

Señores

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

M.P. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

E. S. D.

Referencia: Proceso Declarativo Verbal de **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** contra **TELMEX COLOMBIA S.A.**

Rad. No.: 2015 – 00929

Asunto: Sustentación del Recurso de Apelación contra de la sentencia del 14 de julio de 2020

JAIME FELIPE RUBIO TORRES, mayor de edad, vecino y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., abogado titulado e inscrito, e identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.154.179 y portador de la tarjeta profesional No. 55.172 del C. S. de la J., en mi calidad de apoderado especial de **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** (en adelante "CARACOL"), conforme al poder que obra en el expediente, encontrándome dentro de la oportunidad legal concedida para el efecto y en concordancia con el artículo 327 del Código General del Proceso y el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, me permito **SUSTENTAR** el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida el catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro del trámite de la referencia (en adelante "la Sentencia"), en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD DE PRESENTACIÓN

El artículo 14 del Decreto 806 de 2020 establece que: "*ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes*". El auto admisorio del recurso de apelación fue proferido el veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020) y notificado por estado del veintiséis (26) del mismo mes y año; en consecuencia, quedó ejecutoriado el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

El dos (2) de septiembre del año en curso, el expediente ingresó al Despacho y salió con auto del día siguiente, notificado por estado del cuatro (4) de septiembre, y en él se concedió el término de cinco (5) días para sustentar el recurso, por lo tanto, el mentado término corrió los días siete (7), ocho (8), nueve (9), diez (10) y once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020), fecha dentro de la cual se radica el presente escrito.

II. MOTIVOS PARA REVOCAR LA SENTENCIA

De acuerdo con los artículos 373 y 327 del Código General del Proceso, me permito sustentar el Recurso de Apelación contra la Sentencia. A continuación, se esbozarán las falencias fácticas, probatorias y jurídicas en las que incurrió el A Quo al momento de proferir sentencia, que deberán dar lugar a su revocación para, en su lugar, dictar una nueva acogiendo las pretensiones propuestas en el escrito de Demanda.

A. Indevida aplicación de las normas de la convención de Roma, de la Decisión Andina 351 de 1993 y de la Ley 23 de 1982

Los derechos conexos son conocidos como los derechos concedidos, entre otros, a los organismos de radiodifusión en relación con la utilización de sus emisiones de radio y televisión, tal como lo es la retransmisión de un partido de fútbol.

La Convención de Roma determinó en su artículo 13 que los organismos de radiodifusión gozarían del derecho exclusivo de autorizar o prohibir: a) la retransmisión¹ de sus emisiones; b) la fijación sobre una base material de las mismas; y, c) la reproducción de las fijaciones de sus emisiones, hechas sin su consentimiento.

A su turno, la Decisión Andina 351 de 1993 determinó, con mayor amplitud a lo consagrado en el artículo 13 de la Convención de Roma y en el artículo 177 de la Ley 23 de 1982 (derecho de autor), como conjunto de derechos de los organismos de radiodifusión, los siguientes:

“Artículo 39.- Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) *La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;*
- b) *La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,*
- c) *La reproducción de una fijación de sus emisiones.”*

El mencionado artículo 39 es claro al determinar que el acto de retransmisión por cualquier medio (inclusive cable o internet) y la fijación de sus emisiones sobre una base material, es un derecho controlado por el organismo de radiodifusión, que requiere de su previa y expresa autorización.²

Como lo dejamos afirmado anteriormente, adicional al derecho exclusivo de autorizar y prohibir la retransmisión de las emisiones de CARACOL, tanto la Convención de Roma (art. 13) como la Decisión Andina 351 de 1993 (art. 39), definieron como derecho de los organismos de radiodifusión, la fijación de sus emisiones sobre una base material y la reproducción de la fijación de sus emisiones. No obstante lo anterior, violando los preceptos del artículo 13 de la Convención de Roma y el artículo 39 de la Decisión Andina, TELMEX ha fijado en sus archivos y en sus bases de datos, material, total o parcial, de los partidos de Colombia en el marco de las eliminatorias para el Mundial de Fútbol de Brasil 2014; después de fijados, los ha copiado, los ha reproducido, los ha retransmitido, los ha alterado en el sentido de haber excluido material que inicialmente estuvo fijado.

Es de destacar que el mismo Tribunal de Justicia de la CAN, cuyas interpretaciones son de obligatorio cumplimiento, ya insistentemente ha manifestado la prevalencia de las decisiones comunitarias y el reconocimiento de derechos exclusivos en cabeza de los organismos de radiodifusión.³

En ese orden de ideas, queda en evidencia que el A Quo no aplicó correctamente las normas antes mencionadas, pues, de haberlo hecho, la conclusión a la que hubiera llegado habría sido completamente distinta.

B. Indevida interpretación sobre las excepciones a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión.

¹ Dec 351/93 Art 3. **Retransmisión:** Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra Óptica u otro procedimiento análogo.

² Dirección Nacional de Derecho de Autor. concepto de 30 de mayo del 2014 a Gustavo Valbuena. “Los operadores no pueden desconocer los derechos conexos de los organismos de radiodifusión”.

³ Tribunal Andino de Justicia. Proceso IP DEL PROCESO 225-2015 del 23 de junio del 2016 ante consulta del Tribunal Superior sala civil del 4 de abril de 2015 que pidió interpretación del art 39 dec 351. Las normas de la decisión son de aplicación directa y preferente y por tanto caracol dispone de derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión y nadie esta exceptuado a menos que haya limitación y no la hay. TJCAN interpretación 212-IP-2017 del 8 de febrero del 2018 en proceso Telmex caracol por el caso HD, reiteró la existencia y aplicación de los derechos conexos del art 39 Dec 351.

Incluso trajo a colación la interpretación 225-IP.2015 cuando dijo: “En cualquier caso es importante precisar que el art 39 literal a) de la Dec 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, se entiende que los organismos de radiodifusión de señal abierta pueden impedir que un organismo de radiodifusión de señal cerrada retransmita sus emisiones.”

Para el caso de los titulares de los derechos conexos y en particular, los organismos de radiodifusión, también se consagraron un conjunto de limitaciones y excepciones bajo el sustento de la Convención de Roma⁴.

En lo que atañe a las limitaciones y excepciones para los organismos de radiodifusión relacionados con noticias o hechos o acontecimientos de actualidad, la Ley 23 de 1982, las consagró de la siguiente manera:

“Artículo 178.- No son aplicables los artículos anteriores de la presente Ley cuando los actos a que se refieren estos artículos tienen por objeto:

a) El uso privado;

b) Informar sobre sucesos de actualidad, a condición de que sólo se haga uso de breves fragmentos de una interpretación o ejecución, de un fonograma o de una emisión de radiodifusión;

c) La utilización hecha únicamente con fines de enseñanza o de investigación científica;

d) Hacer citaciones en forma de breves fragmentos de una interpretación o ejecución de un fonograma o de una emisión de radiodifusión, siempre que tales citaciones estén conformes con las buenas costumbres y estén justificadas por sus fines informativos.”

En la Decisión Andina 351 no se consagraron limitaciones y excepciones para el caso de los usos de las emisiones de radiodifusión, pero el artículo 178 de la Ley 23 de 1982 sí determinó los casos en que se establecen usos libres de las emisiones de radiodifusión.

El punto es que, en materia específica de los organismos de radiodifusión, es preciso recordar que los derechos referentes a su emisión solo pueden ser limitados en los términos que señaló el artículo 15 de la Convención de Roma, el artículo 178 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 42 de la Decisión 351, los cuales no se cumplen en el caso concreto.

Ahí entraña el valor de lo dicho por la Corte Constitucional en su fallo C-276 de 1996, pues además de reconocer la capacidad de disposición, enfatiza que el derecho de autor y los derechos de propiedad intelectual en general, solo pueden ser limitados por el legislador de manera restrictiva.

El hecho de que sean limitaciones restrictivas tiene por objeto evitar la vulneración de los derechos exclusivos consagrados en favor de los organismos de radiodifusión so pretexto de garantizar también el ejercicio de otros derechos como el derecho a la información.

De hecho, cuando se manifiesta en el artículo 11 de la Ley de Televisión⁵ que los operadores como TELMEX deben garantizar la recepción de los canales de televisión como CARACOL, se hace bajo el entendido de que es la recepción que en vivo se hace mas no la retransmisión de tales emisiones cuatro (4) meses después como es el caso, que, entre otras, obliga a la previa fijación o reproducción de tales contenidos. Incluso, la misma Corte constitucional en sentencia C-654 de 2003, sobre el artículo 11 de la ley 680 de 2001, solo se refirió al pluralismo informativo y no a derechos conexos. Es que es preciso recordar que, una cosa es garantizar el acceso a la televisión, cosa que se hace en todo el país para que puedan ver EN VIVO las emisiones de los canales privados, y otra muy diferente es tomar contenidos protegidos y utilizarlos después para hacer otros programas con fines eminentemente comerciales como ocurrió en el caso objeto del presente litigio, en donde, sin duda alguna, no se puede sostener que se trate de un tema de actualidad.

⁴ **Artículo 42.-** En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.

⁵ Ley 680 del 2001. ARTÍCULO 11. Los operadores de Televisión por Suscripción deberán garantizar sin costo alguno a los suscriptores la **recepción** de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cubrimiento únicamente.

En efecto, el concepto de “actualidad” según la RAE es :1.f Tiempo presente. 2.f. cosa o suceso que atrae u ocupa la atención del común de las gentes en un momento dado”. PRESENTE: “2. Adj. Dicho del tiempo: Que es aquel en que está quien habla.

Por su parte, el Diccionario de María Moliner, define el concepto de “actualidad”, así: “de lo que se habla ahora. Novedad que interesa a la gente”. y “actual”: que se produce o sucede en el presente. De lo que se habla ahora.”

El apoderado de la parte demandada extiende el concepto de actualidad más allá de lo que significa. Aunque no se desconoce que la Selección Colombia es un símbolo de identidad nacional, tal importancia de la selección no hace que se extienda el concepto de la novedad, hecho novedoso o noticia, a más allá del tiempo presente y que siga pasando el tiempo y siga siendo noticia. Resulta abiertamente falaz la conclusión del juez de primera instancia, mediante la cual pretende generalizar que todo lo relacionado con la Selección Colombia o sus principales jugadores es un tema de actualidad. Resulta evidente que tras la finalización del Mundial de Fútbol de Brasil 2014, habiendo transcurrido sendos meses desde los últimos partidos de la selección, la reproducción de fragmentos de los mismos no tenía el objeto de informar.

Lo antedicho fue corroborado por el testigo Jorge Concha en su testimonio rendido a la hora y once (11) minutos de la audiencia del diez (10) de julio de dos mil dieciocho (2018) en donde afirmó que: “en diciembre todos los medios de comunicación hacen el resumen de todo lo que pasó durante el año, en momentos de bajo rating”; ello fue confirmado por el testigo Jaime Soto a las dos (2) horas y dos (2) minutos de la citada audiencia, cuando sostuvo que: “esos resúmenes de fin de año, esos magazines anuales reviven el interés noticioso”.

Las declaraciones de los mencionados testigos, ni más ni menos, dan cuenta de lo que insistentemente se ha manifestado, esto es, que el programa “LOCA PASIÓN” no es un noticiero que informe noticias o hechos o acontecimientos de actualidad. Es un programa de opinión que tomó emisiones de propiedad de CARACOL para hacer su resumen anual, lo cual evidentemente representa una violación de los derechos que le asisten a mi representada.

Incluso, traigo apartes del libro de derecho de autor del apoderado de TELMEX Colombia, eminente y respetado profesor de derecho de autor y conexos, Dr. Ernesto Rengifo, cuando hace alusión al derecho de cita y cuya filosofía y principios de la regla de los tres pasos es aplicable a las emisiones de radiodifusión, en los siguiente términos: “La violación del derecho de autor es un problema cualitativo y no cuantitativo, en consecuencia un uso abusivo del derecho de cita puede significar una reproducción de las partes sustanciales de una creación precedente. Se puede citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, “siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman” (Ley 23 de 1982, art 31). La reproducción de la parte conclusiva de un libro científico compuesta por unas pocas páginas puede implicar violación del derecho sobre una obra de dos mil páginas en la medida en que ello puede causar un perjuicio razonable a los intereses legítimos del autor.”⁶

En el presente caso, en dicho programa de opinión y resumen anual, se tomaron precisamente varios extractos de las imágenes más importantes de los partidos, sin cuya presencia, el programa no se habría podido hacer cuatro (4) meses después de terminadas las eliminatorias. Por cierto, imágenes que a CARACOL le costaron más de **CUARENTA MILLONES DE DÓLARES (\$40.000.000 USD)**, no solo en derechos sino en gastos de producción.

C. El uso de TELMEX no puede catalogarse como información sobre un suceso de actualidad ni mucho menos puede entenderse realizado dentro del marco del derecho de cita

Contrario a lo manifestado por el A Quo, la retransmisión de un suceso que ocurrió cuatro (4) meses antes no puede entenderse bajo ningún supuesto como un suceso de actualidad, pues lo que se hizo fue una recordación de este, y un análisis de opinión del mismo. El juez de primera instancia hizo una interpretación extensiva de la garantía del

⁶ Rengifo García, Ernesto. Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor. Universidad Externado de Colombia. 2 edición, septiembre de 1997. Páginas 178 y 179.

pluralismo informativo que vulnera los derechos conexos de CARACOL. Como lo entenderán perfectamente los honorables magistrados, y tal como lo afirmó en su momento la Juez Treinta y Cuatro (34) Civil del Circuito de Bogotá,

“el pluralismo informativo se refiere específicamente a la garantía que el Estado debe propiciar para que la confrontación de las ideas y opiniones tengan lugar, de tal manera que surjan posturas reflexivas y críticas sobre distintos contenidos; permitiendo así cantidad y diversidad de medios de comunicación, es decir que existan y coexistan diferentes operadores.

En consecuencia, no resulta admisible extender la garantía del pluralismo informativo, así concebida, hasta el punto de afirmar que los organismos de radiodifusión pueden omitir la autorización que la ley de derechos de autor exige cuando no se produce algún evento de aquellos que permite su exoneración – precisamente porque responden a valores, requerimientos o conceptos superiores (enseñanza o investigación científica, actualidad, fines informativos, uso privado, buenas costumbres, etc.)-, extender hasta allá la interpretación podría generar el efecto contrario y adverso; a cambio de fortalecer la garantía, eventualmente terminaría por desestimular a los mismos organismos de radiodifusión para continuar negociando la titularidad de los derechos conexos de reproducción y retransmisión.”

D. La decisión de incluir cierto tipo de pretensiones en una demanda compete única y exclusivamente a la parte demandante y a su apoderado; el juez, de ninguna manera, puede derivar presunciones o indicios de esa circunstancia

Por más elemental que parezca, nuestro sistema procesal civil se rige por el principio dispositivo, el cual consiste en:

“la facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, como dice COUTURE, es el “principio” procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción, la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso.

Son características de esta regla las siguientes:

(...)

El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez, salvo taxativas excepciones, no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado, por acogerse la regla de la congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda”⁷

En esa medida entonces, es el demandante quien elige la clase de pretensión que formula, sin que sobre ello pueda el juez advertir reparo alguno. Sobre la clasificación de las pretensiones, debe recordarse que la principal de ellas es la pretensión declarativa de certeza o también llamada pura, que tiene por objeto “solicitar una sentencia en la que se acepte o se niegue la existencia de determinada relación jurídica respecto de la cual hay incertidumbre y cuya falta de certeza termina, precisamente, con la declaración que por medio de la sentencia hace el Estado”.

Así mismo, “dadas las características de la pretensión declarativa, los procesos que se adelantan con base en ella no exigen de la parte demandada determinada conducta, o, en otros términos, no imponen, al menos de manera directa, una contraprestación; únicamente se trata de obtener precisión sobre determinada relación jurídica”.⁸

Como se observa, no necesariamente en los procesos declarativos se deben incluir pretensiones indemnizatorias; más aún, no hacerlo, no puede generar en el juez ningún tipo de desconfianza ni mucho menos puede servir de base para

⁷ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso, Parte General. Editores Dupré. 2019. Pág. 132.

⁸ Ibidem. Pág. 325

fundamentar su sentencia, como lo que ocurrió en el caso concreto. Contrario los principios más básicos del acceso a la justicia y del debido proceso el A Quo pretendió de forma artificiosa otorgarle unos efectos jurídicos – evidentemente inexistentes – al hecho de que en el presente caso se hayan planteado únicamente pretensiones declarativas y no de condena.

E. La expresión “cortesía de caracol” no es suficiente para demostrar la buena fe de TELMEX. Todo lo contrario. En el proceso se acreditó su mala fe

Como lo podrá corroborar el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. a partir de la prosperidad de la sustentación de los reparos precedentes, TELMEX no se encontraba dentro de una de las excepciones consagradas en el artículo 178 de la Ley 23 de 1982. En ese sentido entonces, se deberá concluir que el uso de la frase “*cortesía de caracol*” no se trató de un tema de colegaje y de costumbre en el medio, como lo manifestó el testigo Jaime Soto, sino que, se trató de una verdadera falacia cuyo único propósito fue darle una apariencia de legalidad y de buena fe a la conducta desplegada por TELMEX.

De hecho y como muestra de una inadecuada transcripción de lo que dijo el testigo Jaime Soto por parte del Señor Juez, en estricto sentido, lo que él manifestó en la audiencia del diez (10) de julio de dos mil dieciocho (2018) a la hora y treinta y dos (32) minutos de la mencionada audiencia y que contraría lo dicho por el juez sobre el supuesto cumplimiento de la cita al poner “*cortesía de caracol*”, fue lo siguiente: “*la frase (cortesía de caracol) es muy parecida a una cita bibliográfica, el fin es darle el crédito al dueño original de esas imágenes o al que las produjo..*” y más adelante dijo frente a mi pregunta del supuesto colegaje y mención, lo siguiente: “*en un país como Colombia desde que surgió la TV es una práctica muy común que aparezca la cortesía del programa emitido.... Si el programa era del 15 de julio del 2013, ese programa ya viene marcado y será porque debió haberlo autorizado CARACOL, no se, no me consta, yo no vi el programa, presumo que fue así*”.

Uno de los fundamentos de la sentencia fue la determinación, a partir de algunos testimonios, que en el medio de los canales y operadores de televisión se estilan ciertos comportamientos generalmente aceptados, como tomar breves fragmentos de contenidos del canal y ponerle la mención de “*cortesía*”.

En este sentido es dable mencionar que, en Colombia, por expresa disposición del Código Civil, no es aceptable la costumbre **contra legem**. Establece el artículo 8o.: “*La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea*”.

El Código Civil, adoptado en virtud del artículo 1o. de la ley 57 de 1887, consagró, en su artículo 8o., como ya se vio, una solución contraria: **prohibir únicamente** la costumbre **contra legem**.

En concordancia con el artículo 8o. citado, el artículo 13 de la ley 153 de 1887, reconoció fuerza de ley, al decir que “constituye derecho”, a la costumbre general y conforme con la moral cristiana, “**a falta de legislación positiva**”, es decir, a falta de ley creada por el Estado. Se aceptó, pues, la costumbre **praeter legem**.

En consecuencia, a la luz de los artículos 8o. del Código Civil, y 13 de la ley 153 de 1887, está prohibida la costumbre **contra legem**. Y hoy lo está, además, por el artículo 4o. de la Constitución, pues si hay que presumir que las leyes se ajustan a ella, la costumbre que **contraría una ley** indirectamente **contraría la Constitución**. Luego, erró el A Quo al admitir que una costumbre contra legem tenga algún tipo de efecto.

Siguiendo con el tema de la costumbre, resulta pertinente traer a colación que, CARACOL ya había demandado a TELMEX por los mismos hechos, a través de un proceso de competencia desleal que fue conocido en primera instancia por la Superintendencia de Industria y Comercio y que terminó con sentencia favorable para la parte demandante. Dicha sentencia fue objeto del recurso de apelación, que fue resuelto mediante providencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018) en la que el Tribunal Superior de Bogotá hizo importantes precisiones, a saber:

- Que TELMEX sí cometió actos de competencia desleal de acuerdo con la cláusula general, pues su comportamiento resultó contrario a las sanas costumbres mercantiles y a la buena fe comercial. Lo anterior

por cuanto su comportamiento no siguió las reglas de conducta del mercado en estos casos, es decir, pedirle autorización a CARACOL.

- Para el Tribunal, TELMEX sí violó el derecho conexo de CARACOL al retransmitir tales imágenes sin autorización.
- Tales usos no reportaban limitación y excepción al derecho conexo pues no eran usos sobre hechos o acontecimientos de actualidad ni mucho menos para fines informativos, pues ya había pasado mucho tiempo. Si se permiten usos después de más de cuatro (4) meses bajo el supuesto de que son hechos de actualidad, restaría seguridad jurídica a los derechos conexos de obligatorio cumplimiento.
- Para el Tribunal el uso de tales imágenes no fue un uso justo.

Finalmente, no se puede perder de vista que TELMEX ya había sido advertido por CARACOL de que no estaba actuando bajo ninguna de las excepciones consagradas en el ordenamiento jurídico y que, en consecuencia, requería de su autorización previa para la emisión de sus imágenes; sin embargo, TELMEX, hizo caso omiso a dicho requerimiento con el único fin de no reconocer la contraprestación a la que tenía derecho CARACOL, como titular de los derechos conexos.

III. CONCLUSIONES

Con el fin de ofrecerle una mejor comprensión del asunto a la H. Magistrada Sustanciadora, lo expuesto en las páginas precedentes, puede sintetizarse en los siguientes quince (15) puntos:

1. CARACOL es un organismo de radiodifusión que, por la Decisión Andina 351 de 1993, dispone de derechos exclusivos de autorizar o prohibir la fijación y retransmisión de sus emisiones de radiodifusión.
2. Las Decisiones andinas tienen prevalencia sobre las normas internas conforme a lo establecido en el tratado de creación del TJCAN del 69 arts. 2, 3 y 4 (Ley 8/73).
3. Las limitaciones y excepciones a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión están en el artículo 178⁹ de la ley 23 de 1982 y aunque son aplicables a derecho de información o citas de breves extractos de emisiones, estos usos solo son permitidos en cuanto sean para estos fines y no causen un perjuicio al titular, es decir, a CARACOL.
4. TELMEX es operador de T.V. por suscripción, que ofrece en su parrilla canales como el canal VERSUS y el programa loca pasión es un magazín de actualidad y opinión sobre el deporte mundial y colombiano. Nunca es un medio informativo como un noticiero, que es a lo que se refiere las limitaciones y excepciones a los derechos conexos de CARACOL, pues el derecho de información siempre se garantizó. De hecho, todos pudimos ver por los canales nacionales los partidos en VIVO Y EN DIRECTO sin cobrarle dinero a los televidentes. En cambio, los cableoperadores como TELMEX sí determinan un precio mensual a pagar para ver los canales de su parrilla, incluido el de CARACOL.

⁹ Ley 23 de 1982. Art 178. No son aplicables los artículos anteriores de la presente ley cuando los actos a que se refieren estos artículos tienen por objeto:

1. a) El uso privado;
2. b) Informar sobre sucesos de actualidad, a condición de que solo se haga uso de breves fragmentos de una interpretación o ejecución, de un fonograma o de una emisión de radiodifusión;
3. c) La utilización hecha únicamente con fines de enseñanza, o de investigación científica; y
4. d) Hacer citaciones en forma de breves fragmentos de una interpretación o ejecución de un fonograma o de una emisión de radiodifusión, siempre que tales citaciones estén conformes con las buenas costumbres y estén justificadas por fines informativos.

5. TELMEX, en su programa Loca Pasión, del canal VERSUS, emitido el catorce (14) de enero de dos mil catorce (2014), utilizó imágenes de propiedad de CARACOL, para lo cual, previamente, fijó las emisiones de CARACOL.
6. Cometió un error protuberante el juez de primera instancia al considerar que todo lo que tenga que ver con la Selección Colombia siempre será un hecho o acontecimiento de actualidad y un hecho noticioso. Esa no era la intención de la ley.
7. Como en efecto se manifestó en la sentencia de primera instancia anulada, cuando se habla del concepto de ACTUALIDAD, según la Real Academia de la Lengua, se refiere a: "1.f. Tiempo presente. 2.f. Cosa o suceso que atrae u ocupa la atención del común de las gentes en un momento dado! Y PRESENTE. A su turno el diccionario de Maria Moliner lo define así: "De lo que se habla ahora. Novedad que interesa a la gente". Y, ACTUAL: que se produce o sucede en el presente. De lo que se habla ahora". Parece elemental e insignificante traer a colación una definición tan obvia, pero claramente va en contravía de la curiosa y absurda interpretación del Juez, pues, para él, la ACTUALIDAD es permanente y en consecuencia, siempre cualquier persona puede utilizar contenidos ajenos y en cualquier tiempo, si aún se sigue hablando del tema. En el presente caso, el programa LOCA PASIÓN ni es un noticiero que informe sobre hechos de actualidad y mucho menos, una emisión utilizada en un programa de opinión deportiva.
8. Extender el concepto "actualidad" a la manera particular en que lo hizo el juez, es abiertamente violatorio de la ley. Tal como lo ha dicho la Corte Constitucional: "El vocablo adaptar no significa ni modificar ni expedir, ni mucho menos "interpretar, reformar y derogar las leyes", pues no es ese su sentido natural y obvio. Como lo ordena el artículo 28 del Código Civil, "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; . . .".¹⁰
9. Cuatro (4) meses después de haberse transmitido los partidos de la eliminatoria, nunca pueden considerarse como de actualidad.
10. Como complemento de lo anterior, si el uso objeto de la demanda no puede considerarse de actualidad y, por ende, no se hizo en ejercicio del derecho de información y de cita, mucho menos puede decirse que, tal forma de utilización es una limitación y excepción a la que se refiere el artículo 178 de la ley 23 de 1982 en sus literales b) y d). Nadie desconoce la pasión y vigencia de la selección Colombia, pero ello no es excusa para vulnerar derechos exclusivos de CARACOL en reproducción y retransmisión. De aceptarse tan peregrina interpretación del concepto de actualidad, sería tanto como considerar que CARACOL pagó ese dinero sin posibilidad de retorno alguno, pues todos podrían utilizar dicho argumento para utilizar imágenes de dichos partidos sin contar con la previa y expresa autorización.
11. Pero, en gracia de discusión que pudieren aplicarse dichas limitaciones, éstas solo tendrán aplicación plena en tanto y en cuanto afecten los intereses del titular y claramente aquí se vio vulnerado ante un uso abusivo, que a CARACOL le costó más de USD 40 millones de dólares.
12. Como se manifestó en la sentencia anulada del Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, el magazín LOCA PASIÓN no informó sobre un suceso de actualidad. Lo que hizo fue una recordación del mismo.
13. Tan ello es así que los testigos de la parte demandada manifestaron en su testimonio: "Jorge Enrique Concha a la 1 hora y 11 minutos de la audiencia del 10 de julio del 2018: " en diciembre todos los medios de comunicación hacen el resumen de todo lo que pasó durante el año, en momentos de bajo rating", y lo recaba el testigo Jaime Soto a las 2 horas y 2 minutos de la referida audiencia: " esos resúmenes de fin de año, esos magazines anuales reviven el interés noticioso..... como dijo la señora juez 34 Civil del Circuito de Bogotá, ¿cómo puede ser un hecho noticioso en un momento de inicio de año que nadie ve televisión?"

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C- 391 de 1996. MP Jorge Arango Mejía. Agosto 23 de 1996.

14. La decisión de incluir pretensiones meramente declarativas en una demanda, es una decisión que compete única y exclusivamente a la parte demandante y a su apoderado; el hecho de no solicitar condenas pecuniarias no puede ser usado por el juez al momento de construir una sentencia como una presunción o un indicio en contra de la Demandante.
15. La expresión "*Cortesía de Caracol*" no obedeció a un acto de colegaje y de costumbre en el medio, como lo expresó el testigo Jaime Soto. En realidad, no fue más que una falacia mediante la cual se pretendió dar apariencia de legalidad al uso no autorizado que realizó TELMEX, a pesar de que CARACOL ya le había hecho la advertencia correspondiente, con lo cual quedó en evidencia la mala fe de aquél en la conducta desplegada.

IV. SOLICITUD

En virtud de las consideraciones que han quedado expuestas, y de los argumentos de hecho y de derecho en que se fundamentan, respetuosamente solicito al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. **REVOCAR** la Sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Civil del Circuito de Bogotá, el catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020) y, en su lugar, **ACEDER** a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

De los señores magistrados, con toda atención y respeto,



FELIPE RUBIO TORRES

JAIME FELIPE RUBIO TORRES
C.C. No.: 79.174.179 de Bogotá D.C.
T.P. No.: 55.172 del C. S. de la J.



Doctora

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

Honorable Magistrada-Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil
Bogotá D.C.

Ref: Radicado N°11001310304520170022901

Clase de Proceso: Verbal

Actor: **JORGE HILARIO ESTUPIÑAN CARVAJAL Y OTROS**

Ddo: **RADIO CADENA NACIONAL S.A.S. Y OTRO**

LUIS ARTURO VICTORIA, actuando como apoderado de la parte actora dentro del proceso citado en la referencia; con todo respeto solicito a su señoría que tenga por sustentado el Recurso de Apelación con el memorial enviado vía correo electrónico al Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá, el cual figura radicado 9 de agosto de 2020, todo a lo cual en forma expresa me ratifico.

Igualmente adjunto constancia del envío del Recurso de Apelación realizado a los apoderados de los demandados, en cumplimiento de lo prescrito en el Decreto 806 de 2020.

Lo anterior para que sea tenido en cuenta por su despacho.

Respetuosamente;

LUIS ARTURO VICTORIA
C.C. 19.186.979 de Bogotá
T.P. 37:930 del C.S. de la J.

Anexo lo enunciado.

Envío Recurso de Apelación de acuerdo al Decreto 806 de 2020

De: Luis Arturo Victoria (lav24_52@yahoo.es)

Para: williamguerrarusi@yahoo.es; bejaranoguzman@hotmail.com; notificaciones@bejaranoguzmanabogados.com

Fecha: jueves, 3 de septiembre de 2020 13:46 GMT-5

De manera atenta me permito remitir Recurso de Apelación de acuerdo al Decreto 806 de 2020.

Luis Arturo Victoria

 SUSTENTACION RECURSO APELACION CORONEL ESTUPIÑAN.pdf
6.1MB

Doctor
IVAN DARÍO ZULUAGA CARDONA
H. Magistrado Sala 007 Civil
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá DC.

REFERENCIA: ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO
RADICADO: 11001319900320190076202
DEMANDANTE: BENJAMIN MONTENEGRO TORRES
DEMANDADO: COMPAÑÍA DE SEGUROS COLMENA S.A.

ALEJANDRO VALDERRAMA SÁNCHEZ, abogado titulado en ejercicio, con TP. 281719 del Consejo Superior de la Judicatura e identificado con la c.c. No. 19.354.796 de Bogotá DC., actuando como apoderado especial del demandante, encontrándome dentro del término legal para ello, me permito sustentar el recurso de apelación, presentado contra la sentencia proferida por la Delegada para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en audiencia celebrada el día 29 de mayo de 2020.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Debo empezar por advertir vulneración del derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 CN), entre otros derechos constitucionales que le asisten a mi mandante, en tanto que, desde la audiencia inicial (Art. 372 CGP), este apoderado presentó inconformidad ante la Delegatura por la manera irregular como se incorporó al proceso el concepto médico contratado y aportado por la pasiva con la contestación de la demanda;

Concepto médico: **"PREEXISTENCIAS GRAVES NO DECLARADAS EN RELACIÓN CAUSAL CON SU RECLAMO. MEDICAMENTE NO PORCEDE (SIC). NOTA: DE HABERSE CONOCIDO SUS ANTECEDENTES AL MOMENTO DE LA SUSCRIPCIÓN, MEDICAMENTE EL RIESGO HUBIESE SIDO RECHAZADO"**, rendido por Juan Pablo Merizalde Price, contratado por la aseguradora, "fecha evaluación: 19/02/2018" (no se conocen entre sí, jamás evaluó al demandante); mismo en el cual, la Delegatura fincó su decisión para negar las pretensiones de la demanda.

Dice el Art. 226 del CGP., "La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos... Todo dictamen se rendirá por un perito...", manera procedente como debió incorporarse la prueba.

La misma regla, agrega: "... El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones...".

Así, el Art. 227 de la misma codificación, dice: "Dictamen aportado por una de las partes. La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la

parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda... El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado (Subrayo).

A su turno, el Art. 228, dice: "Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento...".

Honorables Magistrados, como se puede apreciar, el concepto médico, contratado y aportado por la aseguradora con la contestación de la demanda, no nos fue trasladado para tener el legítimo derecho de contrarrestarlo; es decir, no se incorporó al proceso con apego a ley procesal civil, y, la falladora le dio valor probatorio al momento de emitir la decisión impugnada -sin haber sido sometida a contradicción-.

Por su parte, el Art. 243 del CGP., dice: "Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías..."; en esta lista no aparece el "concepto médico" como documento para ser aportado al proceso sin más ni más, es decir, sin el cumplimiento de las normas señaladas

Es por lo que, desde la audiencia inicial misma, presenté las inconformidades, como lo mencioné líneas atrás, empleando los respectivos recursos de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto que decretó pruebas. Concedido el recurso de apelación, el H. Tribunal lo rechazó por no encontrarse taxativamente enlistado tal y como aparece en el plenario.

"Preexistencias graves no declaradas en relación causal con su reclamo", afirma la persona que rindió el concepto médico, y agrega: "De haberse conocido sus antecedentes al momento de la suscripción, medicamente el riesgo hubiese sido rechazado", cuando la realidad fáctica nos informa que en verdad el demandante y consumidor financiero sí informó al agente vendedor -de género masculino- los padecimientos de que venía sufriendo; afirmaciones contenidas en un concepto médico contratado y aportado por la aseguradora que bien pudieron haber sido desmentidas y, seguramente el resultado hubiese sido diferente.

Es obvio, Honorables Magistrados, que el concepto médico (científico) contratado por la compañía accionada resulte a su favor no podría esperarse de otra manera, sin que tenga la contraparte la oportunidad legal de aportar otro para contrarrestarlo y/o poder interrogar al perito. Lo cual, como ya se dijo, viola flagrantemente el postulado superior.

Sin embargo, la falladora se apoyó en esta prueba para negar las pretensiones de la demanda, lo cual, como se explicó, **vulnera el derecho fundamental al debido proceso**, entre otros derechos constitucionales que le asisten a mi mandante.

Por otra parte, reiteradamente se ha enfatizado que al demandante lo atendió una persona de sexo masculino, no una mujer. Aun cuando el nombre de la testigo aparece en el certificado de seguro de vida. Obsérvese que allí se lee: "**Efectuado por:** D0A9BOR6 -DIANA PAOLA AREVALO BARRAGAN": significa: "*cumplirse, hacerse efectivo*" según el diccionario de la Real Academia Española;

Ahora, "**Elaborado por...**", significa: trabajado y hecho con cuidado y atención, según el diccionario de la Real Academia Española.

Quiero significar con lo anterior que son dos cosas distintas. Una cosa es, hacer cumplir una orden (**Efectuado por...**), el caso de la señora Diana Arévalo; y otra muy distinta es trabajado y hecho con cuidado y atención (**Elaborado por...**), el caso del agente vendedor de seguros (de género masculino) que atendió y recibió toda la información del demandante (el 27 de enero de 2017), información, entre ella, las afecciones que tenía para ese momento e incluso de los medicamentos que venía tomando; agente vendedor de quien ignoramos su nombre, pero que el demandante sí lo reconoce perfectamente.

Esta persona aún trabaja en el Banco Caja Social, Sucursal del Barrio Patio Bonito de Bogotá. Allí lo ha visto las veces que ha ido a la entidad financiera. Y, no fue este, me refiero al agente vendedor de seguros, quien rindió la declaración ordenada de oficio por la Delegatura, sino que, a la diligencia se presentó una persona de género femenino, que por lo que manifiesta en su declaración y lectura que se hace de la póliza, es la que impartía órdenes -para entonces-, 27 de enero de 2017, fecha de suscripción de la póliza de seguro de vida Grupo Protección Creciente.

Recordemos que la prueba testimonial no fue solicitada por la pasiva; esta fue decretada de oficio por la Delegatura, en la misma se cita al agente vendedor de seguros que atendió al demandante el día que se suscribió la póliza de seguro de vida, es decir, en el decreto de la prueba oficiosa no se mencionó nombres, la aseguradora tampoco aportó el nombre específico de quien iba a declarar.

La declaración de la señora Diana Paola Arévalo, como se puede apreciar, se refirió en términos genéricos; es decir, no se refirió al demandante específicamente.

En voces del artículo 221 del CGP., "**ARTÍCULO 221. PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO.** La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: 1... 2. A continuación el juez informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto conozca o le conste sobre los mismos. Cumplido lo anterior continuará interrogándolo para precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos y obtener del testigo un informe espontáneo sobre ellos. 3. El juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance... "(las subrayas se encuentran por fuera del texto original).

RAZONES POR LAS QUE PIERDE FUERZA PROBATORIA LA DECLARACION DE LA SEÑORA DIANA AREVALO; DE PASO DECIRLO: LA MISMA TESTIGO MANIFIESTO NO RECONOCER AL DEMANDANTE CUANDO SE LE PRESENTÓ EL DÍA DE LA AUDIENCIA.

En otro orden de ideas, el demandante en ninguna parte del Interrogatorio absuelto en la audiencia inicial manifestó haber estado bien de salud para el mes de ENERO DE 2017, época de celebración del contrato de seguro, como erróneamente lo refiere la sentencia impugnada; Honorables Magistrados, escuchen, esto dijo la falladora: "... bajo la gravedad del juramento, el señor Benjamín Montenegro Torres, sostuvo a esta Delegatura en la pasada diligencia, que el 27 de enero de 2017 que estaba bien de salud, cuando le fue preguntado..." (**a partir del 0:20:08, aprox. del inicio del audio/video**). Eso no fue lo que dijo el demandante. Repito, estas afirmaciones que no guardan correspondencia con lo que realmente dijo el demandante, se encuentran en las consideraciones como sustento para proferir la sentencia impugnada.

Para corroborarlo, obsérvese las respuestas que dio el demandante, desde el principio, cuando dice que le informó al vendedor del seguro que (**a partir del 15:30 aprox. del inicio del audio de la audiencia inicial**) "... el asesor me preguntó cuando empezamos a diligenciar el seguro que yo de qué enfermedades padecía, y yo le dije que estaba que tenía unos chequeos médicos del 2015 y 2016 por psiquiatría, por baja depresión (sic); cervical también le reporté...", lo cual resulta contrario e incongruente con la sentencia impugnada mediante la cual declaró probada la excepción de nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia, por cuanto, repito, el demandante no dijo que estaba bien de salud para enero de 2017; todo lo contrario, le informó al agente vendedor de sus enfermedades preexistentes al momento de ser interrogado por éste.

Honorables Magistrados, no cabe duda de que, el señor Montenegro Torres fue lo suficientemente sincero y honesto no solamente con el agente vendedor del seguro cuando le manifestó de sus enfermedades que tenía para la fecha de celebración del contrato, sino también dentro de la diligencia de Interrogatorio de Parte; repito, contrario a lo consignado por la Delegatura.

Frente a la actividad laboral que desarrollaba el demandante para la época de celebración del contrato y hasta el acaecido el siniestro, no es de alto riesgo, como erróneamente lo refiere la Delegatura en la sentencia impugnada, pues dentro de las pruebas obrantes: "operador de maquinaria pesada, buldócer", no está excluida dentro de las que taxativamente tiene relacionadas la aseguradora para adquirir este tipo de seguro. Esta cláusula resulta ambigua o vaga que a la postre favorece al beneficiario del seguro de vida Grupo Protección Creciente.

Seguidamente, para que pueda hablarse de reticencia, es necesario probar la mala fe del tomador o asegurado, condición que no fue demostrada por la compañía accionada.

Basta con mirar el "Ofrecimiento de Póliza Protección Creciente" de la demandada. **Beneficios:** - La póliza es en UVR que crece diariamente... – **No se requieren exámenes médicos previos.** Frente a lo cual se refleja por parte de la aseguradora, eso sí, **mala fe**; entonces en ese caso la declaración de asegurabilidad no tendría ninguna razón de ser, porque si la misma aseguradora ofrece, con el fin de capturar clientes, que "**no se requieren exámenes médicos previos**", nos encontraríamos frente a la existencia de cláusulas ambiguas o vagas que a la postre favorecen al demandante.

Luego entonces, si el demandante fue lo suficientemente sincero y honesto con el agente vendedor al momento de adquirir el seguro, al informarle de sus enfermedades previas: **Trastorno Disco Cervical; Trastorno Disco Lumbar; Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión**, mismas que por sí solas, no derivaron en su actual condición de salud y que le implicó la pérdida de su capacidad laboral en un 58.65%, lo que tuvo ocurrencia bajo la vigencia del seguro, de manera alguna se puede afirmar nulidad relativa del contrato de seguro.

Se rompe el nexo de causalidad entre las enfermedades preexistentes: **Trastorno Disco Cervical; Trastorno Disco Lumbar; Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión**, esto es para la fecha de celebración del contrato de seguro, y, las patologías que finalmente dieron lugar a la calificación de pérdida de capacidad laboral del señor BENJAMIN MONTENEGRO TORRES: **Manguito Rotador; Poliartrosis; Túnel del Carpo severo Bilateral; Hipoacusia.**

Finalmente, las sentencias de la Corte Constitucional en sede de revisión si bien tienen efectos inter partes lo es también que cuando emite sus providencias de amparo lo hace para proteger derechos de todos los afectados por la misma situación de hecho o de derecho en condiciones de igualdad.

Es por lo que resulta procedente, para este caso, aplicar la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para desatar la impugnación presentada contra la sentencia proferida por la Delegatura de la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro del presente proceso de Protección al Consumidor Financiero.

PETICIONES

Sírvanse, Honorables Magistrados, REVOCAR la sentencia proferida el día 29 de mayo de 2020, por la Delegatura de la Superintendencia Financiera de Colombia, y, en su lugar,

Se obligue a COLMENA SEGUROS S.A. a cumplir y honrar el contrato de seguro de vida grupo protección creciente conforme a las pretensiones esgrimidas en la demanda.

PRUEBAS

Las que obran en el plenario.

Abundante Jurisprudencia de los órganos de cierre Constitucional y Ordinaria.

NOTIFICACIONES.

El demandante recibe notificaciones en la Carrera 88 D No. 52 B-23 Sur, Barrio Bosa Brasil de Bogotá DC. Cel. 3176462969. Correo electrónico: benjaminm45@hotmail.com

El suscrito apoderado del demandante, recibe notificaciones en la Carrera 88 C Sur No. 54-21, 2do. Piso, Barrio Bosa Brasil de Bogotá DC. Cel. 3143208345. Teléfono fijo: 9070591. Correo electrónico: solucionesjuridicas259@hotmail.com

La aseguradora en la dirección que aparece registrada en el expediente.

Cordialmente,



ALEJANDRO VALDERRAMA SÁNCHEZ
TP. 281719 del C. S. de la Judicatura
CC. 19.354.796 de Bogotá DC.

Señor Magistrado
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala Civil de Decisión
E. S. D.

Referencia: Proceso 11001310303320130072201- Ordinario
Demandantes: **CARMEN ARIELA NIÑO SANTAMARÍA** y otros
Demandados: **NUEVA EPS S.A. y CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM**
Asunto: Recurso de reposición y subsidiario de queja

FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIÉRREZ, abogado inscrito, obrando en mi condición de apoderado de la parte demandante dentro del proceso citado en la referencia, de manera respetuosa me dirijo a Ustedes a fin de manifestarles que mediante el presente escrito interpongo **RECURSO DE REPOSICIÓN y subsidiario de queja** contra el auto de septiembre 7 de 2020, notificado por estado en septiembre 8, mediante el cual se niega la concesión del recurso de casación presentado contra la sentencia de julio 30 de 2020 proferida por la Sala.

Fundamento mi recurso en las siguientes consideraciones de orden legal:

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

“Destacado lo anterior y dado que el litisconsorcio existente en el extremo demandante es de carácter facultativo “puesto que los sujetos que conforman la parte accionante decidieron reclamar voluntariamente en una misma demanda pretensiones que jurídicamente son diferenciables para cada uno de ellos, y que en tal virtud era posible invocar por separado en otro proceso”, para

efectos de sentar el interés para recurrir en casación, serán tenidos en cuenta los elementos de juicio que obran en el expediente, "valorando, en particular, [...] el agravio de cada uno de ellos de manera individual para determinar el justiprecio a fin de establecer la viabilidad de la impugnación extraordinaria, en cuanto al interés económico necesario, sin perjuicio, claro está, de que satisfecho el baremo para cada uno de los impugnantes se habilite la viabilidad del remedio para los otros, aspecto calificado en el precepto 338 del Código General del Proceso ...

...

En este orden de ideas, advierte el Tribunal que al tomar el mayor valor de los guarismos contenidos en las pretensiones, esto es, el correspondiente a la señora Carmen Ariela Niño Santamaría e indexarlo a la fecha de proferimiento de la sentencia con el último IPC reportado por el DANE, esto del mes de julio de 2020 -arroja como resultado la suma de \$ 229.950.863-, ,suma por la que no es posible abrir paso la censura extraordinaria por cuanto la misma no supera el tope establecido por el legislador para ello.

SE CONSIDERA

Considero que la interpretación de la norma para la negación de la concesión del recurso, en este caso, no es la que se encuentra conforme con el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, pues ella resulta aplicable para la redacción que la norma tenía en el artículo 366 del C. de P.C., como fue modificado por la ley 592 de 2000, que es totalmente diferente a la contenida en el artículo 338 del C.G.P.

En efecto, si la parte que recurre en casación está integrada por varias personas, como en el presente caso, pero solo una de ellas

recurre en casación, puede ella tomar en consideración la cuantía de las pretensiones de las restantes que no recurrieron en casación para determinar la cuantía del interés para recurrir.

Situación diferente se presenta cuando todas las personas integrantes de la parte recurren en casación, en cuyo caso sí debe sumarse el importe de sus pretensiones para determinar la cuantía del interés para recurrir.

Es lo que dispone el artículo 338 del C.G.P. al preceptuar:

“Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución actual **al recurrente** sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 smlmv) ... Cuando respecto de un recurrente se cumplan las condiciones para impugnar una sentencia, se concederá la casación interpuesta por otro litigante, aunque el valor del interés de éste fuere insuficiente. En dicho evento y para todos los efectos a que haya lugar, los dos recursos se considerarán autónomos”.

De acuerdo con la redacción de la norma citada, se exige que el valor de la resolución desfavorable al recurrente (en este caso los demandantes **CARMEN ARIELA NIÑO SANTAMARÍA, DANIELA CATALINA BAREÑO NIÑO; GILMA ESPERANZA BAREÑO HURTADO, PAULA ANDREA ROZO BAREÑO, MARIANA ROZO BAREÑO; JASON OSWALDO RIVERA BAREÑO, MAURICIO BAREÑO HURTADO, MIGUEL ESTEBAN BAREÑO BORDA, LAURA DANIELA BAREÑO SOSA, MÓNICA PATRICIA BAREÑO NIÑO, SARA GABRIELA SOTELO BAREÑO, SAMUEL NICOLÁS MARRUGO BAREÑO y ERIKA NATALIA BAREÑO NIÑO**), sea superior al equivalente a 1000 smlvm, que se supera con amplitud, pues cada uno de ellos fue recurrente, sin importar su condición de litisconsorte facultativo dentro de la demanda. Nótese que la disposición utiliza la locución “recurrente”, no parte o persona integrante de la parte, razón por la cual cada uno de los citados es recurrente en casación y por ende las pretensiones de cada uno de

ellos debe sumarse para efectos de determinar la cuantía del interés para recurrir, sin importar la condición de litisconsorte facultativo mediante la que actúa en el proceso.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

“De otro lado, de tener en cuenta las pretensiones elevadas en la demanda tendientes a que se reconocieran para cada uno de los demandantes las sumas de cien o cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de "perjuicios morales", valga recordar que invariablemente la jurisprudencia ha afirmado que esta ponderación "se encuentra deferida al arbitrium iudicis, es decir, al recto criterio del fallador, sistema que por consecuencia viene a ser el adecuado para su tasación", aspecto al que se le ha otorgado un tratamiento especial por cuanto "se trata de agravios que recaen sobre intereses, bienes o derechos que por su naturaleza extrapatrimonial o inmaterial resultan inasibles e inconmensurables." por lo que no es dable que se adopte la tasación pretendida para efectos de determinar la procedencia del recurso extraordinario pues este no puede "[...] ser estimado por el demandante o considerado por el sentenciador de segundo grado, de manera incondicional, para efectos del interés aludido”.

SE CONSIDERA

Si bien el daño moral está sujeto al arbitrio judicial, ello no significa que el operador judicial pueda apartarse de las condiciones demostradas en cada juicio para modular su importe. No creo estar alejado de la realidad cuando solicito en la demanda una indemnización por perjuicios morales para la compañera y los hijos de la víctima directa en una suma equivalente a 100 smlmv, cuando esa es la suma generalmente determinada por la jurisprudencia para el perjuicio moral que sufre un compañero por el fallecimiento de su

compañero y para los hijos por el fallecimiento de su padre, y de cincuenta salarios mínimos como perjuicios morales para los nietos por el fallecimiento de su abuelo, que de igual forma es el límite usualmente determinado por la jurisprudencia en estos casos.

Como se observa, las pretensiones de la demanda se circunscriben con rigor a los límites jurisprudenciales.

Sea en este momento pertinente reiterar que lo sostenido en este recurso se encuentra sustentado en lo decidido por la H. Corte Suprema de Justicia en providencia AC8806-2017 de diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) dentro del expediente 11001-02-03-000-2017-01627-00, que se remitió con el escrito mediante el cual se interpuso el recurso y que no se tuvo en cuenta al proferir la decisión impugnada.

Sobre la base de lo expuesto, entonces, considero que en el presente asunto se cumple con suficiencia el requisito de contar con el interés para recurrir, razón por la cual comedidamente solicito la revocatoria de la providencia impugnada, concediendo en su lugar el recurso de casación presentado oportunamente.

Señor Magistrado,

 Firmado digitalmente por FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIERREZ
Fecha: 2020.09.08 15:31:44 -05'00'

FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIÉRREZ
C.C. 16.655.712 de Cali
T.P. 55.660 del C.S. de la J.