas, y su uso en el comercio por parte de la pasiva, también se encuentra acreditada la asociación que hicieron los consumidores destinatarios de los bonos vacacionales emitidos por FLEXITRAVEL e INTEGRAMOS MAYORISTA de la oferta de noches hoteleras hechas por estas sociedades con las prestaciones y servicios de Decameron, llegando a creer que dichos servicios ofrecidos podían ser redimidos en los hoteles de mi representada y que existía un convenio o una relación comercial entre las partes.

En los bonos vacacionales mencionados en el apartado anterior, se evidencia, en particular en los numerales 10⁵ y 13⁶, que se hace alusión a un convenio con el producto Multivacaciones Decameron, es decir, que luce evidente que se hace uso de las marcas de mi mandante.

⁵ “Toda reserva está sujeta a disponibilidad hotelera del convenio (...)”.

⁶ “Todas las reservas Hoteleras Decameron se tramitan directamente con el producto **Multivacaciones Decameron** que la agencia ha determinado para el uso y disfrute de sus beneficios”.

Así las cosas, es claro que con el uso de las expresiones “Decameron” y “Multivacaciones Decameron”, protegidas a través de los registros de las marcas nominativas y mixtas de las que es titular HOTELES DECAMERON, y con la referencia a un inexistente convenio entre las partes, las demandadas no publicitaron a título informativo la posibilidad de usar los hoteles de mi representada, sino que incubaron en el consumidor la percepción de que existía una relación comercial entre mi representada y las demandadas que les permitía redimir unas noches hoteleras ofrecidas por ellas en los hoteles de la primera. En este caso, no se publicitó el destino turístico (San Andrés o Santa Marta), sino que se publicitaron directamente los servicios de mi representada haciendo alusión a su nombre y a sus productos, como si las demandadas pudieran ofrecerlos y garantizarle al consumidor una disponibilidad hotelera para redimir los referidos bonos.

De igual forma, quedó probado que el riesgo de asociación de los consumidores se concretó. Se encuentra probado con las capturas de pantalla de las quejas y manifestaciones hechas a través de la red social Twitter, entre otras por la consumidora Natalia Toro, que ella creía que existía alguna relación o vínculo comercial entre las demandadas y mi poderdante, e incluso cuestionó cómo mi mandante, siendo una empresa tan reconocida, “se prestaba para estafar gente”. De igual forma, esta misma consumidora envió una PQR a través de la página web de mi mandante, la cual se aportó como prueba documental con la demanda, en la cual manifestó lo siguiente:

“BUENOS

DIAS

LOS COMENTO QUE LA AGENCIA FLEXITRAVEL EN EL CONTRATO REGISTRA CANDIAL TURISMO S.A.S A CON NIT 900804658 LES VENDIO MEMBRECIA CON COSTO \$3.800.000 LES OBSEQUIARON 3 BONOS PARA TOMAR ESTADIA EN EN LOS DESTINOS JAMAICA, SANTA MARTA Y SAN ANDRES CUBRIENDO EL TOTAL DE LA ESTADIA PARA UN PLAN DE 4 NOCHES 5 DIAS, LA CUAL TIENE PUBLICIDAD DE DECAMERON, LLEVAN 1 AÑO TRATANDO DE REDIMIR LOS BONOS, NO ENTIENDE COMO HOTELES DECAMERON SE PRESTA PARA ENGAÑAR A LOS USUARIOS, QUIERO QUE VALIDEN CON LA AGENCIA, DESEO SABER SI ESOS BONOS SON REALES.

QUEDO MUY ATENTA A LA RESPUESTA REMITDIA POR PARTE DE USTEDES

NATALY TORO”

Los consumidores, tal y como lo relatan los testigos Lina Palma y Arvey Suárez, funcionarios del Área de Servicio al Cliente de DECAMERON y de SERVINCLUIDOS creían firmemente en que existía la posibilidad de canjear bonos emitidos por las demandadas en las instalaciones de los Hoteles Decameron, y al final manifestaban sentirse estafadas y creían que mi mandante se estaba prestando para esos engaños, pues mi mandante, al no tener ninguna relación contractual o comercial con esos consumidores, no podían darle ninguna solución a su situación.

Lina Palma sostuvo en la declaración dada el 9 de febrero de 2022, lo siguiente:

[00:09:36] *En mi cargo como jefe corporativo de servicio al cliente, me encargo de consolidar todas las peticiones, quejas y reclamos que recibe la compañía en todas sus operaciones. Claramente tengo conocimiento de las PQR que se han presentado por esta situación aproximadamente desde el 2019, julio del 2019 agosto empezamos a recibir llamadas a recibir peticiones o reclamaciones más bien, donde la gente argumentaba que había sido citada en una sala de venta, donde se les habían entregado unos bonos que podían canjear con Hoteles Decameron por paquetes de cuatro noches, de tres noches.*

Y la gente llamaba a hacer el canje de los supuestos bonos y nosotros le informábamos desde servicio al cliente que no teníamos ningún vínculo comercial con esta, con estas sociedades, y la gente se ofuscaba porque decía, pero, ¿cómo así?, ¿cómo es posible? Que ustedes, aquí están usando su marca, aquí están usando esto, ustedes están respaldando estos fraudes.

La gente muchas veces decía, no me estafaron porque trataba llevo un año, tratando de canjear ese bono que me dieron y pues no es posible, ustedes se están prestando para esta situación y generaban a esas, nos asociaban, como que éramos nosotros. La gente llamaba era, voy a hacer el canje del bono que me dieron. Cuando le explicábamos y entramos en detalle con la gente, ya la decepción y la frustración que sentía, se reflejaba y la gente nos lo dejaba por escrito también en algunas ocasiones como...

Y más adelante, si me permite el explicar un caso puntual que tuvimos con una cliente, que a través de redes sociales empieza a escribirnos, empieza a manifestarse, que se siente estafada, que lleva mucho tiempo y cuando nosotros en servicio al cliente le damos la respuesta y la contactamos para indicarle, que pues no tenemos vínculo con estas sociedades, pues la señora realmente dice que es muy frustrante porque ella pensó que cuando estaba haciendo todo este proceso era Decameron quien le estaba ofreciendo esos bonos.

(...)

Juez:[00:16:28] *Manifiéstele al despacho si tiene conocimiento de que haya sido determinante para estos clientes contratar con las sociedades Integramos Mayoristas S.A.S. y Flexitravel S.A.S. con ocasión a la supuesta relación, que dichas sociedades sostenían con Hoteles Decameron ¿qué conocimiento tiene sobre el particular?*

Lina Palma:[00:17:02] *Señor juez, la gente que nos llamaba puntualmente asociaba que lo que había hecho con Flexitravel era Hoteles Decameron, asociaban la marca de Flexitravel o asociaban esa sociedad, a nuestra marca, por eso la gente llamaba a hacer el canje.*

Juez:[00:17:30] ¿Usted recuerda en qué consistían las ofertas, promociones o compras sobre las que se fundamentaba esta reclamación por parte de los clientes?

Lina Palma:[00:17:44] Sí señor, y puntualmente, tuve el caso con mi mamá, ella fue citada a una sala de ventas que está ubicada en su momento en la 96 con 15. Donde un grupo de personas le ofrecen unos bonos para canjear en estadias en Hoteles Decameron, voy a decir la palabra así coloquial, como una “valera” [fonético] para que pudieran después canjear por cuatro noches, por tres noches, y le solicitaban en su momento dejar unos depósitos con tarjeta de crédito. Cuando mi mamá se comunica conmigo y me dice Lina, mira, es que están ofertando eso, y le digo, no mamá, si usted quiere comprar Decameron es directamente con nosotros, esas sociedades no están autorizadas para comercializar nuestros productos.

*Entonces mi mamá me cuenta de eso y por esa vivencia de ella, que obviamente es una persona allegada a mí, lo conozco y lo que nos manifestaba nuestros clientes era algo muy similar, que eran reunidos, que eran citados, se les ofrecían esos bonos para canjear con estadias, con Hoteles Decameron.
(...)*

Juez:[00:19:25] Me recuerda cual eran los motivos por los cuales no se podían presuntamente canjear estos bonos.

Lina Palma:[00:19:33] Porque con nosotros no tenían ningún vínculo esas sociedades, con nosotros, ellos no tenían en su momento nada que ver con nosotros. La gente llamaba y nos daba sus números de cédula y nosotros como podemos ubicar una reservación de un huésped, con su localizador, que no tenían, con su número de identificación, que al buscarlo en nuestro sistema no había ninguna reserva ni para fechas cercanas, ni lejana de absolutamente nada, eran hasta personas que ni siquiera nunca habían estado registradas con nosotros (...)

En un sentido similar, **Arvey Suárez**, funcionario del Área de Servicio al Cliente de SERVINCLUIDOS, relató lo siguiente:

*(...) así puntualmente manejé un caso de un señor que se llamaba Robert que lo direccioné hacia nuestra unidad de negocio Multivacaciones.
Ese es el caso que tengo puntualmente en mente, por lo que le di el manejo correspondiente.*

Juez:[01:17:11] Muy bien. Explíquenos detalladamente lo que usted recuerde, ¿en qué consistió esta reclamación?, ¿cuál fue el trámite que se le dio internamente en Servincludos?

Arvey Suárez:[01:17:22] Ya. La reclamación decía que el señor había realizado un pago, ¿sí?, para adquirir un servicio de unas noches de Decameron y al parecer Aerolínea Tame le había realizado un cambio en los vuelos, entonces, él se comunicó que con la agencia y le indico quería realizar el cambio de fechas porque, pues, le habían cambiado los vuelos. Pero, entonces, la agencia, en este caso puede ser Flexitravel les cambia, o Integramos Mayorista, le indicó que no se podía. Entonces, este señor lo hizo fue comunicarse con nosotros e indicar que, pues, qué pasaba, ¿sí?

Entonces, después más abajo en el POR es donde menciona el tema de que él se enteró que estaba siendo invitado por unas personas que no conocía y que no entendía el porqué pasaba eso.

Entonces, cuando ya vi eso, pues efectivamente realicé el escalamiento con la unidad de negocio Multivacaciones para que le verificara como tal.

(...)

Arvey Suárez:[01:20:43] En algún momento le envié como un consolidado a mi jefe con un listado de reclamaciones que, pues, allí compartí con ella vía correo electrónico.

Juez:[01:20:54] ¿Dentro de esas reclamaciones hacía referencia a Flexitravel e Integramos Mayorista?

Arvey Suárez: [01:21:00] Sí, sí, señor, ahí se mencionaba.

Juez: [01:21:02] ¿Usted recuerda, de pronto, los motivos de esas reclamaciones?

Arvey Suárez:[01:21:09] Pues, digamos, que generalmente hacen referencia a inconformidad con que no tienen como el manejo que... no encuentran como darle el manejo a los planes que adquirieron con esas entidades, entonces, quieren validarlo con nosotros, pero generalmente hace énfasis en eso en que no encuentran como un soporte y que, pues, lo quieren verificar con nosotros, porque pues es la entidad con la que, desconozco [fonético], entre comillas, “tienen la reserva”, pues. Entonces, atribuyen que nosotros vamos a dar ese manejo.

(...)

Juez:[01:22:48] Okay. ¿Usted pudo de pronto hacer la validación correspondiente a ver si se encontraba autorizadas estas sociedades para hacer estos ofrecimientos o no se encuentra dentro de sus funciones hacer estas verificaciones?

Arvey Suárez:[01:23:08] Sí. Digamos, que lo que hacemos cuando generalmente empieza ese contacto es validar, uno, pues si tiene ese número de localizador de reserva, que los clientes generalmente no lo tienen o indican unos

códigos que no tienen relación con los que tiene las reservas de Decameron o también se valida con el número de documento.

Pero, entonces, como no se encuentra, digamos, que algún registro, pues ahí es donde le decimos al cliente que no, no existe nada al momento y que se dirija con la entidad que adquirió el paquete turístico que ellos deben validarle [inaudible] ante nosotros, ¿sí?, para ver si es que tienen alguna reserva con nosotros y no fue posible localizarla o algo similar.

Juez:[01:23:51] ¿Qué sucede cuando no existe esta reserva, como usted lo manifiesta? Es decir, ¿por qué se puede presentar una situación de esta naturaleza?

Arvey Suárez:[01:24:03] Bueno, pues, lo más general es que eso no exista, que no exista la reserva, ¿sí?

Entonces, si no aparece es porque no existe o muy probablemente que... no sé, yo creería que la más veraz es que no existiera la reserva si no hay registro ni del titular, ni del número de reserva que le brindaron. Pues, desde ese punto de vista diría que no existía.

Juez:[01:24:27] ¿No existen registros porque no existe una relación comercial con estas sociedades, porque no está autorizados o cuál sería el motivo en las reclamaciones a la que usted tuvo acceso?

Arvey Suárez:[01:24:40] Digamos, que si el cliente manifiesta que tiene una reserva y la buscamos y efectivamente existe la reserva, pues así esté a nombre agencia, pues va a aparecer, ¿sí? Pero, entonces, así esté a nombre agencia, obviamente, nosotros le indicamos al cliente, pues igual que igual debe validar directamente con la agencia que compró su paquete turístico.

Pero, entonces, si hubiese un registro en que la reserva existiera y así perteneciera a una agencia, del mismo modo nosotros le decimos al cliente “bueno, usted puede comunicarse con su agencia para validar los detalles de la reserva”, ¿sí?, se encuentra la reserva, pero si quiere información al detalle debe contactar con la agencia con la que adquirió el paquete.

Juez:[01:25:18] Okay. ¿Usted tuvo acceso, alguno de los usuarios aportó, allegó lo referente a el contrato que había adquirido con estas sociedades, supuestamente?

Arvey Suárez:[01:25:39] No recuerdo muy bien, pero creo que en algún momento enviaron alguna imagen de algún... como algún soporte donde aparecía la imagen de Decameron, ¿sí?, pero no estoy totalmente seguro, creo que sí en algún

momento lo enviaron y la enviaron y ahí aparecía efectivamente la información de los hoteles.

Juez:[01:25:58] ¿Usted puede recordar si se trataba de bonos, premios, certificados vacacionales?

Arvey Suárez:[01:26:06] Sí, si no estoy mal, en algún momento también en una oportunidad me indicó que quería redimir un bono, ¿sí?, que quería como redimirlo, pero pues, nosotros no manejamos como ese de... como ese modo de pago, así que redima algún tipo de bono o algo así. Entonces, pues le indiqué que no, que no manejábamos esa tipología de modo de pago o redimir reservas.

(...)

Arvey Suárez:[01:30:30] Pues, reitero también lo había mencionado, digamos que siempre hacen relación Decameron porque es lo que ellos estiman en sus mentes de que tienen una reserva con Decameron.

Entonces, cuando no encuentran ese soporte por parte de la agencia, de una vez se dirigen a Decameron porque en su mente está que adquirieron un servicio, pues a través de ellos, pero el servicio al final lo vamos a prestar nosotros. Entonces, ellos en su mente de una vez acuden a Decameron como tal, entonces, digamos que en la mente ellos siempre va a estar que es Decameron quien está, digamos, vinculado como tal, allí, así no lo esté o... ¿sí? Entonces, eso es lo que sucede.

Estas pruebas son plenamente coincidentes, entre otras, con la declaración de parte del señor Juan Pablo Barrera, representante legal de HOTELES DECAMERON, quien afirmó en la audiencia celebrada el día 25 de enero de 2022, lo siguiente:

“(...) Tal como explicamos en la demanda y diferentes actuaciones que ellos están haciendo en el mercado que generan confusión el consumidor, que genera una afectación clara en el consumidor, e inclusive han llegado consumidores a tildarnos de estafadores por el tipo de ofrecimientos que ellos hacen en el mercado. Fundamentalmente estamos hablando de, entramos en conocimiento de ofrecimientos estilo como bonos redimibles en hoteles. Nosotros no entregamos bonos, nosotros no ofrecemos bonos a nadie en el mercado.

Por supuesto, cuando esas personas se nos acercan a nosotros a tratar de redimir uno de esos bonos, pues es que nosotros simplemente no hacemos eso y no tenemos ningún tipo de relación con las compañías que lo están ofreciendo. Anuncian en el mercado tener una relación con nosotros. Nosotros no tenemos ningún tipo de relación con estas dos compañías. No tenemos ningún tipo ni de acuerdo comercial ni nada por el estilo. Y aquí es importante, señor juez, tener en cuenta una cosa, y es, el ofrecimiento de noches hoteleras en el mercado de

mayoría irrestricta tiene un problema fundamental, y es que los hoteles tienen un número de habitaciones definido.

Si una persona se pone en el mercado a aparentar tener un contacto directo y un acuerdo comercial con la cadena, ofreciendo unas noches que no sabemos cómo o bajo qué contexto lo están haciendo, pues claramente, en el momento en que clientes, que son clientes que lo asocian a la marca, clientes que compran el producto pensando en la marca, se acercan y buscan el servicio, y se encuentran, cuando nos contratan a nosotros directamente con que no tenemos nada con ellos y no podemos hacer nada, evidentemente tenemos un problema alrededor de la afectación de la marca, afectación de nuestra percepción por parte de los clientes en el mercado.

(...)

(...) más o menos alrededor del segundo semestre del año 2019 empezamos a recibir quejas y más quejas, llamadas de clientes pidiendo o modificaciones en sus reservas, que tenían supuestamente con nosotros, que por supuesto, no las teníamos con ellos y a través de redes sociales, si no estoy mal, alrededor de noviembre del 2019.

*Empezamos a recibir información alrededor de personas que estaban haciendo este tipo de ofrecimientos y de hecho, creo que en una de esas quejas a través de redes sociales, que inclusive creo que está adjunta al expediente como parte de la demanda, como parte de las pruebas, pues **se nos calificaba de estafadores porque estábamos capturando dinero, que nos estamos prestando para que alguien más hiciera estafas alrededor, y utilizando nuestra marca para poderlo hacer** (...)"*. (Énfasis fuera del texto)

De igual forma, se probó a lo largo de la primera instancia, con las confesiones hechas por las demandadas a la hora de contestar la demanda, con la confesión hecha por el señor Hilton Mejía, representante legal de las sociedades demandadas, a la hora de absolver el interrogatorio de parte, y con los testimonios practicados a lo largo del presente proceso, que, contrario a la percepción que tenían los consumidores, no existe convenio comercial alguno ni autorización alguna dada por mi mandante a FLEXITRAVEL e INTEGRAMOS MAYORISTA para usar su marca ni para ofertar sus servicios ni el programa de Multivacaciones.

De manera contradictoria, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la SIC consideró, al momento de analizar si se había cometido por parte de la pasiva la conducta de competencia desleal de engaño a los consumidores a la hora de ofrecer esos bonos vacacionales por las demandadas, que en efecto se había generado la falsa creencia en los consumidores de que existía un convenio o una relación comercial entre las partes, y de que existía una garantía de que los servicios de noches hoteleras ofrecidos podían redimirse con mi representada, pero no tuvo en cuenta este razonamiento para dar por

acreditada, como en efecto lo está, la infracción marcaría. En el marco del análisis de la conducta de competencia desleal de engaño, el mencionado Despacho manifestó que:

“(…) A lo anterior, se debe agregar que en el numeral décimo de estos documentos, se hace alusión a que la reserva está sujeta a disponibilidad hotelera de un convenio, disposición que podía hacer creer a cualquier consumidor medio, que se tiene un convenio con la empresa titular del mencionado programa vacacional, que para dichos efectos es la demandante, lo cual evidentemente dista de la realidad, según lo manifestado tanto en la demanda, como en la contestación, como en los interrogatorios absueltos por ambos extremos procesales e incluso por los testigos de la pasiva, según quedó en evidencia en lo señalado por el despacho anteriormente.

(…)

La situación descrita, permite corroborar que los certificados vacacionales no garantizan el disfrute, utilización del servicio prestado, lo cual tiene la potencialidad de generar la falsedad [fonético] en el consumidor de que existe un convenio entre las partes, que faculta la demandada a promocionar este tipo de programas turísticos, así como que el documento utilizado por los demandados para promocionar este tipo de oferta, le garantiza el servicio promocionado…. (Énfasis fuera del texto)

De esta manera, es claro que, si bien la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC hizo un análisis de la infracción, lo cierto es que, pasó por alto sus propias afirmaciones y lo probado en este proceso judicial, pues por un lado encontró que estaba demostrado que las accionadas engañaron a los consumidores, al incurrir en varias afirmaciones contrarias a la realidad dentro del bono entregado a los usuarios y al utilizar las expresiones *Decameron* y *Mutivacaciones Decameron* sin autorización, y por el otro erró al no considerar acreditada la evidente infracción a los derechos marcarios de mi mandante cometida por las sociedades demandadas.

De esta forma, es claro que en el caso concreto las marcas de titularidad de mi representada no podían emplearse sin su autorización por parte de las sociedades demandadas, pues con dicho uso se generó en los consumidores una asociación contraria a la realidad entre las prestaciones mercantiles de las demandadas y mi mandante, bajo la creencia errada de que los bonos ofrecidos por FLEXITRAVEL e INTEGRAMOS MAYORISTA podían redimirse en hoteles de DECAMERON. En la medida en que se encuentra plenamente acreditado dentro del presente proceso el engaño al consumidor pues dicho acto incluso fue declarado por el *a quo*, no existió ninguna excepción que ampara el uso de los signos distintivos y de las expresiones protegidas de las que es titular mi representada.

2.1.3. No existió ninguna excepción que amparara el uso no autorizado de las marcas de HOTELES DECAMERON por parte de las sociedades demandadas

La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC declaró probada en la sentencia de primera instancia la excepción de mérito planteada por la parte demandada denominada “Uso lícito de la marca”, al considerar que, en gracia de discusión, las demandadas ofertaron los productos y servicios de mi representada con fines informativos que no tenían la aptitud de generar confusión o engaño en el consumidor. Sin embargo, tal y como se expone enseguida, el Despacho erró en sus consideraciones, pues los actos de las demandadas no se encontraban cobijados por la excepción para el uso no autorizado de una marca, prevista en la norma andina.

El artículo 157 de la Decisión 486 de 2000, el cual regula las hipótesis en las cuales podría usarse una marca de un tercero sin autorización de dicho titular, establece que:

“Los terceros podrán, sin consentimiento del titular de la marca registrada, utilizar en el mercado su propio nombre, domicilio o seudónimo, un nombre geográfico o cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos; siempre que ello se haga de buena fe, no constituya uso a título de marca, y tal uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios.”

El registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos”. (Énfasis fuera del texto)

La SIC en la parte motiva de la sentencia de primera instancia dictada el pasado 27 de abril de 2022, afirmó, con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que, para que pueda operar la excepción del uso no autorizado de una marca, la marca debe usarse con la diligencia debida, con el fin de que no se induzca al consumidor en error sobre la real procedencia de los productos o servicios ofrecidos. A juicio del mismo Despacho de primera instancia, el uso de la marca no debe generar la impresión de que el producto tiene un origen empresarial distinto al que posee, y tampoco que los productos provienen de empresas que tienen una relación comercial.

De manera contradictoria y a pesar de estas afirmaciones y de que halló probado que se generó por las demandadas una falsa creencia en el consumidor de que existía algún convenio o relación comercial entre ellas y mi representada que supuestamente le permitía a dichos usuarios redimir servicios hoteleros en las instalaciones de HOTELES DECAMERON, consideró, sin fundamento jurídico ni soporte fáctico alguno, que las

demandadas habían ofertado los productos y servicios de mi poderdante, habían empleado las expresiones protegidas a través de las marcas nominativas y mixtas y habían hecho alusión al producto de Multivacaciones Decameron con propósitos meramente informativos.

Sin embargo, tal y como se expuso de forma suficiente en el anterior capítulo, la información brindada por las demandadas en los bonos vacacionales emitidos a sus consumidores generó una asociación entre los servicios por ellos ofrecidos y las prestaciones mercantiles y servicios ofrecidos por HOTELES DECAMERON, bajo la falsa creencia de que existía un convenio o una relación comercial entre las partes que permitiría redimir noches hoteleras en las instalaciones de mi mandante. Incluso, el juez de primera instancia declaró la viabilidad de la pretensión consistente en la declaratoria de la configuración del acto desleal de engaño, el cual fue ejecutado por las accionadas, ordenándoles *“abstenerse de incluir dentro de sus bonos o certificados vacacionales a los hoteles y establecimientos – corrijo – a los certificados vacacionales a los **hoteles y establecimientos de Hoteles Decameron S.A.**, mientras no se realicen las precisiones, aclaraciones indicadas en la presente sentencia, al momento de hacer los servicios consistentes en que no se tiene ninguna relación comercial o contractual con la demandante”*.

Además de las pruebas ya señaladas con anterioridad, vale la pena señalar al H. Tribunal que con las declaraciones que se relacionan a continuación está demostrado que el uso de la expresión Decameron no era meramente informativo, por pretendió hacerlo ver el *a quo*.

Al respecto la señora Lina Palma expresamente adujo:

“Carol Sánchez:[00:25:45] Desde tu cargo, ya nos habías contado [fonético] que habías recibido ciertas quejas y ciertas peticiones. De pronto tú nos podías contar o al Despacho, cuál era la percepción de estos usuarios cuando interponían estas reclamaciones ante tu área.

*Lina Palma:[00:26:00] La percepción del cliente era que Decameron le estaba **fallando en la oferta, que Decameron le había incumplido con los bonos que se le habían otorgado, que Decameron no quería prestarles un servicio que se les había ofrecido. O sea, ellos asociaban que esa oferta había sido de Decameron.***

Carol Sánchez:[00:26:19] Además de esa sensación de vínculo con la sociedad demandante, qué más le manifestaban los usuarios, puede ser un poquito más específica.

*Lina Palma:[00:26:29] Sí, la gente realmente **sentía frustración, sentía como desengaño de la marca, porque pensaban que nosotros estábamos asociados a esto y se sentían, sentían que había sido un fraude, sentían que habían sido***

víctimas de fraudes, porque realmente nunca lo iban a poder canjear. Ya cuando se les explicaba ese detalle, ya sentían, no pues me estafaron, eso era lo que sentía la gente.

Carol Sánchez:[00:26:56] ¿La compañía Decameron le podía brindar alguna solución a los usuarios?

Lina Palma:[00:27:02] Ninguna, ninguna porque no había nada con nosotros, realmente no había ningún vínculo, por eso la respuesta formal, es que emitíamos era direcciones a su agencia de viajes.

(...)

Carol Sánchez:[00:27:39] Era importante, según su percepción desde servicio al cliente, este vínculo de Decameron con las supuestas compañías Flexitravel e Integración Mayorista.

Lina Palma:[00:27:50] La gente tenía seguridad, de esas valeras o de esos bonos porque aparecía nuestro nombre. Entonces, si hubieran tenido un vínculo, claramente hubiera sido diferente toda la situación. Pero la gente tenía la percepción de que era Decameron quien había ofrecido eso, y no, no había ningún vínculo.”

Lo anterior se encuentra corroborado con el testimonio de **Arvey Suárez**, quien sostuvo:

“Carol Sánchez: [01:37:30] Cuando tú dices desconfianza, ¿a qué te refieres?

Arvey Suárez:[01:37:34] A que, pues, el cliente tiene... como que no, no sabe qué está pasando, si es que cree en Decameron porque pertenece a una marca reconocida acá en Colombia, y, pues, después no aparece la reserva, entonces, ellos quedan como que ¿qué pasa?, ¿sí?

Entonces, digamos que ellos dicen “bueno, entonces, es que Decameron no me está haciendo la reserva o quién es el que me está haciendo la reserva si es que yo veo que dice Decameron, ¿sí? –

Carol Sánchez:[01:37:57] Sí. ¿Es decir que los usuarios, según tu respuesta, tienen en la cabeza que Decameron es quien ofrece las reservas?

*Arvey Suárez:[01:38:05] **Sí, que tienen un servicio con Decameron, sí.**”*

Además, en la Declaración de Sofía Leño, expresamente señaló, haciendo referencia a una queja presentada por una usuaria llamada Natalia Toro, que:

“Ángela Reyes: [01:27:45] Okay. Sra. Sofía, ¿la Sra. Natalia Toro en algún momento la indicó que la empresa Flexitravel le había señalado un convenio que había suscrito con Decameron?”

Sofía Leño: [01:28:15] Ella señalaba a que no podía creer que Decameron tuviera una relación con una empresa que estuviera estafando, o sea que prestara su nombre para eso, a lo que nosotros – como bien se ve en la prueba o en la evidencia – se le indica que no tenemos relación ninguna, pero que vamos a atender su reclamo por interno para que haga la respectiva formalización de la misma por la PQR, y posteriormente, desde ese canal de atención, se le brinda la respuesta”

Es tan claro que el uso de la marca Decameron no era meramente informativo, que la misma Jefe de reservas de Flexitravel señaló en su declaración que existían usuarios que acudían directamente a Decameron a presentar sus reclamaciones y luego regresaban a la referida sociedad demandada a hacer la petición definitiva. Puntualmente la señora Bejarano sostuvo:

“Carol Sánchez:[02:15:06] Tú manifestaste con meridiana claridad que los consumidores iban directamente ante Decameron a presentar las quejas y al darse cuenta que no le daban solución, ellos volvían a la agencia Flexitravel, ¿sí?”

Jocelyn Bejarano:[02:15:21] Sí, señora.

Carol Sánchez:[02:15:26] Si tenían tan claro que el servicio era con Flexitravel, ¿por qué iban a Decameron?

Jocelyn Bejarano:[02:15:39] Porque como se estaba mencionando como tal, el hotel el cual se le iba a dar el servicio quizás querían que Decameron directamente les diera la solución, cosa que siempre se les aclaró que éramos nosotros los intermediarios en la reservación.

Carol Sánchez:[02:15:49] O sea que ellos seguían pensando que el servicio era con Decameron, no entiendo esa respuesta, me corrigen si estoy...

Jocelyn Bejarano:[02:15:55] Quizás buscaban una solución por parte de Decameron cuando claramente se les decía y se les informaba que Decameron no tenía nada que ver con esta, con esta redacción del bono o con este otorgamiento que se le estaba dando del bono.”

De esta forma, y de acuerdo con las mismas afirmaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina traídas a colación por la SIC en la sentencia de primera instancia, las demandadas no hicieron un uso diligente ni debido de las marcas de mi mandante, pues indujeron al consumidor en error, lo que resulta suficiente para concluir que las

actuaciones desplegadas por FLEXITRAVEL e INTEGRAMOS MAYORISTA no se encuentran contempladas en la excepción prevista en el artículo 157 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina.

2.1.4. Conclusión

De acuerdo con las anteriores consideraciones y con los hechos probados durante el presente proceso, es claro que las sociedades demandadas infringieron los derechos marcarios de los que es titular HOTELES DECAMERON, por lo que el Tribunal Superior de Bogotá deberá revocar, la sentencia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC en relación con este aspecto, y en su lugar, declarar la prosperidad de las pretensiones contenidas en la demanda relacionadas con la infracción de derechos marcarios y de propiedad industrial.

Así mismo, y de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 1648 de 2013⁷ y en el artículo 1 del Decreto 2264 de 2014⁸, la infracción a los derechos del titular de una marca hace presumir el daño ocasionado, y esta presunción no fue desvirtuada a lo largo del proceso por la parte demandada, por lo que, además de declararse probada la infracción marcaria cometida por las sociedades demandadas, deberá indemnizarse los perjuicios ocasionados a mi mandante conforme al sistema de indemnización preestablecida previsto en el aludido Decreto 2264 de 2014, esto es, con una suma de hasta cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100SMLMV) por cada una de las marcas de titularidad de mi representada acreditadas en el presente proceso.

2.2. Las sociedades FELIXTRAVEL e INTEGRAMOS MAYORISTA SI incurrieron en la conducta desleal de EXPLOTACIÓN A LA REPUTACIÓN AJENA:

La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en la sentencia proferida el pasado 27 de abril de 2022, expresamente señaló:

“Analizadas las pruebas aportadas al expediente, se advierte que la parte accionante no presentó ningún elemento probatorio encaminado a demostrar en qué consiste su reputación en el mercado; pues el simple hecho de que lleva

⁷ “La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción marcaria podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

⁸ “En virtud de lo establecido por el artículo 3° de la Ley 1648 de 2013, la indemnización que se cause como consecuencia de la declaración judicial de infracción marcaria podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del demandante.

Para los efectos del presente decreto, se entenderá que si el demandante al momento de la presentación de la demanda opta por el sistema de indemnización preestablecida, no tendrá que probar la cuantía de los daños y perjuicios causados por la infracción, tal como lo establece el artículo 243 de la Decisión Andina 486 y, por lo tanto, sujeta la tasación de sus perjuicios a la determinación por parte del Juez de un monto que se fija de conformidad con la presente reglamentación”.

un tiempo considerable ofreciendo los servicios de alojamiento en sus hoteles no implica per se que se tenga por demostrada su trayectoria; teniendo en cuenta que para dichos efectos es necesario presentar prueba idónea sobre su prestigio y posicionamiento en el mercado entre los consumidores, competidores proveedores y público en general así como el alto grado de difusión de su establecimiento en los medios de comunicación entre otros aspectos a valorar.

De esta manera, si bien el representante legal de la demandante al ser preguntado sobre el particular manifestó lo siguiente en el minuto 12 con 58 segundos de la audiencia celebrada el 25 de enero de 2022, abro comillas, “cómo lo explicaba, nuestra cadena, es una cadena pues nació en los años 80, pero hoy por hoy es la cadena líder pues en Colombia en el mercado todo incluido servicios hoteleros todo incluido una reputación que se ha construido a lo largo de todos estos años de buen servicio y calidad a nuestros clientes y de honrar los compromisos adquiridos con ellos.

Por supuesto, en la medida en que terceros tratan de aprovecharse de eso, no solamente deterioran nuestras marcas sino pues nos afecta en la calidad del servicio que estamos entregando o en la percepción del servicio que están recibiendo clientes o supuestos clientes nuestros que en realidad no son clientes nuestros”, cierro comillas.

Sin embargo, estas declaraciones no permiten ahondar en ninguna de las circunstancias puestas de presente anteriormente a lo que debe agregarse que las mismas no pueden ser tenidas en cuenta para estos efectos en la medida en que dichas aseveraciones no se encuentran soportadas en otras pruebas que permitan corroborar dichas afirmaciones, frente a lo cual debe recordarse que, abro comillas: “las atestaciones de las partes que favorezcan sus intereses, carecen en el sistema procesal civil colombiano de importancia probatoria a menos que se encuentren corroborado con otras pruebas, caso en el cual, su eficacia proviene de estas y no de la aseveración de la parte”, cierro comillas.”

Agregó el *a quo* que si bien la testigo Sofía Leño habló de la reputación que ostentaba en el mercado digital mi representada, lo cierto es que, según su dicho, no se pudo determinar la afectación de esta. En este sentido la Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo:

“lo manifestado por la testigo carece de eficacia probatoria para tener por demostrada que la actora tiene una reputación en el mercado y mucho menos que las demandadas se aprovecharon de la misma para poder posicionarse en el mercado; primero, porque lo que se puede inferir en su declaración, es que el accionante tiene un plus sobre otros operadores turísticos como son el servicio de todo incluido; segundo, que tiene una plataforma web para promocionar sus servicios, lo cual es algo más que normal en esta época; tercero, no se encuentra

demostrado como otros elementos probatorios que sea una de las líderes del sector turismo como lo afirma la testigo.

Cuarto, con su declaración si bien se tiene por demostrado que existieron unos comentarios negativos en las redes sociales de titularidad de la demandante como consecuencia de los servicios ofertados por la demandada, el mismo, no tiene que ver con un aprovechamiento de la reputación por parte de la demandada siendo insuficiente su declaración para tener por probada la reputación mercantil en el mercado.

Igual valoración debe hacerse de los comentarios realizados por Natali Toro y contenidos en las presentaciones páginas 8 a 17 del consecutivo cero del expediente digital, en lo que no se hace ninguna mención expresa a la reputación comercial de la demandante, sino que la usuaria hace referencia a que fue víctima de un presunto engaño por parte de las demandadas; no está de más recordar que esta queja ya fue objeto de valoración en la presente sentencia.

Es de precisar que la reputación es definida por el diccionario de la Real Academia Española como la opinión que las gentes tienen por un persona; esta definición coincide con el concepto que en torno a la noción de reputación ha desarrollado la honorable Corte Constitucional, quien al referirse a la reputación la identifica con la honra para señalar que esta, abro comillas: “es una valoración externa de la manera como cada persona proyecta su imagen; las actuaciones buenas o malas son el termómetro positivo o negativo que se irradia para que la comunidad se forme un criterio objetivo respecto de la honorabilidad de cada ser.

Por ello, así como las buenas acciones acrecientan la honra, las malas decrecen su valoración y cada uno en particular es responsable de sus actuaciones.

Observa la corte que tanto el buen nombre como la honra hacen alusión a un mismo fenómeno, la reputación exterior sobre una persona.

En ese orden de ideas, al no tenerse por probada la reputación de la demandante, no es posible abordar los demás supuestos de la norma en relación con el presente acto desleal y por lo mismo no se puede advertir en este punto ningún elemento de juicio que permita tener por probada la realización del presente acto desleal.

De lo anterior se extrae que a juicio del juzgador, en el proceso no se demostró que los actos ejecutados por las accionadas hubiesen sido constitutivos del acto desleal de explotación a la reputación ajena, como quiera que no se acreditó que mi representada tuviese reputación en el mercado, no obstante, tal y como se desprende de las pruebas aportadas y practicadas, la conclusión a la que llegó a la Superintendencia de Industria y Comercio es equivocada, pues contrario a lo señalado, está probado que mi representada es una empresa líder en la prestación de servicios hoteleros, participando en el mercado colombiano desde hace más de 40 años, generando en los consumidores

posicionamiento y recordación, tan es así que tiene registrados los múltiples signos distintivos con los que se identifica en el mercado, los cuales, gran parte de estos se encuentran incorporados en el expediente como pruebas documentales así:

- Resolución 1607 de 1995: (Página 3, consecutivo 15 del expediente digital de la SIC).
- Certificado de registro de marca mixta No. 324777 para servicios turísticos y hoteleros, cuyo titular es HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S, concedida mediante la Resolución No. 32484 de 30-Noviembre-2006 (página 4, consecutivo 15 del expediente digital de la SIC).
- Reporte detallado de solicitudes de marca generado el 4 de febrero de 2021, cuyo titular es HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S (Página 5, consecutivo 15 del expediente digital).
- Verificación del Registro Nacional de Propiedad Industrial de la SIC, Ref. Solicitud N° IT2021/0001158 (Página 3, consecutivo 59 del expediente digital de la SIC).
- Verificación del Registro Nacional de Propiedad Industrial de la SIC, Ref. Solicitud N° IT2021/0001748 (Página 4, consecutivo 59 del expediente digital de la SIC).
- Certificado de Registro de Marca No. 416751, de la marca mixta Multivacaciones Decameron, en los servicios relacionados con la industria turística y hotelera, de la cual es titular HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S (Página 23, consecutivo 0 del expediente digital)
- Certificado de Registro de Marca No. 416752, de la marca mixta Multivacaciones Decameron, de la cual es titular HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S (Página 24, consecutivo 0 del expediente digital).
- Certificado de Registro de Marca No. 416753, de la marca mixta Multivacaciones Decameron, en los servicios relacionados con alojamiento, de la cual es titular HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S (Página 25 y ss, consecutivo 0 del expediente digital).
- Certificados remitidos por la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con la prueba de oficio decretada por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales: (Página 2, consecutivo 85 del expediente digital de la SIC).

Asimismo, contrario a lo aducido por el juzgador de primera instancia, lo anterior está plenamente demostrado en el expediente, no solo con la declaración del representante legal de Decamerón quien expresamente señaló a minuto 12:38 que mi representada “nació en los años 80s”, siendo “hoy por hoy es la cadena líder en Colombia, en el mercado todo incluido, en servicios hoteleros todo incluido, una reputación que se ha construido a lo largo de todos estos años de buen servicio y calidad a nuestros clientes, y de honrar los compromisos adquiridos con ellos”, sino en el testimonio de la señora Sofía Leño, quien expresamente señaló los aspectos que DECAMERON tiene en

cuenta para poder determinar y mantener su reputación digital⁹, los factores que influían en ésta¹⁰, las afectaciones sufridas por mi representada como consecuencia de los ofrecimientos realizados por las pasivas¹¹ y los aspectos que diferenciaban a mi representada con otras agencias que realizaban la misma actividad¹²

Lo anterior se corrobora, entre otros, con las declaraciones de los mismos testigos de la pasiva, a modo de ejemplo se recuerda lo dicho por Samir Manjarrez quien indicó que trabajó en hoteles Decameron desde el año 1999 hasta el 2017, y cuando “yo salí había más de 120.000 contratos en Colombia, activos”, indicó que “teníamos – haciendo referencia a Decameron-, alrededor de 30 salas de venta en todo el... entre Panamá, Salvador, Perú, Ecuador, Colombia. Y Colombia solamente llegamos a tener 11 salas de ventas, nada más por ese lado”. ¿Acaso la suscripción de dicho número de contratos con usuarios y la apertura de 30 salas de ventas nacionales e internacionales, no denotan la reputación de una sociedad que los consumidores la prefieren frente a otras?.

⁹ Min [00:12:00] “nosotros manejamos el tema de reputación digital como el índice o la estima que tiene un consumidor, sea un huésped, un cliente, un potencial cliente, o solamente un usuario de cualquier canal digital frente a la marca, frente a lo que él puede observar que otros comentan, y frente a lo que ellos pueden suministrar como prosumidores [fonético] frente a lo que han vivido en nuestros hoteles y la experiencia que han tenido. Entonces, todos estos comentarios, reviews, puntuaciones en canales digitales es lo que forma la reputación digital y es lo que dentro de mis labores yo, mes a mes y día a día, porque es mi día a día, me enfoque y trabajo; digamos que se basa en tres aspectos: unas promociones neutrales, otros comentarios que son promotores que serían los positivos, y los detractores que sería... pues... los negativos. En esos tres... digamos... que variantes o variables se puede medir el tema de la reputación digital.

¹⁰ Juez: [00:12:28] Okay. ¿Qué factores influyen en la reputación digital de Hoteles Decameron?. Sofía Leño: [00:12:38] Factores como el tema de la experiencia de compra, factores como la experiencia ya en estadia y la post-estadia. Digamos que tiene diferentes fases, y además tiene también diferentes medios, porque el tema de la reputación puede ser, en un tema tradicional, el voz a voz; en un tema digital, lo que le comentaba de las recomendaciones, los reviews, los comentarios o las puntuaciones. Y en un tema ya corporativo, nosotros trabajamos unos índices de satisfacción de cliente que se llaman los NPS, que mensualmente se delimitan con encuestas de satisfacción a los clientes que nos han visitado. Entonces tiene diferentes facetas y fases.

¹¹ Sofía Leño: [00:14:10] Si tuvo alteración debido al flujo, por ejemplo, de mensajes que desesperadamente – en el caso que me acuerdo ahora de Natalia Toro... pues... expresó, y además que en las comunicaciones digitales, pues, hay varias personas que se siguen sumando a esa charla, y de hecho empezamos a tener más consultas sobre el tema. Entonces, dado... pues... obviamente el nivel de consultas y de reacciones que se lograron en el canal de digital a partir de la queja de Natalia Toro, pues, se hizo necesario escalar el tema para poderlo revisar más a fondo y saber qué era lo que estaba sucediendo.

¹² Sofía Leño: [00:16:27] Bueno, le puedo decir que la diferencia o el benchmark de Decameron frente a otras marcas que posicionan el tema del "Todo Incluido" es que nosotros somos una cadena líder del servicio "Todo Incluido" en América Latina y el Caribe. Estamos presentes en más de nueve países a nivel comercial... digamos... con hoteles presentes en nueve países, y que se vende en más de nueve países. Porque, por ejemplo, en Brasil no tenemos hoteles, pero gente de Brasil viaja al Caribe Colombiano con Decameron. Y así con otros países que nosotros consideramos potenciales comerciales, pero, pues que no son... digamos... destinos propios de la cadena. Le podría yo decir que a nivel de redes sociales somos unos de los líderes del sector del turismo y de las cadenas hoteleras con Todo Incluido, líderes en temas de comunicación, innovación de formatos; además... digamos que siempre hay la tendencia. Nosotros hacemos un análisis de la competencia, en este caso, pues, por mencionarle una nacional, con On Vacation y obviamente estamos registrando el engagement que tiene cada marca frente a los diferentes canales de redes sociales, que es el engagement, la aceptación y la interacción que tienen los clientes con la marca en estos canales digitales; entonces, eso se mide a partir de likes, comentarios, reviews, shares, y todo lo que tiene que ver con las publicaciones en estas redes sociales, y... pues... Decameron la verdad está como pionero. Y en cuanto a temas de reputación digital se refiere, con todo el tema de lo que ha pasado últimamente con el Covid y la transformación que tuvo el mundo entero, y especial turismo, pues... nosotros hemos tenido que adaptar ciertos mensajes también que han salido anticipadamente – si nos referimos a la competencia – en temas de bioseguridad, en temas de flexibilidad... en todo ese nuevo dialecto que estamos manejando, y... pues... de eso se basa el ejercicio de la cadena; como estar a la vanguardia, ofrecerle a los clientes lo que ellos necesitan, lo que ellos quieren saber. Y por eso también, en su momento, cuando tuvimos las quejas... pues... lanzamos un comunicado corporativo en nuestras redes sociales para que la gente misma pudiera utilizar nuestros canales de atención para poder solucionar sus dudas y evitar que cayeran en algún otro fraude con cualquier otra empresa.

Asimismo, el señor Luis Sarmiento en su declaración, ratificó lo dicho por el señor Manjarrez, pues puso de presente que Decameron, en particular su programa Multivacaciones Decameron tenía alto volúmenes de ventas al punto que vendían mucho más que su capacidad instalada:

“Luis Sarmiento:[00:14:06]En ese entonces no había la cantidad de hoteles suficientes, como dice el dicho, no había camas para tanta gente; vendíamos muchísimo, vendíamos millones de dólares y mensualmente entraban 2.000, 3.000 personas al sistema, donde mi jefe decía, va a llegar el momento que nos vamos a explotar”.

Tan es así, que el mismo representante legal de INTEGRAMOS MAYORISTA y FLEXITRAVEL, indicó que *“existe una cadena hotelera que se llama Hoteles Decameron Colombia S.A, que tiene en su compendio cerca de 30 hoteles a nivel nacional o a nivel internacional, como cadena hotelera”* y agregó que *“fui funcionario diez años de Hoteles Decameron bajo su línea de Multivacaciones, y me retiré en el 2010 diciéndoles, “encontré un negocio dentro de su negocio” (minuto [00:55:08]).*

Ahora, tan importante y reconocida es la reputación de Hoteles de Decameron, que los usuarios que adquirían productos y servicios de las pasivas lo hacían al relacionar a estas sociedades con mi mandante, dicha conclusión se extrae de la declaración de la señora Lina Palma (minutos 9:36, 25:45¹³, 27:50¹⁴ y ss) quien expresamente señaló:

Lina Palma: [00:09:36] que aproximadamente desde el 2019, julio del 2019 agosto empezamos a recibir llamadas a recibir peticiones o reclamaciones más bien, donde la gente argumentaba que había sido citada en una sala de venta, donde se les habían entregado unos bonos que podían canjear con Hoteles Decameron por paquetes de cuatro noches, de tres noches. Y la gente llamaba a hacer el canje de los supuestos bonos y nosotros le informábamos desde servicio al cliente que no teníamos ningún vínculo comercial con esta, con estas sociedades, y la gente se ofuscaba porque decía, pero, ¿cómo así?, ¿cómo es posible? Que ustedes, aquí están usando su marca, aquí están usando esto, ustedes están respaldando estos fraudes. La gente muchas veces decía, no me estafaron porque trataba llevo un año, tratando de canjear ese bono que me dieron y pues no es posible, ustedes se están prestando para esta situación y

¹³ Carol Sánchez:[00:25:45] Desde tu cargo, de pronto ya nos habías contado [fonético] que habías recibido ciertas quejas y ciertas peticiones. De pronto tú nos podías contar o al despacho, cuál era la percepción de estos usuarios cuando ponían estas reclamaciones ante su área.

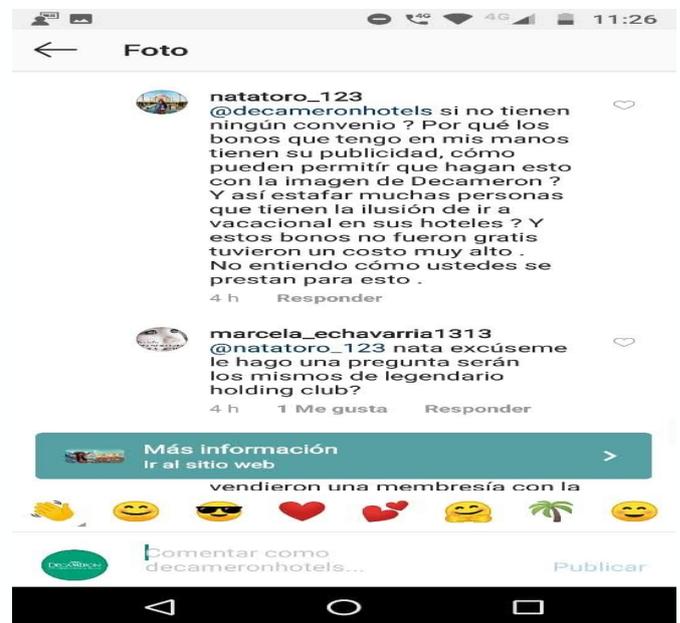
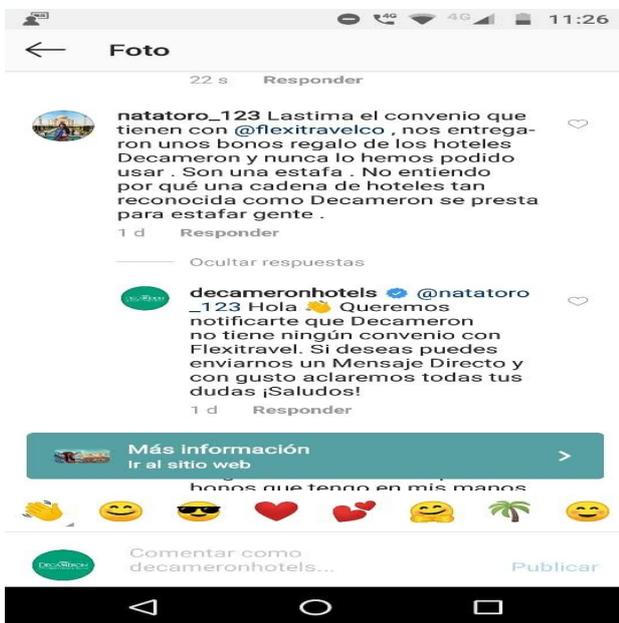
Lina Palma:[00:26:00] La percepción del cliente era que Decameron le estaba fallando en la oferta, que Decameron le había incumplido con los bonos que se le habían otorgado, que Decameron no quería prestarles un servicio que se les había ofrecido. O sea, ellos asociaban que esa oferta había sido de Decameron.

¹⁴ “Lina Palma: [00:27:50] La gente tenía seguridad, de esas valeras o de esos bonos porque aparecía nuestro nombre. Entonces, si hubieran tenido un vínculo, claramente hubiera sido diferente toda la situación. Pero la gente tenía la percepción de que era Decameron quien había ofrecido eso, y no, no había ningún vínculo”.

generaban a esas, nos asociaban, como que éramos nosotros. La gente llamaba era, voy a hacer el canje del bono que me dieron. Cuando le explicábamos y entramos en detalle con la gente, ya la decepción y la frustración que sentía, se reflejaba y la gente nos lo dejaba por escrito también en algunas ocasiones (...)

Así como, de los testimonios de Arvey Suárez (1:21:09¹⁵, 1:22:29¹⁶ y ss) , Yocelyn Bejarano – jefe de reservas de Flexitravel (2:15:26¹⁷ y ss).

Asimismo, de las quejas aportadas en el expediente y que fueron citadas con anterioridad al referirnos a la infracción a derechos de propiedad industrial, expresamente la de la señora Natalia Toro (consecutivo No 01 del expediente digital), se encuentra que los usuarios, adquirieron productos y servicios con las accionadas como consecuencia de la reputación que mi representada tenía en el mercado. Al respecto, se pone de presente la captura de pantalla de dicha inconformidad así:



¹⁵ “Arvey Suárez:[01:21:09] Pues, digamos, que generalmente hacen referencia a inconformidad con que no tienen como el manejo que... no encuentran como darle el manejo a los planes que adquirieron con esas entidades, entonces, quieren validarlo con nosotros, pero generalmente hace énfasis en eso en que no encuentran como un soporte y que, pues, lo quieren verificar con nosotros, porque pues es la entidad con la que, desconozco [fonético], entre comillas, “tienen la reserva”, pues. Entonces, atribuyen que nosotros vamos a dar ese manejo”

¹⁶ “Juez:[01:21:49] Manifiéstele al despacho si usted tiene conocimiento ¿en qué consiste en los ofrecimientos realizados por Flexitravel e Integramos Mayoristas y que vinculan a Hoteles Decameron?. Y le hago la pregunta teniendo en cuenta que usted recibió varias inconformidades sobre los servicios ofertados por esta sociedad. Es decir, la respuesta debe fundamentarse en lo que usted tuvo conocimiento al momento de recibir estas reclamaciones o revisarlas o validarlas.

Arvey Suárez: [01:22:29] Ya. Generalmente se referenciaba que ciertas noches de alojamiento, ¿sí?, donde ofertan los servicios de Decameron Básicamente, ese el... como lo que el cliente siente que adquirió, desde la perspectiva en donde yo, pues lo he visto y lo he vivido”

¹⁷ “Jocelyn Bejarano:[02:15:55] Quizás buscaban una solución por parte de Decameron cuando claramente se les decía y se les informaba que Decameron no tenía nada que ver con esta, con esta redacción del bono o con este otorgamiento que se le estaba dando del bono”

Queja interpuesta por redes sociales de Nataly Toro, Pantallazos de conversación en Twitter (páginas 8, 9, 11, 13, 15, 16 y 17, consecutivo 0 del expediente digital de la SIC)

Tanto las declaraciones de Juan Pablo Barrera- en calidad de representante legal de Decameron- como el Sofía Leño, como la queja de Nataly Toro fueron citados parcialmente por el *a quo* y valorados de forma errónea a la hora de proferir la respectiva sentencia, pues indicó que no estaba probada la reputación de mi representada e incluso que dicha afectación no estaba demostrada, cuando del simple repaso de dichas pruebas se advierte lo contrario.

El H. Tribunal deberá tener en cuenta que el acto desleal de explotación de la reputación ajena se configura con el aprovechamiento, ya sea en beneficio propio o de un tercero, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional que ha sido adquirida por otro, así como, el uso no autorizado de signos distintivos o de denominaciones de origen falsas o engañosas.

Al respecto la doctrina ha señalado que el “provecho se relaciona con las ventajas que, por lo menos potencialmente, puede obtener u obtiene quien realizada comportamientos que puedan atribuir a sus productos la reputación de otro. Estas ventajas pueden hacer referencia a un aumento en las ventas, un mejor posicionamiento en el mercado, el cumplimiento de un requisito exigido para la adjudicación de un contrato o, en general, que el comportamiento pueda influir en la decisión de consumo del consumidor”¹⁸.

Por su parte la doctrina española clasificó como comportamientos desleales por “aprovechar de manera indebida” la reputación de otro en el mercado, lo siguientes “1) conductas que vinculan la actividad actual del infractor con la realizada anteriormente con un tercero; 2) alusión a anteriores relaciones comerciales; 3) publicidad adhesiva; 4) uso de una marca ajena en relación con accesorios, recambios o componentes de un producto; 5) otros supuestos de uso injustificado de denominaciones y signos ajenos; 6) captación de clientes”¹⁹.

Sobre las primeras dos conductas, estas se tipifican “cuando se emplean informaciones que aluden al vínculo existente o que existió entre el sujeto activo de la conducta y aquel poseedor de la reputación, dado que el símbolo de calidad que se vincule a aquella, adhiriéndose a su prestigio o fama reconocidos, siendo que la reputación de las personas jurídicas es de ellas y no de sus empleados o contratistas, por ello se le considera como una explotación indebida de la reputación ajena”²⁰.

¹⁸ Dionisio Manuel de la Cruz Camargo. La Competencia Desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014.

¹⁹ FELIPE PALAU RAMÍREZ. Explotación de la reputación ajena. Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal, director FERNANDO MARTÍNEZ SANZ. Editorial Tecnos, 2009, pp. 209-2010.

²⁰ Ibidem.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio en sentencia No. 11190 de 09 de marzo de 2016, recordó lo siguiente:

“En este punto, la Delegatura señaló que la explotación de la reputación ajena se encuentra definida en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, según el cual uno de los elementos de configuración del acto desleal en estudio consiste en que la reputación de un producto se atribuya de manera indebida a otro. La posibilidad de que esta circunstancia se presente, parte de la base de que los consumidores tengan la posibilidad real de percibir algún tipo de vinculación entre el producto que goza de reputación y aquel que se aprovecha de ese reconocimiento, ya que, si el consumidor no puede descubrir una relación entre un producto y otro, tampoco podría atribuir la reputación de uno al otro.”

Asimismo, en Sentencia 38 de 2011, de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales la Superintendencia de Industria y Comercio, señaló que la reputación puede ser acreditada con elementos naturales que van más allá de la participación en mercado o de los estudios de reconocimiento de marca, indicando que:

“Los medios de prueba aportados dan cuenta de la reputación de que gozan los establecimientos “MI GRAN PARRILLA BOYACENSE” y “GRAN PARRILLA BOYACENSE”, apreciable, especialmente, en los siguientes elementos: a) la excelente calidad de los productos de la actora y la esmerada atención que allí ofrecen los consumidores (...) b) los clientes (...) comentan las ventas con otros clientes potenciales (...) c) Los restaurantes de las actoras (...) están ubicados en vías principales y, por tanto, muy transitadas en la ciudad de Bogotá, circunstancia que facilita que los clientes potenciales conozcan el restaurante al recorrer las referidas vías (...) d) la afluencia masiva de todo tipo de clientes a los restaurantes (...) e) el reconocimiento derivado de las menciones en publicaciones especializadas (...).”

Es, claro que en el presente asunto, está demostrado que HOTELES DECAMERON cuenta con reputación en el mercado de la prestación de servicios hoteleros, tan es así que múltiples usuarios manifestaron haber adquirido los productos o servicios ofertados por las demandadas al percibir un vinculación entre estas y mi representada, circunstancia que claramente aprovecharon para comercializarlos y aumentar con esto su participación en el mercado. Luce evidente que si mi representada no gozara de reputación, las sociedades Integramos Mayorista y Flexitravel no hubiesen incluido sus marcas (DECAMERON y MULTIVACACIONES DECAMERON) en los “bonos” entregado a los consumidores, es lógico pensar en que en su defecto hubieran reservado ese espacio a otra sociedad que resultara atractiva a los consumidores.

Finalmente, el acto desleal de aprovechamiento de la reputación ajena establece que se *“considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la*

indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase», «género», «manera», «imitación», y similares”.

Sobre este aspecto la Superintendencia de Industria y Comercio en sentencia 11 del 2005, señaló que:

“si la conducta consiste en la utilización sin autorización de un signo distinto ajeno, el accionante, quien deberá ser titular del signo o un licenciamiento del mismo, simplemente tendrá que probar que no autorizó al accionado para autorizar el signo, mientras que si el cuestionamiento proviene de actuaciones diferentes a la utilización de signos distintivos, el accionante deberá probar que tiene una reputación en el mercado y que el accionado aprovechó para sí esa reputación. Es de anotar que en el supuesto de la utilización sin autorización de distintivos ajenos, la presunción que trae la norma es de hecho, por lo cual la misma es desvirtuable por el accionado, demostrando que el hecho base de la presunción no se presenta porque sí contaba con autorización, o demostrando que a pesar de que el hecho base de la presunción sí se presenta, el acto no es desleal (hecho presumido) probando, por ejemplo, que el signo que utilizó no es igual al del accionante, o que el mismo no goza de reputación”.

En este caso, dicho evento que claramente este demostrado, pues tal y como se probó a lo largo del proceso, las sociedades INTEGRAMOS MAYORISTA y FLEXITRAVEL, de manera expresa el nombre de DECAMERON, marca nominativa registrada y cuyo derecho de exclusividad ostenta mi poderdante. En tal sentido, y en la medida en que no existe autorización para el uso de la marca, se configura también la conducta desleal de explotación a la reputación ajena por el uso no autorizado de un signo distintivo ajeno, evento que ratifica la comisión de esta conducta.

2.2.1. Conclusión:

Atendiendo lo señalado en este reparo, es claro que las sociedades demandadas incurrieron en el acto desleal de explotación a la reputación ajena, pues está demostrado no solo que HOTELES DECAMERON COLOMBIA tiene una reputación consolidada en el mercado Colombiano para la prestación de servicios de hospedaje, la cual ha construido desde hace más de 40 años, sino que dicha circunstancia fue aprovechada indebidamente por las accionadas para posicionar sus productos y servicios.

III. SOLICITUD

En los anteriores términos sustento el recurso de alzada, reiterando que tal y como está probado a lo largo del proceso, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, que:

1. **REVOQUE parcialmente** la sentencia de primera instancia proferida el 27 de abril de 2022 por la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo relativo a la infracción

a derechos de propiedad industrial y en lo que concierne a la acción de competencia desleal, solo en lo que toca al acto desleal de explotación de la reputación ajena.

2. Como consecuencia de lo anterior, que se declare que INTEGRAMOS MAYORISTA y FLEXITRAVEL incurrieron, además del acto de competencia desleal de engaño, incurrieron en el de explotación de la reputación ajena, de conformidad con lo solicitado en la pretensión primera del acápite de pretensiones por competencia desleal, planteadas en la demanda.

3. De igual forma, y como consecuencia de lo previsto en el numeral 1, que se declare que las sociedades demandadas infringieron los derechos de propiedad industrial de HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S, y en consecuencia se condene a INTEGRAMOS MAYORISTA S.A.S y FLEXITRAVEL S.A.S a: i). Que en forma inmediata cese el ejercicio de los actos que constituyen la infracción a que se hace relación a los hechos de la demanda, en particular que suspenda el uso de la expresión DECAMERON o cualquier otra que resulte similarmente confundible con las marcas de HOTELES DECAMERON S.A.S., así como que en el futuro se abstenga de usar dicha expresión para promocionar sus productos o servicios, ii). Que en forma inmediata y definitiva sean retirados de los circuitos comerciales, todo el material impreso o de publicidad, incluidas las páginas web, así como los materiales y medios que son empleados para cometer la infracción, especialmente papelería que incluya la expresión DECAMERON Y/O HOTELES DECAMERON, y iii). Al pago de la indemnización preestablecida sobre cada una de las marcas infringidas y acreditadas en el expediente como de propiedad de mi representada, de conformidad con lo solicitado en las pretensiones primera, segunda y tercera del grupo de pretensiones relacionada con la infracción de derechos de propiedad industrial, planteadas en la demanda.

Atentamente,



GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79.779.355 de Bogotá D.C.

T.P. 82.904 del C.S.J.