

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL

E.S.D.

RADICADO: 11001310303520180044201

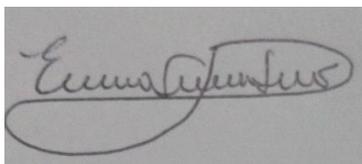
SEÑOR MAGISTRADO: DR. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Respetado Señor Magistrado:

Actuando como apoderado actor, dentro del proceso de la referencia, impugno a través de la presente el auto DEL 27 DE AGOSTO DE 2020, de que declara desierta la apelación de la sentencia de primera instancia SENTENCIA DEL 5 DE AGOSTO DE 2020, por lo siguiente:

1. La apelación surtió efecto en la misma audiencia, donde se llevo a cabo control de legalidad, alegatos de conclusión y fallo.
2. Las argumentaciones al fallo dentro de la apelación, después de describir los hechos y actuaciones a todo el proceso, se basaron a que en su oportunidad y antes de la primera audiencia formal, se solicito al Despacho del juzgado 35 Civil del Circuito, se ordenara y nombrara perito para probar el tamaño de las barandas que rodean las escaleras del lugar donde se accidento el poderdante, así mismo el estado de las luces del tercer piso, queja registrada en la planilla de control de los supervisores del conjunto demandado.
3. El despacho no ordeno el trabajo del perito, ni autorizó, su nombramiento, ni autorizo privadamente se hiciera el dictamen.
4. El Despacho baso su decisión en el fallo, en la falta de esta prueba pericial, que contradice las actuaciones y solicitudes señaladas.
5. La apelación se hizo de forma verbal en plena audiencia, después de los alegatos de conclusión y después de haber citado los hechos y pretensiones de la demanda principal.
6. Solicito respetuosamente a su señoría, de permita ampliar la presente en una audiencia para el caso referenciado.

Del señor Magistrado,



EDUARDO ABEL SUETTA LUGO

C.C. No. 19.245.281

T.P.A. No. 145.253 del C.S.J.

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
H.M.: GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
E. S. D.

Referencia: Proceso Verbal de Menor Cuantía.

Radicado: 11001 31 99 005 2018 **16310 01**

Demandante: MICROSOFT CORPORATION

Demandado: SUMINISTRAMOS RECURSOS HUMANOS
TEMPORALES – SUMITEMP – LTDA.

Asunto: Sustentación Recurso de apelación contra Sentencia del 23 de julio de 2020.

JUAN LUIS PÉREZ ESCOBAR, abogado en ejercicio, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.067.858.168 de Montería, portador de la tarjeta profesional número 222.772 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial de **SUMINISTRAMOS RECURSOS HUMANOS TEMPORALES – SUMITEMP – LTDA.**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, y de conformidad con lo previsto en el Decreto legislativo 806 de 2020, respetuosamente me permito sustentar el Recurso de apelación en contra de la Sentencia del 23 de julio de 2020, emitida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

I. OPORTUNIDAD DEL RECURSO

El Auto emitido por este Tribunal que corre traslado para sustentar el recurso de apelación por el término de cinco (5) días hábiles, fue notificado mediante estado del viernes 21 de agosto, por lo que el término del mismo va hasta el viernes 28 de agosto de 2020

II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

2.1. VÍA DE HECHO – DEFECTO FÁCTICO.

Señala la Corte Constitucional en Sentencia T-233 de 2007 que esta situación ocurre cuando:

*“La dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso. **Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del***

régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que, en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales.

“Independientemente de la fuente de la ilegitimidad de la prueba, lo que importa resaltar por ahora es que cuando se verifica la violación del debido proceso por parte de una prueba ilegítima, dicha prueba es nula en el contexto del proceso dentro del cual pretende aducirse. Esta precisión permite mostrar el otro aspecto de la argumentación y es que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho (...)” -Subraya y negrita fuera de texto-

En el presente asunto existe un defecto fáctico, pues al expediente se incorporó, y el juez de conocimiento valoró una prueba que es ilegal, pues para su práctica se omitieron las solemnidades procesales que, tanto el Código de Procedimiento Civil (vigente para la época), como el Código General del Proceso consagran; prueba que se encuentra a folios 37 a 98 del cuaderno 2 del expediente original.

Para demostrar la ilegalidad e ilicitud de la prueba, y por tanto de su consecuente valoración me permito demostrar lo siguiente:

2.1.1. Acta de Diligencia de Prueba Extraprocesal.

Dicta la DNDA en la Sentencia de primera instancia, que la diligencia prejudicial decretada por la Superintendencia de Industria y Comercio corresponde a una inspección judicial sin exhibición de documentos, y no con exhibición de documentos, pues a pesar que en un principio se requirió la segunda de estas, la solicitante Microsoft Corporation desistió de la misma, y procedió a solicitar y en consecuencia decretarse la primera de ellas, la cual no necesita de notificación previa.

“Lo primero que se observa es que Microsoft Corporation solicitó, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el decreto y la práctica de una inspección judicial con intervención de perito y exhibición de documentos, esta prueba fue decretada mediante el auto 15972; posteriormente, la solicitante desistió de la exhibición de documentos, por lo que mediante auto 41735 se resolvió aceptar el desistimiento referido y se señaló que la prueba de inspección judicial con intervención de perito se realizaría sin la previa notificación personal a la sociedad.

“Así, encuentra esta Subdirección que el decreto de la prueba bajo análisis se realizó de conformidad con lo establecido en el artículo 189 del CGP, por lo que no se observa que de dicha actuación se deriven yerros que originen la nulidad del medio de convicción.”

Sin embargo, y a pesar de la anterior afirmación, cobra mayor relevancia para el presente caso lo verdaderamente ocurrido y la prueba materialmente practicada, la cual fue una inspección judicial con exhibición de documento, tal y como consta en: (i) El acta de la diligencia realizada por parte del señor Carlos Augusto Triviño Calderón, abogado del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, de la Superintendencia de Industria y Comercio, (ii) la grabación de la audiencia donde el mencionado funcionario da dio inicio a una “Diligencia

de Prueba Anticipada de Inspección Judicial con Exhibición de Documentos e Intervención de Perito” y (iii) el audio de la audiencia, donde de manera expresa se solicitan documentos del comercio, lo cual le es propio de una de las pruebas prejudiciales y no de la otra; precisamente por eso la ley inequívocamente las diferencia.

No es de recibo para esta defensa, que el Acta tenga un error mecanográfico, al indicar que fue con “Exhibición de documentos”, realmente lo que el acta refleja es un lapsus o una falla del subconsciente del propio funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio que practicó la diligencia, y lo llevó a colocar lo que realmente allí sucedió. Adicional a esto, sería inverosímil que tal error haya pasado desapercibido no solo para el mencionado funcionario, sino también para el perito, y para el propio abogado de Microsoft Corporation que asistió a la diligencia, y todos ellos suscribieron el acta.

2.1.2. Documentación solicitada durante la práctica de la diligencia.

Señala el Juez de primera instancia en la sentencia impugnada que:

“Ahora, sobre su práctica es menester mencionar que en el marco de la diligencia, el perito puede solicitar datos, cosas y acceso a lugares necesarios para el desempeño de su cargo, y de conformidad con el artículo 233 ejusdem, las partes tienen el deber de colaborar con él y facilitarle estos, y si alguno no lo hiciere el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra.”

A este respecto, debemos respetuosamente disentir, pues la práctica de una prueba y, más aún de una prueba prejudicial, donde la misma se realiza sin notificación previa, por sorpresa, y sin el acompañamiento de un abogado por la parte que la recibe (violación al derecho de defensa), debe circunscribirse a lo que la ley señala, y no convertirse en un trampolín para que, una vez estando *in situ*, de manera arbitraria abarcar aspectos contenidos en otras disposiciones procesales especiales. Debe recordarse que la ley procesal existe no sólo para dictaminar de qué manera se lleva a cabo un procedimiento, sino que se erige como una verdadera garantía constitucional al debido proceso, y a la defensa y contradicción para todas las partes.

No es un capricho del suscrito apoderado el determinar qué clase de instrumentos corresponden o no a lo que se denomina “Libros del Comercio”, ya que la Ley, y en particular el Código de Comercio se ha encargado de definirlo, de la siguiente manera:

ARTICULO 49. <LIBROS DE COMERCIO - CONCEPTO>. Para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquéllos”.

ARTICULO 51. <COMPROBANTES Y CORRESPONDENCIA - PARTE DE LA CONTABILIDAD>. Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios.

Conforme lo anterior, en la práctica de la inspección realizada el 11 de abril de 2017 en las instalaciones de **SUMITEMP** encontramos que, en esta se solicitaron facturas y documentos

contables, que en estricto *sensu* corresponden a “Libros del Comercio”, luego por aplicación de los principios lógicos, la existencia de un hecho como este, real, inmediatamente desvirtúa el otro que se le contrapona y que resulta no ser cierto. Una cosa cierta no puede a su vez serla y no serla, pues simplemente es o no es.

Este hecho se probó debidamente en el curso del proceso a través de: (i) el audio de la audiencia de inspección, donde se decretó en el literal E del numeral 1, que en la diligencia se verificarían en relación con los computadores y dispositivos de mi poderdante las facturas o contratos que soporten la adquisición de las licencias, y (ii) el Dictamen Pericial donde el perito, señor John Fredy Rojas Fernández establece al inicio de tal documento, indicó que el 11 de abril de 2017 se llevó a cabo una prueba extraprocesal de inspección judicial con Exhibición De Documentos, previo a fijar sus correspondientes conclusiones y resultados obtenidos de la inspección, en la cual indica las facturas.

Pasa lo mismo al escuchar los audios obtenidos de la Inspección Judicial como Prueba Anticipada con Exhibición de Documentos, los cuales fueron aportados al proceso, dentro de los cuales se puedes escuchar con bastante claridad, entre otras cosas, lo siguiente:

-Grabación No. 2, minuto 27:50.

“Fecha de instalación 2013/11/06... lo miramos con las facturas de compra”.

-Grabación No. 2, minuto 55:10.

“Son dos equipos en Bucaramanga y uno en Barranquilla”.

-Grabación No. 2, minuto 57:51.

“Si sería bueno ingeniero ir organizando el licenciamiento de acuerdo al tipo”.

-Grabación No. 3, minuto 15:55.

“¿Tienen alguna licencia adicional o algo para exhibir en este momento?”.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, en su Sentencia 9141 del 19 de marzo de 1999 y Sentencia 9069 del 9 de octubre de 1998, Magistrado ponente Daniel Manrique Guzmán, se establece que:

“El concepto de libro de comercio en general y de libros de contabilidad en particular, ostenta un carácter bastante amplio y comprende tanto el concepto tradicional de haz de hoja como también las citadas cintas magnetofónicas, videos tapes, microfichas, disquetes y demás documentos que, como ya se dijo, los adelantos tecnológicos han puesto al servicio de los procesos económicos.”

“...dentro de los libros de comercio se encuentra los libros de contabilidad, en el entendido que son una especie de los primeros, pues si bien todos los libros de contabilidad son de comercio, no todos los libros de comercio son de contabilidad.”

En vista de lo aquí probado, queda claro que, en la práctica de la Inspección Judicial como Prueba Anticipada, sí se solicitó la exhibición de documentos, libros y papeles de comercio a mi poderdante, solicitud que se hizo en violación al debido proceso conforme se determina más adelante, y por tanto cualquier documentación o prueba que se haya captado en dicha inspección se encuentra absolutamente viciada de nulidad insaneable.

2.1.3. Solemnidad consagrada en la ley procesal para la práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos.

El artículo 189 del CGP establece:

ARTÍCULO 189. INSPECCIONES JUDICIALES Y PERITACIONES. Podrá pedirse como prueba extraprocesal la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, con o sin intervención de perito.

Las pruebas señaladas en este artículo también podrán practicarse sin citación de la futura contraparte, salvo cuando versen sobre libros y papeles de comercio caso en el cual deberá ser previamente notificada la futura parte contraria”.

Por su parte el A quo en la Sentencia de primera instancia señala:

“En este sentido, lo que observa el Despacho es que el perito John Fredy Rojas Fernández requirió el acceso a documentos como computadores, licencias de uso de software y los soportes de su adquisición, entre otros, para la elaboración de su experticio, los cuales debieron ser facilitados por la aquí demandada, en cumplimiento del ya mencionado deber de colaboración; todo esto después de que la representante legal de Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., Nelly Yamile Moreno Bolaños, otorgara su consentimiento para que se realizara la verificación de los equipos que se encontraban en el lugar, y designara al señor Milton Adolfo Cortes Buitrago[sic], para hacer el acompañamiento de la diligencia.

Lo señalado no debe confundirse con la prueba de exhibición de documentos, regulada en los artículos 265 a 268 del CGP, cuyo objeto es fungir como herramienta para la incorporación de documentos al expediente cuya existencia conoce una de las partes y que está en poder de la otra o de terceros.”

Pues bien, independiente de valoraciones singulares que realice el a quo, el solicitante de la prueba Microsoft Corporation debió solicitar, notificar y practicar una inspección judicial acorde con el artículo 189 citado, ya que la finalidad de la misma era no sólo realizar un dictamen pericial, sino adicionalmente incorporar documentos como prueba, ya que el dictamen necesariamente debía contener para su completitud, los soportes contables o facturas, que demostrasen si los softwares habían sido adquiridos o no, de lo contrario el mismo sólo se podría limitar a indicar qué tipo de software estaba instalado en determinado equipo de cómputo; luego aquí estamos frente a la práctica de una prueba en forma maliciosa e ilegal, y no de otra. No puede el A quo apelar al deber de colaboración de **SUMITEMP** al practicar la prueba, para con sustento en este violársele el principio y derecho fundamental al debido proceso y defensa que le asiste y es inalienable. De un rápido examen de ponderación entre el

deber y el principio, se desprende que el primero debe ceder y servir al principio, y no lo contrario como mal pretende el A quo.

2.1.4. Violación al derecho constitucional al debido proceso y defensa.

Al tenerse plenamente establecido que lo que se practicó fue una prueba extra procesal de inspección judicial con exhibición de documentos, debió conforme lo reglado en el artículo 189 del CGP, practicarse la notificación personal previa.

Al respecto señala la Corte Constitucional en reciente Sentencia T-025 de 2018, que:

“La notificación judicial constituye un elemento básico del derecho fundamental al debido proceso, pues a través de dicho acto, sus destinatarios tienen la posibilidad de cumplir las decisiones que se les comunican o de impugnarlas en el caso de que no estén de acuerdo y de esta forma ejercer su derecho de defensa.

“En esta oportunidad, la Corte reitera que todo procedimiento en el que se haya pretermitido una etapa procesal trascendental consagrada en la ley, se encuentra viciado por vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de las partes y constituye un defecto procedimental absoluto. Asimismo, resalta que el error en el proceso debe tener una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y no puede ser atribuible al actor.

“Adicionalmente, la Sala insiste que la notificación judicial constituye uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en particular la notificación personal, teniendo en cuenta que tal actuación garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales y con ella habilita la participación de los involucrados. Con fundamento en lo anterior, se evidencia que la indebida notificación judicial constituye un defecto procedimental que lleva a la nulidad del proceso.”

No es de recibo, el hecho que presuntamente se “convalidó” la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos al haberse permitido el ingreso del funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio, del perito y del abogado de Microsoft Corporation a las instalaciones de **SUMITEMP**, puesto que jamás podrá la mera comunicación del acto, al aparecerse de repente los mencionados funcionarios en la puerta de la compañía, reemplazar el acto formal de notificación previa y personal. En gracia de discusión, si mi poderdante hubiese tenido acceso al derecho al debido proceso y de defensa, y por ende haber tenido la posibilidad de estar acompañado de un abogado que ejerciera su defensa técnica, nunca se habría practicado el esperpento procesal que mal se valoró como prueba.

Adicionalmente, la nulidad generada por la no realización de la notificación previa, que en efecto generó la violación al debido proceso, es de aquellas denominadas absolutas o insaneables, y por ello no puede ser convalidada ni por mi representada, ni por el Juez de primera instancia al decretarla e incorporarla como prueba en audiencia inicial del 19 de diciembre de 2020. Por mandato de la Ley, el efecto jurídico que se brinda a una prueba practicada en forma ilegal bajo el supuesto que nos convoca, es la inexistencia de la prueba misma, por lo tanto, no se puede ni bien por las partes, ni por el juez, convalidar algo que nunca

existió. Vale destacar, que esta situación fue dada a conocer al quo tanto en incidente de nulidad promovido, como en la contestación de la reforma de la demanda, y en los alegatos de conclusión.

2.1.5. Nulidad absoluta o insaneable de la prueba - Deber del juez de excluir y no valorar una prueba ilegal.

Según advierte el precepto constitucional contenido en el inciso final del artículo 29: *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*. Esta primera definición pone de presente que el constituyente estableció, como sanción, la inexistencia de la prueba que viole derechos fundamentales instituidos en el debido proceso.

Desde el punto de vista de la Corte Suprema de Justicia encontramos las sentencias de Casación números 33.621 y 21.529 del Magistrado Ponente Sigilfredo Espinoza Pérez, Así mismo, la sentencia de Casación número 29.416 del Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas, la sentencia con radicado número 26.836, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz, en donde definen que:

“Prueba ilícita es aquella que se obtiene con vulneración a los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida...”

El añadir al proceso una prueba obtenida por medio de cualquiera de los anteriores escenarios, determina su indudable exclusión e impide que se tenga en cuenta por parte del examen del juez y, claro, que haga parte del acervo probatorio.¹

Así las cosas, el derecho a probar se encuentra condicionado por el respeto a los derechos y libertades fundamentales, pues si el proceso es el medio de realización de la justicia, resultaría un contrasentido que se admitiera la comisión de una injusticia con el fin de alcanzar ese objetivo.

El derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas en un Estado de Derecho, es una garantía procesal encauzada a resguardar al individuo de esporádicos excesos en las investigaciones que buscan la obtención de pruebas, como las aquí ocurridas.

“Prueba ilegal”, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.²”

1 BERNAL C. Jaime, Montealegre L. Eduardo (2013). El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales y teoría general del Proceso. Tomo II. 6° Edición. Bogotá: Universidad externado de Colombia. Pag 319.

2 (Cort. Supr. De Just., 2005, sentencia del 2 de marzo, radicado No. 18.103).

Ahora bien, por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia SU 159 de 2002, delineó el derrotero de esta figura, adscribiéndose al modelo estadounidense de la *exclusionary rule*, pero también mencionado en otros modelos europeos. Esta Sentencia, explica que:

“(…) el origen del artículo 29, inciso último, en la Asamblea Constituyente, se justificó para incluir expresamente una regla de exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, fue que ésta era una sanción común a las democracias más garantistas de los derechos y un mandato contenido en varios tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia. Por ello, resulta pertinente referirse a dicha experiencia, así sea brevemente y sin pretender agotar una materia tan extensa como compleja.

“La pertinencia de esta alusión al derecho comparado y a los tratados está determinada por algunos puntos específicos abordados en la presente providencia y, por lo tanto, no es necesario adentrarse en todos los aspectos del régimen de las pruebas en otros países. Los puntos específicos relevantes son los siguientes: primero, dado que en los debates en la Asamblea Constituyente se dijo que la regla establecida finalmente en el inciso último del artículo 29 existía en las democracias más garantistas, se hará referencia a la forma como en otros países se trata el problema de las pruebas viciadas para determinar si hay diferencias significativas entre ellos o si por el contrario hay una tendencia caracterizada por una serie de coincidencias básicas. Se escogen los sistemas que ilustran diversas tradiciones jurídicas, en especial la romano germánica y la anglosajona.”

Ahora bien, tradicionalmente se consideró que tanto la prueba ilícita como la ilegal, producen efectos de exclusión, que no de nulidad del proceso, en el entendido de que son los medios de prueba, por sí mismos considerados, los que se predicen “nulos de pleno derecho” (artículo 29 de la Carta Política), produciendo una “*inexistencia jurídica*” que, incluso, se transmite a los demás elementos que dependan o sean consecuencia de aquellas, o a las que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas.

2.2. DE LA CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA.

En cuanto a la confesión ficta o presunta, el a quo no tuvo en cuenta que la misma no constituye una presunción de pleno derecho, sino que, por el contrario, esta admite prueba en contrario.

Pues bien, junto con la contestación de la demanda se aportaron las facturas de las compras de los softwares que tenía **SUMITEMP** en el año 2017, inclusive desde marzo, y que prueban la legalidad de los mismos.

A este respecto ha establecido la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia STC21575-2017, Magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona, lo siguiente:

“2.6. La no comparecencia del citado a la audiencia donde habrá de llevarse a cabo el interrogatorio, o a la inicial (o de instrucción y juzgamiento, cuando son concentradas), da lugar, como se señaló precedentemente, a tener por ciertos los hechos susceptibles de este tipo de prueba.

“En rigor, se trata de una presunción de tipo legal o juris tantum, lo que equivale a afirmar

“(…) que invierte el peso de la prueba haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las consecuencias de la presunción comentada, que es presunción acabada en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar –bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél”³.

“2.7. Importa precisar que la confesión ficta tendrá el mismo valor y fuerza que a las confesiones propiamente dichas la ley les atribuye⁴, siempre y cuando, se insiste, no exista dentro del proceso prueba en contrario y para su incorporación se hayan cumplido las condiciones previstas en el artículo 191 del Código General del Proceso.

“3. Como con acierto lo ha sostenido la doctrina especializada⁵, y tiene dicho la Corte⁶, la prueba procesal no está formada, de ordinario, por un solo elemento, sino que, por lo común, cada litigante suele utilizar diversos medios de persuasión, de naturaleza heterogénea.

“Esta Corporación ha insistido⁷, con fundamento en la ley, y en reiterada doctrina que a los jueces se les impone la obligación de hacer la evaluación tanto individual como conjunta de los diversos y heterogéneos elementos probatorios obrantes en los autos; no de uno solo;

“De no ser así –ha dicho la Sala-, a los falladores se les imposibilitaría para formar la premisa menor del silogismo judicial que constituye la sentencia, o sea la determinación de la situación fáctica concreta que debe subsumirse en la hipótesis contemplada por la norma legal”⁸.

“3.1. La apreciación conjunta de la prueba consiste en la actividad intelectual que debe realizar el funcionario jurisdiccional, analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, en cuya virtud llega a un convencimiento homogéneo, sobre el cual habrá de edificar su fallo, estimativo o desestimativo de las pretensiones, esto es, teniendo como ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones, o el extremo resistente sus defensas; o que no lo son⁹.

³ CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994; reiterando otro pronunciamiento de 24 de junio de 1992.

⁴ Sobre el valor probatorio de la confesión ficta, véase: CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994.

⁵ *Et al*: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo V. 1963. Págs. 401 y ss.

⁶ CSJ. SC. Sentencia de 14 de junio de 1982.

⁷ Cfr. CSJ. SC. Sentencia de 14 de junio de 1982.

⁸ CSJ. SC. Sentencia de 14 de junio de 1982.

⁹ CSJ. SC. Sentencia de 14 de junio de 1982.

“Ha afirmado la Corte¹⁰, que por virtud del principio de comunidad de las pruebas, una vez practicadas, pertenecen al proceso y no a quien las solicitó; por ende, si le sirven a todas las partes que en él intervienen, aparece como lógico y natural señalar que su apreciación no se pueda cumplir de manera aislada, sino realizarse a partir de la comparación recíproca de los distintos medios,

“(…) con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. Establecidos los aspectos en los cuales las pruebas concuerdan, o se contradicen, el juzgador se podrá dirigir a concretar aquellos hechos que, en su sentir, hubieren quedado demostrados, con fruto de la combinación o agrupación de los medios, si es que en esta nota la suficiente fuerza de convicción para ese propósito”¹¹.

“3.2. En Colombia, según el principio de valoración racional de la prueba, implantado por mandato del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, hoy 176 del Estatuto Procesal vigente, es deber del juez, y no mera facultad suya, evaluar en conjunto los elementos de convicción para obtener, de todos ellos, un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.

“Para la Corte, ello no es constitucional ni legalmente admisible. Es obligación, es deber de los sentenciadores, según se explicó, analizar y valorar todos los elementos fácticos incorporados en los autos para, con fundamento en ellos, obtener el respectivo grado de convicción o de certeza sobre el cual se fundará la decisión final.”

Ahora bien, en cuanto a la formulación de la pregunta en sobre cerrado por el apoderado de Microsoft Corporation, la misma fue formulada de manera incompleta y de ella no puede derivarse ninguna consecuencia jurídica para mi representada, pues tal y como lo señala el A, la premisa de la pregunta fue abierta, sin concluir si era cierto o no lo preguntado. Es el Juzgado quien en extra limitación de sus funciones le otorga una consecuencia jurídica que no existe. Veamos:

“Responda si es cierto que el 11 día de abril de 2017, SUMITEMP tenía instalados en los computadores ubicados en sus instalaciones los siguientes programas de ordenador sin contar son la respetiva licencia para usarlos: Seis (6) Windows 7 Professional, doce (12) Office Professional Plus 2010, siete (7) Office Professional Plus 2013, dos (2) Office Professional Plus 2016, un (1) Office Project Professional 2007”;

Como se puede apreciar, lo que pregunta el apoderado de la accionante es respuesta si es cierto, pero el planteamiento queda incompleto, pues lo que debió a continuación indicar, es cuál era el resultado de la confesión que perseguía a través de la pregunta, es decir, *si era cierto o no, y se afirma que (...)* En este evento, el *a quo* actuó de manera *extra petita* y por encima de las facultades que le han sido otorgadas como autoridad jurisdiccional, pues el juez no puede a su arbitrio dar consecuencias legales a una formulación errada y e incompleta, mucho menos

¹⁰ Cfr. CSJ. SC. Sentencia de 4 de marzo de 1991; del 6 de junio de 1994; del 25 de mayo de 2010; y del 14 de diciembre de 2010.

¹¹ CSJ. SC. Sentencia de 4 de marzo de 1991; reiterada el 6 de junio de 1994, el 25 de mayo y el 14 de diciembre de 2010.

cuando para darle el sentido a la misma se sustenta en la incorporación de una prueba precedente que fue obtenida de manera ilegal. En este caso, la consecuencia de la confesión ante la formulación incompleta de la pregunta podía igualmente ser NO, como en efecto debió ser.

Por otra parte y para finalizar, no puede el A quo frente a la contestación del hecho No. 4 de la reforma de la demanda, donde se indicó que *No me consta, que se pruebe*, tomarlo como una presunción en contra, porque precisamente: (i) es trabajo del demandante probar los hechos en que se soporta la demanda; corresponde al demandando defenderse de estos más no hacer el trabajo al que el accionante está llamado, y (ii) es una presunción que admite prueba en contrario, como son las facturas aportadas junto con la contestación, que logran desvirtuar tal inferencia.

Así las cosas, es claro que el presente asunto, la única presunta prueba sobre la que mal se sustentaba la demanda de Microsoft Corporation es la Prueba Anticipada de Inspección Judicial con Exhibición de Documentos e Intervención de Perito, la cual es abiertamente ilegal, y que no puede no ser ni integrada ni valorada por el juez de primera instancia, de manera que se deberán desestimar todas y cada una de las pretensiones del demandante.

III. SOLICITUD

De manera atenta solicito al honorable juez de segunda instancia que,

3.1. Declare sin efecto la Sentencia de primera instancia emitida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor el 23 de julio de 2020 dentro del radicado No. 1-2018-16310; y en consecuencia.

3.2. Sustituya tal decisión por una nueva Sentencia donde se declare como infundadas todas y cada una de las pretensiones formuladas por Microsoft Corporation en el escrito de reforma de la demanda.

IV. NOTIFICACIONES.

El suscrito recibirá notificaciones en la Carrera 16 No. 85-66 de la ciudad de Bogotá, o en la dirección de correo electrónico juan.perez@lois.com.co; mi poderdante recibirá notificaciones en esta misma dirección y en la dirección que obra en el expediente.

Con el acostumbrado respeto,



JUAN LUIS PÉREZ ESCOBAR

C.C. No. 1.067.858.166 de Montería
T.P. 222.772 del C.S. de la J.

JORGE A. CARRASCO MANTILLA
Abogado Consultor

Honorable Magistrada
LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Sala Civil
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.
E.S.D.

REF. SUSTENTACIÓN DE ALZADA EN:
DECLARATIVO No. 11001-3199 002 2019 00306-01
DE: INVERSIONES O G GÓMEZ VESGA y Cía. Ltda.
CONTRA: ESPERANZA GÓMEZ PADILLA

“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” (Art. 228 Constitución Política de Colombia)

En mi condición de apoderado de la demandante/recurrente dentro del proceso referenciado; de manera respetuosa y en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2020; procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto (parcialmente) contra la sentencia proferida por la Superintendencia de Sociedades el 11 de Agosto del año que corre.

ANTECEDENTES Y CONTEXTO DEL LITIGIO

Como ya se encuentra ampliamente documentado en el proceso, el conflicto bajo escrutinio emana de la adjudicación sucesoral de las cuotas sociales (51%) que poseía el señor OTONIEL GÓMEZ VESGA (Q.E.P.D.) en la sociedad demandante en el proceso que nos ocupa.

Al momento del fallecimiento del causante, la sociedad tenía su capital distribuido así:

OTONIEL GÓMEZ VESGA	51%	5.100 cuotas
CLARA INES PADILLA DE GOMEZ	16%	1.600 cuotas
ORLANDO GÓMEZ PADILLA	17%	1.700 cuotas
ESPERANZA GÓMEZ PADILLA	16%	1.600 cuotas
TOTALES:	100%	10.000 cuotas

A los pocos días del fallecimiento del causante y pese a contar apenas con el 49% del capital social, los tres socios sobrevivientes (Clara Inés, Orlando y Esperanza), procedieron a transformar la sociedad de EN COMANDITA a RESPONSABILIDAD LIMITADA y se auto-designaron ORLANDO y ESPERANZA como representantes legales principal y suplente, respectivamente. A renglón seguido y amparados en dicha representación, procedieron a vender tres (3) inmuebles propiedad de la sociedad.

Durante el prolongado trámite (15 años) de la liquidación sucesoral, falleció el socio ORLANDO GÓMEZ PADILLA (abril de 2012) y posteriormente la socia señora CLARA INES PADILLA DE GOMEZ (febrero de 2018) y ORLANDO GÓMEZ PADILLA (2012). Comoquiera que ORLANDO GÓMEZ PADILLA ejerció como representante legal principal desde abril de 2004 hasta su fallecimiento (abril de 2012); su suplente ESPERANZA GÓMEZ PADILLA (aquí demandada), asumió la representación legal a partir de abril de 2012.

JORGE A. CARRASCO MANTILLA
Abogado Consultor

Transcurridos los 15 años de trámite del proceso sucesoral y mediante sentencia del 15 de enero de 2019; el 51% de cuotas sociales que poseía el causante OTONIEL GÓMEZ V. fue adjudicado por partes iguales a cinco (5) de sus hijos extramatrimoniales: Jessica Gómez Cruz, Nathalia Gómez Ayala, Frank Otoniel Gómez Pérez y Gina Marcela y Oscar Leonardo Gómez Caro.

El 4 de marzo de 2019, los herederos que recibieron las cuotas sociales (51%) del causante OTONIEL GÓMEZ VESGA registraron formalmente ante la Cámara de Comercio sus adjudicaciones y, al no existir convocatoria para la asamblea ordinaria de que trata el artículo 422 del Código de Comercio, el 1 de abril de 2019 procedieron a realizar la REUNIÓN POR DERECHO PROPIO en los términos del inciso 2° ibídem, reunión dentro de la cual, entre otras determinaciones se dispuso la REMOCIÓN de los representantes legales; V.gr. la aquí demandada Esperanza Gómez Padilla.

Registrada que fue en debida forma la mencionada remoción; el nuevo representante legal procedió a requerir a la removida, vía correo certificado, para que procediera a la entrega formal del cargo en los términos del artículo 45 y concordantes de la ley 222 de 1995. Comoquiera que la demandada hizo caso omiso a dicho requerimiento; se procedió a citarla a AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN ante la Superintendencia de Sociedades para el mismo propósito, convocatoria a la que igualmente se negó a comparecer.

Ante el comportamiento contumaz y desafiante de la representante legal removida, la sociedad se vio en la necesidad de promover en su contra ante la misma Superintendencia de Sociedades la "acción de responsabilidad social", contemplada en los artículos 25 y siguientes de la ley 222 de 1995; mismo litigio en el que se emite la sentencia que, de manera parcial, es materia del presente recurso vertical.

EL PUNTO DE INCONFORMIDAD CON LA SENTENCIA

En los términos del artículo 320 del C.G.P.; los reparos formulados a la sentencia se circunscriben al numeral 5° de la parte resolutive y más concretamente, a la denegación de la pretensión encaminada al decreto judicial de la entrega por la representante legal removida, de los siete (7) locales de propiedad de la sociedad ubicados en la ciudad de Bogotá los que –dicho sea de paso- constituyen la única fuente patrimonial de rentabilidad comercial que posee la sociedad demandante.

Como se demostrará más adelante, ésta sección específica de la sentencia yerra en la construcción del silogismo pues, siendo una de las pretensiones aducidas y, -estando probado y CONFESADO como lo está- que la demandada tiene plena disposición material y jurídica sobre los citados inmuebles; el A-Quo se abstiene de ordenarle la deprecada entrega bajo el argumento que tales locales: *"no se encuentran en poder de la representante legal removida"* y *"...la Superintendencia únicamente puede ordenar la devolución de los bienes cuya custodia haya sido encomendada a la demandada mientras ejercía el cargo de representante legal de la compañía y que sigan bajo su tenencia por haberse negado a devolverlos, sin que esa facultad se confunda con un proceso judicial de restitución de propiedad de inmuebles"* (Pags. 8 y 9 de la sentencia).

Nuestro criterio se sintetiza en que no le era dable al fallador emplear la premisa de una verdad formal y aparente (los inmuebles están en manos de terceros); en desmedro de la VERDAD OBJETIVA, pues la prueba recaudada en el proceso -confesión incluida- demuestra categóricamente que tales bienes SÍ ESTÁN bajo la égida jurídica y material de la demandada y por ende no sólo tiene la potestad sino la OBLIGACIÓN de entregarlos en la misma forma que se le ordenó respecto de todo lo demás que tuvo bajo su responsabilidad mientras ejerció como representante legal.

Desconocer una realidad tan evidente como la que fluye del material probatorio, constituye una clara desviación en el deber de administrar JUSTICIA y de paso una convalidación tácita de reprochables conductas contrarias a la Ley.

JORGE A. CARRASCO MANTILLA
Abogado Consultor

LA PRUEBA QUE DEMUESTRA LA DISPONIBILIDAD JURÍDICA Y MATERIAL DE LA DEMANDADA PARA QUE RESULTE LEGÍTIMA Y PROCEDENTE LA ORDEN DE ENTREGAR LOS SIETE (7) LOCALES COMERCIALES.

Como ya se dijo, el A-Quo fundamenta su negativa a acceder a dicha pretensión, bajo el argumento que la tenencia de dichos inmuebles la detentan las sociedades ZAPACOL Ltda. y CALZA DOS Ltda.; terceros distintos de la demandada y sobre los cuales la Superintendencia no puede ejercer su jurisdicción coercitiva. Pues bien, a continuación expondré las razones por las cuales afirmamos que dicho razonamiento está construido sobre una premisa errada derivada de una apreciación meramente formalista que se sobrepone a la VERDAD REAL que proyecta el material probatorio aportado al proceso.

En primer término, es importante destacar que ni en la contestación de la demanda; (A los hechos 11 y 14 principalmente); ni en las EXCEPCIONES DE MÉRITO propuestas, se esgrimió, siquiera tangencialmente, que tales inmuebles no pudiesen ser entregados por la demandada en virtud a no tener disponibilidad jurídica y/o material sobre los mismos. Por el contrario, tanto en el pronunciamiento frente a los hechos como en las excepciones mismas, las exculpaciones se circunscribieron al argumento de que la demandada no estaba llamada al cumplimiento de las pretensiones por cuanto su gestión como representante legal habría sido apenas durante los treinta (30) días siguientes al fallecimiento de su hermano carnal quien ejercía la representación legal principal.

Surge entonces un interrogante: ¿Le era dable al fallador de primera instancia en su motivación de la sentencia introducir unas réplicas y excepciones que nunca esgrimió la pasiva frente a los hechos y pretensiones de la demanda?

Por otra parte, y por ser aún mucho más relevante, nos remitiremos a la prueba recaudada en la etapa de audiencia y concretamente, a las intervenciones procesales de la propia demandada y los testimonios aportados al plenario.

EL INTERROGATORIO DE PARTE DE LA DEMANDADA. (15:16 a 30.30 y 1'55:17 a 2'26:00)

Sin que sea menester destacar la reprochable conducta procesal de la demandada por ser evidentes sus múltiples maniobras dilatorias ampliamente documentadas en el plenario; me limitaré a remarcar brevemente que en ninguna parte de sus intervenciones aparece, siquiera remotamente, manifestación alguna de estar impedida para la entrega material y/o jurídica de los multicitados locales; por el contrario, sus dichos admiten que ostenta y detenta la disposición material y jurídica sobre los mismos pero justifica su renuencia a entregarlos en el hecho de haber interpuesto acciones judiciales tanto para la rescisión de la partición como para la impugnación del acta mediante la cual se le removió del cargo de representante legal. En esa medida, manifiesta entender que, sólo hasta tanto exista pronunciamiento definitivo en sus causas litigiosas y siempre que medie una orden judicial; se abstendrá de hacer entrega de los citados bienes propiedad de la sociedad demandante.

Para el efecto, señalemos que la intervención de la demandada en la audiencia de instrucción y juzgamiento (agosto 11), se divide en dos (2) partes, la primera, el interrogatorio del despacho (minuto 15:16 a 30:30) y, la segunda, el interrogatorio de parte propiamente dicho (1'55:17 a 2'26:00).

De esta pieza procesal resulta importante destacar que, de manera idéntica a lo que acontece en la contestación de la demanda y sus respectivas excepciones de mérito; la demandada admite sin ambages que tiene bajo su poder y con plena disposición, los bienes muebles e inmuebles cuya entrega se le demanda a través del presente proceso. Valga destacar particularmente las siguientes intervenciones:

JORGE A. CARRASCO MANTILLA
Abogado Consultor

17:45 Refiriéndose a los bienes que le enumera el despacho (los locales comerciales) manifiesta que *"son los únicos que tengo en mi poder"*, pues en relación con los demás bienes de la sociedad señala que ya fueron tomados por la fuerza por los nuevos administradores sociales. Igualmente, es clara en manifestar que *"la única razón por la que no los entregó es porque según su entendimiento elle tenía que tener una orden judicial para la entrega"*. Adicionalmente, agrega que el hecho de tener iniciados dos (2) procesos judiciales previos al presente, le hace entender que hasta tanto estos no se resuelvan, no estaría obligada a realizar la entrega.

24:22 Ante pregunta del despacho sobre si los locales comerciales están en su poder, manifiesta que SÍ, pero que no son siete sino seis por cuanto ella considera que los locales de "Salitre Plaza" son dos pero los cuenta como uno solo.

2'00:42 Declara haber recibido de su hermano ORLANDO los bienes de la sociedad, pero en vista que varios de ellos ya habían sido tomados por los nuevos administradores, se abstuvo de entregar los que conserva hasta tanto recibiera una orden judicial, que nunca llegó.

2'07:55 Reitera que TODAS LAS PROPIEDADES estaban bajo su custodia pero no quiso entregar por cuanto considera que no era la forma de reclamárselos.

2'11:30 Es enfática en señalar que dentro de los bienes que tiene bajo su poder, no se puede incluir el local de la ciudad de Bucaramanga.

2'23:00 En relación con la conformación y manejo de Zapacol y Calza Dos, informa que es la única socia sobreviviente y actuante como tal, además de ser su actual representante legal.

EL TESTIMONIO DE AMALIA DEL CARMEN AMADOR PALOMARES (32:30 a 1'35:00)

Dicha testigo se desempeña como contadora al servicio de las empresas que maneja la demandada y hasta abril de 2019 lo hizo también respecto de la sociedad acá demandante.

1'03:10 Es clara en manifestar que la demandada tiene en uso los locales comerciales para "el negocio de los zapatos". Adicionalmente, informa que la demandada no ha entregado los bienes en razón a que ha formulado dos (2) demandas que no se han resuelto.

1'34:30 Responde que los socios actuales de Calza Dos y Zapacol son Otoniel Gómez (Q.E.P.D.), Clara Inés Padilla de Gómez (Q.E.P.D.), Orlando Gómez Padilla (Q.E.P.D.) y Esperanza Gómez Padilla, quien es además, la representante legal.

EL TESTIMONIO DE FLORVINA GARCÍA BETANCUR (1'36:30 a 1'54:20)

La deponente, al igual que la anterior es empleada de la demandada, en calidad de secretaria desde hace más de veinte años, y hasta abril de 2019 realizó funciones relacionadas con la sociedad demandante.

1'41:40 Es enfática en manifestar que los bienes inmuebles que le enumera el despacho están en poder y bajo custodia de la demandada porque ella no acepta la distribución realizada en la sucesión.

1'48:20 Reafirma que la razón por la que la demandada no ha entregado la documentación y bienes de la sociedad es que nunca ha estado de acuerdo con la distribución de los bienes de OTONIEL GOMEZ V.

JORGE A. CARRASCO MANTILLA
Abogado Consultor

**ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO PERTINENTE PARA EL PUNTO
RECURRIDO**

Tanto el escrutinio individual de los apartes probatorios antes relacionados como la visión de conjunto de toda la prueba obrante en el plenario son ampliamente suficientes para establecer que -contrario al criterio expresado por el A-Quo sobre este preciso aspecto- lo cierto es que la pretensión encaminada a que se ordene a la demandada la entrega de los siete (7) locales comerciales ubicados en ésta ciudad es perfectamente procedente y además ineluctable, si de lo que se trata es de impartir JUSTICIA (Con mayúsculas), haciendo realidad el principio Constitucional sobre que el DERECHO SUSTANCIAL constituye el verdadero y único norte que debe orientar tan sagrada misión.

En efecto, si bien es cierto que la verdad formal señala que tales inmuebles se encuentran bajo la tenencia material de dos firmas comerciales; no lo es menos que tales sociedades actualmente son controladas totalmente por la demandada pues, a más de ser su representante legal, es la única socia viva y actuante por lo que todo tipo de actividad y decisiones responden única y exclusivamente al designio de la acá demandada.

Tan cierto es ello, que en todas las múltiples intervenciones orales de la demandada, siempre reafirmó que los citados bienes se encuentran "en su poder" y que si no los ha entregado aún es simplemente porque considera que hasta tanto no se resuelvan los litigios judiciales por ella incoados, está relevada de cumplir con dicha obligación de entregarlos. Recalcamos además, que en ningún momento la demandada ha manifestado que tenga algún impedimento de entregarlos que se derive de que la tenencia de los mismos la detentan las sociedades en que es la única socia supérstite y además representante legal.

Siendo ello así, no resulta jurídicamente inteligible que el fallador de primera instancia decida inhibirse de decretar la entrega de tales bienes, so pretexto de una concesión garantista en pro de derechos de "terceros". Tal raciocinio no solamente resulta contraevidente con la prueba aportada al plenario sino que, además vulnera el debido proceso del demandante cuando el despacho oficiosamente asume la consideración de defensas que nunca fueron propuestas por la demandada y a las que mi poderdante no tuvo la oportunidad de controvertir dentro de la vista de instrucción y juzgamiento.

Por lo demás, los testimonios aportados son contestes en señalar que la única razón por la que la demandada se ha abstenido de realizar la entrega de los multicitados inmuebles radica en su inconformidad tanto con la distribución de la sucesión como en su remoción del cargo de representante legal.

En ese orden de ideas, el material probatorio ya decantado ostenta capacidad suficiente para dar por demostrados los siguientes aspectos:

- a) Que la demandada incumplió con su deber de entregar el cargo, en los términos de la Ley 222 de 1995.
- b) Que la demandada confiesa tener plena disposición jurídica y material sobre los bienes inmuebles que son materia de la presente impugnación.
- c) Que ni en la contestación de la demanda, ni en las excepciones, ni en su interrogatorio de parte, la demandada manifestó la existencia de impedimentos para la entrega derivados de la tenencia de los locales en manos de "terceros"
- d) Que la única razón aducida por la demandada para abstenerse de entregar los citados bienes, radica en su errada convicción de que los procesos judiciales que dice tener en curso suspende la obligación de entregar el cargo.
- e) Que la tenencia de los referidos inmuebles está en cabeza de dos sociedades de las cuales la demandada es su representante legal y única socia activa.

JORGE A. CARRASCO MANTILLA
Abogado Consultor

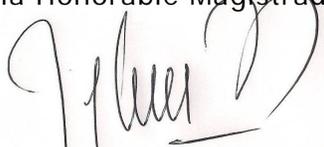
Siendo probatoriamente válida -como lo es- la construcción de las anteriores premisas, deviene con claridad que la denegación del A-Quo en éste punto particular constituye una decisión contraevidente con los hechos, por desconocimiento del DERECHO SUSTANCIAL incorporado en el litigio so pretexto de un garantismo procesal abstracto y que se deriva de una valoración de la prueba que no trasciende más allá de un formalismo ritual que deja a la vera del camino la verdadera razón de ser de la administración de justicia.

Es bueno señalar que las garantías procesales operan también respecto de quienes como mi poderdante, acuden a los jueces en búsqueda de una solución a su conflicto. Sin embargo, en muchos escenarios judiciales pareciera que dicho garantismo obra preponderantemente en favor de aquellos a quienes se señala de infringir la Ley. Tal parece ser el caso bajo examen, en el que, pese a ser adversas a la demandada todas las declaraciones de incumplimiento proferidas en la sentencia; el resultado REAL Y PRÁCTICO de la sentencia, es una tácita validación de sus conductas contrarias a derecho; todo ello como consecuencia de una errada deducción de la VERDAD OBJETIVA que con indubitable certeza arroja el material probatorio.

Es bueno anotar también, que a ojos de cualquier observador imparcial, la situación generada por la demandada reteniendo y usufructuando ilegalmente y por más de 18 meses los bienes que mantenía bajo su responsabilidad como representante legal, es tan inverosímil, absurda e insólita que, de no ser por la grave afectación que resulta para la empresa; parecería más bien un escenario creado por la mente de un novelista de ciencia ficción.

Sirvan todas las anteriores argumentaciones, amén de las inferencias que realice esa superioridad luego del análisis de los pormenores del proceso, para reiterar mi solicitud inicial en el sentido de que por vía de apelación se revoque la decisión del A-Quo en cuanto se abstuvo de ordenar a la demandada hacer la entrega de los siete (7) locales comerciales propiedad de la sociedad que represento y en su lugar se proceda a reformar la sentencia en este aspecto concreto.

De la Honorable Magistrada,



JORGE A. CARRASCO MANTILLA
C.C. 19.351.902 de Bogotá
T.P. 34.035 del C. S. de la J.

Señores

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA –

SALA CIVIL- FAMILIA

ATT. H. MAGISTRADO PONENTE Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E. S. D.

REF : Proceso de Impugnación de actos de Asamblea o Junta de Socios de “DESARROLLOS INMOBILIARIOS GIRADI S.L.” contra “CONSTRUCTORA VIZKAYA TOLIMA S.A.S.”. Rad.No. 11001319900220190030101.-

JOSE DAVID RODRIGUEZ B., en mi condición de Apoderado de la parte Demandante, con el debido respeto y consideración al Honorable Magistrado Ponente, me permito presentar mi alegato de sustentación del recurso de apelación que formulé ante la Superintendencia de Sociedades frente al fallo adverso que se emitió contra mi representada, desestimando las pretensiones de la demanda.

Esta sustentación la hago bajo dos pilares procesales:

1.- La demanda de impugnación de los actos de la Asamblea o Junta de Socios de la sociedad Constructora Viskaya S.A.S., tenía como pretensiones principales las siguientes:

a.- La nulidad de las decisiones tomadas en la Asamblea Extraordinaria de la sociedad demandada realizada el día 12 de Junio de 2019.

b.- Dejar sin valor ni efecto las decisiones tomadas en esa Asamblea Extraordinaria.

c.- Que se le ordenara al representante legal de la sociedad demandada revertir las decisiones adoptadas en esa reunión.

Como hechos fundamentales de la demanda se esgrimieron los siguientes:

a.- Que en la reunión ordinaria de la Asamblea realizada el día 28 de Marzo/19, el Sr. Jon Ardeo Pérez, en su condición de representante legal de la sociedad demandante ""Desarrollos Inmobiliarios Giradi S.L.", presentó unas objeciones al informe del Gerente de Vizkaya S.A.S. y a los Estados Financieros, objeciones que formuló por escrito y que tenían mucho que ver con el manejo de dineros de la sociedad demandada, sirviendo como ejemplo que encontró una certera vencida de más de un año sin ningún movimiento de \$5.300.000.000, que denotaba en primer lugar una labor ineficiente del Gerente y por otra parte una pésima administración en la recuperación de esos dineros, lo cual iba en detrimento de la sociedad Vizkaya S.A.S. y por ende de sus accionistas, más exactamente de Gidari S.L.

El Sr. Ardeo Pérez solicitó que ese escrito quedara transcrito en el Acta de esa Asamblea, presagiando la posibilidad de una demanda posterior.

Como se puede advertir de lo antes dicho, no se trataba de una simple postura personal del representante legal de Gidari S.L., sino de unas verdaderas objeciones o inconformidades con la gestión gerencial y un inocultable descuido en el manejo de los dineros de la sociedad, al mantener una cartera tan alta, sin ningún movimiento o acción para su recuperación.

El mismo Sr. Ardeo quedó facultado para elaborar el Acta de aquella reunión, pero por razones de tiempo e inconvenientes en la transcripción de lo allí discutido, no pudo llevar a tiempo esa Acta. Entretanto, el Gerente de la sociedad demandada, Sr. Héctor Díaz Molano, que a su vez es socio de Viskaya S.A.S. encargó a la Sra. Contadora de la sociedad de elaborar dicha Acta, la cual una vez presentada por la mencionada empleada ,tenía muchas falencias, especialmente porque no se habían transcrito las objeciones presentadas por el Sr. Ardeo frente a la gestión Gerencial y al manejo de los dineros, como ya quedo expuesto.

b.- Que el día 5 de Junio de 2.019, se convocó a Asamblea Extraordinaria de la sociedad Viskaya S.A.S., en cuyo orden del día se incluyó el punto de la aprobación del Acta anterior, es decir la del 28 de Marzo/19.

Pero frente a las objeciones ya comentadas, el representante legal Sr. Díaz Molano dió unas explicaciones baladíes sobre su gestión gerencial e inclusive presentó una reducción de la cartera a solo \$1.800.000.000, lo que confirmó

indubitablemente que si había errores en los Estados Financieros, además de desaparecer unas cuentas sin ningún respaldo contable. Ese tejemaneje lo urdió el Gerente con la Contadora y el mismo Revisor Fiscal, pero no satisfizo las dudas del Sr. Ardeo, dado el corto tiempo de que dispuso para estudiar la nueva situación contable de la empresa demandada frente a los ajustes hechos por la Gerencia.

A pesar de la no respuesta concisa, concreta y verdadera sobre las objeciones del Sr. Ardeo, los otros socios de Viskaya S.A.S. , Sres. Héctor Díaz Molano y Fabio Morales Restrepo aprobaron el Acta del 28 de Marzo/19, atropellando los derechos de la sociedad Giradi S.L. de aclarar los Estados Financieros y las observaciones a la gestión del Gerente-socio. Es de aclarar que todos los socios poseen el mismo número acciones en Viskaya S.A.S., en una proporción del 33.33% cada uno.

c.- Sin adentrarnos en el grado de amistad que tienen el socio-gerente Sr.- Díaz Molano y el Sr. Morales Restrepo, entre los dos impusieron su voluntad en la aprobación del Acta del 28 de Marzo/19, lo que a juicio de los más encumbrados doctrinantes del derecho comercial constituye un abuso del derecho en el voto de las mayorías. Aún más, cuando el ejercicio del voto estuvo en cabeza del socio-gerente Sr. Díaz Molano, cuyo desempeño gerencial había quedado en entredicho por las objeciones formuladas por el Sr. Ardeo y también porque los estados financieros no habían sido debidamente corregidos. Y cómo una sociedad con un capital representativo importante, deja dudas en la conformación de su contabilidad y de su estado financiero, siendo que esas dudas, de ser ciertas, llevan directamente al detrimento patrimonial de los socios, en este caso específico de la sociedad Giradi S.L.

Por eso todo el andamiaje jurídico de la discusión se centra en el abuso del voto de las mayorías y no de la legalidad de la Asamblea Extraordinaria, ni mucho menos de su convocatoria, como lo han hecho creer tanto el Apoderado de la parte demandada, como la misma Superintendencia de Sociedades al emitir el fallo recurrido.

La causal para apuntalar la nulidad de lo actuado en esa Asamblea Extraordinaria, más exactamente con relación a la aprobación del Acta del 28

de Marzo/129, es la consagrada en el Artículo 43 de la Ley 1258 de 2.008, que regula precisamente el caso del abuso del derecho de las mayorías en las Asambleas o Junta de Socios, en tratándose de las sociedad por acciones simplificadas.

El Sr. Ardeo, en sus observaciones frente al Acta de la reunión del 28 de Marzo/19, concluyó: 1) Que el Acta no fue redactada por la persona encargada por la Asamblea de su elaboración. 2) Que el acta presentada en la reunión del 12 de Junio no contenía la transcripción de las objeciones formuladas por el representante legal de Gidari S.L. 3) Que dicha acta recoge una versión distorsionada de lo realmente ocurrido en esa Asamblea ordinaria, buscando favorecer los intereses de los accionistas mayoritarios y en especial al socio-gerente.

Ahora bien: Con la aprobación de esa Acta, la del 18 de Marzo/19, por los socios Díaz Molano y Morales Restrepo, el primero de los cuales votó su propia gestión y sus propios estados financieros, constituye un evidente caso de abuso del derecho de las mayorías en beneficio de un socio, para esconder o tapar una mala administración o un manejo irregular de los dineros de la sociedad que él administra.

En este caso es bueno recordar el contenido del Art. 420, numeral 6º. del Código de Comercio, que establece que los accionistas tienen la obligación de adoptar decisiones en interés de la sociedad, lo que conlleva el deber de abstenerse de tomar decisiones en favor de sus intereses personales.

Otra norma de especial relevancia en este asunto es la consagrada en el Art. 185 del Estatuto Comercial, modificado por el Art. 18 de la Ley 22 de 1.996, que preceptúa que los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, ASI COMO TAMPOCO PODRAN VOTAR LOS BALANCES Y CUENTAS DEL FIN DE EJERCICIO NI LAS DE LIQUIDACIÓPN. (mayúsculas fuera de text

Finalmente y como lo expresé en los reparos que le hice al fallo de fondo, en la interposición del recurso de apelación, se hizo un “pobre” y casi imperceptible análisis de la teoría del abuso del derecho del voto de las mayorías, que era el epicentro de este litigio, porque la nulidad invocada en la demanda era la de la norma especial del Art. 43 de la Ley 1258 ya citada, pero no de las nulidades establecidas por el Art. 190 del Código de Co., menos aún por las consagradas en el Art. 899 ibídem.

Para terminar, Honorable Magistrado, a la sentencia apelada le faltó congruencia, pues se limitó a analizar la parte de la legalidad de las reuniones de las Asambleas Ordinaria y Extraordinaria del 28 de Marzo y 12 de Junio de 2019, pero no se estudió a fondo el asunto central del litigio, que era el abuso del derecho del voto de las mayorías en la Asamblea del 12 de Junio de 2019. En este aspecto salta a la vista el Art. 281 del C. G. P., cuando preceptúa que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda o con las excepciones planteadas por la parte demandada.

En estas simples consideraciones fundamento o sustento el recurso de apelación que ha llevado este proceso a su Despacho, rogándole al H. Magistrado Ponente aceptar mis argumentos para revocar la sentencia proferida por la funcionaria de la Superintendencia de Sociedades, dictando la que en derecho corresponda.

En escrito aparte presento ante el Despacho incidente de interrupción del proceso a partir del 24 de agosto pasado, en razón de encontrarme hospitalizado en el Hospital “Federico Lleras Acosta” de Ibagué, hasta el día 28, inclusive, es decir, dentro del término para la sustentación de este recuso.

Con toda consideración,

JOSE DAVID RODRIGUEZ BARRERO

T.P. #11.677 CONSJ. SUP. JUD.

Apoderado Parte Demandante

De la demanda y con las excepciones planteadas por la p
Arte demandada

retenciones de la demanda y con las excepciones demostradas en el proceso.

e

tar mis argumentos con respecto al recurso de apelación que interpuse ante la Superintendencia de Sociedades por la sentencia adversa que se profirió allí en contra de mi representada.