


MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: 110013103-002-2015-00107-03 GSS EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL contra PERENCO COLOMBIA LIMITED

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 10/11/2023 17:07

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

 1 archivos adjuntos (748 KB)

Apelacion sentencia - JUZ 2 CIVIL CIRCUITO final jb.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: JOHN F. BAYONA M. <jbayonamolano@hotmail.com>

Enviado: viernes, 10 de noviembre de 2023 17:02

Para: carlosedolinales@gmail.com <carlosedolinales@gmail.com>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: tomaslopezjimenez2014@gmail.com <notificacionesjudicialeslb@gmail.com>

Asunto: RE: 110013103-002-2015-00107-03 GSS EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL contra PERENCO COLOMBIA LIMITED

Por el presente adjunto sustento recurso de apelación

Saludos,

ATT

JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO
jbayonamolano@hotmail.com
+573114747952



De: [Carlos Linares](#)

Enviado: viernes, 10 de noviembre de 2023 16:41

Para: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co; secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CC: [JOHN F. BAYONA M.](#); **NOTIFICACIONES JUDICIALES**

Asunto: 110013103-002-2015-00107-03 GSS EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL contra PERENCO COLOMBIA LIMITED

Honorable Magistrada Ponente:
Dra. ÁNGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
E. S. D. Vía email

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO DE GEOFÍSICA SISTEMAS Y SOLUCIONES S. A. **GSS EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** contra **PERENCO COLOMBIA LIMITED**

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN ADHESIVO A LA SENTENCIA DE 06 DE JULIO DE 2022 DEL JUEZ 2º CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

CARLOS EDUARDO LINARES LÓPEZ, domiciliado en Bogotá, D.C., identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado de la sociedad demandante para el cobro de obligaciones dinerarias, GEOFÍSICA SISTEMAS Y SOLUCIONES S. A. GSS En Liquidación Judicial, estando dentro del término hábil para esta actuación, respetuosamente manifiesto al H. Tribunal, que con fundamento en el PARÁGRAFO del Artículo 322 del Código General del Proceso presento SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN ADHESIVA para que se REVOQUEN los ordinales PRIMERO y SEGUNDO y se modifique el QUINTO, de la sentencia fechada 6 de julio de 2022, proferida por el A quo.

--

Respetuosamente,

CARLOS EDUARDO LINARES LÓPEZ

C.C. 19.498.016 T.P. 51.974 Abogado

Teléfonos (57) 601312 33 65 / 601312 32 55

Calle 72 # 12 - 65 Oficina 305 Bogotá D. C.

Señor
JUEZ 2 CIVIL DE CIRCUITO DE ORALIDAD

PROCESO EJECUTIVO SINGULAR No 2015-00107

**GEOFÍSICA SISTEMAS Y SOLUCIONES S. A. G S S. EN LIQUIDACIÓN
JUDICIAL
CONTRA PERENCO COLOMBIA LIMITED**

Asunto: **APELACION SENTENCIA**

Respetado Doctor:

JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.263.709 de Bogotá y T.P. No. 51.770 del consejo Superior de la Judicatura en mi calidad de apoderado de la sociedad Perenco Colombia Limitada, acudo a su Despacho, y dentro del termino legal me permito presentar **RECURSO DE APELACION** contra la sentencia proferida el 6 de Julio de 2022, para que sea REVOCADA en su totalidad, recurso que fundamento de la siguiente manera:

Consideración previa

En el presente caso el despacho ha proferido sentencia en clara ambivalencia e incongruencia con la decisiones que sobre los mismos documentos, había tomado con anterioridad y fundamentó su decisión en la sentencia, de manera incongruente con el mandamiento de pago, pues libra mandamiento **por facturas** y no **título complejo** como lo fundamenta en la sentencia que profiere, desconociendo flagrantemente su COMPETENCIA, las pruebas practicadas en el proceso (interrogatorios de partes, testimonios, documentos y piezas procesales del trámite de reorganización y liquidación que se adelantó ante la SuperSociedades por el demandante, conciliacion practicada etc...); Así mismo desconociendo de esta manera hechos probados como el pago de las obligaciones reclamadas, unas vía Factoring y otras directamente, por lo que como

se presento de las piezas procesales allegadas al expediente, el acreedor es deudor de PERENCO COLOMBIA LIMITED en el tramite liquidatorio que cursa ante la SuperSociedades.

Hechas las anteriores consideraciones me permito formular los motivos de inconformidad contra la sentencia de la siguiente manera:

- 1. Falta de COMPETENCIA del Juez para librar mandamiento de pago y Fallar o dictar sentencia conforme quedó plasmado en el contrato de adquisicion sismica y procedimiento No C10GG-32 celebrado entre las partes, que utilizo para determinar que los documentos base de la acción son títulos complejos generando una NULIDAD insaneable de todo lo actuado.**

Señala en la sentencia el despacho:

CASO CONCRETO


Descendiendo al caso sub judice, se tiene que la sociedad GEOFÍSICA SISTEMAS Y SOLUCIONES S.A. GSS EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, a través de apoderado judicial, instauró demanda ejecutiva, promovida en contra de PERENCO COLOMBIA LIMITED, allegando como base de recaudo, el contrato de adquisición sísmica y procedimiento No.C10GG-32 y las facturas de venta número 2141, 2142, 2143, 2172, 2181, 2182, 2213, 2214, 2220, 2230 y 2233, para el recaudo de la suma total de dos mil trescientos siete millones trescientos noventa y seis mil ochenta y tres pesos (\$2.307'396.083 m/cte.).

Y agrega:

Finalmente, en relación con la falta de requisitos del título valor, rememorando lo señalado por la Honorable Corte Constitucional, estos, como función económica, son la prueba de las obligaciones contraídas por las partes y, por tanto, permiten al acreedor accionar directamente a través de un proceso de ejecución, obligando al deudor a pagar, sin necesidad de acudir a la vía judicial por un proceso declarativo; situación que se acompasa con la demanda principal del trámite del epígrafe.

Entonces, examinado los títulos valores incorporados como base de recaudo⁶, junto con el contrato de adquisición sísmica y procesamiento No. C10GG-32⁷, se encuentran acreditados, sin lugar a equívocos, el lleno de los requisitos legales contenidos en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, hoy 422 del Código General del Proceso, ante la inminente configuración de un título completo; salvo lo tocante a las facturas de venta número 2141, 2142, 2143 y 2172, como se explica a continuación:

Se advierte que el juzgado sobre esos documentos había negado el mandamiento en dos (2) ocasiones (expediente 2014-0837), pues los títulos base de la acción no cumplían con los requisitos para dicho fin.

 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Expediente No. 14-0837

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil catorce (2014)


Analizado el documento aportado como base de la ejecución, se constata que no aparece una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, motivo por el cual se considera que no existe título ejecutivo. Circunstancia por la cual no se dan los requisitos del Art. 488 del C. de P. C.

Lo anterior teniendo en cuenta que una vez analizadas las facturas que se pretenden tener como título ejecutivo se constata que las mismas no tienen fecha de vencimiento.

De acuerdo a esto, el juzgado NIEGA el mandamiento de pago deprecado.

De la demanda y sus anexos, se ordena la entrega a quien la presentó sin necesidad de desglose.

Notifíquese,


OSCAR GABRIEL CELY FONSECA
Juez

El anterior auto se potifica por anotación
ESTADO No. 11 fijado hoy
11 6 ENE 2015 a la hora de las 8:00
J.A.M.
JAIME PULIDO DÍAZ
Secretario

Asignado nuevamente el expediente al mismo despacho, se le asigna como numero de radicación **2015-00107** y por auto de fecha veintisiete (27) de febrero de dos mil quince (2015) notificado por estado el veintiuno (21) de abril de dos mil quince (2015) donde se ordena que por secretaria se remita el presente proceso a la oficina judicial reparto a fin de que sea **compensado** por otro, pues la demanda ya había sido conocida por este despacho tal como se evidencia en el numeral primero de estos hechos, la secretaria no obedece la orden dada por el Juez y da tramite al memorial presentado por el demandante que no corresponde con el auto y en el que pretende se tengan los documentos simples como parte de un título complejo.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO**

Expediente No.2015-00107

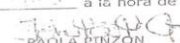
Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil quince (2015)

Ingresa el expediente al Despacho con informe secretarial visible a folio 108 vto en el que se informa que el proceso de la referencia se recibe del reparto para para resolver, no obstante esto y en atención al informe secretarial se debe decir que la demanda presentada ya había sido tramitada en este Juzgado bajo el No. 2014-00837, y mediante auto del 14 de enero de 2015 se negó el mandamiento de pago y fue retirada el 20 de enero del hogar.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo anterior, se orden que por Secretaría se remita el presente proceso a la Oficina de reparto a fin de que sea compensado por otro.

Notifíquese y cúmplase,


OSCAR GABRIEL CELY FONSECA
Juez

El anterior auto se notifica por anotación ESTADO	
No. <u>22</u>	fijado hoy
A.M.	a la hora de las 8:00
 PAOLA PINZÓN Secretaria	

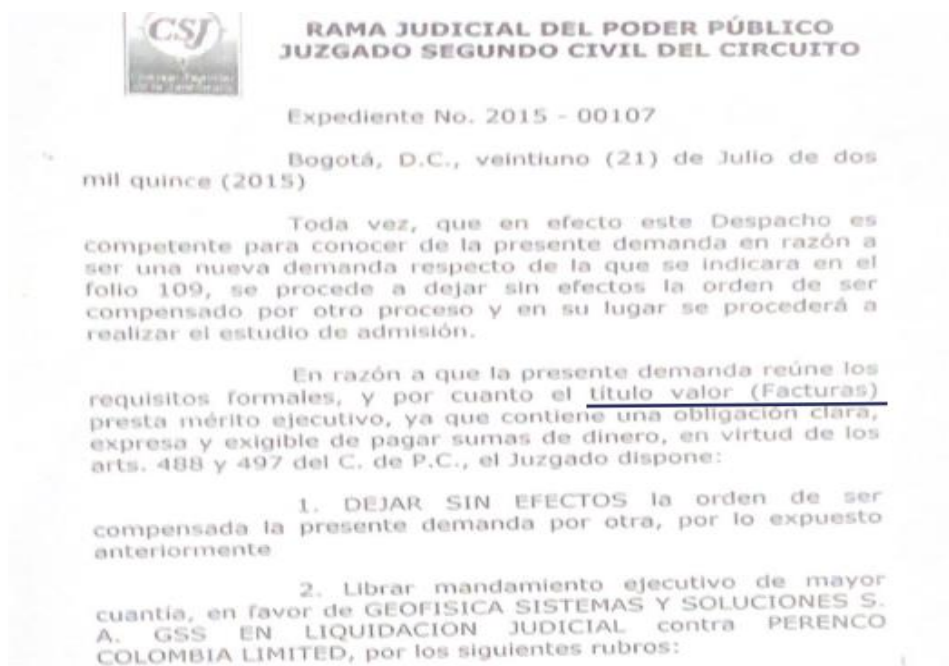
El apoderado actor presenta escrito que no corresponde a un recurso y en el que manifiesta:

Sin embargo, al igual que con el poder, la demanda que se presenta es la misma anteriormente presentada.

Por auto de fecha veintiuno (21) de Julio de dos mil quince (2015), notificado el cuatro (04) de agosto de dos mil quince (2015) el despacho sin sustentar su cambio de posición y sin mencionar el escrito presentado por el apoderado de la parte demandante, asume el conocimiento del proceso dejando sin efectos la orden de compensar dicha demanda.

En dicho auto se libra mandamiento de pago con los mismos documentos (**copias simples de facturas sin requisitos legales**) presentados en la primera demanda con el argumento que esta vez sí cumplían los requisitos exigidos en los arts. 488 y 497 del C.P.C. **a las cuales no se les realizaron modificaciones algunas.** Téngase en cuenta folio 110 al 115 de las copias anexas a esta. Auto firmado por el Juez. **Se debe advertir que el mandamiento de pago nunca se refiere a TITULO COMPLEJO.**

Para ilustración incorporo únicamente la primera página del mandamiento de pago aclarando que son 4 paginas.



Observece como en el mandamiento de pago se libro con base a **titulo valor (facturas)**, y en la sentencia proferida por el despacho, incorpora para hacer como un **titulo valor complejo** el contrato de adquisicion sismica y procedimiento No C10GG-32 celebrado entre las partes aquí en mencion, donde ninguna de las providencias tienen equidad ni relacion causal y concordacias entre las deciciones y titulos base la acción.

Revisado el contrato de adquisicion sismica y procedimiento No C10GG-32 aportado por el demandante que sirbe de base a la sentencia, se observa lo siguiente:

“7.9 ARBITRAJE:

Toda controversia o diferencia relativa de este contrato, se resolverà por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetara al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliaciòn de la Camara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estarà integrado por tres àrbitros designados por las partes en comun acuerdo. En caso de que no fuere posible, los arbitros seràn designados por el Centro de Arbitraje y Conciliaciòn de la Camara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes. B) El Tribunal decidira en derecho.”

Es decir que existia **clausula compromisoria** en el contrato que determinaba donde se deberia derimir el asunto y debia no ser aceptado ni resuelto por el señor Juez de conocimiento dado que este funcionario, **no contaba con la competencia para dicho fin.**

La falta de competencia imponia al Juez abstenerse de librar mandamienrto de pago y mas aun, fallar el proceso incorporando el contrato de adquisicion sismica y procedimiento No C10GG-32 para perfeccionar el titulo complejo, lo que enviste de **NULIDAD** el proceso tanto desde el mandamiento de pago hasta la sentencia.

Ahora bien como colorario de lo anterior el apoderado de la parte actora a sabiendas de la **clausula compromisoria** en el contrato, mediante el memorial previo a librarse

mandamiento de pago, señala que solicita se libre mandamiento de pago por cuanto las obligaciones “...derivadas de los documentos que obran en el expediente y que constituyen **título ejecutivo complejo** base de la ejecución”

Para ese momento el despacho no se percató de la cláusula compromisoria y libro mandamiento de pago basado en los **títulos de ejecución (facturas)** sin en ningún momento “CALIFICAR” de un título complejo, como ya en la sentencia lo describe e incorpora y es donde viene a darle vida al contrato de adquisición sísmica y procedimiento No C10GG-32, generando **una nulidad absoluta insaneable** desde el momento que se radica la demanda con estos documentos como base de la acción.

Por lo tanto emerge que el funcionario en virtud del contrato al que le da CONEXIDAD con los documentos carentes de requisitos, NO TENIA COMPETENCIA para conocer del asunto.

2. **El Juez profirió sobre los mismos documentos providencias ambivalentes y totalmente contradictorias, proferidas sobre el mismo asunto e Incumple de manera directa el principio del precedente judicial.**

Al respecto la Honorable Corte constitucional señaló;

*La Corte Constitucional mediante: (1) Sentencia C-539 del 2011, revisando el artículo 114 de la Ley 1395 del 2010^[6]; (2) Sentencia C-634 del 2011, observando el artículo 10 de la Ley 1437^[7] del 2011 y (3) Sentencia C-816 del 2011, analizando el artículo 102, incisos 1º y 7º de la Ley 1437 del 2011, declara una exequibilidad condicionada de dichas normas. En ellas se establece que los **precedentes judiciales serán de aplicación directa no solo por las autoridades judiciales, sino también por las autoridades administrativas**, en contravía del artículo 230 constitucional. Para defender la exequibilidad de esas normas, expresa la Corte que:*

*(i) Hay una omisión legislativa relativa. Para la Corte, el Congreso, al legislar, omitió establecer el respeto por el precedente constitucional – como sí consagra el respeto por el **precedente judicial ordinario o administrativo** y la jurisprudencia de unificación – en materia de interpretación y aplicación por parte de las autoridades administrativas, en lo pertinente a su competencia. Pero reconoce, mediante “interpretación auténtica”, que el legislador, en su querer o*

verdadera intención, pretende evitar que el ciudadano deba acudir ante sede judicial en busca de la aplicación del precedente.

Es decir, al consagrar que las autoridades administrativas acataran el precedente judicial, en gran medida, se evitaría que debiera siempre acudir al juez en su aplicación, entonces esto permite una descongestión de los despachos judiciales. Si la autoridad administrativa inaplica o aplica de manera defectuosa el precedente judicial, será necesario acudir ante el juez competente. Pero ello puede ser costoso en términos de tiempo y desgaste para los ciudadanos.

Por ello, para la Corte, las autoridades públicas en general, en aras de la descongestión judicial, aplicarán el precedente judicial y constitucional. La competencia para hacer obligatoria la aplicación del precedente por vía legal la Corte la denomina “libre configuración legislativa”, que consiste en diseñar las disposiciones legales o textos legales de acuerdo con la competencia otorgada por la propia Constitución. Facultad que tiene límites como: a) los valores, principios, derechos y deberes constitucionales y b) el test de proporcionalidad, principalmente.

(ii) El precedente judicial debe tenerse en cuenta como fuente de Derecho en materia ordinaria o administrativa, o por extensión de la jurisprudencia de unificación.

(iii) Ese respeto y acatamiento no solo debe darse por parte de las autoridades judiciales (precedente horizontal y vertical), sino también por las autoridades administrativas. Además de manifestar que es un buen comienzo, insinuando que el precedente judicial puede llegar invadir todas las ramas del poder público y en lo posible órganos autónomos e independientes....

y se tiene que el **título ejecutivo complejo o compuesto**, corresponde a aquel el cual, la obligación se deduce del contenido de dos o más documentos dependientes o conexos, es decir ligados íntimamente, de manera que el mérito ejecutivo, emerge como consecuencia de la unidad jurídica del título.

Se evidencia que al caer en error el juzgado al librar mandamiento de pago, con los mismos documentos por los que lo había negado en dos (2) ocasiones anteriores al considerar que no reunían los requisitos de ley, haciéndolo parecer como si se librara **por título complejo** y sin ser el fundamento del mandamiento, el Juez al revisar el

contrato debió percatarse de que no era competente en razón de lo antes enunciado, que el apoderado demandante carecía absolutamente de representación y poder, que la demanda no indicaba que se trataba de Título complejo para hacer una ejecución con título complejo sino con facturas y peor aún, que ni en el mandato o el libelo de mandatorio se otorgaba facultad o se pretendía que se librasse mandamiento de pago conforme a lo indicado, pues los citados documentos solo se refieren escuetamente a Facturas .

Solamente al descorrer la reposición al mandamiento de pago interpuesta que oportunamente presentamos, el apoderado actor Dr Linares López **confesó y señaló** lo siguiente:

*“Pero no es menos cierto que conocido este auto, se presentó fue una nueva demanda, diferente de la anterior, en la que para subsanar la falencia respecto de la ausencia de una fecha de vencimiento de las facturas base de ejecución se aportó con esta acción el original del contrato de adquisición sísmica Es claro entonces que el titulo ejecutivo que obra en este proceso es **un título complejo compuesto por las facturas de venta , el contrato de adquisición sísmica y la certificación contable de los saldos insolutos de las facturas que se presentan para su cobro ejecutivo, expresados en pesos colombianos**Así las cosas radicada la nueva demanda que nos ocupa, se subsanó el defecto que se había advertido en la demanda presentada anteriormente dado que del conjunto de documentos aportados con esta demanda si se desprenden obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles a cargo de la sociedad Perenco Colombia, por lo que ahora si este despacho procedió a librar orden ejecutiva impugnada sin razón....*

Tanto el Juzgado 2 civil del circuito de Bogotá, como el apoderado actor, desatendieron que si la base de la ejecución era el titulo complejo, en el poder, en el libelo y en el mandamiento de pago que fue librado por facturas simples, debias indicarse que se trataba de título complejo y que además el contrato incorporaba una clausula compromisoria dando cabida a que el señor Juez no tenía competencia y por lo tanto nunca debió pronunciarse dentro del proceso de la referencia.

Como quiera que el mandamiento se libró por (facturas) en ese sentido se entrabo el

contradictorio.

3. EL DESPACHO EN SU DECISIÓN DESCONOCIÓ TODAS LAS PRUEBAS ALLEGADAS Y PRACTICAS DENTRO DEL EXPEDIENTE (*Documentos aportados por la demandada, interrogatorios de partes, testimonios, documentos y piezas procesales y providencias del trámite de reorganización y liquidación que se adelantó ante la SuperSociedades por el demandante, conciliación practicada y debidamente aprobada por la SuperSociedades sobre los estados de cuenta entre las partes etc...*) **QUE DETERMINABAN EL PAGO DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS Y LA PLENA PRUEBA DE QUE LAS EXCEPCIONES PRESENTADAS TIENE QUE PROSPERAR EN SU TOTALIDAD.**

3.1 Desconoció sin valorar del material probatorio aportado del interrogatorio de parte a la representante legal de PERENCO COLOMBIA LIMITED las facturas objeto de ejecución habían sido endosadas y pagadas en su Totalidad, unas vía factoring a la sociedad DIVISA S.A. por el representante legal de GSS señor MARCO TULIO PEREZ y otras directamente por PERENCO COLOMBIA LIMITED.

En efecto, en el Interrogatorio de parte a la Dra KARELLYS PANTOJA en su calidad de representante legal de PERENCO COLOMBIA LIMITED, se allegaron copias auténticas de las facturas y documentos idóneos y pertinentes que prueban plenamente que las obligaciones pretendidas por la demandante, habían sido pagadas íntegramente por la sociedad demandada PERENCO COLOMBIA LIMITED, unas por endoso que se había hecho en Factoring a la compañía Divisa S.A. por parte de GSS EN LIQUIDACION y otras directamente a la sociedad..

Allegó en su interrogatorio de parte las copias auténticas de los soportes de pagos que desvirtúan las copias contables que pretenden tener como títulos en la presente ejecución, indicó de manera clara como los pagos realizados y las obligaciones a favor de PERENCO COLOMBIA LIMITED por razones de legislación petrolera eran objeto de

proceso de reclamación a la aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. en juzgado del Circuito cuya copia se encuentra en el presente como prueba trasladada.

Ratificó que PERNCO COLOMBIA LIMITED había dado clara respuesta al Liquidador de GSS EN LIQUIDACION Dr FELIPE NEGRET MOSQUERA en fecha junio 6 de 2014, mediante documento aportado con la demanda y en el que expresamente se indicó:

“CONSIDERACION

Como se observa detalladamente los pagos de las facturas que ustedes relacionan en su comunicación, además de haber sido efectivamente realizados se llevaron a cabo con mucha anterioridad a la admisión del proceso de reorganización empresarial, circunstancia esta que no se circunscribe dentro de los lineamientos legales que se contemplan en su requerimiento y determinan infundada su reclamación....

SOLICITUD

- 1. Se abstenga de requerir el pago de las facturas relacionadas, que como se explicó, fueron debidamente pagadas a la sociedad GEOFISICA SISTEMAS Y SOLUCIONES S.A. -GSS, con anterioridad a la fecha de iniciación del trámite de reorganización de la ley 1116 de 2006.....”*

Lo anterior, aunado a lo que se demostró y probó al interrogar a la representante legal de GSS EN LIQUIDACION, Dra JULIANA GARCIA, en las actividades de la liquidación, que en lo concerniente indicó que se limitaron a recibir copias de los documentos que reposaban en la contabilidad de GSS y los reportes contables del contador de GSS EN LIQUIDACION señor JORGE LUIS RODRIGUEZ y con base en ellos presentaron la demanda ejecutiva, documentos que eran simples copias contables sin notas de radicación y aceptación, sin hacer la correspondiente averiguación de la situación de cada uno de esos documentos y sin percatarse que algunos ya habían sido endosados y pagados vía Factoring y otros pagados directamente por PERENCO COLOMBIA LIMITED.

También esta probado en el expediente que contrario a lo pretendido y señalado, el que debe dineros es el demandante GSS EN LIQUIDACIÓN al demandado PERENCO COLOMBIA LIMITED por concepto de pagos subrogados ante la SuperSociedades en el proceso de liquidación obligaciones Laborales en cuantía de \$2.327.851. 699 y pago a contratistas de GSS por valor DE \$3.441.872.979, obligaciones y valores que fueron

objeto de conciliación debidamente **aprobada mediante auto 405-00711** dentro del trámite liquidatorio y que el Juzgado fallador desconoció sin siquiera tenerlos en cuenta o valorarlos al hacer pronunciamiento de fondo.

14

ACTA DE CONCILIACIÓN DE OBJECIONES PRESENTADAS CONTRA EL PROYECTO DE GRADUACION Y CALIFICACION DE ACREENCIAS DE DERECHOS DE VOTO

Acta No. 012

En Bogotá, D.C., el día dieciséis (16) del mes de julio de 2014, presentes de una parte el doctor **ANDRÉS MAURICIO SILVA LEÓN**, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá, D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.992.667 expedida en Pasto, actuando en su calidad de Apoderado General del Liquidador de **GEOFISICA SISTEMAS Y SOLUCIONES S.A. EN LIQUIDACION JUDICIAL**, por otra, **JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO** mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.263.709 expedida en Bogotá y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 51.770 del Consejo Superior de la Judicatura en su calidad de apoderado judicial **PERENCO COLOMBIA LIMITED**, por otra, **OBDULIO MUÑOZ**, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.475.091 expedida en Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado 68.679 del C.S.J. en su calidad de apoderado judicial de la sociedad **T-ONE**, quienes manifiestan que suscriben la presente acta de **"CONCILIACION"** de la objeción presentada por T-ONE mediante radicado No. 2014-01-293124, en los siguientes términos:

1. CONSIDERACIONES DE LA CONCILIACION

Revisadas las acreencias, se encuentra que **PERENCO COLOMBIA LIMITED**, se subrogó en acreencias tanto de naturaleza laboral como de quirografanos, todas causadas con anterioridad a la apertura del proceso de reorganización, por lo anterior, se procede al siguiente ajuste:

CREDITOS CAUSADOS CON ANTERIORIDAD A LA APERTURA DEL PROCESO DE REORGANIZACION DE LEY 1116 DE 2006 (PRE)

Creditos reconocidos en PRIMERA CLASE

LABORALES Y SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.- Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo. (PRE)

SUPERIOR	NUMERO	NOMBRE	VALOR RECONOCIDO	DERECHOS DE VOTO	OBSERVACIONES ESPECIFICAS RESPECTO DE LO NO RECONOCIDO	CAUSAS ESPECIFICAS RESPECTO DE LO NO RECONOCIDO
SI.000	146	PERENCO COLOMBIA LIMITED	2.327.843.636,00	2,5% 188.948,95		

QUINTA CLASE.- (PRE)

SUPERIOR	NUMERO	NOMBRE	VALOR RECONOCIDO	DERECHOS DE VOTO	OBSERVACIONES ESPECIFICAS RESPECTO DE LO NO RECONOCIDO	CAUSAS ESPECIFICAS RESPECTO DE LO NO RECONOCIDO
SI.000	146	PERENCO COLOMBIA LIMITED	3.805.656.829,00	4,2% 372.858,55		

ACTA DE CONCILIACION DE OBJECIONES PRESENTADAS CONTRA EL PROYECTO DE GRADUACION Y CALIFICACION DE ACREENCIAS DE DERECHOS DE VOTO

15

Acta No. 012


El original de esta Acta será remitida por el Liquidador en la oportunidad legal a la Superintendencia de Sociedades.

Dada en Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días del mes de julio de 2014, en tres (4) originales del mismo tenor, uno para la objetante, otro para la Deudora, otro para PERENCO COLOMBIA LIMITED y otro para el juez del concurso.

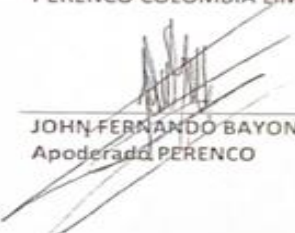
EL LIQUIDADADOR,


ANDRES MAURICIO SILVA LEON

T-ONE,


OBDULIO MUÑOZ
Apoderado T-ONE

PERENCO COLOMBIA LIMITED,


JOHN FERNANDO BAYONA
Apoderado PERENCO

Esta acta fue aprobada dentro del tramite liquidatario mediante auto que señalo lo siguiente:

"AUTO 405-000711

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

ASUNTO: resolución de objeciones , reconocimiento de créditos, asignación derechos de voto y aprobación de inventario.

RESUELVE:

.....

DECIMO: Aprobar las conciliaciones celebradas por el liquidador de la sociedad concursada con:.....Perenco Colombia Limited.."

Es de anotar que el juez al fallar ni siquiera tuvo en cuenta estas decisiones de carácter jurisdiccional tomadas por la SuperSociedades como Juez competente del trámite

prevalente de reorganización y liquidación empresarial, cuyas providencias obran en el expediente

3.2 Esta probado dentro del expediente que se pretende cobrar doblemente a PERENCO COLOMBIA LIMITED con copias contables.

De los documentos aportados y de los testimonios del **contador de GSS SA** (*profesional este que desempeñó el cargo de contador de GSS SA desde antes de la reorganización y liquidación y durante todo el tramite liquidatorio*), señor **JORGE LUIS RODRIGUEZ** claramente en su declaración manifestó al despacho que **"PERENCO COLOMBIA LIMITED había pagado la obligación que se cobraba" e incluso que habían facturas que se habían cobrado dos veces** y que los demás soportes que correspondían a las copias de las facturas objeto de la presente ejecución se encontraban relacionados en las obligaciones incorporadas como acreencias de PERENCO EN EL TRAMITE LIQUIDATORIO y que habían sido tenidas en cuenta como créditos pre en primera y quinta clase.

De igual forma está probado que se hizo conciliación con el liquidador de GSS y se elevó acta de dicha conciliación ante la Superintendencia de sociedades, conciliación que correspondía a la que se había celebrado entre el contador de GSS EN LIQUIDACION señor con el contador de PERENCO COLOMBIA LIMITED, señor RODRIGO MOSQUERA, situación que dejaron claramente establecida ambos en sus correspondientes testimonios dentro del presente expediente.

La declaración del Contador JORGE LUIS RODRIGIEZ ante el despacho judicial, **desvirtúa totalmente** la certificación de GSS EN LIQUIDACION de fecha 19 de agosto de 2014, suscrita por el en su condición de contador y el señor ANDRES SILVA LEON en su condición de apoderado general de la liquidación, que fue aportada con la demanda y que pretendía reforzar la solicitud ejecutiva.

Ninguna de estas pruebas fue valorada por el Juzgado al fallar.

3.3. Desconoció las pruebas que dan cuenta de que PERENCO COLOMBIA LIMITED PAGO todas las obligaciones que se cobran en el presente trámite Judicial, y que esta claramente probado el cobro de lo no debido .

Como se desprende del simple análisis probatorio documental, es evidente la inexistencia de la obligación que se pretende cobrar. El cobro de lo no debido y el efectivo pago de cada una de las obligaciones.

Así mismo de las mismas pruebas se concluye lo siguiente:

- Que la sociedad GSS EN LIQUIDACION, incumplió el contrato celebrado con PERENCO COLOMBIA LIMITED, y en razón a su situación se incorporó en ley de Insolvencia y posterior liquidación, razón por la cual PERENCO COLOMBIA LIMITED tuvo que asumir obligaciones por las que pago como se desprende de las piezas procesales de la superintendencia arrimadas al expediente
- Que los documentos aportados como títulos, son simples copias contables que recibieron los liquidadores y que procedieron a iniciar ejecución sin tener en cuenta la situación de cada una de las obligaciones y mucho menos sin que cumplieran los requisitos de ley.
- Que algunas facturas fueron pagadas por endoso que se hizo de ellas vía factoring por el representante legal de GSS a la firma DIVISA S.A. firma a la cual PERENCO COLOMBIA LIMITED pago.

- Que las otras facturas y sus conceptos fueron debidamente pagadas y conciliados tanto por los contadores de las dos firmas como con el liquidador de GSS, tal y cual se demuestra de los testimonios de los contadores de cada una de las empresas, señores RODRIGUEZ Y MOSQUERA y de la representante legal de GSS EN LIQUIDACION como expresamente del **acta de conciliatoria 12 elevada dentro de la liquidación, de la cual se observa las obligaciones en favor de PERENCO COLOMBIA LIMITED y que no existía saldo a favor de GSS EN LIQUIDACION de acuerdo al acta CONCILIATORIA DE LAS OBLIGACIONES**

Como se desprende de la presente acta dentro del proceso liquidatorio ante la Superintendencia de Sociedades quien adeuda obligaciones es GSS EN LIQUIDACION a PERENCO COLOMBIA LIMITED, esta conciliación fue debidamente aprobada por la Superintendencia de Sociedades.

Conforme a todo lo anterior solicito a los señores Magistrados:

1. REVOCAR LA SENTENCIA proferida por el Señor Juez Segundo Civil del Circuito de esta Ciudad y DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DE TODO LO ACTUADO EN EL TRAMITE DEL PRESENTE PROCESO.
2. Condenar en costas a la parte demandante.

Atte:



JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO
C.C.Nº 79'263.709 DE BOGOTA
T.P.Nº 51770 C.S.J.
Email. jbayonamolano@hotmail.com
Cel 3114747952

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYALA PULGARIN RV: Sustentación del recurso de Apelación en contra de la sentencia anticipada de primera instancia, dictada por el Despacho el 27 de julio de 2023 11001319900120197087906

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 10/11/2023 16:30

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

📎 1 archivos adjuntos (442 KB)

Sustentación apelación SEVEN VS DIGITAL WARE Rad. 19-270879 VF.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYALA PULGARIN

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: VALBUENA ABOGADOS <procesos@valbuenaabogados.com>

Enviado: viernes, 10 de noviembre de 2023 16:28

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Laura Huertas <lhuertas@valbuenaabogados.com>; guillermo.villalba@gavabogados.com <guillermo.villalba@gavabogados.com>

Asunto: Sustentación del recurso de Apelación en contra de la sentencia anticipada de primera instancia, dictada por el Despacho el 27 de julio de 2023 11001319900120197087906 SEVEN TECNOLOGIAS DE LA INFORMÁTICA S.A. contra DIGITAL WARE S.A

Bogotá D.C., 10 de noviembre de 2023

Señor(es)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL

Ciudad

Asunto: Sustentación del recurso de Apelación en contra de la sentencia anticipada de primera instancia, dictada por el Despacho el 27 de julio de 2023

Radicado: 11001319900120197087906

Demandante: SEVEN TECNOLOGIAS DE LA INFORMÁTICA S.A.

Demandado: DIGITAL WARE S.A

Por instrucciones de la doctora **LAURA ESTEPHANIA HUERTAS MONTERTO**, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.010.209.600 de Bogotá D.C, abogada en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 275.553 del C.S.J. en calidad de apoderado de **SEVEN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMÁTICA S.A.**, tal y como consta en el expediente, mediante la presente comunicación me permito remitir memorial para los fines pertinentes.

Agradezco dar acuse de recibo,

Cordial saludo,



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

Bogotá D.C., 10 de noviembre de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Sala Civil

Att. M.P. Dra. Adriana Ayala Pulgarín

E. S. D.

Radicado No. 1100131990012019-70879-06

Referencia: Proceso de Competencia Desleal

Demandante: Seven Tecnologías de la Informática S.A.

Demandado: Digital Ware S.A.

Asunto: Sustentación del recurso de Apelación en contra de la sentencia anticipada de primera instancia, dictada por el Despacho el 27 de julio de 2023

LAURA ESTEPHANIA HUERTAS MONTERTO, identificada como aparece a pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderada especial reconocida de la sociedad **SEVEN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMÁTICA S.A.**, de conformidad al poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito, encontrándome dentro del término legal correspondiente y con fundamento en lo previsto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, **sustento el recurso de apelación** formulado contra de la Sentencia Anticipada dictada por el Despacho de manera verbal en audiencia llevada a cabo el 27 de julio de 2023, a lo que procedo de conformidad con los siguientes:

I. OPORTUNIDAD PARA LA FORMULACIÓN DE LOS REPAROS CONCRETOS

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, dentro de los cinco (5) días siguientes al momento en que quede en firme el auto que admite el recurso de apelación, se deberá sustentar el recurso de apelación por la parte interesada, so pena de declararlo desierto. En el caso concreto, como quiera que el auto que admitió el recurso de apelación se notificó por estado del 30 de octubre de 2023, por lo que el mismo quedó en firme el 2 de noviembre del presente año. De esta forma, el término de los 5 días empezó a correr el 3 de noviembre y fenece el 10 de noviembre, por cuanto el 6 de noviembre fue día festivo. Por esta razón, el presente memorial resulta oportuno.

II. DE LA SENTENCIA OBJETO DE RECURSO

En audiencia del 27 de julio de 2023 la Delegatura de Asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio dictó sentencia anticipada de manera oral bajo

el argumento de que en el caso concreto se encuentra probada una supuesta falta de legitimación en la causa por activa, en tanto que en los términos de lo dispuesto en la Ley 256 de 1996, mi representada no podía incoar la presente acción de competencia desleal, porque, según afirmó este despacho, quedó **probado que no participo ni tuvo la intención de participar en el mercado**, razón por la cual dispuso lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la falta de legitimación en la causa de SEVEN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMÁTICA S.A., de que trata el artículo 278 del Código General del Proceso y conforme a la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a SEVEN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMÁTICA S.A., para tal efecto se fija por concepto de agencias en derecho, la suma de DOSCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE y a favor de DIGITAL WARE S.A., acorde con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de Judicatura, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

Por Secretaría, realícese la liquidación correspondiente.

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

Erró de manera grave el juez de primera instancia con ocasión del fallo proferido, pues no es cierto que se cumplieran con los requisitos dispuestos en el artículo 278 del Código General para poder dictar sentencia anticipada dentro del presente asunto. Lo anterior como quiera que no existe fundamento alguno, como equivocadamente lo advierte la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, que permita determinar que se probó la falta de legitimación en la causa por activa de mi representada, la cual está determinada por lo dispuesto en la ley 256 de 1996. Los yerros en los que incurre la providencia objeto del presente recuso, son los siguientes:

3.1. El asunto objeto de la demanda no se trata, bajo ningún aspecto, de temas de responsabilidad contractual

El Despacho manifestó en la sentencia anticipada de primera instancia que, en la medida en que se había alegado en los hechos de la demanda la no entrega del SEVEN SOFTWARE aplicativo por parte de la sociedad demandada DIGITAL WARE, tal circunstancia, constituía, a su juicio, un debate de responsabilidad contractual sobre el cual la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio no es competente para pronunciarse.

Frente a estos argumentos, resulta necesario resaltar a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá que el Despacho de primera instancia yerra en sus consideraciones, por cuanto de los hechos y pretensiones consignados en la reforma de la demanda se concluye de

manera clara que con el presente proceso no se reprocha un incumplimiento contractual, sino que se hace énfasis en que la renuencia a la entrega del software “SEVEN SOFTWARE APLICATIVO” **da lugar a actos de competencia desleal en la modalidad de desviación de clientela y de actos de desorganización** de las pretensiones mercantiles de mi mandante, como quiera que, a pesar de las reiteradas solicitudes de entrega del referido software hechas por mi representada a la sociedad demandada, no fue posible su consecución y **eso no le permitió a mi mandante participar en el mercado.**

Así las cosas, no estamos ante un incumplimiento contractual, sino ante conductas desplegadas por la demandada como participante en el mercado que son contrarias a la buena fe comercial y a las sanas costumbres mercantiles, al impedirle a SEVEN actuar dentro del mercado y explotar el aludido software como un activo de su propiedad.

Se encuentra suficientemente probado con el interrogatorio de parte a la representante legal de la sociedad demandada que la sociedad DIGITAL WARE desarrolló una estrategia para no permitir que SEVEN pudiera explotar legítimamente el software, al no brindarle a mi representada el código fuente.. Tal y como podrá constatar el Tribunal en los audios que se encuentran en el expediente, cuando se le indagó en la audiencia inicial a la representante legal de DIGITAL WARE si había impedido que SEVEN accediera a las herramientas requeridas para explotar el software, la aludida representante fue evasiva en sus respuestas (circunstancia que fue reconocida expresamente por el juez de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien manifestó expresamente en la audiencia que la representante legal de DIGITAL WARE no contestó la pregunta que se le hizo por el Despacho ni por el apoderado de la parte demandada acerca de si había entregado o no el código fuente del Software a SEVEN), de lo cual, a la luz de lo previsto en el artículo 205 del Código General del Proceso, debe derivarse la confesión de que dicho código fuente no fue entregado y esta es la razón por la cual mi mandante no pudo explotar este activo que era de su propiedad.

En este punto, debe ponerse de presente que SEVEN requería contar con las herramientas para explotar el Software SEVEN SOFTWARE APLICATIVO, hecho conocido por la demandada desde el acta de constitución de la sociedad SEVEN que se encuentra como prueba documental en el presente proceso, sin embargo, nunca fueron entregados los componentes necesarios para lograr su uso y explotación, tales como el manual de uso ni el Código fuente.

Se resalta que no era del interés de DIGITAL WARE dejar participar en el mercado a SEVEN, como quiera que ya se encontraba explotando el software de propiedad de esta última, pues, aún cuando la parte demandada haya pretendido sustentar que el software SEVEN APLICATIVO, de propiedad de mi mandante, y SEVEN ERP son dos software diferentes, lo cierto es que se encuentra probado en el expediente con los registros emitidos por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y con el laudo arbitral emitido el 11 de diciembre de 2020 que el Software SEVEN ERP es una obra derivada del SEVEN SOTWARE APLICATIVO de propiedad de mi representada, derivación que se hizo sin ningún tipo de

autorización por parte de mi poderdante y que ha venido siendo explotada igualmente sin autorización de mi mandante por la sociedad demandada, a través de la celebración de contratos con diversos clientes, tal y como se encuentra probado con los documentos que reposan en el expediente.

3.2. No es cierto que en el presente caso se encuentre probada la falta de legitimación en la causa por activa

La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo en la sentencia anticipada de primera instancia que debía declararse probada, de conformidad con lo previsto en el numeral tercero del inciso segundo del artículo 278 del Código General del Proceso, la falta de legitimación en la causa por activa, como quiera que se había demostrado que mi representada no había actuado en el mercado y que no se logró probar que había tenido la intención de participar en él.

Frente a este razonamiento debe manifestarse que el mismo es equivocado por varias razones:

i). La primera de ellas es que no es cierto que mi representada haya confesado su falta legitimación en la causa dentro del presente asunto; (ii) en el proceso se demostró claramente, contrario a lo sostenido por el juez de primera instancia, que SEVEN sí había tenido la intención de participar en el mercado al solicitarle el SEVEN SOFTWARE APLICATIVO a la sociedad demandada, iii) en cualquier caso la ausencia de prueba de la intención de participar en el mercado no habilita al despacho para dictar sentencia anticipada según lo dispone el artículo 278 del C..G.P. y; (iv) En gracia de discusión y en particular para el acto de competencia desleal de desorganización empresarial, no se requiere haber participado en el mercado.

Frente a la legitimación para iniciar una demanda por temas de competencia desleal, debe tenerse en cuenta que el artículo 3 de la Ley 256 de 1996 establece, dentro del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de competencia desleal, que no es necesario que las partes sean competidoras entre sí, sino que la posibilidad de reclamar una protección dentro de este régimen la tiene cualquier participante en el mercado.

De esta forma, y en línea con la amplitud en materia de legitimación en la causa para demandar o ser demandado dentro de un proceso de competencia desleal, el artículo 21 de esta misma Ley menciona que puede demandar cualquier persona que haya participado en el mercado o **haya tenido la intención de participar en él**, además de otros actores en el mercado que no necesariamente tienen que ser empresarios u oferentes (como por ejemplo los consumidores o el Ministerio Público), por lo que no se exige necesariamente que el demandante sea un competidor que se encuentre participando en el mercado para el momento de la presentación de la demanda:

“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.

El Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo”.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que la legitimación en la causa por activa en acciones de competencia desleal previstas en la Ley 256 de 1996 es lo bastante amplia para determinar que pueden acudir a su ejercicio tanto competidores como no competidores, así como aquellos que participen en el mercado o que tengan la intención de hacerlo.

3.2.1. No existe confesión de mi representada en los términos en los que equivocadamente pretende entenderlo el Despacho de primera instancia para efectos de sustentar una sentencia anticipada

En efecto, aduce el Juez de primera instancia que teniendo en cuenta que la cautela preliminar con la que se dio inicio a este proceso judicial se desestimó, entre otras, debido a la ausencia de prueba de la participación en el mercado por parte de la demandante así como de la intención de participar en el mismo, y que situación que se vio corroborada con ocasión del interrogatorio absuelto por la representante legal de mi representada, en desarrollo del cual consideró el fallador que la representante legal confeso dos hechos a saber: (i) la no participación en el mercado por parte de la sociedad demandante y; (ii) la inexistencia de la intención de participar en el mercado, hechos que a voces de lo dispuesto en el artículo 278 del Código General del Proceso, lo habilitaban dictar sentencia anticipada.

No obstante lo anterior, la declaración con la que pretende el Juez de primera instancia sustentar la procedencia de la sentencia anticipada que se recurre en apelación, no tiene la connotación de confesión frente a la intención de mi representada de participar en el

mercado. Así mismo, debe tenerse en cuenta que mi representada nunca confesó o aceptó que no tuviera la intención de participar en el mercado.

Frente al punto de la supuesta confesión según la cual mi representada nunca participó en el mercado, sostuvo el juez de primera instancia que las siguientes declaraciones rendidas en curso del interrogatorio de la señora PAOLA ANDREA ACHURY representante legal de la demandante hacen procedente su consideración:

- *Min 5:10 – Pregunta: ¿a qué se dedica su sociedad? Respuesta: Seven tecnologías es una sociedad que se dedicaba al desarrollo y explotación de un software “seven software aplicativo” sociedad actualmente disuelta y liquidada.*
- *Min 5:58 – 7:00 – Pregunta: ¿Cómo se realiza la explotación del software “seven aplicativo”? Respuesta: Bueno acá, es muy importante señalar que la sociedad a la cual yo represento no ha podido explotar el software por una razón, ese software fue entregado como un aporte en especie por la sociedad Digital Ware, luego en 2018 los requerimos porque ellos no habían hecho entrega del software, le dijimos a la demandada que entregara el software porque Seven Tecnologías quería entrar al mercado. (...) tuvimos la intención de participar en el mercado pero por la no entrega del aplicativo claramente no lo pudimos hacer.*
- *Min 10:22 – Pregunta: ¿Por qué eso configuraría una desorganización empresarial? Respuesta: Porque no pude desarrollar mi objeto social señor juez, por las mismas razones, le insistimos a Digital Ware que hiciera la entrega por los compromisos sociales que habían adquirido y ellos no quisieron dar cumplimiento.*
- *Min 13:00 – Pregunta: ¿la sociedad que representa alcanzó a hacer algún tipo de acuerdo frente a la entrega? y ¿su sociedad tuvo algún tipo de acercamiento para ofrecer en el mercado el aplicativo? Respuesta: no porque cuando lo intentó hacer Seven intento reactivar la sociedad pero como no lo entregaron no fue posible ingresar al mercado.*

Olvidó el fallador de primera instancia que a veces de lo dispuesto en el artículo 196 del Código General del Proceso, la confesión es indivisible, lo anterior en los siguientes términos:

*“Artículo 196. Indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte. **La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe**”*

A pesar de la claridad del artículo en cita, el juez de primera instancia con el fin de dar algún matiz de lógica jurídica a su decisión, decidió apreciar solamente una parte de la declaración de la representante legal de SEVEN, en abierta contradicción de la norma en cita.

Al respecto, debe señalarse que todas las afirmaciones citadas por la sentencia objeto del presente recurso en punto de la participación de la demandante en el mercado SIEMPRE

señalan que la ausencia de participación en el mercado de SEVEN se da como consecuencia de un acto de la demandada, declaración que se tiene que valorar EN SU CONJUNTO.

A partir de una declaración de parte indebidamente valorada no se puede tomar la decisión de negarle el acceso a la administración de justicia por medio de una sentencia anticipada atropellada que, a todas luces, desconoce su derecho de acción y, en su lugar, premia a la demandada por restringir de manera deliberada su acceso al mercado y por haberle impedido desarrollar su objeto social.

No tuvo en cuenta el Juez de primera instancia que mi representada declaró en el interrogatorio de parte practicado a su representante legal -el cual se encuentra en los audios presentes en el expediente- de forma clara, precisa y coherente que la no participación en el mercado se dio como consecuencia directa de un acto de la demandada, lo anterior en los siguientes términos:

***“Juez:** ¿Cómo se realiza la explotación? ¿cómo se veía realizando?*

***Paola Achury:** Bueno, acá, pues es muy importante mencionar algo, señor Juez. La sociedad a la cual yo represento no ha podido explotar el software por una razón. Ese software fue entregado como un aporte en especie por la sociedad Digital Ware. Nosotros encontramos, pues, que en el 2018 ellos nunca nos habían hecho entrega efectiva, los requerimos, les dijimos “Señor Digital Ware por favor entrégueme el software que yo quiero entrar al mercado y pues para explotarlo lo necesito”.*

Ellos nos dijeron “no, nosotros no tenemos ánimo societario, ni siquiera somos socios de esa sociedad, lo desconocieron completamente”. Nosotros procedimos a registrar nuestro software ante la dirección nacional de derechos de autor, donde hoy consta la titularidad y posteriormente seguimos realizando peticiones a Digital para que nos hiciera la entrega y nosotros poder explotar, pero pues eventualmente no pudimos hacerlo porque Digital Ware no nos hizo la entrega de este software. Teníamos todo el ánimo de pues participar en el mercado, ejercer el objeto de la sociedad, claramente no lo pudimos hacer.”

***“Juez:** La demanda manifiesta que el demandado incurrió en desviación de clientela, desorganización y explotación de la reputación ajena. Yo quisiera saber un poco más de esto, de esta situación en particular.*

***Paola Achury:** Claro que sí, señor Juez. Porque los clientes que tiene Digital Ware son de un aplicativo ¿verdad?. Ellos celebran contratos en virtud de un aplicativo que no es de ellos, que es mío.*

Entonces, allí todos esos clientes que hoy día, en la actualidad, tienen me corresponderían a mi como Seven Tecnologías de la Información. Obviamente, ellos eran los únicos interesados en que la sociedad no participara en el mercado. Razón por la cual no me entregaron mi software, y razón por la cual yo no pude

ejecutar esos actos. Entonces, todos esos clientes que ellos tienen hoy le corresponderían a la sociedad que yo hoy represento.

“Dra. Trujillo: Gracias, por favor, indíqueme al Despacho cuál ha sido el número de empleados o contratistas vinculados. A la sociedad Seven Tecnologías de la Informática S.A. en liquidación desde el año de su constitución hasta la fecha en que quedó en estado de disolución y liquidación.

Paola Achury: Lamentablemente ninguno, por las razones que ya he expuesto. **Nuestra sociedad quiso ejercer el objeto social se intentó reactivar, se solicitó a Digital Ware que, por favor, nos entregara el Seven software aplicativo para ejercer el objeto social, pero fue imposible porque no lo entregaron y en razón a eso no tendría sentido contratar a nadie para que ejerza si no tenemos qué explotar.**

Juez: Sí, la doctora le preguntó por contratos de arrendamiento, establecimientos de comercio. Yo le estoy preguntando si la sociedad Seven Tecnologías aparte de esa pregunta ¿hizo algún perfil de red social para anunciar sus servicios, su estructura, algún anuncio publicitario, utilizó una página web?

Paola: No, señor Juez. Imposible porque no tendría cómo prestar servicios, es decir, sin ese software nosotros no podríamos prestar servicios a terceros, **esa es la razón por la cual no se establece página web o un brochure donde puedan constar los servicios, ya que el objeto de la sociedad estaba encaminado a explotar ese software Seven que, de hecho, de allí está su nombre.**

Sra. Trujillo: Sí, si me regala, eh... indíqueme al despacho, de acuerdo, con lo que ha manifestado de los documentos que ha revisado como liquidadora y representante legal si ¿existen registros de que la sociedad Seven Tecnologías de la Informática S.A. en liquidación desde el año 2008 desde su constitución hasta el año 2016 en que quedó en estado de disolución y liquidación tuvo un plan de negocios o un plan estratégico para desarrollar su objeto social?

Paola Achury: Dentro de los archivos disponibles en la liquidación, que la verdad no son muchos, no se puede evidenciar que exista un plan estratégico, la razón es casi obvia es porque **no se hizo la entrega de ese aporte en especie que buscaba pues la sociedad prestar servicios en relación a él, y como consta en el objeto social.**
(Énfasis fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, es claro que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 196 del Código General del Proceso, la confesión no puede dividirse y debe ser valorada en su conjunto para efectos de establecer si en el presente asunto hay o no legitimación en la causa por activa. Por esta razón, la presente sentencia de primera instancia debe revocarse por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

3.2.2. No es cierto que mi representada no tuviera la intención de participar en el mercado

La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio determinó en la providencia recurrida que no se encontraba probada la intención de participar en el mercado, por cuanto no se habían desplegado conductas tendientes a confirmar dicha intención. Frente a este razonamiento se pone de presente a la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá que el mismo es completamente equivocado pues, en primer lugar, si se tuviera que verificar la existencia de actos positivos para probar una intención, esta última dejaría de ser precisamente una intención para convertirse en un hecho; y, en gracia de discusión, del análisis conjunto de los medios de prueba presentes en el expediente¹ sí puede concluirse que mi mandante tuvo la intención de participar en el mercado, participación que no fue posible como consecuencia de las conductas de desviación de clientela y de desorganización cometidas por la sociedad demandada.

El juez de primera instancia afirmó, equivocadamente, que no se evidenciaba una intención de mi mandante por participar en el mercado, porque no se había demostrado que SEVEN contratara personal, o realizara publicidad de los servicios por ella ofrecidos. En el interrogatorio de parte de SEVEN, la doctora Paola Achury, representante legal de mi poderdante, respondió a estas inquietudes del juez sosteniendo, de manera clara, que no había sido posible para SEVEN contratar personal o anunciar algún tipo de actividad en sus redes sociales, pues sin la entrega del código fuente del software SEVEN APLICATIVO por parte de DIGITAL WARE no era posible prestar ningún servicio en el mercado, pues no se podía anunciar al público la contratación o uso de software alguno si no le había sido entregado el que era de su propiedad, corriendo el riesgo de incumplir futuros contratos o frustrar las expectativas de eventuales clientes.

En este punto, tal y como la suscrita apoderada lo puso de presente en los alegatos de conclusión en primera instancia, la entrega del SEVEN SOFTWARE APLICATIVO era esencial para ejecutar las actividades previstas en el objeto social de mi mandante, pues, si se revisa el acta de constitución de mi mandante que data del año 2008 -y que aparece como prueba documental en el expediente- la sociedad adquirió el nombre de SEVEN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMÁTICA por el aporte en especie que debía ser entregado a cabalidad por DIGITAL WARE, denominado SEVEN SOFTWARE APLICATIVO.

De igual manera, tal y como podrá constatarlo el Despacho de segunda instancia en las pruebas documentales aportadas en el expediente, mi mandante sí tuvo intención de participar en el mercado pues envió varios derechos de petición solicitándole a DIGITAL WARE la entrega del código fuente del SEVEN SOFTWARE APLICATIVO del que es propietaria, con la finalidad de explotarlo, incluso debió presentar una acción de tutela para

¹ El juez está obligado a hacer en la sentencia una valoración conjunta de los medios de prueba, de conformidad con lo previsto en los artículos 176 y 280 del Código General del Proceso.

lograr una respuesta por parte de la sociedad demandada, respuesta en la cual la pasiva se limitó a decir que la solicitud de entrega del código fuente no era procedente pues DIGITAL WARE no consideraba tener la condición de socio de mi mandante, contrariando por completo lo consignado en la mencionada acta de constitución de la sociedad.

Es un indicio contingente grave, al tenor de lo dispuesto en los artículos 240 y 242 del Código General del Proceso, que si se solicita por parte de mi mandante a la sociedad demandada la entrega del código fuente de un software es para explotarlo y hacer uso de él.

De igual forma, se pone de presente al Despacho se segunda instancia que la representante legal de SEVEN dijo enfáticamente en su interrogatorio que:

***“Juez:** Cuando usted me habla de software ¿me habla de aquel que registraron en la Dirección Nacional? ¿o de otro?*

***Paola Achury:** Sí, sí señor Juez. Acá es súper importante tener en cuenta que Seven Software Aplicativo es el software inicial que nosotros efectivamente registramos, pero posteriormente y en virtud de un laudo arbitral de diciembre de 2020 se estableció que había otro software que se llama “Seven ERP” y ese software es una obra derivada de mi software.*

*Entonces, ¿qué pasa? Ellos lo hicieron sin autorización nuestra, por ende, no gozan de protección. Obviamente yo no soy ingeniera y no entiendo muy bien cómo funciona, pero lo que yo entiendo es el iPhone tiene diferentes versiones ¿verdad? Y el iPhone principal lo atribuyo a mi ser, de ahí se generaron obras derivadas ¿de dónde? De mi Seven principal que, si existen otras versiones sí, y que se desarrollaron sin mi autorización. De hecho, ahí el Tribunal estableció que se habían incumplido el contrato de sociedad y se estaba explotando ilegalmente ese software. Entonces, **aunque yo quise ingresar al mercado, entiendo que la libertad de competencia me permite que si yo cumpla con los requisitos puedo ingresar. Yo no voy a explotar algo que no tenía, que otro estaba explotando, y que en este caso es Digital Ware.**”*

***“Juez:** Sí, con alguien en el mercado, con algún interesado...*

***Paola Achury:** No porque cuando lo intenté hacer Seven intentó reactivar la sociedad y se dio cuenta que tenía ese software y requirió a Digital pero como no nos lo entregaron era imposible, o sea, **en principio sí existía la voluntad de ingresar al mercado** pero no pudimos hacerlo justamente porque Digital no nos entregó el software y no podríamos explotarlo. Allí estaba, pues, nuestro impedimento. **¿Intenciones de entrar al mercado? Todas. ¿De tener clientes? Muchas más, pero es imposible si Digital no hace entrega de este software.**”*

***“Sra. Trujillo:** Gracias, por favor, indíqueme al Despacho cuál ha sido el número de empleados o contratistas vinculados. A la sociedad Seven Tecnologías de la*

Informática S.A. en liquidación desde el año de su constitución hasta la fecha en que quedó en estado de disolución y liquidación.

Paola Achury: Lamentablemente ninguno, por las razones que ya he expuesto. **Nuestra sociedad quiso ejercer el objeto social se intentó reactivar, se solicitó a Digital Ware que, por favor, nos entregara el Seven software aplicativo para ejercer el objeto social, pero fue imposible porque no lo entregaron y en razón a eso no tendría sentido contratar a nadie para que ejerza si no tenemos qué explotar.”**

“Sra. Trujillo: Por favor, indíqueme al Despacho si celebró o no contratos de arrendamiento comercial, comodatos o de otro tipo para establecer su establecimiento de comercio desde la fecha de constitución de esta sociedad, es decir, Seven Tecnologías de la Informática S.A. en liquidación hasta la fecha en que quedó en estado de disolución y liquidación, esto es primero de abril de 2016.

Paola Achury: No, Seven no lo pude hacer por las razones ya expuestas. **Lo intentó hacer, pero no contaba con el Seven software aplicativo.**

“Sra. Trujillo: Gracias, por favor, explíqueme al Despacho, y usted lo mencionó en la parte del interrogatorio ¿cuál fue la razón por la cual la Superintendencia de Sociedades declaró la ineficacia del acta mediante, o de la sesión de reunión de asamblea general de accionistas mediante la cual se pretendió reactivar la sociedad, posteriormente de su declaración de disolución y liquidación?

“Paola Achury: La razón principalmente fue que el secretario de la reunión se confundió y agregó en el orden del día un punto que no estaba en la convocatoria. A esa reunión, claramente, **Digital no asistió.**

El punto era la reactivación de la sociedad, ese era el punto que no estaba incluido ¿los accionistas lo hicieron mal? ¿Sí, pero **cuál era el punto fundamental de esa asamblea? Reactivar la sociedad ¿para qué? Para ejercer su objeto social, ese fue el punto 1. Después, entonces, se dieron cuenta que Digital no había entregado el software, que querían explotar y ejercer el objeto social así no tendría sentido.”**

“Sra. Trujillo: De acuerdo con lo manifestado, usted ha dicho que en el 2018 querían entrar en el mercado, sin embargo, el primero de abril de 2016 la sociedad había estado ya declarada o en causal de disolución y liquidación. Teniendo en cuenta los estatutos de la sociedad Seven Tecnologías de la Informática S.A. en liquidación, explíqueme al Despacho ¿cómo quería o pretendía entrar al mercado Seven Tecnologías de la Informática S.A. en liquidación si ya estaba en causal de disolución y liquidación?

Paola: Doctora, ahí tiene una gran falla porque la causal por la cual Seven entró en ese momento en liquidación fue por no pagar la renovación de su matrícula mercantil, razón por la cual si uno la paga ni siquiera esa asamblea que llevaron a cabo la

sociedad se reactiva, porque simplemente es por operancia de la ley, diferente es cuando los accionistas toman la decisión de liquidar la sociedad, esa es la gran diferencia (...) (Énfasis fuera del texto)

De conformidad con el tenor literal de las afirmaciones expresada por la representante legal de la sociedad demandante durante la práctica del interrogatorio de parte, es claro que, sin ambigüedad alguna, esta declaró contundentemente que la sociedad que represento **sí tuvo** intención en el mercado y que **fue el hecho de la demandada** lo que se lo impidió.

El dicho de mi poderdante se vio corroborado por la propia declaración de la representante legal de la sociedad demandada, quien en curso de su declaración, bajo la gravedad del juramento afirmó que conocía y sabía que mi representada sí tenía la intención de entrar en el mercado, en los siguientes términos:

***Javier Moreno:** claro, (...) en el 2018, la Sociedad responde que no es viable que nosotros pidamos el código fuente. Yo quiero preguntar es si DIGITAL WARE entregó el código fuente o no lo entregó. es lo único que quiero saber, teniendo en cuenta que en esta comunicación dice que no es viable hacer la petición. Entonces, si surge la duda, entregó o no entregó el código fuente.*

***Luisa Almadio:** (...) Esta situación que viene, y me parece bien que haya tomado este documento, esto sucede 10 años después, ustedes envían, y no ustedes, su representante, envía un comunicado solicitando situaciones que durante el tiempo de vida de la sociedad, desde el año 2008, hasta el 2016, cuando entra en disolución y liquidación, nunca reclama algo que supuestamente nunca se le entregó **y, con posterioridad reactiva ilegalmente una sociedad con el único ánimo de, tal y como lo dijo la doctora Achury, DE ENTRAR EN UN MERCADO y, en ese momento se da cuenta que no tiene el aporte,** yo creo que quien debe responder esta pregunta si lo recibió o no, son los representantes legales y la representante legal que suscribió, constituyó la sociedad SEVEN TECNOLOGIAS DE LA INFORMATICA y fue designada como representante. Son los administradores los que deben dar fe y razón de qué fue lo que recibió y qué hicieron con ellos". (Énfasis fuera del texto)*

De conformidad con la declaración anterior hasta la misma demandada reconoce que mi representada tuvo la intención de participar en el mercado, pero lo que imposibilitó su entrada fue la conducta de la pasiva negando la entrega del activo más importante del que es titular para el desarrollo de su objeto social. Así, se hace énfasis en que la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio valoró de manera errada y contraria las confesiones producidas en los interrogatorios de parte, pues consideró como confesión el dicho de mi mandante que, tal y como se expresó en un apartado anterior, no podía adquirir el carácter de tal, y dejó de valorar como confesión el dicho de la parte demandada donde admitió la intención de participar en el mercado por parte de SEVEN, dicho que sí adquiere este carácter, pues cumple a cabalidad con los requisitos previstos para el efecto en el artículo 193 del Código General del Proceso.

De esta forma, es claro que la sentencia anticipada de primera instancia debe ser revocada.

3.2.3. Para que proceda la sentencia anticipada es necesario que la causal se encuentre probada, no basta con que haya ausencia de prueba

En efecto, el artículo 278 del Código se establece que:

“(…) En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

- 1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez.*
- 2. Cuando no hubiere pruebas por practicar.*
- 3. **Cuando se encuentre probada** la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa” (Énfasis fuera del texto)*

En este sentido, se ha afirmado por parte del Doctor Ramiro Bejarano que:

“El enunciado del artículo 278 del CGP solo autoriza proferir la sentencia anticipada “cuando se encuentre probada” una de esas excepciones, no cuando no está probada, pues en este evento debe continuar el proceso y decidir en la sentencia”².

En el presente asunto, es claro que el Despacho de primera instancia no estaba habilitado para dictar sentencia anticipada. De acuerdo con la sentencia objeto del presente recurso, en punto de la intención de mi representada de participar en el mercado, no se encontró probada la intención de participar en el mercado por parte de SEVEN. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación doctrinal del artículo 278 del Código General del proceso, aún si a pesar de los argumentos expuestos en el apartado anterior, el juez de segunda instancia considerara que dicha intención no se encuentra probada, por la ausencia de dicha prueba no podía dictarse sentencia anticipada, sino que debió haber dado curso a la totalidad del proceso para resolver este aspecto en la sentencia de fondo, pues sólo puede proferirse sentencia anticipada si la causal está plenamente probada no si no se encuentra probada.

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que lo que el despacho echa de menos es la falta de prueba para efectos de declarar la falta de legitimación en la causa por activa, es claro que es totalmente improcedente el haber proferido una sentencia anticipada, razón por la cual esta providencia deberá revocarse.

3.2.4. En gracia de discusión, SEVEN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMÁTICA sí está legitimada en la causa para reclamar por la desorganización empresarial de la que fue víctima a causa de las conductas de la sociedad demandada

² <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/procesal-y-disciplinario/sentencias-anticipadas-o-precipitadas>

Adicional a los artículos citados al inicio de este apartado, debe revisarse, para efectos de determinar si cualquier sujeto puede ser víctima, en particular, de un acto de desorganización empresarial, el artículo 9 de la Ley 256 de 1996, el cual establece que:

“Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”.

Del tenor literal de la norma en cita puede desprenderse, con mediana claridad, que no es necesario que el demandante y el demandado sean competidores entre sí o deban participar en el mercado, pues lo único que se exige para la configuración de esta conducta es que el demandado haya tenido por objeto o como efecto desorganizar una empresa, unas prestaciones mercantiles o un establecimiento ajeno.

En el caso concreto, es claro que mi mandante está legitimada para demandar ante la jurisdicción por este acto de competencia desleal, como quiera que no le fue posible organizar sus prestaciones mercantiles ni ejercer su objeto social sin la obtención ni la posibilidad real de explotar el SEVEN SOFTWARE aplicativo para haber actuado en el mercado haciendo uso del mismo, tal y como se demostró en los numerales anteriores. Por esta razón, la sentencia de primera instancia debe revocarse.

3.3. La condena en costas ordenada en la sentencia anticipada de primera instancia no tiene ninguna justificación ni motivación

En gracia de discusión, si a pesar de los argumentos esgrimidos a lo largo de este memorial, se considerara por el Despacho de segunda instancia que habría lugar a confirmar la sentencia anticipada de primera instancia, lo cierto es que no existe ninguna justificación para la condena en costas impuesta por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Debe resaltarse que, para la tasación de las agencias en derecho, el juez deberá tener en cuenta no solamente las tarifas previamente establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, sino también el comportamiento y el grado de participación de las partes dentro del respectivo proceso, entre otras circunstancias propias de cada caso en concreto. El numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso establece que: *“Para la fijación de las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas sólo establecen un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad, y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder del máximo de dichas tarifas (...)”.*

En el caso concreto, tal y como podrá observar el juez de segunda instancia en el expediente, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante auto No. 68700 del 9 de junio de 2020 dictó sentencia de primera instancia -la cual fue declarada nula por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá- en la cual se condenó en costas a mi mandante por un valor de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000), por

lo que no se justifica, bajo ningún punto de vista, que en esta segunda sentencia se hubiera aumentado el valor de las costas en más de 204 millones de pesos, decisión frente a la cual la aludida sentencia no ofrece ningún tipo de motivación.

Por el contrario, si el Despacho de primera instancia hubiera hecho un análisis juicioso de las circunstancias particulares de este proceso, hubiera deparado en que no hubo mayor actividad probatoria ni mayores audiencias, y entre la primera sentencia anticipada y la segunda únicamente se fijó una audiencia adicional para escuchar a las partes en alegatos de conclusión, por lo que la condena en costas fijada por el juzgador de primera instancia en más de 205 millones de pesos es a todas luces irrazonable, desproporcionada y carente de justificación.

De esta manera, en caso de que se confirme la sentencia anticipada de primera instancia, se solicita al Tribunal Superior de Bogotá revocar la condena en costas fijada por el a quo, por carecer de cualquier razonabilidad y justificación.

IV. PETICIÓN

De conformidad con los argumentos de hecho y de derecho antes expuestos solicito a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá:

1. Que **REVOQUE la sentencia anticipada de primera instancia**, y, en su lugar, ordene continuar con el trámite del presente proceso.
2. En subsidio de la petición anterior, y en caso de que sea confirmada la sentencia anticipada de primera instancia, se solicita se revoque el valor de las costas procesales ordenadas por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, por resultar este valor irrazonable, desproporcionado y carente de justificación, de conformidad con lo expuesto en este memorial.

Atentamente,



LAURA ESTEPHANIA HUERTAS MONTERO

C.C. 1.010.209.600 de Bogotá D.C.

T.P. 275.553 del C.S.J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYALA PULGARIN RV: Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023. Rad: 11001319900120217665203. De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA. Contra: BURNING S.A.S. y DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 10/11/2023 14:23

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

📎 2 archivos adjuntos (1 MB)

11001319900120217665203 Sustentación Recurso de Apelación.pdf; Prueba de envío correo electrónico certificado.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYALA PULGARIN

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: María Fernanda Parra <mparra@pvabogados.co>

Enviado: viernes, 10 de noviembre de 2023 13:49

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; horaciocruztejada@yahoo.com.mx <horaciocruztejada@yahoo.com.mx>; dbe@burning.com.co <dbe@burning.com.co>; gerencia@burning.com.co <gerencia@burning.com.co>

Cc: María Fernanda Parra <mparra@pvabogados.co>; Guillermo Villota Gustín <gvillota@pvabogados.co>

Asunto: Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023. Rad: 11001319900120217665203. De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA. Contra: BURNING S.A.S. y DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR

Bogotá D.C., noviembre 10 de 2023

Doctora

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá D.C.

E. S. D.

Ref.: Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023

Rad: 11001319900120217665203

Proceso por Infracción a Derechos de Propiedad Industrial y Competencia Desleal

De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA

Contra: BURNING S.A.S. y

MARÍA FERNANDA PARRA ORTEGA, abogada titulada y en ejercicio, de notas civiles ya conocidas dentro del proceso de la referencia, actuando en mi condición de apoderada de la **PARTE APELANTE**, acudo ante Su Despacho por medio del presente escrito, con el acostumbrado respeto, con el propósito de allegar sustentación del **RECURSO DE APELACIÓN** presentado en audiencia, en virtud del artículo 321 del Código General de Proceso, contra sentencia judicial de fecha 25 de julio de 2023 proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

El presente memorial se remite en formato PDF como documento adjunto, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, y del mismo se corre traslado a la parte demandada y su apoderado. Así como también se allega como archivo adjunto la prueba de entrega del presente escrito a la contraparte vía correo electrónico certificado.

Atentamente,



María Fernanda Parra
Socia Directora
Magister en Derecho de
la empresa y de los negocios

📞 301 293 4111

✉️ mparra@pvabogados.co

🌐 www.pvabogados.co

Bogotá D.C., noviembre 10 de 2023

Doctora

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada Sala Civil Tribunal Superior de Bogotá D.C.

E. S. D.

**Ref.: Sustentación al Recurso de Apelación
admitido contra Providencia de 25 de
julio de 2023**

Rad: 11001319900120217665203
**Proceso por Infracción a Derechos de
Propiedad Industrial y Competencia
Desleal**

De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA

**Contra: BURNING S.A.S. y
DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR**

MARÍA FERNANDA PARRA ORTEGA, abogada titulada y en ejercicio, de notas civiles ya conocidas dentro del proceso de la referencia, actuando en mi condición de apoderada de la **PARTE APELANTE**, acudo ante Su Despacho por medio del presente escrito, con el acostumbrado respeto, con el propósito de sustentar **RECURSO DE APELACIÓN** presentado en audiencia, en virtud del artículo 321 del Código General de Proceso, contra sentencia judicial de fecha 25 de julio de 2023 que declaró probada la falta de legitimación en la causa por activa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 278 del Código General de Proceso y condenó en costas a la parte demandante, y que se sustenta en los siguientes argumentos:

I. OPORTUNIDAD

La presente sustentación al recurso de apelación se realiza de conformidad con lo ordenado en el auto de 27 de octubre de 2023 proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., y teniendo en consideración el término de ejecutoria ordenado, de conformidad a lo prescrito en el artículo 302 del Código General del Proceso, el término



respectivo para la debida sustentación del recurso de apelación empezó a correr a partir del día 3 de noviembre de 2023, toda vez que la notificación del auto por estados fue realizada en fecha 30 de octubre de 2023. Por lo anterior, siendo el presente escrito presentado el día 10 de noviembre de 2023, lo es en tiempo y oportunidad.

II. SÍNTESIS DE LA PROVIDENCIA QUE SE IMPUGNA

Mediante audiencia de fecha 25 de julio de 2023, el Despacho de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, determinó declarar probada la falta de legitimación en la causa del demandante **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** de conformidad con lo dispuesto por el artículo 278 del Código General de Proceso. En la misma providencia, se ordenó la condena en costas a la parte demandante y la consecuente terminación y archivo del proceso de la referencia.

III. SUSTENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DEL RECURSO

3.1. Del memorial allegado por la parte demandada

En fecha 17 de julio de 2023, el apoderado de las accionadas allegó solicitud para que el Despacho de la Superintendencia de Industria y Comercio dictara sentencia anticipada en el proceso de la referencia, argumentando la falta de legitimación en la causa por activa de cara a los argumentos esgrimidos por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá de fecha 22 de febrero de 2023, providencia mediante la cual se confirmó la negativa de las medidas cautelares solicitadas.

Ahora bien, la providencia proferida por la Magistrada Luz Stella Agray Vargas, consideró, dentro de la parte motiva, lo siguiente:

*"12. Así las cosas, y sin estar acreditado el primer supuesto **para solicitar medidas cautelares** por competencia desleal, el análisis de los demás aspectos se torna inútil, pues la solicitud ya ha fracasado. De esta manera, el auto apelado será confirmado, pero por las razones expuestas anteriormente." (Negrita fuera de texto)*



La resolución de la apelación de la solicitud de medidas cautelares consideró que no se encontraba fundamentada la legitimación por activa **para efecto de solicitar las medidas cautelares**, pero en ningún acápite, la providencia del Tribunal señalada, se refirió en lo relativo a la legitimación en la causa por activa del proceso interpuesto, objeto de litigio bajo los supuestos de la Ley de Competencia Desleal.

Respecto al momento procesal en que se presenta el memorial por parte del apoderado de las accionadas, también es importante considerar que si bien, el mismo basa su solicitud en lo preceptuado por el artículo 278 del Código General de Proceso, también es cierto que las accionadas **obviaron la oportunidad** de interponer **excepciones previas** dentro del momento procesal oportuno, esto fue dentro del término de contestación de la demanda. Escrito respecto del cual, como obra en el expediente, solo se presentaron argumentos en razón a excepciones de mérito.

3.2. Respecto a la sentencia anticipada por encontrar probada la falta de legitimación en la causa por activa

El Despacho de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio acogió la solicitud presentada por las accionadas, pues de conformidad a la parte motiva de la sentencia, argumentó encontrar probada la falta de legitimación en la causa del demandante **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** de conformidad a los mismo argumentos esgrimidos en el escrito presentado por las demandadas, tal como obra en la grabación de audiencia del 25 de julio de 2023.

Si bien es cierto que el numeral 3 del inciso segundo del artículo 278 del Código General del Proceso considera que: "*En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos: (...) 3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa*" (subrayado fuera de texto), lo cierto es que dentro del proceso de la referencia, la falta de legitimación en la causa por activa **NO se encuentra probada**.

Lo anterior deviene, justamente de lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, por cuanto el demandante **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA si cuenta con legitimación** para interponer la acción declarativa



y de condena por actos de competencia desleal contra las demandadas **DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR** y la sociedad **BURNING S.A.S.**, toda vez que la norma referida considera lo siguiente:

"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.

El Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo." (Negrita y subrayado fuera de texto)

De lo anterior, se recalca a lo largo del escrito de demanda que el señor **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** interpone el proceso a título personal, por cuanto se ha evidenciado a lo largo del expediente, que se trata de una **persona que participa y confluye en la prestación de servicios del mercado cinematográfico colombiano.**

Cabe precisar que la profesión del demandante **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** consiste en ser **cinéasta**. Ahora bien, la misma por tratarse de una profesión u oficio liberal, no requiere inscribirse en el



registro mercantil. Sin embargo, eso no significa que el mercado de servicios cinematográficos no exista en el país.

La demandada **DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR** también es cineasta y tal como obra en el expediente, de las pruebas allegadas por las demandadas, muchas de las películas objeto de litigio presentan créditos por la producción, coproducción y dirección de las películas en las cuales consta el nombre del demandante **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** (obra en folio 11 a 16 del escrito de contestación de demanda).

Es importante considerar también que en virtud de la prestación de sus servicios profesionales como cineasta, el demandante cuenta con un gran recorrido profesional, de conformidad con lo siguiente:

“Jorge Forero es un director y productor de cine colombiano que ha estudiado en Colombia, Cuba y Brasil.

Fundó en el 2021 *Marginal Cine* para la elaboración de proyectos audiovisuales propositivos y arriesgados, que exploren la riqueza del lenguaje audiovisual, buscando la participación multidisciplinaria en procesos de creación colectiva.

En 2021 produjo y fue codirector de **Adentro**, cortometraje de creación colectiva a manera de cadáver exquisito que reunió 6 de los más importantes directores de Latinoamérica. Ese mismo año produjo y dirigió la película **Matrioshka**, su segundo largometraje, actualmente en postproducción, la cual se estrenará en el 2024. Con *Marginal Cine* además está produciendo **Las tierras que te buscan** de Juanita Onzaga, **Barranca** de Isabella Londoño y su tercer largometraje como director titulado **Invisible**. Además es coproductor de **Diòba** (Ann Arbor 2023) de Adriana Rojas y de **El silencio de la montaña** (en postproducción) de Inti Jacanamijoy.

En 2023 fue seleccionado por la Berlinale como Talent.

Asimismo en 2010 creó *Burning Blue*, empresa productora de cine con la que produjo **La Tierra y La Sombra** de César Acevedo (Cámara de Oro – Cannes 2015), así como de **Siete Cabezas** de Jaime Osorio Márquez (Varsovia 2017).

También es Productor Ejecutivo de **Sundowners** de Pavan Moondi y Productor Asociado de **Los Hongos** de Oscar Ruiz Navia (Locarno 2014). Ha coproducido los largometrajes **Cómprame un Revolver** de Julio Hernández Córdón (Cannes 2018), **Jesús** de Fernando



Guzzoni (San Sebastian 2016), **Refugiado** de Diego Lerman (Cannes 2014) y **Climas** de Enrica Pérez (Varsovia 2014).

En el 2015 estrenó en el Festival de Cine de Berlín **Violencia**, su opera prima como director la cual ha estado en un sinúmero de festivales alrededor del mundo y fue ganadora a *Mejor Película* en el Festival de Cine de Huelva en la sección Rábida entre otros reconocimientos.

Ha dirigido los cortometrajes **Unos de esos días** y **Sometamos o matemos**; así como el documental **En el fondo del pozo**.

Estuvo vinculado desde el 2014 con el FICCI – Festival Internacional de Cine de Cartagena de Indias, en el que cual se desempeñó como Jefe de Programación de las secciones *Nuevos Creadores*, *Cortometrajes* y *PuertoLab- WIP*. Desde el 2018 es Programador de *Bogoshorts*, Festival de cortos de Bogotá.

Actualmente es profesor de la Maestría en Creación Audiovisual de la Universidad Javeriana y del Conservatorio de Producción Ejecutiva en la Escuela Nacional de Cine, así como el Representante de los Directores en la Academia Colombiana de Artes y Ciencias Cinematográficas por el periodo 2023-2025.”¹

Entre los principales trabajos audiovisuales realizados por el señor **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** en el mercado cinematográfico colombiano se encuentran los siguientes:

- **Dióba** (2023) dirigido por Adriana Rojas. Coproductor. Largometraje de ficción..
- **Matrioshka** (2023) Productor y director. Largometraje de ficción en postproducción.
- **Adentro** (2021) Productor y director. Dirigido por Jorge Forero, Alexandra Latishe, Gabriela Calvache, Diego Lerman, Gustavo Vinagre, Gustavo Rondón. Cortometraje estrenado en el Festival de Cortometrajes de Sao Paulo.
- **Cómprame un Revólver** (2018) dirigido por Julio Hernández Cordón. Coproductor. Largometraje de ficción estrenado en el Festival de Cine de Cannes.
- **Siete Cabezas** (2017) dirigido por Jaime Osorio Márquez. Productor. Largometraje de ficción estrenado en el Festival de Cine de Varsovia.
- **Sundowners** (2017) dirigido por Pavan Moondi. Productor

¹ La trayectoria y reconocimientos del cineasta Jorge Andrés Forero Mejía se encuentran en internet, en la página web <https://jorge-forero.com>



Ejecutivo. Largometraje de ficción estrenado en el Festival de Cine de Nashville.

- **Jesús** (2016) dirigido por Fernando Guzzoni. Coproductor. Largometraje de ficción estrenado en Competencia Oficial del Festival de Cine de San Sebastián.
- **Violencia** (2015) Director. Largometraje de ficción estrenado en el Festival de Cine de Berlin 2015.
- **La Tierra y la Sombra** (2015) . Largometraje de ficción estrenado en el Festival de Cine de Cannes 2015. Dirigido por César Acevedo. Productor. Ganador de 4 premios en el Festival, entre ellos la Cámara de Oro.
- **Los Hongos** (2014). Largometraje de ficción estrenado en el Festival de Cine de Locarno. Dirigido por Oscar Ruiz Navia. Productor Asociado.
- **Refugiado** (2014) dirigido por Diego Lerman. Coproductor. Largometraje de ficción estrenado en el Festival de Cine de Cannes.
- **Climas** (2014) dirigido por Enrica Pérez. Coproductor. Largometraje de ficción estrenado en el Festival de Cine de Varsovia.
- **Sometamos o Matemos** (2009) Director. Cortometraje en Stop Motion, 2D e imagen real. Proyecto ganador de la beca del FDC del Ministerio de Cultura 2007.
- **Los Viajes del Viento** (2008) Preproductor de Campo. Largometraje en cine dirigido por Ciro Guerra. Participante en el Festival de Cine de Cannes 2009
- **Culturama** (2007) Realizador. Magazín cultural de televisión. Canal Señal Colombia.
- **Aos Nossos Filhos (2006)** Productor Ejecutivo. Cortometraje. Ficción. Cine 16 mm.
- **Santa Marta (PROEXPORT São Paulo – Colombia es Pasión) (2006)** Realizador. Vídeo.
- **Presentación de Colombia (PROEXPORT - São Paulo) (2006)** Realizador. Vídeo.
- **Proceso Ballén** (2006). Director. Largometraje Dramatizado para T.V. Video.
- **Brilliant Animation** (2006). Productor. Video promocional.
- **En el fondo del Pozo (2004)**. Director. Mediometrage Documental. Video.
- **Comerciales Vigías de Paz (U. Nacional – O.E.A) / Comisión Nacional de Televisión (2003) Referencia: Breakers, batucada, pirámide.** Productor. Video.
- **Sin Rumbo (2003)** Director. Videoclip grupo "La quimera". Video.



- **Noche de concierto (2002).** Director de Arte. Cortometraje. Cine Súper 16 mm. Ganador Festival de Cine de Bogotá.
- **Las huellas borradas (2002).** Director. Piloto de T.V. Video.
- **Sumas y restas (2001).** Asistente de producción de campo. Largometraje en cine dirigido por Víctor Gaviria.
- **Las manos de Fabián (2001).** Director. Documental. Video
- **Uno de Esos Días (2000).** Director. Cortometraje. Ficción. Cine 16 mm."

Dado el éxito en el mercado cinematográfico, no solamente colombiano, sino internacional, de la prestación de servicios del señor **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** en la producción, coproducción y dirección de películas, su nombre se ha hecho merecedor de importantes reconocimientos y distinciones en dicho mercado, tales como los siguientes:

- **"Por: La Tierra y la Sombra (2015)**
 - Cámara de Oro – Festival de Cannes 2015
 - Premios El SACD (Sociedad de Autores), France 4 Visionary Award (Premio Revelación)– Semana de la Crítica 2015
 - Ganador Mejor Película y Mejor Director – Premios Macondo 2016
 - Más de 15 otros premios a nivel internacional
- **Por: Violencia (2015)**
 - Ganador Mejor Película Festival de Cine de Huelva – Sección Rábida 2015
 - Mejor Actor Minsk International Film Festival Listapad.
 - Mejor Película Festival Cine de Cúcuta.
- **Por: Refugiado (2014)**
 - Mejor Película Festival de San Sebastián – Premio Horizontes 2014
 - Mejor Película, Mejor Director, Mejor Guion y Mejor Montaje - Premios Cóndor de Argentina 2015
 - Premio Especial del Jurado – Festival de Cine de Chicago 2014
- **Por: Uno de Esos Días (2000)**
 - Ganador del Festival Cine CUN 2000
 - Mención especial en el Festival de Cine y Video de la Latinidad (Portugal) 2000
- **Por: En el fondo del Pozo (2004)**
 - Ganador Mejor documental internacional Festival Nacional e Internacional de cortometrajes Cusco – Perú 2004
 - Ganador Mejor documental Premios Cesares 2005
 - Segundo puesto Concurso Ojos Nuevos - Muestra Documental De Nuestra Realidad" Parlamento Andino 2005
 - Invitado a la XVI Muestra Nacional De Cine Y Video Documental Antropológico Y Social – Argentina - 2006



- *Invitado al Festival DOCBSAS – Argentina - 2006*
- *Selección oficial 12o Festival Latinoamericano de Video Rosario Argentina 2005*
- *Selección oficial Festival de Cine Pobre Gibara – Cuba 2006.”*

Todo lo anteriormente considerado, es suficiente para considerar que el demandante **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** es un **participante activo** dentro del **mercado de servicios cinematográficos** del país y que de conformidad a los supuestos fácticos y argumentos jurídicos expresados en el escrito de demanda, sus **intereses económicos resultan perjudicados** por los **actos de competencia desleal desplegados por las demandadas**.

No obstante lo anterior, también se acreditó en el escrito de demanda el **cumplimiento** de los **ámbitos objetivo, subjetivo y territorial de aplicación de la Ley 256 de 1996** de cara a los supuestos fácticos, objeto a resolver dentro del problema jurídico sometido a consideración del Despacho de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio. En concordancia con ello, es importante considerar, a la luz del análisis de la legitimación en la causa del demandante, que el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal considera que:

"ARTÍCULO 5o. Las prestaciones mercantiles pueden consistir en actos y operaciones de los participantes en el mercado, relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos o negativos, susceptibles de apreciación pecuniaria, que se constituyen en la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico."

De todo lo anteriormente esbozado, es dable concluir que el demandante **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA**, a título personal, cumple con los supuestos de aplicación de la Ley de Competencia Desleal y a efecto de determinar la legitimación en la causa por activa en el proceso de la referencia, el demandante desarrolla prestaciones mercantiles dentro del mercado cinematográfico colombiano, fruto de la prestación de sus servicios como productor, coproductor y director de películas y proyectos cinematográficos.

Sin embargo, el Despacho de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio incurre en un yerro al



únicamente considerar que la legitimación en la causa por activa se desprende solamente de que el señor **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA**, es accionista minoritario de la sociedad comercial BURNING BLUE S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, situación que también concurre a la persona del demandante.

Finalmente, es importante recordar, como se consideró en el escrito de demanda, que en el mercado cinematográfico colombiano, a efecto de obtener recursos de financiación para la grabación de proyectos cinematográficos, los productores que concurren al mercado lo hacen a través de sociedades mercantiles, y son justamente los socios quienes cualifican el desarrollo del objeto social de la sociedad a través de la prestación de sus servicios profesionales como productores audiovisuales y cineastas, es decir que se utiliza la sociedad comercial como un vehículo de prestación de servicios de los productores en el mercado, dado el ejercicio de su profesión liberal.

De conformidad con lo argumentado, a efecto de conclusión se reitera que, tal como se mencionó en el acápite de fundamentos fácticos de la demanda, en el caso objeto de litigio confluye el hecho de que una de las demandadas es la señora **DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR**, quien, a su vez, **es socia mayoritaria** con un porcentaje del **70% de las acciones** en que se divide el capital social de **BURNING BLUE S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, y, al mismo tiempo, es **la propietaria del 100% de las acciones y representante legal** de la sociedad también demandada **BURNING S.A.S.** (tal como consta en confesión, video de audiencia del 18 de julio de 2023, grabación 2 min. 4:50 en adelante, como obra en el expediente) por lo que debido a este **evidente conflicto de interés**, se posibilitó la usurpación de activos, recursos y derechos que han realizado las demandadas, de los proyectos editoriales y cinematográficos de la sociedad BURNING BLUE S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y de los cuales hoy en día se promocionan abiertamente al mercado (medios de comunicación, página web y redes sociales) como de BURNING S.A.S., lo cual ha derivado en actos de engaño, confusión al mercado y a los consumidores, explotación de la reputación ajena, y de más cargos de conformidad a los supuestos fácticos y fundamentos jurídicos esgrimidos en el escrito de demanda.



3.3. Ausencia de decreto y práctica de pruebas

Con la providencia objeto del presente recurso, el Despacho de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó la terminación y archivo del proceso y consideró probada la falta de legitimación en la causa por activa sin haber decretado y practicado ninguna de las pruebas solicitadas por el accionante, así como tampoco lo hizo respecto de las solicitadas por las partes accionadas. Lo anterior, reviste una flagrante vulneración del derecho al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción que les asiste a todos los sujetos procesales.

En atención a los argumentos que anteceden, elevo ante Ustedes Honorables Magistrados la siguiente:

IV. SOLICITUD

Sírvanse señores Magistrados revocar la sentencia de fecha 25 de julio de 2023 mediante la cual el Despacho de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, determinó declarar probada la falta de legitimación en la causa del demandante **JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA** de conformidad con lo dispuesto por el artículo 278 del Código General de Proceso, así como también ordenó la condena en costas a la parte demandante y la terminación y archivo del proceso.

V. PRUEBAS

Para la prosperidad de la solicitud incoada, pido al Honorable Tribunal se tengan en cuenta las pruebas documentales allegadas con el escrito de demanda, así como las aportadas por las accionadas en el escrito de contestación de la demanda y las grabaciones de las audiencias realizadas en el proceso de la referencia.

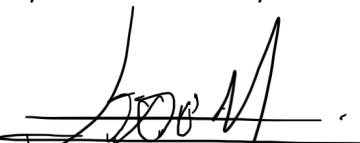


VI. CUMPLIMIENTO DE LA LEY 2213 DE 2022

El presente memorial se remite por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, y del mismo se corre traslado a la parte demandada.

Agradezco acusar recibido del mismo.

De la Honorable Magistrada, atentamente,



MARÍA FERNANDA PARRA ORTEGA
C.C. No. 1.085.291.466 de Pasto
T.P. No. 258.594 del C. S. de la J.



e-entrega Certifica que ha realizado por encargo de **PYV ABOGADOS SAS** identificado(a) con **NIT 901335002** el servicio de envío de la notificación electrónica, a través de su sistema de registro de ciclo de comunicación Emisor-Receptor.

Según lo consignado los registros de e-entrega el mensaje de datos presenta la siguiente información:

Resumen del mensaje

Id mensaje:	908348
Emisor:	mparra@pvabogados.co
Destinatario:	horaciocruztejada@yahoo.com.mx - Horacio Cruz - Apoderado
Asunto:	Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023. Rad: 11001319900120217665203. De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA. Contra: BURNING S.A.S. y DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR
Fecha envío:	2023-11-10 11:00
Estado actual:	Acuse de recibo

Trazabilidad de notificación electrónica

Evento	Fecha Evento	Detalle
<p>Mensaje enviado con estampa de tiempo</p> <p>El mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste - Artículo 23 Ley 527 de 1999.</p>	<p>Fecha: 2023/11/10 Hora: 11:03:26</p>	<p>Tiempo de firmado: Nov 10 16:03:26 2023 GMT Política: 1.3.6.1.4.1.31304.1.1.2.3.0.</p>
<p>Acuse de recibo</p> <p>Con la recepción del presente mensaje de datos en la bandeja de entrada del receptor, se entiende que el destinatario ha sido notificado para todos los efectos legales de acuerdo con las normas aplicables vigentes, especialmente el Artículo 24 de la Ley 527 de 1999 y sus normas reglamentarias.</p>	<p>Fecha: 2023/11/10 Hora: 11:03:27</p>	<p>Nov 10 11:03:27 cl-t205-282cl postfix/smtp[8186]: B214012487F3: to=<horaciocruztejada@yahoo.com.mx> ; relay=mta6.am0.yahoodns.net[67.195.204.79]:25, delay=0.85, delays=0.06/0.04/0.13/0.62, dsn=2.0.0, status=sent (250 ok dirdel)</p>

De acuerdo con los artículos 20 y 21 de la Ley 527 de 1999 se presumirá que el destinatario ha recibido el mensaje, cuando el emisor del mismo recepcione el acuse de recibo que puede ser automatizado, en ese orden de ideas, el presente documento constituye acuse de recibo automatizado y constituye prueba de entrega del mensaje de correo electrónico así como sus archivos adjuntos en la fecha y hora indicadas anteriormente.

Importante: En el aparte Acuse de Recibo, en los casos en que aparece la frase "Queued mail for delivery" se debe a las características del servidor de correo electrónico Microsoft Exchange, en estos casos, si el mensaje no pudo ser entregado dicho servidor enviará una segunda respuesta indicando que no fue exitosa la entrega del mensaje, si no hay una segunda respuesta del servidor de correo electrónico, quiere decir que tu mensaje fue entregado satisfactoriamente por lo que este documento pasa a constituir acuse de recibo

Contenido del Mensaje

Asunto: Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023. Rad: 11001319900120217665203. De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA. Contra: BURNING S.A.S. y DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR

Cuerpo del mensaje:

Bogotá D.C., noviembre 10 de 2023

Parte Accionada

BURNING S.A.S.

gerencia@burning.com.co

Parte Accionada

DIANA MARI#A BUSTAMANTE ESCOBAR

dbe@burning.com.co

Apoderado

HORACIO CRUZ

horaciocruztejada@yahoo.com.mx

Ref.: Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023

Rad: 11001319900120217665203

Proceso por Infracción a Derechos de Propiedad Industrial y Competencia Desleal

De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA

Contra: BURNING S.A.S. y

DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR

MARÍA FERNANDA PARRA ORTEGA, abogada titulada y en ejercicio, de notas civiles ya conocidas dentro del proceso de la referencia, actuando en mi condición de apoderada de la PARTE APELANTE, por medio del presente escrito, allego auto admisorio del recurso de apelación presentado contra sentencia judicial de fecha 25 de julio de 2023 proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y la correspondiente sustentación del mismo.

El presente memorial se remite en formato PDF como documento adjunto, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022.

Atentamente,



Adjuntos

Nombre	Suma de Verificación (SHA-256)
PROVIDENCIAS_E-184_OCTUBRE_30_DE_2023.pdf	b50fa575af4045c929f1490845f78d343d719279411c3f200d5b46a07af3314d
11001319900120217665203_Sustentacio#n_Recurso_de_Apelacio#n.pdf	4aa7b75a8a37ebf04259f9e982201b41983f76ca8d550b1443fa1504c2a726a9

Descargas

--

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 527 de 1999, la presente notificación electrónica como los documentos adjuntos a esta, son documentos íntegros, ya que es posible determinar que los mismos no han sido modificados ni alterados desde el momento en que fue enviado el mensaje de datos por parte del emisor del mensaje, por lo tanto dichos documentos tienen plena validez jurídica y probatoria.

www.technokey.co

e-entrega Certifica que ha realizado por encargo de **PYV ABOGADOS SAS** identificado(a) con **NIT 901335002** el servicio de envío de la notificación electrónica, a través de su sistema de registro de ciclo de comunicación Emisor-Receptor.

Según lo consignado los registros de e-entrega el mensaje de datos presenta la siguiente información:

Resumen del mensaje

Id mensaje:	908349
Emisor:	mparra@pvabogados.co
Destinatario:	dbe@burning.com.co - Diana Bustamante
Asunto:	Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023. Rad: 11001319900120217665203. De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA. Contra: BURNING S.A.S. y DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR
Fecha envío:	2023-11-10 11:00
Estado actual:	Acuse de recibo

Trazabilidad de notificación electrónica

Evento	Fecha Evento	Detalle
Mensaje enviado con estampa de tiempo El mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste - Artículo 23 Ley 527 de 1999.	Fecha: 2023/11/10 Hora: 11:03:25	Tiempo de firmado: Nov 10 16:03:25 2023 GMT Política: 1.3.6.1.4.1.31304.1.1.2.3.0.
Acuse de recibo Con la recepción del presente mensaje de datos en la bandeja de entrada del receptor, se entiende que el destinatario ha sido notificado para todos los efectos legales de acuerdo con las normas aplicables vigentes, especialmente el Artículo 24 de la Ley 527 de 1999 y sus normas reglamentarias.	Fecha: 2023/11/10 Hora: 11:03:26	Nov 10 11:03:26 cl-t205-282cl postfix/smtp[27065]: 3C70D12487EF: to=<dbe@burning.com.co>, relay=alt2.aspmx.l.google.com[64.233.184.27]:25, delay=1.5, delays=0.09/0/0.64/0.76, dsn=2.0.0, status=sent (250 2.0.0 OK 1699632206 m11-20020a056000008b00b0032d9a1f3566si775 5425wrx.510 - gsmtpt)

De acuerdo con los artículos 20 y 21 de la Ley 527 de 1999 se presumirá que el destinatario ha recibido el mensaje, cuando el emisor del mismo recepcione el acuse de recibo que puede ser automatizado, en ese orden de ideas, el presente documento constituye acuse de recibo automatizado y constituye prueba de entrega del mensaje de correo electrónico así como sus archivos adjuntos en la fecha y hora indicadas anteriormente.

Importante: En el aparte Acuse de Recibo, en los casos en que aparece la frase "Queued mail for delivery" se debe a las características del servidor de correo electrónico Microsoft Exchange, en estos casos, si el mensaje no pudo ser entregado dicho servidor enviará una segunda respuesta indicando que no fue exitosa la entrega del mensaje, si no hay una segunda respuesta del servidor de correo electrónico, quiere decir que tu mensaje fue entregado satisfactoriamente por lo que este documento pasa a constituir acuse de recibo

Contenido del Mensaje

Asunto: Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023. Rad: 11001319900120217665203. De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA. Contra: BURNING S.A.S. y DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR

 Cuerpo del mensaje:

Bogotá D.C., noviembre 10 de 2023

Parte Accionada

BURNING S.A.S.

gerencia@burning.com.co

Parte Accionada

DIANA MARI#A BUSTAMANTE ESCOBAR

dbe@burning.com.co

Apoderado

HORACIO CRUZ

horaciocruztejada@yahoo.com.mx

Ref.: Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023

Rad: 11001319900120217665203

Proceso por Infracción a Derechos de Propiedad Industrial y Competencia Desleal

De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA

Contra: BURNING S.A.S. y

DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR

MARÍA FERNANDA PARRA ORTEGA, abogada titulada y en ejercicio, de notas civiles ya conocidas dentro del proceso de la referencia, actuando en mi condición de apoderada de la PARTE APELANTE, por medio del presente escrito, allego auto admisorio del recurso de apelación

presentado contra sentencia judicial de fecha 25 de julio de 2023 proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y la correspondiente sustentación del mismo.

El presente memorial se remite en formato PDF como documento adjunto, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022.

Atentamente,



María Fernanda Parra
Socia Directora
Magister en Derecho de
la empresa y de los negocios
301 293 4111
mparra@pvabogados.co
www.pvabogados.co

Adjuntos

Nombre	Suma de Verificación (SHA-256)
PROVIDENCIAS_E-184_OCTUBRE_30_DE_2023.pdf	b50fa575af4045c929f1490845f78d343d719279411c3f200d5b46a07af3314d
11001319900120217665203_Sustentacio#n_Recurso_de_Apelacio#n.pdf	4aa7b75a8a37ebf04259f9e982201b41983f76ca8d550b1443fa1504c2a726a9

Descargas

--

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 527 de 1999, la presente notificación electrónica como los documentos adjuntos a esta, son documentos íntegros, ya que es posible determinar que los mismos no han sido modificados ni alterados desde el momento en que fue enviado el mensaje de datos por parte del emisor del mensaje, por lo tanto dichos documentos tienen plena validez jurídica y probatoria.

www.technokey.co

e-entrega Certifica que ha realizado por encargo de **PYV ABOGADOS SAS** identificado(a) con **NIT 901335002** el servicio de envío de la notificación electrónica, a través de su sistema de registro de ciclo de comunicación Emisor-Receptor.

Según lo consignado los registros de e-entrega el mensaje de datos presenta la siguiente información:

Resumen del mensaje

Id mensaje:	908350
Emisor:	mparra@pvabogados.co
Destinatario:	gerencia@burning.com.co - Burning SAS
Asunto:	Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023. Rad: 11001319900120217665203. De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA. Contra: BURNING S.A.S. y DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR
Fecha envío:	2023-11-10 11:00
Estado actual:	Acuse de recibo

Trazabilidad de notificación electrónica

Evento	Fecha Evento	Detalle
Mensaje enviado con estampa de tiempo	Fecha: 2023/11/10 Hora: 11:03:27	Tiempo de firmado: Nov 10 16:03:27 2023 GMT Política: 1.3.6.1.4.1.31304.1.1.2.3.0.
<p>El mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste - Artículo 23 Ley 527 de 1999.</p>		
Acuse de recibo	Fecha: 2023/11/10 Hora: 11:03:28	Nov 10 11:03:28 cl-t205-282cl postfix/smtp[25490]: 168E312487B8: to=<gerencia@burning.com.co>, relay=alt2.aspmx.l.google.com[64.233.184.27]:25, delay=1.6, delays=0.25/0/0.59/0.79, dsn=2.0.0, status=sent (250 2.0.0 OK 1699632208 t14-20020a05600c198e00b0040a481e5b93si78 4 956wmq.173 - gsmt)
<p>Con la recepción del presente mensaje de datos en la bandeja de entrada del receptor, se entiende que el destinatario ha sido notificado para todos los efectos legales de acuerdo con las normas aplicables vigentes, especialmente el Artículo 24 de la Ley 527 de 1999 y sus normas reglamentarias.</p>		

De acuerdo con los artículos 20 y 21 de la Ley 527 de 1999 se presumirá que el destinatario ha recibido el mensaje, cuando el emisor del mismo recepcione el acuse de recibo que puede ser automatizado, en ese orden de ideas, el presente documento constituye acuse de recibo automatizado y constituye prueba de entrega del mensaje de correo electrónico así como sus archivos adjuntos en la fecha y hora indicadas anteriormente.

Importante: En el aparte Acuse de Recibo, en los casos en que aparece la frase "Queued mail for delivery" se debe a las características del servidor de correo electrónico Microsoft Exchange, en estos casos, si el mensaje no pudo ser entregado dicho servidor enviará una segunda respuesta indicando que no fue exitosa la entrega del mensaje, si no hay una segunda respuesta del servidor de correo electrónico, quiere decir que tu mensaje fue entregado satisfactoriamente por lo que este documento pasa a constituir acuse de recibo

Contenido del Mensaje

 **Asunto:** Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023. Rad: 11001319900120217665203. De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA. Contra: BURNING S.A.S. y DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR

 Cuerpo del mensaje:

Bogotá D.C., noviembre 10 de 2023

Parte Accionada

BURNING S.A.S.

gerencia@burning.com.co

Parte Accionada

DIANA MARI#A BUSTAMANTE ESCOBAR

dbe@burning.com.co

Apoderado

HORACIO CRUZ

horaciocruztejada@yahoo.com.mx

Ref.: Sustentación al Recurso de Apelación admitido contra Providencia de 25 de julio de 2023

Rad: 11001319900120217665203

Proceso por Infracción a Derechos de Propiedad Industrial y Competencia Desleal

De: JORGE ANDRÉS FORERO MEJÍA

Contra: BURNING S.A.S. y

DIANA MARÍA BUSTAMANTE ESCOBAR

MARÍA FERNANDA PARRA ORTEGA, abogada titulada y en ejercicio, de notas civiles ya conocidas dentro del proceso de la referencia, actuando en mi condición de apoderada de la PARTE APELANTE, por medio del presente escrito, allego auto admisorio del recurso de apelación

presentado contra sentencia judicial de fecha 25 de julio de 2023 proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y la correspondiente sustentación del mismo.

El presente memorial se remite en formato PDF como documento adjunto, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022.

Atentamente,



María Fernanda Parra
Socia Directora
Magister en Derecho de
la empresa y de los negocios
301 293 4111
mparra@pvabogados.co
www.pvabogados.co

Adjuntos

Nombre	Suma de Verificación (SHA-256)
PROVIDENCIAS_E-184_OCTUBRE_30_DE_2023.pdf	b50fa575af4045c929f1490845f78d343d719279411c3f200d5b46a07af3314d
11001319900120217665203_Sustentacio#n_Recurso_de_Apelacio#n.pdf	4aa7b75a8a37ebf04259f9e982201b41983f76ca8d550b1443fa1504c2a726a9

Descargas

--

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 527 de 1999, la presente notificación electrónica como los documentos adjuntos a esta, son documentos íntegros, ya que es posible determinar que los mismos no han sido modificados ni alterados desde el momento en que fue enviado el mensaje de datos por parte del emisor del mensaje, por lo tanto dichos documentos tienen plena validez jurídica y probatoria.


www.technokey.co

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA RV: Rad. 2018-265. Sustentación de la apelación. Lucrecia del Socorro Durango v. Hospital Universitario Clínica San Rafael.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 07/11/2023 16:49

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

 1 archivos adjuntos (1 MB)

Sustentacion Apelacion. 2018-265. Lucrecia del Socorro v. Compensar- Ltda. en Gtía Previsora RJP.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Willy Chillon <wchillon@arizaygomez.com>

Enviado: martes, 7 de noviembre de 2023 16:39

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: jnavarrete@slcabogados.com.co <jnavarrete@slcabogados.com.co>; Diana Ariza <dariza@velezgutierrez.com>; imcubillos@velezgutierrez.com <imcubillos@velezgutierrez.com>; Ricardo Velez <rvelez@velezgutierrez.com>; Rafael Ariza V <rafaelariza@arizaygomez.com>; Jerson Pinchao <jfpinchao@arizaygomez.com>; vsosa@arizaygomez.com <vsosa@arizaygomez.com>

Asunto: Rad. 2018-265. Sustentación de la apelación. Lucrecia del Socorro Durango v. Hospital Universitario Clínica San Rafael.

Señores:

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.- Sala sexta de decisión civil

secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Proceso:	Responsabilidad Civil Extracontractual
Radicado:	11001-3103-002-2018-00265-01
Demandantes:	Lucrecia del Socorro Durango Correa
Demandados:	Hospital Universitario Clínica San Rafael y otros
Ll. en garantía:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros
Asunto:	Sustentación de la apelación

Rafael Alberto Ariza Vesga, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. **79.952.462** expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. **112.914** del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**, vinculada al proceso en calidad de llamada en garantía, por medio del presente escrito, de la manera más atenta y respetuosa, **me permito sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.**

Por favor remitirse al documento adjunto, incluirlo en el expediente de referencia y darle el trámite correspondiente.

Atentamente,

Rafael Alberto Ariza Vesga

CC. 79.952.462 de Bogotá

T.P. No. 112.914 del C.S. de la J.



Honorable:

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Sala sexta de decisión civil

MP: Dr. Oscar Fernando Yaya Peña

secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Proceso:	Responsabilidad Civil Extracontractual
Radicado:	11001-3103-002-2018-00265-01
Demandantes:	Lucrecia del Socorro Durango Correa
Demandados:	Hospital Universitario Clínica San Rafael y otros
Llamada en garantía:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros
Asunto:	Sustentación del recurso de apelación formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

Rafael Alberto Ariza Vesga, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. **79.952.462** expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. **112.914** del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**, vinculada al proceso en calidad de **llamada en garantía por el Hospital Universitario Clínica San Rafael**, por medio del presente escrito, de la manera más atenta y respetuosa, me permito sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

I. Sustentación del recurso- motivos de inconformidad en contra de la sentencia de primera instancia dictada el 06 de febrero de 2023

Primero: el a-quo dio por probado sin estarlo la existencia de responsabilidad civil medica imputable al Hospital Universitario Clínica de San Rafael:

En primer lugar, manifiesto mi desacuerdo con la decisión de primer grado, ya que el Despacho consideró probada, sin que lo estuviera, la responsabilidad de la Clínica de San Rafael en los daños sufridos por la paciente. A lo largo del proceso, no se demostraron de manera fehaciente los elementos necesarios para fundamentar un fallo condenatorio.

En este sentido, la demandante afirma en su escrito que la causa principal de su padecimiento fue una cirugía realizada el 4 de marzo de 2008 en la Clínica San Rafael. Sin embargo, no se encuentra evidencia de esto en la historia clínica. Según los registros de dichos documentos, la demandante gozó de buena salud incluso durante más de cinco (5) años después de la intervención quirúrgica a la que hace referencia.

De acuerdo con la historia clínica de la demandante, el procedimiento realizado ese día fue una "amputación del cuello uterino o traquelectomía". Los documentos aportados muestran que el procedimiento se llevó a cabo sin complicaciones, e incluso el recuento de los instrumentos quirúrgicos demuestra que estaban completos, como se puede observar a continuación:

Fecha Nota : 2008/03/04	Hora Nota : 10:10
Nota de Enfermería : inicia procedimiento con 10 gasas	
Especialista : ADELAIDA MARCELA CASTILLO TUTA	Especialidad: Auxiliar de Enfermería
Fecha Nota : 2008/03/04	Hora Nota : 11:10
Nota de Enfermería : Recuento final de gasas total 10 recuento completo	
Especialista : ADELAIDA MARCELA CASTILLO TUTA	Especialidad: Auxiliar de Enfermería
Fecha Nota : 2008/03/04	Hora Nota : 11:35
Nota de Enfermería : no hay disponibilidad de camilla se deja en la mesa quirurgica para luego pasarla a la camilla egun disponibilidad	
Especialista : ADELAIDA MARCELA CASTILLO TUTA	Especialidad: Auxiliar de Enfermería
Fecha Nota : 2008/03/04	Hora Nota : 12:00
Nota de Enfermería : Termina procedimiento sin complicaciones e pasa a la camilla se traslada a recuperación conciente alerta orientada con líquidos endovenosos permeables sonda vesical a cystofo miembros inferiores con efectos de anestesia piel integra cómoda y segura	
Especialista : ADELAIDA MARCELA CASTILLO TUTA	Especialidad: Auxiliar de Enfermería
Fecha Nota : 2008/03/04	Hora Nota : 12:00
Nota de Enfermería : ingresa paciente en camilla a recuperacion conciente y alerta con venopuncion permeable pasnado lactato de ringer, sangrado vaginal escaso sonda vesical a cystofo, se realiza control de signos vitales pendiente iniciar ordenes medicas	
Especialista : RUTH RODRIGUEZ CASTIBLANCO	Especialidad: Auxiliar de Enfermería
Fecha Nota : 2008/03/04	Hora Nota : 13:00
Nota de Enfermería : entrego paciente en camilla conciente y alerta con venopuncion permeable pasnado lactato de ringer, sngro vaginal moderado sonda vesica a cystofo, pendiente traslado a piso	

Asimismo, en la primera instancia, el juez no consideró que la demandante ya había experimentado problemas en la misma zona de la cirugía, como un prolapso y un desgarro perineal. En procedimientos previos a la cirugía, pudo haberse dejado un cuerpo extraño en su cuerpo, como se evidencia en su historia clínica:

Motivo Consulta:	REMITIDA DE COMPENSAR PARA TRAQUELECTOMIA		
Enfermedad Actual:	CUADRO CLÍNICO DE 2 AÑOS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN MASA GENITAL ASOCIADA A DISPAREUNIA Y HOCITANCIA.		
SIGNOS VITALES:	FC: 80	Sistole: 100	Diastole: 60 T.A.M73,33 FR: 16 T°: 36.5 Saturación: 0 Glucometría: 0
	Talla:	Peso:	I.M.C:
ANTECEDENTES GINECOOBSTETRICOS			
Menarquia:	Ciclos:	Duración:	
Gestaciones: 0	Partos: 0	Gemelares: 0	Ectópicos: 0 Molas: 0 Abortos: 0
Muertes Fetales: 0	Nacidos Vivos: 0	Nacidos Muertos: 0	Nacidos Prematuros: 0
Cesareas: 0	FUR:	FUP: 1900/01/01	FUC: Menopausia:
Observaciones:	Riesgo: NO APLICA	Método:	
VIVEN: 0	MUERTOS EN 1A SEM: 0	MUERTOS DESPUES DE LA 1A SEM: 0	
ALGUN NAC > 400 G: NO	ALGUN GEMELAR: NO	ALGUN ABORTO ESPONTANEO: NO	
EXAMEN FISICO			
Parte del Cuerpo	Variable	Observaciones	
Sistema Genital Femenino	Tacto vaginal	VAGINA NT/NE. ELONGATION COLLI CUELLO DE 45 CM. PROLAPSO ANTERIOR UTERO EN AVF DE TAMAÑO NORMAL ANEXOS NO PALPABLES	
DIAGNOSTICOS			
Nombre	Tipo	CIE10	Tipo Dx Observaciones
Elongacion hipertrofica del cuello del utero	DIAGNOSTICO PRINCIPAL	N884	CONFIRMADO REPETIDO
AYUDAS DIAGNÓSTICAS			
Nombre			Observaciones

En la consulta del 6 de junio de 2013, es decir, cinco años después de la cirugía inicial, se realizaron exámenes de rayos X en la paciente, revelando la presencia de un cuerpo extraño de densidad metálica con fecha del 6 de junio de 2013. Frente a esta situación, tanto Compensar EPS como el Hospital Clínica San Rafael llevaron a cabo evaluaciones para determinar la necesidad de remover dicho cuerpo extraño. El grupo médico del Hospital proporcionó las siguientes aclaraciones:

"El grupo médico informó a la señora Lucrecia que el cuerpo extraño tenía movilidad limitada en el área en la que se encontraba y, por lo tanto, **no tenía la posibilidad de migrar a otros órganos a través del flujo sanguíneo**. Se destacó que las exploraciones conllevan riesgos, uno de los cuales es no lograr localizar el cuerpo extraño. Sin embargo, dada su ubicación anatómica, **el riesgo de causar daños a otros órganos es mínimo.**" (Se resalta)

Adicionalmente, el grupo médico ofreció dos opciones a la demandante, quien en última instancia optó por no retirar el cuerpo extraño:

"El grupo médico, liderado por el radiólogo intervencionista, presentó dos alternativas a la señora Lucrecia. **La primera opción era no retirar el cuerpo extraño, ya que aparentemente no había generado ninguna sintomatología adversa.** La segunda alternativa consistía en realizar estudios de imagen adicionales para marcar y explorar la extracción del cuerpo extraño. El Dr. Riascos mencionó su interés en intentar la

visualización y marcación mediante ecografía y, si esto no fuera factible, llevar a cabo el procedimiento mediante una tomografía computarizada." (Se resalta)

De esta manera, según la información contenida en la historia clínica y la opinión del grupo médico del Hospital, se desprende que el cuerpo extraño no había ocasionado lesiones en los órganos de la paciente y no se identificaba ningún riesgo inminente que pudiera causarle algún daño.

Esta evidencia se halla en la historia clínica de la demandante:

Motivo Consulta:	Registro Retrospectivo de: 1. Valoración Ginecógica : 6/mayo/14 2. Junta Médica Multidisciplinaria realizada el 13 /mayo/14 en la Oficina de la Dirección Científica con los siguientes integrantes: Dr. Miguel Angel Murcia (Director Científico- Ortopedista) Dr. Jorge Niño (Jefe Unidad de Obstetricia y Ginecología) Dr Carlos Sánchez (Gestor Departamento Quirúrgico) Dr. César Riascos (Radiólogo) Enfermera Maía Isabel Nomesque (PAMEC) Enfermera Carolina Bermudez (Coordinadora Paciente Seguro). Sra Lucrecia del Socorro Durango (paciente) Dr Alexander García (Representante legal de la Paciente)
Enfermedad Actual:	Paciente a la que se realizó el 4/marzo/2008 en esta Institución Traquelectomía y Colporrafia posterior por Ellongation Colli prolapso genital incompleto y disfunción sexual referida por la paciente. Se revisa descripción quirúrgica en donde NO encuentra reporte de complicación o evento adverso. Se realiza tacto rectal al finalizar el procedimiento el cual se reporta como normal. La paciente evolucionó satisfactoriamente (se realizaron dos controles post operatorios) y permaneció completamente asintomática durante 5 (cinco) años. Después de este tiempo consulta a Médico General de La EPS por dolor de cadera bilateral que limita la deambulación. Le solicita Rx de cadera bilateral donde se evidencia cuerpo extraño (aguja curva) en tejidos blandos parasagittales derechos perineales. Se complementa el estudio con TAC abdominopélvico que confirma el hallazgo de un cuerpo extraño en Tejido celular subcutáneo del perine a la derecha de la línea media y en su aspecto posterior. Se interroga a la paciente que refiere dolor pélvico que se irradia a región lumbar y caderas tipo ardor o quemante principalmente en las noches cuando la paciente se encuentra acostada de un año de evolución. Además refiere dispareunia de penetración y profundidad que dificulta vida sexual. Además refiere sensación de angustia y temor desde que le evidenciaron un cuerpo extraño (aguja) en región perineal. Se revisan en la Junta las imagenes que trae la paciente: RX de cadera se evidencia el cuerpo extraño en región paramedial derecha y displasia residual de cadera posiblemente presentada desde la infancia. El Radiólogo revisa el CD de la tomografía y calcula que el cuerpo extraño se encuentra aproximadamente a 6 mm de profundidad en el Tejido Celular Subcutaneo parasagittal derecho y hacia región posterior glútea.

Adicionalmente no se evidencia el estudio del peritaje presentado por la medico Myriam Constanza Pardo quien afirmo:

<p>4. <u>De la observancia de la historia clínica de 24 de enero de 2008 y 04 de marzo de 2008 de la Clínica San Rafael y previas a la cirugía discutida, indicará el perito médico especializado ¿Si la paciente ya presentaba dispareunia y disfunción sexual?</u></p> <p>Si, Como lo mencione en el ítem número 1, la paciente tiene una consulta de la EPS Compensar con Ginecología del 01/09/2007 donde la paciente refiere dispareunia profunda y sinusorragia(sangrado durante las relaciones sexuales.</p> <p>En la Consulta del Hospital San Rafael, con fecha 24/01/2008 en la enfermedad actual: "cuadro de dos años de evolución consistente en masa genital asociada a dispareunia".</p>
--

(...)

<p>11. <u>Teniendo en cuenta la historia clínica de COMPENSAR E.P.S. de 29 de mayo de 2013, que indica que la paciente presentó dolor de cadera bilateral con tan solo 3 meses de evolución (marzo de 2013 – aprox), esto es, después de 5 años de haberse realizado la TRAQUELETOMIA + COLPORRAFIA donde supuestamente se le dejo un cuerpo extraño a la paciente. De acuerdo a su criterio médico y la experiencia profesional ¿Considera usted que el dolor bilateral de caderas que referenció la señora en el año 2013 tiene relación causa – efecto con la presencia de ese cuerpo extraño de lateralidad derecha que supuestamente fue dejado allí desde hace más de 5 años ?</u></p> <p>De acuerdo a las imágenes anexadas la localización del cuerpo extraño está en continuidad con la pared vaginal posterior cerca a la fosa isquiorrectal. Dado el tiempo que transcurrió, 5 años, seguramente tiene un granuloma cicatricial que no produce clínica de dolor de caderas y menos bilateral.</p> <p>Es probable que el dolor de cadera bilateral corresponda al proceso de desgaste articular producido por la edad y el sobrepeso de la paciente y el hallazgo del cuerpo extraño fue incidental en la imagen diagnóstica.</p>

Además, no se observa la evaluación de los testimonios de los distintos médicos, en un primer momento el del Dr. Claudio Romano Brando, quien manifestó lo siguiente: "(...) no existe una relación específica entre el cuerpo extraño y el dolor experimentado por la paciente. (...) Si el dolor se manifestó en el año 2013 y no en el 2008, las causas son diferentes..."

En segundo lugar, el testimonio del Dr. Luis Gabriel, quien afirmó: "Examiné a la paciente, quien indicó que había sido sometida a una cirugía previa, pero no recordaba la razón..." También señaló que siempre existe la posibilidad de que, en procedimientos quirúrgicos, se deje un cuerpo extraño, especialmente cuando la paciente no recuerda el procedimiento.

Además, el testimonio del Dr. Arturo Azuero, quien afirmó que, en situaciones como estas, en las que se deja un cuerpo extraño en el cuerpo de una persona, es común que el dolor se manifieste aproximadamente un mes o dos meses después del procedimiento debido a los procesos de recuperación e inflamación cercanos y no a los cinco años de haber sido realizado el procedimiento.

Finalmente, el Dr. Jorge Niño declaró que la paciente había sido sometida previamente a procedimientos quirúrgicos y que, según la historia clínica, sus consultas antes de la cirugía de 2008 estaban relacionadas con síntomas similares, como masas en su aparato reproductor, problemas en las relaciones sexuales, dispareunia y dolor. También afirmó que no hubo complicaciones en el procedimiento y que, tal como se observó en el recuento del material quirúrgico, no se produjeron pérdidas, ya que el recuento fue completo.

Los testimonios demuestran que el a-quo no realizó un análisis completo de los elementos de la responsabilidad, ya que, de haberlo hecho, habría concluido que no había forma de atribuir el presunto daño sufrido por la demandante a la Clínica San Rafael, dado que no existía certeza que permitiera afirmar que el cuerpo extraño fue olvidado durante la cirugía del 4 de marzo de 2008.

De acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que en ningún momento la Clínica San Rafael incumplió sus obligaciones con respecto a la atención de la señora Lucrecia del Socorro. Además, la paciente consintió en no retirar el cuerpo extraño de su cuerpo, el cual no había causado ninguna lesión. Por lo tanto, no se podría alegar que la clínica haya actuado de manera negligente. Por el contrario, desde el inicio del tratamiento médico, el Hospital puso a disposición de la paciente todos los recursos humanos y técnicos necesarios para brindarle una atención adecuada, con el objetivo de mejorar su condición de salud.

Segundo: en el presente caso se encuentra configurada la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro de responsabilidad civil frente al asegurado, teniendo en cuenta que, en este caso, la vinculación de La Previsora al proceso se debió a un llamamiento en garantía formulado por el asegurado (Hospital Universitario Clínica San Rafael) y NO una “acción directa” de la víctima frente a La Previsora.

En este punto, es importante destacar que, contrario a lo considerado por el a-quo, en el presente caso sí se encuentra configurada la prescripción extintiva de la acción que el asegurado, Hospital Universitario Clínica San Rafael, estaba facultado para ejercer frente a la aseguradora: La Previsora S.A. Compañía de Seguros, resaltando que la vinculación de mi mandante NO FUE como “demandada” en “acción directa” sino como “**llamada en garantía**” por el asegurado Hospital Universitario Clínica San Rafael, cuyo término de prescripción se contabiliza según lo dispuesto en el artículo 1.131 del código de comercio, en concordancia con el art. 1.081 de la misma codificación. Esta última norma establece lo siguiente:

“Artículo. 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.”

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”. (Se resalta)

En tratándose del seguro de responsabilidad civil como el caso que nos ocupa, el término de prescripción **para el asegurado** comenzara a contarse desde que la víctima le formule la primera reclamación judicial o extrajudicial, conforme lo señala el artículo 1131 del Código de Comercio:

“Artículo 1131. Ocurrencia del siniestro. En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. **Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.**” (Se resalta)

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹ ha reconocido lo siguiente:

“Al efecto, el «artículo» 1131 es categórico y terminante al decir que «En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima», a lo que agrega que **«Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial»** (se resalta).

Del contenido de ese mandato refulge, sin duda, que en los «seguros de responsabilidad civil», especie a la que atañe el concertado entre Flota Occidental S.A. y Axa Colpatria Seguros S.A., subsisten dos sub-reglas cuyo miramiento resulta cardinal para arbitrar cualquier trifulca de esa naturaleza. La primera, consistente en que el «término de prescripción» de las «acciones» que puede ejercer el agredido contra el ofensor corre desde la ocurrencia del «riesgo asegurado» (siniestro). **Y la segunda, que indica que para la «aseguradora» dicho término inicia su conteo a partir de que se le plantea la petición «judicial» o «extrajudicial» de indemnización por la situación o circunstancia lesiva al tercero, no antes ni después de uno de tales acontecimientos**, lo que revela el error del censurado que percibió cosa diversa.

Ello es así, sobre todo porque si la «aseguradora» no fue perseguida mediante «acción directa», sino que acudió a la lid en virtud del «llamamiento en garantía» que le hizo Flota Occidental S.A. (demandada) para que le reintegrara lo que tuviera que sufragar de llegar a ser vencida, era infalible aplicar el precepto 1081 ib., en armonía con lo consagrado en el «artículo» 1131 ib. a efectos de constatar si la intimación se le hizo o no de forma tempestiva.

De lo antelado se infiere, con certeza, que en este evento, al estar de por medio un «seguro de responsabilidad civil», pues fue en virtud de ese pacto que Flota Occidental requirió a Axa Colpatria Seguros S.A. (llamada en garantía), era, pues, impostergable establecer, con base en la citada disposición (art. 1131 ib.), desde cuándo empezó a correr el «término de prescripción» bienal o quinquenal de las «acciones contractuales» que podía ejercer la transportadora frente a la «aseguradora», valga decir, si desde que los causahabientes de los fallecidos le «reclamaron por vía extrajudicial» ora «judicialmente»; ello con el fin de conocer la suerte de la «excepción de prescripción» que Axa Colpatria Seguros S.A., enarbó con miras a fraguar el llamado que le hizo Flota Occidental S.A., (asegurada), por ser esa, y no otra la directiva indicada para sortear tal incógnita.” (se resalta)

Igualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene decantado que la prescripción que corre en **contra el asegurado** es la ordinaria, la cual empieza a contabilizarse, en el marco de un seguro de responsabilidad civil, desde que la víctima le formula reclamación judicial o extrajudicial:

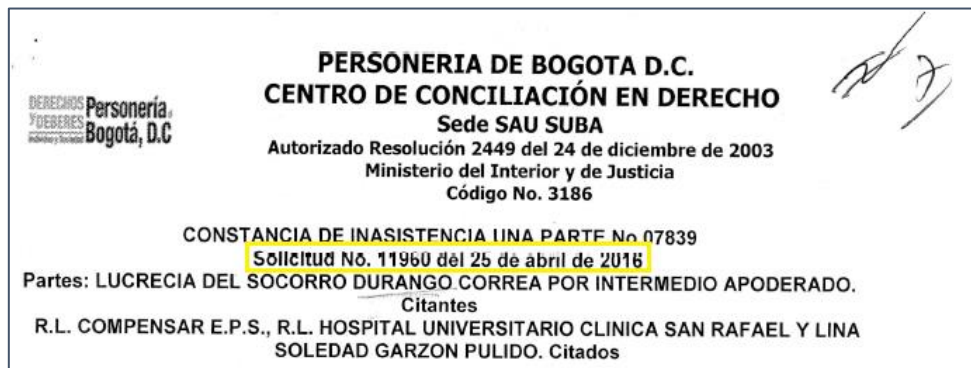
“Por tanto, **si el interesado, es decir, el asegurado, tuvo conocimiento del hecho desde que le fue formulada la petición extrajudicial —citación a la conciliación como requisito de procedibilidad—, es razonable que el Tribunal asociara ese evento con la prescripción ordinaria de dos años**, por lo que no tiene sentido que hubiera aplicado la

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – providencia del once (11) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación No. 11001-02-03-000-2019-02764-00 STC13948-2019 M.P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque

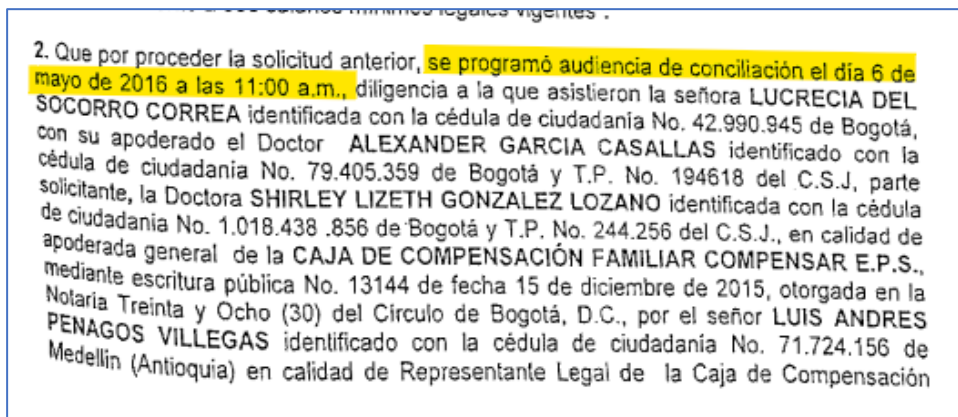
extraordinaria, como si la aseguradora fuera la víctima o se estuviera ante el ejercicio de la acción directa de esta contra la aseguradora”². (Se resalta)

En el caso que nos ocupa, se encuentra configurada la prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguros **para el asegurado**, Hospital Universitario Clínica San Rafael, de la siguiente manera:

- El **25 de abril de 2016** la víctima (parte demandante) formuló petición extrajudicial frente al asegurado, Hospital Universitario Clínica San Rafael, conforme se evidencia en la constancia emitida por el centro de conciliación de la Personería de Bogotá D.C., conociendo de la petición desde esa fecha, según lo dispuesto en el art. 6 literal K del decreto 1716 de 2009 vigente para esa fecha:



- El **6 de mayo de 2016**, corresponde a la fecha de la audiencia de conciliación extrajudicial donde el asegurado, Hospital Universitario Clínica San Rafael, ya tiene pleno conocimiento de la petición extrajudicial formulada por la víctima.



- Así las cosas, el asegurado Hospital Universitario Clínica San Rafael contaba con un plazo de **dos (2) años** para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro instrumentado en la póliza de seguro de responsabilidad civil No. 1011253 frente a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, contado desde el **6 de mayo de 2016 que tuvo pleno conocimiento de la petición extrajudicial formulada por la víctima, conforme art. 1.131 del C. de Co.**
- Sin embargo, solo hasta el **20 de mayo de 2019**, con posteridad al transcurso de los dos (2) años que establece la ley (prescripción ordinaria), se vino a ejercer las acciones derivadas del seguro de responsabilidad civil a través de la presentación del llamamiento en garantía ante el Juzgado Segundo Civil Circuito de Bogotá (conforme obra en la página 28 del archivo “001cuadernoTres.PDF” de la carpeta “003 cuadernollamamientoPrevisoraseguros”).

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A – Providencia de veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023) Radicación: 11001-03-15-000-2023-01194-00 MP: María Adriana Marín.

- Se precisa finalmente que, la parte demandante emprendió fue una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el causante del perjuicio o sea, el asegurado, en los términos del artículo 2341 del Código Civil, más no en contra de La Previsora S. A. Compañía de Seguros; de ahí surge, claramente, que dicha compañía de seguros no fue convocada en calidad de demandada en “acción directa”, sino como llamada en garantía por el asegurado Hospital Universitario Clínica San Rafael, situación que no reconoció y erró el a-quo. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho lo siguiente:

“Y si la empresa de seguros aparece vinculada a esta causa judicial, tuvo lugar dicha convocatoria a raíz de la citación que en garantía que su propio asegurado le formuló, hipótesis que comprometía al sentenciador a resolver dos relaciones, como así lo contempla el artículo 57 del C. de P. C.: la una, surgida del reclamo extracontractual formulado a la causante del daño (actores-empresa de aviación), la otra, la asegurada (Tagua) y la aseguradora (la llamada en garantía –Previsora S.A.-). **Por supuesto, el llamamiento que la demandada efectúa a un tercero para que responda por ella ante una eventual condena, no puede asimilarse o equipararse a una acción directa de la víctima, muy a pesar de su vinculación al proceso**, pues, itérase, el nexa que determinó su inserción a la litis no provino de la actora (afectada por el siniestro). Contrariamente, significativas diferencias entre esas hipótesis ponen de presente que el llamamiento en garantía dista de establecer una relación equiparable al ejercicio de la acción directa; por ejemplo, a manera meramente explicativa, la llamada en garantía una vez sea vinculada al proceso, no goza de traslado de la demanda y sus anexos, situación natural, pues su vinculación derivó del nexa, legal o contractual, para con el llamante; la relación subyacente que en este caso vincula a los demandantes con la demandada es índole extracontractual, mientras que la que liga a la llamada en garantía con el convocante es estrictamente contractual; el funcionario judicial al momento de definir la instancia debe resolver el nexa existente entre el llamado y el llamante, más no entre aquel y el actor. En fin, no existe entre la demandante y la llamada en garantía una relación procesal de características similares a la establecida entre aquella y la demandada”³ (se resalta)

Por lo tanto, solicito respetuosamente al H. Tribunal declarar probada la prescripción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil frente al asegurado y declarar que cualquier obligación indemnizatoria que hubiere llegado a surgir a cargo de La Previsora S.A. Compañía de Seguros, se extinguió en virtud de la consolidación del fenómeno de la prescripción extintiva.

Tercero: el a-quo desatendió y dejó de aplicar las exclusiones válidamente pactadas en la póliza No. 1011253, que determinaban la ausencia de obligación de Previsora.

En el presente caso, teniendo en cuenta que se condenó a la Dra. Lina Soledad Garzón Pulido por la atención medica proporcionada a la demandante, es evidente que se configura la causal de exclusión No. 2.3. expuesta en las condiciones generales de la póliza en la cual se excluye de cobertura aquellos eventos generadores de responsabilidad civil para el asegurado que devengan de: “La responsabilidad civil profesional individual propia de médicos y/u odontólogos o de cualquier profesional de la salud.”

Ello conforme se observa en las exclusiones de la póliza objeto del llamamiento en garantía realizado por la Clínica San Rafael:

5. Responsabilidad civil por daños a bienes o inmuebles bajo cuidado, custodia o control del asegurado.
 6. El incumplimiento de algún convenio, sea verbal o escrito, propaganda, sugerencia o promesa de éxito que garantice el resultado de cualquier tipo de acto médico.
 7. La responsabilidad civil profesional individual propia de médicos y/u odontólogos, o de cualquier profesional de la salud.
 8. Actos médicos que importen daños por contaminación de sangre cuando el asegurado y/o sus empleados, con o sin relación de dependencia, no hubiese cumplido con todos los requisitos y normas nacionales e internacionales exigibles a un profesional médico en el ejercicio de su profesión, incluyendo pero no limitándose a la aceptación, prescripción, control, almacenamiento, conservación y transfusión de sangre, sus componentes y/u hemoderivados y a la asepsia de áreas, instrumentos y equipos donde y con los cuales se lleven a cabo dichos actos médicos.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil -providencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011). Ref.:50001-31-03-003-2004-00142-01. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena

En consecuencia, solicito respetuosamente a este honorable Tribunal declarar probada la casual de exclusión prevista en las condiciones generales del seguro, y, por ende, se absuelva de todas las pretensiones del llamamiento en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Cuarto: el a-quo dejó desatendió y/o dejó de aplicar las condiciones de la póliza del seguro en lo que respecta al valor de la indemnización por perjuicios morales – limitación de la obligación a cargo de La Previsora

En las condiciones generales de la póliza se pactó expresamente que la cobertura de los perjuicios morales se limitaba al 50% de la suma asegurado y no podría ser superior a \$50.000.000 por vigencia:

1.4 LA INDEMNIZACIÓN ORIGINADA POR DAÑOS MORALES DERIVADOS DE ALGUNA RECLAMACIÓN SE CUBRIRÁ HASTA EL SUBLÍMITE DEL 50% DE LA SUMA ASEGURADA, ESTABLECIDO EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA, EL CUAL APLICARÁ DENTRO DE LA SUMA ASEGURADA Y NO PODRÁ SER SUPERIOR A \$ 50.000.000 POR VIGENCIA.

En tal sentido, el a-quo paso por alto esta condición válidamente planteada y por lo tanto no la considero al momento de emitir la sentencia de primera instancia. Omisión que tiene un impacto significativo en la delimitación de la responsabilidad de la compañía de seguros que represento.

De igual manera, en las condiciones de la póliza es igualmente necesario reconocer el deducible pactado, el cual tampoco tuvo en cuenta el a-quo en su sentencia. Este deducible es del 10% del valor de la pérdida y como mínimo \$10.000.000:

Categoría: 1-R.C CLINICAS Y HOSPITALES				
AMPAROS CONTRATADOS				
No.	Amparo	Valor Asegurado	AcumVA	Prima
5	COBERTURA R.C. CLINICAS Y HOSPITALES	2,000,000,000.00	SI	253,972,602.74
	Deducible: 10.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA	Mínimo 10,000,000.00 \$	NINGUNO	
1	** USO DE EQUIPOS DE DIAGNOSTICO Y TERAP	2,000,000,000.00	NO	0.00

Quinto: inexistencia de solidaridad entre Allianz Seguros S.A. y La Previsora S.A.

En este punto pongo de presente que contrario a lo afirmado en la sentencia de primera instancia dictada por el a-quo, en el presente caso las obligaciones de las aseguradoras no son solidarias ni así puede ser declarado.

A tal efecto es de recordar que el artículo 2344 del Código Civil establece solamente la solidaridad cuando “un delito o culpa **ha sido cometido por dos o más personas**”, atribuyendo en cabeza de los responsables de los perjuicios, la solidaridad en el pago de la indemnización, así:

“**Artículo 2344. Responsabilidad Solidaria.** Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos [2350](#) y [2355](#)”

A su turno, el artículo 1568 del Código Civil establece lo siguiente en relación con las obligaciones solidarias:

“**Artículo 1568. Definición De Obligaciones Solidarias.** En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero **en virtud de la convención, del testamento o de la ley** puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley” (Negrilla fuera de texto).”

La jurisprudencia nacional igualmente se ha ocupado de la materia y, frente a la institución de la solidaridad, ha expuesto lo siguiente:

“Las fuentes de este tipo de obligaciones **son taxativas**. Sólo se contemplan como tales la ley y la convención, según lo dispuesto en el artículo 1568 del Código Civil (...) La excepción a la regla general de la necesidad de declaración expresa, o no presunción, de la solidaridad la constituyen ciertas obligaciones comerciales (artículo 825 Código de Comercio), en las cuales ésta se presume. **En el resto del ordenamiento jurídico se aplica lo dispuesto en el artículo 1568 del Código Civil”.**⁴

De lo anterior podemos colegir que **la regla en nuestro ordenamiento jurídico es la ausencia de solidaridad**, y en el evento de ser alegada, corresponde a quien la alega probar la fuente de donde emana.

Ahora bien, en este caso la Previsora S.A. no es deudora solidaria del débito de responsabilidad que se pretende, pues ello no está previsto en discusión legal alguna, ni está pactado en contrato o convención de ningún tipo.

El contrato de seguro contenido en la póliza No. 1011253 **no** contempla tampoco esta solidaridad, al punto que, por el contrario, delimita el riesgo que se ampara, limita el valor hasta el cual responde el asegurador, establece exclusiones, entre otros.

De manera que la Previsora, **no es** ni puede llegar a considerarse **solidariamente** responsable por el pago y reconocimiento de la indemnización a la que eventualmente tendría derecho la parte demandante y menos en los términos en los cuales quedo planteado en la sentencia de primera instancia dictada el 06 de febrero de 2023.

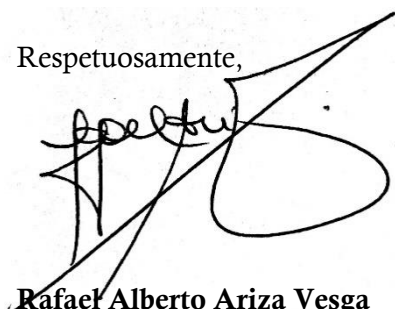
En consecuencia, solicito respetuosamente a este honorable Tribunal analizar de manera concreta y pormenorizada las obligaciones de cada una de las aseguradoras de acuerdo con los términos, límites y condiciones estipuladas en los respectivos contratos de seguro.

declarar probada la casual de exclusión prevista en las condiciones generales del seguro, y, por ende, se absuelva de todas las pretensiones del llamamiento en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

II. Solicitud

En virtud de lo anteriormente mencionado, solicito al Honorable Tribunal, **revocar** total o parcialmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **absolver** a La Previsora S.A. Compañía de Seguros de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Respetuosamente,



Rafael Alberto Ariza Vesga
C.C. 79.952.462. de Bogotá D.C.
T.P. 112.914 del C.S. de la J.


⁴ Sentencia C-140 de 2007. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA RV: 11001310300220180026501 - SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 03/11/2023 12:33

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

 1 archivos adjuntos (2 MB)

SUSTENTACION RECURSO DE APELACION.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA

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: SHIRLEY LIZETH GONZALEZ LOZANO <SLGONZALEZL@compensarsalud.com>**Enviado:** viernes, 3 de noviembre de 2023 12:24**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Cc:** 'alexmisericordia02@hotmail.com' <alexmisericordia02@hotmail.com>; Diana Ariza <dariza@velezgutierrez.com>; Anguie Acosta <aacosta@velezgutierrez.com>; 'Katerine Serrano Ramirez' <kserrano@velezgutierrez.com>; 'alexmisericordia02@hotmail.com' <alexmisericordia02@hotmail.com>; 'slau@ipsclinicasanrafael.com' <slau@ipsclinicasanrafael.com>**Asunto:** 11001310300220180026501 - SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

Honorable Magistrado:

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL –SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REF.: ** SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR ESCRITO EL 06 DE FEBRERO DE 2023****TIPO DE PROCESO:** VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL**PROCESO:** 11001310300220180026501**DEMANDANTE:** LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO CORREA**DEMANDADO:** CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL Y LINA SOLEDAD GARZÓN PULIDO.

SHIRLEY LIZETH GONZÁLEZ LOZANO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.018.438.856 de Bogotá, y titular de la tarjeta profesional número 244.256 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, en su programa de entidad promotora de salud - **COMPENSAR EPS**, estando dentro del término otorgado por el inciso 2 del numeral 3 del artículo 322 del CGP, por medio del presente escrito me permito **presentar sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia escrita calendarada de 6 de febrero de 2023.**



Shirley Lizeth González Lozano

Abogada III

slgonzalezl@compensarsalud.com

3046314798

Bogotá - Colombia

El contenido de este mensaje puede ser información privilegiada y confidencial de Compensar Salud. Si usted ha recibido este correo por error, equivocación u omisión, por favor informe de ello a quien lo envía y destrúyalo en forma inmediata. Está prohibida su retención, grabación, reimpresión, utilización o divulgación con cualquier propósito. Este mensaje ha sido verificado con software antivirus; sin embargo, Compensar Salud no se hace responsable por la presencia en él o en sus anexos de algún virus que pueda generar daños en los equipos o programas del destinatario. Recuerde que la interceptación y substracción de esta comunicación está sujeto a sanciones penales correspondientes (ley 1273 del 2009). Recordemos que todos debemos aportar al cumplimiento de la ley 1581 del 2012.



Honorable Magistrado:

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL –SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REF.: ** SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR ESCRITO EL 06 DE FEBRERO DE 2023**

TIPO DE PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL

PROCESO: 11001310300220180026500

DEMANDANTE: LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO CORREA

DEMANDADO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL Y LINA SOLEDAD GARZÓN PULIDO.

SHIRLEY LIZETH GONZÁLEZ LOZANO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.018.438.856 de Bogotá, y titular de la tarjeta profesional número 244.256 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, en su programa de entidad promotora de salud - **COMPENSAR EPS**, estando dentro del término otorgado por el inciso 2 del numeral 3 del artículo 322 del CGP, por medio del presente escrito me permito **presentar sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia escrita calendada de 6 de febrero de 2023**, al no encontrarse de acuerdo con la decisión proferida, partiendo de las siguientes consideraciones:

I. SENTENCIA PROFERIDA POR EL A QUO

Mediante sentencia de fecha del 06 de febrero de 2023, el *A quo* acogió las pretensiones de la demanda, encontró no probadas las excepciones de mérito propuestas y en consecuencia revolió:

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR civilmente responsable a los demandados **COMPENSAR EPS, HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL IPS y LINA SOLEDAD GARZÓN PULIDO** de los perjuicios causados a la demandante **LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO CORREA** por concepto de daño moral y daño a la vida en relación, conforme lo dispuesto en la presente audiencia.

SEGUNDO. CONDENAR a **ALLIANZ SEGUROS S.A. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** al pago de los perjuicios ocasionados por sus asegurados **COMPENSAR EPS y HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL IPS** a la demandante **LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO CORREA**, con ocasión de la relación contractual derivada de los contratos de seguros 022280226/0 y 1011253, por las siguientes sumas de dinero:



*Por concepto de daño moral, la suma de CIENTO DIECISÉIS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$116'000.000.00 m/cte.), a favor de la demandante **LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO CORREA.***

*Por concepto de daño a la vida en relación, la suma de CIENTO DIECISÉIS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$116'000.000.00 m/cte.), a favor de la demandante **LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO CORREA.***

TERCERO. CONDENAR en costas a la parte demandante. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma total de \$6'960.000.00 m/cte., en los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5°, numeral 1° inciso 2° literal a) del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

CUARTO. Ejecutoriada la presente providencia, una vez en firme la liquidación de costas procesales, por Secretaría, **ARCHIVAR** el expediente.

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA.

1. EL A-QUO REALIZÓ LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL A PESAR DE LA AUSENCIA PROBATORIA DE LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA RESPONSABILIDAD POR LA PARTE DEMANDANTE.

A folio 11 de la providencia fustigada y luego de realizar una vasta invocación de la jurisprudencia que le aplica al caso, el a-quo indicó que “según el marco normativo y la jurisprudencia, expuestos en precedencia, **impone que quien invoque la acción de responsabilidad civil extracontractual, debe acreditar el cumplimiento de los tres elementos axiológicos** provenientes del encuentro accidental fortuito entre el autor del daño y quien lo demanda, a saber: la culpa, el daño y el nexo causal” (Subrayado y negrita son mías)

Pues bien, si se verifica la actividad probatoria de la parte demandante se observa que esta se caracteriza, sin duda, por su evidente huerfandad. El activo procesal jamás arrojó un dictamen pericial, la declaración de un tercero imparcial o cualquier otra prueba técnica que le permitiera al togado interpretar de manera correcta las historias clínicas que fueron aportadas como única prueba en la demanda y sobre todo que le dieran la posibilidad al a-quo de llegar al pleno convencimiento de que las afirmaciones que realizó la demandante en su escrito de demanda como en su interrogatorio eran realmente ciertas a pesar de girar en torno a asuntos eminentemente técnicos.

Pese a lo anterior y a pesar de que era a la demandante a quien se le imponía el deber de probar que había existido una culpa de la demandada, que esa culpa sin duda alguna era la causante del daño alegado y que ese daño había sido causado por la conducta de las demandadas, esa carga probatoria jamás se cumplió y pese a ello, el juzgado de conocimiento decidió asumir **sin más** que:

- Como la demandante afirmó en su demanda y declaración que se le había dejado una aguja en el procedimiento quirúrgico de 2008 realizado en la Clínica San Rafael, así había sido.
- Como la demandante afirmó en su demanda y declaración que esa aguja le generaba serios dolores y dificultades en sus relaciones sexuales como en su salud, así había sido. (pese a que las pruebas técnicas indicaban que no existe



relación entre los dolores afirmados por la demandante y la existencia de la aguja).

Lo anterior sin el más mínimo esfuerzo probatorio realizado por la demandante, que de manera sorpresiva terminó siendo premiado por el a-quo con una condena en contra de las demandadas.

2. SE CONTRADICE EN EL FALLO PORQUE DICE QUE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL ANALIZADA EN EL CASO CONCRETO SE DEBE REGIR POR EL RÉGIMEN DE CULPA PROBADA Y NO OBSTANTE, A LO LARGO DE LA PROVIDENCIA PRESUMIÓ LA CULPA DE LAS DEMANDADAS.

En línea con lo anterior se insiste que a folio 11 de la providencia fustigada y luego de realizar una vasta invocación de la jurisprudencia que le aplica al caso, el a-quo indicó que *“según el marco normativo y la jurisprudencia, expuestos en precedencia, **impone que quien invoque la acción de responsabilidad civil extracontractual, debe acreditar el cumplimiento de los tres elementos axiológicos** provenientes del encuentro accidental fortuito entre el autor del daño y quien lo demanda, a saber: la culpa, el daño y el nexo causal”* (Subrayado y negrita son mías)

Más adelante, a folio 14 de la sentencia se dijo que : *“**Bajo ese tenor, resulta claro que la responsabilidad a imputar, únicamente puede predicarse a partir de la culpa probada**, toda vez que no puede olvidarse que los profesionales médicos, como lo es la galena enjuiciada dentro del presente asunto, cumplen obligaciones de medio y no de resultado, por lo que se comprometen a realizar las labores propias de su cargo, con el mayor esfuerzo posible, bajo los lineamientos que les otorga la ciencia médica “lex artis”, para recuperar o mejorar la salud de sus pacientes”* (Subrayado y negrita son mías)

De ahí, que el régimen de responsabilidad que indicó el a-quo sobre el cual se regiría su decisión fue el de culpa probada en donde se le imponía la carga a la demandante de acreditar los tres elementos de la responsabilidad civil, luego entonces el juzgado de primera instancia no podía presumir la responsabilidad de las demandadas y pretender que fueran estas quienes probaran la inexistencia de los tres elementos, como si se tratara de un régimen de culpa presunta sobre el cual no fue cimentada la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, de manera sorpresiva y durante el curso de la sentencia escrita el a-quo sustentó su declaratoria de responsabilidad no a partir de las pruebas que de los tres (03) elementos axiológicos que la parte demandante hubiera podido arrimar y debía arrimar, sino a partir de la premisa de que las demandadas no lograron probar que no existió daño, que no existió nexo causal y que no existió culpa, y bajo la exigencia de una tarifa legal, así:

- Al respecto indicó que debía predicarse o presumirse la existencia **del daño antijurídico** por cuanto, entre otros, **i)** la parte demandada no arrimó prueba que permitiera inferir la inexistencia de los quebrantos de salud reportados por la señora Durango de manera verbal, **ii)** no se probó por parte de la demandada que la paciente tenía sobrepeso o cualquier otra patología que explicará las dolencias de la señora más allá que las que se pueden explicar por la mera presencia de la aguja en su glúteo, **iii)** La demandada no probó la existencia de otras cirugías en donde se haya dejado la aguja situación que la hubiera relevado de responsabilidad y, **iv)** también dijo el a-quo que no probó que en los exámenes realizados previo a la cirugía de 2008 se observara que el cuerpo extraño ya se encontraba alojado en el cuerpo de la paciente.
- También indicó, que debía predicarse o presumirse la existencia **de la causalidad** pues no militó prueba si quiera sumaria por parte de la demandada



que permitiera concluir que el dolor reportado provenía de alguna sintomatología distinta a los daños ocasionados en las zonas contiguas al lugar donde se encuentra alojado el oblitio.

Así las cosas, lo anterior da cuenta que el a-quo incurrió en error pues cimentó la decisión de la declaratoria de responsabilidad de las demandadas bajo una presunción aun cuando en la parte considerativa de la providencia indicó claramente que el régimen que regiría esta decisión era de culpa probada pues era a quien invocaba la acción a quien le correspondía acreditar los elementos de la responsabilidad.

3. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA:

Si en gracia de discusión se considerara que el despacho aplicó adecuadamente la culpa probada para declarar la responsabilidad de las demandadas, como así lo dijo, y que no era necesario ningún esfuerzo probatorio por la demandante, debe señalarse además que el a-quo también incurrió en una indebida valoración probatoria al momento de analizar si estaba probado cada uno de los elementos de la responsabilidad.

En efecto, se observa que el juzgador de primera instancia: **i)** dejó de apreciar todas las pruebas arrimadas por la parte demandada y en su lugar **ii)** dio por ciertos hechos que no estaban probados por la demandante más allá que su mera afirmación.

Sobre este particular la jurisprudencia ha enseñado en reiteradas oportunidades que en relación con el análisis de las pruebas por parte de los Jueces, en principio se debe respetar la autonomía funcional en la valoración probatoria efectuada, **sin embargo** la autoridad judicial en dicha tarea puede incurrir en crasos errores de interpretación o en obviar algunas de ellas, precisamente se ha demostrado no en pocos casos, que han dado lugar a la configuración de vías de hecho, tal y como ocurrió en este asunto, toda vez que no se realizó un examen probatorio de fondo, puesto que se ignoraron algunas de las pruebas aportadas, con las cuales existen elementos de juicio que tienen la claridad suficiente para determinar la inexistencia de los tres elementos de la responsabilidad, de suerte que en este asunto se produjo una vía de hecho al momento de evaluar las pruebas tanto de manera individual como de forma conjunta, lo cual llevó a que el *a quo*, llegara a conclusiones contraevidentes, infiriendo hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes y aun peor, en contra de lo que dice la ciencia médica y la historia clínica, no podrían darse por acreditados, además atribuyéndoles consecuencias ajenas a la razón, desproporcionadas o imposibles de obtener dentro de los postulados que rigen esta clase de pleitos.

Al respecto, el caso que ocupa la atención del Tribunal Superior de Bogotá, podrá verificar que el Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá D.C. no realizó en su sentencia un análisis amplio y preciso sobre la totalidad del acervo probatorio que obra en el plenario, como lo era un dictamen pericial en ginecología, las documentales mediante historia clínica y juntas médicas, concepto médico y los sendos testimonios técnicos rendidos por médicos especialistas, **que ni siquiera fueron recordados en la sentencia de instancia.**

En ese sentido, resulta preciso insistir en que no existió una valoración ponderada sobre las pruebas que tomó el Juez, para arribar a la sentencia que aquí se ataca, y más grave aún, no existió contrastación con otros medios probatorios, ni se realizó un estudio minucioso de los indicios existentes y que quedaron al descubierto con el transcurrir procesal, por lo que forzoso es concluir que ante dichas falencias cometidas, la decisión allí tomada debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia



sustitutiva en la cual se declare la inexistencia de responsabilidad de las demandadas.

Así las cosas, se recrimina de manera contundente que el *a quo emitiera* juicios de valor sobre un área tan técnica como lo es la medicina sin tener prueba de ello y que lo llevaron a dictar un fallo en cuanto a la condena se refiere, contrario a derecho, en desmedro de los intereses de la parte pasiva, toda vez que no realizó un análisis de objetividad sobre el acervo probatorio que obra en el plenario.


De esta manera se advierte que el Juez de primera instancia cometió los yerros señalados frente a lo siguiente:

a. En punto al haber dado por probado el daño:

- I. A folio 15 dijo que el daño se encontraba acreditado a partir de la presencia del dolor en el cuerpo de la demandante, pero no indicó a partir de que prueba se podría afirmar ello.
- II. Adicional a ello indicó que no existe prueba arrimada por la demandada que permita inferir la inexistencia de los quebrantos de salud reportados, obviando que por las pruebas aportadas se demostró que dichas molestias fueron reportadas en las historias clínicas antes de la realización de la cirugía del año 2008, tal y como se evidencia a continuación:

En cuanto al prolapso uterino grado II que padecía la señora y/u otras razones hacían que la paciente previa al procedimiento quirúrgico de 04 de marzo de 2008, ya presentara disfunción sexual y dispareunia, tal y como se demuestra en historia clínica del Hospital Universitario Clínica San Rafael:

Historia Clínica de 24/01/2008:

 Clínica San Rafael Nit: 860015888-9 Cra. 8 No. 17 – 46 Sur Tel. 3 28 2300		Evolución Historia Clínica No. 489029 Inicio Atención: 2008/01/24 18:00:00 Fin Atención: 2008/01/24 18:19:	
IPS Atención: Hospital Universitario Clínica San Rafael		Ciudad: Bogotá D.C.	
Paciente: LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO CORRERA		Identificación: CC 42990945 Estado Civil: CASADC	
Sexo: FEMENINO		Edad: 47 Años 10 Meses 10 Días Fecha Nac: 1960/03/15 Grupo Atención: Otros	
IPS Primaria:		Regional:	
Fecha Ingreso: 2008/01/24		Hora Ingreso: 17:35:43 Nro Cuenta: 634031 Ocupación: Comerciante	
Dirección: AV 68 N 38 H 59 BARRIO ALQUERIA		Teléfono: 7133553 3112315486	
Convenio: Compensar E.P.S. - Tipo Afiliado: COTIZANTE		Ambito Realización: AMBULATORIO	
Causa Externa: ENFERMEDAD GENERAL			
Finalidad: DETECCION DE ALTERACIONES DEL ADULTO			
Acompañante:		Tel:	
Responsable del Usuario:		Tel:	
Parentesco Responsable:			
Motivo Consulta: REMITIDA DE COMPENSAR PARA TRAQUELECTOMIA			
Enfermedad Actual: CUADRO CLÍNICO DE 2 AÑOS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN MASA GENITAL ASOCIADA A DISPAREUNIA Y			
SIGNOS VITALES: FC: 80 Sistole: HOCITANCIA ← 100 Diastole: 60 T.A.M:73,33 FR: 16 T°: 36.5 Saturación: 0 Glucometría: 0			

**INTERCONSULTAS**

Nombre	Especialidad	Observaciones
Consulta Control Ginecología	GINECOLOGIA	

RECOMENDACIONES: PACIENTE CON ELONGATION COLLI CON DISFUNCION SEXUAL Y HOCITANCIA.
 REVISANDO ECO TV DEL 070907 SE ENCUENTRA ENDOMETRIO ENGROSADO (18 mm)
 CTA:
 SS NUEVA ECO TV PARA VALORAR ENDOMETRIO
 CONTROL CON RESULTADOS

PLAN TERAPEUTICO:Historia Clínica de 04/03/2008:**Clínica San Rafael**

Nit: 860015888-9

Cra. 8 No. 17 – 46 Sur Tel. 3 28 2300

Primera Vez Historia De Piso

No. 526412

Inicio Atención: 2008/03/04 07:24:00

Fin Atención: 2008/03/04 07:27:49

IPS Atención: Hospital Universitario Clínica San Rafael

Ciudad: Bogotá D.C.

Paciente: LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO CORRERA

Identificación: CC 42990945

Estado Civil: CASADO

Sexo: FEMENINO

Edad: 47 Años 11 Meses 19 Días

Fecha Nac: 1960/03/15

Grupo Atención: Otros

IPS Primaria:

Regional:

Fecha Ingreso: 2008/03/04

Hora Ingreso: 06:19:23

Nro Cuenta: 702941

Ocupación: Indefinida

Dirección: AV 68 N 38 H 59 BARRIO ALQUERIA

Teléfono: 7133553 3112315486

Convenio: Saludcoop eps - Tipo Afiliado: COTIZANTE

Ambito Realización: HOSPITALIZACION

Causa Externa: ENFERMEDAD GENERAL

Finalidad: DETECCION DE ALTERACIONES DEL ADULTO

Acompañante:

Tel:

Responsable del Usuario:

Tel:

Parentesco Responsable:



Motivo Consulta: CIRUGIA PROGRAMADA PARA TRAQUELECTOMIA Y COLPORRAFIA POSTERIOR

Enfermedad Actual: PACIENTE CON ELONGATION COLLI PROGRAMADA PARA TRAQUELECTOMIA POR **DISFUNCION SEXUAL**
 ASISTE CON REPORTE DE ECOGRAFIA TRASVAGINAL POR ENGROSAMIENTO ENDOMETRIAL ENCONTRANDO EN
 ECOGRAFIA ANTERIO

Ahora bien, el dolor en las caderas de la paciente no surgió tampoco de manera novedosa por causa del procedimiento quirúrgico en el Hospital Universitario Clínica San Rafael y el supuesto olvido de la aguja en el mismo. Por el contrario, debe manifestarse que la señora LUCRECIA DURANGO previo a la cirugía de traquelectomía + colporragia realizada el 04 de marzo de 2008, ya presentaba dolor crónico en las caderas asociado a su sobrepeso que continuaba teniendo en el año 2013, tal y como se demuestra en historia clínica de **22 de agosto de 2007:**

Riesgo Paciente

R2 Sano con Factores de Riesgo

Motivo Consulta

. CONTROL POR SOBREPESO

Enfermedad Actual. CONTROL CON RDOS COLESTEROL 197 MG DL TRIGLICERIDOS 107 MGD L TSH 15,45 UUI ML P DE
 ORINA LEVES CAMBIOS**Evolución y Control****Revisión por Sistemas**

Cabeza NO Ojos NO Oídos, Nariz y boca NO Cardio Respiratorio NO Mamas NO Gastrointestinal NO
 Genitourinario NO Sistema Endocrino SOBREPESO Sistema Osteomuscular **DOLOR DE CADERAS**
 Neuromuscular y Neuropsiquiátrico NO Piel y Anexos NO Otros NO

Examen físico

General: BUENAS COND GENERALES OBESIDAA Cabeza: NORMAL Ojos: CONJ ROSADAS Oídos, Nariz y boca: NORMAL Garganta y Cuello: NORMAL Torax y Pulmones: NORMAL Corazón: RSCSR S CNORMALES Senos: NORMAL Abdomen: BLANDO DEPRESIBLE NORMAL Genitourinario: LEVE HISTEROCELE Extremidades: **DOLOR EN ANGULOS EXTERNOS DE LAS CADERAS SIN LIMIT FUNCIONAL** Osteoarticular: DESCRITO Neurológico: NORMAL Piel y Faneras: NORMAL Psiquiátrico: DEPRIMIDA POR EL SOBREPESO

Diagnósticos

- III. Afirmó el a-quo que si bien el Dr. Azuero indicó que los dolores podrían venir del paso del tiempo y del sobrepeso, del material arrimado no se desprende que la paciente Durango hubiera sido diagnosticada con ello o con alguna enfermedad antes de la cirugía de 2008, lo cual no es cierto, pues las mismas historias clínicas puestas de presente con anterioridad y el dictamen pericial obviado por el despacho judicial indican que previo a la cirugía de 2008 la señora Durango ya padecía de sobrepeso y muchos otros diagnósticos que le causaban las mismas molestias de salud. Ahora veamos lo dicho en el dictamen pericial emitido por la Dra. Myriam Constanza Pardo Forero, medica Ginecóloga y Obstetra en la pregunta 4, 7 y 11:

4. De la observancia de la historia clínica de 24 de enero de 2008 y 04 de marzo de 2008 de la Clínica San Rafael y previas a la cirugía discutida, indicará el perito médico especializado ¿Si la paciente ya presentaba dispareunia y disfunción sexual?

Si, Como lo mencione en el ítem número 1, la paciente tiene una consulta de la EPS Compensar con Ginecología del 01/09/2007 donde la paciente refiere dispareunia profunda y sinusorragia(sangrado durante las relaciones sexuales.

En la Consulta del Hospital San Rafael, con fecha 24/01/2008 en la enfermedad actual: “cuadro de dos años de evolución consistente en masa genital asociada a dispareunia”.

7. De la observancia de la historia clínica de 22 de agosto de 2007 de COMPENSAR E.P.S.(USS) ¿ Indicará el perito médico especializado si desde dicha fecha ya se reportaba en la paciente sobrepeso y dolor crónico en caderas?

Si, en la consulta del 22/08/2007 es con Medicina General y su motivo de consulta es “control por sobrepeso” y al examen físico de las extremidades “dolor en ángulos externos de las caderas sin limitación funcional”.

Previo tiene una valoración por nutrición por sobrepeso en la EPS Compensar del 8/08/2007.

Y obsérvese aun con más detalle lo que indicó la perito médico al preguntársele si consideraba que los síntomas aducidos por la señora LUCRECIA tenían relación con la presencia del cuerpo extraño y esta indicó que no:

11. Teniendo en cuenta la historia clínica de COMPENSAR E.P.S. de 29 de mayo de 2013, que indica que la paciente presentó dolor de cadera bilateral con tan solo 3 meses de evolución (marzo de 2013 – aprox), esto es, después de 5 años de haberse realizado la TRAQUELETOMIA + COLPORRAFIA donde supuestamente se le dejo un cuerpo extraño a la paciente. De acuerdo a su criterio médico y la experiencia profesional ¿Considera usted que el dolor bilateral de caderas que referenció la señora en el año 2013 tiene relación causa – efecto con la presencia de ese cuerpo extraño de lateralidad derecha que supuestamente fue dejado allí desde hace más de 5 años ?

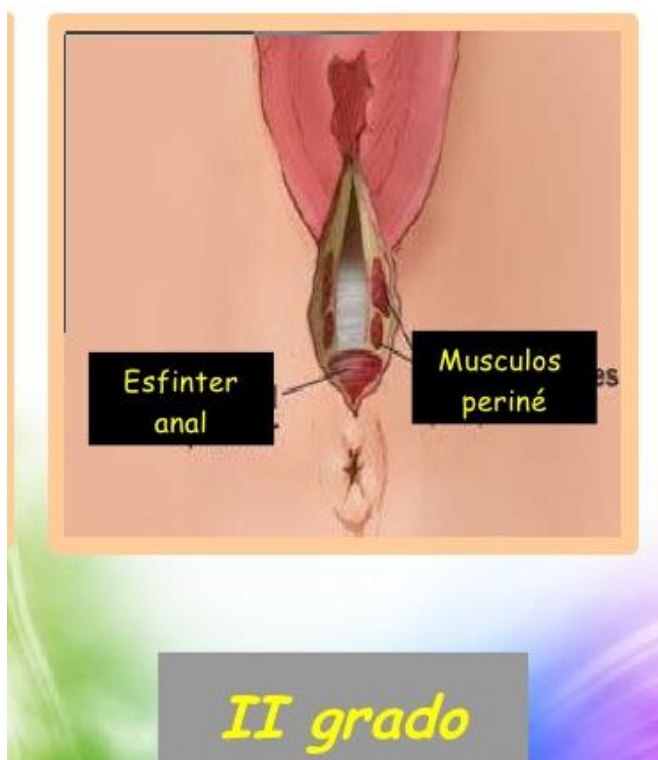
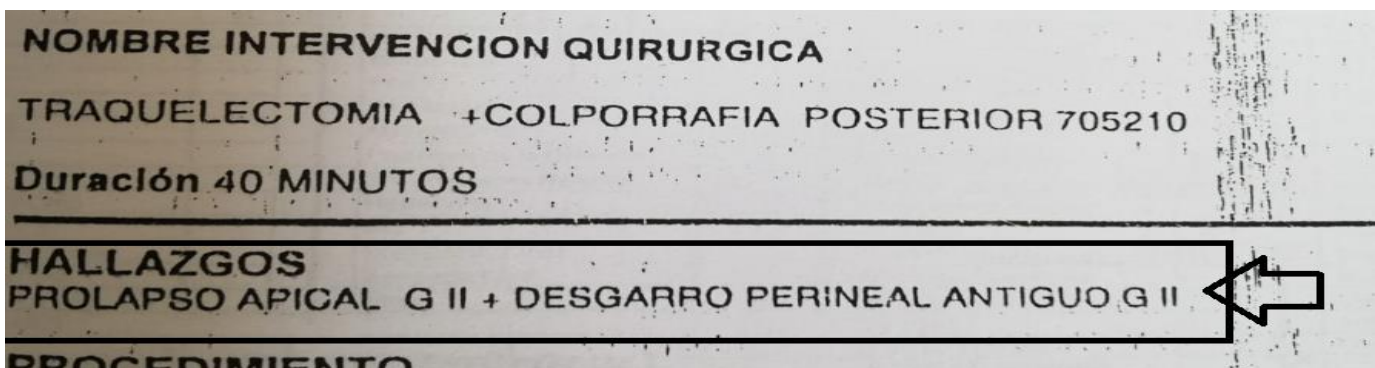
De acuerdo a las imágenes anexadas la localización del cuerpo extraño está en continuidad con la pared vaginal posterior cerca a la fosa isquiorrectal. Dado el tiempo que transcurrió, 5 años, seguramente tiene un granuloma cicatricial que no produce clínica de dolor de caderas y menos bilateral.

Es probable que el dolor de cadera bilateral corresponda al proceso de desgaste articular producido por la edad y el sobrepeso de la paciente y el hallazgo del cuerpo extraño fue incidental en la imagen diagnóstica.

- IV. El a-quo criticó a la demandada por no haber probado que en otro procedimiento quirúrgico realizado a la paciente previo al año 2008 se hubiera dejado alojado el cuerpo extraño discutido, obligándola casi a lo imposible para exonerarse de responsabilidad, pues de acuerdo a la Resolución 1995 de 1999 después de 20 años la historia clínica debe ser eliminada.

Pese a ello, obsérvese como durante la declaración de la señora Durango y en su escrito de la demanda fue ocultado por esta que se le habían realizado otras cirugías de naturaleza ginecológica inclusive en el lugar en que se encontró alojada la aguja y a pesar de ello, la demandada probó la existencia de las mismas y que es altamente probable que en esos tiempos quirúrgicos se hubiera dejado alojado el cuerpo extraño allí (fechas para las cuales no estaba afiliada a Compensar), situación que fue totalmente obviada por el juzgado.

Así, si se efectúa la revisión de la historia clínica del Hospital Universitario Clínica San Rafael, se observa que en el procedimiento quirúrgico de 04 de marzo de 2008 (TRAQUELECTOMÍA + COLPORRAFIA POSTERIOR) se dejó anotado como hallazgo intraquirurgo que la paciente tenía un desgarro perineal **antiguo** Grado II, tal y como se evidencia a continuación:



Un desgarro perineal grado II, se considera un desgarro de importancia durante el parto, pues involucran la piel y los músculos del perineo y pueden extenderse dentro de la vagina. Para la corrección de los desgarros vaginales de segundo grado, por comprometer varias capas de la piel se requieren de suturas y se curan en unas semanas.

Por lo anterior, dado que el desgarro perineal grado II **antiguo** que se encontró en la paciente de manera intraoperatoria pudo haber requerido de suturas mediante agujas como la encontrada en la paciente, debe advertirse desde ya que no es posible atribuirle la responsabilidad a las aquí demandadas.



Y es que en la declaración de la misma señora Durango esta indicó que su último parto había sido en el año 1989 en la Clínica Lorencita Villegas, parto en el cual se pudo haber desgarrado y en el que pudieron haber usado agujas como las que se encontraron en esa misma zona.

Sobre este punto, téngase en cuenta lo dicho por la perito médico especializada en ginecología quien indicó en la respuesta a la pregunta 13 que era altamente probable que en los partos que tuvo la señora LUCRECIA se hubiera dejado olvidada dicha aguja máxime si se tiene en cuenta que presenta una cicatriz de episiotomía antigua:

13. Teniendo en cuenta los reportes de las ayudas diagnósticas y que en Junta Médica Interdisciplinaria de 13 de mayo de 2014 realizada en la Clínica San Rafael se indicó que se "calcula que el cuerpo extraño se encuentra aproximadamente a 6 mm de profundidad en el tejido celular subcutáneo parasagital derecho y hacia región posterior glútea". Establecerá el perito médico especializado, si a pesar de dicho hallazgo ¿se puede afirmar sin duda alguna que dicho elemento metálico fue dejado allí por el personal médico que realizó la TRAQUELETOMIA + COLPORRAFIA POSTERIOR el 04 de marzo de 2008 en la Clínica San Rafael o, en su lugar pensarse que pudo dejarse allí por un tercero?

La paciente es una Gravida 3, partos 2, con un último parto en 1989 según lo consignado en las historias clínicas de su EPS Compensar (20 /09/2007- Ginecología) con lo cual en esos partos pudo haberse realizado episiotomías y tener esa aguja desde aquella época. Y como mencione fue un hallazgo incidental de la Rx de caderas.

No es posible establecer con certeza que haya sido olvidada la aguja en el último procedimiento ya que cualquiera de las tres cirugías previas (incluyendo las colporrafias) pudieron ser las causales del olvido de la aguja localmente.

- V. Por último, indica el a-quo que la demandada no probó que en los exámenes pre quirúrgicos a la cirugía de marzo de 2008 se evidenciara que el cuerpo extraño ya estaba alojado en la paciente Durango. Al respecto, debe indicarse que sin sustento técnico ni probatorio el despacho judicial: **i)** no indica a que exámenes se refiere, **ii)** si esos exámenes tenían el potencial de mostrar si el cuerpo extraño ya se encontraba en el lugar en el que se encontraba al momento de la cirugía y, **iii)** si existía la obligación por parte de la demandada de realizar algún otro tipo de examen para verificar si un cuerpo extraño se encontraba allí en ese momento, luego entonces debe indicarse que el a-quo juzga ex.post la conducta de la demandada sin sustento técnico ni probatorio alguno requiriendo de esta una conducta que no está descrita por la lex artis, o por lo menos que no fue probada y constituyendo una tarifa legal que no debería constituir.

b. En punto al haber dado por probada la culpa:

Se contradice el a-quo pues acepta que el recuento de **material quirúrgico**, como género significa "las compresas, se cuenta el instrumental, se cuenta el número de elementos cortopunzantes, el bisturí, las suturas, y se cuenta todo" para luego



desconocer que en la historia clínica quedo consignado que el material quirúrgico quedo con conteo completo.

Aunado a lo anterior, se tiene que jamás se demostró por la demandante que el lugar donde se encontró la aguja fue el mismo lugar donde se intervino a esta en el año 2008, luego entonces, el despacho judicial está presumiendo ello. A contrario sensu, existen sendas pruebas que demuestran que el lugar donde se encontró la aguja es el mismo lugar donde fue intervenida quirúrgicamente la paciente en los años 80 con sus cesáreas al tener a sus hijos, lo cual, sin duda fue obviado por el a-quo.

c. En punto al haber dado por probada la relación de causalidad:

Sin prueba alguna que sustente la afirmación, el a-quo concluye que fue el descuido de dejar la aguja en el glúteo de la paciente lo que *“le produjo la sintomatología reportada por la demandante cinco (05) años después de la intervención, pues reitera el despacho, no milita prueba si quiera sumaria que permita concluir que el dolor reportado proviene de alguna sintomatología distinta a los daños ocasionados en las zonas contiguas al lugar donde se encuentra alojado el oblito”*

Lo anterior, no resulta ser cierto, pues tal y como se expondrá PREVIAMENTE, existen sendas pruebas que indicaron que el dolor que reporta la paciente no se da a consecuencia del fragmento de aguja alojado en el glúteo de la demandante sino secundario a otras circunstancias patológicas que la paciente padece de larga data y desde antes del año 2008.

d. No aplicó ningún tipo de indicio en contra de la actora.

No obstante que el Despacho de primera instancia dio por acreditadas las declaraciones y afirmaciones realizadas por la demandante en su interrogatorio de parte y en su libelo genitor, debe indicarse de manera contundente que la señora Durango cometió sendas contradicciones :

- En la declaración la señora Durango advirtió “Mi vida sexual era excelente antes de la cirugía de corrección de prolapso uterino.”, lo cual no era cierto pues precisamente la historia clínica de la CLINICA SAN RAFAEL indica que antes de la misma ya presentaba dispaurenia o dolor al coito por su prolapso genital.
- Indico en su declaración que en ningún momento había acudido por sobrepeso, lo cual no es cierto pues las misma historias clínicas de 2007, antes de su cirugía indican que padecía de sobrepeso y dolor en caderas.
- Entre otros.

De igual forma, el despacho judicial obvió que la parte pasiva probó plenamente que previo al año 2008 la paciente fue objeto de cirugías ginecológicas en el sitio quirúrgico en el que fue encontrado el cuerpo extraño, indicó claro que bajo la sana critica conllevaría a romper el nexo causal que aquí se predica, máxime si se tiene en cuenta que la demandante jamás probó que el sitio en donde fue encontrada la aguja coincide plenamente con el de la intervención en el año 2008.

4. EL A-QUO FALTÓ A SU DEBER DE MOTIVACIÓN DEL FALLO POR LO CUAL DEBERÁ SER REVOCADO EN LO QUE SE REFIERE A LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR.

Dicta el inciso 1° del artículo 280 del Código General del Proceso que: *“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos*



constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.” (Subrayado y negrita son míos)

Descendiendo al caso concreto, el a-quo al momento de analizar la excepción de falta de legitimación por pasiva de mi representada adujo, sin más, a folio 13 de la sentencia que esta sería responsable por cuanto “*Compensar EPS, entidad a la cual se encuentra afiliada la paciente Lucrecia del Socorro Durango Correa dentro del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante, razón suficiente para desestimar por improcedente, la excepción formulada*”

De esta manera, del parangón realizado entre la exigencia de motivación de la sentencia contenido en la norma y la motivación realizada en la sentencia cuestionada, no se observa fundamento constitucional, legal, en equidad o doctrinario que respalde la declaratoria de no prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por Compensar, luego entonces ante la inexistencia de dicho argumento no existe razón suficiente para haber despachado desfavorablemente dicha excepción.

5. EL A QUO NO REALIZÓ UNA VALORACIÓN EN CONJUNTO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PARA ESTABLECER QUE LA CONDUCTA MÉDICA SE AJUSTÓ A LA LEX ARTIS

Reiteramos que el a quo erró al momento de la valoración del material probatorio, pues omitió una evaluación concienzuda de los medios de prueba y en conjunto de acuerdo con los cánones del artículo 176 del CGP, que de haberse realizado hubiese llevado a otras conclusiones.

6. LOS PERJUICIOS A LOS QUE FUE CONDENADA MI REPRESENTADA DESCONOCEN LOS CRITERIOS PARA SU CAUSACIÓN Y TASACIÓN.

La inconformidad de mi representada se presenta con los perjuicios extra patrimoniales que se concedieron en la sentencia de primera instancia pues es preciso indicar que ni la tipología de daño moral ni de daño a la vida de relación se acreditaron por la demandante y si, por el contrario, se desacreditaron por las pruebas arrojadas al proceso por parte de la parte pasiva.

Sobre el daño a la vida de relación en lo atinente a las relaciones sexuales y maritales de la señora Durango con su esposo, se tiene que existe un total desconocimiento de su relación con este. Lo anterior por cuanto éste no realizó ninguna deposición ante el Despacho y tampoco fue referido a través de los interrogatorios que si se practicaron. De tal manera que, como en la jurisdicción ordinaria todo daño debe probarse al no existir presunciones en este punto, no le era dable al a quo ordenar un reconocimiento a su favor de este tipo, en tanto no existía ningún medio de prueba que diera cuenta o permitiera inferir su causación, máxime si se tiene en cuenta que la señora LUCRECIA ya padecía disfunción sexual y dispareunia desde ante del año 2008.

En segundo lugar, no podemos dejar de mencionar que la tasación realizada por el Despacho resulta superior a los criterios fijados por la jurisprudencia nacional, en tal virtud, en caso que el Honorable Tribunal considere procedente la declaratoria de responsabilidad civil, se solicita que se revisen las tasaciones realizadas por el a quo por concepto de daño moral como modalidad de perjuicio extra patrimonial.

III. CONCLUSIONES.

Visto todo lo anteriormente expuesto, no queda duda de los errores cometidos por el Juzgador al omitir, cercenar y/o valorar equivocadamente las pruebas que obran en el plenario o apreciarlas en forma indebida, no obstante que sustentan plenamente las excepciones propuestas; es por ello que al restarle mérito probatorio a varias probanzas y otorgarle a otras la fuerza que no tenían la capacidad de cercenar las excepciones de la demanda, y además al preterir, ignorar o tergiversar las declaraciones de parte y de testigos, el Juez de primera instancia dictó una sentencia alejada del cardumen probatorio que existe y de paso trastocó la realidad probatoria exteriorizada en el expediente.

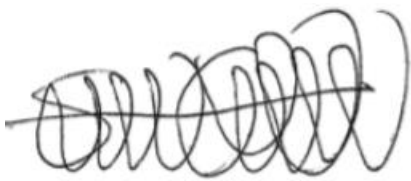
De no haberse incurrido en dichos errores, el a quo, habría negado las pretensiones de la demanda, empero como la conclusión fue otra, resulta necesario que el Tribunal estudie de manera adecuada las pruebas, pues dicho estudio realizado por el Juez de primera instancia luce fuera de todo tipo de racionalidad, es contraevidente y contrario al contenido material y objetivo de las mismas, toda vez que el único sentido y alcance que a estas se les podía dar, es el aquí señalado.

Partiendo de los reparos concretos y los argumentos hasta aquí expuestos, de la manera más respetuosa, nos permitimos solicitar al Despacho que se conceda y admita el recurso de apelación para, de esta manera y una vez sustentado el presente, elevar ante el *ad quem* las siguientes:

IV. PETICIONES.

1. Solicito que se revoque en su integralidad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2) Civil del Circuito de Bogotá el 6 de febrero de 2023, dentro del expediente de la referencia y en su lugar se sirva absolver a COMPENSAR EPS de cualquier tipo de responsabilidad en relación con la atención de la señora LUCRECIA DEL SOCORRO DURANGO, eximiéndola en este sentido de cualquier tipo de condena.
2. En forma subsidiaria, si el Tribunal considera que no hay lugar a revocar la decisión pues a pesar de los reparos, en su sentir existe responsabilidad civil, se solicita que se modifiquen las condenas de acuerdo con lo aquí expresado en relación con su causación y su quantum.

Del señor Juez, con todo respeto.



SHIRLEY LIZETH GONZÁLEZ LOZANO

C.C. No. 1.018.438.856 de Bogotá D.C.


T.P. No. 244.256 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: Radico. Sustentación del recurso de apelación contra sentencia de primera instancia. Radicado: 11001-31-030-05-2014-00746-01. Proceso declarativo de responsabilidad contractual de mayor cuantía

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 01/11/2023 16:51

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

 1 archivos adjuntos (330 KB)

Sustentación del Recurso de Apelación contra Sentencia de Primera Instancia. Radicado 11001-31-030-05-2014-00746-01.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

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: NGA Bolivar <bolivar@nga.com.co>

Enviado: miércoles, 1 de noviembre de 2023 16:42

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Radico. Sustentación del recurso de apelación contra sentencia de primera instancia. Radicado: 11001-31-030-05-2014-00746-01. Proceso declarativo de responsabilidad contractual de mayor cuantía de Manos de Bogotá LTDA contra ORBAZO S.A.

Honorables Magistrados:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C., SALA CIVIL DE DECISIÓN

Atn. *Doctora Angela María Pélaez Arenas*

Magistrada

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MAYOR CUANTÍA DE **MANOS DE BOGOTÁ LTDA** CONTRA **ORBAZO S.A.**

RADICADO: 11001-31-030-05-2014-00746-01

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Me dirijo a Usted por solicitud del doctor **JUAN DAVID GÓMEZ PÉREZ**, apoderado de **ORBAZO S.A.**, con el fin de presentar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia proferida el día 09 de diciembre de 2021, la cual declara la responsabilidad contractual de mi mandante.

Atentamente,

Daniela María Velez Lacharme

Asociada

Neira & Gómez Abogados

PBX: [+57-1-6218423](tel:+5716218423)

[Carrera 18 No. 78-40, Piso 7](#)

[Bogotá, D.C. – Colombia](#)

dmvelez@nga.com.co | www.nga.com.co

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C., - SALA CIVIL DE DECISIÓN.

Atn. Doctora *Angela María Peláez Arenas*

Magistrada Ponente

Ciudad

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MAYOR CUANTÍA DE **MANOS DE BOGOTÁ LTDA** CONTRA **ORBAZO S.A.**

RADICADO: 11001-31-030-05-2014-00746-01

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

JUAN DAVID GÓMEZ PÉREZ, actuando como apoderado especial de **ORBAZO S.A.**, me dirijo al Despacho con el fin de presentar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia proferida el día 09 de diciembre de 2021, la cual declara la responsabilidad contractual de mi mandante. El recurso se presenta en los siguientes términos:

I. OBJETO DEL RECURSO

Solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá **REVOCAR** en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Civil del Circuito de Bogotá y, en su lugar, declarar probadas las excepciones propuestas en el plenario, por no existir incumplimiento alguno predicable de mi representada respecto de **MANOS DE BOGOTÁ**, en consideración de las razones que paso a presentar.

II. SUSTENTACIÓN DE LAS RAZONES DE LA INCONFORMIDAD CON LA DECISIÓN ADOPTADA EN PRIMERA INSTANCIA

Sea lo primero señalarle a los Honorables Magistrados que el proceso que nos ocupa ha sido un completo cúmulo de irregularidades, desde la misma admisión de la demanda, hasta el análisis del recurso de apelación que debía realizar el *a-quo*, quien intentó por todos los medios posibles que el superior no revisara su contradictoria e infundada sentencia.

Fue necesario, incluso, la presentación de una acción de tutela para efectos de que le diera el trámite apropiado al recurso de apelación, particular que no es menor,

pues el *a-quo* conocía de las falencias de su decisión y de la cantidad la gran cantidad de incongruencias de la misma.

Y tales irregularidades las constató el mismo Tribunal en su Sala Séptima de decisión de la Sala Civil, que en el fallo de tutela del 20 de septiembre de 2023, señaló, innegablemente, que no era procedente declarar desierto el recurso de apelación, resaltando, nuevamente, las irregularidades del *A-quo*.

Pero lo anterior fue apenas una de las múltiples irregularidades que acompañaron el proceso y que, por supuesto, se reflejan en la sentencia.

Con la admisión de la demanda se decretaron **embargos totalmente improcedentes**, confundiendo el *A-quo* el proceso declarativo con el proceso ejecutivo. Creyendo que este era un proceso ejecutivo cunado, en realidad, se trataba de un proceso declarativo, siendo innegable que la decisión adoptada por el *A-quo* desconoció por completo el artículo 590 del Código General del Proceso, como el que fue objeto de esta decisión.

La confusión que llevo a decretar los improcedentes embargos es exactamente la misma que motivó la sentencia objeto de este medio de impugnación que, valga decirlo, es una oda al desconocimiento absoluto de las diferencias entre el proceso declarativo y el proceso ejecutivo.

En ese sentido, resulta importante señalar que el proceso inicia con la petición de **MANOS DE BOGOTA LTDA** de hacer valer unas supuestas facturas que contaba en su poder, con la intención de reclamar el pago de los créditos -inexistentes- que en ellas se incorporaban; sin embargo, se pone de presente que estos documentos solo acreditarían un derecho cuando tuviera la virtualidad de constituir un título ejecutivo válido, en cualquier otro caso, **las facturas no logran demostrar absolutamente nada, de estas no se deriva ningún contrato, en estas no constan los elementos de ningún contrato, no se determina ninguna prestación ni se señala cuál es el contrato que supuestamente se celebró.**

Lo que motivó la presente *Litis* fue la negligencia absoluta de **MANOS DE BOGOTÁ LTDA**, pues su inacción le impidió ejercitar la acción cambiaria y así debatir los documentos aportados por la vía ejecutiva, sin embargo, de haber acudido al proceso ejecutivo, a pesar de que tampoco tendrían sustento las irrazonables pretensiones del extremo activo, los documentos tendrían virtualidad de recaudo.

De otro lado, si lo que se pretendía discutir era el enriquecimiento que por la prescripción de la acción cambiaria se hubiera producido, entonces también la acción enriquecimiento cambiario estaría irremediablemente prescrita para el momento en que se presentó la demanda. Honorables Magistrados, incluso si lo que esperaba discutir el extremo activo era un derecho contractual a recibir el pago por alguna prestación ejecutada, entonces, en este caso, las facturas no eran más que un documento baladí en dicha controversia y, necesariamente, el interesado en la declaración de responsabilidad contractual tendría que haber demostrado: (i) la existencia de un contrato válidamente celebrado; (ii) la existencia de una obligación derivada de ese contrato sobre la cual hubiera claridad en su existencia -monto; y, (iii) el incumplimiento por parte del deudor de esa obligación.

En este caso ninguno de los anteriores elementos se logró acreditar por la parte actora, teniendo esta que satisfacer esta carga conforme el artículo 1757 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

Ahora bien, desde este momento es preciso advertir que el fundamento por el cual me aparto del fallo proferido en primera instancia está basado en el **completo desconocimiento del Juez de primera instancia de la carga probatoria que rige el proceso de responsabilidad contractual al declarar la existencia de un contrato sin que se encontraran acreditados ninguno de sus elementos esenciales.**

Aunado a esto, el A-quo sin fundamento jurídico ni probatorio declaró la responsabilidad contractual de mi representada sin que se encontraran acreditados NINGUNO de los presupuestos de la responsabilidad contractual, aspecto que ni siquiera analizó superficialmente aun cuando resultaba imprescindible para condenar a la demandada.

Resulta claro Señores Magistrados, que el Juez de primera instancia se abstuvo por completo de valorar si en efecto existía una inejecución imputable al demandado, peor aún, no valoró si se acreditaron los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios, circunstancias que lo llevaron a proferir la errada decisión. Conforme los argumentos que procedo a exponer:

1.- DE LA INEXISTENCIA DE UN “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS” CELEBRADO ENTRE LAS PARTES DEL LITIGIO

El denominado contrato de prestación de servicios encuentra su regulación en el capítulo IX del Título XXVI del Libro IV del Código Civil, esto es, en el marco del contrato de arrendamiento.

Esta modalidad comercial está prevista para la ejecución de actos materiales no comprendidos por el mandato, cuyo objeto son actos jurídicos, por lo anterior, dado que se trata de una modalidad particular de arrendamiento de servicios, sus elementos esenciales están previstos en el artículo 1973 del Código Civil, el cual reza:

***ARTÍCULO 1973. DEFINICIÓN DE ARRENDAMIENTO.** El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.*

Así las cosas, son dos los elementos esenciales del denominado arrendamiento de servicios inmateriales o contrato de prestación de servicios, el acuerdo acerca de la obligación de prestar un servicio determinado y el precio que pagará el contratante al contratista como contraprestación.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, distinguiendo este negocio con el mandato, ha enseñado:

En la definición del contrato de mandato, a la que hace mención esa disposición, contenida en el artículo 2142 ejusdem, está explícita la condición consistente en que la gestión del mandante se haga “por cuenta y riesgo” de su mandante o comitente.

Esa característica es propia del contrato de mandato. Lo diferencia del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, o de confección de una obra, de que tratan los artículos 2053 a 2069 de la citada codificación, que aunque comparten una regulación similar en algunos aspectos, poseen marcadas diferencias, siendo una de ellas, que en estos últimos el deudor carece de la facultad de representar a su contratante.

Para que haya mandato, entonces, “no basta que una persona confíe a otra y ésta se encargue de la gestión de uno o más negocios, no basta

que una persona se obligue a hacer una cosa para otra, porque esta obligación se encuentra en todos los contratos que tienen por objeto un hecho; es necesario que el que se hace cargo de los negocios, los haga por cuenta y riesgo del que se los confía, o en su nombre ...” (CSJ. 6 de diciembre de 1899 G XV-1)”¹

Nótese entonces que si un demandante pretende la declaratoria de un contrato de esta índole su esfuerzo probatorio debe encaminarse a acreditar los dos elementos esenciales del mismo, de manera que si su actividad probatoria no satisface tal requerimiento, las pretensiones no podrán prosperar.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto es preciso indicar que el Juez de primera instancia desconoció el ordenamiento al declarar la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes de este litigio, sin determinar de forma alguna los elementos esenciales del mismo, ni mucho menos establecer si en efecto existió acuerdo sobre el particular.

De un lado, el Despacho aseveró que existió acuerdo respecto de la prestación de un servicio relativo al desarrollo del objeto social de mi mandante, no obstante, esto carece de toda prueba y determinación, no resulta suficiente lo afirmado en la declaración de parte para que se entienda que existe acuerdo sobre un elemento esencial de un negocio jurídico, más aún teniendo en cuenta que no existe prueba conducente sobre el particular y, en realidad, un análisis de los medios de prueba en su conjunto da lugar a que se concluya lo contrario y es que **JAMÁS** existió acuerdo sobre los *essentialia negotii*.

Por otra parte, en lo que respecta al segundo elemento esencial de este negocio, esto es, el precio, el Despacho aseveró lo siguiente:

“Conforme lo anterior, está completamente demostrado en el plenario que entre las partes medio un contrato para el suministro de personal en virtud del cual Manos de Bogotá Ltda apoyó el desarrollo del objeto social Obrazo S.A. a cambio de un precio, no sólo porque así lo evidenció la demandante en el libelo incoativo y a través de las comunicaciones contentivas de las negociaciones preliminares, sino también porque así lo reconoció la demandada en la declaración de parte que rindió ante el Estrado Judicial”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC-5669-2018 del 19 de diciembre de 2019. Rad: 11001-31-03-001-2012-00150-01.

Honorables Magistrados, como bien lo conocen no es posible que existan prestaciones indeterminadas, pues esto no satisface de lleno los requisitos propios del objeto de la obligación, basta revisar apenas desprevenidamente el artículo 1518 del Código Civil para notar como se demanda que la prestación esté determinada o a lo sumo sea determinable, de manera que cuando no se satisfacen estos requerimientos la consecuencia es sencilla, no nace a la vida jurídica la obligación misma.

Ahora bien, nótese que el Juez de primera instancia consideró suficiente aseverar que existió un precio y por lo tanto había acuerdo sobre este elemento esencial, esto sin siquiera determinar el valor o indicar si las partes acordaron la determinabilidad de la prestación según los criterios provistos por el ordenamiento, por lo tanto, es apenas evidente que (i) jamás hubo acuerdo sobre un precio determinado y (ii) nunca se celebró un contrato de prestación de servicios entre las partes del litigio como erróneamente señala el Despacho.

En suma, se logra evidenciar el desconocimiento absoluto de los medios que prueba que integraban el plenario, en el simple hecho de que el Despacho no valoró en forma alguna el testimonio de la señora Ruth Cárdenas, quien señaló con total precisión y claridad que en la contabilidad de la **ORBAZO S.A. nunca existió** una sola suma pendiente por pagar a **MANOS DE BOGOTÁ LTDA**, ni siquiera se llegó a registrar a día de hoy un acuerdo pendiente de liquidar. No es admisible que se profiera un fallo que viola a todas luces el artículo 176 del Código General del Proceso.

De otro lado, el *a-quo* cometió un ostensible yerro, el cual se puede evidenciar en el aparte citado, pues este aseveró que se celebró un *"contrato para el suministro de personal"*, es decir, que realizó el análisis de la celebración de un contrato **QUE NO FUE OBJETO DE NINGUNA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**, pues el demandante pretendió la declaratoria de un contrato de prestación de servicios y no un *"contrato para el suministro de personal"*, de manera que es palmario el error del Juez de primera instancia, quien no valoró en ninguna forma si existió o no acuerdo sobre los elementos esenciales del negocio jurídico cuya declaratoria era pretendida por el extremo activo, más bien, se dedicó a analizar incluso otros tipos contractuales, como lo es un *"contrato para el suministro de personal"*, conducta que es cuanto menos reprochable y denota la carencia de fundamentación de la sentencia impugnada.

Luego entonces, si el Despacho consideró que lo que se celebró fue un *"contrato para el suministro de personal"*, esto quiere decir que **JAMÁS** se celebró un

contrato de prestación de servicios y por lo tanto no podría declarar la conclusión del referido negocio, además de que, en ningún caso podría declararse que existió acuerdo sobre los elementos esenciales de un *“contrato para el suministro de personal”*, por cuanto la parte demandante **JAMÁS** realizó una pretensión que versará sobre este negocio y, además, efectuar tal declaración supondría una violación al principio de congruencia que reina las decisiones judiciales. Sin embargo, el *a-quo* obrando de forma abiertamente ilegal, decidió desconocer su propia parte motiva y señalar que lo que se celebró fue un contrato de prestación de servicios -aun cuando el contrato analizado fue el de suministro-, decisión que no se acompasa con el deficiente análisis probatorio adelantado por el Juez de primera instancia y que ruego sea reprochado por el Honorable Tribunal.

Finalmente, es menester advertir que aun si de forma errónea e ilegal se encontrase acreditada la existencia de un contrato -que no lo está-, no sería posible imponer condena alguna a mi mandante, esto por una razón elemental y es que no obra en el plenario si quiera la más mínima prueba que acredite los incumplimientos, por demás inexistentes, que hoy alega la parte demandante y declaró, de forma indebida, el *a-quo*. Así las cosas, solicito a los Honorables Magistrados, revocar la sentencia impugnada para que en su lugar se declare que no se acreditó la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes del litigio respecto de las obligaciones que se alegan incumplidas y, en consecuencia, se exonere de toda responsabilidad a mi mandante.

2. INEXISTENCIA DE ACREDITACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN QUE SE HUBIERA INCUMPLIDO

Como bien lo conocen los Honorables Magistrados, quien pretende la declaratoria de responsabilidad contractual deberá acreditar en primer término la existencia misma de una obligación susceptible de ser desatendida por uno de los sujetos de la relación crediticia.

Esto quiere decir que la demandante tenía la carga de demostrar la existencia de un vínculo jurídico, establecido *“entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es a prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo”*²

² HINESTORSA, F. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes. 3.ªed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.55.

Lo anterior encuentra sustento en dos normas fundamentales, el artículo 1757 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso, los cuales rezan:

***ARTÍCULO 1757.** Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.*

***ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)*

Así las cosas, teniendo claro lo expuesto hasta ahora debe señalarse que **MANOS DE BOGOTÁ LTDA** debía acreditar la existencia de una obligación respecto de la cual ella fuera acreedora y mi mandante la hubiera desatendido como deudora. Pues bien, Honorables Magistrados, el extremo activo no tuvo en cuenta las normas referidas y no probó en forma alguna lo que, en virtud de la ley, debía acreditar.

Es suficiente revisar desprevenidamente el plenario para constatar que no se probó en forma alguna la existencia de una obligación respecto de la cual **ORBAZO S.A.** fuera deudora, por ejemplo, el testimonio de la señora Ruth Cárdenas, demuestra precisamente que en las cuentas de mi mandante **nunca existió** una sola suma pendiente por pagar a **MANOS DE BOGOTÁ LTDA**, ni siquiera se llegó a registrar a día de hoy un acuerdo pendiente de liquidar.

Honorables Magistrados, es apenas evidente que el *A-quo* profirió un fallo que desconoció por completo los presupuestos de la responsabilidad contractual y la carga de la prueba que reina en el proceso civil, pues este consideró, sin más, que existía una obligación a cargo de mi mandante, esto sin que medie siquiera la más mínima prueba de los elementos propios del vínculo obligatorio, esto es, (i) el objeto -la prestación que demanda sus propios requisitos-, (ii) los sujetos y (iii) el vínculo.

Incluso si se llegare a aceptar la irregular y reprochable tesis del juez de primera instancia, ni siquiera así se podría condenar a mi mandante, pues el *A-quo* obvió que el objeto de la obligación tiene requisitos propios y, como se explicó, en el presente caso carecería de toda determinación el supuesto precio que, según el Despacho, debía pagar mi mandante.

Así las cosas, es más que claro que no existe siquiera la más mínima prueba de que existiera una obligación a cargo de **ORBAZO S.A.** y mucho menos un incumplimiento imputable a esta como deudora, de manera que se desatendieron

las cargas impuestas por los artículos 1757 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso y quien debe acarrear las consecuencias derivadas de ello es **MANOS DE BOGOTÁ LTDA.**

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados que revoquen en su totalidad el fallo impugnado para que en su lugar se exonere de toda responsabilidad a mi mandante.

3.- DE LA INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La responsabilidad contractual supone la acreditación por parte del acreedor de tres elementos a saber, (i) el daño sufrido con ocasión del obrar indebido de la contraparte negocial respecto de los compromisos asumidos en el negocio jurídico, (ii) un incumplimiento culposo tratándose de regímenes subjetivos de responsabilidad, como lo es el caso y (iii) la relación de causalidad entre el daño sufrido por el demandante y el incumplimiento.

De esta manera ha explicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“se ha dicho de manera reiterada por esta Corporación que, para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual estará llamado el demandante a acreditar la existencia de los siguientes supuestos: (i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquel que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); (ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), (iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño).³

En este orden, quien concurre a la reclamación con soporte en la responsabilidad contractual estará compelido a soportar sus pretensiones en los supuestos fácticos que evidencien la satisfacción de los mentados presupuestos, y allegará las pruebas

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia SC 380-2018 del 22 de febrero de 2018. Rad: 2005-00368-01.

*que respalden sus afirmaciones, de tal manera que al amparo de las reglas que gobiernan las obligaciones negociales y el preciso acto jurídico que le sirve de báculo, se adopten las decisiones que en derecho corresponden.*⁴ (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Así el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria ha prefijado que el demandante tiene la carga de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual, pues, al ser este un requisito ineludible, de no lograr acreditarlos no podrá obtener una sentencia que declare la responsabilidad de su deudor, como bien lo ha establecido el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" y el artículo 164, el cual consagra el principio de necesidad de la prueba, "*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*".

De manera tal que, es de exclusiva incumbencia de quien solicita la declaración judicial de una responsabilidad contractual, satisfacer la carga de probar sus elementos estructurales.

Ahora bien, es preciso indicar con total claridad y contundencia que, el extremo activo **JAMÁS** aportó siquiera la más mínima prueba que acreditara la configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad contractual, la parte demandante se limitó a firmar que por la existencia de unas facturas, por demás inválidas, existía un incumplimiento de un contrato cuya existencia, además, tampoco se acreditó, de manera que no podrá entenderse satisfecha la carga de probar los requisitos axiológicos de esta responsabilidad.

Basta una revisión apenas somera de la demanda incoada para evidenciar que no existe una sola prueba que sustente las infundadas pretensiones del extremo activo, quien pretendió una declaratoria de responsabilidad contractual, sin acreditar la fuente de la obligación -por cuanto jamás se celebró un contrato-, el nexo de causalidad, el daño y mucho menos, la culpa en la inejecución del inexistente negocio jurídico.

De otro lado, el *a-quo* fundó la declaratoria de incumplimiento en la irrevocabilidad de las facturas aportadas por el extremo activo, no obstante, es palmaria la contradicción del juez de primera instancia en lo siguiente:

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia SC 5170-2018 del 3 de diciembre de 2018. Rad: 2006-00497-01.

- En un primer momento afirmó que estas facturas no cumplían los requisitos de los títulos valores:

“De la anterior documentación, se advierte que no responden a la categoría de títulos valores, no sólo porque el original es el que presta mérito ejecutivo y no las copias, sino por cuanto no reúnen por completo las exigencias formales establecidas en el artículo 774 del Código de Comercio; puntualmente, el requisito relacionado con la fecha de recibo, que debe acompañar a la firma o identidad de la persona que suscribe. Recuérdese que la norma precitada revela dos consecuencias respecto a la falta de requisitos legales de las facturas, la primera es que “[n]o tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo, y la segunda lección es que, “la omisión de cualquiera de estos requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura”. (Subrayas y negrilla fuera de texto).

- Con posterioridad, en la sentencia, afirmó acerca de las facturas y el supuesto incumplimiento de mi mandante:

“Asimismo, se descubre que los servicios recaudados datan de la vigencia del contrato con duración aproximada de un año contado a partir del 1º de septiembre de 2009, pues consisten en prestaciones generadas entre febrero a julio de 2010, las cuales fueron puestas en conocimiento de la demandada por medio de las facturas originales que se entregaron en la recepción de sus instalaciones, según lo admite la misma compañía (min. 57:00). Sin embargo, teniendo el deber de pronunciarse frente a ellas, so pena de entenderse por aceptadas irrevocablemente de acuerdo con el inciso final del artículo 773 ibidem, ningún cuestionamiento o inconformidad expresó, lo que tácitamente significa el reconocimiento de su contenido.

Siendo lo anterior así, es evidente que la sociedad convocada incumplió el contrato al no pagar por los servicios suministrados y, por tanto, debidos a la entidad demandante, lo que resultó naturalmente en que el otro contratante suspendiera la prestación de los servicios y terminara unilateralmente el contrato”. (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Honorables Magistrados, no se logra comprender cómo un Juez de la república señala en primer lugar que un documento no es un título valor, por cuanto no satisface los requisitos legales para considerarse como tal y, con posterioridad, aplica las normas de este tipo de documentos, a pesar de afirmar con total contundencia que no se trata de un título valor.

Pues bien, de los apartes citados del fallo impugnado, se logran evidenciar los yerros fundamentales que denotan la indebida aplicación de las normas jurídicas por parte del *a-quo*:

a.- Aplicó indebidamente las normas relativas a los títulos valores: Como bien lo conocen los Honorables Magistrados, para que un documento se considere título valor se deben satisfacer los requisitos generales y especiales demandados por la Ley, de manera que si un documento no cumple tales mandatos no podrá considerarse que este legitima el ejercicio del derecho literal y autónomo que incorpora y, mucho menos, que se le podrán aplicar las normas contenidas en el Título tercero del Libro Tercero del Código de Comercio, por cuanto estas **solo se podrán aplicar a los título valores.**

Así las cosas, si el *a-quo* consideró que las facturas aportadas por el extremo activo no eran títulos valores, por cuanto no satisfacían los requisitos especiales demandados para el efecto, no podría aplicar de ninguna manera las normas relativas a los títulos valores, en particular el artículo 773 del Código de Comercio. Por lo tanto, al haber empleado la referida norma, sin poder hacerlo, es notorio el yerro del Juez de primera instancia.

Aunado a lo anterior, es evidente que el *a-quo* se contradijo en varios puntos de su argumentación, incluso aseveró que no resultaba procedente el ejercicio de la acción cambiaria por cuanto las facturas aportadas no eran títulos valores:

4.1. En ese orden de ideas, precítese que la acción emprendida por el accionante se funda en el negocio causal; este es, el contrato de prestación de servicios celebrado entre Manos de Bogotá Ltda y Orbazo S.A. a través de sus representantes legales, con miras a que se declare su existencia y se conmine al cumplimiento de las prestaciones falladas por la ultima entidad; por tanto, no consiste en la acción cambiaria cuyo propósito es el cobro compulsivo de las obligaciones contenidas en un título valor, como equivocadamente lo supuso la accionada, luego, adviértase que cada acción tiene una connotación distinta frente a la otra, porque mediante la primera se persigue por vía judicial una declaración y consecuente condena, mientras que la segunda se funda en un derecho cartular, que adquiere tal característica por reunir los presupuestos formales exigidos por el Estatuto Mercantil a cada categoría de título valor, además, por contener obligaciones claras, ciertas y exigibles que prestan mérito ejecutivo y por tanto, puede someterse al procedimiento del artículo

488 del Código de Procedimiento Civil (hoy artículo 422 del Código General del Proceso).

Ciertamente, cada acción tiene una finalidad distinta, la acción ordinaria busca el reconocimiento de una obligación nacida del negocio causal, mientras que la acción cambiaria asimilable a la ejecutiva pretende el cobro de la obligación contenida en un título valor, luego, nada impide el ejercicio autónomo e independiente de aquella, máxime si el acreedor no cuenta con el título para emprender el recaudo judicial, como sucedió en el presente caso, porque Manos de Bogotá Ltda no ostentaba la tenencia del original de las facturas, habida consideración que las retenía Obrazo S.A., entonces, frustrado se hallaba el mérito de cualquier ejecución que emprendiera con base a la reproducciones que aquella tenía, no quedándole otra salida diferente a formular esta acción declarativa.

Honorables Magistrados, es ostensible que el mismo Despacho conocía de su error y sin consideración a ello profirió la sentencia impugnada, fundada en normas no aplicables al caso concreto y presupuestos fácticos carentes de toda prueba. No se logra comprender cómo si el *a-quo* consideró que no era dable emplear la acción cambiaria, pero, a la vez, que sí resultaba adecuado aplicar el artículo 773 del Código de Comercio, **estas contradicciones solo demuestran que se está ante una sentencia abiertamente infundada y carente de todo sentido.**

En suma, se limitó el *a-quo* a señalar que con la aplicación del artículo 773 del Código de Comercio -que por demás no es susceptible de ser empleado en el caso concreto como se explicó-, se configuró un incumplimiento imputable a mi mandante, aspecto totalmente falso y carente de sustento normativo, pues al no poder existir una factura irrevocable en la presente *Litis*, según lo argumentado por el mismo Juez, resultaba necesario analizar si existía primero una inejecución y luego si esta era verdaderamente imputable a la demandada.

Pues bien, el Despacho, sin tener fundamento alguno o siquiera una mínima prueba que acreditara que existió un incumplimiento imputable a mi mandante, consideró que existían unas facturas irrevocables y por lo tanto resultaba imperante declarar la responsabilidad contractual de la demanda, todo empleando normas cuya aplicación no resulta procedente en el caso concreto, según lo expuesto por el mismo *A-quo*.

No obstante lo hasta ahora reseñado, si se considerasen aplicables las normas de los títulos valores al caso concreto, ello no comprometería la responsabilidad de

mi representada, pues como se ha expuesto enfáticamente, no están acreditados de ninguna manera los elementos axiológicos de la responsabilidad civil y, además, como se puso de presente en la contestación de la demanda como excepción de mérito, la acción cambiaria, que sería aplicable de considerar las facturas como títulos valores, se encuentra irremediabilmente prescrita, motivo por el cual solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados lo declaren y en consecuencia se absuelva de toda responsabilidad a mi mandante.

b.- No valoró la imputabilidad del incumplimiento: El incumplimiento como categoría jurídica hace parte del género de la inejecución de los negocios jurídicos, la cual supone que el débito prestacional no se ha honrado en debida forma, pero, en el caso del incumplimiento, esto se debe al obrar imputable, culposo y reprochable de una de las partes de una relación negocial.

Acerca de la imputabilidad del incumplimiento explica el maestro Hinestrosa:

"Cumplimiento es, pues, el comportamiento del deudor concorde con el tenor de la obligación. Mas, ¿cuál puede decirse que es el tenor de esta? cuando proviene de negocio jurídico, fácil queda la respuesta pensando en los accidentalia, los naturalia y los essentialia negotia (art. 1501 c.c.), en los efectos finales del negocio jurídico y en la integración del contenido negocial y el influjo de este en 'los efectos' del negocio (arts. 1603 c.c. y 871 [2.ª frase] c.co.). no así cuando la fuente es otra, hipótesis que hace pensar en las disposiciones de la sentencia o de la providencia judicial en general que provea o haya provisto al acercamiento de los hechos generadores de la obligación. Y, no importa cuál sea la fuente, de todas maneras la naturaleza de la prestación precisa el contenido de la conducta del deudor, o sea que, a semejanza de lo dicho a propósito del negocio jurídico, cuyos efectos resultan de lo estipulado expresamente, más aquello que a falta de estipulación se integra al contenido negocial por costumbre o por ley o por equidad (arts. 1603 c.c. y 871 c.co.), en el caso de las obligaciones puede sostenerse que la conducta exigida y exigible del deudor es la resultante del "tenor de la obligación" complementado con lo que corresponda a la naturaleza de la prestación en ley y en buen sentido de ahí surgen los conceptos y las realidades de cumplimiento y de incumplimiento: el primero, ya se dijo, consistente en la conducta conforme a derecho; el segundo, en la inversa: la conducta contraria a derecho, la insatisfacción del acreedor por hecho o culpa del deudor o por acontecimiento extraño o propio aunque no culposo, mas sí asumido por el deudor dentro de sus riesgos, ya por mandamiento legal, ya por estipulación negocial (art. 1616 c.c. [inc.

final)) al margen de las dos instituciones contrapuestas está la insatisfacción del acreedor por el no cumplimiento del deudor: este no cumplió, pero no incumplió. su conducta diferente de la exigida en el título acarreó ese resultado nocivo para el acreedor, sin embargo de lo cual no se le deduce responsabilidad o esta se atempera, e inclusive en oportunidades resulta liberado de la propia obligación, como también de la aneja indemnizatoria, ora por haberse debido aquellas conductas y situaciones a un elemento extraño, ora, simplemente, por no haber sido culposa (arts. 1616 [inc. 2.º] y arts. 1729 ss. c.c.)”⁵.

En similar sentido ha explicado desde vieja data la Corte Suprema de Justicia:

De vieja data tanto la doctrina como la jurisprudencia han definido con precisión el concepto de mora. Esta, además de constituir una dilación del deudor en el cumplimiento de su prestación, también requiere que sea imputable a éste y que el acreedor también haya efectuado la correspondiente reconvención o requerimiento, es decir, que haya intimado al sujeto pasivo de la obligación para que cumpla el comportamiento esperado de el (...)”⁶

Del aparte citado resulta evidente que en nuestro ordenamiento es necesario que se acredite la existencia de una inejecución imputable a un sujeto negocial para así lograr encontrar un verdadero incumplimiento a una obligación cuya fuente sea un contrato, de lo contrario no podría comprometerse de ninguna manera la responsabilidad contractual de las partes.

En lo que respecta al caso concreto, el Juez de primera instancia se limitó a afirmar que resultaba suficiente que unas facturas fueran irrevocables para así declarar la existencia de un incumplimiento, todo aplicando normas improcedentes en el caso concreto y contradiciendo sus propias afirmaciones, de manera que es apenas evidente que el Despacho declaró la responsabilidad contractual de mi mandante sin siquiera existir la más mínima prueba de que existiere una inejecución imputable a un obrar culposo de esta.

Así las cosas, es apenas evidente que en el proceso no se acredita de forma alguna la existencia de un incumplimiento de **ORBAZO**, por lo que el supuesto incumplimiento declarado por el Juez de primera instancia carece de todo

⁵ Hinestrosa, F. “Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, 2018, No. 36, p. 8.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de marzo de 1983.

fundamento normativo y fáctico, demostrando así que la sentencia impugnada debe ser revocada en su totalidad por constituir una abierta ilegalidad.

De otro lado y teniendo claro que el *a-quo* no fundamentó en forma alguna la existencia de un incumplimiento, es preciso indicar que quien tenía la carga de demostrar tal incumplimiento era la parte demandante, quien no satisfizo en forma alguna tal carga, como podrán notarlo los Honorables Magistrados, **no media una sola prueba que demuestre que se incumplió una obligación contractual y que por lo tanto debe condenarse a mi mandante**, más bien, se acredita todo lo contrario, y es que jamás se celebró un contrato entre las partes y, además, en ningún caso podría considerarse que de haber un contrato este fue incumplido por mi mandante.

Además de lo anterior, es preciso señalar que el extremo activo tuvo una conducta absolutamente pasiva durante todo el proceso, pues no realizó siquiera el más mínimo intento de acreditar que la demandada incumplió el supuesto -inexistente- contrato celebrado, no obstante lo anterior, el *a-quo* pretendió, inexplicablemente, relevar de la carga que el artículo 167 del Código General del Proceso impuso a la parte demandante, dando por acreditado un incumplimiento sin tener el más mínimo fundamento para ello.

Así las cosas, se logra demostrar que el *a-quo* profirió una sentencia carente de todo fundamento, invocando normas que no resultaban procedentes y además señalando que existió un incumplimiento de mi mandante, cuando en el plenario no obra medio de prueba alguno que acredite tales consideraciones.

Es entonces claro que el *a-quo* profirió un fallo que no atendió los lineamientos prefijados por el artículo 176 del Código General del Proceso, pues no valoró los medios de prueba en su conjunto y mucho menos conforme las reglas de la sana crítica, pues de haberlo hecho la única conclusión a la que podría haber arribado es que en el presente caso no se celebró contrato alguno – por no encontrarse acreditados ninguno de los elementos esenciales del contrato alegado- y, que además, en cualquier caso, jamás podría considerarse que **ORBAZO S.A.** incumplió obligación alguna.

Finalmente, es preciso señalar que el juez de primera instancia no valoró ni siquiera superficialmente los demás elementos estructurales de la responsabilidad contractual, como lo podrán evidenciar los Honorables Magistrados, el *a-quo* no analizó, ni siquiera superficialmente, que los otros elementos de la responsabilidad contractual se encontraran debidamente acreditados, pues le bastó aplicar,

indebidamente, el artículo 773 del Código de Comercio, para así declarar la responsabilidad contractual de mi mandante, es decir, profirió una sentencia condenatoria contrariando abiertamente la ley y las garantías constitucionales de mi representada.

De lo expuesto se logra concluir que (i) no se celebró un contrato entre las partes del litigio, no encontrándose acreditado **NIGUNO** de los elementos esenciales del contrato alegado por el demandante y, que además, en cualquiera caso, (ii) el extremo activo jamás aportó prueba alguna que acreditara los elementos estructurales de la responsabilidad contractual, (iii) que el *a-quo* fundó sus apreciaciones en normas improcedentes para el caso concreto, contrariando incluso sus propios argumentos y (iv) que jamás existió un incumplimiento imputable a mi mandante, no existiendo prueba alguna que lo acredite.

Así las cosas, ruego a los Honorables Magistrados, revocar en su totalidad la sentencia impugnada para que, en su lugar, se absuelva de toda responsabilidad a mi representada y sea reprochado el irregular obrar del *a-quo*.

Atentamente,



JUAN DAVID GÓMEZ PÉREZ
C.C. No. 1.115.067.653 de Buga
T.P. No. 194.687 del C.S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ BULLA RV: Sustentación recurso apelación
Radicación 11001319900520212087905

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 07/11/2023 10:50

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

📎 1 archivos adjuntos (543 KB)

SUSTENTACION RECURSO APELACION RAD 11001319900520212087905.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ BULLA

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: secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Dagoberto Baquero Baquero <dago621@hotmail.com>

Enviado: martes, 7 de noviembre de 2023 10:28

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: jolarte@espinosaolarte.com <jolarte@espinosaolarte.com>; Erika Avila Camargo <Contraloria@hotelbestwestern93.com>

Asunto: Sustentación recurso apelación Radicación 11001319900520212087905

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

Sala Civil de Decisión

At. H.M. CLARA INES MARQUEZ BULLA

Magistrada Ponente.

Secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.

S.

D

ASUNTO: PROCESO VERBAL

DEMANDANTE: ACTORES SCG

DEMANDADO: STANZIA 93 S.A.S.

RADICACION: 11001319900520212087905

SUSTENTACION RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE SENTENCIA DE FECHA SEPTIEMBRE 01 DE 2023 PROFERIDA POR LA SUBDIRECCION DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA DIRECCION NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR

DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.398.621 de Bogotá, Abogado Titulado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 34.136 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado judicial de la sociedad demandada **STANZIA 93 S.A.S., NIT. 900.396.458-3**, conforme al poder debidamente conferido para el efecto, con personería reconocida para actuar dentro del mismo, concurre ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Civil, dentro de la oportunidad legal conferida para el efecto, para acompañar escrito de **SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto oportunamente en contra de la sentencia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, de fecha septiembre 01 de 2023, notificada por estado No. 130 de septiembre 04 de 2023.

En acatamiento a lo preceptuado por la ley 2213 de 2022 y para los efectos procesales allí consagrados, incluyo en copia del correo y de su anexo a todas las partes del proceso

Atentamente,

DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO
C.C. 19.398.621
T.P. 34.136 C.S.J.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL DE DECISION
At. H.M. CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrado Ponente
secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

ASUNTO: PROCESO VERBAL
DEMANDANTE: ACTORES SCG
DEMANDADO: STANZIA 93 S.A.S.
RADICACION: 11001319900520212087905
SUSTENTACION RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE
SENTENCIA DE FECHA SEPTIEMBRE 01 DE 2023 PROFERIDA POR LA
SUBDIRECCION DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA DIRECCION
NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR

DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.398.621 de Bogotá, Abogado Titulado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 34.136 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado judicial de la sociedad demandada **STANZIA 93 S.A.S., NIT. 900.396.458-3**, conforme al poder debidamente conferido para el efecto, con personería reconocida para actuar dentro del mismo, concurre ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Civil, dentro de la oportunidad legal conferida para el efecto, para **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto oportunamente en contra de la sentencia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, de fecha septiembre 01 de 2023, notificada por estado No. 130 de septiembre 04 de 2023.

1. OPORTUNIDAD

Conforme con lo dispuesto por el H. Tribunal mediante auto de fecha noviembre 01 de 2023, el término para sustentar el recurso de apelación interpuesto es de cinco (5) días que se cuenta a partir desde la fecha de notificación del mencionado auto.

Teniendo en cuenta que el Auto por el cual se corrió traslado para la sustentación del recurso de apelación fue notificado por estado E-187 de fecha noviembre 02 de 2023, el término de cinco (5) días para la sustentación del recurso vence el viernes 10 de noviembre de 2023, teniendo en cuenta que el día lunes 06 de noviembre es festivo.

2. RAZONES DE INCONFORMIDAD

Con la aclaración que el recurso se dirige en contra la integralidad de la sentencia de primera instancia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, procedo a exponer las razones por las cuales la sentencia impugnada deberá ser revocada y en su lugar, la demandada deberá ser absuelta de la totalidad de las pretensiones demandatorias condenatorias.

I. ARGUMENTO PRINCIPAL DE DEFENSA

- 1. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA EN EL ESTADO POR CUANTO LA UTILIZACIÓN DE OBRAS AUDIOVISUALES EN ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO CUYA FINALIDAD NO SEA LA DE ENTRETENER CON ELLA AL PÚBLICO CONSUMIDOR CON ÁNIMO DE LUCRO O DE VENTAS, NO GENERA EL DERECHO A LA REMUNERACION OBJETO DE LAS PRETENSIONES DEMANDATORIAS CONDENATORIAS.**

El artículo 1º de la Ley 1403 de 2010, por la cual se adiciona la Ley 23 de 1982 sobre

derechos de autor, estableció no solo un derecho de mera remuneración en favor de los artistas, interpretas o ejecutantes sobre la comunicación pública, puesta a disposición y alquiler de sus interpretaciones fijadas con su autorización, sino también una excepción al dicho derecho de reconocimiento, en los siguientes términos:

“Parágrafo 2º. No se considerará comunicación pública, para los efectos de esta ley, la que se realice con fines estrictamente educativos, dentro del recinto o instalaciones de los institutos de educación, siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada. Así mismo, el pago o reconocimiento de este derecho de remuneración no le es aplicable a aquellos establecimientos abiertos al público que utilicen la obra audiovisual para el entretenimiento de sus trabajadores, o cuya finalidad de comunicación de la obra audiovisual no sea la de entretener con ella al público consumidor con ánimo de lucro o de ventas, sean ellos tiendas, bares, cantinas, supermercados, droguerías, salas de belleza, gimnasios y otros de distribución de productos y servicios”.

Como puede verse en el curso del proyecto que dio origen a la Ley 1403 de 2010, la redacción original del texto propuesta ante la Cámara de Representantes fue ajustada en los debates realizados en la comisión primera y en la plenaria de la Cámara de Representantes al considerar necesario la inclusión de dicha excepción, conforme se expone en el Proyecto de Ley 157 de 2008:

“Exceptuar del pago o reconocimiento de este derecho de remuneración a aquellos establecimientos abiertos al público que utilicen la obra audiovisual para el entretenimiento de sus trabajadores, o cuya finalidad de comunicación de la obra audiovisual no sea la de entretener con ella al público consumidor con ánimo de lucro o de ventas, verbigracia tiendas, bares, cantinas, supermercados, droguerías, salas de belleza, gimnasios y otros de distribución de productos y servicios”.

Resulta entonces errónea la apreciación del sentenciador de primera instancia al considerar que el hecho generador del derecho de remuneración sobre la comunicación pública reconocida en la ley 1403 de 2010, lo constituye el simple ánimo lucrativo de la empresa como tal, cuando la ley, desde el mismo debate en las plenarias y luego con su promulgación, establece la limitación al derecho de remuneración previsto en la misma, entre otros, cuando el ánimo lucrativo no sea el específico de explotación de la obra audiovisual por parte del establecimiento de comercio o cuando la utilización de la obra no sea la de ser utilizada como estrategia para incrementar las ventas dentro del establecimiento, mencionando como ejemplos a tiendas, bares, cantinas, supermercados, droguerías, salas de belleza, gimnasios y otros de distribución de productos y servicios.

En efecto, no acierta el A Quo al sentenciar en la providencia impugnada que a la demandada le asiste ánimo de lucro y ello es suficiente para ser condenada a las pretensiones demandatorias, toda vez que el legislador al relacionar los ejemplos de los establecimientos de comercio exceptuados del pago de la remuneración sobre la comunicación pública reconocida en la ley 1403 de 2010, **no relacionó a ninguna Entidad Sin Ánimo de Lucro -ESAL-, sino que puso como ejemplo a tiendas, bares, cantinas, supermercados, droguerías, salas de belleza, gimnasios y otros de distribución de productos y servicios, todos ellos establecimientos de comercio con evidente ánimo lucrativo, para significar que el hecho generador del tal derecho de remuneración no lo constituye el simple ánimo lucrativo de la empresa como tal, como erróneamente lo interpreta el A Quo, sino el de la explotación comercial directa de la obra audiovisual por parte del establecimiento comercial mediante el pago específico por tal servicio o cuando sea utilizada como mecanismo de mercadeo para incrementar las ventas del establecimiento, que evidentemente no tiene ocurrencia en la instalación hotelera de propiedad de la demandada.**

Es clara la ley 1403 de 2010 al establecer con precisión la limitación al derecho de remuneración previsto en favor de los artistas, interpretas o ejecutantes, cuando la finalidad de la comunicación de la obra audiovisual no sea la de entretener con ella al público consumidor con ánimo directo de lucro o de ventas, lo que quiere decir, que el establecimiento de comercio estará obligado a pagar la remuneración de que trata el

artículo 1º de la ley 1403 de 2010 únicamente cuando la obra audiovisual sea utilizada para entretener al público consumidor mediante el pago específico por tal servicio o cuando sea utilizada como mecanismo de mercadeo para incrementar las ventas del establecimiento.

Conforme lo preceptuado por la norma trascrita, no cabe duda alguna en establecerse que el Hotel Best Western Plus 93 Park, como establecimiento de comercio, no tiene la finalidad de comunicar obras audiovisuales con fines de entretención al público consumidor, que son sus huéspedes, con un ánimo directo lucrativo o de ventas. Así como en tiendas, supermercados y droguerías los clientes acuden a adquirir productos, en bares y cantinas los clientes acuden a consumir alimentos y bebidas, en salones de belleza acuden a recibir servicios estéticos, en gimnasios a hacer ejercicio, así mismo en el hotel sus huéspedes acuden a recibir servicios de alojamiento para su descanso. Así, como quedó ya visto, la vocación de las habitaciones del hotel la constituye el descanso del huésped como su domicilio privado y si la instalación hotelera contrata con un cableoperador el suministro directo de la señal de televisión satelital, no lo hace con el ánimo de obtener un lucro directo sobre tal señal (las habitaciones hoteleras no son salas de cine), ni tampoco de aumentar sus ventas (los huéspedes del hotel no se hospedan con el fin de ir a ver televisión dentro de la habitación), sino simplemente de brindar la posibilidad al huésped de contar con un dispositivo de esparcimiento, como lo es el televisor que está en la tienda, bar, cantina, supermercado, droguería, sala de belleza, gimnasio y otros de distribución de productos y servicios. Lo anterior ameritaría claramente una consideración diferente a lo que acontecería en establecimientos cuya transmisión de obras sí tiene ánimo de lucro o de ventas, como es el caso de las salas de cine, plataformas digitales que ofrecen servicio de streaming y que ofrecen gran variedad de películas, series y documentales, lo cual, como ya se dijo, no es el caso del hotel Best Western Plus 93 Park.

Como prueba de lo argumentado, confluyen en el expediente la certificación expedida por la Revisoría Fiscal de la sociedad demandada en donde se certifica que ésta *“no ha prestado ni presta ningún servicio relacionado con comunicación pública de obras audiovisuales y por ende no ha percibido durante todo este tiempo ingresos o utilidades por tal concepto”*. Igualmente confluye la declaración juramentada de la Representante Legal de la sociedad demandada quien al ser interrogada sobre el propósito de contar con señal de televisión dentro de las instalaciones del hotel ésta manifestó que no era con ánimo lucrativo sino simplemente para cumplir con un estándar de la cadena hotelera Best Western. Así mismo, obra el interrogatorio efectuado al perito BRYAN PRIETO, quien al ser interrogado si dentro de las instalaciones del Hotel Best Western Plus 93 Park había encontrado alguna sala de cine o teatro para la ejecución de obras audiovisuales, respondió enfáticamente que NO.

Pero es que además, cabe preguntarse dentro de la lógica razonable si ¿una señal de televisión prestada por un cableoperador en un plan que puede adquirir cualquier persona para su hogar o negocio, pero con considerable número de canales bloqueados, puede ser considerado como una herramienta directa que pueda ser utilizada por la demandada para obtener un fin lucrativo o como estrategia comercial para incrementar las ventas? La respuesta no requiera de un mayor esfuerzo de raciocino para concluir que NO.

Resulta, sin duda, violatorio a los principios constitucionales de la seguridad jurídica, acceso a la justicia, confianza legítima en el estado y al derecho a la igualdad, la interpretación efectuada por el A Quo en el sentido de que, mientras el cliente de una tienda, bar, cantina, supermercado, droguería, sala de belleza o gimnasio, conforme lo dispone la ley 1403 de 2010 en su artículo 1º parágrafo 2º, puede disponer de obras audiovisuales durante su permanencia, sin que el establecimiento deba pagar remuneración alguna por su comunicación al público, los establecimientos hoteleros deban pagar por la comunicación de las mismas obras a sus huéspedes, al interior de su habitación que es su domicilio privado, por considerarse que tal comunicación para estos si es pública y por ende, genera el pago de los derechos derivados de la misma, discriminación que además de no encontrar respaldo en norma alguna, carece de cualquier soporte justificativo dentro del pronunciamiento judicial apelado.

Conforme con lo expuesto, solicito respetuosamente al H. Tribunal Superior de Bogotá,

REVOCAR la sentencia impugnada y en su lugar, declarar la prosperidad de la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO ante la improcedencia del cobro indebidamente concedido en la sentencia impugnada

II. ARGUMENTACION SUBSIDIARIA DE DEFENSA

En el evento que el H. Tribunal Superior de Bogotá no acepte los argumentos de defensa expuestos como principales para revocar la sentencia apelada, ruego a Ustedes adentrarse y resolver sobre los siguientes argumentos de defensa subsidiarios al principal.

1. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA ANTE LA APLICACIÓN INDEBIDA DEL PRECEDENTE JUDICIAL DE ALCANCE CONSTITUCIONAL QUE DETERMINÓ LA UTILIZACION DE OBRAS AUDIOVISUALES AL INTERIOR DE UNA HABITACIÓN DE UN HOTEL ENTREGADA CON FINES DE ALOJAMIENTO. (COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL)

Desde el inicio del asedio de ACTORES SCG en contra de los hoteles formalmente constituidos a nivel nacional, en procura de obtener el ilegítimo pago constitutivo de las pretensiones demandatorias, por el simple hecho de contar con aparatos receptores de señal de televisión dentro de las habitaciones que se alquilan con fines de alojamiento, uno de los argumentos que ha utilizado ha sido precisamente el hacer referencia de la sentencia C-282 de 1997, proferida por la Corte Constitucional, en la cual se decidió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 83 de la ley 300 de 1996, pero con una interpretación totalmente contraria a la que fue objeto de decisión por parte de la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-282 de 1997, al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano HERBERTH VASQUEZ PINZON en contra de la totalidad del artículo 83 de la ley 300 de 1996, que consagra las habitaciones hoteleras como el domicilio privado del huésped, **DECLARÓ EXEQUIBLE** la norma acusada, con excepción del aparte inicial que incluía tal reconocimiento tratándose de los efectos del artículo 44 de la ley 23 de 1982.

Como quiera que la sentencia en cita declaró la exequibilidad del artículo acusado con excepción de la parte inicial del mismo, la Corte procedió a dar dos alcances distintos a su providencia: (i) un alcance general para declarar la exequibilidad del artículo acusado y (ii) un alcance de excepción para declarar la inexequibilidad de la parte inicial del mismo artículo.

A.- PRIMER ALCANCE DE LA SENTENCIA (DE CARÁCTER GENERAL): UTILIZACION DE LA OBRA POR PARTE DEL HUESPED DENTRO DE LA HABITACION PARA FINES DE SU PARTICULAR ESPARCIMIENTO – ARGUMENTOS PARA DECLARAR EXEQUIBLE EL ARTICULO 83 DE LA LEY 300 DE 1986

En cuanto a este primer alcance, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Las habitaciones de hotel, en efecto, gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio, pues constituyen, sin duda, domicilio. Ninguna persona ni autoridad puede, entonces, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de las mismas, invadirlas, registrarlas, requisarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior acontece, a menos que medie orden escrita de autoridad judicial competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y por los motivos previamente contemplados en ella”, (Subrayado y resaltado en son del texto)

.....

“En el otro aspecto, es decir, el estrictamente relacionado con **la ejecución - pública o privada- de obras artísticas en el interior de los hoteles**, tiene

relevancia el carácter que se asigne legalmente al respectivo acto, pues de allí se desprende la mayor o menor protección del autor en los derechos que le reconoce el artículo 61 de la Constitución Política, que al respecto remite precisamente a lo que el legislador disponga en materia de tiempo y formalidades. (Subrayado y resaltado no son del texto)

Para la Corte es evidente que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, sino del suieto que la lleve a cabo y del ánimo lucrativo o de particular y privado esparcimiento- que la presida. (Subrayado y resaltado no son del texto)

En efecto, no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide escuchar una obra musical mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo -como una grabadora portátil o un "walkman"-, evento en el cual la ejecución de la obra artística mal podría ser calificada de pública, que si el establecimiento hotelero difunde piezas musicales a través del sistema interno de sonido, con destino a todas las habitaciones, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una ejecución pública con ánimo de lucro, de la cual se deriva que el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales. (Subrayado y resaltado no son del texto)

Por lo tanto, en el aspecto sustancial, el artículo acusado, sin la remisión según la cual es aplicable "para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982", en nada vulnera la Constitución Política, y, por el contrario, aplica a cabalidad sus artículos 15 y 28, cuando reivindica para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento el derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener permiso del autor de las mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos."

(Subrayado y resaltado no son del texto)

B.- SEGUNDO ALCANCE DE LA SENTENCIA (ALCANCE DE EXCEPCION): DIFUSION DE VIDEOS O SONIDOS DENTRO DE LA HABITACION A TRAVÉS DE REDES INTERNAS CON FINES DE LUCRO – ARGUMENTOS PARA DECLARAR INEXEQUIBE LA PARTE INICIAL DEL ARTÍCULO 83 DE LA LEY 300 DE 1996 QUE DECIA “PARA LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 23 DE 1982”

En cuanto a este segundo alcance, la Corte Constitucional señaló siguiente:

“Desde el punto de vista del establecimiento, no podría éste ampararse en la norma demandada para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, correlativas a los derechos de los autores de las obras que ejecuta públicamente, entendiéndose por ejecución pública inclusive la difusión de sonidos o videos mediante REDES INTERNAS destinadas a las habitaciones. (Subrayado y resaltado no son del texto)

La norma objeto de proceso, interpretada y aplicada bajo este segundo alcance, es, sin duda, inconstitucional. En efecto, vulnera abiertamente el derecho de los autores de obras artísticas, protegido por la Carta en el artículo 61, pues autoriza que una ejecución claramente pública y llevada a cabo con fines típicamente identificables con el ánimo de lucro, como la que tiene lugar en hoteles y establecimientos de hospedaje, se excluya de las reglas estatuidas, a nivel nacional e internacional, sobre derechos de autor, en lo relativo a su consentimiento para la ejecución y en lo pertinente al aspecto pecuniario de la misma”. (Subrayado y resaltado no son del texto)

ACTORES SCG ha querido darle una interpretación, errónea, subjetiva y malintencionada al contenido de la Sentencia C-282 de 1996, tratando de imponer el alcance de excepción sobre el alcance general de la sentencia, argumentando que en los hoteles existe un

ánimo lucrativo per-se y que ellos es suficiente para que se configure la remuneración de que trata el artículo 1º de la ley 1403 de 201º, desconociendo la excepción que la misma norma consagra a tal remuneración, como quedó ya visto.

ACLARACION DEL SENTIDO Y ALCANCE DE LA SENTENCIA C-282 DE 1997 POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Extraña por decir lo menos, que en la sentencia impugnada el A Quo no haya hecho ninguna mención a la aclaración y alcance de la sentencia C-282 de 199 que efectuó la Corte Constitucional mediante Auto de julio 31 de 2017, expediente D- 12233, en donde aclarando el alcance y sentido de la Sentencia C-282 de 1996, dispuso lo siguiente:

“De acuerdo con el citado fallo (Sentencia C-282 de 1997) es claro que la Corte (Constitucional) ha interpretado que la expresión “hoteles”, para efectos de derechos de autor, no se extiende al interior de las habitaciones cuando los huéspedes realizan reproducciones de obras musicales, sea por medio mecánicos, electrónicos, sonoro audiovisuales”. (Subrayado y resaltado no son del texto)

Bajo los citados alcances de interpretación y aplicación de la Sentencia C-282 de 1997 que expone con claridad la H. Corte Constitucional, resulta entonces forzoso concluir que cuando un establecimiento hotelero entrega una habitación al huésped con fines exclusivos de alojamiento, esta se constituye de inmediato y por disposición legal, en su domicilio privado y en consecuencia, si el huésped al interior de su habitación, que es su domicilio privado, decidiera voluntariamente encender el aparato receptor de la señal de TV y sintonizar para sí y con ánimo únicamente de su particular esparcimiento cualquier canal, por no estar asistido tal servicio de un ánimo lucrativo directo derivado de la comunicación pública de la obra audiovisual, no se genera el reconocimiento de la remuneración de que trata la ley 1403 de 2010 en su artículo 1º.

2. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA EN EL ESTADO, AL NEGARSE EL A QUO DE DAR APLICACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL PROVENIENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, SALA CIVIL DE DECISION, QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS QUE HABILITAN A LAS ENTIDADES DE GESTION COLECTIVA PARA EFECTUAR EL COBRO DE LOS DERECHOS A NOMBRE DE SUS REPRESENTADOS, A LOS CUALES ACTORES SCG NO DIO CUMPLIMIENTO.

El A Quo procede a desvirtuar la excepción de mérito planteada en la contestación de la demanda, denominada “FALTA ABSOLUTA DE PRUEBAS RESPECTO AL MANDATO OTORGADO POR LOS ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES DE OBRAS QUE DICE REPRESENTAR; A LAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES FIJADAS A LAS OBRAS Y/O GRABACIONES AUDIOVISUALES CUYA PROTECCION RECLAMA”, la cual fue ratificada en los alegatos de conclusión, persistiendo en reconocer la legitimación en la causa del demandante bajo la figura de la legitimación presunta.

En efecto, tanto en la contestación de la demanda, como en los alegatos de conclusión, el suscrito expresamente solicitó al operador judicial de primera instancia, dar aplicación al precedente judicial contenido en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, de fecha 26 de mayo de 2021, dentro del proceso verbal promovido por ACTORES SCG en contra de la sociedad HOTELES EL SALITRE S.A., radicación 11001-31-03-019-2017-00381-01, con ponencia del H.M. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO, en donde ese Tribunal, actuando en sede de instancia, revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá que había concedido las pretensiones de la demandante ACTORES SCG y, acogiendo los pronunciamientos efectuados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en

interpretaciones prejudiciales No. 165-IP-2015 y No. 378-IP-2019 de abril 22 de 2021, estableció que las Sociedades de Gestión Colectiva tienen legitimación para actuar bajo dos supuestos:

- (i) **Bajo los términos de sus propios estatutos y**
- (ii) **Bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras para ejercer los derechos encomendados a ellas para su administración y para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.**

Así mismo, se puso de presente en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión lo dispuesto por el Tribunal Superior en la mencionada sentencia en cuanto a que:

“Toda sociedad de gestión colectiva debe tener estatutos debidamente aprobados por la autoridad competente y celebrar contratos con las personas a las que representa, en los cuales se le autorice para que, en nombre de ellas, pueda iniciar las acciones necesarios en defensa de sus derechos, sea en la vía administrativa o la judicial”. (Resaltado no es del texto)

Igualmente, se destacó también que conforme con esta sentencia, para que una sociedad de Gestión Colectiva pueda ejercer a nombre y en representación de los titulares las acciones encaminadas a la protección de los derechos de autor, **“debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio afiliado (mandato voluntario), por mandato estatutario, o por imperio de la ley a través de presunción legal”.**

De igual forma, se puso de presente en los alegatos de conclusión que ACTORES SCG no había acreditado probatoriamente ninguna de las siguientes tres (3) condiciones que, conforme con lo establecido por ese Tribunal, constituyen requisito sine quanón para que se configure la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forme parte de un repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva:

- A) La demostración del alcance del mandato otorgado por los autores en favor de la Entidad de Gestión Colectiva a través de la copia de los correspondientes textos contractuales.
- B) La demostración de que sus titulares inscribieron en la correspondiente oportunidad conforme con la norma estatutaria, el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos.
- C) La demostración de la comunicación pública, por parte de la demandada, de las obras audiovisuales que, de titularidad de sus mandantes, le fueron entregadas oportunamente para su protección, sin autorización de la sociedad que los representa.

En la sentencia impugnada, A Quo desestima la argumentación presentada por la defensa de la demandada respecto a la falta de legitimación en la causa por activa, considerando que ACTORES SCG se encuentra debidamente legitimada para actuar en representación de los actores que dice representar, bajo la figura de la legitimación presunta, con la siguiente argumentación:

“Iniciemos mencionando que el legitimado para reivindicar un derecho respecto de una prestación protegida, es en efecto, el titular originario de la misma, sin embargo, de conformidad con el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993 ciertos derechos pueden ejercerse o hacerse valer en procesos administrativos o judiciales por las sociedades de gestión colectiva que agrupan los intereses de dichos titulares, debido a que estas gozan de una legitimación presunta, que les permite gestionar los derechos que les han sido confiados a su administración, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades de gestión extranjeras.

Dicha legitimación tiene su origen en la naturaleza de la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, la cual es realizada por sociedades sin ánimo de lucro, con personería jurídica y autorización de funcionamiento concedidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Estas sociedades se encargan de representar

a una pluralidad de titulares afiliados a ellas, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que correspondan con ocasión del uso de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas, además, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 44 de 1993; con el fin de realizar el recaudo y la posterior distribución de las remuneraciones de las sociedades de gestión colectiva se entienden mandatarias de sus asociados por el simple acto de la afiliación.

En este mismo sentido, el artículo 2.6.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015 señala que una vez que las sociedades de gestión colectiva obtengan personería jurídica y autorización de funcionamiento, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, así mismo establece que para acreditar dicha legitimación, la sociedad de gestión colectiva únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y el certificado de existencia y representación legal expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Igualmente, el inciso final del artículo en comento refiere que quien tiene la carga de desvirtuar dicha presunción, es el demandado, pues a él le “corresponderá acreditar la falta de legitimación de la sociedad de gestión colectiva”.

Al amparo de las normas citadas, una SGC se encuentra facultada para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Al respecto, este Despacho debe ser enfático en que la SGC no es titular de los derechos, pero la ley le otorga esta facultad para iniciar acciones como la que nos ocupa, tendientes a proteger o restablecer los derechos de autor o conexos que gestiona en virtud de sus estatutos o de los contratos celebrados con entidades de gestión extranjeras.

Ahora bien, de conformidad con las normas mencionadas, a efectos de determinar la existencia de la legitimación especial de las SGC, resulta necesario el certificado de existencia y representación legal expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, los estatutos y los contratos de representación recíproca que quiera hacer valer.

En el caso objeto de análisis se observa que reposa el certificado de existencia y representación legal de Actores Sociedad Colombiana de Gestión, expedido por la Oficina Asesora Jurídica de la DNDA el 10 de septiembre de 2021, que la acredita como sociedad de gestión colectiva. Así mismo, se encuentran los estatutos de la demandante, en cuyo artículo cuarto se prevé que el objeto de la sociedad es la gestión, administración, representación, protección y defensa de los intereses y derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales, así como de sus derechohabientes.

Respecto de los contratos de reciprocidad, es importante resaltar que mediante dichos acuerdos una sociedad de gestión colectiva nacional representa en su territorio a una sociedad extranjera del mismo tipo en lo que atañe a la gestión de sus obras y prestaciones, estando obligada la sociedad extranjera a hacer lo mismo en su territorio, como lo menciona Ernst-Joachim Mestmäcker en su artículo publicado en el número 203 de la Revista Internacional de Derecho de Autor (RIDA). La razón de ser de dichos acuerdos es el carácter territorial del derecho de autor y en consecuencia de la gestión colectiva. Constando en el expediente los certificados de registro expedidos por el Jefe de Registro de la DNDA que acreditan la existencia de acuerdos de reciprocidad entre ACTORES S.C.G. y ADAMI, AISGE, AKDIE, ANDI, ARMA, BIROY, CHILE ACTORES, CREDIDAM, GDA, SAGAI, entre otras.

Ahora, si bien el demandado refiere que no fue aportado el certificado de vigencia de cada contrato, este Despacho debe manifestar que dicho certificado no es necesario para acreditar la legitimación presunta y que, **si el accionado pretendía demostrar que alguno de los acuerdos no se encontraba vigente, sobre este era quien recaía la carga de probar dichas declaraciones.** (Resaltado no es del texto)

De tal forma, teniendo en cuenta la presunción aludida y el cumplimiento de los requisitos enunciados anteriormente, para este Despacho es claro que Actores Sociedad Colombiana de Gestión se encuentra legitimada para actuar como demandante en la presente causa y reclamar los derechos que enuncia de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales representados por esta.

- **De la sentencia del 26 de mayo de 2021 del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil**

Encuentra este juzgador que el apoderado judicial de Stanzia 93 S.A.S, alegó la falta de legitimación de la demandante, sustentando sus argumentos en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil del 26 de mayo de 2021, con radicación 11001-31-03-019-2017-00381-01. Así las cosas, este Despacho procederá a estudiar tales manifestaciones, para lo cual, deberá analizarse la sentencia indicada.

De revisar el fallo mencionado, se observa que la sala de decisión del tribunal revocó la sentencia de primera instancia por cuanto consideró que la excepción de falta de legitimación debía prosperar, dado que no existía prueba de que la demandante (EGEDA COLOMBIA) representara a los productores que dice representar, siendo esta la que debía allegar las pruebas que acreditaran sus afirmaciones.

Para llegar a dicha conclusión los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá hacen uso de la interpretación prejudicial 378-IP-2019 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para el proceso objeto de estudio, interpretación de la cual traen a colación las siguientes consideraciones:

En primer lugar, respecto a la legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva el Tribunal Andino indicó que estas se encuentran legitimadas para obrar bajo dos supuestos: a) bajo los términos de sus propios estatutos; y b) bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras, para que a nombre de ellas pueda iniciar las acciones legales necesarias.

En segundo lugar, en relación con la legitimación procesal de las sociedades de gestión colectiva, el Tribunal Andino cita la interpretación prejudicial 165-IP-2015, en la que se menciona que “para que una sociedad de gestión colectiva ejerza a nombre y en representación de los titulares las acciones encaminadas a la protección de los derechos de autor, debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio afiliado (mandato voluntario), por mandato estatutario o por imperio de la ley a través de la presunción legal (...) La citada norma andina [artículo 49] establece una presunción relativa, iuris tantum de representación o legitimación procesal, tanto en la fase administrativa como judicial, en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecida en el territorio andino (...) [.]. No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario; es decir, que en un caso en concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva deberá demostrar que el titular del derecho sobre la obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva, o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca.”

Y finalmente, en relación con la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte de un repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva, los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá señalan que el Tribunal Andino destacó la concurrencia de los siguientes elementos: “a) Se debe considerar la existencia de derecho de autor, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares. b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos. c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa”.

De esta forma, al interpretar tales apreciaciones del Tribunal Andino, nuestro superior funcional refiere que “se impone llamar atención que, así como el Tribunal Andino pregonó, in genere, la existencia de una presunción legal en torno a la representación de los entes de gestión colectiva también puso énfasis en que éstos gozan de legitimidad en los términos de sus propios estatutos y conforme con los acuerdos celebrados, a fin de defender los derechos de sus asociados”. Así, continúa señalando el superior que, en los estatutos de ACTORES SCG se indica que, para ser miembro de tal sociedad, es necesario “Formalizar el contrato de gestión, una vez acordado el ingreso en la Sociedad de gestión”, situación que, según el Tribunal de Bogotá, no fue acreditada.

De esta manera, concluye que, en tanto el demandante no cumplió el deber de probar

que los productores que afirma representar son sus afiliados de la forma como se dispuso en sus estatutos, no podía establecerse que la demandante tenía legitimación en la causa para petitionar la protección de los autores mencionados en la demanda. Lo anterior, conforme al principio básico de onus probandi incumbit actori, esto es al 'demandante' le corresponde probar los fundamentos fácticos de su 'acción'.

Es decir que, para esa sala del Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia referida, es la sociedad de gestión colectiva demandante quien tiene la carga de demostrar su legitimación procesal, por lo que no habría a su favor una legitimación presunta. **No obstante, este Despacho difiere de esta conclusión, por lo cual, su tesis no será empleada en el caso concreto por las razones que se pasan a exponer.** (Resaltado no es del texto)

.....

Así, con todo lo anterior de presente, este Despacho considera que, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo referido, incurre en una imprecisión al considerar que quien tenía la carga de probar su legitimación era la sociedad de gestión demandante; pues es claro que, tanto la normatividad comunitaria como la interna, esto es, la Decisión Andina 351 y el Decreto 1066 de 2015, respectivamente, establecen la existencia de una presunción de legitimación procesal en favor de las sociedades de gestión colectiva, así, al estar amparadas por una presunción, estas no están obligadas a aportar pruebas que acrediten si están legitimadas o no, salvo las exigidas para que dicha presunción se configure. Al contrario, es el demandado, quien debe aportar o solicitar las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción legal establecida en favor de la sociedad de gestión demandante. (Resaltado no es del texto)

.....

Igualmente, recordemos que para el caso concreto ACTORES SCG allegó las pruebas suficientes para configurar la presunción de legitimación en su favor, por lo tanto, es válido afirmar que el demandante está amparado por la presunción de legitimación.

Ahora bien, en el presente proceso no obran pruebas que controvertan la presunción de legitimación configurada, esto es, medios que acrediten, por ejemplo, que algún titular de derecho de obras usadas por el demandado, no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva o a su homónima en el extranjero; que cierta obra no hace parte del repertorio encomendado a ACTORES SCG; que la obra usada se encuentra en el dominio público; o que se cuenta con autorización previa y expresa del titular de la obra usada para realizar la explotación de la misma, y que aquel no es afiliado a la sociedad demandante. Así, es dable concluir que, el accionado no logró desvirtuar la legitimación presunta de su contraparte. En ese sentido, debe advertirse que los argumentos del demandado no tienen vocación de prosperar”.

Resulta verdaderamente desconcertante, por decir lo menos, los alcances del A Quo para respaldar las pretensiones demandatorias de ACTORES SCG, como fue el común denominador de su accionar a lo largo del proceso, a tal punto que no tiene ningún reparo en manifestar abiertamente su rebeldía para dar aplicación de lo dispuesto por su superior funcional en la sentencia de marras, bajo el argumento de que el Tribunal Superior “incurre en una imprecisión”, además de que por diferir el A Quo de las conclusiones consignadas en la sentencia del Tribunal Superior en Sala Civil de Decisión, **“su tesis no será empleada en el caso concreto”.**

Cabe recordarle al A Quo que las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores, en sede de instancia, no contienen simples “tesis” que puedan ser objeto de apreciación valorativa por el inferior funcional e inaplicarlas si es que no está de acuerdo con ellas, sino que tales pronunciamientos son contentivos de DECISIONES JUDICIALES que se emiten en control de instancia respecto a las decisiones tomadas por el funcionario de primera instancia y en consecuencia, estas DECISIONES se toman para ser cumplidas y aplicadas en todos los casos en que las pretensiones y fundamentos fácticos y jurídicos sean similares al caso resuelto, que es lo que se conoce como el precedente judicial.

Pero es que además olvida el A Quo (no creo que involuntariamente), que en su oportunidad, EGEDA COLOMBIA instauró acción de tutela en contra del Tribunal Superior de Bogotá, en pretensión de que la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en su sala de Decisión Civil, dentro del proceso verbal promovido por EGEDA

COLOMBIA en contra de HOTELES EL SALITRE, de fecha 26 de mayo de 2021, radicación 11001-31-03-019-2017-00381-01, fuera anulada y en su lugar se profiriera nueva sentencia atendiendo los argumentos expuestos por la tutelante para que se le habilitara la legitimación en la causa a través de la figura de la legitimación presunta, acción constitucional que fue decidida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha agosto 18 de 2021, dentro del radicado 11001020300020210242700, negando el amparo constitucional petitionado, por considerar que la sentencia acusada se encontraba totalmente ajustada a derecho, decisión confirmada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ante la impugnación presentada por EGEDA COLOMBIA en contra del fallo que le negó el amparo constitucional en acción de tutela.

Es de recordar que las sentencias en los Altos Tribunales son proferidas en Salas integradas por número plural impar de magistrados, en este caso, por los H.M. JUAN PABLO SUAREZ OROZO, GERMAN VALENZUELA VALBUENA y LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ, por parte de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá; por los siete (7) H.M. que integran la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y por los siete (7) H.M. que integran la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, para el operador judicial de primera instancia, los equivocados no solo son los tres (3) Magistrados que integran la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que profirieron la sentencia contraria a su interpretación, sentencia constitutiva de precedente judicial, sino que también están equivocados los catorce (14) Magistrados que integran las Salas de Casación Civil y Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, como jueces constitucionales, avalaron tal decisión y, por ende, lo estarán todos los órganos judiciales que se atrean a llevarle la contraria frente a su postura interpretativa de continuar reconociéndole a todas las sociedades de gestión colectiva legitimación en la casusa a través de la figura de la legitimación presunta.

Con todo respeto manifiesto al H. Tribunal Superior que el proceder del A Quo en asegurar que es a él a quien le asiste la razón para continuar reconociendo legitimación en la causa a ACTORES SCG a través de la figura de la legitimación presunta y que los diecisiete (17) Magistrados del Tribunal Superior (3) y de la Corte Suprema de Justicia (14) que, como jueces constitucionales, sentenciaron lo contrario, al establecer que tal legitimidad debe reconocerse conforme a lo establecido en los propios estatutos de la Entidad de Gestión Colectiva, se encuentran equivocados, es algo que además de inaceptable, constituye una verdadera afrenta a la seguridad e institucionalidad jurídica del Estado, máxime cuando es de recordar, que el operador judicial de primera instancia es un funcionario administrativo de la nómina de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, revestido de precisas y limitadas facultades jurisdiccionales.

Al respecto, procede hacer precisión que el artículo 1º de la Constitución establece que nuestro país es un “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria” y que esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico, lo que se vería desdibujado si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento sin tener en cuenta la interpretación que se haga por los organismos competentes dentro de la respectiva jurisdicción.

Tal como lo establece la Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2001, Expediente D-3374, con ponencia del H.M. Rodrigo Escobar Gil, la consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, **“si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio- un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores”.**

En la justicia ordinaria dicha estructura tiene a la Corte Suprema en la cabeza, como órgano de cierre y a los Tribunales de Distrito Judicial como jueces de instancia, lo que significa que ellos son los encargados de establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución.

Agrega la Corte Constitucional en la sentencia en cita que:

“La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. (Resaltado no es del texto)

.....

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. **El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia.** Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. **Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.** En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción”.

No sobra señalar que de permitirse que el operador judicial de primera instancia pueda inaplicar el precedente judicial de sus superiores funcionales, Tribunal Superior de Bogotá y Corte Suprema de Justicia, bajo el argumento de que por incurrir estos en imprecisiones en sus sentencias se encuentra habilitado legalmente para inaplicar las mismas, ello constituiría un grave atentado contra la seguridad e institucionalidad jurídica que, como pilares fundamentales de un estado social de derecho, como lo es la República de Colombia, deben prevalecer por mandato constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, pero como complemento de este, vale señalar que la predicada representación presunta que el A Quo quiere continuar imponiendo, contraviene además lo establecido en el artículo 75 de la ley 23 de 1982 al disponer que ningún contrato de mandato puede durar más de tres (3) años, pero podrán ser prorrogados por periodos de tres (3) años, formalidad procesal que la demandante no acreditó en su demanda, al no acompañarse la copia de las prórrogas de los contratos de mandato por parte de los actores que dice representar, lo que conlleva a determinar que NO SE DEMOSTRO LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS DE MANDATO, como tampoco demostró la vigencia de los contratos de reciprocidad, tal como se expone y demuestra en el texto de contestación al hecho 10 demandatorio, al cual me permito hacer remisión, sin que sea de recibo el argumento del sentenciador en el sentido de que la prueba de la vigencia de los contratos de reciprocidad era responsabilidad del demandado y no del demandante.

- 3. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA EN EL ESTADO, AL NO ESTAR PROBADO QUE ACTORES S.C.G EJERZA LA DEBIDA REPRESENTACION DE LOS ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES DE OBRAS QUE**

AFIRMA REPRESENTAR.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en Interpretación Prejudicial 378IP-2019 de abril 22 de 2021, dando respuesta al requerimiento efectuado por el Tribunal Superior de Bogota, Sala de Decisión Civil, mediante Oficio No. C-03403 del 01 de octubre de 2019, dispuso que respecto al contenido de los artículos 15 y 48 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina:

“(1) Las sociedades de gestión colectiva tienen legitimidad para obrar (...) bajo dos supuestos: a) Bajo los términos de sus propios estatutos. B) Bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras para ejercer los derechos encomendados a ellas para su administración y para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y procedimientos judiciales. (...) Toda sociedad de gestión colectiva debe tener estatutos debidamente aprobados por la autoridad competente y celebrar contratos con las personas a las que representa en los cuales se le autorice para que, en nombre de ellas, pueda iniciar las acciones necesarias en defensa de sus derechos sea en la vía administrativa o la judicial.

(...)

En relación a la legitimidad procesal de una sociedad de gestión colectiva, mediante Interpretación Prejudicial 165 – IP- 2015 este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

Para que una sociedad de gestión colectiva ejerza a nombre y en representación de los titulares, las acciones encaminadas a la protección de los derechos de autor, debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio afiliado (mandato voluntario), por mandato estatutario o por imperio de la ley a través de la presunción legal. (...) La citada norma andina (artículo 49) establece una presunción relativa, iuris tantum de representación o legitimación procesal, tanto en la fase administrativa como judicial, en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecidas en el territorio andino (...). No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario, es decir, que en un caso en concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva, deberá demostrar que el titular del derecho sobre la obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva, o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca”.

Bajando lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al tema que nos ocupa, procede entonces remitirnos a los estatutos de la sociedad de gestión colectiva demandante **ACTORES S.C.G.**, para entrar a determinar cuáles son las formalidades que la ley de la sociedad de gestión establece para la afiliación de sus asociados.

Al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que el artículo primero de los estatutos de la entidad de gestión colectiva determina que **ACTORES S.C.G.** estará conformada por artistas, intérpretes o ejecutantes de las obras y grabaciones audiovisuales, es decir, por actores tanto de imagen y voz, como de solo doblaje.

En su Título Tercero -DE LOS SOCIOS-, artículo séptimo, los estatutos establecen que a efectos de su participación en la sociedad, sus socios se clasifican en: i) Socios fundadores; ii) Socios de Pleno Derecho y iii) Socios Adheridos.

En lo que tiene que ver con las condiciones de admisión que debe cumplir el interesado para ser socio de **ACTORES S.C.G.**, el artículo octavo de los Estatutos relaciona tales condiciones, disponiendo en su numeral 8) la siguiente:

“8. El contrato de gestión formalizado por el titular tendrá plena validez y surtirá plenos efectos desde la adopción del acuerdo de admisión por el Consejo Directivo. **En todo caso, una vez acordado el ingreso, el representante de la sociedad deberá firmar el contrato de gestión**”. (resaltado no es del texto)

Revisado el texto de los estatutos de ACTORES S.C.G. no se encontró disposición alguna que reglamentara el contenido del contrato de gestión, por lo que su contenido quedará al libre albedrío de lo que pacten las partes.

Conforme con lo establecido en los citados artículos de los estatutos de **ACTORES S.C.G.**, la calidad de socio o miembro a esa entidad de gestión se demuestra solo con el correspondiente contrato de gestión suscrito entre las partes, en donde se hagan constar las obligaciones que acordaron las partes para enmarcar jurídicamente el mandato conferido.

Revisado el escrito demandatorio, se echa de menos la copia de los contratos de gestión suscritos entre **ACTORES S.C.G.** y los artistas, intérpretes o ejecutantes de las obras y grabaciones audiovisuales y en consecuencia, mal puede la demandante atribuirse una representación que adolece del correspondiente mandato.

Así mismo, el artículo 75 de la ley 23 de 1982 establece que ningún contrato de mandato puede durar mas de tres (3) años, pero podrán ser prorrogados por periodos de tres (3) años, formalidad procesal que la demandante no acreditó en su demanda, al no acompañarse la copia de las prorrogas de los contratos de mandato por parte de los actores que dice representar, lo que conlleva a determinar que **NO SE DEMOSTRO LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS DE MANDATO.**

Así lo señaló el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, en pronunciamiento de fecha mayo 26 de 2021, radicación 11001-31-03-019-201700381-01, con ponencia del H. Magistrado Juan Pablo Suarez Orozco, dentro del proceso verbal adelantado en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, siendo demandante EGEDA COLOMBIA y demandado HOTELES EL SALITRE S.A., en la única sentencia de instancia que sobre este tema ha proferido el Alto Tribunal en procesos verbales adelantados contra sociedades propietarias u operadoras de instalaciones hoteleras, cuando al revocar la decisión de primera instancia favorable para la demandante y condenar a la demandante en costas en las dos instancias, señaló lo siguiente:

“En este contexto dialéctico y conceptual se tiene que si bien es cierto no puede desconocerse la habilitación legal que poseen las sociedades de gestión colectiva para procurar, administrativa y judicialmente, el resguardo de los derechos de autor de sus asociados -tal y como lo refiere la corporación supranacional en la citada interpretación prejudicial- en el asunto de marras se observa que la demandante, EGEDA COLOMBIA, no atendió a cabalidad con la carga de demostrar que se encontraba facultada para promover la presente acción, pues ni siquiera demostró que, para la época de la presentación de la demanda, los sujetos que dice representar en este proceso contarán con la membresía que la legitimara en la causa para promover la protección de sus derechos. (Subrayado es propio)

4. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA EN EL ESTADO POR ESTAR FUNDAMENTADA LA SENTENCIA IMPUGNADA EN UN PRONUNCIAMIENTO ANTERIOR A DESARROLLOS LEGALES POSTERIORES

Es de especial relevancia destacar que la sentencia C-282 de fecha 5 de junio de 1997, que se invoca en la sentencia impugnada como fundamento para establecer el ánimo lucrativo de la demandada en la comunicación pública de las obras audiovisuales, fue proferida con anterioridad a la Ley 565 de 2000 y el Decreto 1474 de 2002 que acogieron el Convenio de Berna y su declaración concertada al artículo 8, el cual acogió legalmente la postura según la cual “el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación”.

El fallo de la Corte Constitucional también es anterior a la Ley 1403 de 2010 y al párrafo 2 del artículo 1, con la excepción para los *“establecimientos abiertos al público [...] cuya finalidad de comunicación de la obra audiovisual no sea la de entretener con ella al público consumidor con ánimo de lucro o de ventas, sean ellos tiendas, bares, cantinas, supermercados, droguerías, salas de belleza, gimnasios y otros de distribución de productos y servicios”.*

Por lo anterior, resulta excesivo el alcance que se le otorga al citado fallo en la sentencia impugnada, sentencia que además de obedecer a una específica demanda de inconstitucionalidad, no consulta siquiera los desarrollos normativos posteriores, como lo son Ley 565 de 2000, el Decreto 1474 de 2002 y la Ley 1403 de 2010.

5. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA ANTE LA INAPLICACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR PARTE DEL A QUO

Al respecto, sea lo primero reiterar que, conforme lo establece el artículo 230 de la Constitución Nacional, **“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”**

Este predicado se repite en el Código General del Proceso en donde en su artículo 7º, al establecer el principio de legalidad, enfatiza que **“Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.”**

Con fundamento en los preceptos descritos, el suscrito apoderado judicial de la sociedad demandada procedió a presentar en la contestación de la demanda, la excepción de mérito que denominó **IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES POR SER CONTRARIAS A NORMATIVIDAD LEGAL EXPRESA Y VIGENTE – APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD -**, fundamentándola principalmente, que en Colombia, el tema de la utilización de obras artísticas al interior de las habitaciones de un hotel entregadas con fines de alojamiento encuentra expresa regulación normativa de alcance constitucional y legal, según la siguiente relación:

- Constitución Nacional, artículos 15 y 28
- Ley 300 de 1996, artículo 83
- Ley 23 de 1982, artículo 44
- Tratado de la OMPI – artículo 8º. – Decreto 1474 de 2002-
- Decreto 1318 de 1996, artículo 1º.

A. INAPLICACION DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO 1318 DE 1996

En los alegatos de conclusión, el suscrito apoderado judicial de la demandada procedió a relacionar en detalle la normatividad que, constitutiva de la excepción de mérito propuesta en la contestación de la demanda de **IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES POR SER CONTRARIAS A NORMATIVIDAD LEGAL EXPRESA Y VIGENTE – APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD -**, regula la utilización de obras artísticas al interior de una habitación entregada con fines de alojamiento, haciendo especial énfasis en lo preceptuado por el Decreto 1318 de 1996 en su artículo 1º que prescribe lo siguiente:

ARTICULO 1º- La utilización de obras científicas, literarias y artísticas **en lugares distintos a la habitación que se alquila con fines de alojamiento, dentro del establecimiento hotelero o de hospedaje**, da lugar al ejercicio de los derechos de que trata la ley 23 de 1982”.

Sobre esta norma, se hizo especial referencia en cuanto a que consultada su vigencia ante el Sistema Único de Información Normativa del Ministerio de Justicia –SUIN- en oficio de fecha junio 18 de 2019, el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del organismo certificó que: **“El Decreto 1318 de 1996...no ha sido objeto de derogación expresa”**; **“En lo referente a las modificaciones del contenido normativo, no se encontró ninguna que recaiga sobre la norma objeto de la consulta”** y **“en relación con su validez, no se encontró pronunciamiento jurisprudencial”**. (resaltado no es del texto)

Así mismo, se reiteró que al tratarse el Decreto 1318 de 1996 de un acto administrativo expedido por funcionario competente (El Presidente de la República), este goza de las prerrogativas de ley que le son propias, entre ellas, la presunción de legalidad (artículo 88

del CPACA) y el carácter ejecutorio del mismo (artículo 89 CPACA), por lo que siendo entonces que el Decreto 1318 de 1996 es un acto administrativo que no ha sido anulado, ni suspendido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo certifica el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Sistema Único de Información Normativa del Ministerio de Justicia –SUIN- en oficio de fecha junio 18 de 2019, resulta exigible su estricta aplicación para todas las autoridades administrativas y judiciales, sin que los organismos administrativos con funciones jurisdiccionales sean la excepción.

La sentencia impugnada desestima la excepción que al respecto fue propuesta en la contestación de la demanda bajo la siguiente argumentación:

“El demandado refiere en su contestación que la Subdirección debe dar aplicación al artículo 1 del Decreto 1318 de 1996 el cual señala que *“La utilización de obras científicas, literarias y artísticas en lugares distintos a la habitación que se alquila con fines de alojamiento, dentro del establecimiento hotelero o de hospedaje, da lugar al ejercicio de los derechos de que trata la Ley 23 de 1982.”*, toda vez que el mismo no ha perdido vigencia.

Al respecto este Despacho debe indicar que el inciso primero del artículo 4 de la Constitución Política de 1991 consagró:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

Dicha norma cimienta el objeto de la figura de excepción de inconstitucionalidad, asimismo, valida que nuestro sistema de control de constitucional sea catalogado como mixto, lo anterior, dado que “combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

Igualmente, ha referido la Corte que “el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* (sic) por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

Descendiendo al caso, el apoderado del demandante solicita se le de aplicación del Decreto 1318 de 1996, no obstante, esta Subdirección debe advertir que dicha norma fue proferida por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, toda vez que pretendía regular “(...) la protección de los derechos de autor en los establecimientos hoteleros y de hospedaje”, especialmente el artículo 83 de la Ley 300 de 1996 que señalaba que “Para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982 las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado.

Ahora bien, este artículo 83 de la Ley 300 de 1996 fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional quien a través de la sentencia C-282 de 1997, estudiada en el título anterior, resolvió declarar exequible el artículo, excepto las palabras “Para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982”. Lo anterior, toda vez que si bien se considera que las habitaciones de los establecimientos hoteleros que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado, lo cierto es que dicha norma autorizaba a que las ejecuciones de obras con el ánimo de lucro, fueran excluidas de lo dispuesto en las normas nacionales e internacionales sobre derecho de autor y más aún en lo relativo al consentimiento previo y expreso que se requiere para su uso, lo que encontró la Corte Constitucional va en contravía del artículo 61 de nuestra carta política.

En ese sentido, los establecimientos hoteleros en ningún caso podrían ampararse en dicha norma de la Ley 300 de 1996, para eludir el cumplimiento de las obligaciones que tienen con los autores y titulares de derecho, cuando comunican al público las obras o prestaciones protegidas.

Así las cosas, antes de dar aplicación del artículo 1 del Decreto 1318 de 1996, debe advertirse que este tiene su génesis en el artículo 83 de la Ley 300 de 1996 que ya fue estudiado por la Corte Constitucional y fue declarado inexecutable precisamente en el

aparte que invoca el apoderado de la demandada. Basta con dar lectura del artículo 1 del Decreto 1318 de 1996 para comprender que la norma buscaba que la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en habitaciones que se alquilan con fines de alojamiento, no diera lugar al ejercicio de los derechos de la Ley 23 de 1982, lo que claramente va en contravía de nuestra carta magna, como de manera prístina lo expresó nuestra Corte Constitucional.

De conformidad con lo anterior, esta Subdirección no accederá a la petición del accionado y en ejercicio del control difuso no dará aplicación del Decreto 1318 de 1996 por considerar que el aparte cuya aplicación reclama el demandado, es contraria a nuestra Constitución”.

Resulta evidente que la argumentación que esgrime el A Quo para inaplicar el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996, fue tomada de la sentencia C- 122 de 2011, en la cual la Corte Constitucional dispuso al respecto lo siguiente:

“La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte, hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter-partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto”.

Al respecto, sea lo primero señalar que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia de la H.M. MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, en sentencia de fecha 11 de noviembre de 2010, expediente 66001-23-31-000-2007-00070-01, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 237-2 de la Constitución Nacional, estableció los requisitos para que proceda la excepción de inconstitucionalidad, disponiendo lo siguiente:

“La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4º de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o Inter partes. (...)

Ahora bien, **para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea.** (...)
(Resaltado no es del texto)

Las normas Constitucionales, que el actor considera como violadas, disponen que la

Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales (Art. 4º) y que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Art. 29).

A juicio de la Sala la presunta violación no es manifiesta, palmaria o flagrante, es decir, no puede establecerse de la sola confrontación de la Constitución y la Resolución N° 355 de 2002 y mucho menos para declarar, con base en la pretendida excepción de inconstitucionalidad, la nulidad de los actos acusados.

Las normas que cita la Resolución N° 355 de 2002 y la entidad demandada en las Resoluciones acusadas, para sustentar su legalidad, como se observa, incluyen leyes, decretos leyes, decretos y resoluciones, que no riñen con las normas constitucionales que se endilgan como contrariadas. **Al no evidenciarse la violación de normas de rango Constitucional, de conformidad con la jurisprudencia transcrita, es improcedente la aplicación de la referida excepción y, por ende, la declaratoria de nulidad de los actos acusados bajo este cargo.** (Subrayado no es del texto)

Bajando lo dispuesto por el Consejo de Estado a la sentencia impugnada, se tiene que el A Quo no relacionó la norma o normas de la Constitución Nacional que resultarían afectadas con la aplicación del Artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 y tampoco hizo referencia alguna a la manifiesta contradicción que debe existir entre la norma legal a ser aplicada y las del orden constitucional, esto es que, no se hace ninguna referencia a la norma constitucional que riñe con el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea.

Pero es que además, desconoce el operador judicial de primera instancia (no creo que involuntariamente) que el Decreto 1318 de 1996 fue objeto de demanda en acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por la ciudadana Doris Esguerra Rubio, demanda que fue resuelta por el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 19 de febrero de 1998, con ponencia del H.M. Manuel Urueta Olaya, Expediente AI-015, en donde el Alto Tribunal, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 237-2 de la Constitución Nacional, denegó las pretensiones de la demandante, considerando la constitucionalidad del acto administrativo impugnado, señalando para el efecto lo siguiente:

“La ley 23 de enero 28 de 1982, por la cual se regulan los derechos de autor, prescribe en su artículo 44 que "es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro". Al considerar el artículo 83 de la ley 300 que las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje que se alquilan con fines de alojamiento constituyen domicilio privado, para efectos del artículo 44 de la ley 23 de 1982, debe forzosamente concluirse que los lugares por fuera de las habitaciones no constituyen, a contrario, domicilio privado, de manera que en dichos lugares la utilización de obras científicas, literarias y artísticas no será libre.

La potestad reglamentaria en derecho colombiano está referida por mandato constitucional a la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" (art. 189 numeral 11 C P.,). de manera que cuando el presidente de la República ejerce dicha facultad, lo hace con la finalidad de conseguir la cumplida ejecución de la ley que reglamenta y de todas las leyes en general. Además, en otras oportunidades la Sala ha interpretado el artículo 84 constitucional en el sentido de que los requisitos que deben reunirse para reglamentar una actividad no son sólo aquéllos previstos en la ley sino también en los decretos reglamentarios. (ver sentencia de 11 de marzo de 1994; Mag. Pon. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez; Exp. núm. 2428).

En el caso sub iudice surge con evidencia que la ley 300 de 1996 está estrechamente relacionada con el artículo 44 de la ley 23 de 1982 en lo que se refiere a la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje y por fuera de ellas, por lo que cuando el presidente de la República, en uso de la potestad reglamentaria, busca la cumplida ejecución de dichas leyes no está excediendo sus facultades en la materia”.

Vale puntualizar que la sentencia de constitucionalidad proferida por el Consejo de Estado data del 19 de febrero de 1998, mientras que la Sentencia C-282 data del 5 de

junio de 1997, lo que evidencia que el pronunciamiento de constitucionalidad del Decreto 1318 de 1996 por parte del Consejo de Estado es posterior a la declaratoria de inexecutable de la parte inicial del artículo 83 de la ley 300 de 1996 y sobre la cual se sustenta el A Quo para abstenerse de dar aplicación al artículo 1º del Decreto 1318 de 1996.

Así las cosas, mal puede el A Quo abstenerse de aplicar lo preceptuado en el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 sobre la base del juzgamiento subjetivo de inconstitucionalidad de la norma, cuando existe pronunciamiento del órgano judicial competente, esto es, el Consejo de Estado, quien en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 237-2 de la Constitución Nacional, determinó la constitucionalidad de la misma en la sentencia arriba descrita.

Como quiera que el A Quo no dio cumplimiento a los requisitos que el Consejo de Estado estableció para que proceda la excepción de inconstitucionalidad, al no individualizar las normas constitucionales que resultaban violadas con la aplicación del artículo 1º del Decreto 1318 de 1996, como tampoco haber hecho mención sobre norma constitucional que riñe con el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 de tal manera que del simple cotejo resultaba absolutamente incompatible su aplicación simultánea, además que el Decreto 1318 de 1996 fue objeto de control en acción de nulidad por inconstitucionalidad con posterioridad a la sentencia C-292 de 1996, resulta forzoso concluir, con total claridad, que la inaplicación a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 se torna caprichosa y, en consecuencia, tal omisión resulta violatoria de los principios constitucionales del Debido Proceso y de Acceso a la Administración de Justicia, por lo que corresponde al Tribunal Superior de Bogotá revocar esta decisión y en su lugar, dar estricta aplicación al acto administrativo inaplicado por el A Quo, artículo que por sí mismo resuelve el litigio fijado, por disponer esta norma que la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en las habitaciones que se alquilan con fines de alojamiento, dentro del establecimiento hotelero o de hospedaje, no da lugar al ejercicio de los derechos de que trata la ley 23 de 1982.

Sin perjuicio de lo expuesto, pero con el ánimo de dar absoluta claridad respecto a este tema, debo señalar que si lo que soterradamente pretendía el A Quo era abrir la posibilidad de que se diera aplicación al fenómeno del decaimiento del acto administrativo por pérdida de su fuerza ejecutoria, en acatamiento de lo conceptuado por su Jefe Inmediato Nominal, el Director de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en escrito de fecha 27 de septiembre de 2019, contenido del concepto en respuesta al derecho de petición de consulta presentado por la Representante Legal de EGEDA COLOMBIA, tampoco sería de recibo tal cuestionamiento, toda vez que, de una parte, el juzgamiento de los actos administrativos es de exclusiva competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la ley 1437 de 2011, y de otra, el mismo CPACA establece en su artículo 92 el procedimiento que deberá ser agotado por parte de quien se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, procedimiento del cual no figura constancia alguna dentro del expediente de haberse agotado.

B. ERRONEA INTERPRETACION DEL ARTICULO 8º del TRATADO DE LA OMPI – APROBADO POR EL GOBIERNO NACIONAL MEDIANTE DECRETO 1474 DE 2002

Dentro de las normas que el suscrito apoderado judicial de la demandada procedió a relacionar como constitutiva de la excepción de mérito propuesta en la contestación de la demanda de **IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES POR SER CONTRARIAS A NORMATIVIDAD LEGAL EXPRESA Y VIGENTE – APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD** – y que regulan la utilización de obras artísticas al interior de una habitación entregada con fines de alojamiento, se relacionó el Decreto 1474 de 2002, aprobatorio del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI-, Decreto que en su artículo 8º transcribió la declaración concertada por parte de los países miembros sobre el artículo 8º del Convenio que dispuso lo siguiente:

“DECLARACION CONCERTADA SOBRE EL ARTICULO OCTAVO QUE

REPOSA EN EL CONVENIO DE LA OMPI (CONVENIO DE BERNA):
“Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna” (resaltado no es del texto)

El A Quo desestima el contenido de este artículo, a pesar de la claridad del mismo que da cuenta que la mera puesta a disposición de los aparatos de TV en las habitaciones de los hoteles, en si no representan una comunicación pública de las obras audiovisuales que pudieran transmitirse a través de estos, bajo la siguiente argumentación:

“El accionado dentro de sus excepciones de mérito refiere que “por disposición normativa vigente en Colombia el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar la realización de una comunicación no representa comunicación pública de las obras.”

.....

Frente a lo anterior, el Tribunal de Justicia Europeo ha referido que si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales – en la que generalmente participan, además del establecimiento hotelero, empresas especializadas en la venta o el alquiler de televisores – no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la Directiva 2001/29/21, lo cierto es, que cuando un hotelero instala aparatos de televisión aptos para recibir emisiones de radiodifusión en las habitaciones, realiza actos de comunicación al público, toda vez que con intención permite que sean accesible las obras a sus clientes.

En ese sentido, debe entenderse que cuando la norma hace alusión al “simple suministro de instalaciones físicas”, esta debe entenderse como “la única actividad de venta o alquiler de aparatos de televisión realizada por empresas especializadas.” Por lo que tales sociedades no pueden, por ese solo hecho, considerarse que realizan un acto de comunicación al público, y no como equivocadamente lo interpreta el accionado, que considera que aplica en casos en que el hotel pone a disposición las herramientas idóneas con la finalidad de que sus usuarios puedan acceder a las obras.

La errónea interpretación que hace el A Quo de la declaración concertada sobre el artículo 8 del Tratado de la OMPI surge de la simple lectura del contenido del mencionado artículo, pues es claro que tal artículo no hace referencia alguna a las actividades de venta o alquiler de televisores, sino que hace expresa excepción en el sentido de que “EL SIMPLE SUMINISTRO DE INSTALACIONES FÍSICAS (APARATOS DE TELEVISIÓN, RADIO RELOJ, ENTRE OTROS) **PARA FACILITAR O REALIZAR UNA COMUNICACIÓN, EN SÍ MISMO, NO REPRESENTA UNA COMUNICACIÓN EN EL SENTIDO DEL PRESENTE TRATADO O DEL CONVENIO DE BERNA**”.

Es tan clara la norma en su contenido, que cualquier argumentación adicional que se haga haría caer al suscrito en redundancia.

Así las cosas, ante la plena vigencia y obligatoria aplicación de la normatividad relacionada en la excepción de mérito propuesta, entre ella, el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 y la declaración concertada sobre el artículo 8 del Convenio de Berna, no admite ninguna discusión que la inobservancia caprichosa por parte del A Quo de la normatividad descrita, constituye un quebrantamiento directo al principio de legalidad que rige todas las actuaciones judiciales, normativa que, de haberse aplicado, hubiese resuelto el caso por la especificidad del mismo, fallando de esta manera en realizar una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico nacional, que además de ser fuente derecho y ser vinculante, reglamenta y limita a su disposición los derechos de autor.

- 6. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA EN EL ESTADO AL PROCEDER EL A QUO A CONDENAR AL PAGO DE PERJUICIOS DESDE EL AÑO 2012 SIN TENER EN CUENTA QUE EL TERMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION DE REPARACION DEL DAÑO NO ES EL ORDINARIO DE DIEZ**

(10) AÑOS SINO EL ESPECIAL DE TRES (3) AÑOS QUE RIGE PARA ACTOS DE TERCEROS

Resulta incontrovertible por encontrarse suficientemente dentro del proceso que el servicio de televisión por cable en el Hotel Best Western Plus 93 Park es prestado por el cableoperador DIRECTV directamente a los huéspedes, sin que la instalación hotelera tenga injerencia o intermediación técnica alguna en la prestación de tal servicio.

No obstante aparecer debidamente demostrada la prestación de los servicios de televisión por parte del citado cableoperador, procede el A Quo de manera errónea a aplicar la prescripción general de los diez (10), inaplicando la prescripción que rige para estos actos de terceros que se limita a tres (3) años.

En efecto, para hacer claridad sobre el yerro del A Quo procede entonces hacer remisión al Título XXXIV del Código Civil Colombiano que, comprendiendo los artículos 2341 a 2360, regula lo relacionado con la responsabilidad común por los delitos y las culpas, estableciendo en el artículo 2358 que la acción de reparación prescribe en un término de tres (3) años contados desde la perpetración del acto, cuyo texto transcribo:

“ARTICULO 2358. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.” (Resaltado no es del texto)

Para mayor comprensión, procede hacer referencia a las modalidades de responsabilidad que regula el Título XXXIV del Código Civil y que, por ende, se encuentran sujetas a la prescripción de tres (3) años:

- Responsabilidad por ebriedad (artículo 2345)
- Responsabilidad por daños causados por impúberes (artículo 2346)
- Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo (artículo 2347)
- Responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos (artículo 2348)
- **Responsabilidad por daños causados por los trabajadores (artículo 2349)**
- Responsabilidad por edificio en ruina (artículo 2350)
- Daños causados por ruina de un edificio con vicio de construcción (artículo 2351)
- **Indemnización por los daños causados por el dependiente (artículo 2352)**
- Daño causado por animal doméstico (artículo 2353)
- Daño causado por animal fiero (artículo 2354)
- Responsabilidad por cosa que cae o se arroja del edificio (artículo 2355)
- Responsabilidad por malicia o negligencia (artículo 2356).

Como ya se anotó, no es de discusión, por encontrarse probado, que en el establecimiento denominado HOTEL BEST WESTERN PLUS 93 PARK, de propiedad de la sociedad demandada, el servicio de televisión no es prestado directamente por la sociedad demanda, sino que este servicio se encuentra tercerizado y es prestado en consecuencia, por el cableoperador DIRECTV desde el 23 de junio de 2017, en ejecución del contrato de prestación de servicios de televisión por cable No. 2614950-1, cableoperador que dirige su programación a personas naturales determinadas que lo constituyen los huéspedes del hotel para brindarle desde la comodidad de su habitación, que es su domicilio privado, una opción de entretenimiento o esparcimiento personal sin ánimo lucrativo alguno.

Procede entonces reiterar que cuando las personas naturales individualmente consideradas como tales, acceden a los servicios de hospedaje ofrecidos por el establecimiento denominado HOTEL BEST WESTERN PLUS 93 PARK, de propiedad de la sociedad demandada, hacen parte integral de las personas objetivo del contrato suscrito con el cableoperador DIRECTV, como huéspedes y destinatarios finales de tal servicio, correspondiéndole al cableoperador tanto el pago de los derechos de autor

derivados de la transmisión de los programas puestos a su disposición, como el pago de los perjuicios que se generen con la prestación del servicio a su cargo, sin que de manera alguna tales responsabilidades puedan ser trasladadas a la instalación hotelera.

Así las cosas, la empresa DIRECTV por actuar como trabajador independientes o contratistas de la Sociedad STANZIA 93 S.A.S., para los términos del Título XXXIV del Código Civil, aplica a plenitud la prescripción de tres (3) años señalada en el artículo 2358 del Código Civil, que deberían contarse retroactivamente desde la fecha de presentación de la demanda, sin que resulte procedente aplicar cualquier otro término de prescripción, como erróneamente lo hace el A Quo en la liquidación personal y subjetiva de perjuicios que ilegítimamente y en clara extralimitación de funciones efectúa, toda vez que, como se anotó, no es la demandada quien presta directamente el servicio de televisión satelital a los huéspedes de la instalación hotelera, sino que este servicio se presta directamente por el cableoperador, como contratista de aquel.

7. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, LEGITIMA DEFENSA Y CONTRADICCIÓN, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA EN EL ESTADO AL DAR EL A QUO POR PROBADO, SIN ESTARLO, QUE DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 2012 A 2023, EN LAS HABITACIONES DEL HOTEL WEST BESTERN PULS 93 PARK SE EJECUTARON PÚBLICAMENTE OBRAS AUDIOVISUALES A TRAVÉS DE LOS CANALES DE TELEVISION COMPRENDIDOS DENTRO DE LA PARRILLA SUMINISTRADA POR EL CABLEOPERADOR DIRECTV

La sentencia impugnada condena a la demandada STANZIA 93 S.A.S. al pago de la suma de \$33.581.740, por concepto del lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2012 y la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 17 de diciembre de 2021.

El A Quo fundamenta tal condena, en el dictamen pericial presentado por la Perito en donde da cuenta que todas las habitaciones del Hotel WEST BESTERN PLUS 93 PARK cuentan con un aparato receptor de señal de televisión que transmite programas a través de la parrilla de canales suministrada por el cableoperador DIRECTV y en la declaración juramentada del representante legal de la demandada en donde manifiesta que al parecer la instalación hotelera siempre ha contado con señal de televisión y con base en ello, procede en abierta extralimitación a sus funciones, a cuantificar año por año, desde el 2012 hasta diciembre de 2021, los perjuicios que en su consideración fueron ocasionados.

No obstante, el A Quo no tiene en cuenta que el CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE TELEVISION POR CABLE suscrito con DIRECTV data del 23 de junio de 2017 texto contractual que fue aportado al expediente adjunto a la contestación de la demanda y al dictamen pericial, sin que exista prueba documental alguna que dé cuenta que con anterioridad a junio de 2017, se hubiese suscrito contrato de prestación de servicios de televisión por cable con cable operador alguno.

Bajo ninguna circunstancia puede aceptarse como prueba del suministro del servicio de televisión por cable desde el año 2012, con la declaración de la representante legal, toda vez que ella manifiesta ante la pregunta del operador judicial que “al parecer” ha sido Directv quien ha suministrado tal servicio, pero sin ser enfática en afirmar tal situación y de otra parte, mal podría tomarse como confesión tal declaración, cuando tal hecho no le consta a la representante legal al haber ingresado como Gerente del Hotel apenas en el 2019.

Siendo entonces que la probatoria arrimada al proceso da cuenta que la suscripción a la prestación del servicio de televisión satelital por parte del cableoperador DIRECTV inició en junio de 2017, falla entonces el A Quo en condenar a la demandada al pago de la indemnización por lucro cesante desde el año 2012, pues no existe prueba alguna de la supuesta comunicación pública de obras audiovisuales al interior de las habitaciones del

Hotel Best Western Plus 93 Park desde el año 2012 hasta junio de 2017, partiendo del erróneo supuesto que la contratación de los servicios de DIRECTV data desde 2012 y no desde 2017, como aparece demostrado.

Sobre este específico tema se acaba de pronunciar el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, en sentencia de segunda instancia de fecha septiembre 08 de 2023, con ponencia del H.M. GERMAN VALENZUELA VALBUENA, radicación 11001 31 99 005 2020 46261 01, en donde actuó como demandante EGEDA COLOMBIA y como demandado la Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, sentencia que al respecto pone de presente lo siguiente:

“No obstante lo anterior, el *a quo* erró al declarar la existencia de una infracción entre diciembre de 2010 y el 12 de julio de 2018, y establecer una indemnización condenatoria por lucro cesante para ese tiempo, comoquiera que en el curso del proceso no quedó acreditado, con la suficiente idoneidad probatoria requerida, que en ese periodo existió comunicación pública en las habitaciones del hotel.

En efecto, revisado en detalle el expediente virtual, la Sala no observa elemento de convicción fidedigno que dé cuenta que en ese lapso de tiempo concreto y específico operó algún proveedor de televisión satelital o por cable, y por tanto, que se hubiera configurado el presupuesto esencial para que el cobro judicial reclamado pudiera haber salido adelante.

Mírese que en el “legajo” solo obra “contrato de prestación de servicios integrados de tecnologías de la información y las comunicaciones” suscrito el 13 de julio de 2018 entre Telmex Colombia S.A. y el hotel aquí demandado, en virtud del cual la primera sociedad se obligó, entre otras cuestiones, a prestar el servicio de televisión en las instalaciones del establecimiento”, y que ningún otro documento similar se recaudó a fin de acreditar lo pertinente en el periodo en mención. (Resaltado no es del texto)

Lo anterior impide, naturalmente, establecer con la claridad necesaria que en oportunidad anterior a esa data sí existió prestación del servicio de televisión por otro operador u operadores, y por ende, que sí existió la puesta a disposición y comunicación pública de obras y repertorio de los productores representados por la sociedad de gestión colectiva demandante. (Resaltado no es del texto)

Cabe señalar que aunque en el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la demandada, al responder las preguntas circunscritas a indicar qué operador había antes de Claro y Directv, y si en las habitaciones del hotel siempre se ha tenido el servicio de televisión, aquél refirió: “sí, antes estábamos en Une, pero creo que cambió después de la razón social...” y “sí, siempre hemos tenido el servicio de televisión...”, lo cierto es que, por las particularidades de este caso, **esas solas afirmaciones no constituyen un medio de prueba suficiente para determinar con la precisión y claridad requerida, cuál fue el prestador de servicio de televisión del hotel desde diciembre de 2010 a 12 de julio de 2018, y en esa senda, la programación contenida en el supuesto operador y la comunicación de obras.** (Resaltado no es del texto)

En esa línea, lo manifestado en aquella declaración de parte no tiene el alcance de confesión para el propósito de demostrar de manera fehaciente la prestación del servicio de televisión en el periodo de marras, puesto que carece de los elementos de tiempo y modo en que estuvo vigente un supuesto convenio de esa naturaleza, quedando, realmente, en una afirmación general carente de fuerza de convicción. (Resaltado no es del texto)

Es de ver que en dicho momento no se requirió al interrogado para ahondara o profundizara en aspectos por completo relevantes, si es que de allí pretendía obtenerse la prueba de la existencia del servicio de televisión en aquellos años, por ejemplo, los límites temporales de la relación con algún operador de televisión, los planes o programación contratada, entre otros.

Bajo tal orden, resulta palmaria la orfandad probatoria en el asunto, máxime al tener en cuenta que la prueba por excelencia para acreditar la existencia de un contrato de suscripción de televisión no es otra que el documento del convenio

suscrito, y que la parte demandante no dirigió su atención a pedir o solicitar la incorporación de tal elemento, limitando así su actuar probatorio. .(Resaltado no es del texto)

Se pone de presente que por más que el proceso en estudio verse sobre derechos de propiedad intelectual por derechos de autor, éste sigue siendo un trámite declarativo y dispositivo de responsabilidad, en el que la parte que aduce un hecho debe centrar su esfuerzo en demostrarlo y en traer al juicio los medios de convicción pertinentes para su propósito, lo que no ocurrió en este caso en lo que hace al periodo diciembre 2010 — julio 2018. .(Resaltado no es del texto)

En consecuencia, se revocará la condena que se impuso para ese lapso...”.

El citado precedente judicial resulta aplicable en todo su contexto para la decisión del recurso de apelación interpuesto por ACTORES S.C.G. en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, por tratarse de un asunto de idénticas características fácticas y jurídicas.

8. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, LEGITIMA DEFENSA Y CONTRADICCIÓN, AL HACERSE EXTENSIVA LA CONDENA DESDE LA FECHA DE PRESENTACION DE LA DEMANDA HASTA LA FECHA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

La sentencia impugnada condena a la demandada STANZIA 93 S.A.S. al pago de la suma de \$6.836.140, por concepto del lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 17 de diciembre de 2021 y la fecha de la sentencia impugnada, esto es, septiembre 01 de 2023.

La condena efectuada por el sentenciador de primer grado que abarca el periodo comprendido entre la fecha de radicación de la demanda y la fecha de la sentencia impugnada resulta lesiva a los principios constitucionales del debido proceso, defensa y contradicción, toda vez que se priva a la parte demandada de la oportunidad concreta y real de desplegar gestiones para defenderse de las acusaciones efectuadas en este lapso de tiempo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC778-2021, rad. No. 05001-31-03-010-2010-00613-02, 15 de marzo de 2021. M.P. Francisco Ternera Barrios, en el marco de un recurso de casación, en el que se alegaba la **incongruencia** de la sentencia de segunda instancia, se refirió justamente a la consonancia (o congruencia) que debe guardar aquella providencia, y los eventos en los que el fallador incumple con este deber.

En primer lugar, la Sala recordó que particularmente en el proceso civil predomina la **regla dispositiva**, por la cual, el juez que dicta el fallo debe respetar los límites o contornos trazados por las partes (pretensiones o excepciones) y en los fundamentos fácticos en que se basan -salvo el caso de las excepciones que la ley permite- (art. 281).

Lo anterior se enmarca en la denominada congruencia o consonancia de la sentencia, que implica que el juez falle dentro del marco que trazan las partes, salvo las excepciones legales.

Ahora, según la Corte, el incumplimiento a este deber (cuando no le está permitido hacerlo) casi siempre se ha circunscrito a alguna de estos eventos:

(i) *Ultra petita*: Cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado para concederlo oficiosamente.

(ii) *Mínima petita*: Cuando el fallador olvida decidir en la sentencia algunas de las pretensiones o de las excepciones formuladas.

(iii) *Extra petita*: Cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio.

Bajando lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia al caso que nos ocupa, salta a la vista la incongruencia de la sentencia impugnada frente a las pretensiones demandatorias, por cuanto la condena excede el petitum del actor.

En efecto, basta con comparar la primera pretensión demandatoria con la sentencia impugnada en lo que tiene que ver con este acápite para determinar sin ningún esfuerzo probatorio, que el A Quo incurrió en la indebida figura de la ultra petita, por cuanto en la pretensión demandatoria el demandante limita la declaratoria de actos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones o ejecuciones del repertorio que representa **ACTORES S.C.G.** desde el 06 de marzo de 2012 hasta la fecha de presentación de esta demanda, esto es, hasta el 17 de diciembre de 2021, el A Quo de manera unilateral, injustificada, ilegal y en franca coadyuvancia a los intereses de la demandante, extiende tal pretensión hasta el día de la fecha de expedición de la sentencia condenatoria apelada, esto es, hasta el 1º de setiembre de 2023, lesionando gravemente los principios constitucionales fundamentales del debido proceso, defensa y contradicción, como expresamente lo ha manifestado el Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Civil de Decisión.

En efecto, sobre este específico tema se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, en sentencia de segunda instancia de fecha septiembre 08 de 2023, con ponencia del H.M. GERMAN VALENZUELA VALBUENA, radicación 11001 31 99 005 2020 46261 01, en donde actuó como demandante EGEDA COLOMBIA y como demandado la Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, sentencia que pone de presente lo siguiente:

“En lo que atañe a lo ordenado en la sentencia desde la data en que se radicó la demanda y hasta el día en que ésta fue emitida, asiste razón al extremo apelante, comoquiera que: i. escapa a toda lógica procesal que se disponga una declaración de infracción y condena por lucro cesante por un acto supuestamente cometido luego de la presentación del escrito inicial, y además, con posterioridad a las etapas probatorias y de contestación de demanda, y ii. en el expediente no obra prueba alguna que acredite la existencia de los presupuestos requeridos para colegir que en ese periodo el hotel incurrió en un acto de comunicación pública, y además, para establecer el monto del perjuicio. .(Resaltado no es del texto)

En torno al primer aspecto, carece de sentido que se hubiere concluido la existencia de una conducta violatoria de derechos de propiedad intelectual por comunicación pública en habitaciones del hotel con posterioridad al momento que se presentó la demanda, puesto que la actividad probatoria y defensa de la parte demandada, una vez notificada, se centra —obviamente— en los hechos atribuidos hasta el momento del escrito inicial, y en manera alguna puede tener cabida el reconocimiento de eventos de responsabilidad que se lleguen a causar con posterioridad en el futuro, sin que, por lo demás, este caso, pudiera calificarse como un reclamo de “prestación periódica” pues dependería de circunstancias futuras e inciertas (v.gr. porcentaje de ocupación). .(Resaltado no es del texto)

No podría avalarse, entonces, la conclusión de la autoridad de primer grado circunscrita a que luego de la presentación del libelo inicial y hasta el instante en que se emite el fallo de instancia, también incurrió en actos de comunicación pública de obras sin autorización previa que lleva a una condena dineraria por concepto de indemnización, pues la parte demandada no habría tenido la oportunidad concreta y real de desplegar gestiones para defenderse de semejante acusación. .(Resaltado no es del texto)

Para ahondar, lo dispuesto por el *a quo* en el asunto implica, en últimas, condenar al establecimiento convocado por una infracción supuestamente cometida hasta el mismo día en que se emitió la sentencia, lo cual vulnera los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. En otras palabras, desde una perspectiva cronológica, se estaría sentando que el hotel convocado incurre en un acto de comunicación pública en el mismo momento en que se profiere el fallo de instancia y que en ese mismo instante se le debe condenar a indemnizar, cuando —por simple

lógica y sentido común- es claro que ese extremo no pudo contar con la posibilidad de acometer una defensa al respecto. (Resaltado no es del texto)

Aceptar tal postura de la Subdirección jurisdiccional de la DNDA conllevaría a: i. que en este grado jurisdiccional tuviera que modificarse la condena ya impuesta para adicionar el tiempo que tomó la resolución del recurso de apelación, es decir, complementar la condena desde la emisión de la sentencia apelada hasta el presente día, lo que a todas luces es contrario a los presupuestos procesales en una acción de responsabilidad; y ii. a la existencia de un constante interminable debate probatorio, pues cada día estaría latente la posibilidad de incursión en una conducta de comunicación pública de obras. .(Resaltado no es del texto)

Es imperioso acotar que en este caso no se trata de una indexación de un monto determinado o determinable, ni de la causación de intereses o de frutos ni de una “prestación periódica”, sino de la reparación e indemnización de un acto concreto de infracción en el que se incurre en un instante específico, de donde solo sería dado analizar si existió o no dicha conducta, y por supuesto la indemnización respectiva, para la fecha en que se presentó la demanda. Es de notar, por ejemplo, que la contestación de la demanda se radicó a mediados de 2021, por lo que la actividad de defensa del establecimiento hotelero no podía encaminarse a probar que en el futuro, incluyendo el día de emisión de la sentencia de primer grado, no incurriría en los actos que desde un inicio se le endilgan o que si lo hacía ello no comportaba comunicación pública.

Con todo, el Tribunal advierte que tampoco obra prueba que eventualmente pudiera dar cuenta de la infracción para ese lapso o que se trataba de una infracción continuada, y además, del monto de la indemnización de esos años, tanto así que el mismo funcionario de primer grado decidió que, como no había medios de convicción sobre la ocupación del hotel para ese periodo, condenaría por la totalidad de habitaciones y disponibilidad del hotel, deduciendo que estuvieron vendidas la totalidad de unidades y noches hasta el día de su fallo.

Tal postulado es inconsistente, incluso, con la operación que la misma Dirección realizó para establecer la indemnización del periodo diciembre 2010 — noviembre 2020, en tanto que para éste sí tuvo en cuenta, de manera relevante e imperativa, el dato de ocupación, noches vendidas , noches no vendidas, pero no lo consideró necesario para el siguiente lapso.

Por tanto, se revocará íntegramente la condena impuesta para el lapso de 12 de diciembre de 2020 hasta el 11 de agosto de 2022, data de emisión de la providencia de primera instancia. .(Resaltado no es del texto)

Todo lo discurrido impone revocar la declaratoria y las condenas impuestas para el lapso comprendido entre diciembre de 2010 y 12 de julio de 2018, y para el periodo de 1o de diciembre de 2020 a 11 de agosto de 2022, y mantener la decisión respecto del periodo restante y bajo el mismo criterio, operación matemática e indexación efectuada por el *a quo*”.

El citado precedente judicial resulta aplicable en todo su contexto para la decisión del recurso de apelación interpuesto por ACTORES S.C.G. en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, por tratarse de un asunto de idénticas características fácticas y jurídicas, y en consecuencia, mal podría indexarse esta suma, cuando su reconocimiento inicial está condenado al fracaso.

9. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA E IGUALDAD ANTE LA EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES EN QUE INCURRIÓ EL A QUO AL ASUMIR LA CARGA PROBATORIA QUE LEGALMENTE CORRESPONDÍA EJERCER AL DEMANDANTE PARA DEMOSTRAR EL MONTO DEL DAÑO CAUSADO EN VIRTUD DE LA CONSIDERACION DE LA OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA CUANTIA.

Deberá tenerse en cuenta al resolver el presente recurso que el defecto fáctico emerge “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal

en el que se sustenta la decisión.”¹. Esto se puede dar ya sea por acciones positivas u omisiones por parte del juez al momento de valorar una prueba de trascendencia para el fallo.

Las acciones positivas por las que el Juez incurre en defecto fáctico en su dimensión positiva consisten en realizar “acciones valorativas o acciones inadecuadas del Juez”² que según los casos manejados por la Corte Constitucional estas situaciones pueden ser: aceptación de prueba ilícita por ilegal o inconstitucional o dar como probados hechos sin que exista prueba de los mismos.

De otro lado, la dimensión negativa del defecto fáctico hace referencia de modo más específico a omisiones al momento de la valoración de la prueba. La doctrina las explica como “omisiones en el decreto, en la práctica y en la valoración de la prueba.”³

Bajo este contexto conceptual, cabe señalar que el artículo 206 del CGP dispone que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo la gravedad de juramento. Además, advierte que este juramento constituirá prueba de su monto mientras no sea objetado por la parte contraria dentro del término de traslado respectivo.

Aunado a lo anterior, el citado artículo advierte que, para que la objeción al juramento pueda ser considerada, se debe especificar razonadamente la inexactitud que se atribuya a la estimación, caso en el cual el juez concederá a la parte que hizo la estimación, el término de cinco (5) días para que aporte o solicite las pruebas que considere pertinentes.

Sobre el tema de la objeción al juramento estimatorio de la cuantía, se pronunció la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en Auto No. 9 de fecha 16 de noviembre de 2021, dentro del proceso verbal adelantado por ACTORES SCG en contra de WASHINTONG PLAZA HOTEL S.A.S., radicación 1-2020-84897, en donde al resolver el recurso de reposición interpuesto por el suscrito apoderado judicial de la demandada en contra del auto que consideró el juramento estimatorio de la cuantía, dispuso lo siguiente:

“Establece el artículo 206 del CGP que el juramento estimatorio hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria. Solo será considerada la objeción que especifique razonadamente la inexactitud atribuida. Esto quiere decir que, de considerarse la objeción propuesta contra el juramento estimatorio, este pierde su fuerza probatoria, lo que obligará a que, al momento de la imposición de la condena en caso de haberse probado el daño, se acuda a los demás elementos probatorios admitidos para tazar la indemnización.

Téngase en cuenta que el término conferido por el artículo 206 del CGP al demandante no es de traslado de los reparos, como lo interpreta el apoderado de la demandada. Ese término es para que aporte o solicite pruebas que sirvan para sustentar su pretensión económica ya que la cifra jurada, a causa de haberse considerado la objeción, no será tomada en cuenta”. (Resaltado no es del texto)

En la demanda que dio lugar a la sentencia impugnada, el operador judicial, mediante Auto No. 07 de junio 23 de 2023, consideró la objeción al juramento estimatorio de la cuantía, al encontrar justificadas las siguientes inconsistencias en la cuantificación del monto de los supuestos perjuicios ocasionados.

Al considerar el Despacho los argumentos de la objeción al juramento estimatorio de la cuantía que atacaban directamente la estimación realizada por el accionante poniendo de presente una inexactitud en la cuantificación, concluyó que existía una objeción razonada al juramento estimatorio, concediendo el término de cinco (5) días señalado por el artículo

¹ Sentencia C-590 de 2015

² Vías de hecho Acción de tutela contra providencias, Manuel Fernando Quinche Ramírez. Editorial Temis. (2013)

³ Sentencia C-590 de 2015

206 del CGP para que, dentro de este, ACTORES SCG aportara o solicitara las pruebas que considere pertinentes en procura de demostrar la cuantía de los perjuicios ocasionados al perder todo valor probatorio la cuantificación efectuada en el juramento estimatorio de la cuantía.

No obstante, la demandante ACTORES SCG al descorrer el término de cinco (5) días otorgado en el Auto No. 07 de junio 23 de 2022, mediante escrito radicado el 11 de julio 2023, se limitó a cuestionar los argumentos expuestos por el Despacho para considerar la objeción al juramento estimatorio de la cuantía, pero sin que solicitara o aportara dentro de la correspondiente oportunidad procesal, prueba alguna tendiente a demostrar la cuantificación de los perjuicios reclamados.

Así las cosas, conforme con lo dispuesto por ese mismo Despacho, teniendo en cuenta que el término conferido al demandante por el artículo 206 del CGP no era de traslado de los reparos, sino que se constituía en la oportunidad procesal para que este aportara o solicitara pruebas que sirvieran para sustentar su pretensión económica, toda vez que la cifra jurada, a causa de haberse considerado la objeción, no podía ser tenida en cuenta, sin que la demandante ACTORES SCG hubiera aportado o solicitado pruebas para sustentar su pretensión económica dentro de la oportunidad procesal, resultaba improcedente entonces condenar a la demandada, en caso de prosperar la pretensiones demandatorias, al pago de suma alguna, al carecer de todo soporte probatorio la cuantía pretensionada como reparación del daño causado, en aplicación a la máxima latina de “*actore non probante, reus absolvitur*” – el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra acreditar los hechos en que apoya su pretensión.

No obstante, el A Quo en su incesante decisión de respaldo a las pretensiones demandatorias de ACTORES SCG, asume sin fundamento legal alguno y en evidente extralimitación a sus funciones, el ejercicio de la carga probatoria que la demandante por desidia, negligencia o ignorancia descuidó, procediendo el operador judicial de primera instancia a liquidar personalmente año por año, desde el 2012 hasta junio de 2021, los supuestos perjuicios generados en cada anualidad, con base en el reglamento de tarifas obrante en el expediente y en unos porcentajes de ocupación que el mismo A Quo estableció a su criterio.

Resulta inaceptable, reprochable y cuestionable el accionar del operador judicial en asumir el vacío probatorio en que incurrió ACTORES SCG, toda vez que la cuantificación de los perjuicios reclamados, por tratarse de un capítulo de esencia de la demanda, sin la cual esta no hubiera podido ser admitida, es una carga probatoria que compete exclusivamente a la parte reclamante de la indemnización, sin que el Juez de conocimiento se encuentre habilitado legalmente para proceder personalmente a liquidar y determinar esta cuantía.

Pero es que además de la evidente y manifiesta extralimitación de funciones en que incurre el A Quo, este incurre además en sendos errores en la cuantificación de los supuestos perjuicios y en la determinación del periodo objeto de la liquidación de estos, como procedo a exponer a continuación:

A. EL A QUO INCURRE EN SERIAS INCONSISTENCIAS AL LIQUIDAR LOS PERJUICIOS CORRESPONDIENTES A LAS VIGENCIAS 2012 A 2021

Pero es que además, el A Quo en su afán de coadyuvar las pretensiones demandatorias, incurre en una serie de absurdas imprecisiones constitutivas todas de flagrante violación a los principios constitucionales del debido proceso y acceso a la administración de justicia, yerros que procedo a poner de presente:

1. CERTIFICACION DE NOCHES DESOCUPADAS

Toma el A Quo como único fundamento probatorio para la liquidación de perjuicios una prueba aportada por la demandada para objetar el juramento estimatorio de la cuantía, como lo es la certificación de noches desocupadas desde el año 2012 hasta el 2021, desconociendo que al considerarse la objeción al juramento estimatorio de la cuantía, tanto la cifra jurada como las pruebas aportadas para el efecto, la prueba

aportada al cumplir con su finalidad quedan sin ningún valor probatorio adicional, de una parte y de otra, la carga probatoria respecto de la cuantía de los perjuicios causados recae EXCLUSIVAMENTE a cargo del demandante y al no probar tal cuantía, mal puede el A Quo determinarla unilateralmente con criterios subjetivos y pruebas aportadas por la defensa sin valor probatorio residual.

2. CLASIFICACION POR ESTRELLAS DE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS - AUDENCIA DE COMPETENCIA DEL A QUO PARA EFECTUAR TAL CLASIFICACION-

Conforme se plasma en el Reglamento de Tarifas que el demandante aportó en su escrito demandatorio, para la determinación del valor a cargo de la instalación hotelera que ejecute públicamente obras audiovisuales, uno de los factores es el número de estrella que ostente tal instalación. Siendo entonces que el Hotel Best Western Plus 93 Park no está certificado por estrellas conforme a lo establecido en la Norma Técnica del Sector Hotelero NTSH 006, mal puede el A Quo abrogarse la competencia de certificador internacional de normas y clasificarlo a priori como de cuatro estrellas, sin estar habilitado legalmente para ello y sin ninguna consideración respecto a los estándares que debe cumplir para establecer tal clasificación, pero con el único ánimo de suplir la deficiencia del demandante ACTORES SCG en cuanto a que en su Reglamento de Tarifas se les “olvidó” establecer una para las instalaciones hoteleras no clasificadas por estrellas.

En efecto, conforme con lo establecido en la Norma Técnica Sectorial Hotelera Colombiana NTSH 006, para que un hotel pueda ser clasificado por estrellas, debe ser acreditada tal condición por un ente certificador, quien deberá previamente comprobar el cumplimiento de los estándares exigidos por la norma para la clasificación acorde con el número de estrellas pretendido.

Así mismo, cabe precisar que ninguna persona de derecho privado, ni autoridad judicial ni administrativa, aun revestida de precisas y limitadas facultades jurisdiccionales, es competente para efectuar clasificación por estrellas de establecimientos hoteleros para ningún efecto sin estar habilitada legalmente para ello, toda vez que la Resolución 0657 de 2005 expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, “*por la cual se reglamenta la categorización por estrellas de los establecimientos hoteleros o de hospedaje que prestan sus servicios en Colombia*”, es clara al señalar en su artículo 3º que el certificado de calidad turística en la Norma Técnica Sectorial Colombiana NTSH 006 de clasificación por estrellas, solo puede ser expedido “**Por un Organismo Certificador debidamente acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, que cuente con visto bueno de la Dirección de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los términos del artículo 70 de la Ley 300 de 1996**”.

Pero es que además, así lo ha conceptuado la ASOCIACION HOTELERA Y TURISTICA DE COLOMBIA -COTELCO- en su condición de Unidad Sectorial de Normalización – USN-, organismo que al responder la pregunta sobre si, conforme con la normatividad vigente en Colombia, una autoridad administrativa revestida de precisas y limitadas funciones jurisdiccionales, se encuentra habilitada legalmente para clasificar a los hoteles como de tres estrellas o menos, para efectos de proferir sentencias con base en dicha clasificación, fue enfática al manifestar que “**No, hasta tanto no se realicen la modificación a la normatividad vigente en Colombia el proceso sigue como está establecido.**”

En idéntico sentido se ha pronunciado el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación -ICONTEC-, organismo que al responder la misma pregunta formulada a la ASOCIACION HOTELERA Y TURISTICA DE COLOMBIA -COTELCO- sobre si, conforme con la normatividad vigente en Colombia, una autoridad administrativa revestida de precisas y limitadas funciones jurisdiccionales, se encuentra habilitada legalmente para clasificar a los hoteles como de tres estrellas o menos, para efectos de proferir sentencias con base en dicha clasificación, respondió que “**los únicos**

órganos certificados para evaluar el cumplimiento de las normas técnicas son los avalados por el ONAC", acreditación de las que adolece el Despacho de Conocimiento.

En consecuencia, la clasificación por estrellas efectuada por el A Quo para ocultar la omisión de la demandante de no incluir dentro de su reglamento de tarifas una que aplique a las instalaciones hoteleras no clasificadas por estrellas, se encuentra desprovista de cualquier respaldo legal frente a la normatividad que regula esta materia en Colombia, así sea para efectos de poder proferir sentencias condenatoria ante la negligencia probatoria del accionante.

3. LIQUIDACION UNILATERAL Y SUBJETIVA DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR PARTE DEL A QUO

Procede el A Quo a cuantificar año por año los supuestos perjuicios causados, reemplazado al demandante en su indelegable responsabilidad probatoria, tomando como única prueba la certificación aportada por la demandada para objetar el juramento estimatorio de la cuantía, en cuanto a las noches que las habitaciones estuvieron desocupadas, haciendo una regla de tres simple, para sacar subjetivamente un porcentaje de ocupación y con base en dicha operación cuantificar el supuesto daño, desconociendo el A Quo elementales preceptos de la hotelería internacional como que el porcentaje de ocupación de un hotel se ve afectado por varios factores tales como las habitaciones fuera de servicio (out service), las entregadas sin ningún cobro de tarifa (complimentary), las usadas por el personal del hotel por necesidades del servicio (house use) y las entregadas a clientes preferenciales solo cobrando el costo del servicio (service charge), habitaciones que no pueden ser tomadas para la cuantificación del porcentaje de ocupación, toda vez que esta solo resulta de dividir el número de habitaciones disponibles para huéspedes sobre el número de habitaciones ocupadas por los huéspedes, con lo que se concluye que la "operación" efectuada por el A Quo para establecer el porcentaje de ocupación año por año, adolece de inconsistencias que generan que tal liquidación no pueda prestar mérito probatorio alguno.

Con el ánimo de hacer total claridad sobre este argumento considero oportuno acudir a un ejemplo práctico en cuanto a un hotel de diez (10) habitaciones, en donde hubo la necesidad de bloquear cinco (5) habitaciones por la ruptura de un tubo del agua. En este ejemplo, al estar ocupadas por huéspedes las cinco (5) habitaciones disponibles, quería decir que la ocupación es del 100%, pero no se tiene en cuenta que existen otras (5) habitaciones que están fuera de servicio y por ende, no son contabilizadas para calcular tal porcentaje y respecto de las cuales el A Quo estaría incluyendo erróneamente para la cuantificación de los perjuicios generados por la supuesta comunicación pública dentro de las mismas.

10. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA EN EL ESTADO AL DESCONOCER EL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA RESPECTO A LA SOLICITUD PRESENTADA POR EL DEMANDANTE DE COMPULSAR COPIAS A LA FISCALIA, SOLICITUD QUE HABIA SIDO NEGADA MEDIANTE AUTO PROFERIDO EN AUDIENCIA LLEVADA A CABO EL 31 DE AGOSTO DE 2023 Y QUE QUEDO EN FIRME DENTRO DE LA MISMA.

Al descorrer el traslado de la prueba por informe, el apoderado judicial de la demandante presentó petición en el sentido de "compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para la investigación de la posible comisión de delitos en el marco del presente proceso por parte de la representante legal de la sociedad demandada Stanzia 93 S.A.S., María Paola García Arenas".

Al respecto cabe destacar que conforme lo estipula el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, **"Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio"** y agrega

que **“El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”**.

Así mismo, la norma en cita establece en su artículo 71 que la querrela únicamente puede ser presentada por la víctima de la conducta punible y que si este fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal.

En desarrollo de la continuación de la audiencia llevada a cabo el 31 de agosto de 2023, el operador judicial decidió sobre la solicitud del apoderado judicial de la demandante, negando la compulsa de copia con destino a la Fiscalía General de la Nación, en los siguientes términos:

“... y que el demandante solicita que se compulse copias a la Fiscalía General de la Nación, quiero señalarles que las partes y sus apoderados tienen acceso al expediente, pueden descargar de allí todas las piezas procesales que necesiten, se encuentran descargadas todas las audiencias y en caso de que ustedes evidencien que en estas audiencias se haya presentado la posible comisión de un delito, ustedes pueden acudir directamente a las instancias que consideren sin intermedio del Despacho, pueden hacerlo a las instancias que consideren y no es el Despacho quien debe autorizarlos a ustedes para que hagan o no las denuncias que ustedes consideren deben realizar” (Resaltado es propio) (Minuto 2:29 parte 7 de la continuación de la audiencia llevada cabo el 31 de agosto de 2023).

Cabe señalar que el Auto por el cual se resolvió la solicitud del apoderado judicial del demandante negando la compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación por intermedio del Despacho, no fue objeto de impugnación alguna, quedando ejecutoriado en la misma audiencia.

No obstante que la solicitud de compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación a través del Despacho ya había sido negada mediante auto ejecutoriado, el operador judicial, en violación directa a los principios constitucionales del Debido Proceso, Acceso a la Administración de Justicia, Seguridad Jurídica y Confianza Legítima en el Estado, en abierta contradicción al principio de la cosa juzgada, decide inobservar su propia decisión y ordena en la sentencia, accediendo a la petición del demandante, que se remitan copias del interrogatorio de parte rendido por la señora María Paola García Arenas y de la prueba por informe solicitada a DIRECTV para que la Fiscalía General de la Nación de manera oficiosa, en el marco de sus competencias, investigue la posible comisión de una conducta antijurídica con el fin de determinar si se configuró la comisión de algún delito.

El proceder del A Quo de apartarse de su propia decisión, no solo afecta los citados principios constitucionales, sino que también contraviene las disposiciones del procedimiento penal arriba relacionadas, toda vez que si en el criterio subjetivo e individual del apoderado judicial de la demandante, la representante legal de la demandada incurrió en contradicciones que pudiesen llegar a constituir infracción a tipos penales, es a éste a quien la corresponde acudir directamente ante la autoridad competente para que investigue tal conducta, conforme acertadamente lo apreció inicialmente el A Quo antes de su retracto y no acudir a la intermediación del operador judicial para evadir la responsabilidad que se deriva de la posible comisión de los delitos de injuria, calumnia o falsa denuncia en las que pudiera incurrir con su actuar.

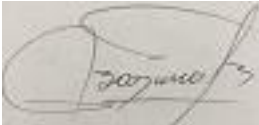
Así mismo, al no ser el operador judicial quien considera la presunta ilicitud del actuar de la representante legal de la demandada, carece de total competencia para dar traslado del asunto a la Fiscalía, como erróneamente lo hace en la sentencia impugnada.

3. PETICIONES

Con fundamento en los argumentos expuestos, en protección a los principios constitucionales del Debido Proceso, defensa y contradicción, acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica y confianza legítima en el Estado, pero sobre todo, en salvaguarda a la institucionalidad jurídica que como pilar fundamental de un estado social de derecho, como lo es la República de Colombia, debe prevalecer por mandato constitucional, con mi acostumbrado respeto solicito al H. Tribunal Superior de Bogotá, acceder a las siguientes peticiones:

1. Revocar la sentencia de primera instancia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, de fecha septiembre 01 de 2023, notificada por estado No. 130 de septiembre 04 de 2023.
2. Como consecuencia de lo anterior, declarar la prosperidad de todas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.
3. Imponer a la demandante las sanciones previstas en el Código General del Proceso derivadas de la violación del juramento efectuado en el acápite correspondiente al estimatorio razonable de la cuantía.
4. Condenar en costas a la demandante, en ambas instancias, incluidas las agencias en derecho.

Atentamente,



DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO
C.C. 19.398.621 de Bogotá
T.P. 34.136 del C.S.J.
dago621@hotmail.com

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ RV: Radicado No. 110013199005 2021 20879 05 -
Memorial para el Tribunal Superior de Bogotá (Sala Civil)

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 09/11/2023 14:20

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

📎 1 archivos adjuntos (319 KB)

Sustentación apelación Stanzia, 9 de noviembre de 2023.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ

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: Jorge Olarte <jolarte@espinosaolarte.com>

Enviado: jueves, 9 de noviembre de 2023 13:19

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Dagoberto Baquero Baquero <dago621@hotmail.com>; Lucero Calderón <lcalderon@espinosaolarte.com>; José Calvo <jcalvo@actores.org.co>; contraloria@hotelbestwestern93.com <contraloria@hotelbestwestern93.com>

Asunto: Radicado No. 110013199005 2021 20879 05 - Memorial para el Tribunal Superior de Bogotá (Sala Civil)

Magistrada

CLARA INÉS MARQUEZ BULLA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala 003 Civil

E. S. D.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la
sentencia del 1 de septiembre de 2023

Referencia: Proceso verbal

Radicado: No. 110013199005 2021 20879 05

Demandante: Actores Sociedad Colombiana de Gestión

Demandado: Stanzia 93 S.A.S.

Despacho: Sala 003 Civil

Tribunal Superior de Bogotá D.C.

JORGE MARIO OLARTE COLLAZOS, actuando en calidad de apoderado de **ACTORES SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTIÓN**, por medio del memorial adjunto **SUSTENTO EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia del 1 de septiembre de 2023, de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, con el propósito de que se reformen sus numeral **QUINTO, SEXTO y SÉPTIMO** de la parte resolutive.

Cordialmente,

--

Jorge Mario Olarte Collazos

Socio



jolarte@espinosaolarte.com



+57 312 405 34 73



EO&A
ABOGADOS
ESPINOSA • OLARTE Y ASOCIADOS

Magistrada

CLARA INES MARQUEZ BULLA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala 003 Civil

E. S. D.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 1 de septiembre de 2023

Referencia: Proceso verbal

Radicado: No. 110013199005 2021 20879 05

Demandante: Actores Sociedad Colombiana de Gestión

Demandado: Stanzia 93 S.A.S.

Despacho: Sala 003 Civil

Tribunal Superior de Bogotá D.C.

JORGE MARIO OLARTE COLLAZOS, identificado como se indica al final del presente memorial, actuando en calidad de apoderado de **ACTORES SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTIÓN** (en adelante ACTORES S.C.G.), por medio del presente memorial SUSTENTO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la sentencia del 1 de septiembre de 2023, de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, con el propósito de que se reformen sus numeral QUINTO, SEXTO y SÉPTIMO de la parte resolutive.

I. OPORTUNIDAD DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación contra la sentencia escrita del 1 de septiembre de 2023, fue admitido por la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá mediante Auto del 25 de octubre de 2023, notificado por Estado del 26 de octubre de 2023.

Posteriormente, mediante Auto del 1 de noviembre de 2023, notificado por Estado del 2 de noviembre de 2023, el mismo Despacho ordeno correr traslado por 5 días del referido recurso de apelación para sustentarlo, término que vence el 10 de noviembre de 2023. Así las cosas, la presente sustentación se radica oportunamente.

II. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

2.1. No existe fundamento jurídico para emplear el índice de ocupación del establecimiento hotelero de la demandada a efectos de calcular la indemnización que debe pagar por haber comunicado públicamente obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas interpretaciones del repertorio de ACTORES S.C.G.

En la sentencia escrita objeto de impugnación el Despacho indicó que debe tenerse en cuenta la ocupación del establecimiento hotel Best Western Plus 93 Park desde el año

2012 hasta el año 2022, a efectos de calcular el monto de la indemnización a la que se condenó a la demandada.

Se lee en la sentencia: “...la Decisión Andina 351 en su artículo 48 refiere que las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas. De igual manera, se consagraron en el Decreto 1066 de 2015 en su artículo 2.6.1.2.7. los criterios para establecer las tarifas replicando en su primer inciso lo referido en el artículo 48 de la Decisión Andina 351, es decir, que las tarifas deben ser proporcionales a los ingresos”¹.

No obstante, esta consideración no es ajustada a derecho por cuanto, si bien es cierto que la Decisión Andina 351 de 1993 y el Decreto 1066 de 2015 consagran que las tarifas cobradas por las sociedades de gestión colectiva deben ser proporcionales a los ingresos obtenidos por el usuario por la utilización de las obras, también es cierto que, el artículo 2.6.1.2.7. del Decreto 1066 de 2015 prevé los criterios a los que se sujetarán las tarifas cobradas por las sociedades de gestión cuando no se puedan determinar los ingresos obtenidos por el usuario con ocasión del uso de las obras, o cuando la utilización de estas tenga un carácter accesorio respecto de la actividad principal del usuario. La norma en cuestión señala lo siguiente:

“Por regla general, las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva, deberán ser proporcionales a los ingresos que obtenga el usuario con la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso.

Cuando exista dificultad para determinar o establecer los ingresos del usuario obtenidos con ocasión del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, o cuando la utilización de estas tenga un carácter accesorio respecto de la actividad principal del usuario, las tarifas se sujetarán a uno o a varios de los siguientes criterios:

1. La categoría del usuario, cuando esta sea determinante en el tipo de uso o ingresos que podría obtenerse por la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas administrados por la sociedad de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos.

2. La capacidad tecnológica, cuando esta sea determinante en la mayor o menor intensidad del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso.

3. La capacidad de aforo de un sitio.

4. La modalidad e intensidad del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso, en la comercialización de un bien o servicio.

5. Cualquier otro criterio que se haga necesario en razón de la particularidad del uso y tipo de obra, interpretación, ejecución artística o fonograma que se

¹ Folio 21 de la sentencia escrita del 1 de septiembre de 2023 del proceso 1-2021-120879.

gestiona, lo cual deberá estar debidamente soportado en los reglamentos a que hace referencia el inciso primero del ARTÍCULO 2.6.1.2.4. (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Así pues, es necesario mencionar que, en el presente caso, no nos encontramos en la regla general contenida en el primer inciso del artículo 2.6.1.2.7. del Decreto 1066 de 2015, sino que nos encontramos en el segundo supuesto que contiene el inciso 2° de la misma norma, el cual dispone: *“Cuando exista dificultad para determinar o establecer los ingresos del usuario obtenidos con ocasión del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, o cuando la utilización de estas tenga un carácter accesorio respecto de la actividad principal del usuario, las tarifas se sujetarán a uno o a varios de los siguientes criterios: (...)”.*

En efecto, determinar los ingresos que obtiene la demandada por el uso de las interpretaciones fijadas en obras o grabaciones audiovisuales representadas por ACTORES S.C.G. es imposible en la medida en que lo que pagan los huéspedes a un hotel por su hospedaje y todas las comodidades asociadas, incluyendo el servicio de televisión, no se puede discriminar respecto de cada uno de los componentes del servicio hotelero involucrados, sino que el huésped paga un monto único y global por todos los servicios que le presta el establecimiento hotelero.

En ese sentido, erró el Despacho de primera instancia aplicando el primer inciso del artículo 2.6.1.2.7. del Decreto 1066 de 2015, cuando debió aplicar lo contenido en el inciso segundo y siguientes de dicho artículo, acudiendo a los criterios allí señalados en la norma y no a la regla general consistente en la proporcionalidad de los ingresos del usuario.

Así pues, entre los criterios señalados por el artículo ya mencionado, se encuentra el criterio de la categoría del usuario, contenido en el numeral 1. Y es justamente este criterio el utilizado por ACTORES S.C.G. para determinar las tarifas señaladas en su Reglamento de Tarifas, pues como puede observarse en dicho reglamento (prueba documental 2 de la demanda), se consagra un acápite y una tarifa para los distintos usuarios del repertorio de ACTORES S.C.G., entre los cuales se encuentran: televisiones en abierto, operadores de cable, salas de cine, transporte aeronaves y ferroviario, transporte embarcaciones, transporte embarcaciones cruceros, resto de transportes y hoteles². A su vez, y es el que nos interesa, dentro de la categoría del usuario “hoteles”, se tiene en cuenta la categoría del establecimiento hotelero y se prevé una tarifa a cobrar por la comunicación realizada en las habitaciones del hotel, la cual es diferente según las estrellas con que cuente o se anuncie el establecimiento hotelero.

De conformidad con lo anterior, las tarifas cobradas por ACTORES S.C.G. se sujetan estrictamente al criterio de categoría del usuario señalado en el numeral 1 del artículo 2.6.1.2.7. del Decreto 1066 de 2015 y, por tal razón, no debe el juez recurrir a otro criterio distinto, y mucho menos a un criterio que no se encuentra establecido en la norma, como lo es el criterio de *“la ocupación anual del hotel”*, no previsto legalmente.

² Folio 67 del documento *“Pruebas Stanzia 93, diciembre 2021”* contenido en la carpeta *“04 Anexos”* del expediente.

Así las cosas, al realizar la cuantificación del perjuicio, el a quo debió ceñirse estrictamente a las tarifas establecidas en el Reglamento de Tarifas de ACTORES S.C.G., las cuales cumplen a cabalidad con el artículo 2.6.1.2.7. del Decreto 1066 de 2015, y no debió tener en cuenta un criterio no previsto normativamente como el de “*la ocupación anual del hotel*”.

Inclusive, si se aceptara ese criterio extralegal -que no debe aceptarse- tampoco existe una prueba idónea y suficiente que acreditara cuál era la verdadera ocupación del hotel Best Western Plus 93 Park desde el año 2012 hasta el año 2023, pues la certificación que utiliza el despacho de primera instancia y que supuestamente da cuenta de la ocupación del hotel, es una certificación que fue suscrita por la misma representante legal de la sociedad propietaria del establecimiento hotelero, la cual fue creada específicamente para los fines del proceso y no cuenta con un sustento probatorio distinto a la mera manifestación de la representante legal.

Manifestación que, por supuesto, no es una prueba pertinente, idónea y suficiente para acreditar tal hecho, pues las manifestaciones hechas por la propia parte apenas pueden considerarse con el valor probatorio de una confesión, si es que cumple con los requisitos previstos en el artículo 191 del CGP y así lo ha señalado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC- 112942016 (11001311001020080016201) del 17 de agosto de 2016:

“En efecto, si bien las manifestaciones realizadas en una escritura pública, constituyen prueba de confesión, en caso de que cumplan los requisitos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, ella admite prueba en contrario, según lo previene el canon 201 de la misma obra, vale decir que su valor probatorio puede ser desvirtuado a través de otros medios persuasivos.”³

Así, en el presente caso, tal manifestación de la demandada no reúne los requisitos del artículo 191 del CGP, pues no se cumple con el requisito de: “*2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*”. En efecto, la afirmación sobre una ocupación del hotel no generó consecuencias jurídicas adversas al demandado, sino que por el contrario le generó un beneficio de reducir el monto de la indemnización por parte del Despacho de primera instancia. Es sabido que las simples manifestaciones de las partes que les favorezcan no pueden ser prueba y mucho menos una que reduzca sustancialmente el monto de una indemnización que deben pagar.

Adicionalmente, la manifestación que realiza la representante legal en la certificación mencionada, presenta inconsistencias en sí misma, pues en ella se observa que la representante legal María Paola García Arenas certifica la ocupación del hotel Best Western Plus 93 Park desde el año 2012 hasta el año 2022. No obstante, durante el interrogatorio de parte realizado a la señora María Paola García Arenas⁴, ante las preguntas formuladas que tuvieron como objeto hechos anterior al 2020 manifestó

³ Corte Suprema de Justicia (17 de agosto de 2016). Sentencia SC- 112942016. Rad. 11001311001020080016201. MP: Ariel Salazar Ramírez.

⁴ Archivo mp4 denominado “*Audiencia única, ACTORES vs STANZIA 93 S.A.S., 1-2021-120879-20230809_103021-Grabación de la reunión*” ubicado en la carpeta “*59 Audiencia Art. 372 y 373 CGP 9-08-2023*” del expediente de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

insistentemente que no tenía conocimiento, ya que solamente había fungido como representante legal desde el año 2020. De forma que, carece de sentido que al absolver el interrogatorio la representante legal no tenía conocimiento suficiente de los hechos anteriores al 2020, sin embargo, sí tenía conocimiento para certificar la ocupación del hotel desde el año 2012.

Las anteriores inconsistencias demuestran que la certificación de ocupación del hotel Best Western Plus 93 Park utilizada por el ad quo para tasar el perjuicio, no podía ser tomada en cuenta, por lo que el juez de segunda instancia deberá realizar una cuantificación del perjuicio sin considerar la supuesta ocupación del hotel certificada por la representante legal de Stanzia 93 S.A.S.

Por los anteriores motivos, deben reformarse los numerales QUINTO y SEXTO de la parte resolutive de la sentencia de 1 de septiembre de 2023, por cuanto ordenan realizar el pago de una indemnización que fue cuantificada teniendo en cuenta la ocupación anual del hotel, cuando tal aspecto no debió ser considerado al no responder a criterio previsto legalmente y al no existir una prueba idónea y suficiente que acreditara cuál era la ocupación del hotel Best Western Plus 93 Park. Así pues, en su lugar, debe procederse a realizar la cuantificación de la indemnización únicamente teniendo en cuenta la tarifa previamente señalada por ACTORES S.C.G. en su Reglamento de Tarifas.

2.2. El daño cierto y demostrado causado a los artistas intérpretes o ejecutantes se debe calcular con el Reglamento de Tarifas de ACTORES S.C.G.

Al momento de calcular el monto del lucro cesante causado por la demandada, el Despacho desconoció las pruebas que demuestran que el único perjuicio cierto causado a los artistas intérpretes o ejecutantes (actores y actrices) de obras audiovisuales representados por ACTORES S.C.G., es la suma que tuvo que haber pagado la demandada si hubiera respetado en el derecho de remuneración previsto en la Ley 1403 de 2010.

La pregunta que surge, entonces, es ¿cuál tarifa debió pagar la demandada si hubiera reconocido y respetado el derecho de remuneración mencionado? La respuesta es sencilla: la tarifa publicada por ACTORES S.C.G. en su reglamento de tarifas, pues corresponde a lo regulado por el artículo 2.6.1.2.4. del Decreto 1066 de 2015⁵, sin incluir ninguna variable adicional como lo hizo el Despacho de primera instancia al involucrar el “índice de ocupación del hotel”, el cual no es un criterio previsto en la ley, pero más importante, no es un elemento previsible que hubiera incidido en la tarifa aplicable a la demandada sencillamente porque la tarifa publicada por ACTORES S.C.G. es base de negociación⁶ y en el presente asunto nunca pudo existir negociación de la tarifa, por causas atribuibles exclusivamente a la demandada.

⁵ “Artículo 2.6.1.2.4. Tarifas. Las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, deberán expedir reglamentos internos en donde se precise la forma como se fijarán las tarifas por concepto de las diversas utilidades de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas.

En las tarifas que se deriven de dichos reglamentos, se enunciará la categoría del usuario, la forma de uso autorizada y el valor que deberá pagar el usuario por dicho uso.”

⁶ Artículo 2.6.1.2.4. del Decreto 1066 de 2015.

En efecto, la demandada siempre desconoció, y hasta hoy lo hace, la existencia del derecho de remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes (actores y actrices) de obras audiovisuales representados por ACTORES S.C.G., desde las primeras comunicaciones remitidas por mi representada a la demandada con el fin de intentar concertar una tarifa, esta última rechazó la existencia del derecho de remuneración⁷ y así lo sostuvo durante todo el proceso judicial e incluso aún lo hace.

Por lo anterior, lo que debió pagar la demandada y que constituye el lucro cesante cierto, es la tarifa publicada año a año por ACTORES S.C.G. por la comunicación pública de obras audiovisuales en hoteles, sin involucrar ninguna otra variable, como lo hizo erradamente el Despacho de primera instancia, pues se disminuyó injustificadamente el monto del daño cierto sufrido por los intérpretes (actores y actrices) representados por ACTORES S.C.G.

Por lo expuesto, deben reformarse los numerales QUINTO y SEXTO de la parte resolutive de la sentencia de 1 de septiembre de 2023, por cuanto ordenan realizar el pago de una indemnización que fue cuantificada teniendo en cuenta la ocupación anual del hotel, cuando tal aspecto no debió ser considerado. En su lugar, debe realizarse la cuantificación de la indemnización únicamente teniendo en cuenta la tarifa previamente señalada por ACTORES S.C.G. en su Reglamento de Tarifas, tal como se calculó en el juramento estimatorio.

2.3. No debe tenerse en cuenta la ocupación del establecimiento hotelero ni una tarifa con el número de estrellas menor al probado, a efectos de establecer la tarifa a futuro que este debe pagar por realizar la comunicación pública de obras o grabaciones audiovisuales en las que se encuentran fijadas interpretaciones del repertorio de ACTORES S.C.G.

En el acápite de la sentencia denominado “**11. De la forma de fijar la tarifa a futuro**” el juzgador reitera el argumento de que las tarifas deben ser proporcionales a los ingresos obtenidos por el usuario en el siguiente sentido: “...*en tanto que la tarifa debe ser proporcional a los ingresos obtenidos y dado que se demostró que la ocupación anual del hotel no es total y que esto influye directamente en los ingresos que obtiene la accionada, esta circunstancia igualmente deberá considerarse. (...)*”⁸.

Tal consideración no se encuentra ajustada a derecho por las mismas razones expuestas en el numeral 2.1. del presente recurso, de forma que, se reitera lo señalado en tal numeral para fundamentar el reparo aquí formulado.

Así mismo, el a quo determina que “*lo primero que deberá tenerse en cuenta es el número de estrellas del establecimiento hotelero. En caso de que el hotel Best Western Plus 93 Park cuente con una certificación se tomará primero dicho documento para fijar la tarifa, si no cuenta con una certificación se tendrá en cuenta el número de estrellas con las cuales ofrece sus servicios, y finalmente, en caso de que no se anuncie u ofrezca con ningún número de estrellas ACTORES S.C.G. deberá aplicar la tarifa más baja que correspondería a los hoteles con una (1) estrella*”.

⁷ Pruebas documentales 15, 16 y 26 aportadas con la demanda.

⁸ Folio 29 de la sentencia escrita del 1 de septiembre de 2023 del proceso 1-2021-120879.

Sin embargo, en el proceso judicial y como se evidencia en el valor de la tarifa aplicable en la sentencia, el hotel Best Western Plus 93 Park es un hotel 4 estrellas, por lo que no existe razón legal alguna para determinar que en caso de que el hotel no reporte la información, situación que es evidente no se cumple desde la etapa de concertación, ACTORES S.C.G. deberá aplicar una tarifa más baja a la que se condenó, es decir, a la de un hotel con una (1) estrella. Lo anterior no sólo desconoce lo probado en el proceso, sino que le otorga un beneficio al hotel, ya que se le aplicará una tarifa menor si no reporta la información oportunamente o incluso, se premiará que intencionalmente decida no anunciar las estrellas.

Así las cosas, debe reformarse el numeral SÉPTIMO de la parte resolutive de la sentencia de 1 de septiembre de 2023, únicamente en cuanto a la fórmula que se ordena utilizar para cuantificar la remuneración equitativa que debe pagar el demandado por futuras utilidades de obras audiovisuales en las que se encuentren fijadas interpretaciones representadas por ACTORES S.C.G. Lo anterior, por cuanto (i) al fijar la fórmula a utilizar el a quo señala que debe tenerse en cuenta el porcentaje de ocupación del hotel, cuando tal aspecto no debe ser considerado al calcular el monto de la remuneración equitativa correspondiente por no ser un criterio legal y, en todo caso, no resulta aplicable al presente asunto y (ii) en caso de no anunciar, se aplicaría una tarifa de hoteles de 1 estrella, situación que no tiene sustento probatorio ni legal alguno, teniendo en consideración que en el proceso se acreditó que es de 4 estrellas. Así pues, en su lugar, debe procederse a establecer una fórmula únicamente teniendo en cuenta la tarifa previamente señalada por ACTORES S.C.G. en su Reglamento de Tarifas.

2.4. La indexación de las sumas adeudadas no fue realizada en debida forma.

El Despacho de primera instancia realizó la indexación de las sumas adeudadas por la comunicación pública realizada en las habitaciones del hotel Best Western Plus 93 Park de la siguiente manera: *“Así las cosas, procede este Despacho a realizar la actualización referida de acuerdo con la serie de empalme de 2003 a 2023 emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, actualizada el 8 de agosto de 2023. Según esto, el IPC inicial es de 111,41 y el actual de 134,45, de este modo, el valor correspondiente a la suma adeudada desde el 6 de marzo del año 2012 hasta la presentación de la demanda, indexado a fecha del fallo, es de VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTIDÓS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$28'922.271).”*⁹

De la misma forma, se procedió a realizar la indexación de las sumas adeudadas por la comunicación pública realizada en las zonas comunes del hotel Best Western Plus 93 Park, tomando como referencia el mismo valor de IPC inicial y de IPC final¹⁰.

Sin embargo, la anterior actualización económica del valor adeudado no fue realizada correctamente por las siguientes razones:

⁹ Folio 25 de la sentencia escrita del 1 de septiembre de 2023 del proceso 1-2021-120879.

¹⁰ Folio 26 y 27 de la sentencia escrita del 1 de septiembre de 2023 del proceso 1-2021-120879.

En primer lugar, el valor del IPC inicial que fue utilizado en la actualización no fue el correcto, puesto que se tomó como IPC inicial para indexar la totalidad de la suma adeudada desde el 6 de marzo de 2012 hasta la presentación de la demanda (17 de diciembre de 2021), un único valor de IPC inicial de 111,41, el cual corresponde al IPC reportado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para el mes de diciembre de 2021¹¹.

No es procedente que, al indexar el valor de una remuneración que se ha causado año a año, desde el 2012 a la fecha, se utilice como IPC inicial únicamente el valor del IPC para diciembre de 2021, esto es, para la fecha de la presentación de la demanda, pues esto desconoce abiertamente la finalidad de la indexación, que según el Consejo de Estado consiste en “*mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón de la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo.*”¹².

Así mismo, desconoce los principios de reparación integral y equidad, que deben ser atendidos por el juez al momento de realizar la valoración del daño causado, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, principios que en últimas son el fundamento de la corrección monetaria. Y así se ha reconocido por la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencia CSJ SC del 18 de diciembre de 2012, Rad. 2004-00172, en la cual dicha corporación precisó:

“Nuestro régimen de responsabilidad común por los delitos y las culpas consagra el principio de la reparación integral de los daños causados por acciones ilícitas. el cual impone como consecuencia necesaria en contra del autor de un acto lesivo la obligación de indemnizar a la víctima, tal como se infiere de la interpretación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

*En concordancia con esos preceptos, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 señala: ‘Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, **atenderá los principios de reparación integral y equidad** y observará los criterios técnicos actuariales.’ [Se resalta]*

Lo anterior significa que el juez tendrá que ordenar al demandado la restitución in integrum a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño.

(...)

*En estos eventos, **para que la indemnización sea completa, se deben tener en cuenta las condiciones particulares en que se halla el damnificado y la magnitud del daño resarcible tal como se encuentre al momento de dictar sentencia y no simplemente en la fecha en que se produjo el menoscabo, toda vez que es factible que entre uno y otro instante la materialización del perjuicio sufra alguna variación o que sus efectos se extiendan en el tiempo** (...)*

¹¹ De acuerdo con la serie de empalme de 2003 a 2023 emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, actualizada el 8 de agosto de 2023.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (30 de mayo de 2013). Radicación No. 25000-23-24-000-2006-00986-01. [C.P.: María Elizabeth García González.]

En todo caso, la naturaleza de la indexación no es resarcitoria ni hace parte del objeto de la pretensión, sino que es una simple variación de las condiciones externas del perjuicio, debido a la depreciación que sufre el dinero en el tiempo por la incidencia de ciertos factores de la economía; por lo que el juez está facultado para decretarla aún de oficio, pues lo contrario supondría la aceptación de una situación inequitativa en contra del acreedor.¹³ (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Así pues, al no utilizar el valor del IPC inicial adecuado, por cada uno de los periodos objeto de cobro, no se está cumpliendo con la finalidad de mantener el poder adquisitivo del dinero y no se contrarresta en su totalidad el tiempo que realmente ha transcurrido desde el momento en que debió realizarse el pago y la fecha de la sentencia. De manera que, tampoco se está realizando una reparación integral del perjuicio que fue realmente causado a los artistas intérpretes o ejecutantes (actores y actrices) de obras audiovisuales representados por ACTORES S.C.G.

En ese sentido, lo adecuado es realizar la corrección monetaria de cada monto anual que compone la totalidad de la suma adecuada, esto es, trayendo a valor presente -2023- la suma adeudada para el año 2012 teniendo como IPC inicial el valor de diciembre de 2012; seguidamente realizar la indexación del año 2013 a 2023 de la misma manera, luego actualizar la suma adeudada para el 2014 al valor de 2023, y así sucesivamente, hasta indexar cada monto anual.

El IPC inicial de diciembre de 2021, únicamente debe tomarse como referencia para indexar hasta 2023, la suma adeudada en el año 2021 y no para indexar la totalidad de la remuneración debida desde el 6 de marzo de 2012 hasta la presentación de la demanda (17 de diciembre de 2021).

Para el Consejo de Estado es claro que la corrección monetaria debe realizarse de forma sucesiva y separada, indexando cada monto adeudado de manera independiente, y así se ha señalado en reiterada jurisprudencia. A manera de ejemplo se señala la siguiente:

“Ahora bien, para liquidar dicha indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el mes más reciente una menor, y como es lógico, realizando una operación aritmética similar en relación con cada aumento o reajuste salarial. O sea, que para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o decretados periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas mes por mes.

(...)

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada pago mensual y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento del causación de cada uno de ellos.¹⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto).

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (18 de diciembre de 2012). Sentencia CSJ SC Rad. 2004-00172. Ref. Exp. 05266-31-03-001-2004-00172-01. [M.P.: Ariel Salazar Ramírez].

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. (28 de octubre de 1999). Radicación No. 42107(1116-99). [C.P.: Carlos Arturo Orjuela Gongora].

Así las cosas, es claro que la indexación realizada por el a quo en la sentencia recurrida no fue calculada en debida forma, sino que dicho cálculo se realizó desconociendo los principios de reparación integral y equidad, por las razones previamente esbozadas. En ese sentido, los numerales QUINTO y SEXTO de la parte resolutive de la sentencia de 1 de septiembre de 2023 deben ser reformados, por cuanto ordenan realizar el pago de sumas de dinero que no fueron debidamente indexadas y, en su lugar, debe procederse a realizar la indexación del valor adeudado de la forma ordenada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado expuesta en el presente recurso.

Adicionalmente, debe mencionarse que el juez de primera instancia omite realizar la indexación del valor de los perjuicios causados con posterioridad a la demanda, pues no se trae a valor presente –agosto de 2023– el valor adeudado en diciembre de 2021 y tampoco se actualiza a la fecha actual el valor adeudado para el año 2022. De forma que, la actualización que debe realizar el ad quem debe incluir también estos perjuicios, de conformidad con lo señalado en el inciso segundo del artículo 287 del CGP¹⁵.

III. PETICIONES

Con fundamento en lo expuesto, solicito al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil- lo siguiente:

- **Reformar** los numerales QUINTO y SEXTO de la parte resolutive de la sentencia de 1 de septiembre de 2023 y, en su lugar, se proceda a realizar la cuantificación de la indemnización únicamente teniendo en cuenta la tarifa previamente señalada por ACTORES S.C.G. en su Reglamento de Tarifas y se proceda a realizar la indexación, de conformidad con lo señalado en el presente recurso.
- **Reformar** el numeral SÉPTIMO de la parte resolutive de la sentencia de 1 de septiembre de 2023, únicamente en cuanto a la fórmula que se ordena utilizar para cuantificar la remuneración equitativa que debe pagar el demandado por futuras utilidades de obras audiovisuales en las que se encuentren fijadas interpretaciones representadas por ACTORES S.C.G. y, en su lugar, se proceda a establecer una fórmula para calcular la remuneración equitativa a pagar únicamente teniendo en cuenta únicamente la tarifa descrita por ACTORES S.C.G. en su Reglamento de Tarifas.

Cordialmente,



JORGE MARIO OLARTE COLLAZOS

C.C. 80.233.795 de Bogotá D.C.

T.P. 159.529 del C. S. de la J.


¹⁵ **Inciso segundo del artículo 287 del CGP:** “*El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.*” (Subrayado fuera del texto).

EPARTO RECURSO QUEJA 015-2005-00174-01 DR JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 10/11/2023 12:32

Para:Nuevo Reparto Sala Civil <nuevorepartosalacivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (498 KB)

49Rechazaconcedequeja2022-00042.pdf; F11001310301520050017401Caratula20231110122230.pdf;

Cordial saludo,

Por medio de la presente, remito recurso de queja, para los fines pertinentes.

110013103015200500174 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 : **JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS**

Procedencia : 015 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103015200500174 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Ejecutivo con Título Hipotecario

Recurso : Queja

Grupo : 31

Repartido_Abonado : REPARTIDO|

Demandante : BANCO DAVIVIENDA S.A

Demandado : MARIA ROSALBA CEPEDA CONTRERAS Y OTRO

Fecha de reparto : 10/11/2023

C U A D E R N O : 2

Agradezco la atención prestada,

Atentamente,

KATHERINE ANGEL VALENCIA
Oficial Mayor
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil
Dirección: Av. Calle 24 No. 53-28 - Torre C - Oficina 305



Teléfono: 4233390 Ext. 8349.
Fax: Ext. 8350 - 8351
Bogotá, Colombia.
E-mail: kangelv@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 9 de noviembre de 2023 17:13

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <rprocesosctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Juzgado 45 Civil Municipal - Bogotá - Bogotá D.C. <cmpl45bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: RECURSO DE QUEJA - 2022-00042 DESPACHO COMISORIO

Buenas tardes

Remito por ser de su competencia.

LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON

Secretaria Administrativa de la Sala Civil

Tribunal Superior de Bogotá

PBX 6013532666 Ext. 8378

Línea gratuita nacional 018000110194

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: Juzgado 45 Civil Municipal - Bogotá - Bogotá D.C. <cmpl45bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 9 de noviembre de 2023 17:00

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; carolina.abello911@aecs.co <carolina.abello911@aecs.co>; notificaciones.davivienda@aecs.co <notificaciones.davivienda@aecs.co>

Asunto: RECURSO DE QUEJA - 2022-00042 DESPACHO COMISORIO

Señores:

SALA CIVIL

H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

BANCO DAVIVIENDA S.A.

carolina.abello911@aecsa.co; notificaciones.davivienda@aecsa.co

Ciudad.

REF. DESPACHO COMISORIO No. 11001-40-03-045-2022-00042-00, de BANCO DAVIVIENDA S.A., en contra de MARIA ROSALBA CEPEDA CONTRERAS C.C. 39.716.056 y JAIRO AREVALO GONZALEZ C.C. 11.251.793

De manera atenta me dirijo a ustedes, con el fin de comunicarles que este juzgado, mediante providencia de fecha diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023) concedió el RECURSO DE QUEJA, en contra de la providencia de 1º de septiembre de 2023, que negó la concesión de la apelación, por lo que una vez corrido el traslado sin que se allegara pronunciamiento alguno se procede a enviar copia del proceso con el respectivo recurso de queja, compartiendo el link del mismo.

Se informa asimismo, que el expediente no es posible remitirlo por la plataforma "TRAMITES PARA JUZGADOS ESPECIALIDADES CIVIL, LABORAL, FAMILIA BOGOTA", toda vez que, no da la opción de envío a la Sala Civil del H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, como se muestra en la siguiente imagen:

TIPO DE TRAMITE

13. TIPO DE TRAMITE. *

1. Remisiones por competencia de demandas y acciones de tutela.

2. Impugnaciones de tutelas de juzgados de categoría municipal que deben ser tramitados por los despachos del circuito

3. Apelaciones de autos generados por juzgados municipales que deban atender juzgados del circuito.

4. Apelaciones de sentencia generadas por juzgados municipales que deban atender juzgados del circuito

5. Conflicto de competencia entre Juzgados civiles Municipales o Pequeñas Causas y Competencia Múltiple remitidos a los Juzgados Civiles Circuito.

6. Consultas de desacatos de despachos de categoría municipal que deban atender juzgados del circuito.

7. Recursos de queja

8. Consulta de procesos ordinarios que pasan de juzgados municipales a circuito.

9. Despachos comisorios que sean generados por los juzgados civiles, laborales y de familia de Bogotá.

14. Especialidad *

Recurso de queja

31-03-10 Municipal a Civil Circuito

31-10-11 Municipal a Familia Circuito

Se remite enlace de acceso al expediente

 [11001400304520220004200 DESPACHO COMISORIO REPOSICIÓN](#)

Sírvase proceder de conformidad.

Hoy: 09 de noviembre de 2023

Luis Arnulfo Guzmán Ramírez

Secretario Juzgado45 Civil Municipal de Bogotá

Tel: (601) 353 2666 Ext. 70345

SE RECUERDA QUE, LOS CORREOS SE RECIBEN DE LUNES A VIERNES EN EL HORARIO DE LAS 08:00 AM A LAS 05:00PM.

Los días sábados, domingos y festivos no se reciben los memoriales enviados por este canal. La atención virtual se desarrolla dentro del horario laboral.

Lo anterior, nos permitirá prestarles un mejor servicio.

TEL. 601 3532666 Extensión 70345

En cumplimiento a lo señalado en el inciso 4° del artículo 13 del Acuerdo PCSJA20-11549 de 7 de mayo de 2020, ACUERDO PCSJA20-11556 22/05/2020, el artículo 8 del ACUERDO PCSJA20-11567 05/06/2020 y el artículo 2° del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se informa que las partes, los terceros intervinientes y sus apoderados judiciales, podrán remitir memoriales al correo electrónico del Juzgado, siempre y cuando versen sobre los asuntos que cursan en este juzgado.

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.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA RV: Radicado: 11001310302720210034701
Asunto: Sustentación del recurso de apelación contra sentencia de primera instancia y el auto que la adiciona.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 07/11/2023 16:55

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

📎 1 archivos adjuntos (209 KB)

84. 06.11.2023 sustentación recurso apelación sentencia.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA

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: CLAUDIA PATRICIA MERLANO MARTINEZ <claudia_merlano_martinez@hotmail.com>

Enviado: martes, 7 de noviembre de 2023 16:51

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Juan Camilo Pertuz Abello <juanpertuz@delaespriellalawyers.com>; CLAUDIA PATRICIA MERLANO MARTINEZ <notificacionescontrol@gmail.com>; carlos.arancibia56@gmail.com <carlos.arancibia56@gmail.com>; Ramon Martinez <remartinez1954@gmail.com>; Astrid Carolina Sanchez Rincon <carolinas207@gmail.com>

Asunto: Radicado: 11001310302720210034701 Asunto: Sustentación del recurso de apelación contra sentencia de primera instancia y el auto que la adiciona.

Bogotá D.C., 7 de octubre de 2023

Honorable Magistrada

Sandra Cecilia Rodríguez Eslava
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

Referencia.

Tipo de Proceso: Declarativo de mayor cuantía

Demandante: Compañía de Tratamiento de Lodos S.A. "Comtrol S.A."

Demandado: Gustavo Antonio Baquero Parra

Radicado: 11001310302720210034701

Asunto: Sustentación del recurso de apelación contra sentencia de primera instancia y el auto que la adiciona.

CLAUDIA PATRICIA MERLANO MARTÍNEZ, conocida en autos, actuando en calidad de apoderada judicial de la sociedad demandante, con el acostumbrado respeto me dirijo ante su digno Despacho presentando recurso de apelación dentro del término legal conferido para tal efecto.

Atentamente.

De la señora Jueza, respetuosamente.

Claudia Patricia Merlano Martínez

C. C. No. 41'915.156 de Armenia

T. P. No. 76.515 del C. S. De la Jra.

c.c. juanpertuz@delaespriellalawyers.com

**MERLANO
MARTÍNEZ
& ASOCIADOS**

Defensa Judicial Estratégica

Claudia Patricia Merlano Martínez

Directora Equipo de Litigios

claudia_merlano_martinez@hotmail.com

Número celular: (57) 311 849 73 46

Carrera 7 No. 73 - 47 Oficina 203

Bogotá - Colombia

AVISO LEGAL: Este mensaje y sus anexos pueden contener información confidencial o legalmente protegida y no puede ser utilizada ni divulgada por personas diferentes a su destinatario. Si por error, recibe este mensaje, por favor avise inmediatamente a su remitente y destruya toda copia que tenga del mismo. Cualquier uso, divulgación, copia, distribución, impresión o acto derivado del conocimiento total o parcial de este mensaje sin autorización del remitente, será sancionado de acuerdo con las normas legales vigentes. De otra parte, al destinatario se le considera custodio de la información contenida y debe velar por su confidencialidad, integridad y privacidad.

Bogotá D.C., 7 de octubre de 2023

Honorable Magistrada

Sandra Cecilia Rodríguez Eslava
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

Referencia.

Tipo de Proceso: Declarativo de mayor cuantía
Demandante: Compañía de Tratamiento de Lodos S.A. "Comtrol S.A."
Demandado: Gustavo Antonio Baquero Parra
Radicado: 11001310302720210034701
Asunto: Sustentación del recurso de apelación contra sentencia de primera instancia y el auto que la adiciona.

CLAUDIA PATRICIA MERLANO MARTÍNEZ, conocida en autos, actuando en calidad de apoderada judicial de la sociedad demandante, con el acostumbrado respeto me dirijo ante su digno Despacho presentando recurso de apelación dentro del término legal conferido para tal efecto, así:

I. Oportunidad.

Mediante auto de fecha 27 de octubre de 2023, notificado por estado electrónico el día 30 del mismo mes y año, este Honorable Despacho admitió recurso de apelación contra la sentencia de fecha 31 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, indicando que el término para sustentar el recurso es de 5 días, siendo el primer día de traslado el 31 de octubre de 2023 y el vencimiento el 7 de noviembre del mismo año, el presente recurso se radica hoy 7 de noviembre de 2023.

II. Sustentación.

1. La afirmación infundada en la sentencia de primera instancia sobre la existencia de un negocio previo entre las partes como sustento a la negativa a conceder la pretensión de simulación: La Juez de conocimiento o Juez de primera instancia para llegar a la conclusión según la cual existía un acuerdo previo entre las partes, de forma grave incurre en los siguientes errores:

- 1.1. Con el escrito de demanda se allegó prueba documental contrato de regalías suscrito entre el demandado abogado Gustavo Antonio Baquero Parra y la empresa Tectum Energy S.A., sociedad extranjera, con domicilio en Panamá y sin sucursal en Colombia, contrato que fue suscrito el 11 de diciembre de 2012, es decir, años antes de suscribirse el contrato de regalías entre Comtrol Colombia y el demandado.
- 1.2. La documental en cita fue solicitada, decretada, practicada, no tachada de falsa ni desconocida por el demandado.
- 1.3. En el contrato de regalías de fecha 11 de diciembre de 2012 suscrito entre Tectum y el señor Miguel Baquero, en su consideración cuatro, reza:

4. Que TECTUM ENERGY S.A. cede irrevocablemente a favor de GUSTAVO ANTONIO BAQUERO PARRA y hacer el pago de una regalía mensual del uno por ciento (1%) de las ventas brutas de los hidrocarburos del campo denominado EL REMANZO, que hace parte del Contrato E&P Remanso suscrito por la COMPAÑÍA DE TRATAMIENTO DE LODOS, S. A. (COMTROL, S.A.) y/o su sucursal en Colombia con la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) el 8 de octubre de 2007, como retribución a la labor desarrollada, la cual se pagará en los términos y condiciones establecidas en el presente contrato.

- 1.4. La sociedad Tectum Energy S.A. que realizó la cesión al señor Gustavo Baquero, no era ni ha sido representante legal de Comtrol Colombia S.A. ni de su matriz, lo que se establece con el histórico de representantes legales que se allegó como prueba documental junto con el escrito de demanda.

- 1.5. La sociedad Tectum Energy S.A. que realizó la cesión nunca fue controlante de Comtrol Colombia S.A. ni de la Compañía de Tratamiento de Lodos S.A. Comtrol S.A. sociedad extranjera con domicilio en la ciudad de Panamá, como se establece con el histórico de representante legal de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 1.6. La sociedad Tectum Energy S.A. que realizó la cesión no contó con autorización, mandato, aprobación de Comtrol Colombia S.A. ni de la Compañía de Tratamiento de Lodos S.A. Comtrol S.A.
- 1.7. Quien suscribió el contrato de regalías de fecha 11 de diciembre de 2012 fue el señor Miguel Baquero Caro, quién afirmó en su testimonio nunca haber sido representante legal de Tectum y no requerir autorización alguna para suscribir dicho contrato porque era el dueño de Tectum Energy S.A. Nunca se estableció en el trámite del proceso que el señor Miguel Baquero era controlante o socio único de Tectum Energy S.A.
- 1.8. En línea con lo expuesto: i) si Tectum no era representante legal de Comtrol sociedad extranjera o Comtrol Sucursal, ii) si Miguel Baquero Caro no era representante legal de Comtrol sociedad extranjera o Comtrol Sucursal, iii) si Miguel Baquero Caro no contó con autorización, mandato, poder o aprobación de Comtrol, iv) si Miguel Baquero Caro no contó con autorización de Tectum para suscribir contrato; nunca pudo Tectum Energy y/o Miguel Baquero obligar a la Compañía de Tratamiento de Lodos S.A. ni a su sucursal Comtrol Colombia S.A., como tampoco podía obligar Miguel Baquero a Tectum.
- 1.9. El contrato de regalías de fecha 11 de diciembre de 2012 fue suscrito por una persona jurídica totalmente diferente e

independiente a Comtrol, luego entonces no se puede tomar como un acuerdo previo entre Comtrol Colombia y Gustavo Baquero.

- 1.10. De acuerdo al testimonio de Carlos Ramón Arancibia de Santos, quien suscribió en calidad de representante legal de Comtrol Colombia S.A. el contrato de regalías del 23 de junio de 2016 con el señor Gustavo Baquero, afirmó de forma reiterada que firmó el contrato por orden de Miguel Baquero Caro y Remberto Merlano quienes firmaron el mismo en calidad de testigos.
- 1.11. Según el testimonio del entonces representante legal de Comtrol Colombia S.A. Carlos Ramón Arancibia de Santos, este afirmó que no recibió orden de la junta directiva para firmar el contrato de regalías del 23 de junio de 2016 con el señor Gustavo Baquero, como tampoco de la Asamblea de Accionistas.
- 1.12. Conforme al testimonio de Carlos Ramón Arancibia de Santos quien fue representante legal de Comtrol no le constaron las gestiones realizadas por el señor Gustavo Baquero Parra y manifestó a minuto 17:43 a la pregunta realizada por el despacho, Yo no estuve en esa negociación inicial que hizo Remberto Merlano y Miguel Baquero a finales 2012 o principios del 2013, yo como representante legal tenía que firmar porque ellos acordaron con este señor una regalía, ellos negociaron yo no lo negocie, yo solamente hice la firma del contrato por ser representante legal y, a minuto 18:42 manifestó Yo no tenía conocimiento de que habían hecho ni como lo habían hecho.
- 1.13. El señor Carlos Ramón Arancibia de Santos firmó el contrato de regalías entre Gustavo Baquero y Comtrol en calidad de representante legal y manifestó que solo conoció al señor Gustavo Baquero hasta el día de la firma del contrato de

regalías. A minuto 16:11 (audiencia del 30 de mayo) a pregunta realizada por el Despacho, contesto: "El contrato de regalías yo lo firme por ser el representante legal de la compañía, pero las negociaciones yo no las hice las hizo Remberto Merlano y Miguel Baquero, no sé si fue el 2012 o 2013, yo no conocí al señor Baquero, **sino que lo conocí cuando fue a la oficina a firmar el contrato.**"

1.14. De acuerdo a la prueba trasladada testimonio del señor Remberto Merlano él afirmó no ser socio directo de la Compañía de Tratamientos de Lodos S.A. ni tampoco haber sido representante legal de la misma o de la sucursal.

En resumen de lo expuesto, no es cierto que existiera un acuerdo previo entre Comtrol Colombia y Gustavo Antonio Baquero Parra, el acuerdo previo fue entre Tectum Energy S.A. y Gustavo Antonio Baquero Parra, tal y como lo dijo el entonces representante legal de Comtrol no existió orden de junta directiva, de Asamblea de Accionistas o de la matriz para firmar el contrato de regalías de fecha 23 de junio de 2016, no tiene ningún efecto vinculante para Comtrol lo que terceros como Remberto Merlano hayan prometido a Baquero Parra, pues quien compromete es el representante legal y, para el 2012 Comtrol Colombia S.A. o la Compañía de Tratamientos de Lodos S.A. no se obligó con Gustavo Baquero Parra.

Tampoco tiene ningún efecto vinculante que un socio de la Compañía de Tratamientos de Lodos S.A. como lo fue y lo sigue siendo Miguel Baquero, le haya prometido a Gustavo Antonio Baquero la cesión de un contrato o de regalías, los socios no pueden comprometer a la persona jurídica, porque en Colombia de acuerdo a lo normado en el

artículo 98 del Código de Comercio, la sociedad una vez constituida es independiente a los socios.

Por último y no menos importante, de acuerdo a la confesión de parte de Gustavo Baquero, el contrato de regalías de fecha 11 de diciembre de 2012 entre Tectum y el demandado no ha sido revocado, ni terminado, ni modificado, afirmación que fue confirmada por el señor testigo Santamaría Uribe y por el mismo Miguel Baquero Caro que suscribió el contrato por parte de Tectum Energy S.A.

2. El Juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta la confesión realizada por el demandado Gustavo Antonio Baquero Caro de no haber prestado ningún servicio a Comtrol sino que prestó servicios a Tectum.

- 2.1. En el interrogatorio al demandado Gustavo Baquero este confesó a minuto 1:25:50 a la pregunta del Despacho: Doctora los servicios se le prestaron a la Empresa Tectum.
- 2.2. A minuto 1:53:18 la suscrita realizó la siguiente pregunta al demandado "Usted No presto servicios a Comtrol sino a Tectum", quien contestó "El trabajo se le hizo a Tectum".
- 2.3. A minuto 2:02:08 y siguientes a la pregunta de esta apoderada el señor demandado confesó. **Yo no le he prestado servicios repito hasta la sociedad que yo no le presté servicios directamente a Comtrol sino a Tectum.**

La conclusión de este punto, es que el demandado no le prestó ningún servicio a Comtrol sino a Tectum, prestación que realizó a esta última sociedad como consecuencia de un contrato que había suscrito con

está, el cual se encuentra vigente y que ahora pretende cobrarle a Comtrol, sin que medie ninguna obligación de Comtrol por no haber recibido los servicios prestados, solo porque quien dijo bajo la gravedad de juramento ser el dueño de Tectum, Miguel Baquero, le impuso al representante legal de esta última, que suscribiera un contrato de regalías contrario a la realidad y contrario a los intereses de Comtrol. Nuevamente recordamos que el contrato entre Tectum y Gustavo Baquero se encuentra vigente y no ha sido revocado, tal y como la manifestó el señor demandado y el señor Miguel Baquero Caro.

En resumen, no existió acuerdo previo entre las partes, es decir, entre Comtrol Colombia S.A. y Gustavo Antonio Baquero, el acuerdo fue entre Tectum y el demandado Gustavo Baquero, recordemos que Tectum es una persona jurídica independiente y diferente a Comtrol Colombia S.A. y a la Compañía de Tratamiento de Lodos S.A., no existe ninguna obligación de Comtrol para con el demandado, de allí que no tenga ningún interés en satisfacer las obligaciones que se derivan a favor del demandado derivadas del contrato entre Tectum y este último, pues como el mismo demandado lo manifiesta, las gestiones que realizó no la hizo para Comtrol.

3. Sobre la negativa a declarar probada la pretensión subsidiaria de la ineficacia o invalidez de la cesión parcial de derechos económicos

Se parte de advertir que en la pretensión no se pidió la declaratoria de inexistencia sino de ineficacia o invalidez.

3.1. La Juez dio por sentado la existencia de los requisitos señalados en la ley civil y comercial para la validez y eficacia de la cesión

parcial de derechos económicos, pese a que los mismos, de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso no están dados.

- 3.2. Si la cesión de derechos económicos de forma parcial sobre el "Contrato E&P El Remanso", realizada en los "Contratos de regalías", es válida, hay que tener presente que *"la cesión de un crédito es un acto jurídico por el cual un acreedor, que toma el nombre de cedente, transfiere voluntariamente el crédito o derecho personal que tiene contra su deudor a un tercero, que acepta y que toma el nombre de cesionario."* De acuerdo con lo anterior, se concluye que las características principales de este acto o negocio jurídico son: 1. La trasmisión de la facultad de exigir de una determinada persona el cumplimiento de la prestación a que está obligada. 2. Es necesario que se determine claramente el crédito a ceder (entendiéndose como el objeto de la obligación). 3. Es necesario que el deudor cedido y el cedente sean personas diferentes, puesto que si es el mismo cedente es quien va a transferir el derecho al cesionario, no hay transferencia de un crédito, no hay traspaso de los derechos.
- 3.3. Siguiendo con lo anterior, es necesario resaltar, que para que sea válida la cesión de créditos personales y produzca efectos, se debe realizar la entrega por parte del cedente al cesionario de un instrumento o documento, donde conste el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente. Verificada la entrega del título y extendida la nota de traspaso, el cesionario antes de la notificación o aceptación al deudor cedido, sólo se considera dueño respecto del cedente y no respecto del deudor y terceros. Los efectos ante el deudor y terceros surgen una vez sea notificada la cesión y, es el cesionario quien tiene la carga de dar la noticia o notificar al

deudor cedido, exhibiendo el título con la correspondiente anotación.

- 3.4. Descendiendo a la pretendida cesión parcial de derechos económicos del contrato "E&P El Remanso" pactada en el contrato de regalías objeto de este litigio, tenemos que: 1. En el "Contrato E&P El Remanso" COMTROL es deudor de las regalías del Estado y de los derechos económicos de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH). 2. Del Contrato E&P El Remanso no se desprende ningún crédito a favor de COMTROL y a cargo de la ANH. 3. Si la ANH no es deudora de COMTROL, no existe un crédito que COMTROL pueda ceder, y por ende no existe deudor que deba satisfacer el crédito a un nuevo acreedor. 4. No se tiene prueba de la entrega del título, instrumento o documento por parte de COMTROL a los demandados donde repose y/o conste el crédito cedido, que para el caso en concreto es el Contrato E&P El Remanso. 5. No se tiene prueba documental de la anotación de traspaso del crédito y en caso de existir el instrumento o documento, donde conste el crédito con su correspondiente anotación, no existe deudor a quién exhibir dicho documento y realizar la notificación.
- 3.5. Tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1494 del Código Civil, para que surja o nazca una obligación basta el acuerdo de voluntades de dos o más personas y según el artículo 1495 de la misma codificación, un contrato o convención "es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Las obligaciones pactadas en el contrato de regalías no son válidas y no producen efectos entre las partes o terceros; puesto que se requiere la

existencia de los elementos o cosas esenciales del contrato, como bien lo señala el artículo 1501 del Código Civil, además de ello, deben concurrir los requisitos para poder obligarse descritos en el artículo 1502 del C.C.

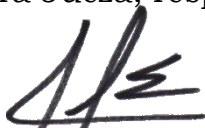
4. Sobre la negativa a declarar probada la pretensión subsidiaria de cláusulas abusivas

- 4.1. En lo que respecta a las cláusulas abusivas, existe una carga marcada y manifiesta en contra de COMTROL, así: a) Imponer el pago de un porcentaje durante toda la ejecución del "Contrato E&P El Remanso", sin contemplar un límite, en otras palabras, hasta alcanzar el pago de determinada suma de dinero. b) Tratar la obligación de pago como un derecho real, persiguiendo o gravando el "Contrato E&P El Remanso", obligando a futuros compradores o cesionarios de forma solidaria a realizar dicho pago de manera anticipada bajo el cálculo de proyecciones de la vigencia del contrato "E&P". c) Someter la duración del Contrato de Regalías a la vigencia del Contrato E&P El Remanso. d) Estipular en la cláusula novena que: "las partes renuncian a revocar el presente contrato (...) mientras subsistan las razones que dieron origen al mismo, en especial mientras se encuentre vigente el Contrato E&P Remanso (...)", pese a que la supuesta causa que dio origen a los contratos de regalías fue el pago de una gestión que ni siquiera se prestó a Control.
- 4.2. Todos los contratos de regalías que suscribió Control tenían un límite en cuanto al valor, es decir, la suma adeudada por Control se pagaba a través de regalías y así se encuentra en las pruebas documentales allegadas en la demandada, ejemplo:

contrato de regalías con GSS y los otros que reposan en el expediente, pero debe llamar la atención de la honorable Magistrada, que un contrato que se firma cuatro años después sin que se allá prestado el servicio a la demandante por parte del demandado, sin que el representante legal de Comtrol conociera si lo que estaba plasmado en el contrato era cierto o no, pese a dar fe con su firma que si le constaba, sin que existiese acuerdo previo antes de su firma entre las partes y, que se firmó y suscribió en contra de los intereses de Comtrol y favoreciendo abiertamente a la persona jurídica Tectum, quien era la obligada, por solicitud de un socio de Comtrol que dijo ser el dueño de Tectum, es totalmente abusivo, reiteramos, existe abundante prueba documental sobre los otros contratos de regalías que tienen un limite en cuanto a su valor, en cuanto a las obligaciones dinerarias, en cambio, el único contrato de regalías que ha sido cuestionado por parte de Comtrol no lo tiene.

Atentamente.

De la señora Jueza, respetuosamente.



Claudia Patricia Merlano Martínez

C. C. No. 41'915.156 de Armenia

T. P. No. 76.515 del C. S. De la Jra.


c.c. juanpertuz@delaespriellalawyers.com

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. RADICADO: N° 110013103030-2012-553-01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 31/10/2023 12:54

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

 1 archivos adjuntos (400 KB)

SUSTENTACIÓN Recurso de apelación Nubia Yaneth Moreno Barrientos.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

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: Leuro Gutierrez Abogados <leurogutierrez@hotmail.com>

Enviado: martes, 31 de octubre de 2023 12:45

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: NubiaSM@saludtotal.com.co <nubiasm@saludtotal.com.co>; maye.opcionlegal@gmail.com <maye.opcionlegal@gmail.com>; marcelarodriguezr5@gmail.com <marcelarodriguezr5@gmail.com>; hmedina@mypabogados.com.co <hmedina@mypabogados.com.co>; notificacionesjud@saludtotal.com.co <notificacionesjud@saludtotal.com.co>; prosjudiciales@cpolaya.com.co <prosjudiciales@cpolaya.com.co>; camilozubieta@hotmail.com <camilozubieta@hotmail.com>; anfuentes@equipojuridico.com.co <anfuentes@equipojuridico.com.co>

Asunto: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. RADICADO: N° 110013103030-2012-553-01

Honorable Magistrada

ANGELA MARIA ARENAS

Magistrada Ponente
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN
Sala 009 Civil

E. S. D.
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.
RADICADO: N° 110013103030-2012-553-01

REF.: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE NUBIA JANETH MORENO BARRIENTOS Y DEIBIN FABIÁN GAITÁN MORENO CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD: SALUD TOTAL EPS, CONTRA LA IPS POLICLINICO DEL OLAYA. Y CONTRA EL Dr. CAMILO ZUBIETA VEGA

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ, Mayor de edad, Abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 19'434.330 de Bogotá y Tarjeta Profesional 185.434 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de NUBIA JANETH MORENO BARRIENTOS; y Otros; Presento en términos **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**, conforme al Auto fechado 27 de octubre de 2023, con los argumentos de inconformidad contra la sentencia emitida por el Honorable Despacho del Juzgado Treinta (30) Civil del Circuito, con fecha 16 de junio de 2023, conforme a lo establecido en los art. 327 y 328 del CGP.

LEURO & GUTIÉRREZ ABOGADOS

Calle 163 B N° 48-80 Ofc. 206

Oficina: 313-2098925 Celular 311-8110424/310-6073777

E-Mail: leurogutierrez@hotmail.com

www.abogadosleurogutierrez.com

Bogotá D.C. – Colombia.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Honorable Magistrada
ANGELA MARIA ARENAS
Magistrada Ponente
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN
Sala 009 Civil
E. S. D.
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.
RADICADO: N° 110013103030-2012-553-01

REF.: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE NUBIA JANETH MORENO BARRIENTOS Y DEIBIN FABIÁN GAITÁN MORENO CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD: SALUD TOTAL EPS, CONTRA LA IPS POLICLINICO DEL OLAYA. Y CONTRA EL Dr. CAMILO ZUBIETA VEGA

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ, Mayor de edad, Abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 19'434.330 de Bogotá y Tarjeta Profesional 185.434 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de NUBIA JANETH MORENO BARRIENTOS; y Otros; Presento en términos **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**, conforme al Auto fechado 27 de octubre de 2023, con los argumentos de inconformidad contra la sentencia emitida por el Honorable Despacho del Juzgado Treinta (30) Civil del Circuito, con fecha 16 de junio de 2023, conforme a lo establecido en los art. 327 y 328 del CGP.

Como base de la inconformidad contra el fallo aquí recurrido se debe tener en cuenta que desde el inicio del debate se planteó como problema jurídico, Determinar responsabilidad por la generación de lesiones corporales severas y definitivas sufridas en atención médico-quirúrgica -lesión de nervio en procedimiento quirúrgico- que fue la causa eficiente, adecuada, y fue determinante para producir el sufrimiento, dolor, y deterioro sufrido por NUBIA JANETH MORENO BARRIENTOS.

Las consideraciones del fallo recurrido yerran en su apreciación probatoria de las historias clínicas aportadas, dando por no probado estando en la relación fáctica con la historia clínica de la ocurrencia de lesión de nervio (L5 derecho), como

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

consecuencia de mal praxis médica (compresión en procedimiento quirúrgico y fractura de tornillo), violación a la obligación de seguridad del contrato asistencial en el marco del Aseguramiento y la Violación del Sistema Obligatorio de Garantía de la calidad de la Seguridad Social en Salud, con la generación de lesiones corporales severas (lesión neurológica – neuropraxia), y definitivas sufridas en atención médico asistencial y de aseguramiento brindada por los aquí demandados.

Las consideraciones del fallo recurrido desde su primera descripción asume de forma errada y mal interpretada la problemática plantada, asumiendo las patologías de la señora NUBIA JANETH MORENO BARRIENTOS como propias de su estado, y como parte del procedimiento realizado y sus patologías preexistentes, que por ello la victima estaba en la obligación de soportes la mal praxis médica, asumiendo el fallo recurrido como una adecuada actuación asistencial sin debida valoración y entendimiento del daño ocurrido. Yerra por considerar las comorbilidades de la paciente como las generadoras del daño neurológico que no tenia antes de la cirugía, apartándose de la jurisprudencia referente, al respecto la CSJ. SC-13925-2016.

2

“La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.”

El error de apreciación de las excepciones esta centrar sus consideraciones del historial patológico de la paciente, sin tener plena prueba de una causal

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

patológica probada que favoreciera el daño neurológico post quirúrgico sufrido. Desconociendo lo mencionado por la Historia del Instituto Roosevelt en PDF 01 pag Pag 221.

El fallo recurrido incurre en yerro de apreciación probatoria, toda vez que en su valoración probatoria desestima lo descrito en el historial clínico de la señora Nubia Janeth Moreno, toda vez que además de hacer fotos de su contenido como parte de sus consideraciones, no demuestra un verdadero análisis probatorio y deja a un lado el contenido objetivo de la historia clínica contemplada.

Desconoce como parte del yerro de sus consideraciones que la señora Nubia Yaneth Moreno sufre una lesión neurológica -daño- por accidente quirúrgico que le causa limitación funcional de su miembro inferior derecho de carácter permanente con lesión neurológica por compresión L5.

1. Pérdida de capacidad laboral del 44.73% incapacidad permanente parcial: radiculopatía L5 derecha + Síndrome doloroso de columna + espondiloartrosis PDF 01 Pag 124
2. Junta Regional de calificación de invalidez dictamen 60259055 13/08/2010 PCL 40.95% PDF 01 Pag 138 Dx Radiculopatía L6 y S1 derechas activas con compromiso de L5
3. Remisión de EPS Salud Total a FP Porvenir: remisión por mas de 180 días de incapacidad DX Trastorno de disco lumbar con radiculopatía + discopatía multiple + secuela por lesión radicular de L5 Tratamiento Pendiente retiro de materia de osteosíntesis por **fractura de tornillos** PDF 01 Pag 140
4. La valoración de la historia clínica desconoce lo realmente contenido descriptivamente:
 - 4.1. Historia clínica CPO¹: PDF 01 Pag 142
 - a. Pag 149 procedimiento Qx 19/02/2010. Folio 117.

¹ Centro Policlínico del Olaya



- b. Pag 174 Dolor de sitio operatorio. Hipoestesia² en MID. Dr. Julio Sánchez.
- c. Pag 179 Egreso de la paciente: 22/02/2010 “persisten parestesias en MID” Dr. Fabian Pérez
- d. Pag 159 Pie caído por debilidad de la dorsiflexión
- e. Pag 161 Electromiografía muestra radiculopatía L5 derecha activa³
- f. Pag 161 pronóstico reservado de la raíz L5 comprometida
- g. Pag 195 19/02/2010 Artrodesis de columna lumbar y otros con radiculopatía
- h. Pag 203, 204, 219, Pie caído⁴ por lesión permanente de la raíz L5 derecha con férula
- i. Pag 182 incapacidades: Radiculopatía L5 derecha. Pie caído 16/03/2010
- j. Pag 185 POP artrodesis posterior de columna lumbar, radiculopatía L5 Pie Caído derecho. Camilo Zubieta.
- k. Pag 218 Electromiografía Radiculopatía L5 y S1 derechas activas con compromiso de L5. Ausencia de unidades motoras voluntarias en dorsiflexión de cuello de pie y dedos.
- l. Pag 219. L4 y L5 con estrechez forat terminal POP fijación transpedicular L4-L5 Pronóstico lesión permanente de la raíz L5 derecha. secuela de pie caído (Zubieta)

4

4.2. Historia Roosevelt PDF 01 Pag 221

4.3. Pag 226. La paciente tiene lesión permanente de raíz L5 y S1, secuela pie caído.

4.4. Pag 229, 232, la Rx muestra que los tornillos distales están fracturados, supone que la fusión este en Pseudoartrosis

4.5. Pag 383 compromisos de la raíz nerviosa L5 derecha y aflojamiento e material.

² Disminución de sensibilidad

³ Prueba de pérdida de motricidad en Miembro inferior.

⁴ La caída del pie, también conocida como pie caído, es un término general que se refiere a la dificultad para levantar la parte delantera del pie. Si tienes caída del pie, es posible que arrastres la parte delantera del pie por el suelo cuando caminas. La caída del pie no es una enfermedad. Es más bien un signo de un problema neurológico, muscular o anatómico subyacente. [Bibliografía: Mayo Clinic Family Health Book \(Libro de Salud Familiar de Mayo Clinic\) 5.ª edición.](#)



4.6. Pag 385: 15/02/2015. Descripción quirúrgica “llama la atención a nivel de la raíz L5 derecha la compresión por tornillo pedicular intracanal se retira materia de osteosíntesis arry de suplementicos, encontrando falla del tornillo izquierdo de S1 el cual es imposible extraer

Hallazgos. Tornillo intracanal a nivel de L5 que compromete raíz nerviosa de L5 derecha.

5. Yerra en valoración probatoria, toda vez que nada menciona en sus consideraciones de la literatura médica aportada que le permitía tener la verdadera orientación sobre la Lex Artis Ads Hoc, que se encuentra en Cuaderno 1ª PDF 01A Continuación Demanda:

- a. Literatura médica Pag 180 Lesión de estructuras neurológicas. Lesión con pie caído debido a tracción de estructuras neuronales durante la cirugía, edema e isquemia post operatoria
- b. Pag 192 **Compresión radicular por tornillo transpediculares** (2.7%)
- c. Pag 196 **Ruptura de tornillos**
- d. Pag 204 Riesgos de la cirugía: Secuelas neurológicas que pueden ser irreversibles por lesión de medula espinal en las maniobras propias del acto quirúrgico
- e. Pag 206 Lesión neurológica ocurrió neuropraxia (2.4%)

Menciona de forma errada y superficial en sus consideraciones que lo acaecido a la señora Nubia Janeth Moreno corresponde a un riesgo inherente al procedimiento aplicado, que formaba parte de los riesgos propios de la operación realizada; de forma errada, considera riesgos propios de la cirugía realizada y que asume fueron informados.

“Por su parte la representante legal de la E.P.S. Salud Total30 adujo que de lo consultado con la I.P.S. se presentó un riesgo inherente al procedimiento practicado a la señora Nubia Janeth Moreno, y se revisó desde el punto de vista interno para arribar a la misma conclusión.”

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Yerra el fallo recurrido en sus consideraciones, por lo que se hace necesario dejar claridad que no se puede hablar de “**riesgo inherente**” como se considera de forma errada, toda vez que este argumento es frecuente para llevar a la confusión de términos técnicos que difieren mucho de la realidad en el orden asistencial y jurídico.

“En el mismo orden de ideas, ... el de riesgo inherente el cual se define como:

Es aquella complicación que se puede presentar por la sola realización del acto médico como tal... cuando hablamos de riesgo inherente aceptamos la “existencia de un procedimiento médico que puede causar el daño, que tiene por explicación un fenómeno distinto al actuar médico y únicamente imputable a factores externos a su obrar”, siendo así “los riesgos inherentes propiamente dichos, responden en su causación a factores ajenos al obrar médico”⁵.

Lo referido por la sentencia SC7110-2017, es la ocurrencia de una lesión propia del acto médico o del procedimiento, como es la incisión, el corte, la resección, la amputación cuando esto forma parte del tratamiento. Sin embargo, esto no incluye los daños o las lesiones que no son parte del tratamiento en sí mismo, sino que son consecuencia de la acción o la omisión del profesional. Esto se resalta cuando menciona:

“Ello no significa soslayar los errores. Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuentemente, reparables “in natura” o por “equivalente”, pero integralmente. Todos los otros resultan excusables.

⁵ Responsabilidad Civil y del Estado Revista N° 28 Noviembre 2008. Pag 10-23.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Por lo anterior, es un yerro del fallo considerar el riesgo inherente como parte de los daños causados a los pacientes como parte propia o inherente (normal) al procedimiento quirúrgico, porque el daño en la responsabilidad -jurídico- es la lesión, afrenta, afectación, que se determina dentro el proceso y de ninguna forma es un riesgo como probabilidad; El daño es materialización del riesgo y de ello el paciente no está obligado a soportar un daño que no está contemplado, ni aún con consentimiento informado, como se pretende hacer ver. El riesgo inherente es la probabilidad de lesión normal dentro de un procedimiento que se tiene causa diferente al actuar médico, por ello, la lesión causada por el actuar medico no se puede denominar riesgo inherente y menos cuando no es parte de la normalidad del procedimiento medico quirúrgico. (es normal cortar, quemar -cauterizar-, ligar, amputar en procedimiento como parte del mismo: amputar el apéndice en la apendicetomía, quemar los vasos en la cauterización de un sangrado, la amputación de un pie con gangrena por diabetes, etc., es decir producir un daño no imputable de responsabilidad sino a la patología o al procedimiento; pero **no** es inherente perforar, cortar de forma errada, quemar al paciente por daño en electrobisturí, etc.) como en este caso producir una lesión neurológica por compresión en procedimiento quirúrgico no es inherente -no es de la normalidad de este procedimiento-

7

Por otro lado, el considerar que el paciente había consentido, es un yerro de consideración, toda vez que el consentimiento informado es un derecho a la información y no una autorización de daño.

“para que la víctima eventual pueda válidamente autorizar un acto susceptible de causarle daño, debe en todo caso tratarse de un peligro limitado cuyas razones legítimas justifican la aceptación. Por el contrario, el individuo que pone sin utilidad la vida o la seguridad de otro en peligro, no puede prevalerse del acuerdo de los interesados para pretenderse exento de culpa”⁶

⁶ Honorat, Jean. L’idée d’ acceptation des risques dans la resposabilite civile, Ed. L.G.DJ. Paria. 1969 Pág 18.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

El consentimiento de la víctima no debe ser causal de exoneración en ningún caso, *porque el victimario no está legitimado para cometer actos ilícitos en ningún evento. Cometer dichos actos constituye una conducta dolosa de su parte, por lo que no podrá alegarla como circunstancia de exculpación, pues con ello se estaría beneficiando de su propio dolo, lo que contradice el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, negligencia o torpeza (nemo auditur propriam turpitudinem allegans potest)*

Por otro lado menciona el fallo de forma errada, en sus consideraciones que extrae de la historia clínica valorada que no se evidencia el daño o la alteración en los materiales insertados:

“Por lo que del material probatorio se extrae que brilla por su ausencia que la actuación del galeno tratante hubiese sido de impericia o imprudencia, por cuanto, el procedimiento médico en si contrae riesgos, los que fueron expuestos a la paciente, además de la revisión de la historia clínica se puede extraer que se le realizaron imágenes diagnosticas en el post operatorio que dan cuenta de “altura de los cuerpos vertebrales puede ser considerada normal hay disminución de amplitud³³” y “se identifica lumbarizacion de S1 como variante anatómica observando además laminectomia bilateral de L5 y S1 con presencia de tornillo transpediculares de fijación en aparente buena posición”³⁴, de ahí que no se evidencia el daño o alteración en los materiales insertados en el procedimiento.”

8

Lo que es contrario a la realidad contenida en documentos aportados, incurriendo en yerro de apreciación probatoria:

Remisión de EPS Salud Total a FP Porvenir: remisión por mas de 180 días de incapacidad DX Trastorno de disco lumbar con radiculopatía+discopatía multiple+secuela por lesión radicular de L5 Tratamiento Pendiente retiro de materia de osteosíntesis por fractura de tornillos **PDF 01 Pag 140.**

Historia Instituto Roosevelt PDF 01

LEURO & GUTIERREZ S.A.S.
Calle 163 B N° 48-80 Oficina 206
Oficina: 313-2098925 Celular 311-8110424/310-6073777
E-Mail: leurogutierrez@hotmail.com
www.abogadosleurogutierrez.com
Bogotá D.C. - Colombia.

Especialista - Magister en Derecho Médico
Responsabilidad Civil y Responsabilidad asistencial
Responsabilidad Patrimonial del Estado
Derecho Laboral y Seguridad Social
Auditores y Consultores en Salud

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Pag 229, 232, la Rx muestra que los tornillos distales están fracturados, supone que la fusión este en Pseudoartrosis

Pag 383 compromisos de la raíz nerviosa L5 derecha y aflojamiento e material.

Pag 385: 15/02/2015. Descripción quirúrgica “llama la atención a nivel de la raíz L5 derecha la compresión por tornillo pedicular intracanal se retira materia de osteosíntesis arry de suplementicos, encontrando falla del tornillo izquierdo de S1 el cual es imposible extraer..(...) **Hallazgos. Tornillo intracanal a nivel de L5 que compromete raíz nerviosa de L5 derecha.**”

Basta con la adecuada lectura de la historia para comprender por lo exegética de su lectura o por grave indicio si así se quiere, que se produce lesión de nervio por compresión. Esta probada la lesión, es decir el fallo da por no probada la lesión estandolo, incurriendo en yerro de valoración de pruebas.

Menciona el fallo recurrido en su valoración del peritazgo presentado por el colega perito Dr. Carlos Zambrano al cuestionario realizado por el despacho que:

*“De los dictámenes periciales que militan en el plenario, analizados bajo las reglas de la sana critica, el despacho evidencia que se hizo un análisis de las historias clínicas de la actora- paciente como quedó consignado en los trabajos presentados y se plasmó en precedencia; no obstante, ante los conocimientos de cada uno de los galenos que fungieron como expertos en el presente asunto, el doctor Roberto Carlos Zambrano Núñez es quien es especialista en neurocirugía, (lo que da cuenta los estudios por el realizados, que fueron presentados y su experiencia), **quien a grandes rasgos al responder el cuestionario efectuado por este Despacho adujo que las imágenes señalan que lo tornillos pediculares L4, L5 y S1 se encuentran en una adecuada colocación, siendo correcto el manejo del galeno tratante durante y posterior al procedimiento quirúrgico,** máxime cuando se plasmó en la descripción que no se evidenciaba complicación alguna.”*

9

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Sin valorar el experticio en debida forma, desestimando que el perito especializado mencionó que **nunca revisó la historia clínica del Instituto Historia Roosevelt** que se encuentra en PDF 01. Donde se tiene “Descripción quirúrgica “llama la atención a nivel de la raíz L5 derecha la compresión por tornillo pedicular intracanal se retira materia de osteosíntesis arroy de suplementicos, encontrando falla del tornillo izquierdo de S1 el cual es imposible extraer.(...) **Hallazgos. Tornillo intracanal a nivel de L5 que compromete raíz nerviosa de L5 derecha.**”

Menciona el fallo de forma errada:

“Por lo anteriormente expuesto por los especialistas de orden médico se rompe el nexo de causalidad entre el daño a la salud que presenta la Sra. Nubia Moreno y el procedimiento quirúrgico que le fue realizado a la misma, dado que el galeno observó los procedimientos e instructivos necesarios, sin complicaciones como se indicó en la descripción quirúrgica y el control post-operatorio con apoyo de las imágenes diagnósticas y controles efectuados, de los cuales se tiene plena prueba en el proceso.”

10

Por lo anterior, es claro el yerro en el que incurre el fallo recurrido en su superficial valoración probatoria, dejando a un lado la verdadera valoración de las historias clínicas en su totalidad, la adecuada valoración del peritazgo con la objetividad que se requiere como apoyo el fallador, y yerra por desestimar las la realidad de las imágenes descritas, y las anotaciones de los médicos tratantes inclusive del médico demandado, que **describen y mencionan ellos mismos** que existió lesión neurológica, que existió un daño probado y demostrado con la neuropraxia post operatoria con pie caído -ver notas post operatorias-, y las imágenes claras de fractura de tornillos.

En tema de responsabilidad médica, no se puede simplemente esgrimir el argumento de **“se cumplió con la Lex artis”**, se debe probar su apego o su desapego a la esta ley del arte; De esa forma bastaba en este caso valorar y revisar por el fallador los documentos clínicos aportados para saber y entender que el

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

error o mal praxis se presenta como complicación del procedimiento realizado, descrito en la literatura médica aportada, de la cual para nada se menciona en el fallo recurrido... Para ello, la doctrina y la jurisprudencia ha mencionado:

Según la literatura médica especializada, la práctica de la medicina basada en la evidencia es *«el uso consciente, explícito y prudente de la mejor evidencia actual para tomar decisiones en la atención de pacientes individuales. (...) El “uso de la conciencia” requiere la aplicación consistente de la evidencia cuando lo indiquen las circunstancias individuales y el “uso prudente” exige la integración de la experiencia clínica y la evidencia para equilibrar los riesgos y los beneficios de las pruebas y tratamientos para el individuo, de acuerdo con su circunstancia y preferencias personales. Por definición, la medicina basada en la evidencia se practica cuando se integran la experiencia clínica y la mejor evidencia disponible de una búsqueda sistemática en la bibliografía relevante»*.⁷

La *lex artis* médica, en suma, son los estándares de la medicina con base en la evidencia, la cual resta importancia a la intuición, la aplicación irracional de lineamientos, la experiencia clínica no sistemática y la justificación fisiopatológica (ojo clínico) como bases suficientes para tomar decisiones médicas, dando mayor valor a los resultados de los exámenes sustentados en la investigación científica.⁸

La medicina basada en pruebas científicas no debe entenderse como un desprecio de la experiencia clínica y la fisiopatología, pues *«los buenos médicos utilizan tanto la experiencia clínica individual como la mejor prueba externa disponible, ninguna de las dos suficiente por sí misma. Sin experiencia clínica la práctica se arriesga a quedar tiranizada por la evidencia, ya que incluso la evidencia externa excelente sería inaplicable o inapropiada para un paciente individual. Sin la mejor evidencia actual, la práctica corre el riesgo de*

⁷ Herbert Peterson, Susan Meikle y Brian Haynes. Obstetricia y ginecología basadas en evidencias. En Tratado de obstetricia y ginecología, 9ª ed. Mc Graw-Hill: 2005, p. 1115.

⁸ Ibid, p. 1116.



quedar obsoleta muy pronto en detrimento de los pacientes».⁹

(...)

Los protocolos prácticos basados en la evidencia están disponibles para guiar las decisiones clínicas. Las etapas y lineamientos para su diseño son definidos por instituciones y organizaciones de gran prestigio internacional. «*La intención general de los lineamientos para la práctica es informar las decisiones médicas y disminuir las variaciones en la atención por medio de la influencia sistemática sobre las decisiones clínicas*».¹⁰

Las guías, manuales y normas técnicas del Ministerio de Salud y las entidades territoriales son reglamentaciones acerca de la atención que debe brindarse a los pacientes para lograr los estándares exigidos por el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad (SOGC), cuya violación lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo.¹¹

12

El cumplimiento de los parámetros exigidos por la *lex artis medicorum* otorga significado a la noción de “*buen técnico o profesional de la medicina*”, pues ésta sin aquélla es un concepto vago, impreciso e imposible de ser tomado como patrón objetivo para la determinación de la culpa médica. La expresión “*buen técnico o profesional de la medicina*” sólo adquiere sentido cuando se contrasta con los criterios aportados por el conocimiento científico afianzado, porque de lo contrario se estaría admitiendo como patrón de prudencia o buena praxis médica un comportamiento no profesional basado en la intuición, la mera costumbre, la aplicación irracional de lineamientos, la experiencia no sistemática y el diagnóstico con base en el “*ojo clínico*”, más cercanos a las prácticas mágicas o supersticiosas que a la medicina fundamentada en la evidencia científica.

Dice la CSJ en la sentencia del 30 de septiembre de 2016, SC13925-2016: “La culpa civil sólo logra configurarse cuando se verifican las posibilidades reales que

⁹ Ibid. p. 1116.

¹⁰ Ibid, p. 1119.

¹¹ SC 13925 del 30 de septiembre de 2016. Rad. 2005-00174-01.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB

Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

el agente tuvo al ejecutar su conducta. Los parámetros que rigen la conducta del agente normalmente no están positivizados, salvo algunos casos de reglamentaciones administrativas, como por ejemplo las normas de tránsito; las normas sobre calidad total del servicio de salud; las guías y protocolos médicos de los servicios seccionales de salud de los municipios... La violación de tales pautas, como ya se dijo, lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo. Únicamente si se prueba en el proceso la existencia de tales pautas de conducta y que el demandado las infringió habiendo tenido la posibilidad de actuar conforme a lo que el ordenamiento esperaba de él, es posible imputar culpabilidad”.¹²

El fallo recurrido menciona el debido cumplimiento de la lex artis, el buen actuar, pero nada analiza de los componentes reales de esa doctrina médica que guía al juez a determinar si la actuación esta o no enmarcada en una correcta conducta, recordar que el fallador es lego en materia médica y para ello requiere del apoyo de las fuentes de la lex artis médica¹³

Por otro lado, yerra de forma flagrante el fallo recurrido al mencionar que no existe prueba del nexo de causalidad, cuando su valoración de pruebas es errada dejando a un lado la lesión post quirúrgica, las manifestaciones descritas de lesión neurológica sufrida, el pie caído y la fractura de los tornillos, que demuestra que existe una clara relación causa efecto entre el daño sufrido durante el procedimiento de colocación de tornillos en columna (compresión por tornillo en L5 y fractura del tornillo colocado), y la actuación del médico tratante, quien es el mismo que describe la lesión neurológica con parestesias, hipoestésias en miembro inferior en el post quirúrgico inmediato, que no tenía antes del procedimiento realizado, y que confirma con la electromiografía realizada¹⁴, con ello es determinante la existencia de la lesión neurológica que presenta la paciente después de la cirugía realizada, es indicio determinante y prueba del nexo de

¹² SC 13925 del 30 de septiembre de 2016. Rad. 2005-00174-01.

¹³ Lex artis médica: Medicina basada en la evidencia, guías de práctica clínica, protocolos médicos, doctrina médica, artículos científicos, revistas médicas, y baremos.

¹⁴ La plena prueba del daño y sus consideraciones de génesis están en la calificación de la Junta Regional de calificación de invalidez aportada.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

causalidad; de no haberse realizado la cirugía de instrumentación con tornillos en la señora Nubia Moreno, continuaría con su dolor lumbar, pero sin el pie caído.¹⁵ Es decir el fallo recurrido yerra en su valoración de pruebas, y de un análisis detallado de los elementos del nexo causal y sus teorías.

Es claro el hecho generador del daño con la actuación del medico demandado, que genera un daño en la paciente que no correspondió nunca a la enfermedad de base por la cual asiste a la consulta, y que es producto de la atención medico quirúrgica como una complicación POP del acto quirúrgico, como bien claro esta descrito.

Tal y como lo define el sistema de calidad y la OMS: el daño demandado en este proceso, sufrido por Nubia Janet Moreno, es evento adverso, definido como un daño producido como consecuencia de la atención asistencial, toda vez que en este caso existe una neuropraxia, neuropatía y radiculopatía postoperatoria de la laminectomía realizada por el Dr. Camilo Zubieta Neurocirujano, que no existía previa a la cirugía como quedó demostrado y no valorado por el fallo recurrido.

14

Complementa el fallo su yerro en consideraciones cuando menciona:

“De lo manifestado en la demanda, y lo adosado en el plenario tanto la entidad prestadora de servicios de salud, Salud Total E.P.S. y la IPS Policlínico del Olaya S.A., el despacho advierte, que tampoco existe de nexo causal entre los hechos que se reclaman por la demandante en responsabilidad civil y lo probado, luego de agotadas las etapas procesales ya evacuadas; en efecto, por la E.P.S. Salud Total se dio la prestación de servicio de salud, sin que se hubiese formulado reparo frente al tratamiento o medicamentos pendientes por parte de esta; y la IPS Policlínico del Olaya S.A. estuvo presta a proporcionar los servicios de salud, mientras fue tratada en el mismo.”

¹⁵ Condictio sine qua non – prueba del nexo de causalidad que se da al hacer una abstracción de eventuales sucesos que pueden estar íntimamente relacionados con la producción del daño.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Es un error el análisis de las consideraciones del fallo recurrido con relación a la responsabilidad de la EPS, se aparta del precedente jurisprudencial con relación a la responsabilidad de las Empresas promotoras de Salud y la solidaridad que tienen estas con las IPS de su Red prestadora de servicios de salud¹⁶, nada menciona en sus consideraciones de la responsabilidad de la EPS¹⁷ por incumplimiento de los principios rectores de calidad, oportunidad y eficiencia¹⁸, es decir se aparta del sustento normativo aplicable al caso en concreto, correspondiente a la seguridad social en salud.

La sentencia CSJ-SC 193-2017 al respecto menciona:

“En el mismo sentido, los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, señalan que las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio, como bien se explicó líneas arriba.

Vale la pena reiterar, que el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 impuso a las EPS la responsabilidad de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento en salud, que incluye la garantía de calidad en la prestación de los servicios de salud, en los siguientes términos:

«Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las

¹⁶ Art. 14 Ley 1122 de 2007 “...articulación de la red que permita su acceso efectivo...”

¹⁷ Sentencia CSJ- SC 13925 septiembre 2016.

¹⁸ Ley 100 de 1993, ley 1438 de 2011, y especialmente art. 14 de la ley 1122 de 2007. Además del decreto 1011 de 2006, resolución 1043 de 2006.



responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento». [Se resalta]

Por consiguiente, fue la misma ley la que asignó a las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes la obligación de representar a los afiliados ante las instituciones prestadoras, garantizar la calidad de los servicios de salud y asumir el riesgo transferido por el usuario mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el POS.

Finalmente, el artículo 3° de la ley 1438 de 2011 estableció: «*Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada*». Esta obligación de brindar una atención en salud oportuna, integral y de calidad implica un enfoque sistémico que involucra la responsabilidad de todos los miembros de la organización encargada de la prestación del servicio de salud.

El paradigma de sistemas es imprescindible para comprender el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud y del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud, contenidos en el marco normativo que se ha reseñado con precedencia; así como para la atribución de responsabilidad civil a sus agentes.”

Desconoce el fallo recurrido por su indebida aplicación normativa y precedente jurisprudencial que la EMPRESA PROMOTORA SALUD TOTAL incurrió en violación a sus funciones de asegurador, por la violación a las funciones indelegables del aseguramiento en salud, dentro de los cuales comprende la articulación de la red de prestadores de servicios de salud -Policlínico del Olaya- que permita el acceso efectivo, la gestión del riesgo en salud y la garantía de la calidad. No existió en el proceso prueba alguna que demostrara la realización a auditoria para el caso en concreto, que es obligatorio en su realización¹⁹

¹⁹ Decreto 780 de 2016, art. 2.5.1.4.1, Art. 32 del decreto 1011 de 2006; Art. 2.5.1.4.4. Art. 35 del decreto 1011 de 2006

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Por otro lado, apelo de forma respetuosa el numeral segundo del resuelve del fallo, en lo referente a la condena en costas a la parte demandante en su concepto de agencias en derecho, por el monto establecido de \$18'810.000, sin debida justificación de su formulación, sin encontrarse inmersa ninguna conducta antiética o dilatoria en las actuaciones procesales, habiéndose llevado un proceso en franca lid si actuaciones reprochables por los actores dentro del proceso. Por ello, solicito respetuosamente al Ad Quen valorar la aplicación debida de este concepto como un pago de gastos realizados por el ganador y no como una sanción al perdedor.

“Estos preceptos, interpretados en forma armónica, permiten inferir que no es imperativo condenar en costas a la parte vencida, toda vez, que en aquellos casos en que la demanda prospera, el Fallador, tras realizar un análisis de la conducta de la demandada, puede abstenerse de imponerlas, si el juicio de valor realizado le indica que no existe una conducta procesal que amerite la condena; y si por el contrario, el juez encuentra demostrado algún comportamiento dilatorio o indicativo de mala fe, puede optar por sancionar a la parte con la imposición de las costas (expensas y/o agencias en derecho), siempre y cuando, en el expediente aparezca demostrado que se causaron. La condena en costas procesales, fue consagrada por el legislador como una sanción para la parte vencida, por lo tanto, no puede acudirse al criterio objetivo para imponerla, habida consideración a que la imposición de una sanción implica un juicio de valor, en este caso respecto de la conducta asumida por la parte vencida en el transcurso del proceso, de manera que si el juzgador advierte una actitud temeraria, una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o incluso el ánimo dilatorio de la parte vencida, puede hacer uso de su poder sancionatorio e imponer las costas a la parte, que considera, ha incurrido en una conducta reprochable, que no se enmarca en el ejercicio adecuado del derecho a acceder a la administración de justicia”.²⁰

17

²⁰ Fallo 0592 de 2017 Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

PRETENSIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Así las cosas, el presente recurso de apelación tiene como finalidad que la Honorable Magistrado Ponente, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, evalúe *bajo las reglas de la sana critica* el fallo recurrido por los yerros en que se incurre en las consideraciones del fallo recurrido y su consecuente resuelve.

Solicito respetuosamente a la Honorable Magistrado Ponente, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en consecuencia y en sede de apelación se revoque el fallo recurrido emitido por el Juzgado Treinta (30) Civil del Circuito, con fecha 16 de junio de 2023, y como consecuencia se concedan todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la pasiva.

Respetuosamente,

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ

CC. 19'434.330 de Bogotá
TP 185.434 CSJ
leurogutierrez@hotmail.com

CC

nubiasm@saludtotal.com.co
maye.opcionlegal@gmail.com
marcelarodriguezr5@gmail.com
hmedina@mypabogados.com.co
notificacionesjud@saludtotal.com.co
projudiciales@cpolaya.com.co
camilozubieta@hotmail.com
anamfuto548@gmail.com
anfuentes@equipojuridico.com.co

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYALA PULGARIN RV: RECURSO REPOSICIÓN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 09/11/2023 12:23

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

📎 3 archivos adjuntos (1 MB)

1- Recurso Reposición Tribunal.pdf; 2- AUTO CONCEDE EFECTO SUSPENSIVO.pdf; 3- Registro defunción Mar. Carmen Mora.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYALA PULGARIN

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Luis Antonio Saenz Gordillo <saenzgluis@yahoo.es>

Enviado: jueves, 9 de noviembre de 2023 12:16

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: katherinemartinezroa@imperadaabogados.com <katherinemartinezroa@imperadaabogados.com>

Asunto: RECURSO REPOSICIÓN

Señor Secretario

TRIBUNAL DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala Civil

E. S. D.

Ref. RENDICIÓN DE CUENTAS N° 2013- 050-00

De: NUBIA LUCIA ARIZA PEREZ

MILEN HERCILIA ARIZA

MARIA STELLA AVILA

Vs: MARIA DEL CARMEN MORA (q.e.p.d.)

Magistrada Sustanciadora Doctora ADRIANA AYALA PULGARIN Sala 148.

En mi calidad de apoderado de la demandada, comedidamente le solicito adjuntar al expediente el registro de defunción, memorial recurso, Auto del Juzgado A QUO

Si es posible acuse recibo.

atentamente.

Luis Sáenz

saenzgluis@yahoo.es

luissaenzgordillo11@gmail.com

katherinemartinezroa@imperadaabogados.com

secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co



saenzgluis@yahoo.es

San Rue

Bufete de Abogados
Libros- luissaenzgordillo11@gmail.com

Carrera 5 No. 16-14 Of. 706

Móvil-WhatsApp
3112699678
Bogotá D C

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala Civil

E. S. D.

Ref. RENDICIÓN DE CUENTAS N°110013103007- 2013- 00050-00

De: NUBIA LUCIA ARIZA PEREZ
MILEN HERCILIA ARIZA
MARIA STELLA AVILA

Vs: MARIA DEL CARMEN MORA (q.e.p.d)

Magistrada que hace la ponencia. Doctora ADRIANA AYALA PULGARIN
Sala 148.

LUIS ANTONIO SAENZ GORDILLO, teléfono 3112699678, Email saenzgluis@yahoo.es, en mi calidad conocida de autos, como apoderado de la obitada señora MARIA DEL CARMEN MORA (q.e.p.d), para interponer recurso de REPOSICIÓN contra su providencia calendado 03 de noviembre de 2023, en la que se ADMITE el recurso de Apelación que interpuse contra la sentencia de la señora Juez A QUO, pero se admite en el efecto devolutivo. Es para que se reestudie y modifique el efecto en el que se concedió y se conceda en el efecto SUSPENSIVO. Por los siguientes:

1)- Cuando, por la honorable Juzgadora A QUO, se dictó la sentencia, por este sujeto procesal se incoo recurso de Apelación, el que fue concedido en el efecto Devolutivo, como:

1.1)- Se está tramitando un proceso declarativo, en el que no hay medidas cautelares, ni otros trámites que realizar, no es necesario mantener el expediente en el Despacho Judicial, para realizar actuaciones pendientes.

1.2)- El efecto devolutivo tiene como fin realizar la orden emanada en la providencia impugnada. Precisamente se recurrió, porque la oposición y desacuerdo en la rendición de cuentas, que, no se deben presentar, porque ya se hizo en el trámite del proceso de sucesión.

2)- La señora Juez 47 Civil del circuito de Bogotá, quien dictó la sentencia, por remisión que le hiciera el Juzgador 07, en cumplimiento de la descongestión ordenada por el Honorable consejo Superior de la Judicatura. Consideró, que, si efectivamente el tramite debe quedar suspendido, porque no hay nada pendiente que realizar y porque el trámite fue el del proceso declarativo (...). Así fue que se concedió en el efecto SUSPENSIVO.



saenzgluis@yahoo.es

San Rue

Bufete de Abogados
Libros- luissaenzgordillo11@gmail.com

Carrera 5 No. 16-14 Of. 706

Móvil-WhatsApp
3112699678
Bogotá D C

-2-

3)- Como durante el trámite del proceso, ocurrió un hecho nuevo y es, que el día 17 de abril de 2021 fallece la demandada señora MARIA DEL CARMEN MORA Vª DE GUAUTA (q.e.p.d) y como consecuencia de la muerte, humildemente considero, que, hay que revisar si es procedente aplicar la Sucesión Procesal de que trata el Art. 68 del C.G.P., pero interpreto negativamente, pues, en el caso de la rendición de cuentas del Albacea, no es aplicable porque, es un cargo "intuito personae, que, solo ella sea la encargada de rendir esas cuentas, porque:

3.1)- Del estudio de la Ley sustancial, considero con todo respeto que es la interpretación que se desprende del Código Civil, prescribe la no transmisibilidad de las gestiones ni responsabilidades del albaceazgo. Sucintamente el Art.- 1336 del C.C., entre otras, enseña que, el Albaceazgo no es transmisible a los herederos (...). si se puede aplicar esa interpretación, no procede aplicar la figura procesal de la "sucesión procesal" de que trata el régimen procedimental o C.G.P.

3.2)- Es su autoridad la competente para desatar la controversia, porque si se concede el recurso en el efecto devolutivo, habría que presentar desde ahora las cuentas, sin que se resuelva si cabe, si es procedente o no esa rendición de cuentas, porque no quedaron bienes que produjeran dividendos o rendimientos. Igualmente, en la partición por la liquidación de la sucesión del testador y causante abintestato, porque el trámite fue mixto, las demandantes recibieron sus asignaciones, tanto en dinero como en inmuebles, por ello ya no hay más qué contabilizar.

Concepto: De manera respetuosa y con base en lo preceptuado por el En la aplicación práctica del derecho sustancial, hay actos Intuito Personae y consiste en que por ello solo pueden ser realizados por el encargado, circunstancia que hace que solo el encargo nombrado ya contractual o legalmente, solo y únicamente él, sea el que puede y debe realizar el encargo.

Con todo respeto Doctora Adriana, Honorable Magistrada que hace de la ponencia, considero señoría que: Por lo anterior y en sana crítica, podría entonces terminarse el proceso, por imposibilidad de la realización del informe de la gestión, cual es la pretensión. Por ello le ruego que la Admisión del Recurso sea en el efecto SUSPENSIVO.

De la misma manera, le solicito que, se suspendan los términos, mientras se desata el presente recurso y que desatado, si ya se contabilicen los términos para presentar los alegatos de sustento del recurso de Apelación.



saenzgluis@yahoo.es

San Rue

Bufete de Abogados
Libros- luissaenzgordillo11@gmail.com

Carrera 5 No. 16-14 Of. 706

Móvil-WhatsApp
3112699678
Bogotá D C

-3-

Adjunto copia del registro de defunción de la demandada, copia de la providencia de la señora Juez A QUO, que reviso la concesión del recurso y que se hizo en el efecto SUSPENSIVO, precisamente por ser estar en un proceso declarativo y no haber más diligencias que realizar, hasta que se desate el recurso interpuesto.

Honorable Magistrada, atentamente

LUIS ANTONIO SAENZ GORDILLO
T.P. 45.273 C.S. J.
saenzgluis@yahoo.es

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Expediente No. 110013103-007-2013-00050-00
Clase: Rendición de cuentas

Resuelve el despacho el recurso de reposición, interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra el auto proferido el pasado 22 de septiembre de 2021, mediante el cual el Despacho concedió el recurso de apelación en efecto devolutivo.

ANTECEDENTES

En proveído del 22 de septiembre de 2021, por encontrarlo procedente se procedió a conceder el recurso de apelación en efecto devolutivo, en contra de la sentencia de fecha 16 de junio de 2021.

Providencia contra la cual, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de reposición argumentando que, el recurso de apelación interpuesto debía concederse en efecto suspensivo.

En el traslado que se le dio a la contraparte del recurso interpuesto, no hubo manifestación al respecto.

CONSIDERACIONES

Por sabido se tiene que el recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión, vuelva sobre ella para que analice su legalidad y en caso tal revoque, modifique, o adicione, cuando se evidencie que haya incurrido en errores in procedendo o in judicando.

Estudiado el recurso y el artículo 323 del C.G.P., dispone que “...*Efectos en que se concede la apelación...Se otorgará en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las que sean*

simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo...” .

El proceso de rendición de cuentas tiene dos fases y la primera que es la que aquí nos ocupa, es donde se declara que se debe rendir cuentas, a lo cual se evidencia que es de naturaleza declarativa. Por lo anteriormente expuesto y sin entrar a más detalles se evidencia que le asiste razón al apoderado de la parte demandada, por lo tanto, se revocará el auto de fecha 22 de septiembre de 2021, y se concederá el recurso de apelación en efecto suspensivo.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.,**

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la providencia impugnada conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: **CONCEDER** en efecto **SUSPENSIVO** la apelación interpuesta en contra de la sentencia del 16 de junio de 2021, de conformidad a lo regulado por el artículo 323 del Código General del Proceso, para ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, por secretaria procédase de conformidad.

Notifíquese,

Firmado Por:
Aura Claret Escobar Castellanos
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 47
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cf084e83117a2b090e67766224104150400573f39aade3b1ae8a3407b692a5cc**

Documento generado en 15/08/2023 01:32:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

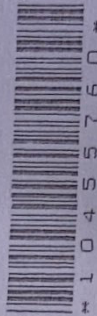


ORGANIZACIÓN ELECTORAL
REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

REGISTRO CIVIL DE DEFUNCIÓN

Indicativo
Serial

10455760



Datos de la oficina de registro							
Clase de oficina:	Registraduría	Notaria	<input checked="" type="checkbox"/>	Consulado	Corregimiento	Insp. de Policía	Código
País - Departamento - Municipio - Corregimiento e/o Inspección de Policía							A 8 D
COLOMBIA - CUNDINAMARCA - BOGOTA D.C. NOTARIA 21 BOGOTA DC * * * * *							

Datos del inscrito	
Apellidos y nombres completos	
MORA VDA DE GUAUTA MARIA DEL CARMEN * * * * *	
Documento de identificación (Clase y número)	Sexo (en Letras)
CC No. 20072642 * * * * *	FEMENINO * * * * *

Datos de la defunción			
Lugar de la Defunción: País - Departamento - Municipio - Corregimiento e/o Inspección de Policía			
COLOMBIA - CUNDINAMARCA - BOGOTA D.C. * * * * *			
Fecha de la defunción		Hora	Número de certificado de defunción
Año	Mes	Día	
2 0 2 1	A B R	1 7	03:45 727163886 * * * * *
Presunción de muerte			
Juzgado que profiere la sentencia		Fecha de la sentencia	
* * * * *		Año Mes Día	
Documento presentado		Nombre y cargo del funcionario	
Autorización judicial <input type="checkbox"/>	Certificado Médico <input checked="" type="checkbox"/>	JORGE IVAN BUSTAMANTE GOMEZ - MEDICO * * * * *	

Datos del denunciante	
Apellidos y nombres completos	
AMAYA CORREA MARIA YOLANDA * * * * *	
Documentos de Identificación (Clase y número)	Firma
CC No. 51607078 * * * * *	

Primer testigo	
Apellidos y nombres completos	
* * * * *	
Documentos de Identificación (Clase y número)	Firma
* * * * *	* * * * *

Segundo testigo	
Apellidos y nombres completos	
* * * * *	
Documentos de Identificación (Clase y número)	Firma
* * * * *	

Fecha de inscripción		Nombre y firma del funcionario que autoriza	
Año	Mes	Día	
2 0 2 1	A B R	1 9	CARMIÑA CASTILLO PRIETO

ESPACIO PARA NOTAS	
OTRO: AUTORIZADO POR CARMIÑA CASTILLO PRIETO NT 21 ENC. RESOLUCION NO. 3202 DEL 14 DE ABRIL DE 2021.; 19/04/2021	

10 MAY 2021

ORIGINAL PARA LA OFICINA DE REGISTRO

LA PRESENTE FOTOCOPIA FUE TOMADA DEL ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE ESTA NOTARIA SE EXPIDE A SOLICITUD DEL INTERESADO PARA DEMOSTRAR PARENTESCO, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO CON EL ARTICULO 115 DECRETO 1260 DE 1970. ESTA COPIA NO CADUCA

CARMIÑA CASTILLO PRIETO
NOTARIA VEINTIUNA (21) ENCARGADA
RESOLUCIÓN No. 2593 DEL 24 de Marzo de 2021




MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO RV: 11001310303220190029802

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 02/11/2023 14:12

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

 1 archivos adjuntos (249 KB)

sustenta apelación.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Dionisio Araujo <dionisioaraujo@hotmail.com>

Enviado: jueves, 2 de noviembre de 2023 11:56

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: MALAVERA.ABOGADOS@GMAIL.COM <MALAVERA.ABOGADOS@GMAIL.COM>; Luisa Fernanda Niño Carrillo <luisanino.legal@Outlook.com>

Asunto: RE: 11001310303220190029802

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL

MP. Ricardo Acosta Buitrago

Origen: JUEZ 32 CIVIL CIRCUITO

Bogotá

Ref: 11001310303220190029802

Verbal de Omar Darío Torres Moreno VS. Previsora Seguros.

DIONISIO ENRIQUE ARAUJO ANGULO, abogado en, actuando en este asunto en condición de procurador judicial de PREVISORA SEGUROS SA, dentro del término legal concurre al Proceso con el fin de descorrer el traslado del recurso de apelación presentado por el demandante, y a presentar sustentación de apelación, contra la sentencia escrita dictada el 15 de noviembre del año que avanza, por cuenta del auto admisorio del mismo de 30 de octubre de 2023.

Dionisio Araujo Angulo
Oficina de Abogados
Cra 19 # 114-65 oficina 311
tels 57 1 8050477
www.dionisioaraujo.com
Bogotá, Colombia

Este correo puede contener información confidencial, reservada con ocasión de la relación cliente - abogado.
This e-mail might contain confidential information, reserved due client - attorney relationship.



HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
MP. Ricardo Acosta Buitrago
Origen: JUEZ 32 CIVIL CIRCUITO
Bogotá

Ref: 11001310303220190029802
Verbal de Omar Darío Torres Moreno VS. Previsora Seguros.

DIONISIO ENRIQUE ARAUJO ANGULO, abogado en, actuando en este asunto en condición de procurador judicial de PREVISORA SEGUROS SA, dentro del término legal concurro al Proceso con el fin de descorrer el traslado del recurso de apelación presentado por el demandante, y a presentar sustentación de apelación, contra la sentencia escrita dictada el 15 de noviembre del año que avanza, por cuenta del auto admisorio del mismo de 30 de octubre de 2023.

OPOSICIÓN AL RECURSO PRESENTADO POR LOS DEMANDANTES.

Estando dentro de la oportunidad legal, presento argumentos para descorrer el traslado del recurso radicado ante el A Quo.

1. Reparos contra la declarada responsabilidad compartida

Señala el apelante que no debió declararse coparticipación o concausa en la determinación del daño por cuenta de la inactividad de su representado para solucionar el problema de marcación.

Olvida el apelante que enterada Previsora de la condición de usada de la cabina instalada por Centro Diesel de mala fe, equivalente a dolo, en conducta que no compromete a Previsora pues ella, como lo dice la sentencia recurrida, fue también engañada por ese talles autorizado por Chevrolet para reparar vehículos de su marca, en septiembre de 2018, ofreció de buena fe coadyuvar los trámites de homologación de la cabina ante las autoridades de tránsito, corriendo con los cargos que ello impusiese. Desde ese momento estuvo en poder del demandante hacer cesar la supuesta causa de inmovilización del vehículo, esto es, de hacer menos gravosa la situación de la aseguradora, que es obligación positiva a voces del artículo 1074 del C. de Co. Que dispone:

“Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas.”

En claro y voluntario desconocimiento de tal deber, el demandante no hizo nada para evitar la propagación de los efectos desfavorables que según él mismo le causaba la reparación del vehículo en la forma en que, en ejercicio de una facultad que la Ley le confiere al asegurador, Previsora lo hizo de buena fe, recurriendo a un taller autorizado Chevrolet. Y es viejo principio de derecho el que dice que nadie se puede beneficiar de su propia culpa.

Esta misma razón se debe considerar al valorar la tercera acusación al fallo apelado, pues es claro que los demandantes se expusieron negligentemente al daño, y esa actuación negligente no los puede beneficiar, ni puede ser fuente de derecho a reclamar a Previsora.

Por ello no le asiste razón al apelante en estos cargos, los que se piden desestimar.

2. SOBRE LA PRUEBA DEL DOLO

Señala que debió declararse que Previsora actuó con dolo, imagino de cara a una tasación diversa de los perjuicios.

Sobre el dolo, esto es, la intención directa y reflexiva de contrariar un mandato obligacional que es en lo que consiste en esta esfera procesal, de acuerdo con lo dicho por el Juzgado y a la luz de las pruebas recabadas, Previsora no sólo actuó en forma diligente y profesional al recomendar como taller autorizado para reparar o refaccionar el vehículo Chevrolet de los demandantes a un taller autorizado por la

.....
marca en Colombia, sino que además es uno reputado y con amplia experiencia en esa clase de vehículos.

Y que a Previsora dicho taller le dijo que la reparación se había hecho montando una cabina nueva, por la que pagó lo que le cobró el taller, lo que de suyo impone concluir que actuó no sólo de buena fe, sino de buena fe exenta de culpa. No hay medio de prueba que acredite intención maliciosa en Previsora, lo que debe llevar, como se pide, a negar el cargo.

3. INASEGURABILIDAD DEL VEHÍCULO POR CUENTA DE LA REPARACIÓN EFECTUADA, REPOSICIÓN A NUEVO, VICIO OCULTO Y LUCRO CESANTE FUTURO.

Varios cargos desarrolla el apelante en procura de que se aumente el valor de la condena que le fue reconocida. Ninguno de ellos encuentra respaldo en lo probado en el proceso, por el contrario, evidente resulta que el fallador de instancia valoró indebidamente las pruebas e inaplicó o aplicó equivocadamente preceptos normativos, que de haberse aplicado o valorado correctamente, como se pide al H. Tribunal, habrían llevado a negar las pretensiones de la demanda.

El primero de tales yerros es que el A Quo tuvo por probado el daño reclamado, cuando en realidad ese daño reclamado no se produjo, el vehículo fue reparado y dejado en estado de servir, y no hay prueba alguna que permita aseverar que es inasegurable, además de que la asegurabilidad o no en nada afecta la operación comercial del automotor. No hay daño, y por tanto no debió haber condena.

Ruego al Honorable Tribunal reconocer que la sentencia recurrida reconoce la indeterminación del daño, lo eventual o hipotético que es, al decir que, por la falta de homologación de la cabina (que la misma sentencia reconoce es un trámite que sólo podría ejecutar el propio demandante como propietario inscrito del mismo ante el RUNT), era posible que se produjese su inmovilización, sin que esa inmovilización estuviese probada, ni además ella guarda relación alguna con la causa para pedir el daño, que se ubicó por el demandante en la supuesta, jamás probada, inasegurabilidad del automotor. Dice la sentencia recurrida:

“no presenta las condiciones adecuadas para la explotación económica y al no haberse efectuado la homologación de la cabina y presentar deterioro en las plaquetas de identificación, en el evento de mantenerlo en circulación, podría producirse su inmovilización por la autoridad policial” (subraya fuera de texto)

Si no hay daño cierto, preciso, determinado, no puede haber obligación de reparación. Y ese daño no fue probado en el proceso, y al hallarlo probado se equivoca el fallo apelado, lo que se pide corregir en instancia de apelación.

Si bien el fallo encuentra culpa de los demandantes en la desatención de esa posibilidad, sólo lo hace como medida de reducción de la indemnización por la participación de la extensión del daño, al decir:

“el que se encuentra regulado, por lo que válidamente contaba con respaldo, y de haber sido admitido, se habría podido en corto tiempo, (aproximadamente cuatro meses se calcula en la práctica de esas gestiones), retomar la explotación económica del vehículo.”

Ese reconocimiento de que el daño no se da por la falta de asegurabilidad, que es la fuente de la condena como se señaló ex ante en el siguiente párrafo:

“También aludieron a la inasegurabilidad por el señalado hecho, y así lo entiende el Despacho, en especial a partir de la circunstancia de no haberse manifestado ni probado la formalización de la homologación ante la autoridad de tránsito competente, procedimiento para el que se debe diligenciar el formulario de solicitud de trámites del Registro Nacional Automotor”,

sino en la falta de homologación del cambio de cabina ante la autoridad de tránsito, no es esa razón para tan sólo ajustar la condena a título de culpa de la víctima o coparticipación en la extensión del perjuicio, pues siendo esa trámite administrativo



.....
del resorte exclusivo del demandante, no endosable ni reconducible ni trasladable a Previsora, sino para tener por inexistente un daño causado por supuesto incumplimiento de mi mandante.

Esa contradicción intrínseca en el fallo debe ser razón adicional para que en esta sede de apelación se acoja la solicitud de revocación de la condena

Y si no hay daño, y además no hay prueba de su cuantía, no bastando la sola afirmación de que ella está asociada con un supuesto lucro cesante, no acreditado pues la inmovilización del camión es consecuencia de una decisión unilateral de los demandantes, no apoyada técnicamente en razones de seguridad o de falta de funcionalidad adecuada y en condiciones de seguridad del vehículo, pues no podía, como equivocadamente se hizo, condenar a Previsora al pago de suma de dinero por fuera del valor del contrato de seguro.

Es intrínsecamente contradictorio el fallo al reconocer que el lucro cesante pudo haber cesado en un trámite que tomaba un poco más de cuatro meses, para condenar a una suma por lucro cesante prolongado en el tiempo más allá de esos cuatro meses, lo que hace que esta sentencia sea injusta y produzca un enriquecimiento en cabeza del demandante, que Previsora no debe soportar, ni la judicatura puede prohijar, como se pide reconocer al Tribunal.

- - - - -

Procedo a continuación a desarrollar los cargos formulados por Previsora en contra de la sentencia, que ruego reconocer mediante sentencia que al revocar la de primera instancia, absuelva a mi mandante de lo pretendido, aprovechando este documento como adhesión a la apelación presentada por el demandante

1. FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO. ERROR EN EL CALCULO DEL PERJUICIO OBLIGADO A INDEMNIZAR. INDEBIDA VALORACIÓN DE LA INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL DE DIANA LORENA SÁNCHEZ

No se ha condenado a Previsora por no cumplir su principal prestación, la de indemnizar al asegurado con ocasión de la Materialización del riesgo asegurable, pues probado tuvo el Despacho que con ocasión del accidente menor Previsora autorizó por parte del taller autorizado Centro Diesel la reparación del vehículo asegurado, y que dicha reparación, de conformidad con lo dicho por los peritos que concurrieron al proceso por parte de Colserauto y de AutoSell, está en buenas condiciones de reparación y es apto para operar con seguridad como tractocamión.

Se le ha condenado cómo si hubiese aceptado para si una prestación que no está definida ni en la Ley ni en el contrato por el cual se le convoca, una determinada forma de hacer o adelantar la reparación, no para tratar de llevar al vehículo a unas condiciones similares a las que tenía antes del accidente y después de cerca de dos años de uso, sino a dejarlo como nuevo, instalando una cabina que a los demandantes caprichosamente se les antoja como la única suficiente para reparar el vehículo, olvidando que el daño en ese automotor se produjo por cuenta de un accidente de tránsito en el que Previsora no tuvo participación, daños directos de los que no es responsable, sino en virtud del contrato de seguro

El Juez de instancia señala en la sentencia recurrida que reparar el vehículo con una cabina de segunda mano no estaba permitido, lo que no es cierto, pues expresamente el artículo 1110 del C. de Co. Señala que la "indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador." Optando previsora por la reparación y/o reconstrucción del camión, pues no sólo la cabina fue la cosa asegurada, esta, la cabina, es sólo una de las partes afectadas del automóvil entendido como un todo, y entregada instalada y en condiciones de uso normal, se debe tener por satisfecha la prestación.

No se ha demostrado por el demandante que el camión, luego de la reparación, no sirve para su uso normal y ordinario. Los peritos técnicos aseveraron que estaba en buenas condiciones de reparación y presto a ser usado para el fin para el que fue construido.

.....

Pero además se condena a un lucro cesante, no probado, sólo fundado en la afirmación del demandante de un valor que hubiera podido producir, asociado con la supuesta imposibilidad de operarlo por falta de seguro, cuando probado está, cómo lo reconoce el Juez al imputar parte del daño a la conducta de los demandantes, que jamás se llevó al proceso prueba de que se hubiera negado cobertura por ninguna aseguradora.

El testimonio citado del testigo William Plazas Rincón, quien no acreditó en el proceso su condición de testigo experto con documentos, de que ese vehículo era inasegurable, no es de recibo por falta de prueba de referencia que permita comprobar su dicho. La prueba de inasegurabilidad debió partir de la prueba de que los demandantes intentaron asegurar el vehículo, y que obtuvieron respuesta negativa. En los interrogatorios rendidos en el proceso, incluso en el testimonio del testigo Plazas, queda claro que ningún esfuerzo se hizo en procura de ese aseguramiento, y que por ello no fueron capaces en las declaraciones de indicar siquiera qué compañías se seguros habían negado el amparo. Por eso no hay mail, carta o documento alguno que acredite esa negación de amparo, lo que hace al supuesto perjuicio como inexistente, irreal.

Las declaraciones de los peritos citados al proceso también fueron contundentes en ese sentido: ellos no fueron contratados con el propósito de determinar las condiciones de asegurabilidad del vehículo, sólo lo fueron como peritos automotrices y concluyeron que la reparación había sido bien efectuada, y que si bien el vehículo podía tener problemas con los sistemas de verificación de identidad de la cabina por el reproceso al que fue sometida, contundentes fueron en que ese era un tema saneable ante la autoridad de tránsito, y que saneado ese defecto a través de un procedimiento autorizado por ley, la opinión experta es que no habría tenido ya problemas de identificación, claro cómo estaba desde siempre que el vehículo podría haber sido nuevamente puesto en operación luego de la reparación o reconstrucción.

Obvió aplicar el A Quo las normas positivas sobre operación de vehículos de transporte de carga, además, que señalan que un vehículo de carga puede operar normalmente y no requiere para ello de seguro obligatorio, esto es, que aún sin poder contratar una póliza similar a la que tenía contratada con Previsora, pues no está en la norma colombiana prevista la necesidad de contar con seguro de daños, o de responsabilidad extracontractual, para operar como vehículo de transporte de carga, contrario a lo que si ocurre con el transporte de pasajeros, el vehículo era apto para el fin para el que fue adquirido por los demandantes, razón adicional para tener por inexistente el perjuicio o daño reclamado..

Si no era menester contar con seguro, su falta de expedición, aun suponiendo que hubiera sido probada como consecuencia de un incumplimiento de Previsora, no puede ser fuente o causa del daño por lucro cesante, pues la decisión autónoma de mantener parqueado el camión en nada estuvo asociada o relacionada con la eventual falta que se le achaca a Previsora en el proceso de reparación del vehículo.

Hay una indebida valoración de la prueba, y una indebida aplicación de norma positiva, yerro de hecho y de derecho que se pide corregir al Honorable Tribunal, que enseñan que en este proceso no existe como daño el lucro cesante a que fue condenada Previsora, y, parafraseando al profesor Hinestroza, en materia de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, sin daño no hay lugar al estudio de los demás elementos de la responsabilidad como fuente de obligación.

Ruego al Honorable Tribunal reconocer que la sentencia recurrida reconoce la indeterminación del daño, lo eventual o hipotético que es, al decir que, por la falta de homologación de la cabina (que la misma sentencia reconoce es un trámite que sólo podría ejecutar el propio demandante como propietario inscrito del mismo ante el RUNT), era posible que se produjese su inmovilización, sin que esa inmovilización estuviese probada, ni además ella guarda relación alguna con la causa para pedir el daño, que se ubicó por el demandante en la supuesta, jamás probada, inasegurabilidad del automotor. Dice la sentencia recurrida:

“no presenta las condiciones adecuadas para la explotación económica y al no haberse efectuado la homologación de la cabina y presentar deterioro en las



plaquetas de identificación, en el evento de mantenerlo en circulación, podría producirse su inmovilización por la autoridad policial” (subraya fuera de texto)

Si no hay daño cierto, preciso, determinado, no puede haber obligación de reparación. Y ese daño no fue probado en el proceso, y al hallarlo probado se equivoca el fallo apelado, lo que se pide corregir en instancia de apelación.

Si bien el fallo encuentra culpa de los demandantes en la desatención de esa posibilidad, sólo lo hace como medida de reducción de la indemnización por la participación de la extensión del daño, al decir:

“el que se encuentra regulado, por lo que válidamente contaba con respaldo, y de haber sido admitido, se habría podido en corto tiempo, (aproximadamente cuatro meses se calcula en la práctica de esas gestiones), retomar la explotación económica del vehículo.”

Ese reconocimiento de que el daño no se da por la falta de asegurabilidad, que es la fuente de la condena como se señaló ex ante en el siguiente párrafo:

“También aludieron a la inasegurabilidad por el señalado hecho, y así lo entiende el Despacho, en especial a partir de la circunstancia de no haberse manifestado ni probado la formalización de la homologación ante la autoridad de tránsito competente, procedimiento para el que se debe diligenciar el formulario de solicitud de trámites del Registro Nacional Automotor”,

sino en la falta de homologación del cambio de cabina ante la autoridad de tránsito, no es esa razón para tan sólo ajustar la condena a título de culpa de la víctima o coparticipación en la extensión del perjuicio, pues siendo ese trámite administrativo del resorte exclusivo del demandante, no endosable ni reconducible ni trasladable a Previsora, sino para tener por inexistente un daño causado por supuesto incumplimiento de mi mandante.

Esa contradicción intrínseca en el fallo debe ser razón adicional para que en esta sede de apelación se acoja la solicitud de revocación de la condena

Y si no hay daño, y además no hay prueba de su cuantía, no bastando la sola afirmación de que ella está asociada con un supuesto lucro cesante, no acreditado pues la inmovilización del camión es consecuencia de una decisión unilateral de los demandantes, no apoyada técnicamente en razones de seguridad o de falta de funcionalidad adecuada y en condiciones de seguridad del vehículo, pues no podía, como equivocadamente se hizo, condenar a Previsora al pago de suma de dinero por fuera del valor del contrato de seguro.

Es intrínsecamente contradictorio el fallo al reconocer que el lucro cesante pudo haber cesado en un trámite que tomaba un poco más de cuatro meses, para condenar a una suma por lucro cesante prolongado en el tiempo más allá de esos cuatro meses, lo que hace que esta sentencia sea injusta y produzca un enriquecimiento en cabeza del demandante, que Previsora no debe soportar, ni la judicatura puede prohiar, como se pide reconocer al Tribunal.

1.1. EL FALLO APELADO VULNERA EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE PREVISORA. DEFECTO PROCESAL

En relación con el fundamento de la condena por supuesta falta de objeción expresa al juramento estimatorio presentado en el escrito de intervención litisconsorcial de la señora DIANA LORENA SÁNCHEZ, ruego al Tribunal considerar que el A Quo inaplicó normas procesales y desconoció el derecho constitucional de defensa y debido proceso de Previsora al tener en dicha razón prueba de la extensión del daño, al darle valor de prueba al juramento estimatorio, cuando este acto no es posible hacerlo luego de pasado el término para presentar demanda, ni es un acto permitido a quien intervino en el proceso como simple coadyuvante procesal.

Por auto de 13 de abril de 2021 (Arch 13 C01CuadernoPrincilal) el Juez 32 de Bogotá requirió a la interviniente Diana Sánchez para que precisará el alcance de su intervención en el proceso Dijo el Juez:

“se requiere a la interesada para que en el término de cinco (5) días precise a qué acto procesal corresponde su escrito (reforma de la demanda, escrito de coadyuvancia, acción excluyente, etc); lo anterior, por cuanto no existe claridad sobre tal aspecto”.

Y en respuesta a tal requerimiento (Arch 13 C01CuadernoPrincilal) el apoderado de la Sra. Sánchez señaló que el escrito presentado correspondía a una coadyuvancia

Inicialmente aclaro al despacho que del escrito radicado el día 24 de marzo del presente, corresponde al acto procesal de escrito de Coadyudancia frente al proceso del radicado N° 2019-0298, obedeciendo el auto del 23 de febrero de 2021, Como Litisconsorte necesario de la parte pasiva.”

Por cuenta de tal manifestación el A Qui por auto de 1 de junio de 2021 le dio a dicho documento el efecto y alcance de escrito de coadyuvancia. La coadyuvancia está regulada en el artículo 71 del CGP., que para efectos de este cargo rescato lo señalado en el inciso segundo, que dispone:

*El coadyuvante **tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención** y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.*

Esto es, y en virtud del principio de irreversibilidad del proceso que también se consagra en el artículo 70 del CGP. la coadyuvante toma el proceso en el estado en que se encontraba, o como mejor lo explica el profesor Hernan Fabio López : “el tercero que intervenga, si no existe causal de nulidad, no puede pretender que se reabran oportunidades procesales precluidas”

Y como la presentación del juramento estimatorio debe presentarse en la demanda, y cómo la interviniente Diana Sánchez no quiso presentar demanda, sólo coadyuvar la que ya se había presentado, admitida la presentada por parte de Omar Torres y contestada esa, no podía presentar la coadyuvante juramento estimatorio. En todo caso, ante la expresa requisición hecha por el Juzgado por auto de 13 de abril, y aceptada por auto de 1 de junio que la intervención de Diana Lorena Sánchez era a título de tercero coadyuvante, no podía darle los efectos procesales que en la sentencia recurrida le dio al juramento por ella presentado, pues con ello desconoció el principio de irreversibilidad, lo que se pide reconocer en la sentencia que resuelva este recurso.

1.2. INAPLICACIÓN INCISO FINAL ART. 206 CGP.

Señala la sentencia que el juramento estimatorio es plena y suficiente prueba del perjuicio ante la alegada falta de objeción expresa. No fue ese el querer del legislador al instituir la figura, como lo ha dicho la doctrina autorizada. Ese valor de perjuicio debe probarse en los términos del artículo 167 del CHP., pues la prueba unilateral no es válida entre nosotros. La falta de objeción expresa no releva de prueba de la extensión del daño a quien pretende le sea reconocido. Entre otros cito apartes del escrito denominado “el JURAMENTO ESTIMATORIO EN EL AMBITO DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO Y LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” firmado por los abogados Angélica María Jaimes Márquez, Edgar Alfonso Cadena Díaz y Reinaldo Silva Lizarazo

“El juramento estimatorio en su entorno jurídico se manifiesta como juramento aceptado, toda vez que, se debe justificar y explicar todo lo que se afirma, esta es una única prueba sin excepción alguna, a no ser que el juez lo exprese o sea refutado por la contraparte, es así como se da firmeza a la carga procesal en cuanto a la compensación o frutos que trata el artículo 206 del C.G.P.

(...)

Y si se diera el caso de que no se objetaran en el tiempo determinado como es el traslado, se pierde, y su valor probatorio puede quedar definitivo; al presentarse esta situación, el juez puede decretar pruebas, y establecer su



.....
valor o cuantía, lo mismo sucede cuando el juez ve que si la estimación se excede, es injusta o cuando sospeche fraude o colusión.”

Así lo ha entendido la Corte Suprema al decir que debe soportarse en otras pruebas, pues si así no fuese se prohiarían enriquecimientos sin causa. Por ejemplo en auto AC1216-2022 dentro de la radicación 11001319900120190389701 de 28 de marzo de 2022 dijo:

“Con todo, para que la manifestación juramentada logre el referido alcance es menester que satisfaga dos (2) condiciones: (I) sea razonado, esto es, «fundado en razones, documentos o pruebas»¹ y (II) discrimine cada uno de los conceptos que son reclamados.”

El A quo reconoció la inexistencia de un medio probatorio suficiente en que se fundara la reclamación pretendida por lucro cesante, al decir que sólo se presentaron como prueba de su dicho 18 manifiestos de carga para el período anterior al siniestro. Esos son los valores que han debido servir de fundamento a la liquidación del daño, pues son ciertos y provienen de terceros con quienes los demandantes tuvieron negocios ciertos de carga. Allí están los fundamentos de los ingresos alegados como dejados de percibir. No basta afirmar, hay que probar y soportar en documentos u otras probanzas los fundamentos de la estimación. Además considera el Juez que la estimación razonada hecha por la litisconsorte es plena prueba en favor del demandante origina, quien en su demanda original estimó en forma diferente el perjuicio, no pudiendo entonces aprovecharse o beneficiarse de ese acto posterior.

Más si, como en este caso, se ha trasladado la responsabilidad ordinaria del contrato de seguro, que es el de indemnizar en caso de siniestro por el riesgo trasladado, a un incumplimiento de la obligación de reparar cómo una de las obligaciones alternativas con que la Ley le permite a la aseguradora cumplir con su principal prestación, siendo la otra la entrega de dinero.

2. INDEBIDA CONSIDERACIÓN DE CONDICIÓN DE AGENTE DEL TALLER CENTRO DIESEL.

La sentencia dictada imputó a Previsora las consecuencias patrimoniales de las conductas que catalogadas por el Despacho como de mala fe en que incurrió el taller Centro Diesel que llevó a cabo la reparación del vehículo objeto del proceso, y que soportaron su consideración de incumplimiento contractual, bajo la consideración de que Centro Diesel actuó en este asunto en su condición de agente de Previsora Seguros.

Dice la sentencia en el aparte pertinente:

“2.5.3. Ahora, se hace necesario precisar, que aunque los trabajos de reparación del vehículo los adelantó persona distinta a la aseguradora, a través del taller CENTRODIESEL, en virtud de la facultad por ella reservada en el contrato de seguro de seleccionar el lugar para las reparaciones del rodante asegurado, sin especificarse que ante el prestador del respectivo servicio técnico para el arreglo del bien asegurado, debía actuar o intervenir directamente la aseguradora; es lógico interpretar, que la aseguradora no se desligó de la obligación contractual relativa a dejar el vehículo en las condiciones inmediatamente anteriores al siniestro; por lo que no resulta extraño o ilógico considerar al operador del taller como su agente,”

La teoría del agente se configuró en la segunda mitad del siglo XX para examinar la responsabilidad de las personas jurídicas, que sólo pueden actuar a través de sus empleados, para destrabar consideraciones jurídicas en relación con causales de exoneración por el hecho de los empleados de las personas jurídicas y en especial la de debida diligencia frente al criterio de asignación de culpa in contrayendo.

Pero es fundamental en la asignación de las consecuencias dañinas de los actos de los empleados de una persona jurídica la relación consecuencial de los daños y las conductas de los empleados en el marco de las funciones que desplegaban como empleados o trabajadores de esa persona jurídica, porque sin ese debido cuidado la



.....
asignación de responsabilidad al agenciado desbordaría el ámbito de ejecución de sus actividades que no pueden ser otras que las de explotación de su objeto social.

Vale la pena estudiar en sentencia SC 13925 de 2016 de la Sala Civil de la Corte Suprema el recuento que ha tenido en nuestra jurisprudencia esta teoría del agente para examinar la conducta de las personas jurídicas, y de las posibilidades de justificación exonerativas. Dijo la Corte en un aparte de la sentencia:

“De ese modo el juicio de reproche puede recaer sobre la organización; sobre uno o algunos de sus elementos humanos; sobre la organización y uno o alguno de sus elementos, en forma solidaria cuando se cumplen los presupuestos del artículo 2344 del Código Civil; o no recaer sobre ninguno de ellos, según las circunstancias del caso. Todos ellos, tanto el sistema en conjunto como cada uno de sus miembros, tienen las mismas posibilidades de exonerarse de responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o la debida diligencia y cuidado.

La información que está al alcance de cada organización pasa a desempeñar un papel trascendental al momento de atribuir responsabilidad, porque frente a un dominio de información incompleta o asimétrica que altera el desempeño de la empresa y afecta el equilibrio de la competencia perfecta, no es posible exigir el cumplimiento de estándares de responsabilidad basados en una racionalidad ideal máxima. Por ello, la violación del estándar de conducta exigible sólo puede determinarse a partir de un parámetro de diligencia adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, lo que permite identificar la culpa de la organización.”

No es una responsabilidad objetiva la de las personas jurídicas, pues en todo caso debe hacerse un juicio de imputación, que no es otra cosa que, en palabras de la Corte, un ejercicio intelectual de naturaleza jurídica

“Los datos provenientes de la percepción directa tales como la presencia de una persona en un lugar y momento determinado, la exteriorización de sus acciones, la tenencia de objetos, la emisión de sonidos, la lesión a otra persona corpore corpori o bien mediante instrumentos, etc., son eventos o estados de cosas que se pueden probar directamente porque producen sensaciones. Pero la valoración de tales situaciones como hechos jurídicamente relevantes, es decir dotados de significado para el juzgador, y su relación de sentido jurídico con el resultado dañoso, son juicios de imputación que no se prueban directamente, sino que se atribuyen y se valoran mediante inferencias racionales, presunciones judiciales o indicios.

Para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías jurídicas como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de ‘guardián de la cosa’, las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.

Y en ese juicio de imputación debe considerarse la participación de distintos agentes, cuando son varias sociedades de distintos niveles quienes concurren a la producción de un daño, pues ente tal independencia debe revisarse el grado de control que entre las distintas sociedades existe para determinar la conducta de una o varias de ellas por un sujeto controlante, pues a priori deberían considerarse como extrañas e independientes las conductas de las varias organizaciones que pudieron participar en la acusación de un daño. Como ejemplo la sentencia ya citada en que se examinó, frente al tema de daños por la prestación de servicios de salud, la participación de distintos intervinientes en la cadena del sistema de seguridad social actual como EPS, IPS, y médicos individuales. Allí se dijo:

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se

produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

Es, de lo dicho, menester probar la existencia de responsabilidad de una persona jurídica sobre la conducta de otra persona jurídica, a título de control real de la actividad de una sobre otras (en los términos de la Ley 222 de 1995), para que pueda predicarse la calidad de agente y agenciado. En el proceso que nos convoca el Despacho dio por sentada la calidad de agente de Centro Diesel sin consideración a la absoluta independencia entre Previsora Seguros SA y tal sociedad, que se refuerza aún más dada la característica de ser mi patrocinada una compañía aseguradora sometida al control y vigilancia de la Superfinanciera y que en virtud del EOSF sólo puede ejecutar en forma estricta su objeto social como compañía aseguradora, que es exclusivo y excluyente.

No se mencionó en los hechos de la demanda, por tanto no fue *thema probandum*, la existencia de situación de control o dependencia entre Previsora y Centro Diesel, esto es fue ese un tema ajeno al debate probatorio, y que en consecuencia no se puede tener por probado como lo hizo el fallo acusado. La consideración de la mala fe con que se dice actuó Centro Diesel en vez de ser fuente de responsabilidad contractual para Previsora, ha debido ser considerado factor eximente de responsabilidad por estar probado el hecho de un tercero.

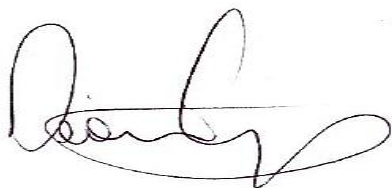
Y es que además la conducta de Centro Diesel fue calificada por el Despacho como de mala fe, esto es equivalente a dolo estando en asunto civil, que primero exige ser probada en cabeza de quien se alega que es Previsora, y que no puede ser trasladada a esta compañía aseguradora bajo la teoría del agente presunto, como lo hizo el Despacho. Tal y como señala el artículo 1515 del Código Civil,

“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él...”

El fallador de instancia señaló que respecto de Previsora no hubo dolo o mala fe, que del contexto probatorio se podría inferir que a Previsora también la engañaron los de Centro Diesel al cobrarle como nueva una cabina que ellos sabían era usada, y sin embargo consideró que frente al cliente demandante Centro Diesel había actuado bajo la égida de responsabilidad de Previsora, en contravía de la prueba recabada que señala que no hay relación alguna de subordinación o dependencia de ese taller con Previsora, y que en consecuencia la conducta dolosa de aquella debería considerarse como un hecho de un tercero con facultad para enervar la pretensión de responsabilidad pretendida en el proceso y reconocida en la sentencia, y que se pide reconocer en esta alzada.

En los anteriores términos concurro al Despacho por cuenta de la sentencia contra de mi mandante se dictó por el Despacho, pidiendo al Honorable Tribunal su revocación para en su lugar absolver a Previsora de las súplicas de la demanda.

Del señor Juez




DIONISIO ENRIQUE ARAUJO ANGULO
C.C. 80502749
TP 86.226 DEL CSJ

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO RV: 11001310303220190029804 - SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION DEMANDANTE OMAR DARIO TORRES Y OTRA vs. LA PREVISORA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 07/11/2023 16:50

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

 1 archivos adjuntos (608 KB)

2019-0298 -SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION DEMANDANTE OMAR DARIO TORRES Y OTRA vs. LA PREVISORA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Malavera abogados <malavera.abogados@gmail.com>

Enviado: martes, 7 de noviembre de 2023 16:41

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: dionisioaraujo@hotmail.com <dionisioaraujo@hotmail.com>; Luisa Fernanda Niño Carrillo <luisanino.legal@Outlook.com>

Asunto: 11001310303220190029804 - SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION DEMANDANTE OMAR DARIO TORRES Y OTRA vs. LA PREVISORA

Honorables Magistrados:

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

M.P. Dr. Ricardo Acosta Buitrago

E.

S.

D.

REF. – VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE OMAR DARIO TORRES MORENO CONTRA LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. -

EXP. - 11001310303220190029804

ASUNTO. - SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN. –

JAVIER MALAVERA DAZA, Abogado, mayor de edad, vecino y residente en esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No. 80.155.080 de Bogotá, portador de la Tarjeta profesional No. 165.521 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado sustituto de la parte actora; encontrándome dentro del término legal para ello, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia, para lo cual allego el escrito correspondiente en PDF, en 23 folios utiles.

De igual manera, copio el presente correo a la contraparte en cumplimiento alas disposiciones de la ley 2213 de 2022.

Atentamente,

JAVIER MALAVERA DAZA

C. C. No. 80.155.080 de Bogotá

T.P. No. 165.521 C.S.J.

Correo: Malavera.abogados@gmail.com



MALAVERA ABOGADOS.

Asesoría y Consultoría

Av Calle 19 No. 3 A - 37
Torre B / Oficina 905, Edificio Procoil

Cel: (+57) 314 362 9971

Mail: malavera.abogados@gmail.com

 @malaveraabogados



El contenido de este mensaje y de los archivos adjuntos están dirigidos exclusivamente a sus destinatarios y puede contener información privilegiada o confidencial. Si usted no es el destinatario real, por favor informe de ello al remitente y elimine el mensaje de inmediato, de tal manera que no pueda acceder a él de nuevo. Está prohibida su retención, grabación, utilización o divulgación con cualquier propósito. Este mensaje ha sido verificado con software antivirus; sin embargo, el remitente no se hace responsable en caso de que en éste o en los archivos adjuntos haya presencia de algún virus que pueda generar daños en los equipos o programas del destinatario.

This e-mail and its attachments may contain privileged or confidential information and are addressed exclusively to their intended recipients. If you are not the intended recipient, please notify the sender immediately and delete this e-mail and its attachments from your system. The storage, recording, use or disclosure of this e-mail and its attachments by anyone other than the intended recipient is strictly prohibited. This message has been verified using antivirus software; however, the sender is not responsible for any damage to hardware or software resulting from the presence of any virus.

Honorables Magistrados:

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

M.P. Dr. Ricardo Acosta Buitrago

E.

S.

D.

REF. – VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE OMAR DARIO TORRES MORENO CONTRA LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. -

EXP. - 11001310303220190029804

ASUNTO. - SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION. –

JAVIER MALAVERA DAZA, Abogado, mayor de edad, vecino y residente en esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No. 80.155.080 de Bogotá, portador de la Tarjeta profesional No. 165.521 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado sustituto de la parte actora; encontrándome dentro del término legal para ello, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia, proferida en el presente asunto, el pasado 15 de noviembre de 2022, notificada el día 16 del mismo mes y año, respecto de la cual en su oportunidad se presentaron los reparos concretos sobre los que versará la presente sustentación, conforme al auto de admisión y traslado del pasado 27 de octubre notificado el día 30 del mismo mes y año, en los siguientes términos:

I. ARGUMENTOS DE SUSTENTACIÓN:

1. EL A QUO DA POR PROBADA, SIN ESTARLO, UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LA ASEGURADORA DEMANDADA Y LOS DEMANDANTES.

Finca su decisión el A quo en que:

“(...) 2.6.3. No obstante lo anterior, se advierte la acreditación de hechos que imponen disminuir el monto de la indemnización, porque la aseguradora le planteó propuesta a los dueños del automotor asegurado, en comunicación de 18 de septiembre de 2017, relativa a adelantar el procedimiento para legalizar u homologar la cabina instalada al automotor, con el incentivo de reconocerles parte de la indemnización, sin que hubieran atendido ese llamado al menos para intentar el trámite ante la respectiva autoridad de tránsito, el que se encuentra regulado, por lo que válidamente contaba con respaldo, y de haber sido admitido, se habría podido en corto tiempo, (aproximadamente cuatro meses se calcula en la práctica de esas gestiones), retomar la explotación económica del vehículo.

El citado comportamiento de los accionantes indudablemente ha tenido incidencia en la producción del perjuicio reclamado, lo que según las subreglas jurisprudenciales impone la disminución de la respectiva indemnización. (...)”.

Si bien es cierto, la Jurisprudencia ha sido clara al fijar su posición frente a la teoría de la culpa exclusiva de la víctima, no menos cierto es, que en el presente caso no hay lugar a tal, y no lo hay, precisamente porque nada tuvieron que ver mis representados en que la Aseguradora demandada y su agente proveedor, en ese caso

Centro Diesel S.A., le hayan informado que realizaron la compra de una cabina nueva, por demás importada, para la correcta y adecuada reparación del vehículo asegurado, y que ello no fuera cierto, no tiene culpa alguna aquí la víctima, pues la mala fe del Proveedor y de la Aseguradora están mas que probadas en el plenario, con documental suficiente que así lo acredita.

Ahora, si con ocasión del rechazo de mis mandantes de la propuesta efectuada por la Aseguradora en comunicación del 18 de septiembre de 2018, pretende el despacho, acreditar la inexistente responsabilidad compartida, tampoco tiene cabida la misma, de una parte porque está dando aplicación a un precedente jurisprudencial que aquí no corresponde, como lo es el fallo del 16 de diciembre de 2010, dictado en el proceso radicado 1989 00042 00, pues ni corresponde a la teoría, ni tampoco tal precedente es sustento de la misma en este caso.

Al punto, es importante precisar, que no podían, ni estaban obligados mis mandantes a aceptar un acuerdo que en todo caso iba en demérito de sus intereses asegurables, pues como se acreditó en desarrollo de la instrucción, si bien ellos no aceptaron tal acuerdo y tampoco realizaron tramite ante la autoridad de tránsito, no quiere ello decir que hallan sido participes en el perjuicio, muy por el contrario, nada más podía hacer, de haber aceptado tal acuerdo, e incluso si hubiesen efectuado los trámites ante tránsito, **su vehículo ya había perdido su valor comercial, al perder la originalidad y asegurabilidad**, dado que la cabina no era nueva importada para atender el siniestro específicamente como lo adujo la aseguradora, que de otro lado se encontraba reparada en varias de sus partes y además que la cabina correspondía a una línea distinta de camiones Chevrolet en razón a que fue instalada una de línea NPR, cuando la cabina de los demandantes era de la línea NQR tal como corresponde con la carta de propiedad del rodante y a la caratula de la póliza de vehículos N° 3030778-0 contratada; hecho plenamente

probado en juicio con tres peritajes diferentes, lo que no impediría la ocurrencia del perjuicio, mas si la imposibilidad de ejercer las acciones legales en defensa de sus derechos, **la no aceptación de tan nefasto acuerdo, no obedeció al simple capricho de mis representados, por lo contrario, obedeció al legitimo intereses en que les repusieran su vehículo, o lo repararan adecuadamente, sin embargo no ocurrió ninguna de las dos circunstancias, pese a los diversos requerimientos y derechos de petición presentados ante la aseguradora.**

2. NO DA POR PROBADO, EL FALLADOR DE LA PRIMERA INSTANCIA, ESTÁNDOLO, EL DOLO EN CABEZA DE LA ASEGURADORA Y DE SU DEPENDIENTE (AGENTE PROVEEDOR – CENTRO DIESEL S.A.), EN EL DAÑO CAUSADO A LOS DEMANDANTES.

Pese a la plena prueba al respecto, esto es **(i)** sendos dictámenes periciales, **(ii)** confesión del representante legal de la Aseguradora, **en los que deja acreditado que en efecto la función aseguradora se materializa a través de sus proveedores, así como el hecho que la aseguradora informó a mis mandantes que el cambio de cabina del vehículo asegurado se realizó con una cabina nueva, importada, que no tenía existencia en el país, cuando ello no fue así;** tan solo al momento de asegurar el automotor, es que los accionantes descubren el engaño, y solicitan la reposición del vehículo o cambio de la Cabina, y ninguna de tales actividades acontece, pues lo cierto es que la mala fe de la aseguradora y su agente proveedor, hacen que mis mandantes no tengan más opción que recurrir a las acciones judiciales en procura del resarcimiento de los perjuicios ocasionados, aceptar la legalización de una cabina, en detrimento propio, sería como comprar un camión que desde el principio no tiene las condiciones necesarias para ser asegurado y de contera, no poder tampoco contratar para laborar y ser productivo, lo que equivale a un entuerto producido única y exclusivamente por

el dolo de la Aseguradora y su agente proveedor, que en modo alguno puede endilgarse o compensarse con mis mandantes.

El desconocimiento de estos hechos por parte del fallador de la primera instancia, hace que indudablemente se deje de reparar el daño ocasionado, en la cuantía que realmente **corresponde, tanto por daño emergente, como por lucro cesante, perjuicios patrimoniales que a la fecha se siguen causando.**

En el mismo comunicado la Dra. ADRIANA ORJUELA MARTINEZ, respondiendo contrariamente a la realidad, en el numeral 3º, los siguientes;

..."Referente a la demora en el proceso de reparación del automotor le indicamos que este se debió a causa de una sustitución de la cabina la cual no se encontraba disponible a nivel nacional, por lo que fue necesario realizar la importación de este repuesto; proceso que pospuso la entrega del automotor"...

Lo señalado por la gerente de indemnizaciones, indujo a los asegurados en pensar que el taller Centro diésel había instalado una cabina completamente nueva en su vehículo, situación que no fue cierta.

3. DA POR PROBADO EL JUEZ DE LA PRIMERA INSTANCIA, SIN ESTARLO, QUE LOS DEMANDANTES SE EXPUSIERON AL DAÑO IMPRUDENTEMENTE, Y CON BASE EN ELLO DECRETA UNA REDUCCIÓN INEXISTENTE EN LA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS.

Bajo similares argumentos que los del primer motivo de reparo concreto, se funda la presente, puesto que, **si bien existió una oferta, no menos cierto es que mis mandantes no estaban obligados a aceptarla en demerito de sus intereses, pues sería esto el equivalente a aceptar que la posición dominante de las aseguradoras en Colombia es válida, irrestricta y por demás impune.**

Es por lo anterior, que la tasación de los perjuicios ha debido reconocer las sumas solicitadas en la demanda, cuando menos así:

CALCULO VALOR LUCRO CESANTE PONDERADO A 2023

PERDIDA OPERATIVA VALOR PRODUCIDOS NETOS DE SERVICIO DE TRANSPORTE

VEHICULO WFW-065

LUCRO CESANTE / PERDIDA UTILIDAD	
INGRESO PRODUCIDO BRUTO 73 DIAS	\$ 35.053.024,00
COSTOS OPERATIVOS PROMEDIO	\$ 17.434.724,00
PRODUCIDO NETO	\$ 17.618.300,00
PRODUCIDO DIARIO AÑO 2017	\$ 238.085,14

	AÑO	VALOR DIARIO	DIAS	VALOR ANUAL	IPC ANUAL	VR ACTUALIZADO	
TOTAL LUCRO CESANTE AÑO	2017	\$ 238.605,00	365	\$ 87.090.825,00			
TOTAL LUCRO CESANTE AÑO	2018	\$ 238.605,00	365	\$ 87.090.825,00	1,0289142	\$ 89.608.984,79	
TOTAL LUCRO CESANTE AÑO	2019	\$ 238.605,00	365	\$ 87.090.825,00	1,0318091	\$ 89.861.109,68	
TOTAL LUCRO CESANTE AÑO	2020	\$ 238.605,00	365	\$ 87.090.825,00	1,0118956	\$ 88.126.824,80	
TOTAL LUCRO CESANTE AÑO	2021	\$ 238.605,00	365	\$ 87.090.825,00	1,0519309	\$ 91.613.528,92	
TOTAL LUCRO CESANTE AÑO	2022	\$ 238.605,00	365	\$ 87.090.825,00	1,0904997	\$ 94.972.521,58	
TOTAL LUCRO CESANTE AÑO	2023	\$ 238.605,00	304	\$ 87.090.825,00	1,0611211	\$ 92.413.909,41	(30-Sept-2023)
					VR TOTAL ACTUALIZADO	\$ 546.596.879,18	
FORMULA APLICADA							
RA= IPC FINAL/IPC INICIAL*(VALOR ANUAL)							

Fuente información Tabla IPC serie de empalme a octubre 2023

Total, Índice de Precios al Consumidor (IPC)

Índices - Serie de empalme
2003 - 2023

Mes	Base Diciembre de 2018 = 100,00																				
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Enero	50,42	53,54	56,45	59,02	61,80	65,51	70,21	71,69	74,12	76,75	79,28	79,95	83,00	86,19	94,07	97,53	100,00	104,24	105,91	113,28	120,27
Febrero	50,98	54,18	57,02	59,41	62,53	66,50	70,80	72,28	74,57	77,22	78,63	80,45	83,86	86,33	95,01	98,22	101,18	104,94	106,58	115,11	120,40
Marzo	51,51	54,71	57,46	59,83	63,29	67,04	71,15	72,46	74,77	77,31	78,79	80,77	84,45	81,18	85,48	88,45	101,62	105,53	107,12	116,28	121,77
Abril	52,10	54,96	57,72	60,09	63,65	67,51	71,39	72,79	74,86	77,42	78,99	81,14	84,90	91,63	95,61	98,91	102,12	105,70	107,76	117,71	122,80
Mayo	52,36	55,17	57,95	60,29	64,05	68,14	71,39	72,87	75,07	77,66	79,21	81,53	85,12	92,10	96,12	99,16	102,44	105,36	108,84	118,70	123,38
Junio	52,33	55,31	58,18	60,48	64,12	68,73	71,35	72,85	75,21	77,72	79,38	81,61	85,21	92,54	96,23	99,31	102,71	104,87	108,78	118,21	123,78
Julio	52,26	55,48	58,21	60,73	64,33	69,08	71,32	72,82	75,42	77,70	79,43	81,73	85,37	93,02	96,18	99,18	102,84	104,97	108,14	120,27	124,45
Agosto	52,42	55,51	58,21	60,96	64,14	68,19	71,35	73,00	75,39	77,73	79,50	81,90	85,78	92,73	96,32	99,30	103,03	104,96	109,62	121,50	125,29
Septiembre	52,53	55,67	58,46	61,14	64,20	68,06	71,28	72,90	75,62	77,99	79,73	82,01	86,39	93,68	96,36	99,47	103,29	105,29	110,04	122,63	126,11
Octubre	52,58	55,66	58,60	61,25	64,20	68,20	71,19	72,84	75,77	78,08	79,52	82,14	86,88	93,62	96,27	99,59	103,43	105,23	110,06	123,51	
Noviembre	52,75	55,82	58,66	61,19	64,51	69,49	71,14	72,88	75,67	77,98	79,35	82,25	87,51	92,73	96,55	99,70	103,54	105,08	110,80	124,46	
Diciembre	53,07	55,99	58,70	61,33	64,82	69,80	71,20	73,45	76,19	78,55	79,56	82,47	88,25	93,11	96,82	100,00	103,80	105,48	111,41	126,03	

Fuente: DANE

Nota: La diferencia en la suma de los variables, obedece al sistema de aproximación y redondeo.

Actualizado el 06 de octubre de 2023

Valores que, en todo caso, se acompañan con el perjuicio causado, el cual se halla plenamente acreditado en el plenario.

4. NO DA POR PROBADO EL A QUO, ESTÁNDOLO, QUE LA ASEGURADORA OCACIONÓ UN PERJUICIO A LOS ACCIONANTES, AL REPARAR DE MANERA DEFECTUOSA EL VEHÍCULO ASEGURADO, HACIÉNDOLE PERDER SU CALIDAD DE BIEN ASEGURABLE ANTE SU PÉRDIDA DE ORIGINALIDAD Y DE SU VALOR PATRIMONIAL.

En la misma dirección de los argumentos anteriores, debo dejar asentado en este escrito, de sustentación ante la Sala, que echa de menos el juez, **el hecho de que la aseguradora y no los asegurados, fue quien reparo el vehículo, y si bien lo hizo a través de su agente proveedor, pues finalmente fue quien lo reparó, y si no tuvo a bien en el curso del proceso, llamarle en garantía, que si hubiese sido su posición real y consecuente con los hechos y con lo manifestado por el abogado de la seguradora hubiesen accionado un llamamiento en garantía contra CENTRO DIESEL de manera oportuna y efectiva, lo que no sucedió.**

Lo anterior, en nada impide que su responsabilidad sea plena, máxime al hacer que, con ocasión del cambio de cabina, por una de

referencia y modelo diferente, el camión asegurado perdiera su originalidad y por ende deviniera en no asegurable, tal y como se acreditó con peritos al interior del proceso, lo que redundaba no solo en la imposibilidad de venderla a su precio comercial, sino también la de no poder poner a trabajar al vehículo en carga por no contar con los seguros necesarios para su operación.

Daño que, aún con la hipotética aceptación por parte de mis mandantes del acuerdo inicial y la realización de las gestiones que denomina la aseguradora, necesarias ante tránsito, **ya habían dejado el vehículo inasegurable, es decir, sin posibilidades de contratar con empresa de carga alguna, tratándose de un camión que tenía trabajo asegurado, y también sin posibilidades de venta, pues le quitaron su originalidad,** lo que de inmediato produjo en el camión asegurado una reducción en su valor comercial en el mercado, y por supuesto en mis mandante un demérito contrario a derecho.

Es lo que equivaldría en el terreno de los seres humanos, a dejar en estado de invalidez por total pérdida de capacidad laboral a una persona, pues eso fue lo que la Aseguradora y su agente proveedor – Centro Diesel, le hicieron al camión, jurídicamente hablando, si el motor prende, si las ruedas giran, pero el vehículo es un incapaces, pues no se puede ni asegurar, ni menos aun contratar con él, en ello consiste el daño causado y por el cual se busca el resarcimiento reclamado, por al parecer al despacho no considera ello suficiente. Yendo más allá, si se me permite y metafóricamente hablando, sería como si el abogado más preparado del país, con más acreditaciones académicas y profesionales, no pudiera ejercer por una falta disciplinaria, impuesta de manera injusta y con pruebas creadas.

5. NO DA POR PROBADO, ESTÁNDOLO, QUE EL VEHÍCULO ES INASEGURABLE Y POR TANTO SE HACE PATENTE O BIEN SU REPOSICIÓN,

O BIEN ORDENAR EL CAMBIO DE LA CABINA POR UNA ORIGINAL Y QUE CORRESPONDA A LA MISMA REFERENCIA Y MODELO.

Bajo similares argumentos a los expresados en el punto anterior, dejó de lado el señor Juez de la primera instancia el hecho que el vehículo no puede asegurarse, y por tanto, el daño causado por la aseguradora con ocasión de la indebida reparación, se equipara a una pérdida total, pues de nada le sirve a mis mandantes tener un camión que funciona, es decir, prende y anda y por demás puede llevar peso, pero que no lo pueden sacar a las calles, que no lo van a contratar en ninguna empresa, es decir, **le dejaron un camión inútil, que en todo caso con la cabina que pretenden legalizar tampoco podría ser asegurado y menos aun contratado por las empresas de carga.**

Lo anterior, hace indudablemente necesario que o bien se ordene la condena a la Aseguradora para la reposición del camión por otro, o en su defecto se cambie la cabina por una de la misma referencia y modelo, que le permita nuevamente ser asegurable, pues pese a las condenas aquí proferidas, el camión seguirá quieto y sin trabajo, y las condenas proferidas, darán lugar a la compra quizá de otro camión, pero no resarcirán el perjuicio por lucro cesante de manera completa, ni causado, ni futuro.

6. NO DA POR PROBADO EL FALLADOR DE LA PRIMERA INSTANCIA, ESTÁNDOLO, QUE, CON LA DEFECTUOSA REPARACIÓN DEL BIEN ASEGURABLE, LA ASEGURADORA CREO EN CABEZA DEL REFERIDO VEHÍCULO UN VICIO OCULTO, QUE REDUJO OSTENSIBLEMENTE SU VALOR COMERCIAL.

Tal y como lo manifestaron los peritos en audiencia, **el vehículo perdió su valor comercial y podría ser vendido este, si y solo si, si los eventuales compradores no conocieran del siniestro y del cambio de cabina.**

Lo anterior, ha hecho que el vehículo se halle parado en un parqueadero con un estado de cuenta que aun hoy sigue creciendo, y constituye daño emergente, que deben asumir los demandantes, y no como dice la Aseguradora convocada a Juicio y soporta el despacho, de haber aceptado el infame acuerdo inicial, el camión estaría trabajando y no detenido, y aquí me pregunto ¿Quién va a contratar los servicios de un camión que no es asegurable? ¿Qué acaso la demandada lo va a asegurar?, precisamente esta falta de observancia ha hecho que el Juzgado tampoco incluya en la indemnización de perjuicios, al punto obsérvese, el estado de cuenta a la fecha, que se anexa igualmente:



Bogotá D.C. 31 de octubre de 2022

Señor

OMAR DARIO TORRES MORENO
Calle 79 a n 117 16 casa 52
Bogotá

Ref. ESTADO DE CUENTA PARQUEADERO WFW065

Respetado señor Torres, reciba un cordial saludo del parqueadero SERVITRACTOMULAS T S.A.S. una vez recibida su solicitud del estado de cuenta del vehículo en mención **WFW065** dejado en calidad de parqueadero desde la fecha indicada le comento el estado de cuenta a la fecha por año:

PLACA	WFW065		
FECHA	VALOR MENSUAL	VALOR ANUAL	
DIC 15 - DIC 31/16	\$720.000	\$ 260.000	
ENE 01- DIC 31 /17	\$720.000	58.640.000	
ENE 01- DIC 31 /18	\$720.000	58.640.000	
ENE 01- DIC 31 /19	\$725.000	58.700.000	
ENE 01- DIC 31 /20	\$730.000	58.760.000	
ENE 01- DIC 31 /21	\$735.000	58.820.000	
ENE 01- OCT 31 /22	\$740.000	\$7.400.000	
TOTAL		\$ 51.320.000	

Calle 17 No. 137 - 31 * Cels. 311 848 5462 - 320 322 0632 servitracgt@hotmail.com
Via Fontibón Mosquera - Bogotá, D.C.



De acuerdo con lo anterior el valor adecuado por efectos de parqueadero del vehículo **WFW065** asciende a la suma de **\$ 51.320.000** a la fecha del 31 de octubre de 2022.

Con respecto a su solicitud de retiro del vehículo le informamos que la autorización de retiro de estos se hará una vez se haya cancelado la totalidad de los valores adeudados por parqueadero, lo cual puede realizarse en la siguiente forma:

1. En efectivo o cheque al día en las instalaciones del parqueadero.
2. En consignación o transferencia a la cuenta corriente n **22380960228** del banco Bancolombia a nombre de Guillermo Torres.

Se advierte que de no pagarse los valores por concepto de parqueadero iniciaremos un proceso legal en contra del propietario a fin de perseguir el pago de los dineros adeudados inclusive en remate del vehículo.

Con gusto atenderemos cualquier inquietud al respecto.

Cordialmente,

SERVITRACTOMULAS T.S.A.S

Calle 17 No. 137 - 31 * Cels.: 311 848 5462 - 320 322 0832 servitraoqt@hotmail.com
Via Fontibón Mosquera - Bogotá, D.C.

7. NO RECONOCE LA INDEXACIÓN DE LAS SUMAS CONDENADAS, SIENDO ESTAS SOLICITADAS EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Tampoco reconoce la indexación de las sumas adeudadas, lo que de entrada desconoce la pérdida de valor adquisitivo que han sufrido mis mandantes desde que se produjo el siniestro, el arreglo indebido y el perjuicio con este producido por parte de la Aseguradora.

8. NO DA POR PROBADO, ESTÁNDOLO, LA EXISTENCIA DE LUCRO CESANTE FUTURO Y EN CONSECUENCIA OMITE SU CONDENA.

Finalmente, omite el fallador, pronunciamiento alguno sobre el lucro cesante futuro, el que en todo caso está acreditado en el plenario, por lo que las cuantías de las condenas no se acompasan con los perjuicios efectivamente acreditados en el plenario.

PRECISIONES DEL CASO:

1. La compañía decidió de forma unilateral la manera de indemnizar estos daños, por lavía de la reparación directa, por lo cual envió el vehículo asegurado WFW065 a que fuera reparado por el taller CENTRODIESEL; **reparación por la cual se hicieron completamente responsables**, obteniendo **el control de la duración, calidad en la reparación, disponibilidad en el suministro de las partes y su calidad y el seguimiento a los avances de la reparación y por ende la garantía dela reparación total del siniestro**, de acuerdo al ..."Artículo 1110. Forma de pago de la indemnización - La indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción delasegurador"... razón legal fundamental por la cual la aseguradora es totalmente responsable por la reparación del vehículo asegurado, del C del Co.

2. La dirección de indemnizaciones de LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. incumple con lo establecido en el contrato de seguro (póliza 310491633), en sus condiciones generales, 01/09/2015-1324-P-03-AUP002VERSIÓN008; de los numerales 8.3.1. (8.3.1 Piezas, partes y accesorios: previsora pagará al asegurado el costo de las reparaciones por pérdida menor y de ser necesario, del reemplazo de aquellas piezas, partes o accesorios del vehículo que no fueren reparables, sin restar suma alguna por concepto de demérito; pero se reserva el derecho de efectuar por su cuenta las reparaciones del vehículo o de algunas de sus partes, piezas o accesorios y de elegir libremente el taller que deba efectuarlas, con repuestos homologados, alternativos y originales que reúnan los requisitos técnicos de calidad); debido a que la aseguradora en mención, autorizo que fuese instalada en el vehículo WFW-065 una cabina de otro vehículo y adicional a esto reconstruida en varias de sus partes y componentes estructurales, por su taller autorizado, que como repuesto, No cumple con los requisitos técnicos de calidad, exigidos para el óptimo funcionamiento y de

la legalidad del vehículo dado a que esta es la causal de rechazo por parte de los inspectores, y que por esta grave irregularidad, no es identificable esta cabina; motivos que demuestran que el vehículo WFW-065, por tener la cabina de otro vehículo, pierde su calidad de ASEGURABLE y por consiguiente pierde su calidad según informes técnicos de N° 134840 de la empresa COLSERAUTO del 08 de julio de 2017, y en informe de peritazgo de AUTOSEF de fecha 20 de Enero de 2017.

3. La cabina utilizada en la reparación del vehículo WFW065, autorizada por la PREVISORA DE SEGUROS S.AS., vendida e instalada por el taller CENTRODIESEL; tal como lo Dictamina la firma AUTOSEF, por medio de su Peritazgo Técnico a la cabina (marzo 28 de 2017), tiene instalada una plaqueta en su estructura con número VIN 9GDNPR759GB005913; pertenece a otro vehículo; donde rinde informe concluyendo que los números de identificación que identifican a la cabina instalada en el vehículo asegurado, corresponde por los guarismos de otro rodante de placas IKV991, marca Chevrolet, color; amarillo, tipo; furgón, línea NPR, modelo 2016, el cual se soporta con el certificado de tradición expedido por el SIM de Bogotá, de igual forma manifiesta que su propietario actual es BBVA Colombia S.A., este vehículo del cual fue desmontada.

4. La dirección de indemnizaciones de LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. **incumple con lo establecido en el contrato de seguro (póliza N°310491633), 01/09/2015-1324-P-03-AUP002VERSIÓN008 y no da aplicación al numeral 8.3.3.** el cual recita según condicionado, (8.3.3 Alcance de la indemnización en las reparaciones: PREVISORA no está obligada a pagar ni a efectuar reparaciones por daños que no hayan sido causados en el siniestro reclamado y en la fecha en que éste ocurrió ni que representen mejoras al vehículo. **Habrá cumplido sus obligaciones restableciendo en lo**

posible y en forma tal que el bien quede en las mismas condiciones objetivas que poseía en el momento inmediatamente anterior al siniestro), situación que en el presente caso no se cumplió.

5. Debido a que **el vehículo antes de ser reparado por la aseguradora, se encontraba en condiciones óptimas en razón a que era nuevo (Modelo 2015) y que lógicamente podría ser asegurado ante cualquier compañía de seguros;** pero una vez se terminó la “reparación” que autorizó LA PREVISORA DE SEGUROS S.A.; en su taller de confianza, (CENTRODIESEL), el rodante quedó en tan malas condiciones que no es apto para ser asegurable; **por lo cual el vehículo no quedó en las mismas circunstancias objetivas que poseía en el momento inmediatamente anterior al SINIESTRO; por lo cual SE CAUSÓ UN GRAVE DEMERITO al vehículo WFW-065, dado que NO SE PUEDE ESTABLECER SU VALOR COMERCIAL,** es más aun perdiendo su valor comercial. (Según consta en certificado 134840 de la empresa COLSERAUTO y en informe de peritazgo de AUTOSEF de fecha 20 de Enero de 2017).
6. Es de señalar que LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. **incumple con lo establecido en el CODIGO DE COMERCIO en su Art.1058** por la Bilateralidad de los contratos, en razón a que la **aseguradora no declaró frente a su asegurado en qué condiciones entregó el riesgo o bien asegurado,** (Vehículo WFW-065), a su cliente o asegurado, creando un vicio oculto en el bien asegurado, ya que al usar una cabina correspondiente a otro vehículo lo cual no fue notificado a su cliente, y que este solo se enteró de esta situación al presentarlo a inspección. sin embargo, de que la compañía si lo exige para establecer el estado del asegurado y legalizar el contrato de seguros.
7. De igual manera **La Aseguradora desconoce lo dictado por los artículos 1090 y 1110 del Código de Comercio, frente al manejo del siniestro, donde impuso su POSICION DOMINANTE, y trasgredió los**

derechos de sus asegurados, al privarlos de su consentimiento, en la toma de decisiones que incidan en el normal desarrollo de una reparación sobre el bien asegurado; que por tal la compañía incurrió en la conducta establecida del Art 1508y 1511 del Código Civil," artículo 1511. Error de hecho sobre la calidad del objeto. El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte". Teniendo en cuenta que la aseguradora actuó de forma unilateral y que no brindo información a su asegurado, acerca de la decisión que tomo de escoger una cabina usada desmontada de otro vehículo para esta reparación claramente sometió a DEFRAUDACION A SU ASEGURADO, actuando en contravía a los derechos de su cliente.

8. LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. incumpla con lo establecido en su numeral a), del Art. 3 del primer capítulo, de la ley 1328 de 2009, del RÉGIMEN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO: en el sentido de que 1). no prestó la debida diligencia en la atención del siniestro, en razón a que esta "reparación" se tardó casi 4 meses, ciento tres (103) días en atender el siniestro, lo cual para la magnitud del daño resulta manifiestamente excesivo tiempo, para realizar la actividad DESMONTE Y MONTAJE DE CABINA, lo cual difiere de forma ostensible del tiempo real utilizado por la compañía para realizar el resarcimiento de los daños producto de este reclamo.

9. La compañía infringe lo establecido en el numeral b.), del Art. 3 del primer capítulo, de la ley 1328 de 2009, del RÉGIMEN DE

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO, en el sentido de que
1). nunca le permitió al asegurado hacer uso de su derecho a elegir los productos que la aseguradora le iba a suministrar, así como a tener información sobre el resultado final de la calidad de la reparación, sobre la procedencia de la cabina que iba a ser instalada en el vehículo asegurado, despojando al asegurado de su derecho a conocer de forma adecuada las condiciones en las cuales se estaba realizando esta reparación, asaltando la buena fe de su asegurado.

10. La compañía infringe lo establecido en su numeral c), del Art. 3 del primer capítulo, de la ley 1328 de 2009, en el sentido de que
1). ocultó información de la forma en que realizaría la indemnización, en este caso de la procedencia de la cabina y sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados, despojando al asegurado de su derecho de permitirle y/o facilitarle su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado.

11. LA PREVISORA DE SEGUROS S.A., ha violado el literal a) y b) del artículo 10.1.1 y literal a) del artículo 10.1.2 de la Circular Externa 039 de 2011 de las Clausulas Abusivas y Practicas Anticomerciales de la Superintendencia financiera.

12. Señalo que LA PREVISORA DE SEGUROS S.A., no solo omitió proteger los derechos de sus asegurados, sino que los violaron, a sabiendas de que les está prohibido realizar conductas abusivas , dado su conocimiento especial del Estatuto del Consumidor **Ley 1480 de 2011, donde la pasiva trasgredió con su conducta entre otros los artículos 1, 2, 3 en su numerales 1.1, 1.3, 1.5, 1.6, 1.7, 1.12, artículo 4, 7, 8, 9,10,15,19, 20,21, 34,38,42 y 59 y ss., en evidencia **del hecho que se solicitó ala compañía la factura de compra de la cabina nueva y esta en su conductanegatoria nunca lo hizo****

LA VALORACION DEL DAÑO

RELIQUIDACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

a. VALOR LUCRO CESANTE:

QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON DIEZCIOCHO PESOS M/TE **(\$546.596.879,18)**

b. VALOR DAÑO EMERGENTE;

**SESENTA MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/TE
(\$60.250.000,00)**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL .

Artículos 1077 al 1089 del Código de Comercio.

Artículo 1162 del Código de Comercio. De la favorabilidad al asegurado o tomador o beneficiario. - Normas inmodificables y modificables solo en sentido favorable - “ Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1o., 2o. y 4o.), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3o.), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1o.), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161” .

Artículo 250 numeral 1 de la Constitución Política; Reconoce que las víctimas y perjudicados tiene derecho a la reparación, mediante la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Artículo 250 16 de la ley 446 de 1998; DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL - Establece;

“Valoración de los daños, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá a los principios de reparación integral y equidad y observara los criterios técnicos actuariales “.

Artículo 1613 del Código Civil; Responsabilidad Civil Contractual – Indemnización de perjuicios – “La indemnización de perjuicios comprende el Daño Emergente y El Lucro Cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

Artículo 1614 del Código Civil; Daño Emergente y El Lucro Cesante – Entiéndase por el daño emergente el perjuicios o la perdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse incumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento ; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardo su cumplimiento.

Artículo 1614 del Código del Comercio; Daño Emergente y El Lucro Cesante

El artículo 2341 del Código Civil; se refiere a la responsabilidad civil extracontractual y establece que todo el que causa un daños por su delito o culpa esta obligado a su reparación.

T- 251 – 2017 CORTE CONSTITUCIONAL.

Por vía jurisprudencial, en sede Ordinaria y Constitucional, se ha afirmado que este es un contrato especial de buena fe, en el que las partes se sujetan al contrato con lealtad y honestidad. En este sentido, en la sentencia T-086 de 2012, la Corte sostuvo que: “ambas partes en las afirmaciones relacionadas con el riesgo y las condiciones del contrato se sujetan a cierta lealtad y honestidad desde su celebración hasta la ejecución del mismo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1058 del Código de Comercio, el tomador o asegurado debe declarar con sinceridad los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, puesto que ello constituye la base de la contratación. En caso de presentarse reticencias e inexactitudes en la declaración que conocidas por el asegurador lo hubieran retraído de contratar, se produce la nulidad relativa del seguro. **El asegurador también debe cumplir con el principio de buena fe evitando cláusulas que sean lesivas al asegurado, cumpliendo con la prestación asegurada a la ocurrencia del siniestro y comprometiéndose a declarar la inexactitud al momento en que la conozca y no esperar a la ocurrencia del siniestro para alegarla como una excepción al pago de la indemnización.**” De conformidad con lo anterior, **el principio de la buena fe que ampara el contrato de seguro obliga a las partes a comportarse con honestidad y lealtad desde la celebración hasta que termine la vigencia del mismo, porque de ello depende la eficacia y cumplimiento de las cláusulas en él previstas.** (T-251 – 2017 Corte Constitucional).

Corte Suprema de Justicia – Sala De Casación Civil – Sentencia N° 05001-31-03-005-2008-00497-01

Acorde con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en todo litigio «la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales», para que en lo posible la víctima conserve un estado similar al que precedía a la ocurrencia de los hechos perjudiciales. De todas maneras, como las secuelas pueden diferirse en el tiempo, la providencia debe proyectar la indemnización hacia el futuro, comprendiendo cualquier rezago pendiente de causarse al momento en que se profiere.

La Sala, en el pronunciamiento CSJ SC, 18 Dic. 2012, Rad. 2004-00172-01, al resolver un cuestionamiento por incongruencia pero plenamente aplicable en este caso, expuso al respecto que

(...) el juez tendrá que ordenar al demandado la restitución in integrum a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño (...). Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el sentenciador tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio.

Allí mismo se resaltó que **«para que la indemnización sea completa, se deben tener en cuenta las condiciones particulares en que se halla el damnificado y la magnitud del daño resarcible tal como se encuentre al momento de dictar sentencia y no simplemente en la fecha en que se produjo el menoscabo, toda vez que es factible que entre uno y otro instante la materialización del perjuicio sufra alguna variación o que sus efectos se extiendan en el tiempo».**

Sentencia de 22 de julio de 1999 y 24 de mayo de 2000.

Diferencias entre los seguros de daños reales y los patrimoniales.
(SC20950-2017; 12/12/2017)

Sentencia de 28 de febrero de 2013. (SC20950-2017; 12/12/2017),

Doble carga de la prueba del lucro cesante para acreditar la ocurrencia del perjuicio y su cuantificación. Sentencia CSJ SC de 28 de febrero de 2013, rad. 2002-01011-01.

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación ante su Despacho, en los términos legales.

Agradezco su atención y colaboración a la presente solicitud y con todo respeto me suscribo del señor Magistrado,

Atentamente,



JAVIER MALAVERA DAZA

C. C. No. 80.155.080 de Bogotá

T.P. No. 165.521 C.S.J.

Correo: Malavera.abogados@gmail.com



Bogotá D.C. 31 de octubre de 2022

Señor

OMAR DARIO TORRES MORENO
Calle 70 a n 117 16 casa 52
Bogotá

Ref. ESTADO DE CUENTA PARQUEADERO WFW065

Respetado señor Torres, reciba un cordial saludo del parqueadero SERVITRACTOMULAS T S.A.S. una vez recibida su solicitud del estado de cuenta del vehículo en mención **WFW065** dejado en calidad de parqueadero desde la fecha indicada le comento el estado de cuenta a la fecha por año:

PLACA	WFW065	
FECHA	VALOR MENSUAL	VALOR ANUAL
DIC 16 - DIC 31/16	\$720.000	\$ 360.000
ENE 01- DIC 31 /17	\$720.000	\$8.640.000
ENE 01- DIC 31 /18	\$720.000	\$8.640.000
ENE 01- DIC 31 /19	\$725.000	\$8.700.000
ENE 01- DIC 31 /20	\$730.000	\$8.760.000
ENE 01- DIC 31 /21	\$735.000	\$8.820.000
ENE 01- OCT 31 /22	\$740.000	\$7.400.000

TOTAL \$ 51.320.000



De acuerdo con lo anterior el valor adecuado por efectos de parqueadero del vehículo **WFW065** asciende a la suma de **\$ 51.320.000** a la fecha del 31 de octubre de 2022

Con respecto a su solicitud de retiro del vehículo le informamos que la autorización de retiro de estos se hará una vez se haya cancelado la totalidad de los valores adeudados por parqueadero. lo cual puede realizarse en la siguiente forma

1. En efectivo o cheque al día en las instalaciones del parqueadero
2. En consignación o transferencia a la cuenta corriente **n 22380950228** del banco Bancolombia a nombre de Guillermo Torres.

Se advierte que de no pagarse los valores por concepto de parqueadero iniciaremos un proceso legal en contra del propietario a fin de perseguir el pago de los dineros adeudados inclusive en remate del vehículo.

Con gusto atenderemos cualquier inquietud al respecto.

Cordialmente,

SERVITRACTOMULAS T S.A.S

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA RV: 2020-384 SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE SENTENCIA.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 08/11/2023 11:43

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

📎 1 archivos adjuntos (629 KB)

2020-384 j36 NESTLE CELEMA EXITO OLIMPICA sustentar apelacion 8 nov 2023.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA

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: Libardo Melo <libardo41@gmail.com>

Enviado: miércoles, 8 de noviembre de 2023 11:26

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Guillermo Sossa <gsossa@lizarazuasociados.com>; Notificaciones Judiciales <njudiciales@grupo-exito.com>; phyllis.gleiser@co.nestle.com <phyllis.gleiser@co.nestle.com>; Luz Mery Restrepo Villada <drestrepo@ltrabogados.com>; Henry Fernandez Villada <henryfernandez@celema.com.co>; Ingrid Johanna Mantilla Gomez <imantilla@procuraduria.gov.co>

Asunto: 2020-384 SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE SENTENCIA.

Dra.

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Honorable Magistrada Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil.

REF: ACCIÓN POPULAR

RADICADO: 110013103036 2020 00384 01

DEMANDANTE: LIBARDO MELO VEGA

DEMANDADO: NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. Y OTROS

Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá.

ASUNTO: SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE SENTENCIA.

LIBARDO MELO VEGA, identificado con CC 79266839, como parte actora en el proceso de la referencia, respetuosamente me dirijo a este Despacho con el fin de radicar dentro del proceso ya citado el memorial adjunto a este correo que estoy aportando en archivo PDF.

Dando cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso y al artículo 3 de la ley 2213 de 2022, me permito copiar este correo a las partes del proceso.

Atentamente.

LIBARDO MELO VEGA
CC 79266839

Cel. 3003602072

Dra.

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Honorable Magistrada Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil.

REF: ACCIÓN POPULAR

RADICADO: 110013103036 2020 00384 01

DEMANDANTE: LIBARDO MELO VEGA

DEMANDADO: NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. Y OTROS

Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá.

ASUNTO: SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE SENTENCIA.

LIBARDO MELO VEGA, identificado con cedula de ciudadanía No. 79266839, como actor en la acción popular de la referencia, respetuosamente me dirijo a usted con el fin de **SUSTENTAR** el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia emitida dentro del trámite de la presente acción, recurso que sustento en los siguientes términos

I. INFORMACIÓN Y ACLARACIONES PREVIAS.

- 1.** A lo largo de este escrito me referiré como parte accionada respecto de todas las sociedades demandadas, teniendo en cuenta que tanto fabricantes como comercializadoras son igual o solidariamente responsables frente a los consumidores y los derechos colectivos vulnerados.
- 2.** Las accionadas son reincidentes en el tipo de conductas aquí denunciadas, tal como se pondrá en conocimiento de este despacho a lo largo de este escrito.
- 3.** Teniendo en cuenta que para la fecha de presentación de la demanda y durante el curso de esta es evidente que la accionada violaba los derechos colectivos de los consumidores, desde cualquier punto de vista la señora juez debió:

- a. Declarar que existió la violación a los derechos colectivos de los consumidores,
- b. Prevenir a las accionadas para que no repitieran las conductas denunciadas,
- c. Condenar en costas a cada una de las accionadas.

Lo anterior, de conformidad con las normas, jurisprudencia y precedentes aplicables.

4. Contrario a lo decidido por la señora juez, quien prefirió declarar una supuesta carencia actual de objeto **sin proceder a analizar los aspectos sustanciales del asunto**, reiteradamente esta misma SALA CIVIL ha concluido que en este tipo de acciones constitucionales “...no hay lugar a declarar la cesación del hecho perturbador y **dejar de analizar el tema, de manera que si en un principio hubo vulneración, hay que declararlo**, y si no también, como lo manifestó esta misma Sala en decisiones anteriores...”, ya que analizar y “**Entender lo contrario, dejaría anodino el contenido y la finalidad de las acciones populares, pues bastaría que el respectivo querellado, enterado del proceso, adelantase una u otra conducta para hacer cesar los hechos que se le endilgan y obtener una especie de rodela para su conducta contraria a los intereses colectivos, con evidente desconocimiento de las finalidades que tienen aquellas**.” (Radicación: 110013103025-2020-00304-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandado: **Almacenes Éxito S.A., Nestlé de Colombia S.A., Comestibles La Rosa S.A. y Cencosud de Colombia S.A.**)
5. En los más recientes fallos emitidos por esta misma SALA CIVIL (**8 de septiembre de 2023**) han sido condenadas algunas de las sociedades aquí accionadas (**NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. y ALMACENES ÉXITO S.A.**), sociedades a las que reiteradamente se les ha negado la declaratoria de un supuesto hecho superado o carencia actual de objeto. Ha dicho esta misma Sala que “...el objeto de estas acciones no se frustra con cesación de efectos o por hecho superado, pues **basta que al momento de presentarse la demanda, o incluso después, exista conducta dañosa contra la**”

colectividad, para que halle fundamento la pretensión, toda vez que si su promoción es permitida para evitar o hacer cesar el daño, **la sola circunstancia de existencia de la conducta antes de la demanda, o posteriormente, permite deducir que fue fundada la solicitud contra la vulneración de los intereses colectivos**. Es más, **en algunos casos puede volver a ocurrir la vulneración**, lo que puede acontecer respecto de hechos juzgados, **eventualidad en que debe prevenirse ese “daño contingente”**, como desde antiguo lo llamó el art. 2459 del Código Civil. (Radicación: 110013103025-2020-00304-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandado: **Almacenes Éxito S.A., Nestlé de Colombia S.A.**, Comestibles La Rosa S.A. y Cencosud de Colombia S.A.)

6. En el radicado 110013103025-2020-00304-01 ya mencionado, cuyas accionadas fueron las aquí accionadas **Almacenes Éxito S.A. y Nestlé de Colombia S.A.**, esta misma Sala Civil **REVOCÓ** la sentencia emitida por el Juzgado 25 Civil del Circuito, sentencia en la que injustamente y sin razón se había declarado una supuesta *“Inexistencia de la vulneración o amenaza a un derecho colectivo”*.
7. Para **REVOCAR** la sentencia emitida por el Juzgado 25 Civil del Circuito mencionada en el punto anterior, esta misma Sala Civil tuvo en cuenta, entre otras, las siguientes sentencias, precedentes que se solicita tener en cuenta para **REVOCAR** la sentencia que nos ocupa: 20 de octubre de 2022 radicación: 110013103050-2020-00232-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandado: Mercadería S.A.S. y otros, 1º de julio de 2003, Rad. 11001310302819944609-01; 16 de abril de 2004, Rad. 110013103002-2001-0836-01; 30 de abril de 2007, Rad. 1100131030007-2004-00554-01; 16 de octubre de 2007, Rad. 110013103022-2001-00003-01; 22 de noviembre de 2007, Rad. 110013103021-2001-0260-01; 20 de 2009, Rad. 110013103025-2006-00200-01; 10 de noviembre de 2011, Rad. 110013103039-2009-00353-01; 28 de marzo de 2012, Rad. 110013103035-2010-00048-01 y 10 de junio de 2015, Rad. 110013103018-2003-00107-01.

II. SUSTENTACIÓN APELACIÓN.

A continuación sustento cada uno de los reparos concretos que fueron presentados en el recurso de apelación, con el fin de que sea **REVOCADA** la sentencia de primera instancia:

1. DEFECTO FACTICO - LA SENTENCIA INCURRE EN ERRORES DE VALORACIÓN PROBATORIA – INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA - OMISION DE ANALIZAR LAS PRUEBAS EN CONJUNTO BAJO LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA.

Al concluirse que, supuestamente, “...no se logró comprobar que existió o existe un riesgo para la comunidad o grupo de personas que deba ser detenido por este mecanismo” y declararse la supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*, el despacho **OMITIÓ** analizar los aspectos sustanciales de este asunto y valorar en conjunto todas las pruebas obrantes dentro del proceso, pruebas con las que se demostró claramente que la accionada viola normas sanitarias tales como la resolución 5109 de 2005, resolución 2674 de 2013 y la resolución 333 de 2011, transmitiendo información falsa, imprecisa, engañosa e insuficiente a los consumidores, **preocupándose la señora juez solamente por soportar la decisión de terminar el proceso por una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*, repito, OMITIENDO un análisis concienzudo de todas las pruebas bajo las reglas de la sana crítica**, pruebas que de haber sido debidamente analizadas y tenidas en cuenta NO hubiera sido posible declarar la supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*.

La señora juez NO tuvo en cuenta que las pruebas obrantes en el proceso demuestran con claridad que la accionada violó los derechos colectivos de los consumidores **antes, durante y después de ser presentada la demanda**, situación que de haber sido tenida en cuenta analizando debidamente todas las pruebas, NO hubiera permitido declarar la supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*.

Ha dicho la Sala que el objeto de estas acciones no puede frustrarse con cesación de efectos o por hecho superado, pues basta que hasta antes de presentarse la demanda, o incluso un poco después, hubiese habido conducta dañosa contra la colectividad, para que halle fundamento la pretensión, toda vez que si su promoción es permitida para evitar o hacer cesar el daño, la sola circunstancia de existencia de la conducta al formularse la demanda, o luego, permite deducir que fue fundada la solicitud contra la vulneración de los intereses colectivos.

Es más, **puede volver a ocurrir la vulneración**, lo que puede acontecer respecto de los hechos juzgados, por cuanto según afirma la demandada, en su contra se han interpuesto varias acciones populares por hechos similares al aquí acaecido,

eventualidad en que debe prevenirse ese “daño contingente”, como ya lo llamaba el artículo 2459 del Código Civil.

Y **así debe entenderse lógicamente el objeto de la acción popular**, por cuanto la misma da origen a un proceso declarativo y como tal **fundado en hechos ocurridos antes de presentarse la demanda, concomitantes con ella, o que pueden ocurrir después**. Por cierto que de esa manera quedó ratificado por la ley 472 de 1998, cuyo artículo 2º dice que aquellas pueden ejercerse “para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”, lo que corrobora el artículo 14 al disponer que la acción debe dirigirse contra la persona o autoridad “cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola **o ha violado** el derecho o interés colectivo” (se destacó).

En esa medida, **todas las excepciones de la parte demandada relacionadas con la no vulneración del derecho colectivo o superación de la contingencia, de ninguna forma pueden prosperar.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila Radicación: 110013103050-2020-00232-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandado: Mercadería S.A.S. y otros
Proceso: Acción popular Trámite: Apelación sentencia Discutido en Sala de 20 de octubre de 2022.

Se observa como el despacho omitió valorar en conjunto todas las pruebas obrantes dentro del proceso, lo que llevó a que se tomara una errada decisión exonerando a las accionadas de toda responsabilidad frente a los hechos denunciados, a pesar de estar plenamente probado que las accionadas violaron los derechos colectivos de los consumidores antes, durante y después de la presentación de esta acción popular, pruebas que NO fueron analizadas en conjunto bajo las reglas de la sana crítica, entre las que se encuentran las siguientes:

a. FOTOGRAFÍAS:

El actor allegó como prueba documental fotografías de los productos objeto de esta acción, fotografías cuya autenticidad no fue tachada, ni controvertida por las accionadas, fotografías con las que claramente se demuestra lo siguiente:

- i. Que en la etiqueta se omite incluir en la cara principal junto al nombre del alimento el tratamiento al cual es sometido el producto.
- ii. Que la accionada omitía declarar los INGREDIENTES ALERGENOS en la etiqueta del producto (situación no incluida en los hechos de la demanda pero que se descubrió al conocer la ficha técnica del producto)
- iii. Que la accionada incluye en la cara principal de exhibición del producto el término o descriptor: **“MELOCOTÓN Y LECHE FORTIFICADA CON VITAMINAS Y MINERALES”**,
- iv. Que incluye en la parte posterior del envase la siguiente información: **“TODO COMIENZA CUANDO LA LECHE - SE MEZCLA CON MELOCOTÓN - Y SE FORTIFICA CON NUTRIENTES ESENCIALES...”**,
- v. En línea con lo anterior, que la accionada usa los términos o descriptores ya mencionados (fortificada) **SIN CUMPLIR** con las **condiciones generales para la declaración de propiedades nutricionales comparativas** ordenadas en el artículo 18 de la Resolución 333 de 2011, para el caso de la declaración de propiedades nutricionales comparativas, **transmitiendo una información insuficiente e imprecisa a los consumidores.**
- vi. Que la accionada viola los derechos colectivos de los consumidores a recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de las declaraciones de propiedades de salud relacionadas con la función de nutrientes al hacer tales declaraciones **OMITIENDO** hacerlas en términos condicionales, es decir, la accionada **OMITE** utilizar palabras tales como: **“puede”, “podría”, “ayuda”, contribuye a”** al momento de realizar tales declaraciones. Se observa como la accionada simplemente indica **“Desarrollo Cognitivo – Zinc”, “Defensas – Zinc”, “Crecimiento – Proteína – Calcio - Vitamina D”** (situación que debió corregir solicitando un agotamiento de etiquetas ante el INVIMA por falencias en la etiqueta)

Conviene indicar y aclarar que la accionada **NO SE ATREVIÓ A TACHAR DE FALSAS** las fotografías aportadas por la actora, **aceptando implícitamente que su contenido es verdadero y que su validez no tiene discusión frente a los hechos denunciados.**

En este punto, es importante traer a colación lo concluido por el CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO respecto del valor probatorio de las fotografías para concluir que el despacho cometió un grave error al prácticamente ignorar y valorar este medio de prueba en conjunto con las demás pruebas obrantes en el proceso bajo las reglas de la sana crítica:

Las fotografías son instrumentos de convicción objetivos que despliegan efectos jurídicos en el marco de un proceso judicial. Esto es, permiten probar un hecho presente o del pasado, por ser representativos de la realidad que en ellos se registra, lo que le aporta al juzgador una mayor y mejor representación de las circunstancias fácticas sobre las que tiene que resolver en derecho, con pleno valor probatorio -como parte del conjunto de pruebas allegadas al expediente y recaudadas por la autoridad judicial-, sin perjuicio de su contradicción.

Es cierto que no son un medio de prueba directo, como tampoco lo son los demás medios de convicción. Incluso cuando el juez practica la prueba testimonial, la aplicación del principio de inmediación no supone, ni puede implicar que el fallador se encuentre directamente ante el hecho objeto de la prueba, sino ante la representación que del mismo exterioriza el testigo.

*En ese horizonte, **las fotografías son documentos que registran una representación de los hechos y se consideran pruebas reales.** Se trata de objetos materiales que ingresan al proceso, bien porque las partes las aportan o porque el juez las ordena en el marco de una diligencia de inspección judicial o se allegan en desarrollo de la prueba pericial.*

Además, así no permitan establecer su origen e, inicialmente, tampoco pueda determinarse con certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre las que dan cuenta, las fotografías bien pueden contribuir con el conocimiento de los hechos objeto de prueba en un proceso judicial, en cuanto reflejen o representen con exactitud la realidad que registran.

Así, en la medida en que su autenticidad no sea controvertida por la parte contra la que se pretenden hacer valer y no pueda verificarse que han sido adulteradas u, obedecen a montajes, lo cierto es que contribuyen, de manera efectiva, a la comprobación de los supuestos de hecho y, en tal sentido, deben ser valorados

dentro del proceso judicial, junto con el acervo probatorio en su totalidad, de conformidad con el principio de la sana crítica.

Desde luego, es claro que una fotografía de la que no se conoce su origen o a partir de la cual no resulta factible determinar el lugar o la época en que fue tomada, goza, prima facie, de un valor probatorio restringido que debe ser fortalecido a la luz de los demás medios de convicción obrantes en el expediente. En otras palabras, si bien las partes pueden aportar al expediente fotografías a partir de las cuales no sea fácil identificar “su origen ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas”¹⁵³, de ello no se sigue que toda fotografía carece de valor probatorio.

Como ya se señaló, en el caso concreto las fotografías tomadas y luego aportadas por el actor popular al radicar la demanda dieron cuenta de que el elemento visual censurado estuvo instalado en el Palacio de la Cultura de Medellín y no fueron tachadas de falsas en momento alguno por la defensa. De igual forma, pudo comprobar la Sala que si el pendón censurado fue desmontado –y de ello también quedó registro fotográfico–, esto no obedeció, como ya antes se indicó, a que la entidad demandada se allanó a cumplir con la ley, sino a que, con la desinstalación del elemento visual censurado durante el término de traslado de la demanda, se pretendió configurar una carencia actual de objeto por hecho superado, pretensión que, como también se señaló, se puso en evidencia cuando tiempo después –más exactamente el 15 de mayo de 2008– el actor popular registró fotográficamente la presencia de pendones que cubrían gran parte de la fachada del Palacio de la Cultura, situación que se repitió el 23 de octubre de 2008, cuando el actor popular registró como novedad la instalación de pendones, esta vez en la puerta principal del edificio.

CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO Bogotá, D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU Actor: BERNARDO ABEL HOYOS MARTÍNEZ Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, PALACIO DE LA CULTURA RAFAEL URIBE URIBE DE LA CIUDAD DE MEDELLÍN.

La señora juez, además de no tener en cuenta pruebas tales como todas las fotografías obrantes en el proceso, tampoco tuvo en cuenta todos los documentos obrantes en este y tampoco analizó las demás pruebas **bajo las reglas de la sana crítica** de forma imparcial, pruebas con las que se demuestra que el producto fue puesto en circulación utilizando publicidad engañosa y/o información falsa, imprecisa e insuficiente en la etiqueta,

pruebas que además demuestran que **existe el riesgo de que el producto en cualquier momento pueda volver a salir al mercado ya que EL REGISTRO SANITARIO SE ENCUENTRA VIGENTE (DAÑO CONTINGENTE)**, riesgo que debió ser contemplado por la señora juez, por sobre su errada decisión de declarar una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*.

A continuación se observa el Registro Sanitario VIGENTE.

7/11/23, 18:03 Sistema de Tramites en Linea - Consultas Publicas

[<< Atras](#)

Datos Generales del Producto

Expediente Sanitario	20168544	Nombre producto	BEBIDA LÁCTEA CON FRUTA, NOMBRE DE FANTASÍA: FORTI CRECE Y/O FRUTOS ROJOS; BEBIDA LÁCTEA CON FRUTA, NOMBRE DE FANTASÍA: FORTI CRECE Y/O MELOCOTON; BEBIDA LÁCTEA CON FRUTA, NOMBRE DE FANTASÍA: FORTICRECE Y/O COCO; BEBIDA LÁCTEA CON FRUTA, NOMBRE FANTASIA: FORTICRECE Y/O FRESA				
Registro Sanitario	RSA-0008603-2019	Vencimiento	2024/08/26	Modalidad	FABRICAR Y VENDER	Estado Registro	Vigente
Observaciones	CS.90008386						
Marcas	KLIM® Y/O NESTLE®						

Datos de Interés

Tratamiento	ULTRA UHT(ULTRA ALTA TEM)	Condiciones de conservación	MEDIO AMBIENTE
Etiquetas	Radicado	Estado	Archivo
	20221021892	Finalizado	Resolución
	20211167305	Finalizado	Resolución

Presentaciones Comerciales

Presentación Comercial	Para todas las variedades 180 ml, 185 ml, 540 ml, 1080 ml, 1110 ml, 2160ml, 2220 ml.
------------------------	--

Roles por Producto

Rol	Nombre / Razon Social	Direccion	País	Depto	Ciudad	Email
FABRICANTE	CENTRAL LECHERA DE MANIZALEZ S.A. CELEMA S.A.	CARRERA 22 NO. 71-79 ALTA SUIZA	COLOMBIA	CALDAS	MANIZALES	
FABRICANTE	PULPAFRUIT S.A.S	CL 18 SUR No. 28 - 42	COLOMBIA	D.C.	BOGOTA	
FABRICANTE	PRODUCTOS NATURALES DE LA SABANA S.A.S.BIC	km 5 vía cajica tabio	COLOMBIA	CUNDINAMARCA	CAJICA	angel.saavedra@prc.laws.com
FABRICANTE	DASA DE COLOMBIA S.A.S	Kilómetro 5 vía cajica vereda la fagua	COLOMBIA	CUNDINAMARCA	CAJICA	juan-pablo.beute@danone.com
TITULAR REGISTRO SANITARIO	NESTLE DE COLOMBIA S.A.	Calle 93 No. 15 - 73	COLOMBIA	D.C.	BOGOTA	carlos.torres@nestle.com.co

[Imprimir << Atras](#)

SENTENCIA T-464/11

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES Reiteración de jurisprudencia sobre requisitos generales y especiales de procedibilidad

*DEFECTO FACTICO-Reiteración de jurisprudencia **El defecto fáctico ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como aquel que surge o se presenta por omisión en el decreto y la práctica de las pruebas; la no valoración del acervo probatorio y el desconocimiento de las reglas de la sana crítica**; por último, la Corte también lo ha llegado a derivar de problemas intrínsecos relacionados con los soportes probatorios.*

- b. **FICHA TÉCNICA.** Otra de las pruebas que NO fueron valoradas en debida forma es la ficha técnica del producto que obra en el expediente, documento mediante el cual se comprobaron OTRAS graves violaciones a los derechos colectivos de los consumidores. Con este documento se probó que además de lo denunciado, la accionada **OMITIA declarar los INGREDIENTES ALERGENOS**, información de gran importancia para la salud y seguridad de los consumidores, dada la población a la cual está dirigido el producto (**NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, GRUPO POBLACIONAL QUE GOZA DE ESPECIAL PROTECCIÓN**)

Ver Folio 4 archivo 72

Copiar vínculo Descargar 72InformacionCumplimi...pdf 74 / 93

3	Pulpa concentrada de Melocotón	X				
4	Estabilizantes		X		Estabilizadores	Agua (2,7153%), Gel de celulosa y Goma de Celulosa (0,1%), Carragenina (0,0133%)
5	Hidróxido de potasio		X	X	Regulador de la acidez	Agua (1%), Hidróxido de potasio (0,045%)
6	Carbonato de Calcio	X				
7	Sabor Natural (Durazno)	X				
8	Premezcla de Vitaminas		X			Maltodextrina, Vitamina D, Vitamina B1
9	Sulfato de Zinc	X				
10						

Lista de ingredientes y Alérgenos a imprimir en Empaques:

Ingredientes: Leche semidescremada¹, Azúcar, Pulpa concentrada de Melocotón 3%, Estabilizantes (Gel de celulosa, Goma de Celulosa y Carragenina), Vitaminas y Minerales (D, Niacina, Carbonato de calcio y Sulfato de zinc) y Sabor natural.

Alérgenos: contiene ¹leche. Puede contener gluten, avellana, almendra, coco y soya.

Nota: el hidróxido de potasio se emplea como coadyuvante del proceso UHT.

Página 2

Al respecto del deber de adoptar medidas para hacer cesar un hecho transgresor que no había sido alegado por la actora, ha dicho la Sala Civil de este Tribunal:

*b) La interpretación teleológica de las normas mencionadas, porque de su finalidad se puede establecer que, a pesar de que el actor popular no identifique con suficiencia las circunstancias que dan origen al desconocimiento del derecho colectivo, **en caso de que el juez advierta que se probó un hecho transgresor que no había sido alegado específicamente por el demandante, deberá adoptar una determinación para hacerlo cesar.***

Lo anterior ocurre porque se trata de una acción pública, que tiene como fin la defensa de derechos e intereses colectivos, esto es, de los cuales no es titular un sujeto determinado. Así pues, mediante esta acción no se plantean pretensiones

subjetivas, sino se pone en conocimiento del juez una situación que afecta a la comunidad, pues con ésta se pretende precaver o superar la afectación de bienes que comprometen la existencia y desarrollo de la colectividad misma, es decir, hacer valer el interés general[53]2.

*En ese sentido, **en consideración a los fines que persigue la acción popular, es posible afirmar que el juez tiene la obligación de analizar todos los hechos que se deriven de las pruebas aportadas al proceso.***

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL Bogotá D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023). ACCIÓN POPULAR instaurada por LIBARDO MELO VEGA contra la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AGRÍCOLAS UNIDAS S.A. C.I. AGROUNIDAS S.A. y OTRA. EXP. 041-2020-00308-01. MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS. Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 20 de septiembre y 25 de octubre del 2023. Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 31 de julio de 2023, proferida en el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá.

- c. RESOLUCIÓN No. 2021035920 DEL 24 DE AGOSTO DE 2021 EMITIDA POR EL INVIMA.** Con esta prueba se demuestra que el actor tenía la razón en cuanto a que se estaba transmitiendo información imprecisa, engañosa e insuficiente a los consumidores, siendo vulnerados los derechos colectivos de los consumidores, pues **la accionada debió corregir las etiquetas, corrección que se dio un año después de presentada la demanda.** Es decir, **la señora juez se equivocó al valorar esta prueba y enfocarla a soportar el supuesto hecho superado, omitiendo su deber legal de valorar los aspectos sustanciales del asunto,** siendo evidente que la accionada para el momento de presentación de la demanda y durante el curso de esta estaba vulnerando los derechos colectivos de los consumidores al transmitirles información imprecisa, engañosa e insuficiente en la etiqueta del producto que nos ocupa.

Por otra parte, si la señora juez hubiera realizado un análisis juicioso de las pruebas en conjunto hubiera concluido que las declaraciones a las que les dio total validez NO concordaban con lo que demuestra esta prueba, habida cuenta que según las declaraciones el producto o no se vendía o no se fabricaba desde el año 2019, pero inexplicablemente procedieron a solicitar una autorización de

agotamientos de etiquetas en el año 2021 por FALENCIAS de la etiqueta (RESOLUCIÓN No. 2021035920 DEL 24 DE AGOSTO DE 2021)

ARTICULO PRIMERO: AUTORIZAR a NESTLE DE COLOMBIA S.A. con domicilio en BOGOTÁ - D.C. el agotamiento de etiquetas del producto BEBIDA LÁCTEA CON FRUTA. - MELOCOTON marca KLIM® x 180ml, BEBIDA LÁCTEA CON FRUTA. - COCO marca KLIM® x 180ml, BEBIDA LÁCTEA CON FRUTA. - FRESA, marca KLIM® x 180ml, por falencias conforme a lo establecido por la normatividad vigente en materia de rotulado enmarcada en la Resolución 5109 de 2005 y en la Resolución 333 de 2011, otorgándole un término de seis (6) meses.

Parágrafo 1: La autorización de agotamiento de etiquetas se otorga con la marcación mediante sistema de tinta indeleble de la expresión **"Contribuye a:"** en la cara principal de exhibición y junto al logo que contiene los descriptores "Sistema de defensas: Zinc y Vitamina D", "Desarrollo Cognitivo: Zinc" y "Crecimiento: Proteína, Calcio y Vitamina D".

Parágrafo 2: La marcación deberá realizarse en las etiquetas que se encuentran en fábrica, de otra parte, para el producto que se encuentra en el comercio se autoriza el agotamiento de etiquetas sin condición.

Parágrafo 3: La autorización de agotamiento de etiquetas se otorga sin condición en lo referente a la expresión **"fortifica"** declarada en la descripción del proceso de elaboración.

d. **DECLARACION DE PARTE.** Al valorar las pruebas, tal como las declaraciones de los representantes legales de las sociedades accionadas, la señora juez se equivocó al declarar la supuesta carencia actual de objeto porque los declarantes aseguraron haber retirado el producto del mercado, habida cuenta que, conforme a los precedentes aplicables, lo que los declarantes estaban haciendo era **aceptar implícitamente los hechos que se le imputaban**, ya que, en cuanto al argumento **"...consistente en la supuesta carencia actual de objeto de la presente acción, debido a que la promoción referida por el actor no existe actualmente ni existió al momento de la notificación de la demanda"**, considera la Sala que, **tal circunstancia no la releva de su responsabilidad por la violación de las normas del Estatuto del Consumidor, y permite inferir que, implícitamente, está aceptando el hecho que se le imputa.**", teniendo en cuenta además, que **"...el hecho de que la publicidad no veraz e insuficiente se corrija de manera rápida no exonera de responsabilidad porque la conducta sancionable se configura desde el momento mismo en que la publicidad contentiva de información engañosa se expone a los consumidores."**

"Por último, y en cuanto al argumento de la apelación, consistente en la supuesta carencia actual de objeto de la presente acción, debido a que la promoción referida por el actor no existe actualmente ni existió al momento de la notificación de la demanda", considera la Sala que, **tal circunstancia no la releva de su responsabilidad por la violación de las normas del Estatuto del Consumidor, y permite inferir que, implícitamente, está aceptando el hecho que se le imputa."**

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL DE DECISION. Magistrado RODOLFO ARCINIEGAS CUADROS. ACCION POPULAR DE LIBARDO MELO VEGA contra GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. – CARREFOUR S.A. 21 DE ABRIL DE 2.010

En este sentido el hecho de que la publicidad no veraz e insuficiente se corrija de manera rápida no exonera de responsabilidad porque la conducta sancionable se configura desde el momento mismo en que la publicidad contentiva de información engañosa se expone a los consumidores.”

Superintendencia de Industria y Comercio – Memoria Jurídica 2011.

Por otra parte, como se dijo en el punto anterior, al analizar las pruebas en conjunto los argumentos de la señora juez se quedan sin soporte, pues **si la señora juez hubiera realizado un análisis juicioso de las pruebas en conjunto hubiera concluido que las declaraciones a las que les dio total validez NO concordaban con lo que demuestra la RESOLUCIÓN No. 2021035920 DEL 24 DE AGOSTO DE 2021, habida cuenta que según las declaraciones el producto o no se vendía o no se fabricaba desde el año 2019, pero inexplicablemente procedieron a solicitar una autorización de agotamientos de etiquetas en el año 2021 por FALENCIAS de la etiqueta.**

Rad. 11001-31-03-036-2020-00384-00

3. Dicho lo anterior, se estudiará si efectivamente en esta causa está superada la situación por la cual se adelantó la acción, y de contera, se deba terminar el proceso por carencia actual de objeto.

En efecto, según las declaraciones brindadas en la audiencia de 6 de octubre de 2022, el producto FORTI CRECE BEBIDA LACTEA CON FRUTA marcas KLIM y/o NESTLE identificado con REGISTRO SANITARIO RSA-0008603-2019, dejó de ser fabricado, al punto que, el representante legal de la productora Central Lechera de Manizales S.A. indicó que “Nosotros fabricamos para Nestlé desde el año 2019, fue la última fecha técnica y producimos hasta noviembre de 2021.”

Por su parte, la representante legal de la entidad demandada Nestlé S.A señaló que “...si le puedo decir específicamente de este producto Forticrece durazno es que, hoy en día el producto no se está produciendo ni vendiendo.”

Cuando el Despacho preguntó “¿Desde cuándo no lo están produciendo y vendiendo?”, ese extremo respondió “El año pasado, no tengo la fecha exacta, pero desde el año pasado no está en producción ni en venta. Nestlé ya no está vendiendo el producto.”

Frente a los motivos por los cuales se dejó de comercializar el producto, la misma absolvente manifestó: “Ya no tenía la rotación suficiente como para que sea un producto de nuestra compañía. Nosotros necesitamos una venta sustancial para mantener productos en el mercado de lo contrario no es negocio para nosotros tener productos que no roten. Si el consumidor no le interesa el producto lo sacamos del mercado.”

En similar sentido, el representante legal de Almacenes Éxito señaló que, “Tengo entendido que el producto se comercializó en el año 2019, pero se desactivó el PLU por baja rotación, porque el producto no rotó tan bien, entonces sencillamente se dejó de vender”.

En conclusión, lo que demuestran las pruebas en conjunto es que la accionada SÍ vulneró los derechos colectivos de los consumidores a recibir información veraz, precisa, idónea y suficiente, antes, durante y después de presentada la demanda, debiendo la señora juez declarar que hubo tal violación condenando en costas a cada una de las accionadas, obligación que omitió cumplir.

2. NO SE TUVO EN CUENTA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS - SE INTERPRETÓ DE UNA FORMA INADECUADA LA CONCEPCIÓN DEL DAÑO - NUEVA DEFINICIÓN DEL DAÑO.

Al concluirse que, supuestamente, “...no se logró comprobar que existió o existe un riesgo para la comunidad o grupo de personas que deba ser detenido por este mecanismo”, el despacho **OMITIÓ analizar aspectos sustanciales omitiendo tener en cuenta y aplicar normas sanitarias de orden público y normas de protección al consumidor de rango constitucional**, además de todos los precedentes aplicables al caso, tal como se expone en otros numerales de este escrito:

Frente al daño causado a los consumidores, se tendrá en cuenta la importancia constitucional⁵³ que reviste el derecho de los mismos a recibir un adecuado aprovisionamiento sobre los bienes y servicios que se ponen a su disposición en el mercado nacional, con el fin de garantizar que su decisión de compra se base en información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, apartando cualquier posibilidad de inducción en error que vulnere sus intereses y perjudique su patrimonio. En otras palabras, el daño a los consumidores se materializa con la transmisión de mensajes engañosos que generan expectativas alejadas de la realidad, con capacidad de influir su decisión de consumo y afectar su comportamiento económico.

En este orden de ideas, ***el número de afirmaciones objetivas incluidas en la publicidad de PROCTER & GAMBLE COLOMBIA Ltda., utilizada para promocionar el producto Head & Shoulders nutrición profunda, cuyo contenido resulta contrario a las normas de protección al consumidor, por no contar con soporte idóneo de veracidad e incluir información no veraz, imprecisa, confusa e incompleta...*** (Resaltado fuera de texto original)

⁵³ ***"ARTICULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.***

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos."

Resolución 19991 de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 17-314464 sociedad sancionada PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA. producto SHAMPOO HEAD & SHOULDERS NUTRICIÓN PROFUNDA.

La señora juez no tuvo en cuenta que el Consejo de Estado ha hecho énfasis en el “...**importantísimo rol que desempeñan la comunidad y el juez en la efectividad de estos derechos...**”, orientada al reconocimiento de los derechos e intereses colectivos y/o difusos, promoviendo su protección de manera efectiva sin la exigencia de formalismos para así obtener el amparo de los mismos y el resarcimiento de los daños causados por la publicidad engañosa y la transmisión de mensajes falsos que afectan el comportamiento económico de las personas, **publicidad engañosa y mensajes falsos mediante los cuales “...se logra inducir o llamar la atención de los consumidores para que tengan una relación de consumo, pero utilizando algunos artificios o engaños que los induzcan al error, con el fin de convencerlos de que los que se está ofreciendo es lo que finalmente quiere y desea adquirir, y resulta siendo todo lo contrario...”**.

De conformidad con los planteamientos expuestos, se puede concluir que **la tendencia en los diferentes países del mundo se orienta no sólo por el reconocimiento de los derechos e intereses colectivos y/o difusos, sino que, además, promueven su protección de manera efectiva, razón por la cual, se han ideado distintos instrumentos como la acción popular y la acción de grupo, que permiten acceder a la administración de justicia -sin la exigencia de formalismos- para obtener el amparo de los mismos y el resarcimiento de los daños. Finalmente, tampoco queda duda sobre el importantísimo rol que desempeñan la comunidad y el juez en la efectividad de estos derechos.**

Consejo de Estado – Acciones populares y de grupo. Información disponible en: https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/Tomo1/Vol1_ACCIONES_POPULARES_GRUPO.pdf

3. DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DE TODOS LOS PRECEDENTES HORIZONTALES Y VERTICALES APLICABLES AL CASO - EL FALLO VA EN CONTRAVÍA Y OMITE LO DISPUESTO POR LOS PRECEDENTES APLICABLES - VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO - DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IGUALDAD - GRAVE ERROR EN LA INTERPRETACIÓN y/o APLICACIÓN DE LAS

NORMAS - DESCONOCIMIENTO DE SENTENCIAS CON EFECTOS ERGA OMNES.

La señora juez, al negar las pretensiones de la demanda con los argumentos de que “...no se logró comprobar que existió o existe un riesgo para la comunidad...”, declarando “...**IMPRÓSPERAS** las pretensiones de la demanda, por carencia actual de objeto...”, **OMITIÓ** y **DESCONOCIÓ TODOS los precedentes aplicables** al caso, preocupándose solamente por soportar su errada decisión de terminar el proceso por una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*, precedentes que de haber sido tenidos en cuenta NO hubiera sido posible declarar la supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*.

Al declarar la supuesta e inexistente *carencia actual de objeto* la señora juez OMITIÓ tener en cuenta y aplicar, entre otros, los siguientes precedentes, los cuales se solicita tener en cuenta y aplicar para REVOCAR la sentencia que nos ocupa: Radicación: 110013103025-2020-00304-01 **8 de septiembre de 2023** Demandante: **Libardo Melo Vega** Demandado: **Almacenes Éxito S.A., Nestlé de Colombia S.A. y otros**, 20 de octubre de 2022 radicación: 110013103050-2020-00232-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandado: Mercadería S.A.S. y otros, 27 de octubre de 2023 acción popular rad. 041-2020-00308-01 MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS, 1º de julio de 2003, Rad. 11001310302819944609-01; 16 de abril de 2004, Rad. 110013103002-2001-0836-01; 30 de abril de 2007, Rad. 1100131030007-2004-00554-01; 16 de octubre de 2007, Rad. 110013103022-2001-00003-01; 22 de noviembre de 2007, Rad. 110013103021-2001-0260-01; 20 de 2009, Rad. 110013103025-2006-00200-01; 10 de noviembre de 2011, Rad. 110013103039-2009-00353-01; 28 de marzo de 2012, Rad. 110013103035-2010-00048-01 y 10 de junio de 2015, Rad. 110013103018-2003-00107-01, rad. 2016-00826 30 de enero de 2020.

A continuación se citan algunos precedentes aplicables a este caso los cuales fueron OMITIDOS en su totalidad por la señora juez:

4.5. En esa medida, **como se trata de una información obligatoria, la falta de esa mención en el etiquetado de los productos "Country Hill" constituye una violación a los derechos de los consumidores, pues se trata de una información que resulta incompleta en relación con aquella que ha sido determinada en los reglamentos como relevante de cara a que el consumidor**

conozca las características del producto y pueda ejercer adecuadamente su derecho a la elección.

(...)

5.2. Así las cosas, con la finalidad de hacer cesar la vulneración a los derechos colectivos de los consumidores, se ordenará a MEALS DE COLOMBIA S.A.S.:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL. ACCIÓN POPULAR No. 2016-826 de LIBARDO MELO VEGA contra MEALS DE COLOMBIA S.A.S. 30 de enero de 2020.

6. Determinado en qué consistió la vulneración al derecho colectivo, memórese una vez más que las acciones populares están previstas para hacer cesar el peligro, la amenaza o agravio, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, y **también para “evitar el daño contingente”** (art. 2 de la ley 472 de 1998).

Conforme a esa premisa, **es inocuo el argumento de la vinculada apelante, consistente en que no se demostró que el producto se mercadeó y esto continúa**, en la medida en que al estar probado que el jugo se envasó y etiquetó con la omisión de informar de que su contenido es pasterizado, **fácilmente se advierte la amenaza de que en cualquier momento sea distribuido y vendido a los consumidores en similares condiciones, por cual puede hablarse de un daño colectivo eventual o contingente.**

En efecto, si bien las etapas de fabricación y distribución en la cadena de producción son diferentes, **en las acciones populares no puede exigirse que el demandante demuestre el comercio actual del producto, pues basta con acreditar que ocurrió y se vulneraron los derechos colectivos de los consumidores, respecto de lo cual es razonable prevenir la eventual repetición de la conducta.**

Por cierto que el actor popular aportó la factura de compra, de 22 de mayo de 2020, en la que consta la compra del producto en un almacén de la demandada (folio 20 del pdf 01, cuad. ppal.), del cual también anexó fotografías (folios 22 a 27 ib.), **hecho que evidencia la materialización de la conducta reprochada.**

(...)

Sin embargo, **esos elementos de juicio de ningún modo permiten exonerar a las demandadas por hecho superado, por cuanto en la acción popular no hay lugar a declarar la cesación del hecho perturbador, de manera que si en un**

principio hubo vulneración hay que declararlo, y si no, también, como lo manifestó esta misma Sala en decisiones anteriores⁴.

Ha dicho la Sala que el objeto de estas acciones no puede frustrarse con cesación de efectos o por hecho superado, pues basta que hasta antes de presentarse la demanda, o incluso un poco después, hubiese habido conducta dañosa contra la colectividad, para que halle fundamento la pretensión, toda vez que si su promoción es permitida para evitar o hacer cesar el daño, la sola circunstancia de existencia de la conducta al formularse la demanda, o luego, permite deducir que fue fundada la solicitud contra la vulneración de los intereses colectivos.

Es más, **puede volver a ocurrir la vulneración**, lo que puede acontecer respecto de los hechos juzgados, por cuanto según afirma la demandada, en su contra se han interpuesto varias acciones populares por hechos similares al aquí acaecido, **eventualidad en que debe prevenirse ese “daño contingente”, como ya lo llamaba el artículo 2459 del Código Civil.**

Y **así debe entenderse lógicamente el objeto de la acción popular**, por cuanto la misma da origen a un proceso declarativo y como tal **fundado en hechos ocurridos antes de presentarse la demanda, concomitantes con ella, o que pueden ocurrir después**. Por cierto que de esa manera quedó ratificado por la ley 472 de 1998, cuyo artículo 2º dice que aquellas pueden ejercerse “para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”, lo que corrobora el artículo 14 al disponer que la acción debe dirigirse contra la persona o autoridad “cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola **o ha violado** el derecho o interés colectivo” (se destacó).

En esa medida, **todas las excepciones de la parte demandada relacionadas con la no vulneración del derecho colectivo o superación de la contingencia, de ninguna forma pueden prosperar.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila Radicación: 110013103050-2020-00232-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandado: Mercadería S.A.S. y otros
Proceso: Acción popular Trámite: Apelación sentencia Discutido en Sala de 20 de octubre de 2022.

Ahora bien, conforme a los precedentes aplicables, en algunos casos y dadas las características de cada caso, es posible declarar la carencia de objeto, condenando

en costas a cada uno de los demandados en ambas instancias, “...**habida cuenta que para tales calendas la etiqueta no había sido modificada...**”:

19.- En consecuencia, **se revocará el numeral 1° de la sentencia impugnada, comoquiera que no se tuvieron por demostradas las excepciones denominadas: “Inexistencia de la vulneración, daño, amenaza actual contra los derechos colectivos alegados” e “Insuficiencia probatoria”, contenidas en la contestación de las demandas presentadas el 28 de enero de 20217 y 29 de abril de 20228, habida cuenta que para tales calendas la etiqueta no había sido modificada como se anunció líneas atrás, así pues, como se anticipó, se declarará probada de oficio la titulada: “Carencia de objeto de la acción popular”, por las consideraciones vertidas en esta providencia. Se mantendrán los numerales segundo y tercero, más sobre la condena en costas, es de memorar que acorde al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, deberá regirse por el estatuto procesal civil. Y como quiera que la situación solo se depuró en el curso de la acción, resultando vulnerados derechos de naturaleza colectiva a la data en que se presentó la demanda, se itera, se condenará en costas a la parte demandada, por lo que, se revocará el numeral quinto de la providencia confutada, para en su lugar, sancionar a los accionados a su pago, esto, en ambas instancias.**

(...)

V. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia adiada 31 de julio de 2023, proferida en el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar de oficio el medio exceptivo: “Carencia de objeto de la acción popular”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la decisión de primera instancia, el cual quedará como sigue:

“CONDENAR en costas de ambas instancias a los accionados en favor del actor popular. Las de primera instancia proceda la juez a quo a su tasación.

De conformidad con lo previsto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase para cada uno como Agencias en Derecho la suma de dos salarios mínimos mensuales vigentes. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL Bogotá D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023). ACCIÓN POPULAR instaurada por LIBARDO MELO VEGA contra la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AGRÍCOLAS UNIDAS S.A. C.I. AGROUNIDAS S.A. y OTRA. EXP. 041-2020-00308-01. MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS. Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 20 de septiembre y 25 de octubre del 2023. Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 31 de julio de 2023, proferida en el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá.

Respecto del DEFECTO SUSTANTIVO por desconocimiento de los precedentes ha dicho la Honorable Corte Constitucional:

SENTENCIA T-464/11

(...)

DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL/DEFECTO SUSTANTIVO - *Afectación del derecho a la igualdad por desconocimiento del precedente judicial.*

*Existe un defecto sustantivo en la decisión judicial cuando la actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (i) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (ii) es inconstitucional, (iii) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (iv) **un grave error en la interpretación de la norma**, el cual **puede darse por desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución**. En aquellas ocasiones en que por vía de tutela se pretende atacar un fallo por esta causal, debe entenderse que el mismo **implica, además de la vulneración del debido proceso, el desconocimiento del derecho a la igualdad**. Recíprocamente, **en atención a que la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales sin ofrecer***

un mínimo razonable de argumentación, también se puede aducir que el fallo carece de la suficiente sustentación o justificación. Si un juez asume una posición contrapuesta en casos similares, que implique serio compromiso de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin que presente argumentación pertinente y suficiente, se verá incurso en una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4. EL DESPACHO OMITIÓ TENER EN CUENTA O APLICAR EN DEBIDA FORMA NORMAS DE ORDEN PÚBLICO APLICABLES AL CASO.

La señora juez se centró principal e inexplicablemente en estudiar “...*si efectivamente en esta causa está superada la situación por la cual se adelantó la acción...*”, dejando a un lado el estudio concienzudo de la violación de los derechos colectivos invocados, así como el estudio de las pruebas que demostraban la clara violación a tales derechos. Dijo la señora juez **omitiendo el análisis de los aspectos sustanciales del caso**: “*Dicho lo anterior, se estudiará si efectivamente en esta causa está superada la situación por la cual se adelantó la acción, y de contera, se deba terminar el proceso por carencia actual de objeto...*”

La señora juez al preocuparse solo por declarar una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*, omitió tener en cuenta y aplicar en debida forma las normas aplicables al caso, tales como la resolución 333 de 2011, resolución 5109 de 2005, resolución 2674 de 2013, ley 1480 de 2011, artículo 78 de la Constitución Política de Colombia y demás normas aplicables, tal como pasa a explicarse:

- a. **RESPECTO DE LAS CONDICIONES GENERALES PARA LA DECLARACIÓN DE PROPIEDADES NUTRICIONALES COMPARATIVAS FRENTE A LOS TÉRMINOS O DESCRIPTORES PERMITIDOS PARA LAS DECLARACIONES DE PROPIEDADES NUTRICIONALES COMPARATIVAS: “MELOCOTÓN Y LECHE FORTIFICADA CON VITAMINAS Y MINERALES” y “TODO COMIENZA CUANDO LA LECHE - SE MEZCLA CON MELOCOTÓN - Y SE FORTIFICA CON NUTRIENTES ESENCIALES...”**

La señora juez prefirió declarar una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto* a pesar de estar probado que:

- i. Que la accionada incluye en la cara principal de exhibición del producto el término o descriptor: **“MELOCOTÓN Y LECHE FORTIFICADA CON VITAMINAS Y MINERALES”**,
- ii. Que incluye en la parte posterior del envase la siguiente información: **“TODO COMIENZA CUANDO LA LECHE - SE MEZCLA CON MELOCOTÓN - Y SE FORTIFICA CON NUTRIENTES ESENCIALES...”**,
- iii. Y que, la accionada usa los términos o descriptores ya mencionados **SIN CUMPLIR** con las **condiciones generales para la declaración de propiedades nutricionales comparativas** ordenadas en el artículo 18 de la Resolución 333 de 2011, para el caso de la declaración de propiedades nutricionales comparativas, **transmitiendo una información insuficiente e imprecisa a los consumidores.**
- iv. Es decir, la señora juez prefirió declarar una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto* a pesar de estar probado que la accionada viola los derechos colectivos de los consumidores a recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de la **DECLARACIÓN DE PROPIEDADES NUTRICIONALES COMPARATIVAS** al utilizar los términos descriptores comparativos ya mencionados anteriormente, **OMITIENDO identificar claramente los alimentos que se comparan, de tal forma que el consumidor pueda identificarlos fácilmente, y así mismo, OMITIENDO indicar la cuantía de la diferencia en el valor energético o en el contenido de nutrientes, indicando el valor de la diferencia expresado en porcentaje, en fracción o en una cantidad absoluta, información que debe aparecer junto o inmediatamente debajo del término o descriptor comparativo “FORTIFICADA CON VITAMINAS Y MINERALES” o similares cada vez que se utilizan, teniendo en cuenta que el término o descriptor FORTIFICADO (A) está incluido en el artículo 19.3 de la resolución 333 de 2011 (TÉRMINOS O DESCRIPTORES PERMITIDOS PARA LAS DECLARACIONES DE PROPIEDADES NUTRICIONALES COMPARATIVAS).**

b. RESPECTO DE LA OMISIÓN DE DECLARAR EL TIPO DE TRATAMIENTO AL QUE HA SIDO SOMETIDO EL ALIMENTO.

La señora juez prefirió declarar una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto* a pesar de estar probado que la accionada viola los derechos colectivos de los consumidores a recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, al **OMITIR** incluir en la cara principal de exhibición del rótulo o etiqueta, junto al nombre del alimento, en forma legible a visión normal, las palabras o frases adicionales que indiquen el tratamiento al cual ha sido sometido el producto, que en este caso es **ULTRA UHT (ULTRA ALTA TEMPERATURA)**.

Es importante informar al despacho que, a pesar de que reiterada e inexplicablemente el INVIMA ha emitido conceptos contrarios a lo que ordena el artículo 5.1.2 de la resolución 5109 de 2005, a la fecha el Ministerio de Salud y varios **jueces constitucionales** en primera y segunda instancia se han encargado de darle la razón al actor, en el sentido de **CONFIRMAR una y otra vez** que SÍ es una obligación incluir en la cara principal de exhibición del rótulo o etiqueta, junto al nombre del alimento, en forma legible a visión normal, las palabras o frases adicionales que indiquen el tratamiento al cual ha sido sometido un producto alimenticio. A continuación se cita lo indicado por el Ministerio de Salud y algunos precedentes aplicables al caso, los cuales se solicitan sean tenidos en cuenta al tomar la decisión de fondo:

Omisión de declaración del tratamiento en la cara principal de exhibición: De acuerdo con la revisión de las fotografías enviadas como anexos de la acción popular, no se observa la declaración del tratamiento de Pasteurización al cual es sometido el alimento, de acuerdo con lo que aparece en la página de consulta de registros sanitarios del Invima.

(...)

CONCLUSIÓN.

Revisados los hechos y peticiones de la demanda, así como las normas sanitarias de alimentos relacionadas en la acción popular, se observa incumplimiento por parte del accionado en el artículo 5.1.2 de la resolución 5109 de 2005 respecto a la omisión del tratamiento al que se somete el producto, a fin de aclarar la

naturaleza del mismo según el tratamiento de conservación al que es sometido.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - MINSALUD - Radicado No. 11001-3103-050-2020-00232-00 Acción: POPULAR Accionante: LIBARDO MELO VEGA Accionado: MERCADERIA S.A.S Junio – 2021

*Y es que si bien tanto **en la contestación de la demanda de ambas entidades, como en el interrogatorio evacuado por el representante legal de CI FLP COLOMBIA S.A.S., se señaló que no era obligatorio que en el rotulado del producto se incluyera dicha información al no existir normatividad que impusiera esa carga, y que al margen de ello este no era sometido a un tratamiento de pasteurización si no de temperación, no lo es menos que respecto al primer aspecto en contraposición si existe normatividad vigente que impone ese deber.***

*En relación con el segundo aspecto, se itera que, aunque se indicó por su fabricante que el producto no era sometido a un proceso de pasteurización si no de temperación, lo cierto es que al margen de su denominación estos **constituyen tratamientos térmicos que deben ser informados a los consumidores en debida forma.***

*Súmese a lo dicho que, si bien se habla de un procedimiento de temperación y no de pasteurización, **revisada la información contenida en el registro sanitario INVIMA dentro del expediente No.20147952 ... se observa que en la casilla de su tratamiento se coloca la palabra Pasteurización, de lo que concluye que contrario a lo afirmado por demandada y vinculadas este si se encuentra sometido a ese procedimiento.***

*Ahora, aunque CI FLP COLOMBIA S.A.S., fue reiterativa en los momentos procesales que tuvo para ejercer su derecho de defensa en señalar **que el INVIMA tras una visita técnica realizada a sus instalaciones al producto base de la acción, les rindió concepto favorable, de una revisión efectuada por el Juzgado del contenido del acta de dicha diligencia, no se puede establecer que esta contenga conclusiones que en efecto conlleven al Despacho a determinar el cumplimiento de las cargas echadas de menos por el actor y que dieron inicio a la acción.***

JUZGADO CINCUENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022) **Proceso:** Acción Popular **Radicación:** 11001310305020200023200 **Demandantes:** LIBARDO MELO VEGA

Demandada: MERCADERÍA S.A.S **Vinculadas:** CI FLP COLOMBIA S.A.S. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, INVIMA, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

En el más reciente pronunciamiento de la **Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá** se **CONFIRMÓ** modificando parcialmente lo decidido por el **Juzgado 50 Civil del Circuito**, **DANDO MÁS CLARIDAD AL ASUNTO RESPECTO DE LA REAL E INELUDIBLE OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN LA ETIQUETA DEL PRODUCTO ACERCA DEL TRATAMIENTO AL QUE HA SIDO SOMETIDO UN PRODUCTO, PRECEDENTE QUE SE SOLICITA MUY RESPETUOSAMENTE SEA APLICADO AL PRESENTE CASO:**

Contrario a las afirmaciones de la citada recurrente, la resolución 5109 de 2005 sí es aplicable, no solo por el concepto del Ministerio de Salud y Protección Social (pdf 25 del cuad. ppal.), sino también porque como viene de verse, **es el mismo registro sanitario del producto el que advierte al fabricante que debe cumplir esas normas**. En el artículo 5.1.2. de esa resolución se dispuso que en la cara principal de exhibición del rótulo, “junto al nombre del alimento, en forma legible a visión normal, **aparecerán las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca a error o engaño al consumidor con respecto a la naturaleza y condición física auténtica del alimento que incluyan, pero no se limiten**, al tipo de medio de cobertura, la forma de presentación, condición o **el tipo de tratamiento al que ha sido sometido**; tales como deshidratación, concentración, reconstitución, ahumado, etc.” (se resaltó)
(...)

4.3. Ahora bien, en el acta de inspección sanitaria a la fábrica del jugo de 27 de agosto de 2021, aportada con la contestación de la demanda de C.I. FLP Colombia S.A.S. (folios 71 a 80 del pdf 44, cuad. ppal.), consta una diligencia del Invima, Dirección de Operaciones Sanitarias, con ocasión de este proceso y como observaciones el inspector y la jefe de control y calidad expresaron que para “el tipo de producto referenciado y objeto de la acción popular, no es exigible la declaración del tipo de tratamiento al cual es sometido en el rótulo del producto”.

Esa manifestación técnica de ningún modo es un acto administrativo con presunción de legalidad, cual alegó la vinculada, es un concepto o apreciación por solicitud y con ocasión del litigio, **no vinculante para el juez**, en tanto que el art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, preceptúa que “Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Con todo, **dicho concepto ni siquiera está sustentado, pues solo consta la mera afirmación, sin explicar por qué en el rótulo del producto no es exigible incluir que se trata de bebida pasteurizada o con proceso térmico.**

Por tanto, **esa observación de los funcionarios citados, no es idónea para tenerse en cuenta, visto que no armoniza con la normatividad técnica antes expuesta.**

4.4. Revisados de esa forma los argumentos de la vinculada apelante, hállese la improsperidad de su apelación, **pues quedó sentado que el producto fabricado o elaborado por ella, cuestionado en esta acción, sí debía empacarse conforme a las reglas aplicadas en el fallo apelado.**

(...)

Conforme a esa premisa, **es inocuo el argumento de la vinculada apelante, consistente en que no se demostró que el producto se mercadeó y esto continúa, en la medida en que al estar probado que el jugo se envasó y etiquetó con la omisión de informar de que su contenido es pasterizado, fácilmente se advierte la amenaza de que en cualquier momento sea distribuido y vendido a los consumidores en similares condiciones, por cual puede hablarse de un daño colectivo eventual o contingente.**

(...)

DECISIÓN

1. Declarar que C.I. FLP Colombia S.A.S. y Mercadería S.A.S. vulneraron el derecho de los consumidores a tener una información clara, completa y precisa respecto del producto jugo de mandarina de contenido neto 1 litro, identificado con registro sanitario RSA-006233- 2018, de acuerdo con la información suministrada en su etiqueta **al omitir informar el tratamiento al que es sometido el alimento.**

2. En consecuencia, ordenar C.I. FLP Colombia S.A.S. y Mercadería S.A.S., si no lo hubiesen hecho, que **suspendan la producción y venta al público en cualquier momento del referido producto, que incumpla la inclusión en el rotulado del procedimiento térmico al que es sometido para efectos de su conservación, conforme a las reglas de las resoluciones 3929 de 2013, 5109 de 2005 y normas concordantes.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila Radicación: 110013103050-2020-00232-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandado: Mercadería S.A.S. y otros
Proceso: Acción popular Trámite: Apelación sentencia Discutido en Sala de 20 de octubre de 2022.

c. RESPECTO DE LOS REQUISITOS GENERALES DE DECLARACIONES DE PROPIEDADES DE SALUD RELACIONADAS CON LA FUNCIÓN DE NUTRIENTES.

La señora juez prefirió declarar una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto* a pesar de estar probado que la accionada viola los derechos colectivos de los consumidores a recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, respecto de las declaraciones de propiedades de salud relacionadas con la función de nutrientes al hacer tales declaraciones **OMITIENDO** hacerlas en términos condicionales, es decir, la accionada **OMITE** utilizar palabras tales como: **“puede”, “podría”, “ayuda”, contribuye a”** al momento de realizar tales declaraciones. Se observa como la accionada simplemente indica **“Desarrollo Cognitivo – Zinc”, “Defensas – Zinc”, “Crecimiento – Proteína – Calcio - Vitamina D”**.

Fue tan evidente la clara violación a los derechos colectivos de los consumidores, que la accionada debió solicitar agotamiento de etiquetas para tratar de corregir esta falencia del etiquetado, lo que no la releva de la responsabilidad, tal como reiteradamente lo ha decidido esta misma SALA CIVIL en casos en los que los demandados han optado por corregir falencias del etiquetado de productos en el curso de la demandas interpuestas en su contra, habida cuenta que **“...en esta acción no hay lugar a declarar la cesación del hecho perturbador y dejar de analizar el tema, de manera que si en un principio hubo vulneración, hay que declararlo, y si no también, como lo manifestó esta misma Sala en decisiones anteriores”**.

Por si fueran pocos los precedentes aplicables ya citados, existe un precedente emitido por esta misma Sala Civil en contra de dos de las aquí accionadas (NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. y ALMACENES ÉXITO S.A.), precedente de fecha 8 de septiembre de 2023 que cobra especial relevancia dentro de este caso al

tratar el tema de la supuesta carencia actual de objeto declarada de forma inexplicable por la señora juez:

7.2. Pero tampoco tienen lugar los hechos en que se pretende fundar la defensa de carencia de objeto por hecho superado, puesto que, acorde con la ley 472 de 1998, la acción popular se instituyó para amparar los derechos colectivos, entre esos los que se predicen respecto de los consumidores, acción que no se desvanece por una eventual cesación de los hechos denunciados, durante el trámite. En otras palabras, en esta acción no hay lugar a declarar la cesación del hecho perturbador y dejar de analizar el tema, de manera que si en un principio hubo vulneración, hay que declararlo, y si no también, como lo manifestó esta misma Sala en decisiones anteriores⁶.

Dijo la Sala en esas oportunidades que el objeto de estas acciones no se frustra con cesación de efectos o por hecho superado, pues basta que al momento de presentarse la demanda, o incluso después, exista conducta dañosa contra la colectividad, para que halle fundamento la pretensión, toda vez que si su promoción es permitida para evitar o hacer cesar el daño, la sola circunstancia de existencia de la conducta antes de la demanda, o posteriormente, permite deducir que fue fundada la solicitud contra la vulneración de los intereses colectivos. Es más, en algunos casos puede volver a ocurrir la vulneración, lo que puede acontecer respecto de hechos juzgados, eventualidad en que debe prevenirse ese “daño contingente”, como desde antiguo lo llamó el art. 2459 del Código Civil.

Así debe ser entendido lógicamente el objeto de la acción popular, por cuanto la misma da origen a un proceso declarativo y como tal fundado en hechos ocurridos antes de presentarse la demanda, concomitantes con ella, o que pueden ocurrir después. Por cierto que de esa manera quedó ratificado por la ley 472 de 1998, cuyo artículo 2º dispone que aquellas pueden ejercerse “para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”, lo que corrobora el artículo 14 al disponer que la acción debe dirigirse contra la persona o autoridad “cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo” (se resaltó).

Entender lo contrario, dejaría anodino el contenido y la finalidad de las acciones populares, pues bastaría que el respectivo querellado, enterado del proceso, adelantase una u otra conducta para hacer cesar los hechos que se le endilgan y obtener una especie de rodela para su conducta contraria a los

intereses colectivos, con evidente desconocimiento de las finalidades que tienen aquellas.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila** Radicación: 110013103025-2020-00304-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandados: **ALMACENES ÉXITO S.A., NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.**, Comestibles La Rosa S.A. y Cencosud de Colombia S.A. Proceso: Acción popular Trámite: Apelación sentencia Discutido en Salas de 24, 31 de agosto y 7 de septiembre de 2023 Bogotá, D. C., **OCHO (8) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).**

d. RESPECTO DE ALGUNAS CORRECCIONES REALIZADAS AL ETIQUETADO DEL PRODUCTO LUEGO DE SER PRESENTADA LA ACCIÓN POPULAR.

Es importante tener en cuenta que a pesar de que la accionada se dedicó a solicitar reiterados agotamientos de etiquetas ante el INVIMA, dada la presión ejercida por la presente acción popular, tratando de corregir las falencias en el etiquetado del producto, tal situación no la releva de su responsabilidad frente a los hechos denunciados “...**y permite inferir que, implícitamente, está aceptando el hecho que se le imputa.**”, ya que **“No tiene relevancia jurídica, en cuanto a exoneración de responsabilidad, que la información contenida en la publicidad se corrija rápidamente”**

A continuación cito algunos precedentes aplicables al caso:

“Por último, y en cuanto al argumento de la apelación, consistente en la supuesta carencia actual de objeto de la presente acción, debido a que la promoción referida por el actor “no existe actualmente ni existió al momento de la notificación de la demanda”, considera la Sala que, tal circunstancia no la releva de su responsabilidad por la violación de las normas del Estatuto del Consumidor, y permite inferir que, implícitamente, está aceptando el hecho que se le imputa.”

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL DE DECISION. Magistrado RODOLFO ARCINIEGAS CUADROS. ACCION POPULAR DE LIBARDO MELO VEGA contra GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. – CARREFOUR S.A. 21 DE ABRIL DE 2.010.

“EFECTOS DE LA CORRECCIÓN INMEDIATA POR ERROR INVOLUNTARIO.

No tiene relevancia jurídica, en cuanto a exoneración de responsabilidad, que la información contenida en la publicidad se corrija rápidamente, ya que de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 3466 d 1982, las propagandas deben contener una información veraz y suficiente respecto de los elementos objetivos del producto que se publicita, como el precio, pues sólo acerca de estos, el receptor de la información puede comparar si el juicio o la representación mental que de ellos hace, está o no conforme con la cosa o realidad respecto de la cual se le ha informado.

En este sentido el hecho de que la publicidad no veraz e insuficiente se corrija de manera rápida no exonera de responsabilidad porque la conducta sancionable se configura desde el momento mismo en que la publicidad contentiva de información engañosa se expone a los consumidores.”

Superintendencia de Industria y Comercio – Memoria Jurídica 2011

“Por último, y en cuanto al argumento de la apelación, consistente en la supuesta carencia actual de objeto de la presente acción, debido a que la promoción referida por el actor “no existe actualmente ni existió al momento de la notificación de la demanda”, considera la Sala que, tal circunstancia no la releva de su responsabilidad por la violación de las normas del Estatuto del Consumidor, y permite inferir que, implícitamente, está aceptando el hecho que se le imputa.”

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL DE DECISION. Magistrado RODOLFO ARCINIEGAS CUADROS. ACCION POPULAR DE LIBARDO MELO VEGA contra GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. – CARREFOUR S.A. 21 DE ABRIL DE 2.010

5. LA SEÑORA JUEZ NO TUVO EN CUENTA LA JURISPRUDENCIA APLICABLE.

La señora juez al preocuparse solo por declarar una supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*, omitió tener en cuenta y aplicar en debida forma jurisprudencia aplicable a este caso, jurisprudencia que de haber sido tenida en cuenta NO hubiera sido posible declarar la supuesta e inexistente *carencia actual de objeto*.

“En sentencia de 29 de agosto de 2013, la Sección Primera reiteró que ‘la carencia de objeto por haberse superado el hecho vulnerador que originó la acción, se da cuando se comprueba que entre la presentación de ésta y el

*momento de dictar el fallo cesó la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se había solicitado'. Y añadió que en caso de materializarse dicha hipótesis, 'ya no será necesaria la orden de protección, pero en todo caso, debe el juez **declarar que la mencionada amenaza o vulneración existió pero desapareció**'. Bajo la postura así establecida, esta Corporación ha entrado a analizar el fondo de la cuestión planteada en diversas acciones populares, a pesar de haberse configurado el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado. Se ha considerado de suma importancia declarar que la vulneración o amenaza de derechos colectivos existió, aun cuando al momento de proferir el fallo ya no sea procedente emitir una orden de protección de los derechos invocados. Incluso, ha ido más allá, y ha afirmado que el hecho superado no excluye la responsabilidad imputada por la vulneración de los derechos colectivos invocados."*
(Resaltado fuera de texto original)

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO Y HECHO SUPERADO – Unificación de jurisprudencia. En esta ocasión, la Sala considera oportuno unificar su jurisprudencia no solamente en relación con los requisitos de configuración de la vulneración del derecho colectivo a un medio ambiente sano libre de contaminación visual, sino, de igual manera, **en el aspecto recién analizado y es el atinente a la configuración del fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado.** (...) **Es por lo anterior, que la Sala unifica la jurisprudencia en relación con la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, dentro de una acción popular, en los siguientes dos sentidos:** Aun en aquellos casos en que el demandado o, incluso, la autoridad judicial de conocimiento consideren que se ha superado la situación que dio lugar a la interposición de la acción, **es necesario verificar el cese de la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos comprometidos, sin que baste con la simple alegación de haberse adelantado alguna actuación enderezada a la superación de la situación;** en aquellos casos en que la amenaza a los derechos colectivos subsista no es procedente declarar el hecho superado, aun cuando se verifique que se ha adelantado alguna actuación a fin de cesar la amenaza o vulneración de los mismos. El hecho de que, durante el curso de la acción popular, el juez compruebe la desaparición de la situación que originó la afectación de derechos colectivos, **no es óbice para que proceda un análisis de fondo,** a fin de establecer el alcance de dichos derechos.

CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO Bogotá, D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU Actor: BERNARDO ABEL HOYOS MARTÍNEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, PALACIO DE LA CULTURA RAFAEL URIBE URIBE DE LA CIUDAD DE MEDELLÍN.

6. LA SEÑORA JUEZ OMITIÓ HACER USO DE SUS PODERES COMO JUEZ CONSTITUCIONAL PARA EMITIR UN FALLO ULTRA Y EXTRA PETITA.

A pesar de que a la señora juez se le solicitó respetuosamente emitir un fallo *ultra petita y extra petita*, teniendo en cuenta que en el curso del proceso quedaron en evidencia hechos y situaciones mediante los cuales la parte accionada atenta contra los derechos colectivos de los consumidores a recibir protección contra la publicidad engañosa y a que se les suministre información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, y que, “...**el juez está facultado para proferir fallos ultra petita y extra petita...**”, la señora juez OMITIÓ emitir tal fallo, en aras de lograr una protección integral y efectiva de los derechos colectivos de los consumidores, otorgando una protección que, de ser el caso, desbordara lo solicitado por la parte actora, incluso tomando medidas adicionales no previstas en la demanda, las cuales se estimaran suficientes e idóneas para el amparo de los derechos colectivos de los consumidores.

Al omitirse emitir un fallo *ultra petita y extra petita*, también se omitió tener en cuenta precedentes y jurisprudencia aplicable.

A pesar de que no fue denunciado en la demanda, al conocerse la ficha técnica del producto que obra en el expediente, se comprobaron OTRAS graves violaciones a los derechos colectivos de los consumidores. Con este documento se probó que además de lo denunciado, la accionada **OMITIA declarar los ingredientes alergenos**, información de gran importancia dada la población a la cual está dirigido el producto (**NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, GRUPO POBLACIONAL QUE GOZA DE ESPECIAL PROTECCIÓN**)

7. EL DESPACHO OMITIÓ TENER EN CUENTA QUE LAS SOCIEDADES COMERCIALIZADORAS SON IGUALMENTE RESPONSABLES POR LOS HECHOS DENUNCIADOS.

En su afán por declarar la supuesta e inexistente carencia actual de objeto, el despacho omitió tener en cuenta que las sociedades que comercializan los

productos son igualmente responsables por los hechos denunciados, conforme a las normas aplicables.

Desde luego que las comercializadoras demandadas tampoco pueden ser exoneradas, pues ninguna duda hay de que sus establecimientos comerciaron los “Deditos” y las “Morenitas”, **lo que también la obligaba a cumplir las normas analizadas, al tenor de los arts. 2, 5, 6,7, 8,10, 13, 17, 20 y 23, entre otros, de la ley 1480 de 2011, que hacen responsables por igual y en ciertos casos solidariamente, a productores y proveedores o expendedores, en las obligaciones frente a los consumidores, como la garantía y la información.** El citado precepto 23 dispone: “Los **proveedores y productores** deberán suministrar a los consumidores **información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan** y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información...” (se resaltó).

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila** Radicación: 110013103025-2020-00304-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandados: **ALMACENES ÉXITO S.A., NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.**, Comestibles La Rosa S.A. y Cencosud de Colombia S.A. Proceso: Acción popular Trámite: Apelación sentencia Discutido en Salas de 24, 31 de agosto y 7 de septiembre de 2023 Bogotá, D. C., **OCHO (8) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).**

7. De otra parte, asiste razón al demandante en su apelación, en cuanto que Mercadería S.A.S. no puede ser exonerada, en tanto que ninguna duda hay de que sus establecimientos comerciaron el jugo de mandarina cuestionado, como admitió en su interrogatorio (46mm47ss del archivo de video 58, cuad. ppal.), lo que también la obligaba a cumplir las normas analizadas, al tenor del art. 23 de la ley 1480 de 2011 que dispone: “Los **proveedores y productores** deberán suministrar a los consumidores **información, clara, veraz, suficiente, oportuna...**”

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila** Radicación: 110013103050-2020-00232-01 Demandante: Libardo Melo Vega Demandado: Mercadería S.A.S. y otros Proceso: Acción popular Trámite: Apelación sentencia.

I. PETICIÓN.

Por lo expuesto solicito respetuosamente lo siguiente:

1. **REVOCAR** la decisión de primera instancia.
2. Acceder a las pretensiones de la demanda.
3. PREVENIR a las accionadas para que no vuelvan a incurrir en conductas similares a las que aquí nos ha ocupado.
4. Condenar en costas de ambas instancias a cada una de las accionadas.
5. En caso de que, después del análisis de las pruebas y de los aspectos sustanciales del asunto se decida confirmar la carencia actual de objeto, solicito respetuosamente que sean condenadas en costas cada una de las accionadas, teniendo en cuenta que la vulneración a los derechos colectivos de los consumidores SÍ se presentó para la fecha de presentación de la demanda y durante el curso del proceso. Lo anterior, conforme a los precedentes aplicables:

19.- En consecuencia, **se revocará el numeral 1° de la sentencia impugnada, comoquiera que no se tuvieron por demostradas las excepciones denominadas: “Inexistencia de la vulneración, daño, amenaza actual contra los derechos colectivos alegados” e “Insuficiencia probatoria”, contenidas en la contestación de las demandas presentadas el 28 de enero de 20217 y 29 de abril de 20228, habida cuenta que para tales calendas la etiqueta no había sido modificada como se anunció líneas atrás, así pues, como se anticipó, se declarará probada de oficio la titulada: “Carencia de objeto de la acción popular”, por las consideraciones vertidas en esta providencia. Se mantendrán los numerales segundo y tercero, más sobre la condena en costas, es de memorar que acorde al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, deberá regirse por el estatuto procesal civil. Y como quiera que la situación solo se depuró en el curso de la acción, resultando vulnerados derechos de naturaleza colectiva a la data en que se presentó la demanda, se itera, se condenará en costas a la parte demandada, por lo que, se revocará el numeral quinto de la providencia confutada, para en su lugar, sancionar a los accionados a su pago, esto, en ambas instancias.**

V. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia adiada 31 de julio de 2023, proferida en el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar de oficio el medio exceptivo: “Carencia de objeto de la acción popular”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la decisión de primera instancia, el cual quedará como sigue:

“CONDENAR en costas de ambas instancias a los accionados en favor del actor popular. Las de primera instancia proceda la juez a quo a su tasación.

De conformidad con lo previsto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase para cada uno como Agencias en Derecho la suma de dos salarios mínimos mensuales vigentes. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL Bogotá D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023). ACCIÓN POPULAR instaurada por LIBARDO MELO VEGA contra la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AGRÍCOLAS UNIDAS S.A. C.I. AGROUNIDAS S.A. y KOBÁ COLOMBIA S.A. EXP. 041-2020-00308-01. MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS. Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 31 de julio de 2023, proferida en el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá.

Respecto de la condena en costas solicitada solicito respetuosamente tener en cuenta los precedentes ya citados y la jurisprudencia aplicable que se cita a continuación:

ACCIONES POPULARES – Constituyen un derecho político / COSTAS PROCESALES – Instituto de carácter procesal / COSTAS PROCESALES – No son privilegios a favor del actor.

En lo que toca con la interpretación sistemática del artículo 38 de la Ley 472 de 1998 y de las normas del procedimiento civil con las normas constitucionales, la Sala reitera que las acciones populares son de raigambre superior y constituyen en sí mismas un derecho político, mientras que las costas procesales son un instituto de carácter procesal, que en el esquema de distribución de las cargas públicas guarda

íntima relación con los principios de igualdad y equidad, porque, se repite, las expensas y las agencias en derecho corresponden, en su naturaleza, finalidad y concepto, a una compensación y como tal no pueden ser fuente de enriquecimiento injusto, ni para quien se beneficia de ellas ni para aquel que debe asumirlas.(...) **El pago de las costas procesales, trátase de expensas o de agencias en derecho, no constituye una dádiva o un privilegio a favor del actor popular que tuvo que acudir a un proceso para defender los derechos colectivos y el interés público. Por contrario, se sustenta en la necesidad de restablecer la equidad quebrantada, cuando el actor popular se ve determinado a buscar la protección de los derechos colectivos ante las autoridades judiciales, bien por causa de un agente público o de uno particular, asumiendo para tal propósito una carga de defensa económica y de esfuerzo procesal, que de otra manera no habría tenido que soportar. (...) Una posición contrapuesta permitiría que la sociedad se beneficie de una carga de solidaridad asumida por el actor popular, a fin de beneficiar a la comunidad, que rompe el principio de distribución equitativa de las cargas y con ello el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta, constituyendo un privilegio o prerrogativa a favor del agente que ha ocasionado, por acción o por omisión, la vulneración o amenaza de los derechos colectivos, protegidos constitucionalmente.**

(...)

AGENCIAS EN DERECHO – Función / AGENCIAS EN DERECHO EN ACCIONES POPULARES – No procede a favor de entidad demandada.

Como la función de las agencias en derecho es la de otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó, al tenor del artículo 38 de la Ley 472 de 1998 siempre hay lugar a reconocerlas a favor del actor popular que resulta victorioso.

CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA VEINTISIETE ESPECIAL DE DECISIÓN Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE Bogotá D.C., 6 de agosto de 2019 Radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU Actor: YESID FIGUEROA GARCÍA Demandado: MUNICIPIO DE TUNJA Referencia: MECANISMO DE REVISIÓN EVENTUAL – ACCIÓN POPULAR Temas: Acción popular. Costas procesales. Agencias en derecho. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN.

Atentamente

LIBARDO MELO VEGA

CC 79266839

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ZAMUDIO MORA RV: RECURSO DE APELACIÓN RAD.(2019-00190) ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. VS ENID OCHOA ESPINOSA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 31/10/2023 16:21

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

📎 1 archivos adjuntos (175 KB)

TRIBUNAL SUPERIOR 2019-00190 ENID OCHOA ESPINOSA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ZAMUDIO MORA

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 31 de octubre de 2023 16:00

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: jhon james vera peña <notificacionesgarciajimenez@gmail.com>

Asunto: RV: RECURSO DE APELACIÓN RAD.(2019-00190) ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. VS ENID OCHOA ESPINOSA

Cordial saludo,

Se remite por competencia a OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL, cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON

Secretaria Administrativa de la Sala Civil

Tribunal Superior de Bogotá

PBX 6013532666 Ext. 8378

Línea gratuita nacional 018000110194

secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: ALFONSO GARCIA <notificacionesgarciajimenez@gmail.com>

Enviado: martes, 31 de octubre de 2023 15:55

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RECURSO DE APELACIÓN RAD.(2019-00190) ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. VS ENID OCHOA ESPINOSA

Buena Tarde,

Adjunto envío memorial del proceso en referencia.

--

ALFONSO GARCÍA RUBIO

Abogado

GARCIAJIMENEZ ABOGADOS S.A.S.

Tel. 3179370 - 3006468531

Correo. notificacionesgarciajimenez@gmail.com

Señores.

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MAGISTRADO PONENTE: Dr. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA.

Bogotá. D.C.

E. S. D.

Referencia: Proceso Ejecutivo de Mayor Cuantía. No. 2019 – 00190.
Demandante: ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.
Demandado: ENID OCHOA ESPINOSA.

ALFONSO GARCÍA RUBIO, mayor de edad, vecino y con domicilio en esta ciudad, Bogotá, identificado con la C.C. No. 79.153.881 de Bogotá, abogado en ejercicio, con T.P. No. 42.603 del C. S. de la J., en mi condición de apoderado de BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., dentro del asunto señalado en la referencia, a través del presente escrito y encontrándome dentro del termino legal oportuno presento Recurso de APELACIÓN en contra de la sentencia escrita proferida por auto de fecha 14 de agosto de 2023 notificada por estado del 15 de agosto de 2023, recurso que tiene como finalidad la REVOCATORIA TOTAL de la sentencia proferida por el a-quo conforme a los siguientes argumentos:

PRIMERO: El Art. 789 del C. de CO., dispone que la prescripción de la acción cambiaria directa, es de 3 años, siempre y cuando no haya operado su interrupción por el modo natural o por el modo civil, no hay que dejar a un lado, y además debe tenerse en cuenta las diligencias adelantadas por la parte ejecutante en aras de lograr la notificación de la ejecutada, por cuanto la jurisprudencia constitucional y de la H. C.S.J., ha sostenido tajantemente que es viable el descuento de los espacios de tiempo, en los cuales la parte demandante **fue diligente** en aras de vincular al litigio a la parte demandada, y que, si no lo logró, por causas ajenas y/o atribuibles a la administración de justicia o incluso a la actitud asumida por su contraparte para evitar la notificación no puede ni debe ser castigado con la imposición de una prescripción que evidentemente no aplica.

SEGUNDO: La obligación contenida en el pagaré allegado como base del recaudo se hizo exigible el 05 de abril de 2017, contados los tres (3) años de prescripción de estos títulos valores, prescribiría el pago el 05 de abril de 2020, para ser para ser pagado en la ciudad de Bogotá.

TERCERO: El auto de mandamiento de pago librado en contra de la acá ejecutada está fechado el 19 de mayo de 2019.

CUARTO: Inmediatamente al proferirse la orden de pago, se procedió a su notificación remitiendo los citatorios sin que estos fueran positivos. Se radicó al juzgado el citatorio negativo para la demandada, en la fecha 24 de julio de 2019, tal y como se puede apreciar en el expediente.

QUINTO: En vista de la imposibilidad de notificar del auto de apremio a la ejecutada y teniendo en cuenta que en ese momento se desconocía otra dirección para notificarla, se solicitó su emplazamiento en 31 de julio de 2019.

SEXTO: Por auto de fecha 30 de septiembre de 2019 proferido por el Juzgado 42 Civil Circuito de Bogotá, decretó el emplazamiento para la demandada ENID OCHOA ESPINOSA.

SEPTIMO: El 11 de noviembre de 2019, la parte ejecutante radica las publicaciones del edicto de emplazamiento, acorde con el expediente a fin de designar curador dentro del *sub-lite*.

OCTAVO: El juzgado 42 Civil Circuito de Bogotá, designó por auto como curador *Ad-Litem* al abogado CRISTIAN ALBERTO GOMEZ MACIAS, de la demandada ENID OCHOA

ESPINOSA., actuación notificada por estado del 02 de julio de 2020, pasado más de ocho meses después de que la parte ejecutante radicó las publicaciones ante el juzgado de conocimiento a efectos de la designación de curador (!!!), razón por cual, supuestamente, se originó la prescripción en este asunto.

NOVENO: El juzgado 42 Civil Circuito de Bogotá, relevo como curador *Ad-Litem* al abogado CRISTIAN ALBERTO GOMEZ MACIAS, por auto de fecha 30 de julio de 2020, y designo a la abogada ANDREA DEL PILAR ACERO MIRANDA.

DECIMO: El suscrito apoderado, a fin de que las medidas cautelares solicitadas y decretadas dentro del proceso el 19 de noviembre de 2020, solicito al Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá., se actualizara y radicaran los oficios ordenados en auto de fecha 06 de mayo de 2019, acorde con el inciso 2º del Art. 11 del Decreto 806 de 2020, norma vigente para esa época.

DECIMOPRIMERO: El suscrito apoderado el 30 de noviembre de 2022, al ver que la abogada ANDREA DEL PILAR ACERO MIRANDA, no comparecía al proceso a notificarse del cargo designado, y el despacho de conocimiento tampoco realizaba requerimiento alguno al auxiliar de justicia, solicito al despacho se requiriera a la curadora afín de que compareciera al proceso y Juzgado.

DECIMOSEGUNDO: El Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá., por auto de fecha 09 de diciembre de 2022, relevo a la abogada ANDREA DEL PILAR ACERO MIRANDA, como curadora, y designo al abogado JORGE EDUARDO CAMARGO BOTELLO, como auxiliar de la justicia, para que represente a la ejecutada ENID OCHOA ESPINOSA.

DECIMOTERCERO: El abogado JORGE EDUARDO CAMARGO BOTELLO, se notificó como curador *Ad-Litem* de la ejecutada ENID OCHOA ESPINOSA, quien contesto la demanda y propuso excepciones.

DECIMOCUARTO: Así las cosas, se evidencia que de esos más de tres (3) años indicados anteriormente, sobre los cuales dizque se edifica la "*prescripción*" decretada por el a-quo, deben ser descontados a dicha contabilización, el año y medio que el expediente estuvo al despacho del Juez 42 Civil Circuito indicado en el numeral anterior, tal y como aquí se expuso, ya que no pueden imputarse como sanción al demandante esos dos años que el expediente estuvo sin actuaciones en el Juzgado 42 Civil Circuito, puesto que esos dos años transcurridos no fue negligencia ni del suscrito apoderado ni de mi mandante, teniendo en cuenta que la carga procesal para designar y/o remover curador está únicamente por cuenta del despacho.

De acuerdo con lo anterior y revisadas las actuaciones del expediente, se concluye sin lugar a dudas que de ninguna manera existió **NEGLIGENCIA** por parte de la parte ejecutante ni del abogado del Banco Itaú CorpBanca Colombia S.A., para ese entonces, a efectos de lograr la notificación de la demandada.

Como lo contempla la jurisprudencia constitucional en la Sentencia T-281 de 2015 2.5 marco normativo y jurisprudencial de la prescripción de la acción cambiaria; tenemos:

*Para que la prescripción extintiva se configure y sea reconocida por el funcionario judicial, requiere: i) el transcurso del tiempo y ii) la inactividad del acreedor demandante; **por lo cual, como más adelante se recordará, esta Corte ha sostenido que cuando la falta de notificación al demandado se produce por negligencia de la administración de justicia y no por causas atribuibles al demandante, debe reconocerse que el término para la prescripción se ha interrumpido y ya no puede consolidarse este medio de extinción de las obligaciones.***

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de octubre de 2009, Exp. 2004-00605- 01, sostuvo al respecto que "el afianzamiento de la prescripción

extintiva, que es la que viene al caso, aparte de requerir una actitud negligente, desdeñosa o displicente del titular, necesita el discurrir completo del tiempo señalado por la ley como término para el oportuno ejercicio del derecho, sin cuyo paso no puede válidamente, sostenerse la extinción.

Aunado a lo anterior, el DECRETO 564 del 15 de abril de 2020, decretó la **suspensión** de los términos de prescripción previstos en cualquier norma sustancial o procesal, desde el 16 de marzo de 2020, y hasta la reanudación de los mismos, en el mes de julio de 2020, por lo que con más veras el término para que opere la prescripción en nuestro caso, no ha transcurrido, razón por la cual solicito a este H. Tribunal revoque en su integridad la Sentencia proferida por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá. D.C.

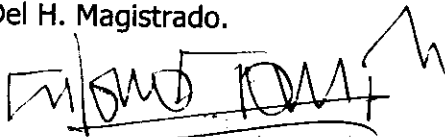
Por lo antes expuesto, y revisando las actuaciones del expediente, se concluye que de ninguna manera existió negligencia por parte abogado de la parte demandante BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A., para lograr la notificación de la demandada, y es equivoca la excepción de prescripción que planteo el curador *Ad-Litem* y que el juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, declaro próspera, ya que repito, no es omisión ni incuria de la parte ejecutante ni del apoderado del banco, que no se hubiese logrado la notificación de la demandada a través de curador *Ad-Litem*, conforme acá se ha explicado con apoyo en el expediente, por lo que la prescripción que alegó el curador y que amparó el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, en la sentencia escrita proferida el 14 de agosto de 2023, es equivoca por la que solicito a este H. Tribunal REVOQUE en su integridad la Sentencia proferida por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá.

Téngase en cuenta para nuestro caso, la jurisprudencia constitucional en la materia, vale decir, para aplicar la sanción de la prescripción extintiva, se requiere como presupuesto *sine qua non*, la negligencia, desidia o actitud desdeñosa de la parte ejecutante en la tarea de noticiar y enterar a la pasiva a través de la notificación del auto de apremio, sin lo cual, dicha sanción resulta **inaplicable**, por lo que solicito con el mayor respeto a este H. Tribunal, dé paso y aplicación a la jurisprudencia constitucional acá citada apoyada en la actuación procesal del presente asunto conforme acá se ha explicado.

➤ PETICIÓN

Fundamentado en los anteriores argumentos, debidamente sustentados en los hechos y sobre todo, en las actuaciones sucedidas dentro del presente proceso, conforme a la jurisprudencia constitucional y de la Honorable C.S.J., acorde con el propio expediente solicito a este Honorable Tribunal de la manera más respetuosa se sirva REVOCAR en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, por auto de fecha 14 de agosto de 2023 notificado por estado del 15 de agosto de 2023, y en su lugar se profiera SENTENCIA que ordene seguir adelante con la ejecución en favor del Banco Itaú CorpBanca Colombia S.A., acorde con las pretensiones de la demanda y del Mandamiento de Pago proferido dentro del presente proceso.

Del H. Magistrado.



ALFONSO GARCÍA RUBIO. -
T.P. No. 42.603 del C.S. de la J.
C.C. No. 79 153.881 de Bogotá


MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA CRUZ MIRANDA RV: 2021-030 SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE SENTENCIA ANTICIPADA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 3/11/2023 8:39 AM

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

 1 archivos adjuntos (422 KB)

2021-030 j43 CENTRAL PARKING sustentar apelacion sentencia.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA CRUZ MIRANDA

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: Doris Vaca Buitrago <dorvac09@gmail.com>

Enviado: viernes, 3 de noviembre de 2023 8:08

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; seccivilencuesta 137 <libardo41@gmail.com>;

servicioalcliente@centralparking.com.co <servicioalcliente@centralparking.com.co>;

notificaciones.judiciales@olartemoure.com <notificaciones.judiciales@olartemoure.com>

Asunto: 2021-030 SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE SENTENCIA ANTICIPADA

Doctora:

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA.

Honorable Magistrada Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil.

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: ACCIÓN DE GRUPO

RADICADO: No. 11001 31 03 043 2021 00030 03

DE: LIBARDO MELO VEGA.

CONTRA: CENTRAL PARKING SYSTEM COLOMBIA S.A.S.

JUZGADO 43 CIVIL DEL CIRCUITO.**ASUNTO: SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE SENTENCIA ANTICIPADA.**

MARIA DORIS VACA BUITRAGO, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 52619 del C.S. de la J. e identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.565.731, como apoderada de la parte actora en la acción de la referencia, respetuosamente me dirijo a este Despacho con el fin de radicar dentro del proceso ya citado el memorial adjunto a este correo que estoy aportando en archivo PDF.

Dando cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso y al artículo 3 de la ley 2213 de 2022, me permito copiar este correo a las partes del proceso.

Atentamente.

MARIA DORIS VACA BUITRAGO

CC. 41.565.731

T.P. No. 52619 del C.S. de la J.

Correo electrónico: dorvac09@gmail.com

Doctora:

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA.

Honorable Magistrada Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil.

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: ACCIÓN DE GRUPO

RADICADO: No. 11001 31 03 043 2021 00030 03

DE: LIBARDO MELO VEGA.

CONTRA: CENTRAL PARKING SYSTEM COLOMBIA S.A.S.

JUZGADO 43 CIVIL DEL CIRCUITO.

ASUNTO: SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE SENTENCIA ANTICIPADA.

MARIA DORIS VACA BUITRAGO, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 52619 del C.S. de la J. e identificada con la cedula de ciudadanía No. 41.565.731, como apoderada de la parte actora en la acción de la referencia, respetuosamente me dirijo a usted con el fin de **SUSTENTAR el RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia anticipada emitida dentro del trámite de la presente acción con el fin de que sea **REVOCADA tal sentencia y que en su lugar se continúe con el debido proceso que rige las acciones de grupo**, recurso que sustento en los siguientes términos:

I. SUSTENTACIÓN APELACIÓN.

A continuación sustento cada uno de los reparos concretos que fueron presentados en el recurso de apelación, con el fin de que sea **REVOCADA tanto la sentencia anticipada en su integridad**, así como también, **sea REVOCADA la injusta e improcedente condena en costas impuesta al actor**, y que se continúe con el curso normal del proceso conforme a lo ordenado en la ley 472 de 1998, **NORMA ESPECIAL** que rige este tipo de acciones constitucionales la cual fue omitida por el señor juez para darle prelación a normas generales:

1. DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO POR GRAVE ERROR EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES QUE INTEGRAN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO - VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

- a. El señor juez incurrió en defecto material o sustantivo por grave error en la interpretación e incorrecta aplicación de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, disposiciones tales como, el numeral 3º del artículo 278 del Código General del Proceso (CGP), los artículos 47 y 57 de la ley 472 de 1998 y el artículo 94 del Código General del Proceso, grave error en la interpretación e incorrecta aplicación de las disposiciones que tiene una incidencia directa en la decisión tomada lesionando de forma directa los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

El señor juez **procedió a darle aplicación preferente a una norma general** (artículo 278 del CGP), omitiendo lo ordenado en una **NORMA ESPECIAL (ley 472 de 1998)** que rige este tipo de acciones constitucionales, norma que en su artículo 47 ordena la forma en como se debe contabilizar el término de caducidad en las acciones de grupo (tema que será abordado en detalle más adelante).

Se observa como el señor juez de forma arbitraria procedió a declarar probada la excepción de caducidad de la acción OMITIENDO lo ordenado en el artículo 278 del CGP, es decir, omitiendo tener en cuenta que **EN ESTA ACCIÓN CONSTITUCIONAL SÍ HAY PRUEBAS POR PRACTICAR**, omitiendo tener en cuenta que **las partes NO solicitaron de común acuerdo la sentencia anticipada**, y, lo que es aún más grave, **NO estando probada la caducidad omitiéndose lo ordenado en el artículo 47 de la ley 472 de 1998 respecto de la forma en cómo se debe contabilizar el término de caducidad cuando el daño ha sido causado por una conducta lesiva e ilegal de forma continuada**, tal como se expondrá en detalle más adelante.

Artículo 278. Clases de providencias

Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias.

Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las

que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias.

En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

1. **Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten**, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez.
2. **Cuando no hubiere pruebas por practicar.**
3. **Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.**

Así mismo, **el señor juez procedió a darle aplicación preferente a una norma general (artículo 94 del CGP)**, omitiendo lo ordenado en una **NORMA ESPECIAL (ley 472 de 1998)** que rige este tipo de acciones constitucionales, obstaculizando la materialización de los **derechos sustanciales**, la búsqueda de la verdad, el acceso a la justicia y la adopción de una decisión judicial justa, **omitiendo las formas propias y preferentes de una acción constitucional.**

Dijo el señor juez:

Problema jurídico.

El problema jurídico por resolver en este asunto, **se enmarca en establecer si resulta procedente dictar sentencia anticipada declarando probada la excepción de «caducidad de la acción», dado que no se enteró de la causa dentro del término legal para ello** y, de contera, no se interrumpió tal fenómeno.

Ahora bien, además de que el señor juez incurrió defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto al apearse estrictamente a las reglas procesales del Código General del Proceso (art. 94), por encima de lo ordenado en la NORMA ESPECIAL que rige estas acciones (ley 472 de 1998), tampoco le asiste razón en sus conclusiones, ya que, contrario a lo concluido por el señor juez, la actora **SI CUMPLIÓ con la carga de enterar a la encausada dentro del año siguiente a su enteramiento –por estado- del auto que admitió la demanda (incluida su adición)**, habida cuenta que el auto admisorio de fecha **15 de febrero de 2022** fue notificado por estado el día **16 de febrero del mismo año** y la actora notificó a la accionada el día **30 de enero de 2023**, incluyendo la adición del auto admisorio de fecha **14 de julio de**

2022, es decir, **suponiendo que se debería aplicar de forma preferente lo ordenado en el art. 94 del CGP, el señor juez tampoco tendría razón**, habida cuenta que la actora **SÍ** enteró a la encausada antes de vencer el plazo de un año transcurrido después de su enteramiento por estado del auto admisorio y del auto que adicionó tal auto (ver ampliación y soporte de este tema más adelante).

La conducta del señor juez, al darle prelación a normas de procedimiento generales por encima del procedimiento establecido por una NORMA ESPECIAL DEL ORDEN CONSTITUCIONAL, va en contra del **criterio unánime de la doctrina jurídica que indica “...que las normas especiales prevalecen sobre las normas generales...”**.

Sentencia C-576/04

*Conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica, **las normas especiales prevalecen sobre las normas generales**. Así lo contempla en forma general el ordenamiento legal colombiano, al preceptuar en el Art. 5º de la Ley 57 de 1887 que si en los códigos que se adoptaron en virtud de la misma ley se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, **“la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”**.*

En conclusión, el señor juez incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo, teniendo en cuenta que, en ejercicio de su autonomía e independencia y de forma irrazonable, desproporcionada, arbitraria y caprichosa desbordó con su interpretación la Constitución, **desconociendo la norma especial aplicable a este caso concreto la cual rige este tipo de acciones constitucionales**, fundamentado su decisión en normas generales de procedimiento sin tener en cuenta la prelación que le debía dar a lo ordenado en la ley 472 de 1998.

SENTENCIA T-118A DE 2013.

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el juez ordinario incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando en ejercicio de su

autonomía e independencia, desbordan con su interpretación la Constitución o la ley. Puede presentarse cuando el juez: (i) fundamenta su decisión en una norma derogada o declarada inexecutable, (ii) basa su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, (iii) el fallo carece de motivación material o es manifiestamente irrazonable, (iv) la interpretación desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, (v) **interpreta la norma sin tener en cuenta otras disposiciones normativas aplicables**, (vi) **desconoce la normatividad aplicable al caso concreto**. Sin embargo, no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, **sólo aquellas que resultan irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas pueden ser objeto de la acción de tutela.**

b. RESPECTO DE LA INJUSTA E IMPROCEDENTE CONDENA EN COSTAS.

El señor juez incurrió en defecto material o sustantivo al desconocer las normas de orden público aplicables al caso (CAPÍTULO IV. **AMPARO DE POBREZA** del Código General del Proceso), inadvirtiéndolo de forma absoluta su aplicación. Nótese que, **a pesar de haber sido CONCEDIDO el AMPARO DE POBREZA al actor en auto de fecha 14 de julio de 2022, el señor juez de forma inexplicable NO advirtió u OMITIÓ tal situación y procedió a condenar en costas al actor**, siendo claro que quien ha sido beneficiado con la concesión del AMPARO DE POBREZA, tal como sucede en este caso, **“...no será condenado en costas...”**, de conformidad con lo ordenado en el artículo 154 del CGP.

JUZGADO CUARENTA Y TRES CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

Expediente No. 11001 31 03 043 2021 00030 00

Atendiendo el escrito militante en el abonado digital “28SolicitudAdiciónAutoAdmisorio” y de una revisión del expediente virtual, se advierte que en el auto proferido en febrero 15 de 2022¹, se omitió proveer sobre los memoriales militantes en los consecutivos “04” y “05”, por tanto, y con fundamento en el artículo 287 del Código General del Proceso, para los fines pertinentes adicionalmente tal proveído, por tanto, se

RESUELVE

ADICIONAR el auto proferido el 15 de febrero de 2022, de la siguiente manera:

«Ahora bien, de acuerdo con el artículo 151 y subsiguientes del Código General del Proceso, el amparo de pobreza ha sido instituido para garantizar el libre acceso a la administración de justicia, para aquellas personas que no están en posibilidades reales de sufragar los gastos que genera un proceso, sin menoscabo de lo necesario para su subsistencia.

*Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 153 ibidem y las afirmaciones de la parte accionante, que se entienden prestadas bajo la gravedad del juramento, con las consecuencias jurídicas y personales que ello implica, se infiere que aquel no puede asumir la defensa de sus intereses en este proceso, en consecuencia, **el despacho CONCEDE el amparo pobreza solicitado**».*

La reiterada jurisprudencia constitucional ha insistido en que “...el juez ordinario incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando en ejercicio de su autonomía e independencia...**desconoce la normatividad aplicable al caso concreto...**”, más aún, cuando, como en este caso, **resulta irrazonable, desproporcionada, arbitraria y caprichosa la inexplicable decisión del señor juez de condenar en costas al actor habiéndole CONCEDIDO el amparo de pobreza, omitiendo y desconociendo lo ordenado en el artículo 154 del CGP**, que a continuación se expone:

ARTÍCULO 154. EFECTOS. *El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y **no será condenado en costas**.*

(...)

El amparado gozará de los beneficios que este artículo consagra, desde la presentación de la solicitud.

En línea con lo anterior, a continuación se cita parte de la reiterada jurisprudencia constitucional que ha insistido en que “...el juez ordinario incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando en ejercicio de su autonomía e independencia...**desconoce la normatividad aplicable al caso concreto...**”:

SENTENCIA T-118A DE 2013.

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el juez ordinario incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando en ejercicio de su autonomía e independencia, desbordan con su interpretación la Constitución o la ley. Puede presentarse cuando el juez: (i) fundamenta su decisión en una norma derogada o declarada inexecutable, (ii) basa su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, (iii) el fallo carece de motivación material o es manifiestamente irrazonable, (iv) la interpretación desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, (v) interpreta la norma sin tener en cuenta otras disposiciones normativas aplicables, (vi)

desconoce la normatividad aplicable al caso concreto. Sin embargo, no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, **sólo aquellas que resultan irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas pueden ser objeto de la acción de tutela.**

En conclusión, **el señor juez incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo, teniendo en cuenta que, además de omitir su propio pronunciamiento que CONCEDIÓ EL AMPARO DE POBREZA, de igual forma, desconoce la normatividad aplicable al caso concreto, razón por la que debe ser REVOCADA la injusta e inexplicable decisión de condenar en costas al actor.**

2. DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO QUE SE CONFIGURA POR CONTEO INDEBIDO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD.

El señor juez incurrió en defecto material o sustantivo por el indebido conteo del término de caducidad, cometiendo un grave error en la interpretación e incorrecta aplicación del artículo 47 de la ley 472 de 1998 (NORMA ESPECIAL) y el artículo 94 del Código General del Proceso (NORMA GENERAL). Nótese que el señor juez se apegó estrictamente a las reglas procesales del Código General del Proceso (norma general) – artículo 94 y numeral 3º del artículo 278, **obstaculizando la materialización de los derechos sustanciales, la búsqueda de la verdad y la adopción de una decisión judicial justa,** derechos sustanciales consagrados en la **NORMA ESPECIAL** que rige las acciones de grupo (ley 472 de 1998), norma especial que prevalece sobre las normas generales.

*ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional por vulneración de derechos fundamentales / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCION EJECUTIVA - Los cinco años se cuentan transcurridos los 18 meses desde la ejecutoria de la providencia / **DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO - Se configura por conteo indebido del término de caducidad...***

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ
Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Radicación número:

11001-03-15-000-2015-02941-00(AC) Actor: ENA LUZ GOMEZ PIMIENTA
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA Y OTRO.

A pesar de que en la demanda se indicó claramente que la accionada estuvo causando un daño a los usuarios **de forma continuada** hasta por lo menos el **14 de marzo de 2020, tal como se demuestra con las “probanzas arrimadas al plenario”**, inexplicablemente el señor juez concluyó que “...**no le cabe duda de que el plazo de caducidad debe contarse, en efecto, desde el 19 de enero de 2017...**”, cometiendo un craso error porque esta fecha es simplemente la fecha de la primera factura aportada como prueba, **más NO la fecha desde que la accionada cesó la acción vulnerable causante del daño económico causado a los usuarios mediante el cobro excesivo de tarifas**. Debe tenerse en cuenta que para los casos en que el daño es continuado o de tracto sucesivo, **la correcta contabilización del término de caducidad se debe hacer conforme lo ordena el artículo 47 de la ley 472 de 1998**, es decir, desde que **cesó la acción vulnerable causante del daño (14 de marzo de 2020)**, tal como lo han confirmado TODAS las instancias posibles mediante precedentes y jurisprudencia que omitió tener en cuenta el señor juez, omitiendo una valoración concienzuda de todas las pruebas.

ARTÍCULO 47.- Caducidad. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerable causante del mismo.

En línea con lo anterior, el señor juez, además de violar lo ordenado en una NORMA ESPECIAL (artículo 47 de la ley 472 de 1998) que rige este tipo de acciones constitucionales, también omitió tener en cuenta precedentes aplicables de obligatorio acatamiento en los que se concluyó que “...***el termino de caducidad se computará desde la fecha de la última exteriorización***” de la conducta causante del daño, y que, en esta norma se “***Está aludiendo, indefectiblemente, al momento de finalización del comportamiento (acción) que originó (Causación) el perjuicio (daño)***”, que para este caso es **14 de marzo de 2020**, siendo claro y evidente que si la demanda se presentó en **febrero 2 de 2021** por obvias razones fue presentada antes de que venciera el término de caducidad de 2 años, repito, **contado a partir de la fecha en la que cesó la acción vulnerable causante del daño, el cual desde el año 2012 venía causando la accionada en contra de los intereses económicos del grupo de usuarios afectados, a quienes se les estuvo cobrando sumas excesivas violando la ley.**

Respecto de lo antes indicado existe un **PRECEDENTE aplicable a este caso que fue OMITIDO por el señor juez**, en donde la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Civil CASÓ una SENTENCIA ANTICIPADA** emitida por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL**, **concluyendo que este Tribunal se había equivocado** al confirmar la **SENTENCIA ANTICIPADA** que había emitido el **JUZGADO 10 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ DECLARANDO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**, **concluyendo la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA que se había cometido un craso error, tal como sucede en este caso**, al **NO** contabilizar el término de caducidad **desde la fecha de la última exteriorización de la conducta causante del daño**, o lo que es lo mismo, desde **la fecha desde la que la accionada cesó la acción vulnerable causante del daño económico causado de forma continuada a los usuarios mediante el cobro excesivo de tarifas**, es decir, desde el **14 de marzo de 2020**, según se indicó en la demanda. Es importante resaltar que el proceso mencionado en el precedente que aquí se cita debió continuar su curso normal, siendo terminado tal proceso por conciliación entre las partes.

“Entonces, el término de caducidad se computará desde la fecha de su última exteriorización”.

(...)

En efecto, cuando la norma señala que la caducidad se surtirá a los dos años, siguientes a la fecha cuando “(...) cesó la acción vulnerable causante del mismo”, está aludiendo, indefectiblemente, al momento de finalización del comportamiento (acción) que originó (Causación) el perjuicio (daño).

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Magistrado ponente Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO SC016-2018 Radicación n.º 11001-31-03-010-2011-00675-01 (Aprobado en sesión de diecinueve de abril de dos mil diecisiete) Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018).

El señor juez, apegándose férreamente a una norma procesal general, omitió analizar en conjunto bajo las reglas de la sana crítica **todas** las pruebas que demuestran y confirman que el daño económico causado a los usuarios **se presentó de forma continuada desde el año 2012 y por lo menos hasta el 14 de marzo de 2020**, situación que lleva a concluir que en el presente caso **NO** se presentó la supuesta caducidad decretada por el despacho,

conforme a lo ordenado en el artículo 47 de la ley 472 de 1998, habida cuenta que la demanda fue presentada el **2 de febrero de 2021**, es decir, dentro de los **“dos (2) años siguientes a la fecha en que ...cesó la acción vulnerable causante del mismo (daño)”**.

Conforme a lo expuesto, **queda sin soporte alguno lo dicho por el señor juez** en el sentido de que *“Desde ese lente argumentativo, si se miran bien las cosas, más allá que los contrincantes disputen la esencia de las pretensiones enarboladas, en rigor, censuran la fecha en la que se estructuró el daño alegado, por tanto, desde ya, para esta autoridad judicial, acorde a probanzas arrojadas al plenario, no le cabe duda de que el plazo de caducidad debe contarse, en efecto, desde el 19 de enero de 2017, fecha en la que, a sentir del auspiciante, se generó el perjuicio debido a la conducta de Central Parking System Colombia S.A.S., lo que, de suyo, revela la caducidad de la acción”* (subrayado fuera de texto original), habida cuenta que, por una parte, en la demanda se indicó que el daño causado a los usuarios era continuado, y que, por otra parte, se indicó con claridad que la conducta continuada causante del daño se presentó desde el año 2012 hasta por lo menos el 14 de marzo de 2020.

De haberse tenido en cuenta todas las pruebas aportadas y las solicitadas debidamente por la actora con la demanda, las cuales NO SE HAN PRACTICADO en debida forma, los argumentos del señor juez NO tendrían soporte alguno, se debe recordar que algunas de las pruebas más relevantes que fueron solicitadas se encuentran en poder de la accionada quien se ha negado a suministrarlas a la actora, así mismo, se debe recordar que el despacho negó la posibilidad de que la accionada aportara las pruebas solicitadas en la demanda al momento de contestar la misma, argumentando el señor juez que tales pruebas serían aportadas al ser decretadas dentro del curso del proceso, oportunidad que ahora desaparece con la contradictoria e injustificada decisión del señor juez, decisión que viola los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la justicia, pues se está terminando con un proceso del orden constitucional sin permitirle a la actora controvertir las pruebas que se encuentran en poder de la accionada, las cuales fueron debidamente solicitadas, terminando esta acción violando el debido proceso, NO existiendo prueba que demuestre que la acción caducó, sino que por el contrario los hechos expuestos y las pruebas aportadas y solicitadas no tenidas en cuenta por el señor juez demuestran claramente que la caducidad decretada NO aplica en este caso.

Ahora bien, por si fuera poco lo ya expuesto, basta con tener en cuenta lo ordenado reiteradamente por la Corte Constitucional respecto del tema de la caducidad que aquí nos ocupa, para así concluir sin más desgaste argumentativo que el señor juez se equivocó al declarar la caducidad de este proceso y terminarlo mediante sentencia anticipada, ya que sus argumentos **“son en exceso formalistas, y con ellos se termina desconociendo el mandato constitucional relativo a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades y rigorismos jurídicos, y de contera, desconociendo por una mera formalidad los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, así como los derechos e intereses colectivos que en este caso se pretenden garantizar con la acción de grupo, lo cual es, desde el punto de vista constitucional, no sólo contrario a los mandatos superiores de la Constitución, sino reprochable de un funcionario judicial instituido precisamente para garantizar los derechos y garantías fundamentales”.**

SENTENCIA T-191/09

CADUCIDAD DE LA ACCION DE GRUPO-Caso en que se encuentra acreditado que se demandó por un daño continuo y de tracto sucesivo

Este tipo de argumentos no son de recibo por esta Sala por lo menos por dos razones fundamentales: (i) en primer lugar, por cuanto **no es cierto que en la acción de grupo instaurada por los actores no se hubiera mencionado e identificado clara y expresamente como la causa del daño o la acción vulnerante causante del mismo**, el deterioro continuo y progresivo de las viviendas de los demandantes que conforman la Agrupación Residencial Pueblo Nuevo, por haber sido construidas en un terreno no apto en las cercanías del río Fucha. Así en la demanda de acción de grupo se afirma que se han venido generando daños estructurales en sus viviendas e inundación de las mismas, deterioro patrimonial y desvalorización de las viviendas, así como problemas sanitarios y de contaminación que han afectado gravemente la calidad de vida de sus habitantes. Por esta razón, **encuentra la Sala que en la demanda de acción de grupo sí se manifestó claramente que se demandaba por un daño continuo y de tracto sucesivo**, y no por un daño que se hubiera ejecutado o agotado en el momento de la construcción o venta de las viviendas. (ii) En segundo lugar, **encuentra esta Sala de Revisión que este tipo de argumentos no son de recibo por cuanto son en exceso formalistas, y con ellos se termina desconociendo el mandato constitucional relativo a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades y rigorismos jurídicos, y de contera, desconociendo por una mera formalidad los derechos fundamentales de acceso a la**

administración de justicia, así como los derechos e intereses colectivos que en este caso se pretenden garantizar con la acción de grupo, lo cual es, desde el punto de vista constitucional, no sólo contrario a los mandatos superiores de la Constitución, sino reprochable de un funcionario judicial instituido precisamente para garantizar los derechos y garantías fundamentales. Por consiguiente, encuentra esta Sala probada dentro del expediente relativo a la acción de grupo que dio origen a esta tutela, la configuración de una **vía de hecho por defecto procedimental, consistente en que el Juzgado 34 Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de primera instancia declaró probada la excepción previa de caducidad,** desconociendo que esta excepción había sido ya resuelta debidamente dentro de dicha acción de grupo por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo cual es violatorio del derecho fundamental del debido proceso.

3. VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL A LOS CUALES DEBE AJUSTARSE EL TRÁMITE DE LAS ACCIONES DE GRUPO.

La decisión del señor juez **viola principios de orden constitucional a los cuales debe ajustarse el trámite de las acciones de grupo,** principios tales como, la **prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 constitucional y en el artículo 5 de la ley 472 de 1998,** pero también los principios hermenéuticos derivados de la Constitución como el **principio de interpretación pro homine, el principio de interpretación conforme, el principio de interpretación razonable y el principio de eficacia y efectividad de los derechos,** entre otros.

Lo concluido reiteradamente por la Honorable Corte Constitucional soporta los argumentos expuestos a lo largo de este escrito, en el sentido de que se le debe dar prelación a lo ordenado en la ley 472 de 1998 por encima de unas formas procesales generales que fueron aplicadas de forma preferente por el señor juez, para así “...**facilitar el acceso a la administración de justicia, de manera que los procedimientos regulados no deben obstaculizar, obstruir o impedir el ejercicio efectivo de la acción de grupo, y por tanto no deben hacer nugatoria dicha acción**”.

Sentencia C-242/12

ACCION DE GRUPO-Amplio margen de configuración legislativa en materia procedimental.

Esta Corporación ha reconocido de un lado, la amplia libertad de configuración que le compete al Legislador para regular las acciones de grupo, especialmente en materia procedimental, pero de otro lado, **ha sostenido igualmente que esta libertad de configuración no es absoluta, sino que debe respetar el marco constitucional de valores, principios y derechos fijados por el Constituyente de 1991, así como la definición de la acción de grupo fijada por la Constitución en el artículo 88 Superior, y por tanto la naturaleza y las finalidades constitucionales de estas acciones. En lo que respecta a la regulación procesal de las acciones de grupo, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que ésta debe, en todo caso, facilitar el acceso a la administración de justicia, de manera que los procedimientos regulados no deben obstaculizar, obstruir o impedir el ejercicio efectivo de la acción de grupo, y por tanto no deben hacer nugatoria dicha acción.**

ACCION DE GRUPO-Reglas jurisprudenciales que limitan la amplia potestad configurativa del Legislador

Esta Corporación al pronunciarse sobre las normas regulatorias de la acción de grupo contenidas en la Ley 472 de 1998 ha reiterado de manera consolidada y pacífica que (i) el Legislador goza de una amplia potestad de configuración normativa en la materia; (ii) que sin embargo, esta libertad regulativa no es absoluta, sino que por el contrario, **se encuentra claramente enmarcada por los principios, valores y derechos contenidos en la Constitución de 1991**, y por la naturaleza y finalidades propias de la acción de grupo, de conformidad con el artículo 88 Superior; y que (iii) **por tanto, en materia procesal, el Legislador debe respetar el propósito de establecer mecanismos racionales que faciliten y promuevan el uso de la acción de grupo, en los casos previstos por la norma superior, de tal modo que se materialice y fortalezca el derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia, y el logro de los importantes beneficios sociales de las acciones de grupo.**

4. DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTES HORIZONTALES Y VERTICALES Y/O JURISPRUDENCIA APLICABLE - GRAVE ERROR EN LA INTERPRETACIÓN Y/O APLICACIÓN DE UNA NORMA ESPECIAL.

En el presente caso se configura defecto sustantivo por desconocimiento de precedentes y/o jurisprudencia aplicable, pronunciamientos en los que reiteradamente se han indicado los lineamientos a seguir para realizar de forma correcta la contabilización del término de caducidad de las acciones de grupo, **conforme a lo ordenado en el artículo 47 de la ley 472 de 1998.**

Se observa como el señor juez al contabilizar el término de caducidad omitió y desconoció precedentes (algunos ya citados en puntos anteriores) y/o jurisprudencia aplicable realizando un indebido conteo del término de caducidad, **apegándose a normas procesales del orden general, por encima de una norma especial y por encima de los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia,** corporaciones que reiteradamente han dado total claridad respecto de la forma correcta de contabilización del término de caducidad de las acciones de grupo, **conforme a lo ordenado en el artículo 47 de la ley 472 de 1998.**

A continuación se cita una de las tantas sentencias emitidas por la Corte Constitucional en la que en Sala de Revisión, respecto de las acciones de grupo, hizo **“Reiteración de jurisprudencia sobre sus características”**, jurisprudencia que fue OMITIDA por el señor juez:

Sentencia T-191/09

ACCION DE GRUPO - Principios de orden constitucional a los cuales debe ajustarse su trámite

En cuanto a los principios de orden constitucional a los cuales debe ajustarse el trámite de las acciones de grupo, esta Sala se permite mencionar el principio de prevalencia del derecho sustancial, pero también los principios hermenéuticos derivados de la Constitución como el principio de interpretación pro homine, el principio de interpretación conforme y el principio de interpretación razonable.

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

El principio de prevalencia del derecho sustancial se encuentra consagrado en el artículo 228 constitucional, de conformidad con el cual en las actuaciones de las autoridades judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre las disposiciones de carácter formal.

PRINCIPIO DE INTERPRETACION PRO HOMINE

El principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como **la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.**

PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME

El principio de interpretación conforme consiste en que la interpretación de la totalidad de los preceptos jurídicos debe hacerse de tal manera que se encuentre en armonía con las disposiciones constitucionales. Este principio implica entonces, que cuando exista una norma ambigua cuya interpretación razonable admita al menos dos sentidos diferentes, **el intérprete debe optar por la interpretación que se adecúe mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.** **Este principio representa un desarrollo del artículo 4º de la Constitución, según el cual, la Constitución es norma de normas, y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.** Así pues, el principio de interpretación conforme encuentra su fundamento en la supremacía y jerarquía normativa máxima de la Constitución Nacional, a partir de cuya premisa se deriva que toda interpretación jurídica debe arrojar un resultado que no sólo no debe ser contrario, ni solamente permitido, sino más allá debe estar ajustado a la Constitución Nacional.

PRINCIPIO DE INTERPRETACION RAZONABLE

El principio de interpretación razonable, **supone que el juez debe aplicar las normas de derecho de una manera tal que se produzcan resultados proporcionados, razonables, equitativos y verdaderamente justos, de preferencia sobre el principio jurídico.**

ACCION DE GRUPO-Reiteración de jurisprudencia sobre sus características

Esta Sala de Revisión reitera (i) **la relevancia de las acciones de grupo para la implementación y desarrollo del Estado constitucional de Derecho y de sus principios esenciales de solidaridad, dignidad humana, acceso a la administración de justicia y eficacia de los derechos e intereses colectivos;** (ii) **la importancia de la acción de grupo en cuanto a la reparación del daño ocasionado a los derechos subjetivos de un número plural de personas, en la medida en que todas ellas fueron afectadas por un evento lesivo común, que amerita un tratamiento procesal unitario, aún cuando la determinación de la reparación del daño es en principio individualizada, en razón a que lo que se protege es el daño subjetivo de cada uno de los miembros del grupo;** y (iii) **el que el trámite de estas acciones debe realizarse atendiendo a los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial y de interpretación pro homine, interpretación conforme e interpretación razonable.**

CADUCIDAD DE LA ACCION DE GRUPO

Se encuentra en armonía con los preceptos constitucionales el establecimiento por el legislador de un término de caducidad para la implementación de la acción de grupo por el grupo afectado en sus derechos e intereses colectivos. Lo anterior, en razón de la naturaleza propia de dichas acciones y de los derechos que protege, así como por la necesidad de **garantizar los principios constitucionales relativos a la seguridad jurídica, el interés general y la eficaz administración de justicia.** Finalmente, considera la Sala conveniente mencionar que la institución jurídico procesal de la caducidad en las acciones de grupo opera respecto del grupo y no respecto de cada uno de sus integrantes, de manera que en todo caso, el término extintivo para promover la acción de grupo debe distinguirse del término de caducidad de la acción que corresponde a cada persona del grupo de manera individual, cuyo término extintivo puede o no coincidir con el derecho de accionar del grupo considerado como tal. De esta forma, puede presentarse una situación en la cual caduca el derecho de accionar en grupo, pero ello no implica la extinción del derecho para demandar la pretensión de que es titular cada persona por separado.

DECLARACION DE CADUCIDAD COMO EXCEPCION PREVIA DENTRO DEL TRAMITE DE LA ACCION DE GRUPO

CADUCIDAD DE LA ACCION DE GRUPO-Contabilización del término

Es claro para esta Sala, que el entendimiento de la norma legal que establece la caducidad para las acciones de grupo –art. 47 de la Ley 472 de 1998- según el cual en los casos de daño continuo o de daño de tracto sucesivo no opera la caducidad por cuanto no ha cesado la acción vulnerante causante del daño al momento de la presentación de la demanda, es un entendimiento que no sólo se desprende claramente del contenido de la norma legal, sino que más allá se ajusta a la Constitución Nacional y a sus principios de **prevalencia del derecho sustancial**, de **interpretación “pro homine”**, de **interpretación conforme y razonable**, así como al **respecto por los derechos del debido proceso y acceso a la administración de justicia**. Como consecuencia de lo anterior, **la aplicación legal de la caducidad según la cual esta no opera en los casos de daño de tracto sucesivo mientras no cese la acción vulnerante causante del mismo, protege la efectividad de la acción de grupo y por contera los derechos e intereses colectivos que se buscan garantizar a través de esta acción, como el interés respecto de la indemnización patrimonial y los derechos a una vida digna**, a la salud y a un medio ambiente sano.

CADUCIDAD DE LA ACCION DE GRUPO-Caso en que se encuentra acreditado que se demandó por un daño continuo y de tracto sucesivo

Este tipo de argumentos no son de recibo por esta Sala por lo menos por dos razones fundamentales: (i) en primer lugar, por cuanto **no es cierto que en la acción de grupo instaurada por los actores no se hubiera mencionado e identificado clara y expresamente como la causa del daño o la acción vulnerante causante del mismo**, el deterioro continuo y progresivo de las viviendas de los demandantes que conforman la Agrupación Residencial Pueblo Nuevo, por haber sido construidas en un terreno no apto en las cercanías del río Fucha. Así en la demanda de acción de grupo se afirma que se han venido generando daños estructurales en sus viviendas e inundación de las mismas, deterioro patrimonial y desvalorización de las viviendas, así como problemas sanitarios y de contaminación que han afectado gravemente la calidad de vida de sus habitantes. Por esta razón, **encuentra la Sala que en la demanda de acción de grupo sí se manifestó claramente que se demandaba por un daño continuo y de tracto sucesivo**, y no por un daño que se hubiera ejecutado o agotado en el momento de la construcción o venta de las viviendas. (ii) En segundo lugar, **encuentra esta Sala de Revisión que este tipo de argumentos no son de recibo por cuanto son en exceso formalistas, y con ellos se termina desconociendo el mandato constitucional relativo a la prevalencia del derecho sustancial**

sobre las formalidades y rigorismos jurídicos, y de contera, desconociendo por una mera formalidad los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, así como los derechos e intereses colectivos que en este caso se pretenden garantizar con la acción de grupo, lo cual es, desde el punto de vista constitucional, no sólo contrario a los mandatos superiores de la Constitución, sino reprochable de un funcionario judicial instituido precisamente para garantizar los derechos y garantías fundamentales. Por consiguiente, encuentra esta Sala probada dentro del expediente relativo a la acción de grupo que dio origen a esta tutela, la configuración de una **vía de hecho por defecto procedimental, consistente en que el Juzgado 34 Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de primera instancia declaró probada la excepción previa de caducidad,** desconociendo que esta excepción había sido ya resuelta debidamente dentro de dicha acción de grupo por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo cual es violatorio del derecho fundamental del debido proceso.

VIA DE HECHO JUDICIAL EN CASO EN QUE JUEZ DECLARO CADUCIDAD DE LA ACCION DE GRUPO/CADUCIDAD DE LA ACCION DE GRUPO-Caso en que viviendas fueron construidas en un terreno no apto en cercanías de río-Caso en que el daño causado por el deterioro de las viviendas construidas en zonas inapropiadas es de tracto sucesivo

En forma contraria a lo sostenido por el Juzgado 34 Administrativo y confirmado por el Tribunal Administrativo, reitera esta Sala de Revisión que el daño de que se trata en este caso, esto es, el daño causado por el deterioro de las viviendas construidas en zonas inapropiadas para ello y por consecuencia por el deterioro de la calidad de sus habitantes, constituye un daño típico de tracto sucesivo, en cuanto no se ejecuta ni consume en una sola acción u omisión, sino que por el contrario es de carácter permanente, se actualiza día a día, se prolonga en el tiempo, y ello de manera progresiva, razón por la cual considera la Sala que no existe fundamento fáctico en este caso para la declaratoria de la caducidad. Sobre este tema, en varias oportunidades esta Corte ha sostenido que se configura una vía de hecho judicial y por tanto prospera la acción de tutela, en razón de la declaratoria por el juez de la caducidad de la acción, cuando dicha institución procesal que extingue la acción judicial no se había configurado clara y plenamente. En consonancia con lo anterior, para la Sala las decisiones judiciales que se demandan en esta oportunidad son claramente contrarias al ordenamiento jurídico en cuanto se declaró la ocurrencia de un fenómeno jurídico que no había acaecido. **Se trata de una interpretación del artículo 47 de la Ley 472 de 1998, que resulta arbitraria, pues la jurisdicción se ejerció para aplicar una norma jurídica de naturaleza procesal cuando tal aplicación era manifiestamente improcedente por no concurrir el presupuesto fáctico en ella señalado.**

VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANCIAL EN CASO QUE JUEZ APLICO UNA NORMA SIN CONTAR CON HECHOS DETERMINANTES DEL SUPUESTO LEGAL

En este caso la Sala encuentra que se trata de una típica vía de hecho por defecto sustancial en tanto se aplicó una norma de derecho sin contar con los hechos determinantes del supuesto legal. En este mismo sentido, observa la Sala que no se trata sólo de una divergencia de criterios jurídicos en torno al término de caducidad para la Acción de Grupo y que por ello su decisión puede catalogarse como una vía de hecho. A este respecto, se considera que resultaría insólito y gravemente lesivo del principio de legalidad, que el ordenamiento jurídico dejara a discreción del juez la determinación del momento en el cual se configura la caducidad, o en otros términos, del momento a partir del cual se contabiliza el término de caducidad de las Acciones de Grupo. Lejos de ello, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 el término de caducidad de la acción de grupo de dos años, los cuales deben contabilizarse, como se expuso en la parte motiva de este fallo, o bien a partir del momento en que se causó el daño, en los casos de un daño que se ejecuta o perfecciona en una sola acción u omisión, o bien, a partir del momento en que cesó la acción vulnerante causante del mismo, en los casos de daño de tracto sucesivo, como el caso que nos ocupa. En este orden de ideas, para esta Sala de Revisión es claro que en el caso de existencia de daños continuos o de tracto sucesivo el juez debe aplicar el segundo requisito de la disposición legal contenida en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, esto es, la determinación del momento de la cesación de la acción vulnerante causante del daño...

ACCION DE GRUPO-Orden a Juez de dictar nueva sentencia

Ordenará al Juzgado 34 Administrativo Circuito de Bogotá proferir una nueva sentencia dentro del proceso de Acción de Grupo en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá, la Alcaldía Menor de Fontibón y la Constructora Conformar S.A. en la que decida de fondo la acción de grupo, y se tengan en cuenta las consideraciones hechas en la presente providencia, así como las disposiciones contenidas en la Ley 472 de 1998 –artículos 64-67-. Para el cumplimiento del fallo de tutela se concede el término previsto para dictar sentencia en el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, contado a partir de la notificación de la presente sentencia al mencionado Tribunal.

5. DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO - NORMA ESPECIAL PREVALECE SOBRE NORMA GENERAL.

Se presenta un defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto ya que el señor juez se apegó estrictamente a las reglas procesales del Código General del Proceso (norma general) – artículo 94 y numeral 3º del artículo 278, obstaculizando la materialización de los **derechos sustanciales**, la búsqueda de la verdad y la adopción de una decisión judicial justa, derechos sustanciales consagrados en la **NORMA ESPECIAL** que rige las acciones de grupo (ley 472 de 1998), norma especial que prevalece sobre las normas generales.

Dijo el señor juez:

Problema jurídico.

*El problema jurídico por resolver en este asunto, **se enmarca en establecer si resulta procedente dictar sentencia anticipada declarando probada la excepción de «caducidad de la acción», dado que no se enteró de la causa dentro del término legal para ello** y, de contera, no se interrumpió tal fenómeno.*

Y más adelante concluyó:

*A mayor abundamiento, contrario a lo sostenido por la apoderada accionante, en este asunto sí le son aplicables las disposiciones del Código General del Proceso, pues así lo impera el artículo 68 de la Ley 472 de 1998, al establecer que «...se aplicarán a las Acciones de Grupo las normas del Código de Procedimiento Civil...», hoy Ley 1564 de 2012, así entonces, se advierte que si bien el libelo demanda se presentó tempestivamente (2 de febrero de 2021; a.d. “06ActaReparto”), **lo cierto es que la mandataria del accionante no cumplió con la carga de enterar a la encausada dentro del año siguiente a su enteramiento –por estado- del auto que admitió la demanda (incluida su adición), según lo previsto en el artículo 94 de aquella obra para hacer inoperante la caducidad.***

En este punto es importante tener en cuenta que el señor juez al decir que “...en este asunto sí le son aplicables las disposiciones del Código General del Proceso...”, NO tuvo en cuenta lo siguiente:

- a. Que, conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica, **las normas especiales prevalecen sobre las normas generales.**
- b. Que, el artículo 5 de la ley 472 ordena que “*Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, **cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones**” y que, “**El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia**”.*

Ahora bien, además de que el señor juez incurrió defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto al apearse estrictamente a las reglas procesales del Código General del Proceso (art. 94), por encima de lo ordenado en la norma especial que rige estas acciones (art. 47 ley 472 de 1998), tampoco le asiste razón en sus conclusiones, ya que, contrario a lo concluido por el señor juez, la actora **SI CUMPLIÓ con la carga de enterar a la encausada dentro del año siguiente a su enteramiento –por estado- del auto que admitió la demanda (incluida su adición)**, habida cuenta que el auto admisorio de fecha **15 de febrero de 2022** fue notificado por estado el día **16 de febrero del mismo año** y la actora notificó a la accionada el día **30 de enero de 2023, incluyendo la adición del auto admisorio de fecha 14 de julio de 2022,** es decir, **la actora SÍ enteró a la encausada antes de vencer el plazo de un año transcurrido después de su enteramiento por estado del auto admisorio y del auto que adicionó tal auto.** En conclusión, el auto admisorio de la demanda SÍ fue notificado a la accionada *dentro del año siguiente a su enteramiento –por estado- del auto que admitió la demanda (incluida su adición)* por parte de la actora, **nótese que habían transcurrido 11 meses y 15 días después de ser emitido el auto admisorio y tan solo 6 meses y 15 días después de ser emitido el auto que adicionó tal auto admisorio.**

ACTUACIÓN	FECHA ACTUACIÓN
Radicación demanda	Febrero 2 de 2021
Auto inadmite demanda	Febrero 4 de 2021
Auto rechaza demanda	Abril 19 de 2021
Tribunal REVOCÓ y ordenó <i>que el a quo se pronuncie sobre la admisión de la demanda</i>	Septiembre 17 de 2021
Auto admite demanda	Febrero 15 de 2022 (5 meses después de la orden del Superior)
Auto adiciona auto admisorio	Julio 14 de 2022 (5 meses después de ser emitido el auto admisorio)
Notificación auto admisorio de la demanda, incluida la adición al mismo.	Enero 30 de 2023

Debe tenerse en cuenta que la demora para ser admitida la demanda en debida forma y la posterior adición del auto admisorio NO fue culpa de la actora, sino que se debió a un *“formulismo exagerado que da al traste con la garantía fundamental de acceso a la administración de justicia, y desconoce el pronunciamiento Constitucional en torno a ese tema”* y a demoras injustificadas para decidir por parte del Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, demoras que sumaron más de 10 Meses después de que el Superior **REVOCARA** el auto que profirió el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá el 19 de abril de 2021 rechazando la demanda, para que, en su lugar, se pronunciara sobre la admisión de la demanda (auto de fecha 17 de septiembre de 2021 – Tribunal Superior de Bogotá).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que a pesar de las aclaraciones expuestas que le dan totalmente la razón a la actora, también es importante tener en cuenta que **la obligación del señor juez era, ante todo, darles prioridad o preferencia a los DERECHOS SUSTANCIALES consagrados en la ley especial, obligación que omitió para darle prioridad a normas procesales de orden general.**

La conducta del señor juez, al darle prelación a normas de procedimiento generales por encima del procedimiento establecido por una NORMA ESPECIAL DEL ORDEN CONSTITUCIONAL, va en contra del **criterio unánime de la doctrina jurídica que indica *“...que las normas especiales prevalecen sobre las normas generales...”***.

Sentencia C-576/04

Conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica, **las normas especiales prevalecen sobre las normas generales**. Así lo contempla en forma general el ordenamiento legal colombiano, al preceptuar en el Art. 5º de la Ley 57 de 1887 que si en los códigos que se adoptaron en virtud de la misma ley se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, **“la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”**.

La reiterada jurisprudencia ha insistido en que **“El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se genera cuando las normas procedimentales se erigen como un obstáculo para la protección del derecho sustancial y no en un medio para lograrlo...”**, tal como está sucediendo en este caso, en el que el señor juez prefirió aplicar de forma preferente normas de procedimiento generales sacrificando los derechos sustanciales del grupo de usuarios afectados por la ilegal conducta de la accionada, así como, la garantía y protección de los derechos fundamentales.

Sentencia SU573/17

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO-Reiteración de jurisprudencia

El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se genera cuando las normas procedimentales se erigen como un obstáculo para la protección del derecho sustancial y no en un medio para lograrlo. Puede presentarse por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales y la renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos. Los lineamientos de la ley no eximen la responsabilidad de valorar los elementos probatorios en conjunto, en procura de lograr la verdad material, lo contrario puede implicar fallos desproporcionados e incompatibles con los postulados constitucionales e, incluso, legales.

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN MATERIA PROBATORIA Y SU INTERRELACION CON DEFECTOS FACTICO Y SUSTANTIVO

A la vez que se incurre en un exceso ritual manifiesto, se puede incurrir en un defecto sustantivo y fáctico cuando, por ejemplo, por la imposición de requisitos adicionales a los señalados en la ley o la sujeción arbitraria y

caprichosa del juez al procedimiento, en contravía del derecho sustancial, se desconocen los elementos probatorios aportados al proceso, a pesar de que estos tengan la entidad suficiente para acreditar los hechos objeto de controversia. Las reglas procesales no pueden leerse con tal rigor que se sacrifique la garantía y protección de los derechos fundamentales.

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

El defecto sustantivo se configura cuando el juez “en ejercicio de su autonomía e independencia, desborda la Constitución o la ley en desconocimiento de los principios, derechos y deberes superiores”. Lo cual puede ocurrir, entre otros, por la errónea interpretación o aplicación de la norma. Como puede suceder, por ejemplo, cuando se desborda el contenido de la norma y se imponen mayores barreras a las exigidas por el legislador para conceder el derecho o se desconocen normas que debían aplicarse.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Las diferencias que resulten de la sana valoración probatoria no comprenden un defecto fáctico, habida cuenta de que se parte del respeto por la autonomía judicial. La intervención del juez constitucional es excepcional. En consecuencia, esta intervención procede siempre y cuando (i) se vislumbre un error ostensible, flagrante, manifiesto e irrazonable en la valoración probatoria, que obedezca a un proceder caprichoso o incorrecto; (ii) debe tener la entidad suficiente para tener ‘incidencia directa’, ‘trascendencia fundamental’ o ‘repercusión sustancial’ en la decisión.

6. VÍA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL.

Con el fin de no repetir argumentos similares ya expuestos, solicito se tengan como soporte de este punto los argumentos indicados a lo largo de este escrito, manifestando aquí que se configura una vía de hecho consistente en que el señor juez mediante sentencia anticipada declaró probada la excepción de caducidad sin indicar claramente que tipo de excepción (previa o de mérito) declaró supuestamente probada.

Debe tenerse en cuenta que **la accionada propuso la EXCEPCIÓN PREVIA de “FALTA DE JURISDICCIÓN” LA CUAL, inexplicable y sorpresivamente, TERMINÓ POR SER PLANTEADA Y SUSTENTADA COMO UNA SUPUESTA “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”**, en los siguientes términos: “De acuerdo con lo anterior, para el caso en concreto el juez civil ha perdido jurisdicción debido a que ha operado la **caducidad de la acción**”, a pesar de que, ADEMÁS, la causal de caducidad NO está contemplada en el artículo 100 del Código General del Proceso como una excepción previa.

También debe tenerse en cuenta que el señor juez se refirió a que el actor recorrió traslado de las excepciones (previas), pero finalmente NO indica claramente que tipo de excepción fue la que supuestamente declaró probada. Dijo el señor juez:

Al descorrer el traslado de las excepciones, la actora se refirió a cada una de las excepciones propuestas, sin embargo, no solicitó pruebas adicionales.

(...)

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de «CADUCIDAD DE LA ACCIÓN» propuesta por la accionada.

Por otra parte, resulta confusa y contraria a derecho la decisión del señor juez al declarar probada la excepción de caducidad de la acción omitiendo y **desconociendo lo ordenado en el artículo 47 de la ley 472 de 1998 (norma especial)**, justificando su respetable, pero errada decisión en que supuestamente “no se enteró de la causa dentro del término legal para ello”. Dijo el señor juez:

Problema jurídico.

*El problema jurídico por resolver en este asunto, se enmarca en establecer si resulta procedente dictar sentencia anticipada **declarando probada la excepción de «caducidad de la acción»**, dado que no se enteró de la causa dentro del término legal para ello y, de contera, no se interrumpió tal fenómeno.*

7. DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN MATERIA PROBATORIA Y SU INTERRELACION CON DEFECTOS FACTICO Y SUSTANTIVO.

A la vez que el señor juez incurrió en un exceso ritual manifiesto, incurrió en un defecto sustantivo y fáctico por la imposición de requisitos adicionales a los señalados en la ley especial que rige las acciones de grupo (ley 472 de 1998), sujetándose de forma arbitraria y caprichosa al procedimiento establecido en una norma general (Código General del Proceso), yendo en contravía del derecho sustancial que debe prevalecer en casos como en el que nos ocupa, desconociendo los elementos probatorios aportados al proceso, a pesar de que estos tienen la entidad suficiente para acreditar los hechos objeto de controversia.

Como ya se expuso en puntos anteriores, conforme a los mandatos constitucionales y la doctrina unificada, las reglas procesales no pueden leerse con tal rigor que se sacrifique el derecho sustancial y la garantía y protección de los derechos fundamentales a un debido proceso y acceso a la administración de justicia, entre otros.

8. DEFECTO FACTICO.

Se configura un defecto factico al realizar el señor juez una valoración caprichosa y arbitraria de las *“probanzas arrimadas al plenario”*, omitiendo las pruebas solicitadas con la demanda y no valorar en conjunto e integridad el material probatorio, bajo las reglas de la sana crítica.

En el presente caso, **NO ESTÁ PROBADA LA CADUCIDAD**, tal como lo ordena el numeral 3 del artículo 278 del CGP invocado por el señor juez, tal como pasa a exponerse, sino que por el contrario TODAS las *“probanzas arrimadas al plenario”* y las demás pruebas solicitadas en la demanda omitidas por el señor juez, demuestran claramente que, **tal como se indicó en la demanda**, el daño causado a los usuarios fue continuado o de tracto sucesivo (se entiende por él, aquél que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente), no existiendo justa causa para haber declarado la caducidad de esta acción.

A pesar de que en la demanda se indicó claramente que la accionada estuvo causando un daño a los usuarios **de forma continuada desde el año 2012 y HASTA POR LO MENOS EL 14 DE MARZO DE 2020, tal como se demuestra con las “probanzas arrimadas al plenario”**, inexplicablemente el señor juez concluyó que “...**no le cabe duda de que el plazo de caducidad debe contarse, en efecto, desde el 19 de enero de 2017...**”, **CUANDO ESTA FECHA ES SIMPLEMENTE LA FECHA DE LA PRIMERA FACTURA APORTADA COMO PRUEBA, MÁS NO LA FECHA DESDE QUE LA ACCIONADA CESÓ LA ACCIÓN VULNERABLE CAUSANTE DEL DAÑO ECONÓMICO CAUSADO A LOS USUARIOS MEDIANTE EL COBRO EXCESIVO DE TARIFAS**. Debe tenerse en cuenta que para los casos en que el daño es continuado o de tracto sucesivo, la correcta contabilización del término de caducidad se debe hacer conforme lo ordena el artículo 47 de la ley 472, es decir, desde que **cesó la acción vulnerable causante del daño (14 de marzo de 2020)**, tal como lo han confirmado TODAS las instancias posibles mediante precedentes y jurisprudencia que omitió tener en cuenta el señor juez, omitiendo una valoración concienzuda de todas las pruebas.

ARTÍCULO 47.- Caducidad. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerable causante del mismo.

El señor juez omitió valorar en conjunto todas las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, para concluir sin fundamento probatorio alguno que “...**no le cabe duda de que el plazo de caducidad debe contarse, en efecto, desde el 19 de enero de 2017...**”, a pesar de que **en la demanda se indicó claramente que el daño causado a los usuarios fue continuado** (o de tracto sucesivo) y que las “**probanzas arrimadas al plenario**” demuestran claramente que el daño a los usuarios se causó de forma continuada desde el año 2012 y hasta el 14 de marzo de 2020. Debe tenerse en cuenta que una de las “**probanzas arrimadas al plenario**” son las sentencias emitidas por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá y por el Tribunal Superior de Bogotá dentro de la acción popular identificada con radicado 2017-259 en donde se concluyó que la accionada venía violando los derechos colectivos de los usuarios desde el año 2012 al cobrarles tarifas excesivas desde tal anualidad en el parqueadero objeto de esta acción.

El señor juez también omitió el hecho de que en la demanda, además de las **“probanzas arimadas al plenario”**, la parte actora solicitó una serie de pruebas con las que se pretende confirmar que el daño económico causado a los usuarios mediante el cobro excesivo de tarifas se presentó de forma continuada hasta por lo menos marzo del año 2020, pruebas omitidas con las que se demuestra claramente que el daño a los usuarios fue causado de forma continuada hasta la fecha antes indicada, violándose los derechos fundamentales a un debido proceso y acceso a la administración de justicia. El señor juez simplemente concluyó de forma arbitraria que, **“Nótese que al momento de descorrer el traslado de las excepciones ninguna prueba se adoso o solicitó con miras a desvirtuar la caducidad alegada, en otras palabras, la prolongación en el tiempo más allá del 14 de marzo de 2020 del supuesto daño de tracto sucesivo no fue acreditado, quedo huérfano de prueba que lo acreditara, siendo el solo dicho de la actora insuficiente para oponerse a la excepción que ahora se declara probada”**. Nótese que el señor juez se refiere a las **excepciones previas** planteadas por la accionada, a pesar de que no existe la caducidad dentro de este tipo de excepciones. También **nótese que el señor juez de forma inexplicable dice que la actora no demostró que el daño fuera causado más allá del 14 de marzo de 2020, cuando esta situación NO es la que se pretende demostrar, sino que el daño fue causado hasta esa fecha de forma continuada desde el año 2012 y que la demanda fue presentada dentro de los “dos (2) años siguientes a la fecha en que ...cesó la acción vulnerable causante del mismo”**.

En conclusión, el señor juez omitió tener en cuenta y analizar en conjunto bajo las reglas de la sana critica **todas** las pruebas que demuestran y confirman que el daño económico causado a los usuarios se presentó de forma continuada desde el año 2012 y por lo menos hasta **marzo de 2020**, situación que lleva a concluir que en el presente caso NO se presentó la supuesta caducidad decretada por el despacho, habida cuenta que la demanda fue presentada el **2 de febrero de 2021**, es decir, dentro de los **“dos (2) años siguientes a la fecha en que ...cesó la acción vulnerable causante del mismo (daño)”**.

Conforme a lo expuesto queda sin soporte alguno lo dicho por el señor juez en el sentido de que **“Desde ese lente argumentativo, si se miran bien las cosas, más allá que los contrincantes disputen la esencia de las pretensiones enarboladas, en rigor, censuran la fecha en la que se estructuró el daño alegado, por tanto, desde ya, para esta autoridad judicial, acorde a probanzas arimadas al plenario, no le cabe duda de que el plazo de caducidad debe**

contarse, en efecto, desde el 19 de enero de 2017, fecha en la que, a sentir del auspiciante, se generó el perjuicio debido a la conducta de Central Parking System Colombia S.A.S., lo que, de suyo, revela la caducidad de la acción” (subrayado fuera de texto original), tal como ya se expuso y sustentó en puntos anteriores.

9. VIOLACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

La contradictoria e injustificada decisión del señor juez de declarar la caducidad de la acción de forma anticipada viola los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la justicia, pues **se está terminando con un proceso del orden constitucional sin permitirle a la actora controvertir las pruebas que se encuentran en poder de la accionada**, las cuales fueron debidamente solicitadas, **terminando esta acción violando el debido proceso**, NO existiendo prueba que demuestre que la acción caducó, sino que por el contrario los hechos expuestos y las pruebas aportadas y solicitadas no tenidas en cuenta por el señor juez demuestran claramente que la caducidad decretada NO aplica en este caso.

Es claro que, de haberse tenido en cuenta todas las pruebas aportadas y las solicitadas debidamente por la actora con la demanda, los argumentos del señor juez NO tendrían soporte alguno, **se debe recordar que algunas de las pruebas más relevantes que fueron solicitadas se encuentran en poder de la accionada quien se ha negado a suministrarlas a la actora**, así mismo, **se debe recordar que el despacho negó la posibilidad de que la accionada aportara las pruebas solicitadas en la demanda al momento de contestar la misma**, argumentando el señor juez que tales pruebas serían aportadas al ser decretadas dentro del curso del proceso, oportunidad que ahora desaparece con la contradictoria e injustificada decisión del señor juez.

En conclusión, el señor juez se equivocó al declarar la caducidad de este proceso y terminarlo mediante sentencia anticipada, ya que, conforme a lo concluido reiteradamente por la Corte Constitucional (Sentencia T191/09), sus argumentos **“son en exceso formalistas, y con ellos se termina desconociendo el mandato constitucional relativo a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades y rigorismos jurídicos, y de contera,**

desconociendo por una mera formalidad los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, así como los derechos e intereses colectivos que en este caso se pretenden garantizar con la acción de grupo, lo cual es, desde el punto de vista constitucional, no sólo contrario a los mandatos superiores de la Constitución, sino reprochable de un funcionario judicial instituido precisamente para garantizar los derechos y garantías fundamentales”.

II. PETICIÓN.

Por lo expuesto solicito respetuosamente lo siguiente:

1. **REVOCAR** la sentencia anticipada emitida por el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá y que en su lugar se continúe con el debido proceso que rige este tipo de acciones constitucionales con el fin de que sea proferida una nueva sentencia en la que decida de fondo esta ACCIÓN DE GRUPO teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley 472 de 1998.
2. **REVOCAR** la injusta e improcedente condena en costas impuesta al actor teniendo en cuenta que tal condena desconoce lo ordenado en el artículo 154 del Código General del Proceso y demás normas concordantes, habida cuenta que el actor está beneficiado con **AMPARO DE POBREZA** que fue **CONCEDIDO** por el mismo señor Juez 43 Civil del Circuito de Bogotá mediante auto de fecha 14 de julio de 2022.

Atentamente,



MARIA DORIS VACA BUITRAGO

CC. 41.565.731

T.P. No. 52619 del C.S. de la J.

Correo electrónico: dorvac09@gmail.com