

Honorables Magistrados  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA CIVIL**  
**M.P. Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA**  
E. S. D.

Ref.: Proceso Declarativo  
Radicado: 1100131030 37 2018-00847-01  
Demandante: MARIA CLARA LOZANO ORTIZ DE ZARATE  
Demandado: SEGUROS DEL ESTADO S.A  
Llamado en garantía: OSCAR IVAN RODRIGUEZ ACERO  
Asunto: Sustentación recurso de Apelación sentencia

NELSON OLMOS SANCHEZ, actuando como apoderado de la demandada SEGUROS DEL ESTADO S.A., procedo dentro del termino establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a sustentar el Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juez 37 Civil del Circuito de Bogotá, notificada por estado de fecha 14 de diciembre de 2020.

Busca el presente recurso que se revoque la decisión por el superior, respecto de los reparos concretos que se dieron a conocer ante el A'quo.

El presente memorial se presenta dentro del término fijado en la norma procesal, habiéndose notificado por estado del 30 de abril de 2021, corriendo el traslado de 5 días hasta el viernes 7 de mayo de 2021.

Como se manifestó en el escrito de motivos de inconformidad contra la sentencia, ante el Juez de primera instancia, en le cual se expusieron de una vez argumentos de sustentación del recurso de apelación, en el fallo atacado se despacharon de forma desfavorable las excepciones propuestas por la demandada SEGUROS DEL ESTADO S.A., señalando que no se presentó una modificación fundamental en el objeto asegurado que fueran de tal magnitud que agravara el estado del riesgo, lo que contraviene las pruebas obrantes en el proceso, tanto declarativas, como documentales.

SEGUROS DEL ESTADO S.A. al analizar la reclamación hecha por la señora MARIA CLARA LOZANO, procedió a objetarla de forma seria y fundamentada, indicando de forma precisa las razones de su decisión, las que paso a mencionar:

- El pago del anticipo se hizo de manera fragmentada
- El primer desembolso se efectuó sin haber iniciado la cobertura de la póliza

- Se pactaron 4 abonos que debían cancelarse según avance de obra, se hicieron en total 15 pagos, de los cuales la tercera parte, es decir 5 de esos pagos se hicieron luego de vencido e incumplido el contrato.
- Se realizaron pagos a trabajadores y proveedores por la suma de \$28.607.520 contrario a lo pactado en el contrato.
- Los pagos que manifiesta la reclamante se hicieron a trabajadores y proveedores se hicieron con posterioridad al vencimiento del contrato y habiendo finalizado la vigencia de las coberturas el amparo de cumplimiento.
- El cuarto y último abono, debía realizarse contra entrega a satisfacción de las obras, pero se canceló sin cumplirse la condición establecida en el contrato garantizado.
- El contratista continuo ejecutando el contrato hasta enero de 2017, bajo la aquiescencia del asegurado, sin notificar de dicha circunstancia a la Aseguradora.
- Vencido el plazo contractual y luego de incumplido el contrato, la asegurada no informó a la aseguradora de esta situación, reportando o dando aviso del siniestro hasta el 24/02/2017, es decir, 9 meses después de ocurrido el presunto siniestro.

Estas modificaciones fueron corroboradas con las pruebas recaudadas, sin que fueran desvirtuadas por la demandante, quien por el contrario en su declaración confirmó la ampliación del plazo, la forma de pago, la ejecución de obras adicionales modificando los planos, los pagos y ejecución de obras luego de terminada la fecha pactada en el contrato de obra.

### **Modificación de las condiciones contractuales no informadas a la aseguradora**

La demandante celebró contrato de obra con los señores Oscar Ivan Acero y Alejandro Fernandez, con fecha de inicio el 30 de noviembre de 2015 y un plazo de 6 meses que terminó el 30 de mayo de 2016, conforme aparece pactado en la cláusula octava del contrato que señala:

“TERMINOS Y PLAZOS DE ENTREGA: LOS CONTRATISTAS se obligan para con la CONTRATANTE a realizar las obras objeto del presente contrato en un tiempo máximo estimado de seis (6) meses, contados a partir del 30 de noviembre de 2015 y hasta el 30 de mayo de 2016...”

Se suscribió entre la contratante y el señor Oscar Ivan Acero, otro sí, en el cual modificó la cláusula decimotercera, denominada pólizas, allí se estableció la fecha de vigencia de los amparos, que ratifica la fecha de inicio del contrato, esto es, 30 de noviembre de 2015, indicando los amparos que debía contener el contrato de seguro, así como el monto asegurado y la vigencia de cada amparo, igual al termino de duración del contrato y 3 meses más en el caso del amparo de cumplimiento.

Es decir, los contratantes tenían plena claridad sobre el plazo contractual, el cual se extendió durante 6 meses, y así lo informaron a la aseguradora, sin consideraciones adicionales como tiempo estimado, el plazo fue definido sin condiciones.

Este fue el plazo contractual presentado a la aseguradora para la expedición de la póliza No. 62-45-101006025.

En dicho contrato de obra, se estipulo igualmente el valor del contrato y la forma de pago, que seria en cuotas, con una suma inicial señalada como anticipo denominado primer abono por la suma de \$123.386.628,40 previsto su pago para el inicio de la obra.

El objeto del litigio se centra en la afectación de la póliza, ante la decisión de la parte demandante de tener como sujeto procesal de la pasiva exclusivamente a la aseguradora, dejando de lado a sus contratistas, por ello debiendo concentrarnos en el contrato de seguro, los amparos que se acordaron por las partes y que se pactaron en la póliza.

El amparo de anticipo, no fue objeto de reclamación, al considerarse debidamente amortizado en el porcentaje de obra ejecutado por los contratistas.

El amparo de cumplimiento, objeto de reclamación por la suma de \$90.000.000, objetado por la aseguradora por las razones ya señaladas de forma puntual al inicio de este memorial. En ejecución del contrato, las partes MARÍA CLARA LOZANO y los contratistas de común acuerdo modificaron las condiciones del contrato, tanto en plazo, ampliándolo a más del doble del inicialmente pactado, así mismo en la forma de pago, los requisitos para la entrega de los abonos, las cuotas pactadas, pagos a terceros, sin informar de esto a la aseguradora.

Al acordarse unas condiciones distintas para el cumplimiento de las obligaciones pactadas inicialmente en el contrato forma de pago y plazo, sin la notificación exigida en la ley, se generan los efectos previstos en el artículo 1060 del Código de Comercio.

Esta modificación del plazo, por un periodo mayor que el inicialmente pactado, con reformas de planos, obras adicionales, tal y como se desprende de las declaraciones recibidas, con pagos de avance de obra estando vencido el plazo contractual, constituyen modificaciones sustanciales, permitiendo la contratante y asegurada, que se continuara ejecutando la obra pagando de acuerdo al avance de las mismas, sin que se presentará reclamación o sanción alguna frente al contratista, esto es, aceptando esa ampliación del plazo, con los efectos legales que ello conlleva.

Igualmente es preciso tener en cuenta que entre las facultades y derechos que tenia la Contratante, estableciendo en la clausula 17ª, que deberá:

“1) Verificar el cumplimiento del objeto del presente contrato.

2) Hacer los pagos a los contratistas previa presentación de la factura o cuenta de cobro por parte de estos, de conformidad con los avances de obra.

(...)”

En caso de no cumplir con las tareas acordadas para cada corte de obra, podrá considerarse incumplido el contrato.”

En caso de no cumplir con las tareas acordadas para cada corte de obra, podrá considerarse incumplido el contrato y la contratante debía abstenerse de hacer los pagos, lo que no sucedió en este caso, en el cual la demandante procedió a pagar a los contratistas, sin observación o glosa alguna a las facturas o cuentas de cobro, y varios de estos pagos los hizo luego de terminado el plazo pactado en el contrato de obra.

La demandante afirmó que los pagos se fueron realizando conforme a los avances de obra, por lo tanto era su deber verificar que se ajustaran las obras a los planos entregados inicialmente, como la tendida de redes, asunto que puede constatarse con la simple observación, reitero, sin que obre en el proceso reclamación u observación alguna a las facturas presentadas por la parte contratista.

Es preciso igualmente que se tenga en cuenta por el Honorable Tribunal, que el contrato fue suscrito por dos personas naturales, quienes se obligaron a ejecutar las obras, dividiéndose el trabajo, sin que el tomador de la póliza se encargara del total de la obra, realizándose la parte técnica -de la que se alega incumplimiento- por parte de quien no figura como parte en el contrato de seguro.

Estas modificaciones en el contrato de obra, con ejecución de parte de ellas una vez expirado la fecha pactada para su terminación, es innegable que altera el estado del riesgo.

En la sentencia de primera instancia, el operador jurídico señala que el hecho de continuar las obras posterior a la terminación del plazo contractual, no implica una modificación del contrato, considerando que se trató de un intento de finalización de las obras en mora, como si ello cambiara el hecho de haberse modificado el plazo, reiterando que no existe una reclamación o aplicación del clausulado del contrato previsto para el incumplimiento por mora en la ejecución de las actividades pactadas. Es decir, se trató de una modificación aceptada por las partes.

En el fallo se conviene en que la obra continuó ejecutándose, con actividades de los contratistas hasta enero de 2017, no obstante a renglón seguido el A'quo introduce una exigencia no contemplada en la ley, como es, la existencia de una adición u otro sí de extensión del plazo o vigencia del contrato de obra, sin que ésta se notifique a la aseguradora, para que pueda tenerse como incumplimiento a la luz del artículo 1060 del Código de Comercio.

Señala el señor Juez, que esta “situación” de extenderse el plazo mediante adición u otro sí, sin informarse a la aseguradora si hubiera configurado el incumplimiento del contrato de seguro, exonerando a la aseguradora de reconocer la indemnización.

Precisamente lo que esta demostrado a lo largo del proceso, es el acuerdo de las partes, contratante -asegurado en la póliza- y contratista -tomador del seguro-, en seguir con la ejecución de obras luego de expirar el termino pactado al 30 de mayo de 2016, ampliando el plazo del contrato de forma indefinida, o por lo menos sin conocerse documento que contenga ese otro sí o adición, recibiendo las obras la contratista, procediendo a pagar por ellas, en fechas posteriores a las establecidas en el contrato y luego de su terminación.

No pueden introducirse exigencias no previstas en la ley, como es la existencia de documentos o acuerdos entre los contratantes -que además están por fuera de la orbita del asegurador-, para de ellos poder configurar el incumplimiento del contrato de seguro. En las pruebas documentales, de las declaraciones de parte y de los testigos, de forma univoca se demuestra que el contrato de obra se extendió, luego de terminado el plazo pactado en el contrato, por más de 9 meses con los contratistas y que de ello no se informó a la aseguradora ni por el asegurado, ni por el tomador, dependiendo exclusivamente de ellos esa modificación.

Lo contrario, conllevaría que los contratistas partes en el contrato de seguro pudieran modificar a su arbitrio las condiciones contractuales, bien tácitamente o por acuerdo expreso y por el solo hecho de no extenderse otro si o adición u ocultarlo, no afectará el contrato de seguro, quedando el asegurador sin posible defensa, haciendo inaplicable el artículo 1060 del Código de Comercio.

De esta forma tenemos que esta demostrado que se extendió el plazo de vigencia del contrato de obra, sin haber sido informado oportunamente la aseguradora, agravando el estado del riesgo, lo que tiene como consecuencia, la exoneración de la indemnización a cargo de la compañía de seguros.

El tomador en el contrato de seguro, tiene la obligación de declarar sinceramente el estado del riesgo, el cual debe ser preservado durante la ejecución del contrato, por lo tanto el tomador y asegurado están obligados a notificar al asegurador cualquier hecho o circunstancia no previsible que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen la agravación del riesgo o la modificación de su identidad.

En este caso, ni la tomadora MARIA CLARA LOZANO ahora demandante, ni el contratista, dieron a conocer a la aseguradora las modificaciones que hicieron al contrato de obra, cambios que fueron importantes, por cuanto, según las declaraciones de las partes y de los testigos, así como de los documentos de pago, el incumplimiento de la ejecución de la obra, se presentó tanto en el plazo, como en las especificaciones iniciales, modificando los planos, hechos que la contratante acepto al convenir que se continuara ejecutando la obra, sin aplicar las disposiciones contractuales de multas y sanciones, lo que generaba una agravación del estado del riesgo, que debió informarse a la aseguradora.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil analizó esta situación, en sentencia de fecha 6 de julio de 2007, Exp. 00359-01 con Ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, en los siguientes terminos:

“El régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en que las nuevas circunstancias que lo alteran, aumentan la probabilidad de ocurrencia del siniestro, o de la intensidad de sus consecuencias, sin que el asegurador deba soportar esa variación por un mal entendimiento del carácter aleatorio del contrato, pues aunque es claro que asumió la contingencia de la materialización del riesgo, lo hizo sobre la base de unas específicas condiciones, de tal manera que si ellas cambian por el advenimiento de circunstancias no previsibles, en línea de principio deben cambiar las reglas que gobiernan la relación contractual, o dársele fin a ella.”

De lo que se concluye, que todos los hechos posteriores al contrato que influyan en el riesgo asegurado de forma negativa, deben ser notificados al Asegurador a efecto de que se mantenga el equilibrio económico, de lo contrario la consecuencia es la terminación del contrato de seguro como ocurre en este caso.

En sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de fecha marzo 3 de 2009, Ref.: 01682-01, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cardona, se refirió a la alteración del riesgo en un contrato de seguro, analizando si las actuaciones realizadas se hicieron para evitar la propagación del siniestro a las voces del artículo 1074 del estatuto mercantil, concluyendo que las obras extras constituyó la prolongación de la construcción, alterando el plazo de entrega y por ello modificando el riesgo, sumado a que no se suspendió el pago de las actas de obra con posterioridad a la fecha de terminación del contrato, sin casar la sentencia, quedando en firme la decisión del Tribunal de exonerar de responsabilidad a la aseguradora, Decisión de la cual procedo a transcribir lo apartes más importantes de las consideraciones de la Corte.

“El tribunal negó a la actora la indemnización reclamada por la ocurrencia del siniestro -incumplimiento del contrato de obra- asegurado por la compañía demandada, fundamentada por que, por una parte, encontró que con posterioridad a la celebración de esta última convención sobrevinieron circunstancias que modificación el estado del riesgo, sin que la asegurada hubiere cumplido con la obligación de noticiar tal situación a la aseguradora, dentro del término previsto en el artículo 1060 del estatuto mercantil; y, por la otra, por cuanto, a su juicio, el material probatorio recaudado no evidencia el incumplimiento del pacto afianzado por causas imputables al contratista.

Dedujo de la prueba testimonial que la contratista ..., en la ejecución del contrato asegurado, tuvo que acometer la construcción de obras extras, cuya

realización aparejó la prolongación en el tiempo de la terminación de la bodega materia de dicha relación contractual, lo cual alteró las condiciones allí pactadas para su cumplimiento, situación conocida plenamente por la contratante, quien se abstuvo de dar aviso a la aseguradora de la ocurrencia del siniestro y suspender los pagos conforme a lo convenido, consintiendo de esa manera en la agravación del riesgo, sin darlo a conocer a Seguros del Estado S.A.

(...)

Para quilar esas acusaciones conviene recordar que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y, por tanto, durante su vigencia debe conservarse la correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, cuya correspondencia es evaluada con la declaración precontractual que debe realizar el tomador sobre los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo...

Pues bien, a la preservación de esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo durante la vigencia de la relación contractual provee la ley, mediante el régimen de la carga de información regulado en el artículo 1060 del estatuto mercantil, conforme al cual prescribe que el asegurado o tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo, en tal virtud, deben notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan a la suscripción del seguro y que entrañen la agravación del riesgo o la variación de su identidad local, a efecto de que éste pueda ejercer la facultad allí conferida, esto es, la de revocar el contrato o exigir el reajuste del valor de la prima, La falta de notificación oportuna de una situación de esa índole produce la terminación del contrato.

La oportunidad para cumplir con la referida carga difiere, según la alteración del riesgo sea o no voluntaria, pues si depende del arbitrio del asegurado o tomador, la notificación debe hacerse con antelación no menor a diez días a la fecha de la modificación del riesgo, término suficiente para que el asegurador ejerza una de las dos opciones conferidas por el legislador; y si le es extraña a ellos debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a aquel en que la conozcan, conocimiento que, en todo caso, se presume luego de transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.”

(...)

“Si permanecen incólumes los razonamientos expuestos por el juzgador ad quem, en torno a que la ejecución de las obras extras comportó la prolongación de la construcción de la bodega, alterando el plazo convenido para su entrega y, por tanto, modificando el riesgo, resulta patente que el segundo cargo no puede

abrirse paso, en cuanto que esa conclusión no luce contraevidente, máxime que la robusteció al señalar que el contratante se abstuvo de suspender el pago de las actas de obra ejecutada con posterioridad a la fecha fijada para la terminación de la obra encomendada (16 de mayo de 1999), deducción que tampoco se aparta del contenido objetivo de la prueba documental aportada, y por tal motivo no es manifiestamente errónea. En otros términos, si la reflexión probatoria atinente a la modificación del riesgo permanece indemne, no tiene cabida la argumentación en está soportada la segunda acusación.”

La Corte Suprema de Justicia concluyó que la ejecución de obras extras conllevó la prolongación de la construcción de la edificación, alterando así el plazo convenido para su entrega y por tanto modificando el riesgo asegurado, y como sucedió en este caso, los pagos de las actas de avance continuaron pagándose al contratista, después de finalizado el plazo de ejecución contractual, sin notificar de esto al asegurador.

### **No demostración de la ocurrencia del siniestro dentro del plazo contractual**

La sentencia en sus consideraciones se ocupa de los dictámenes periciales aportados por la parte demandante, los que fueron radicados de forma extemporánea, situación puesta de presente al A quo tanto por el suscrito apoderado, como por el llamado en garantía, tratándose de normas de orden público, de obligatorio cumplimiento para las partes y el Juez, por lo que tales probanzas no pueden ser apreciadas en la sentencia, sin que sea factible interpretaciones adicionales o reapertura de los términos.

Mediante auto se procedió a señalar fecha de audiencias y se concedió a la parte demandante el término de un (1) mes para allegar los dictámenes periciales enunciados en la demanda.

En el artículo 118 del C.G.P., se establece el computo de términos en el proceso civil, indicando en sus incisos finales:

(...)

*“Cuando el termino sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si éste no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.*

*En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado.”*



Al observar el termino otorgado por el Juez, tenemos que el mismo se especificó en meses y no en días, concediendo el plazo de un (1) mes, siendo aplicable el computo por el periodo completo, el cual venció el 27 de marzo de 2020. Al encontrarse cerrado el juzgado en esta fecha, el termino vencía el primer día hábil siguiente, lo que ocurrió el 1 de julio de 2020.

En la parte final del auto de fecha 4 de agosto de 2020, se dispone agregar los dictámenes periciales, requiriendo a la parte demandante para que acredite la remisión a su contraparte y en la pagina de la rama judicial se observa que estos fueron enviados al Juzgado mediante correo de fecha 10 de julio de 2020, fecha en que ingreso al despacho según la anotación en el sistema.

De esta forma, se evidencia que la prueba fue aportada de forma extemporánea, pues la parte interesada tenia hasta el día siguiente hábil, y no el conteo de días de forma individual, al no haberse concedido el termino en esas condiciones, por lo que el aporte de estos dictámenes fue extemporáneo.

Ahora bien, si estos se tiene como prueba aportada en legal forma -lo que no ocurrió-, de acuerdo a lo manifestado por el A quo, dichos dictámenes darían cuenta del incumplimiento de la garantía de calidad de la obra, debiendo en primer lugar atender la fecha de la visita de los peritos, la que se llevó a cabo en el segundo semestre de 2017, sobre obras que se ejecutaron hasta enero de 2017 por parte de los contratistas, tal y como se desprende de las declaraciones recaudadas.

El contrato tenia previsto su terminación en el primer semestre de 2016, por lo tanto las obras -o parte de ellas- se ejecutaron por fuera del termino señalado en el contrato y del término de vigencia del contrato de seguro, sin que los dictámenes -aportados de forma extemporánea- den cuenta de la fecha de ejecución de las obras y por ello sin haberse demostrado la fecha de ocurrencia del siniestro, esto es, del incumplimiento alegado.

Si las partes acordaron en continuar ejecutando el contrato de obra, sin hacer efectivas las clausulas por mora o sanción pecuniaria, es claro que la contratante convino en esa ampliación del plazo, aprobando además los pagos de obra con posterioridad a la vigencia del contrato de seguro sin descontar ningún valor por mora y sin informar de esto a la aseguradora, y sobre todo, sin establecer cuando se ejecutaron las obras respecto de las cuales se pretende la garantía por calidad de la obra y cumplimiento, requisito indispensable para poder hacer efectivos los amparos, exigencia del artículo 1077 del Código de Comercio que no fue satisfecha por la demandante.

### **Acuerdo de las contratantes sin aplicación de sanciones por mora - Alteración del estado del riesgo.**

Obsérvese Honorable Magistrado, que además de pactarse un plazo claro y preciso en el contrato de obra, también se pacto en la clausula 9ª parágrafo 2º, la penalidad por atrasos

injustificados que debían constar en acta de suspensión o tiempo, de igual forma, en la cláusula 17 se acuerda la cláusula penal, del 20% de sanción por incumplimiento de las actividades. Por el contrario la contratante hoy demandante, permitió que continuaran ejecutando la obra sin que obre en el proceso ninguna reclamación, cobro por penalidad o de la cláusula penal, adelantado trabajos durante un plazo de 9 meses más, esto es, un termino incluso superior a los 6 meses inicialmente pactado.

Adicionalmente de acuerdo a las declaraciones de los testigos, continuó la ejecución de obras durante el año 2017, con terceros.

Como ya se manifestó previamente, la contratante continuó haciendo los pagos al contratista, conforme al os avances de obra, quien podía verificar que se ajustaran las obras a los planos entregados inicialmente, como la tendida de redes, asuntos que pueden verificarse con la simple observación y cuidado que debía tener la contratante.

En el interrogatorio de parte, la demandante manifestó que la obra continuo ejecutándose con los contratistas hasta enero de 2017, esto es, más 8 meses después de la fecha pactada en el contrato.

Luego se ejecutaron varias obras, en los meses siguientes, inclusive con ayudantes de obra que habían participado en los trabajos adelantados por los contratistas, como es el caso del señor Fidel Bautista, quien señaló en su declaración haber estado vinculado a la obra desde los trabajos de cimentación, inicialmente por 7 meses con el señor Jhon Tolosa, luego aproximadamente otros 4 meses directamente con los señores Oscar Ivan Acero y Alejandro Fernandez, continuando en sus labores en el inmueble, directamente con la Sra. Maria Clara Lozano, manifestando que el tiempo total en la obra fue de año y medio.

En la declaración del señor Jhon Jairo Salcedo, quien dijo ser transportador, llevando el personal del pueblo -Guasca- a la obra y viceversa, así como material cuando le solicitaban dicho servicio, señalo que prestó este servicio aproximadamente hasta diciembre de 2016, recibiendo el pago final aproximadamente 4 meses después, constándole que para esa fecha -abril de 2017- aún se encontraba personal y material en la obra.

En la declaración de los peritos, igualmente manifestaron que les constaba que en el año 2017 se continuaban ejecutando obras como la de red de gas.

El testigo Alejandro Fernández en el mismo sentido manifestó que la obra se continuó ejecutando hasta enero de 2017, fecha en la cual la contratante se forma tajante les manifestó que no volvieran, siendo unánimes todos los testigos en su decir, respecto de la ejecución de obras desde diciembre de 2015, hasta enero de 2017 y continuando con la ejecución de obras durante el 2017. Alejandro Fernández igualmente informa que se realizaron modificaciones en los diseños eléctricos, estructural e hidráulicos, lo que conllevo retrasos en la obra, la ejecución de obras adicionales, con valores diferentes a los pactados en el contrato, modificaciones que nunca fueron informados a la aseguradora.

El contrato fue suscrito por dos personas naturales, quienes se obligaron a ejecutar las obras, dividiéndose el trabajo, sin que el tomador de la póliza se encargara del total de la obra, realizándose la parte técnica -de la que se alega incumplimiento- por parte de quien no figura como parte en el contrato de seguro.

En la declaración de los peritos, igualmente manifestaron que les constaba que en el año 2017 se continuaban ejecutando obras, como la de red de gas y de otras actividades con personal que se encontraba laborando en la construcción de casa

Ninguno de los puntos señalados en la carta de objeción han sido desvirtuados, por el contrario, se han confirmado con la prueba documental y testimonial recaudada.

La ampliación en el plazo, sea pactada mediante otro si o adición, o convenida entre las partes al continuar la ejecución del contrato luego de finalizar el plazo establecido, no constituye novación a las voces del artículo 1708 del Código Civil, con las implicaciones frente a los terceros responsables, al no existir cobertura de posibles perjuicios causados durante esa ampliación

*“La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación.”*

Estas modificaciones en el contrato de obra, con ejecución de parte de ellas una vez expirado la fecha pactada para su terminación, altera el estado del riesgo, se trata de modificaciones sustanciales al contrato, en sus principales elementos de plazo, obras a ejecutar e inclusive cantidades de obra, sin que se hubiere notificado o informado a la aseguradora en su calidad de garante y por ello sin contar con su aceptación en la ampliación de la cobertura del riesgo durante la extensión del contrato, independiente de las formalidades con las que las partes hubieran acordado esta ampliación.

Respecto de la retención de la garantía, que aparece pactada en el contrato, habiendo sido retenido suma superior a cuarenta millones por la contratante, obrando prueba documental aportada por el llamado en garantía del pago que hizo a los proveedores y trabajadores, con los respectivos paz y salvos, por lo tanto ese valor no puede ser desconocido por el fallador, puesto que tal suma se retuvo por la demandante precisamente como garantía del posible incumplimiento en la ejecución de las obras, sin que sea de recibo que pueda conservar esa suma sin demostrar a que la destinó -obras pendientes, reforzamiento estructural etc-, pretendiendo ahora afectar el total del amparo de cumplimiento y el de calidad de los elementos sin descontar el dinero retenido para el cumplimiento de la obra.

No puede pretender el asegurado recibir el pago total del seguro y conservar el valor retenido como garantía, puesto que configuraría una fuente de enriquecimiento, lo que esta expresamente prohibido en la ley.

**Defensas propuestas por el llamado en garantía:**

En cuanto a la defensa de prescripción propuesta por el llamado en garantía, que el juzgado decidió no entrar a resolver al considerar que debe proponerse únicamente por el demandado principal, desconociéndose por el Juez que la normatividad procesal señala de forma clara que el tercero vinculado al proceso podrá contestar la demanda y el llamamiento en garantía en un solo escrito (Art. 66 del C.G.P.), sin limitación a su intervención, quien podrá proponer las defensas que considere necesarias y que le beneficien, al permitir actuar al llamado en garantía con las mismas facultades del demandado, por lo que debe resolverse la excepción propuesta, declarándose la prosperidad de la misma..

Los puntos señalados en la carta de objeción de la aseguradora no fueron desvirtuados, por el contrario, se han confirmado con la prueba documental y testimonial recibida en el proceso, alterando el estado del riesgo, quedando demostradas la excepciones de fondo propuestas

Dejo se esta forma sustentado el recurso de alzada, solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, acogiendo las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

Del presente memorial se remite copia a los correos aportados por la parte demandante y del llamado en garantía.

De los Honorables Magistrados

Con el respeto acostumbrado,



NELSON OLMOS SANCHEZ

C.C. 79.609.810 de Bogotá

TP 105.779 del C.S de la J.



**SEÑORES**  
**MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA CIVIL**  
**Magistrada Ponente: Dra. Adriana Saavedra Lozada**  
[chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**Ref: Proceso Declarativo-Verbal**  
**110013103037 2018 00487 01**  
**Demandante: María Clara Lozano Ortiz de Zárate**  
**Demandado: Seguros del Estado S.A. (apelante)**  
**Llamado en Garantía: Oscar Iván Acero Rodríguez (apelante)**

**Asunto: Sustentación apelación de sentencia proferida por el Juzgado**  
**37° Civil del Circuito de Bogotá, el 11 de diciembre de 2020.**  
**Artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.**

**RAFAEL H. CIFUENTES ANDRADE**, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 396.816, abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 17.605 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en este acto como apoderado judicial del llamado en garantía (**Oscar Iván Acero Rodríguez**) dentro del proceso de la referencia, a Ustedes Señores Magistrados comedidamente me dirijo, para sustentar en oportunidad el **RECURSO DE APELACIÓN**, que como apoderado del **LLAMADO EN GARANTÍA** interpuse contra la sentencia proferida por el Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, el 11 de diciembre de 2020, y para que fuera revocada en su integridad con fundamento en el recurso interpuesto.

#### **OPORTUNIDAD PARA SUSTENTAR EL RECURSO:**

Señala el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 que el apelante debe sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al auto ejecutoriado que lo admite

Como el auto que admitió el recurso en el Tribunal, fue proferido el 29 de abril de 2021 y notificado por estado del 30 de abril de 2021, me encuentro, como apelante de la sentencia proferida por el Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, dentro de los cinco (5) días siguientes a dicho auto ejecutoriado, para sustentar por escrito, el recurso interpuesto.

## SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Siguiendo las directrices del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procedo como apoderado del llamado en garantía (**OSCAR IVÁN ACERO RODRÍGUEZ**) a **SUSTENTAR** el recurso de apelación contra el fallo al que se ha hecho alusión, para que éste se revoque en su integridad, de conformidad con los siguientes reparos concretos a la decisión de primera instancia, producida por el Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, el 11 de diciembre de 2020.

### I. SUSTENTACIÓN DE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LAS DECISIONES DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 37° CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, FRENTE AL DEMANDADO (SEGUROS DEL ESTADO S.A.) Y FRENTE AL LLAMADO EN GARANTÍA (OSCAR IVÁN ACERO RODRÍGUEZ).

#### 1. Indebida aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio sobre prescripción de la acción derivada del contrato de seguros.

El Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, descartó en el fallo objeto de apelación, analizar siquiera la excepción de fondo que en su oportunidad interpuso, denominada **PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGUROS**, amparado en el hecho de “No haber sido propuesta por la Aseguradora demandada y no tratarse de una situación personal del contratista”, o sea, no estar legitimado para oponer la prescripción con base en circunstancias ajenas e inherentes a la aseguradora”.

El artículo 66 del Código General del Proceso, en uno de sus incisos, claramente indica que “.....***El llamado en garantía podrá contestar en un solo escrito la demanda y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.....***”. (La negrilla fuera del texto)

Tal expresa facultad señalada en el aparte de la norma que se dejó transcrita, faculta a toda persona que es llamada en garantía, para además de contestar la demanda, contestar el llamamiento, **formular las excepciones que considere del caso proponer**, en iguales circunstancias que el Demandado.

**No hay norma legal que limite las excepciones que pueda formular el llamado en garantía, así no las haya propuesto el demandado.**

Al respecto señala el tratadista Hernán Fabio López Blanco, en su libro Código General del Proceso-Parte General-Página 384 (Editores Dupre), lo siguiente que ilustra con claridad este aspecto: “***Esta expresa facultad para que a toda persona a quien se llama en garantía pueda contestar la demanda y además el escrito de llamamiento, reviste una especial importancia práctica por cuanto***

***habilita al llamado en garantía para excepcionar con idénticas facultades de las que goza el demandado, de modo que si éste dejó de alegar algún hecho exceptivo de los que requieren solicitud de parte como la prescripción, el llamado podrá proponerla, lo que encuentra su razón de ser en que el resultado de la sentencia en cuanto a las partes, es determinante respecto de la decisión a tomar frente al llamamiento***.” (La negrilla y el subrayado, fuera del texto).

Así las cosas, de analizar el medio exceptivo que en oportunidad propuse, (cosa que no hizo el Juzgado de primera instancia) conllevaría a declarar prescrita la acción derivada del contrato de seguros, como se expuso con claridad, tanto en la excepción formulada, como en los alegatos de conclusión.

Es que, la prescripción ordinaria (en el presente evento, se aplica la ordinaria) derivada del contrato de seguros y en concreto y para el caso bajo examen (de dos años), para la póliza de seguro de cumplimiento No. 62-45-101006025, que amparó el cumplimiento del “contrato de obra a todo costo” celebrado el 30 de noviembre de 2015, con un plazo de duración de seis meses (o sea, hasta el 30 de mayo de 2016), establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio, operó en forma diáfana y clara, cuando teniendo como ocurrencia del siniestro (el incumplimiento del contrato), el último día de vigencia del contrato de obra (**el 30 de mayo de 2016**), “no se presentó la demanda, sino hasta el **18 de diciembre de 2018** (mas que vencidos los dos años para que operara el fenómeno prescriptivo).

Es que el término de dos años, “.....**empezará a correr, desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.....**”. (La negrilla fuera del texto).

Es que **el hecho que da base a la acción**, para la póliza de seguro de cumplimiento, (cuya prescripción sostengo), no es otro que **el incumplimiento del contrato** y que se tiene como tal, (y como siniestro), el último día de vigencia del contrato garantizado. Y **el interesado**, no puede ser otro que **el contratante asegurado**, que conoció el siniestro (o sea, el incumplimiento), el último día de vigencia del contrato (o sea, **el 30 de mayo de 2016**).

No aplica para el presente evento, **ni es viable considerar interrupción alguna del término prescriptivo al que alude el último inciso del artículo 94 del Código General del Proceso**, ya que tal norma exige para que opere la interrupción del fenómeno en cuestión, **el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor, y como bien lo enseñan tratadistas del derecho procesal, tal requerimiento para que sea efectiva forma de interrupción de la prescripción, debe ser concreto, claro, preciso e indicar sin duda, el monto o la cuantía precisa de la obligación cobrada y su total exigibilidad.**



Tales exigencias, (mínimas por cierto), previstas en la misma disposición del artículo 94 del Código General del Proceso, y reconocidas por la doctrina de prestigiosos procesalistas como especializados en derecho de seguros, no se cumplen con “los avisos de siniestro”, ni con los reclamos a la Aseguradora, sin cuantificar el valor pedido o requerido, ni mucho menos sin demostrar o probar en el escrito, tal cuantía solicitada o reclamada (como lo exige, por ejemplo, el artículo 1077 del Código de Comercio).

Es que la Aseguradora Demandada, en todo momento le respondió a la Demandante (**LOZANO ORTIZ DE ZÁRATE**), que no había demostrado en forma alguna y en todos sus reclamos o “avisos de siniestro”, la cuantía o el valor de lo pedido, como perjuicio por el incumplimiento contractual de los contratistas.

Tal es así, que la Demandante citada, solo vino a cuantificar la pérdida reclamada, con la demanda y a probarla “supuestamente”, con los dictámenes periciales que anunció igualmente con la demanda, por lo que no será procedente tener como cumplido el requisito del inciso final del artículo 94 del Código General del Proceso, referente a la interrupción de la prescripción, con escrito alguno de requerimiento formulado directamente al deudor, por parte del acreedor (Valga la pena transcribir las peticiones de la demanda y que hacen referencia a las cuantías de los perjuicios pedidos: “.....Condenar a Seguros del Estado S.A. a pagar a favor de María Clara Lozano Ortiz de Zárate, la suma de Noventa Millones de Pesos ( \$90.000.000.00), **O LA SUMA QUE EL JUZGADO DETERMINE DE ACUERDO A LO CONVENIDO EN EL CONTRATO DE SEGURO BASE DE LA PRESENTE RECLAMACIÓN.....**”.

Cabe resaltar que como apoderado del llamado en garantía y ahora apelante no encuentro la razón o justificación alguna en el fallo atacado, en lo que hace al cobro de intereses moratorios a la Compañía de Seguros Demandada, por las condenas proferidas, desde el 04 de mayo de 2018, que no corresponde a ninguna de las fechas reconocidas por la jurisprudencia, para el cobro de intereses moratorios en el contrato de seguros (Sentencia de impugnación de Tutela 8573-2020, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 07 de octubre de 2020, siendo Ponente el Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque)

Es que como bien lo enseña el tratadista HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, en su obra el Código General del Proceso-Parte General, página 544: ***“para que surta sus efectos el requerimiento escrito, debe ser preciso, concreto e identificar claramente la obligación cuyo pago se solicita. Por eso comunicaciones de contenido general dirigidas a un deudor no tienen esas connotaciones, como tampoco la pueden tener otras que no hacen referencia al punto específico de obtener pago”***. (La negrilla fuera del texto).

En conclusión, el término prescriptivo de la acción derivada del contrato de seguros (contenido en la póliza de seguro de cumplimiento No. 62-45-101006025), empezó a correr para el asegurado (contratante), **el 30 de mayo de 2016** (último día de vigencia del contrato garantizado y día en que se presume el incumplimiento contractual), y finalizaba **el 30 de mayo de 2018**, pero la demanda se presentó a reparto ante los jueces civiles del circuito de Bogotá, **el 18 de diciembre de 2018**, o sea, mucho más de los dos años que exige la norma del artículo 1081 del Código de Comercio, para que operara la prescripción que he alegado desde el momento en que contesté la demanda, contesté el llamamiento en garantía y formulé las correspondientes excepciones previas y de fondo.

No se diga, por cuanto es diáfano, que no existe interés legítimo en mi poderdante, en proponerla ya que de no considerarse la prescripción (que sin duda ha operado), puede verse obligado mi cliente y llamado en garantía, a reembolsarle a la Aseguradora Demandada, las sumas de dinero (acción de subrogación del artículo 1096 del Código de Comercio) que resulte a pagar dicha Compañía de Seguros, en virtud de la efectividad de una póliza de seguros, a la postre prescrita.

## **II. SUSTENTACIÓN DE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LAS DECISIONES DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 37° CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, FRENTE AL DEMANDADO (SEGUROS DEL ESTADO S.A.).**

### **1. Indebida aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio por parte del Juzgador de Primera instancia.**

Sea lo primero advertir con respeto al Tribunal, que mi cliente (**Oscar Iván Acero Rodríguez**) como tomador de la póliza de seguro de cumplimiento expedida por la Aseguradora Demandada y correspondiente a la No. 62-45-101006025, al igual que el asegurado en dicha póliza (**María Clara Lozano Ortiz de Zárate**), se encontraban obligados al tenor de lo ordenado en el artículo 1060 del Código de Comercio, a mantener el estado del riesgo y en el evento de presentarse modificaciones al mismo, que significaran agravación objetiva de éste o variación de su identidad local, informar o notificar a la Aseguradora tal o tales variaciones, so pena de no informar o notificar, producir la terminación del contrato de seguros, y mal puede ahora alegar el incumplimiento de una de sus obligaciones, para sacar provecho de su propia conducta.

“Nadie puede alegar su propia incuria para beneficiarse de ella”, principio que tengo en nombre de mi poderdante, absolutamente claro.

Lo único que quiero resaltar del argumento que esbozó la Aseguradora Demandada en su argumento que soporta la apelación de la decisión del

Juzgado de Primera Instancia, es que como bien lo señala el apoderado de dicha Compañía de Seguros, no hubo una ni dos modificaciones al estado del riesgo, ya que se presentaron más de **diez situaciones o circunstancias que modificaron el riesgo asumido por dicha entidad**, que, sumadas todas y analizadas integralmente arrojan una agravación del riesgo que al no ser informadas en forma oportuna a la mencionada compañía otorgante de la póliza de seguros en cuestión, arroja indefectiblemente la sanción que predica la norma del artículo 1060 del Código de Comercio, cual es la terminación del contrato, desde el mismo momento de originarse la agravación del riesgo no conocida por **Seguros del Estado S.A.**, y que le impidió valorar o bien, el reajuste de la prima inicialmente cobrada o la revocatoria del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que no hubo agravación del estado del riesgo, que ameritara la sanción prevista en el artículo 1060 del Código de Comercio, por no informar a la compañía de seguros tal modificación, o sea, la terminación del contrato de seguros o el reajuste en la prima por la agravación ocurrida.

Considera el Despacho que tal agravación no se produjo o de producirse, no alteró las condiciones y el equilibrio contractual, en la medida que los contratistas no formularon reclamo alguno y persistieron en la ejecución del contrato, sin realizar ningún tipo de reclamo o petición de reajuste que comportara un restablecimiento del equilibrio contractual.

Sostiene la providencia recurrida, que las modificaciones al objeto contractual y las nuevas obras adicionales impuestas a los contratistas, que podían llevar a una agravación del riesgo asumido por la Aseguradora, no originaron mayores costos para los contratistas, ni alteraron la esencia o el objeto del contrato.

Pero las pruebas allegadas al proceso, así como las declaraciones de los contratistas y aún de la contratante Demandante, demuestran todo lo contrario, o sea, que hubo variaciones y modificaciones de gran trascendencia, que alteraron el equilibrio contractual, que alteraron en forma grave el cumplimiento del contrato y produjeron desequilibrio que llevó al incumplimiento endilgado a los contratistas.

Tal es así que ese fue el fundamento de la objeción o negativa al pago del siniestro por parte de la Compañía de Seguros Demandada (**SEGUROS DEL ESTADO S.A.**).

Con todo respeto y como anteriormente lo anuncié, no es mi poderdante, como tomador obligado también a informar de las variaciones del riesgo asumido por la Compañía de Seguros, quien deba alegar ahora la no información de tales modificaciones a la citada Demandada, pero quiero relacionar al menos **diez circunstancias que modificaron el riesgo** asumido por **Seguros del Estado S.A.**, y que al no ser informada a ella, ya que comportaban una agravación del riesgo que ella había asumido, originaban la sanción prevista en la norma del artículo 1060 del Estatuto Mercantil Colombiano.

Esas circunstancias debidamente probadas en el litigio son las siguientes: 1.) El pago del anticipo convenido, no se hizo en las fechas pactadas y se realizó de forma fragmentada. 2.) El primer desembolso de parte del anticipo se efectuó aún antes de entrar en vigencia la póliza de seguros expedida por la entidad demandada. 3.) Se pactaron cuatro (4) abonos al precio del contrato y se efectuaron quince (15), y no se pagó la totalidad del precio del contrato y desde luego los pagos de tales abonos se realizaron en fechas no convenidas en el contrato. 4.) Cinco (5) de esos abonos se llevaron a cabo, luego de vencido el término de duración del contrato y según la Aseguradora, cuando ya se había incumplido el contrato mismo. 5.) Se realizaron pagos a trabajadores en el contrato, luego de finalizado el término de duración del contrato y luego de vencidas las fechas de cobertura del amparo de “cumplimiento” de la póliza en cuestión. 6.) El último y cuarto abono del contrato, que debía efectuarse contra entrega de las obras, nunca se le hizo a los contratistas, alegando que se trataba de sumas de dinero retenidas en garantía. 7.) Las obras del contrato garantizado se siguieron efectuando hasta enero de 2017, con el consentimiento pleno de la contratante **María Clara Lozano Ortiz de Zárate**, pese a que el término de duración del mismo había vencido en mayo de 2016. 8.) La contratante retuvo en forma indebida, un porcentaje del precio del contrato, alegando una “retención en garantía” y hasta la fecha no ha devuelto o pagado las sumas retenidas. 9.) La contratante **María Clara Lozano Ortiz de Zárate**, modificó los diseños iniciales de las obras a realizar, sin reajustar los precios del contrato por tales modificaciones. 10.) La contratante María Clara Lozano Ortiz de Zárate, celebró convenios adicionales para la realización de obras adicionales no previstas en el contrato original. Tales obras adicionales fueron solo pagadas parcialmente.

Todas esas modificaciones y circunstancias que se relacionaron y que se encontraron plenamente demostradas en el curso del proceso, sin duda agravaron el riesgo asumido por la Compañía de Seguros Demandada, no fueron comunicadas a ella en ningún momento, ni por la Asegurada (**María Clara Lozano Ortiz de Zárate**), ni por mi poderdante (como uno de los contratistas) como único tomador de la póliza de seguros varias veces descrita en este memorial.

Pero con el acertado criterio de la Compañía de Seguros, al considerar y tener por probado, que se modificó el riesgo por ella asumido, agravándolo, sin información o notificación oportuna por parte de la Asegurada o por el tomador, genera sin duda la sanción a que hace relación el artículo 1060 del Código de Comercio. De allí la objeción al reclamo presentado, así como las excepciones de fondo propuestas en este litigio, por la Aseguradora Demandada.

Solo como ilustración a ese Tribunal, expongo sobre la carga de la prueba de la agravación del riesgo, que reconoce el tratadista y exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en el Tomo III de su compendio “Derecho de Seguros”, editado por Temis y la Universidad Javeriana, en su página 501, cuando señala:

*“...El onus probandi en materia de la configuración del hecho agravante del estado del riesgo, le corresponde al asegurador, que es el sujeto que, de conformidad con lo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil ( hoy 167 del Código General del Proceso), persigue la consecución de un determinado efecto jurídico: la desvinculación ex contractu o la adecuación económica del seguro: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

*La prueba que le incumbe a la entidad aseguradora, de una parte, concierne al hecho propiamente dicho, es decir a la existencia de una circunstancia ex novo, como tal surgida con posterioridad a la celebración del contrato, mejor aún durante el curso del negocio jurídico y, de la otra, a su relevancia, esencialidad o importancia, habida cuenta de que le corresponderá acreditar que, de haberla conocido, de plano, no habría contratado o, de haber asentido en ello, en efecto, lo hubiera hecho en condiciones cuantitativas diferentes, según lo puntualiza la primera parte del artículo 1060 del Código de Comercio, que remite al artículo 1058, en particular al criterio valorativo en él consignado.....”.*

Mal puede considerar el Juez de Primera Instancia, que no hay modificación del riesgo ni mucho menos agravación del mismo, por haberse continuado las obras del contrato, una vez vencido el término de duración del mismo y no haberse celebrado un convenio de modificación u “otrosí”, cuando se comprobó por la Aseguradora demandada, más de diez modificaciones al contrato que la llevaron a tener por agravado el riesgo asumido, sin tener en ningún momento notificación o información de tales circunstancias agravantes del riesgo.

## **2. Violación grave del principio de la preclusión regulado en el artículo 2° del Código General del Proceso, que llevó al Juzgado de Primera instancia a violar y desconocer el artículo 14 y el artículo 164 del Código General del Proceso.**

Los dictámenes periciales aportados por la Demandante **MARÍA CLARA LOZANO ORTIZ DE ZÁRATE**), y que sirvieron de fundamento al fallo ahora impugnado, fueron aportados por el apoderado de la actora, **en forma extemporánea, violando el principio de la preclusión** que debe regir todas las actuaciones procesales y con mayor énfasis, la aportación de las pruebas al proceso.

El Despacho en su oportunidad le concedió a la Parte Demandante, (aunque como lo sostienen calificados tratadistas, tal plazo no puede ser concedido para el demandante quien tiene todo el tiempo para presentar la demanda y adjuntar el dictamen) **el plazo de un mes**, para que presentara y aportara al Juzgado los dictámenes periciales anunciados con la demanda. Lo anterior, siguiendo las directrices del artículo 227 del Código General del Proceso.

El vencimiento de dicho mes, para aportar los dictámenes, fue el 27 de marzo de 2020, pero por la suspensión de términos judiciales por la pandemia, tal vencimiento **fue el 1° de Julio de 2020**, fecha en que se

reanudaron los términos judiciales (suspendidos por efecto de la pandemia y la cuarentena por el covid-19).

La Parte Demandante, presentó **los dictámenes el 10 de julio de 2020**, o sea,  **fueron presentados extemporáneamente** lo que comporta las consecuencias de su presentación tardía, por la flagrante violación al principio de preclusión o lo que se denominó de “compartimentos estancos”.

Siguiendo las directrices del artículo 118 del Código General del Proceso y con relación a los términos de **“meses”**, el vencimiento del término de dicho mes que le fuera concedido a la Parte Actora, lo fue **el 1° de Julio de 2020**, fecha en que se reanudaron los términos judiciales, luego de la suspensión por la emergencia sanitaria a raíz del coronavirus.

En oportunidad (una vez se presentaron los dictámenes y se pusieron a consideración de las partes en el proceso), tanto la Aseguradora Demandada (**Seguros del Estado S.A.**), a través de su apoderado judicial, presentó un memorial alegando la extemporaneidad en los dictámenes periciales como yo, como apoderado del llamado en garantía, solicité al Juzgado de Primera Instancia, no concederle efecto alguno a tales dictámenes presentados extemporáneamente. El Juzgado nunca se pronunció sobre tan flagrante violación constitucional y legal.

Establece la Constitución Nacional en su artículo 228, lo siguiente: *“.....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.....”***

Establece el artículo 2° del Código General del Proceso, que reproduce en gran medida lo preceptuado en la Constitución Nacional: *“.....**Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. LOS TÉRMINOS PROCESALES SE OBSERVARÁN CON DILIGENCIA Y SU INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO SERÁ SANCIONADO.....”***

Sobre el principio de eventualidad y de su reflejo esencial, la preclusión, expone el Dr. HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, en su libro “Código General del Proceso”-Parte General- Editores Dupre, 2016, página 113, lo siguiente: *“.....**No vacilo en afirmar que el interés común y público prima sobre el interés particular y si, so pretexto de considerar casos particulares se permitieran razones diferentes a la del simple transcurso del tiempo para derivar la preclusión, se acabaría la credibilidad que requiere la administración de justicia y se desconocería lo previsto en el artículo***

**228 de la Constitución Política, acerca del necesario acatamiento de los términos.....”.**

El Juzgado no se pronunció sobre el particular y aun así valoró tales peritajes, que son pruebas que sirvieron para la decisión del Juzgado, pero practicadas ilegalmente y con desconocimiento a precisas normas sobre aportación de pruebas al proceso. De eliminar los efectos de los dictámenes periciales, por haber sido presentados extemporáneamente, otro sería el fallo del Juzgado.

**III. SUSTENTACIÓN DE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LAS DECISIONES DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 37° CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, FRENTE AL LLAMADO EN GARANTÍA (OSCAR IVÁN ACERO RODRÍGUEZ).**

**1.) Incumplimiento del Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, de los requisitos exigidos en el artículo 1096 del Código de Comercio, para que opere la subrogación legal a favor de la Compañía de Seguros.**

El Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, al declarar en el fallo atacado (del 11 de diciembre de 2020; artículo 5° de la parte resolutive) que operó la subrogación legal a que alude el artículo 1096 del Código de Comercio y consecuentemente **ordenar** a **OSCAR IVÁN RODRÍGUEZ ACERO**, (nombre errado del llamado en garantía) reintegrarle a **Seguros del Estado S.A.**, los valores que tal entidad demandada le cancele a la Demandante (**Maria Clara Lozano Ortiz de Zárate**), atendiendo la subrogación reconocida en este caso a favor del asegurador, violó y desconoció los requisitos que tanto la misma norma del artículo 1096 del Estatuto Mercantil Colombiano, como la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (como por ejemplo la sentencia del 20 de septiembre de 2013, con ponencia de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda), tienen plenamente establecidos y reconocidos, para que opere esta figura..

La norma que consagra la subrogación legal en favor de la Compañía de Seguros que pague una indemnización (artículo 1096 del Código de Comercio), comporta una claridad y precisión meridiana y lejos de toda discusión o interpretación.

El primer requisito que exige la norma y la jurisprudencia nacional es la existencia del contrato de seguros válidamente celebrado entre tomador y Compañía de Seguros.

Tratándose del seguro de cumplimiento (como es el contrato de seguros objeto de controversia en este proceso), el tomador del mismo, es el contratista (y que adquiere la calidad de “afianzado” o garantizado), que le

entrega la póliza al contratante (en el contrato de obra garantizado), quien adquiere entonces, la calidad de asegurado y beneficiario de la eventual prestación asegurada o indemnización.

Pero resulta que en la póliza de seguro de cumplimiento No. 62-45-101006025 expedida por la Aseguradora Demandada, figuró como Tomador de la misma y por ende garantizado o "afianzado", solamente **OSCAR IVÁN ACERO RODRÍGUEZ**, cuando en realidad los contratistas (y que han debido ser garantizados), en el contrato de obra objeto del seguro, figuraron dos (**OSCAR IVÁN ACERO RODRÍGUEZ Y ALEJANDRO FERNÁNDEZ GIL**). Estos dos contratistas que celebraron el contrato de obra a todo costo el 23 de noviembre de 2015, pero la Aseguradora Demandada decidió afianzar o garantizar solamente a uno de ellos (a **OSCAR IVÁN ACERO RODRÍGUEZ**).

Errada expedición de la póliza, que hará imposible el cumplimiento de los requisitos para la subrogación legal, siendo el primero de ellos y como lo enseña la jurisprudencia, la plena existencia y validez del contrato de seguros.

El segundo de los requisitos que pide el artículo 1096 del Código de Comercio, para que opere la subrogación legal enclavada en dicha disposición, es el pago válido que realice la Aseguradora.

Fácil deducir en el caso bajo examen, que tampoco se ha observado el cumplimiento y acatamiento de este requisito. La Aseguradora demandada, (**Seguros del Estado S.A.**) no ha realizado pago alguno del siniestro que afecte la póliza de seguro de cumplimiento No. 62-45-101006025.

El tercer requisito exigido en la norma y que tampoco se ha observado en el caso bajo análisis, es el referente a los derechos del asegurado que se subrogan, contra las personas responsables del siniestro. En este litigio y en concreto en el fallo que ahora se impugna, no se han demostrado los derechos del asegurado (**María Clara Lozano Ortiz de Zárate**) contra los responsables del siniestro y que se subrogan por el pago del siniestro efectuado por la compañía de seguros.

Insisto en el hecho de que los contratistas que han debido ser garantizados con la póliza de seguros objeto de litigio, son **OSCAR IVAN ACERO RODRÍGUEZ y ALEJANDRO FERNÁNDEZ GIL**, puesto que los dos suscribieron el contrato de obra que garantizó la Compañía de Seguros, en su cumplimiento. Pero la Aseguradora decidió amparar a solo uno de ellos y desconozco la razón o motivo para esa decisión de la Aseguradora Demandada.

Siendo así las cosas, no se encuentra en manera alguna demostrado el incumplimiento de **los dos contratistas**, puesto que no se "afianzó" o garantizó el cumplimiento de las obligaciones **de los dos contratistas** y mal podría tenerse por ocurrido el siniestro por incumplimiento de **los dos contratistas**, cuando solo figuró en la póliza, el contratista **ACERO RODRÍGUEZ**, como garantizado (y Tomador).



No se demostró entonces, “los responsables del siniestro”, como lo exige el artículo 1096 del Código de Comercio y mal pueden surgir “derechos del asegurado” contra ellos (los contratistas), que hagan viable y procedente la subrogación a favor de la Aseguradora Demandada.

Cabe preguntarse en consecuencia, por el responsable del siniestro. Si hubo incumplimiento (que sostengo que no lo hubo), a cual de los contratistas se le achaca esa responsabilidad: Al garantizado por la póliza de seguros 62-45-101006025 o al otro contratista que no fue garantizado con tal póliza. Qué porcentaje del contrato de obra garantizado, fue incumplido (si es que lo fue) por el contratista afianzado y qué porcentaje fue incumplido por **ALEJANDRO FERNÁNDEZ GIL**, quien no fue garantizado por la póliza en cuestión.

Es que la acción que ejerce el Asegurador contra el responsable del siniestro es la misma acción que tiene el asegurado contra el autor del daño, por lo que se cuestiona si la Demandante tenía acción contra los dos contratistas, la Aseguradora al subrogarse solamente, tiene solamente en este evento acción contra uno solo de ellos

No se diga que hasta ahora, como apoderado del llamado en garantía hago ver esta irregularidad, toda vez que desde que se contestó el llamamiento en garantía, así como en los interrogatorios tanto al Representante Legal de **Seguros del Estado S.A.**, como a mi cliente, como al testigo **ALEJANDRO FERNÁNDEZ GIL**, resalté el hecho de la errónea expedición de la póliza, al otorgarse garantía sobre uno solo de los contratistas cuando fueron dos los que celebraron como tales, el contrato de obra a todo costo, el 23 de noviembre de 2015.

Todo ello hace imposible el cumplimiento del requisito necesario para que opere la subrogación legal a que alude el artículo 1096 del Código de Comercio (y ratificado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia), cual es el de que, una vez ocurrido el siniestro surja una acción contra el responsable del mismo, ya que se desconoce quien es el responsable de éste toda vez que la Aseguradora Demandada, solo garantizó a uno solo de los contratistas.

2.) **Cobro de intereses moratorios no permitidos por la ley, ante la subrogación legal (Artículo 1096 del Código de Comercio).**

El Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, en su fallo (ahora impugnado), dispuso ordenar a **OSCAR IVÁN RODRÍGUEZ ACERO** (no es el nombre del llamado en garantía), restituirle a **Seguros del Estado S.A.**, las sumas de dinero cuya condena se le impuso a dicha Aseguradora y contenidas en el numeral Cuarto de la Parte Resolutiva de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2020.

Pero en dichas condenas a la Compañía de Seguros Demandada, se encuentran como sumas de dinero a pagarle a **MARIA CLARA LOZANO ORTIZ DE ZÁRATE** la cantidad de \$ 90.000.000 por concepto del amparo de “cumplimiento” y la suma de \$ 58.128.798.00 Moneda Corriente por concepto del amparo de “calidad de los elementos”, **JUNTO CON LOS INTERESES MORATORIOS LIQUIDADOS A LA TASA MÁXIMA LEGAL PERMITIDA CONFORME LA NORMATIVIDAD MERCANTIL, DESDE EL 04 DE MAYO DE 2018 y HASTA QUE SE VERIFIQUE SU PAGO.**

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallos dictados entre otros, el 17 de marzo de 1981, el 16 de junio de 1988, el 22 de enero de 1991, el 23 de septiembre de 1993, el 13 de octubre de 1995 y el 25 de agosto de 2000, respecto de la acción de subrogación impetradas por compañías de seguros contra los responsables de siniestros pagados por ellas, consideraron que solo era procedente reconocer a las aseguradoras accionantes, el valor nominal pagado del siniestro. Ello, en desarrollo de lo ordenado en el artículo 1096 del Código de Comercio que estableció: ***“.....El Asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.....”.***

En el caso bajo examen, la providencia del Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, le ordena al llamado en garantía, reembolsarle a la Aseguradora Demandada, una vez pague el siniestro **CON SUS INTERESES MORATORIOS**, proceda a pagar esas sumas con los intereses moratorios liquidados a la tasa prevista en el artículo 1080 del Código de Comercio.

Improcedente esa orden de reintegro impartida por el Juzgado, al llamado en garantía, teniendo de presente, tanto lo dispuesto en el artículo 1096 del Código de Comercio, como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, observando que tal orden se imparte en virtud de la subrogación legal que ha operado por el llamamiento en garantía que hace la Aseguradora Demandada (**Seguros del Estado S.A.**).

No puede ser obligado a pagar intereses moratorios, en virtud de la subrogación legal, el responsable del siniestro, por expresa prohibición legal.

- 3.) **Intereses moratorios por el no pago oportuno del siniestro por parte de Seguros del Estado S.A., no puede exigirse su reembolso al tomador/garantizado.**

Además de la limitación que la norma del artículo 1096 del Estatuto Mercantil Colombiano, le impone a la Aseguradora, para cobrar una suma mayor al importe pagado del siniestro, la doctrina y aún la misma jurisprudencia consideran que los intereses moratorios que debe pagar la Aseguradora por el retraso o la demora en reconocer la indemnización, no tienen su causa en el contrato de seguros mismo, sino en la renuencia a indemnizar oportunamente la Aseguradora, que nada tiene que ver con la conducta imputable al supuesto autor del daño, por lo que no es viable cobrar estos intereses al garantizado, puesto que tales cantidades (de intereses moratorios) no provienen del siniestro, sino de la demora de la Aseguradora en atender su pago al asegurado.

No es procedente en consecuencia, ordenarle al llamado en garantía restituirle a la compañía de seguros (**Seguros del Estado S.A.**), además del importe pagado del siniestro, los intereses moratorios que ella pagó al asegurado, imputables a su demora en atender su obligación derivada del contrato de seguros y no, del daño originado por el incumplimiento.

#### **4.) Indebida aplicación de la “compensación”, prevista en la ley y en el contrato de seguros contenido en la póliza 62-45-101006025.**

Frente a la excepción de “compensación” que oportunamente formulé, el Juzgado 37° Civil del Circuito, no la reconoció argumentando que la “retención en garantía” no quedó estipulada en su finalidad y propósitos, como tampoco en su destinatario.

No por el hecho de no indicarse el destino de “la retención en garantía”, la contratante y demandante (**María Clara Lozano Ortiz de Zárate**) en este proceso judicial, podía apropiarse de ella sin justificación alguna.

Además de originar un desequilibrio contractual la apropiación de una parte importante del precio del contrato, argumentando “retención en garantía”, tal apropiación indebida no fue utilizada para ninguna finalidad del contrato y nunca fue devuelta a los contratistas.

Se afirmó, pero no se probó en forma alguna (pero el Juzgado si lo tuvo por demostrado), que “la retención en garantía” se utilizó para pagar la Demandante obligaciones dejadas de cumplir por los contratistas. Eso nunca se probó, ni mucho menos la cuantía de esos pagos, pero aún así, el Juzgado desconoce la figura de “la compensación”, cuando lo único que efectivamente se demostró, fue que la demandante **Maria Clara Lozano Ortiz de Zárate**, se apropió de esa suma de dinero (\$ 41.128.876.13) y nunca la devolvió a sus legítimos dueños, ni la descontó de deudas que ellos hubieran dejado de atender, ni mucho menos, se aplicó a los eventuales perjuicios que el incumplimiento endilgado a ellos, le hubiera podido causar a la contratante.

Desconoció el Juzgado, desde luego en detrimento de los contratistas, lo pactado en la cláusula séptima de las Condiciones Generales de la póliza de seguro de cumplimiento No. 62-45-101006025, **que reconoce una**

**reducción de la indemnización que se le debe al asegurado, en la medida en que operara una compensación de deudas entre el Garantizado y el Asegurado** y a fe, que existían las deudas mutuas que hacían viable “la compensación” y la reducción de la indemnización (si es que a ella habría lugar) en el mismo monto de lo legalmente compensado.

En los anteriores términos dejo expuestos los argumentos que sustentan el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado 37° Civil del Circuito de Bogotá, el 11 de diciembre de 2020.

**NOTIFICACIONES:**

Reitero como dirección de notificaciones mis correos: [rhca54@hotmail.com](mailto:rhca54@hotmail.com) y [rcifuentesandrade54@gmail.com](mailto:rcifuentesandrade54@gmail.com) y el celular: 310 2480402.

De los señores Magistrados, atentamente,



**RAFAEL HERNANDO CIFUENTES ANDRADE**  
**C.C. 396.816 de Bogotá**

**T.P. No. 17.605 del Consejo Superior de la Judicatura**



ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

**Doctor**  
**IVAN DARIO CARDONA ZULUAGA**  
**Honorable Magistrado**  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
**Sala Civil**  
Ciudad

**Ref: Proceso: Verbal de mayor cuantía.**  
**Demandante: FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR**  
**AGROPECUARIO – FINAGRO S.A.**  
**Demandados: UT CENZA y SEGUROS DEL ESTADO.**  
**Radicado: 2015-01063-02.**  
**Asunto: Recurso de reposición y en subsidio apelación**  
**contra el auto que declara la falta de jurisdicción.**

**JUAN PABLO GAITÁN ECHEVERRI**, mayor y domiciliado en la ciudad de Bogotá, en mi calidad de apoderado sustituto de **FINAGRO**, conforme la sustitución de poder que obra en el proceso, por medio del presente escrito, me permito interponer recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el auto proferido dentro del proceso de la referencia de fecha 6 de mayo de 2021 notificado en el estado del 7 de mayo de 2021, con fundamento en los siguientes argumentos de hecho y derecho.

i. **OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA**

El presente recurso se interpone dentro del termino de ejecutoria del auto de fecha 6 de mayo de 2021 notificado en el estado del 7 de mayo de 2021, es decir, dentro del término legal.



Calle 72 N° 6 - 44 oficina 601 Edificio APA  
PBX: 3001759 / FAX: 3001759

[www.zurekgomezabogados.com](http://www.zurekgomezabogados.com)  
Bogotá, Colombia



ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

El recurso de apelación interpuesto en subsidio del de reposición resulta procedente en la medida en que de acuerdo con el numeral sexto del artículo 321 del CPG, son apelables los autos que resuelvan una nulidad procesal, el auto objeto de recurso en el numeral segundo dispuso declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de diciembre de 2019 por el juzgado 31 civil del circuito del Bogotá, razón por la cual la apelación subsidiaria es procedente.

ii. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

**1. Criterio vigente en materia de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al momento de radicación de la demanda.**

En materia de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, Ley 1437 de 2011 (CPACA), dispuso en su artículo 104 lo siguiente:

**Artículo 104 del CPACA. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** *“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

- 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*
- 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*
- 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.*





ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

*Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.”*

En la exposición de motivos del CPACA, se deja claro que el legislador quiso afianzar como criterio, para la definición de las controversias que serían objeto de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, **el criterio material**, es decir, que la jurisdicción se encargará de conocer los actos, hechos, operaciones y omisiones relacionadas con el ejercicio de la función administrativa. A su vez, el legislador consideró **el criterio orgánico**, para las controversias de responsabilidad extracontractual o contractual en los que se encuentre involucrada una entidad pública<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En efecto, la exposición de motivos de motivos del proyecto de ley que finalmente conllevó a la expedición del CPACA se dijo lo siguiente sobre el particular: “2. *Redefinición del objeto de la jurisdicción: Con el fin de afianzar el criterio de la especialización, el proyecto del artículo 100 considera que, para la definición del objeto de la jurisdicción, es necesario acudir a un **criterio material** que hace que la jurisdicción de los Contencioso Administrativo conozca de actos, hechos, operaciones y omisiones relacionados con el ejercicio de la función administrativa. Sin embargo, la dinámica de las actividades societarias hace que **en ocasiones se tenga que acudir al criterio orgánico** para que el administrado tenga claridad frente a aquellos temas en donde podrían presentarse controversias sobre la jurisdicción competente, como sucede en casos de responsabilidad extracontractual y contractual, cuyo conocimiento se asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre que una de las partes del litigio de una entidad pública.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*





ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

Se observa, entonces, que el CPACA introdujo una sustancial modificación en lo que respecta a la cláusula general de competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa frente a lo establecido en el régimen anterior, toda vez que el artículo 82 del anterior Código Contencioso Administrativo (reformado por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006) consagraba un **criterio orgánico** para efectos de fijar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa<sup>2</sup>.

Sin embargo, para dar mayor claridad, a su vez, el CPACA consagró en el artículo 105 un listado de asuntos que **NO** serán de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

**Artículo 105 del CPACA. Excepciones. “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:**

**1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos. (...)** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

**2. Naturaleza jurídica de FINAGRO.**

EL FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR AGROPECUARIO - FINAGRO, fue creado mediante la Ley 16 de 1990 como una sociedad de economía mixta del orden nacional, en la cual el Estado tiene una participación superior al 50% de su capital, organizada como un establecimiento de crédito, vinculada al MINISTERIO DE AGRICULTURA, en la actualidad al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL (Decreto 2478 de 1999).

De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 16 de 1990, modificado por el artículo 3º de la ley 811 de 2003, el objetivo de FINAGRO es el siguiente:

---

<sup>2</sup> Para efectos de confirmar que el régimen previsto en el Código Contencioso Administrativo anterior traía una cláusula general de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fundamentada en el criterio orgánico, vale la pena remitirse al auto del 26 de marzo de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Exp. 25619; M.P. Ruth Stella Correa) y a la providencia del 17 de febrero de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Exp. 27673; M.P. Alier E. Hernández Enríquez).







ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

*“El objetivo de Finagro será la **financiación de actividades rurales y de producción en sus distintas fases y comercialización del sector agropecuario**, a través del redescuento de las operaciones que hagan las entidades pertenecientes al Sistema Nacional de Crédito Agropecuario u otras instituciones bancarias, financieras, fiduciarias y cooperativas, debidamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria o mediante la celebración de convenios con tales instituciones, en los cuales se podrá pactar que el riesgo sea compartido entre Finagro y la entidad que accede al redescuento.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

En adición a lo anterior, la referida norma dispuso en el inciso segundo que FINAGRO se encuentra igualmente facultada para celebrar convenios con entidades públicas o privadas para la ejecución de programas de financiamiento en el sector agropecuario y rural, así:

*“**Finagro podrá, a través de convenios celebrados con entidades públicas o privadas, administrar recursos para la ejecución de programas de financiamiento en el sector agropecuario y rural.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

A su vez, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el artículo 227 dispuso respecto del Objeto de Finagro lo siguiente:

**Objeto.** *El objeto de Finagro es promover el desarrollo agropecuario y rural mediante instrumentos financieros y de inversión a través del redescuento o fondeo global o individual de las operaciones que hagan las entidades bancarias, financieras, fiduciarias y cooperativas vigiladas por la Superintendencia Financiera y por la Superintendencia de Economía Solidaria, o mediante la celebración de convenios con tales instituciones, en los cuales se podrá pactar que el riesgo sea compartido entre Finagro y la entidad que accede al redescuento.*

*Finagro podrá también implementar y administrar instrumentos de manejo de riesgos agropecuarios, de acuerdo con las normas establecidas para el efecto por la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario.*





ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

Adicionalmente, en el artículo 230 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se dispuso que operaciones está Finagro autorizado para desarrollar en su condición de organismo financiero y de redescuento para desarrollar su objeto social, entre las cuales vale la pena destacar para efectos del presente recurso el numeral cuarto en el que se dispone:

*4. - Celebrar contratos o convenios con entidades públicas o privadas nacionales o con organismos multilaterales, para utilizar y administrar recursos propios o externos para la ejecución de programas en cumplimiento de su objeto, sin que esta gestión implique que obre como ente fiduciario.*

Por su calidad de entidad financiera<sup>3</sup>, la Superintendencia Financiera de Colombia le otorgó a FINAGRO permiso de funcionamiento definitivo mediante Resolución 3140 de 24 de septiembre de 1993.

**3. El contrato interadministrativo No. 379 de 2013 previo que dio origen a la administración de los recursos por parte de la entidad financiera Finagro y que se suscribió entre esta y el Ministerio de Agricultura.**

El 3 de septiembre de 2013 el Ministerio de Agricultura suscribió con Finagro el contrato interadministrativo 379<sup>4</sup> de 2013 en virtud del cual Finagro se obligó en cumplimiento de su objeto social **a administrar los recursos financieros para la ejecución de los instrumentos de asistencia técnica Finagro, a su vez, en el desarrollo de su objeto social** suscribió el contrato de asistencia técnica especial con la Unión Temporal Ceniza.

En efecto, de las obligaciones contraídas por Finagro en el contrato interadministrativo 379 de 2013 resultan relevantes para el presente recurso las siguientes:

- Administrar los recursos destinados a financiar los instrumentos de que trata el objeto del contrato.
- Ejecutar conforme al plan operativo aprobado por el comité administrativo los recursos destinados para el cabal cumplimiento del objeto del contrato.

<sup>3</sup> No sobra anotar que en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se consagran algunas disposiciones especiales en relación con FINAGRO (artículos 227 y siguientes).

<sup>4</sup> Folio 144 de los anexos de la demanda.





ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

- Celebrar y terminar con plena autonomía los contratos y acuerdos requeridos para el cabal cumplimiento del objeto del contrato.

A su vez de las obligaciones contraídas por el Ministerio de Agricultura resultan relevantes las siguientes:

- Efectuar los desembolsos para el desarrollo del contrato
- Asegurar la entrega a Finagro del listado de ejecutores y beneficiarios de los incentivos.

El contrato 379 de 2013 suscrito entre Finagro y el Ministerio de Agricultura tenía por objeto la administración y ejecución de recursos financieros para el desarrollo de una serie de instrumentos de asistencia técnica y adecuación de tierras, a fin de que Finagro en el marco del desarrollo de su objeto social, en virtud de los procesos de selección adelantando por el INCODER, celebrará los contratos de asistencia técnica.

#### **4. El Contrato No. 71 de Prestación del Servicio de Asistencia Técnica suscrito el 8 de noviembre de 2013 entre Finagro y la UT CENZA**

FINAGRO y la UT CENZA, seleccionada por el INCODER, celebraron el contrato No. 71 de 2013 para la prestación del servicio de asistencia técnica en la región Nudo de paramillo en desarrollo y ejecución de los recursos financieros entregados por el Ministerio de Agricultura.

El contrato suscrito entre FINAGRO y la UT CENZA en desarrollo del contrato suscrito por el primero con el Ministerio de Agricultura hace parte del “*giro ordinario de los negocios*”<sup>5</sup> de FINAGRO, toda vez que, se recuerda, uno de los objetivos de dicha entidad es “*administrar recursos para la ejecución de programas de financiamiento en el sector agropecuario y rural*”<sup>6</sup>, a través de convenios celebrados con entidades públicas o privadas, en este caso el Ministerio de Agricultura. De igual forma, no sobra evidenciar que FINAGRO apoya al Gobierno Nacional en la ejecución de la política agropecuaria.

---

<sup>5</sup> Ver artículo 105 del CPACA.

<sup>6</sup> Ver artículo 8° de la ley 16 de 1990, modificado por el artículo 3° de la ley 811 de 2003.





ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

De acuerdo con lo anterior, y en virtud de la cláusula general de competencia prevista en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, cualquier controversia que se suscite entre FINAGRO y UT CENZA con ocasión del Contrato No. 71 de 2013 suscrito el 8 de noviembre de 2013 debe ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

**5. Como se ha entendido por la jurisprudencia la excepción consagrada en el artículo 105 del CPACA referida al giro ordinario de los negocios de las entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras**

La acepción *giro ordinario de los negocios* fue objeto de revisión por parte del Consejo de Estado, aun antes de la expedición del CPACA, en la medida en que el párrafo del artículo 32 de la ley 80 de 1993 contiene esta misma expresión para exceptuar la aplicación de esta norma a las actividades desarrolladas por las entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social. En esa oportunidad esa corporación indicó:

*“El giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” (...), hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la Ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria. (...)”<sup>7</sup>*

Recientemente, en auto del 17 de junio de 2015 del consejero Ramiro Pazos Guerrero dentro del radicado 270012333000201300210-01 se definió con absoluta claridad la noción de giro ordinario de los negocios, ya esta vez sí respecto del artículo 105 de CPACA.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 2005, exp. n.º 218085, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.





ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

*“En este contexto, puede concluirse que la noción giro ordinario de los negocios de las entidades financieras comprende todas aquellas actividades o negocios relacionados a continuación: i) los que guarden relación con el objeto social de la entidad pública de carácter financiero o con las funciones catalogadas como financieras en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- y ii) los que sean conexos al objeto social o actividad financiera determinada en la ley y tengan como finalidad el desarrollo o ejecución de los mismos.”*

Vistas las anteriores consideraciones, la interpretación efectuada en el auto recurrido del artículo 105 del CPACA no considera que el contrato 379 previamente suscrito entre el Ministerio de Agricultura y Finagro fue el que entregó a la entidad financiera los recursos para la administración de estos mediante la celebración de los posteriores contratos de asistencia técnica. En el desarrollo de su objeto social Finagro celebró el contrato con la Unión Temporal Cenza objeto del proceso judicial incumplido por esta.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha sido clara en indicar que el citado artículo 105 del CPACA supone que también las actividades conexas al objeto social y a la actividad financiera que *“tengan como finalidad el desarrollo o ejecución de los mismos”* se encuentran excluidas del conocimiento de la jurisdicción contenciosa, tal y como acontece en el presente caso.

La relación de medio fin que existe entre el contrato interadministrativo suscrito entre el Ministerio de Agricultura y Finagro, que tenía por objeto la administración de los recursos financieros para la ejecución de los instrumentos de asistencia técnica, y el contrato suscrito entre Finagro y la Unión Temporal Cenza, que tiene por objeto la ejecución de labores de asistencia técnica y que da lugar el presente proceso, es clara. La controversia objeto del presente proceso claramente no es de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa por tratarse de un contrato suscrito por la entidad financiera en el desarrollo o ejecución de su objeto social.

## **6. En cuanto a la competencia jurisdiccional frente a la controversia entre FINAGRO y SEGUROS DEL ESTADO S.A.**



Calle 72 N° 6 - 44 oficina 601 Edificio APA  
PBX: 3001759 / FAX: 3001759

[www.zurekgomezabogados.com](http://www.zurekgomezabogados.com)  
Bogotá, Colombia



ZUREK GÓMEZ  
ABOGADOS

De acuerdo con lo establecido en el contrato No. 71 de 2013 de prestación del servicio de Asistencia Técnica Especial suscrito el 8 de noviembre de 2013, UT CENZA constituyó una póliza de cumplimiento a favor de FINAGRO, concretamente **la Póliza de Cumplimiento entre Particulares** No. 21-45-101122179 expedida por SEGUROS DEL ESTADOS S.A.

Retomando lo anteriormente expuesto, se observa que el contrato suscrito entre FINAGRO y UT CENZA no es de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, no solamente por expresa disposición del legislador, sino concretamente por tratarse de un contrato suscrito por FINAGRO en el marco de sus funciones como entidad financiera y no en ejercicio de la función administrativa. Por esta razón, la póliza de seguros materia de la presente controversia expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. fue una Póliza de Cumplimiento entre particulares y **no** destinada a amparar el cumplimiento de contratos estatales.

iii. SOLICITUDES

Con fundamento en lo anteriormente señalado, solicitamos amablemente al Despacho:

- 3.1 Se revoque el auto objeto de recurso de reposición y en su lugar se resuelva el recurso de alzada interpuesto contra la sentencia del 13 de diciembre de 2019 proferida por el juzgado 31 civil de circuito de Bogotá.
- 3.2 En caso de que la solicitud anterior no sea acogida, rogamos a este Despacho, se sirva **CONCEDER** el recurso de apelación formulado en subsidio por ser este procedente.

Atentamente

JUAN PABLO GAITAN ECHEVERRI  
C.C 1020717087  
T.P 244.644 del CSJ



H. Magistrada

**MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA CIVIL**

E. S. D.

**Referencia:** Acción de Protección al Consumidor Financiero de **LA RECETA Y CÍA. S.A.S.** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Llamado en garantía: **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**)

**Radicado:** 2018-01181-01

**Asunto:** Sustentación del recurso de apelación

**ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS**, ciudadano colombiano, identificado como aparece alpie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (en adelante, "Acción" o "mi representada") en el proceso de la referencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en consonancia con el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra dela sentencia de primera instancia que fue proferida por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la "Delegatura") el 29 de enero de 2021 y notificada el 1 de febrero de 2021.

### **ACLARACIÓN PRELIMINAR: ESTRUCTURA DEL ESCRITO**

En el presente escrito de sustentación se explicarán en detalle los yerros en los que incurrió la Delegatura al proferir la sentencia de primera instancia, de tal forma que este Tribunal cuente con los elementos de juicio necesarios para revertir las decisiones que allí se adoptaron y, por esa vía, denegar las pretensiones que fueron formuladas en contra de mi representada. Para tales efectos, este escrito se desarrollará en el siguiente orden metodológico:

En primer lugar, se hará un breve resumen de los hechos, antecedentes y relaciones negociales que motivaron este proceso. Lo anterior, con el propósito de que el Tribunal pueda analizar los argumentos de este recurso a la luz de las particularidades del caso, sin caer en los errores e imprecisiones que cometió la Delegatura al realizar un estudio general con base en documentos y hechos que corresponden a otros procesos judiciales similares

que Acción ha venido atendiendo de forma paralela ante ella y que no tienen cabida en el que nos ocupa.

En segundo lugar, se hará referencia a la incongruencia en la que incurrió la Delegatura entre la motivación y la decisión que finalmente se tomó en la sentencia de primera instancia. Este yerro básicamente obedece a que la Delegatura realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación **LA RECETA Y CÍA. S.A.S.** (en adelante, la “Demandante”) y Acción, y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso que en últimas derivó en una sentencia que no corresponde a la realidad procesal.

Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil que establece el artículo 1604 del Código Civil de cara al caso que nos ocupa, para demostrar que los mismos no fueron acreditados suficientemente dentro del presente proceso y que, por lo tanto, no se ha debido fallar en contra de mi representada.

Enseguida, se hará referencia a la sentencia de segunda instancia que profirió la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso judicial que promovió otro inversionista del proyecto Marcas Mall en contra de mi representada por unos hechos y pretensiones prácticamente iguales a los que motivaron el proceso de la referencia, de tal forma que lo que concluyó dicho Tribunal resulta fundamental para que este Tribunal pueda decidir el recurso de apelación que nos ocupa.

Finalmente, haré énfasis en los yerros en los que incurrió la Delegatura al analizar y decidir el llamamiento en garantía que promovió mi representada en contra de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** (en adelante, la “Llamada en Garantía”). Lo anterior, de tal forma que, ante una eventual providencia que reafirme lo decidido en la sentencia de primera instancia o cualquier otra condena en contra de mi representada, la Llamada en Garantía deba asumir el pago íntegro de la correspondiente condena.

## **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS Y RELACIONES NEGOCIALES QUE MOTIVARON ESTE PROCESO**

En marzo de 2014, se suscribió el contrato de fiduciaria de administración FA-2351 entre mi representada y URBO COLOMBIA—en calidad de Promotor—, cuyo objeto era la administración de los recursos de la preventa.

Tal y como se desprende del clausulado de ese contrato, en síntesis, el proyecto se desarrollaría de la siguiente manera: las personas interesadas en invertir en ese proyecto celebrarían encargos fiduciarios con Acción (preventas) y, una vez cumplidas las



condiciones previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio”— mi representada transferiría los recursos económicos de los encargos fiduciarios al fideicomiso FA-2351 para que MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— se encargara de llevar a cabo la construcción del proyecto.

Los Encargos de vinculación para administración de recursos eran suscritos por la fiduciaria y, en algunos casos, promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall. Se desarrollaron con la firma del encargo y dependiendo de cada caso particular se firmaron los siguientes Otrosí:

Otrosí 1

Fecha: 2 de Marzo de 2014

Modifica:

Objeto: administrar recursos de los inversionistas para desarrollo del proyecto, una vez acreditadas las condiciones de punto de equilibrio, recibir recursos provenientes de unidades arrendadas por el fideicomiso a terceros.

Proyecto: 340 unidades aproximadamente, 139 oficinas, 1800 parqueaderos.

Incluye parágrafo 5 a la cláusula tercera: las condiciones de transferencia de los recursos aplicaran únicamente sobre los recursos transferidos por inversionistas de unidades.

Otrosí 2

Fecha: 21 de Mayo de 2014

Modifica:

Clausula tercera: se eliminó el numeral 4 de las condiciones para la entrega de recursos que decía: haber celebrado promesas iguales al 52% del total de las ventas estimadas. A través de este otrosí se agregó la expresión si es el caso, en las condiciones 1,2.,3, y 4.

Otrosí 3

Fecha 15 de junio de 2015

Está relacionado en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor MR- 799 Marcas Mall.

Modifica:

Cláusula tercera condiciones para la transferencia de los recursos, eliminando el numeral sexto que establecía: que los encargos fiduciarios de los inversionistas cuenten en suma con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los inversionistas.

Fecha para cumplimiento: 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por 6 meses más, es decir **15 de junio de 2015.**

Con el propósito de que se lograra la comercialización del proyecto Marcas Mall, MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor— asumió labores de promoción y comercialización directa con los potenciales inversionistas. Así, en gran medida, el promotor fue el encargado de mantener los contactos directos con los inversionistas, absolver sus dudas, bríndales información del proyecto, y establecer con ellos los términos en los que se vincularían al proyecto y a los respectivos vínculos comerciales. Esta situación fue suficientemente desarrollada y reconocida por la parte demandante en el interrogatorio de parte.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la experiencia profesional de MARCAS MALL CALI—en calidad de Promotor—, conforme a la normatividad legal aplicable para ese momento—tal y como se explicará en detalle en este escrito— esta sociedad y mi representada acordaron que MARCAS MALL CALI sería la encargada de evaluar y definir el momento en el que se cumpliría el “punto de equilibrio”, para que enseguida Acción transfiriera los recursos de los encargos fiduciarios individuales de los inversionistas al fideicomiso FA-2351. Hay que decirlo con total contundencia desde ahora: la fijación del “punto de equilibrio” y de las condiciones respectivas fue un asunto que asumió contractualmente el promotor, frente a lo cual mi representada solo debía transferir los recursos cuando el promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos.

Hasta el año 2015, el señor German Puerto Castañeda en su calidad de interventor suministro el presupuesto y flujo de caja del proyecto previa revisión del promotor del proyecto.

El 16 de octubre de 2016, MARCAS MALL CALI —en calidad de Promotor del proyecto Marcas Mall— cedió el 70.4% su posición contractual de Fideicomitente dentro de Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall a la sociedad URBANIZAR.

En línea con la estructura de negocio antes descrita, el 12 de noviembre de 2015, se suscribió el contrato de encargo fiduciario 0001100011095 entre la Demandante y mi representada, con el ánimo de que se vincularan como inversionistas del proyecto Marcas Mall. En dicho contrato, Acción asumió la obligación de actuar única y exclusivamente como administradora del encargo fiduciario y, por esa vía, transferir los recursos económicos que lo componían al fideicomiso FA-2351 Marcas Mall cuando el promotor acreditara, informara e instruyera el cumplimiento de las condiciones técnicas previstas para el efecto —esto es, el “punto de equilibrio”—.

Con ocasión de los hechos antes anunciados, la **DELEGATURA PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** inició un proceso administrativo sancionatorio en contra de mi representada. Para el efecto, dicha Delegatura le presentó a un Pliego de

Cargos con la referencia 2018127962-000-000.

Con ocasión de ese proceso administrativo sancionatorio, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO**.

A su turno, con ocasión de los hechos antes anotados, la Demandante interpuso la acción de protección al consumidor financiero que sustenta el proceso de la referencia. Tal y como se desprende de la demanda correspondiente, para la Demandante mi representada “*incumplió gravemente*” y de “*manera descuidada*” las condiciones establecidas en el contrato de encargo fiduciario No. 0001100011095.

Por alguna razón que aún no se ha podido establecer, la Demandante decidió encaminar su acción únicamente en contra de Acción, a pesar de que —como se explicó arriba— el negocio fiduciario y el proyecto Marcas Mall implicaba una serie de obligaciones para URBANIZAR, en su calidad de Promotor; de tal suerte que gran parte de los reparos de la Demandante se relacionan con las obligaciones contractuales que asumió URBANIZAR y la promotora MARCAS MALL CALI.

La Demandante fue enfática en su demanda en manifestar que Acción incumplió el contrato de encargo fiduciario, restringiendo sus argumentos a unas inconsistencias que alega observar entre una serie de documentos y uno denominado “*Acta de Verificación de Cumplimiento de Requisitos Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL*”.

Teniendo en cuenta que el 26 de noviembre de 2015, se suscribió el contrato de encargo fiduciario 0001100011095 entre la Demandante y mi representada, es importante poner de presente al despacho que la fecha en la cual fue signado el mentado encargo fiduciario, los requisitos y el punto de equilibrio ya habían sido acreditados por el promotor del proyecto (MARCAS MALL CALI), en ese sentido, el planteamiento del cual parte la demanda es equivocado, en primer lugar, al momento de firmar el contrato de encargo fiduciario la parte demandante tenía pleno conocimiento del cumplimiento de los requisitos para la transferencia de recursos y del cumplimiento del punto de equilibrio.

Esta situación está acreditada por el interrogatorio rendido por la representante legal de acción fiduciaria y por la documental obrante a derivado 00 (acta de verificación) aportada por la parte accionante. En segundo lugar, quien funge en el presente proceso como demandante, goza de las calidades y cualidades que lo acreditan como un profesional en este tipo de negocios, lo cual, sin duda lo obliga a comportarse como tal y con la posibilidad de exigirle con mayor rigurosidad las conductas propias de un experto al firmar estos negocios fiduciarios. Esta situación está suficientemente probada con la declaración

rendida por el representante legal de **LA RECETA Y CÍA. S.A.S.**, quien afirmó que ha firmado varios contratos de esta estirpe.

En suma, la demandante conocía y entendía la realidad del negocio al momento de firmar el encargo fiduciario, además contaba con todas las herramientas para firmar el contrato más aun teniendo el grado de experiencia en este tipo de negocios.

Los argumentos tendientes a desvirtuar el punto de equilibrio y el cumplimiento de los requisitos para la transferencia de recursos ya había sido acreditado por el promotor, situación que claramente comprendía los recursos entregados por **LA RECETA Y CÍA. S.A.S.** en atención a que para el momento de la entrega ya todos los requisitos se encontraban satisfechos.

## **LOS YERROS QUE COMETIÓ LA DELEGATURA EN PUNTO DE LA CONGRUENCIA Y MOTIVACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Si bien lo expuesto en el acápite anterior es suficiente para que se reverse la decisión que tomó la Delegatura en primera instancia, conviene hacer una especial mención sobre los yerros que se cometieron en la sentencia en punto de su congruencia y motivación.

En síntesis, la decisión de la Delegatura es errada porque, más que responder a un juicio de responsabilidad civil contractual —tal y como le correspondía—, en realidad ella se configura como un juicio administrativo sancionatorio propio de la Superintendencia Financiera —en su condición de autoridad estatal a cargo de la supervisión de las entidades financieras que operan en Colombia—.

Como bien se desprende del fallo, el análisis de la Delegatura se circunscribió a estudiar y establecer las presuntas falencias en las que incurrió mi representada, como sociedad fiduciaria, en el desarrollo de (i) el encargo fiduciario MR-799 que celebró con la Demandante, y (ii) el contrato de fiducia de administración FA-2351; dejando de lado el real propósito que le correspondía: analizar y definir si en el presente caso, con base en los hechos y pretensiones que formuló la Demandante, se configuraban los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, si era procedente una sanción a cargo de Acción.

Sumado a lo anterior, en términos generales —y más allá de ser completamente improcedente—, en su razonamiento la Delegatura planteó una serie de consideraciones que son equivocadas y contrarias al marco normativo vigente. De manera empecinada y sin razón alguna, la Delegatura decidió aplicar unas normas jurídicas que no correspondían y realizar una serie de interpretaciones contrarias a derecho, con la única intención de

concluir fallas en la conducta de mi representada. En este ejercicio, incluso la Delegatura terminó desconociendo actuaciones y conclusiones que la propia Superintendencia Financiera había decantado en los procesos administrativos sancionatorios que adelantó en contra de mi representada por lo que aconteció en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall.

Con el propósito de poner de presente todo lo antes dicho, a continuación se explicará de forma detallada los yerros e imprecisiones que al respecto cometió la Delegatura en su sentencia de primera instancia:

Por una parte, de manera completamente desconcertante, la Delegatura abiertamente reconoció que su labor se encaminaría únicamente a determinar si mi representada había cometido algún tipo de falla a la luz de sus deberes legales y contractuales, sin entrar a establecer si el supuesto daño de la Demandante era atribuible a otro sujeto jurídico. Así, desde esa lógica, de plano la Delegatura desechó la excepción de falta de legitimación por pasiva que formuló Acción y, mucho más grave, la misión que le correspondía como juez al decidir la acción de protección al consumidor financiero.

Con esto, la Delegatura cercenó uno de los pilares fundamentales de la defensa que mi representada había estructurado a partir de una premisa estructural: si es cierto que la Demandante sufrió un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso, el mismo habría sido el resultado de un comportamiento antijurídico de MARCAS MALL, en su condición de Promotor del Proyecto Marcas Mall.

Frente a este punto, de entrada, debe decirse que —muy en línea con lo que se planteó en el acápite anterior— la única razón por la que la Delegatura decidió agotar este medio exceptivo de plano estuvo en defender neciamente una competencia que no le correspondía para conocer y decidir este proceso. Tal y como se desprende de sus competencias legales —artículos 24 del CGP y la Ley 1328 de 2009—, la Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera. Es por tal motivo que ella en este proceso—como en todos los demás que ha conocido y decidido sobre el mismo asunto—se negó tozudamente a vincular a PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR—incluso, éste último al haber sido el Promotor inicial del proyecto—, pese a lo solicitado por mi representada, a sabiendas que ello solo implicaría la pérdida automática de sus competencias para decidir.

Al respecto, el artículo 90 del CGP establece que:

*“ARTÍCULO 90. ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la*

*misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.”*

Así las cosas, la Demandante ha debido vincular y promover su demanda también en contra de PROMOTORA MARCAS MALL y URBANIZAR, ya que ellos hacían parte del contrato de encargo fiduciario MR-799 —que es justamente el que se alegó en la demanda como incumplido para promover las pretensiones—. Pese a dicho error, la Delegatura decidió negar la excepción propuesta por mi representada y avalar la configuración del contradictorio en desmedro de los deberes que contempla el artículo 132 del CGP.

Lo realmente desconcertante de esto es que incluso, en su sentencia, la propia Delegatura reconoció que dicho contrato de encargo fiduciario se encontraba coligado con el contrato de fiducia de administración FA-2351; por lo que entonces no se entiende cómo ella podida decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes del mismo hubieran participado en este proceso.

Como se indicó arriba, la naturaleza del proceso de la referencia no es la de una actuación administrativa sancionatoria, que deba tramitarse exclusivamente en contra de Acción. Todo lo contrario, este proceso está concedido para que se establezca si se configura una responsabilidad civil contractual con base en los hechos que planteó la Demandante y, por lo tanto, ello sólo puede definirse si se analizan las respectivas obligaciones contractuales a la luz de los comportamientos que hubieren desplegado todos los sujetos que hacen parte del vínculo correspondiente.

Como dicha integración no sucedió, en nuestro respetuoso criterio, este Tribunal debe entonces reversar la decisión de primera instancia, de tal forma que tengalugar un proceso en el que participen todas las partes que deben comparecer impajaritadamente para que se pueda dictaminar si existe una responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, los respectivos responsables.

En segundo lugar, sobre este punto, conviene mencionar lo siguiente: si bien es cierto que la Delegatura cuenta con facultades para fallar *ultra y extra petita* en casos excepcionales, eso no le permite acceder a pretensiones con base en hechos que no son objeto de discusión en los procesos respectivos y en los que no se centró la actividad probatoria.

En efecto, el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, en su numeral 9, dice lo siguiente:

*“9. Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultrapetita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.”*

De lo anterior se evidencia que la ley le ha otorgado a la Delegatura facultades expresas para fallar *infra, extra* o *ultra petita* en casos excepcionales; sin embargo, ella siempre se debe circunscribir a los hechos que resulten probados en los procesos. En ese sentido, es necesario resaltar la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre la mencionada facultad:

*“Así, la facultad *extra petita* – por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio”<sup>1</sup>*

De esta forma, se colige fácilmente que, aun cuando la Delegatura pretenda fallar por fuera o por más de lo pedido, tiene que circunscribirse estrictamente a los hechos alegados y probados dentro del proceso, que hayan dado lugar a las pretensiones de la demanda. En este punto, es preciso recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de los jueces de ceñirse al principio de congruencia en sus fallos:

*“Es que si la sentencia que dicta el juez **debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda**, así como en las demás oportunidades previstas procesalmente, debe observar igualmente las excepciones que aparezcan probadas, las cuales puede declarar de oficio, salvo que se necesite alegación expresa del medio exceptivo por la parte interesada. (...) Estas previsiones para el juez surgen del principio de congruencia que tiene consagración normativa en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.”*

*“Es **decir el funcionario judicial está sometido al marco jurídico procesal que le fijen las partes y al que le permite la legislación procesal** en eventos taxativamente determinados pero que contienen algunas excepciones.”*

*“Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de julio de 2018. Radicado No. 69550. MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

*estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle unapotesad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”<sup>2</sup> (Se subraya)*

No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa, la Delegatura falló de una manera que no está contemplada ni permitida por la ley y que incluso contraría el ordenamiento: accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en hechos que no fueron alegados en el escrito inicial y sobre los cuales no versó la actividad probatoria de ninguna de las partes. Incluso, la Delegatura accedió a las pretensiones cuando en el transcurso del proceso se probó —más allá de toda duda— que los hechos que daban lugar a las alegaciones de la demanda eran completamente falsos.

Así, por ejemplo, respecto de los hechos sobre los cuales la Delegatura finalmente concluyó la existencia de un supuesto incumplimiento contractual por parte de Acción, ellos jamás fueron alegados por la Demandante y nada tuvieron que ver con las pretensiones —tal y como fueron planteadas en el escrito de la demanda—. Es tan evidente la falta de congruencia del fallo, que niquiera éste se fundamentó en los alegatos de conclusión presentados por la Demandante; la cual vehementemente adujo que se ratificaba en todos y cada uno de los hechos presentados en la demanda, los cuales, como se demostró, eran falsos.

En línea con lo que se ha dicho hasta aquí, en tercer lugar, conviene precisar los errores que cometió la Delegatura al momento de estudiar y valorar la conducta contractual que desplegó mi representada a la luz de lo establecido en el encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351. Si bien este será un punto que se explicará ampliamente en el siguiente acápite de este escrito de sustentación, debe mencionarse que, en su valoración, la Delegatura desconoció y decidió abiertamente en contra de lo que la propia Superintendencia Financiera había dictaminado de forma paralela.

Tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, en términos generales, los reparos que se hicieron frente a la conducta de Acción y de los que se concluyó su supuesta responsabilidad contractual, recaen en que ella no contaba con un adecuado Sistema de Control Interno (en adelante, el “SCI”). En síntesis, para la Delegatura, la indebida existencia y aplicación de un SCI por parte de mi representada se tradujo en que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Ely del Pilar Cuello Calderón



Con ocasión de los hechos que acontecieron en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, el **SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA FIDUCIARIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA** adelantó la actuación administrativa sancionatoria de referencia 2018127962- 000-000. Con ocasión de ese proceso, se expidió en primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el **SUPERINTENDENTE FINANCIERO**. Al respecto, no debe olvidarse que dicho Superintendente Delegado —en primera instancia— y el Superintendente Financiero —en segunda instancia— son las autoridades competentes y expertas para adelantar tales actuaciones administrativas.

Dentro de esa actuación administrativa sancionatoria, uno de los puntos específicos que justamente se analizó fue el de determinar si Acción contaba o no con un adecuado SIC, de acuerdo con las normas legales que eran aplicables. Tal y como se desprende de las Resoluciones 1520 y 1102, tanto en primera como en segunda instancia se concluyó que el SIC sí era adecuado y coherente con el marco normativo vigente.

Así las cosas, si las autoridades competentes y expertas concluyeron que no existía ninguna falla en el SIC de Acción, no se entiende cómo la Delegatura arribó a una conclusión diferente en la sentencia de primera instancia que nos ocupa. Desafortunadamente, la existencia y efectividad del SIC nunca fue objeto de discusión dentro del proceso y la respectiva etapa probatoria —siendo así una sorpresa este asunto en la sentencia que profirió la Delegatura—, de tal suerte que mi representada nunca contó con la oportunidad de acreditar las Resoluciones 1520 y 1102 y lo que al respecto allí se decidió.

Todo esto reafirma la necesidad de que la sentencia de primera instancia sea revocada. Las conclusiones y juicios que planteó la Delegatura son contradictorios con otras decisiones que la propia Superintendencia Financiera ha tomado sobre el particular. Además, todas ellas responden a una concepción que no es la que le corresponde a un proceso de protección al consumidor financiero sino, en realidad, al de una actuación administrativa sancionatoria que no es procedente en este ámbito que nos ocupa.

En cuanto a este punto, debemos plantear una serie de consideraciones sobre el valor que la Delegatura le otorgó a las pruebas que fueron debidamente decretadas, aportadas y practicadas en la etapa probatoria. En nuestro respetuoso criterio, es claro que éste no respondió al resultado natural de la aplicación del criterio de *sana crítica* sobre las mismas que ordena la ley. Por el contrario, la Delegatura decidió valor las pruebas de manera individual y aislada, más no de manera sistemática, como corresponde e indica el artículo 176 del CGP:

*“Las pruebas deberán **ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o***

*validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.” (Se subraya)*

Como se indicó anteriormente, aún si pudiera considerarse que la condena de mi representada hubiera sido determinada fallando en equidad o en conciencia, esto no excusaba a la Delegatura de valorar el material probatorio del proceso en su conjunto, como bien lo indica Hernán Fabio Lopez:

*“Ningún proceso civil, ni siquiera aquellos que se pueden fallar en conciencia, está excluido de la aplicación del sistema anterior (sistema de la sana critica), (...)”<sup>3</sup>*

Siguiendo esta línea, sobre todo, la Delegatura pasó por alto lo que se acreditó de manera suficiente con el interrogatorio de parte que se practicó a la Demandante. Basta detenerse en el mismo, para constatar varias cosas importantes para acreditar la improcedencia de las pretensiones:

En primer lugar, con el interrogatorio se evidenció un claro desconocimiento del negocio celebrado y un sin número de preguntas sin respuestas. Es claro que la parte demandante tuvo una conducta evasiva que imposibilitó el esclarecimiento de los hechos y la claridad de sus pretensiones.

Asimismo, en ese interrogatorio se constató que todos los términos del negocio que aceptó y suscribió la Demandante fueron negociados por ella con el Promotor del proyecto. Esto reafirma, entre otras cosas, que Acción no debió haber sido la llamada a responder por los supuestos daños que sufrió la Demandante y, mucho más importante, que el proceso no ha debido tramitarse ni decidirse sin la comparecencia del Promotor. Como se dijo arriba, debemos reiterar que la única razón por la que la Delegatura decidió proceder sin la comparecencia del Promotor fue porque sabía que ello se traduciría en una pérdida de competencia para ella.

Adicionalmente, allí quedó claro que la Demandante ni siquiera sabía cuáles fueron los incumplimientos legales y contractuales en los que supuestamente habría incurrido mi representada. Si bien la Delegatura arbitrariamente decidió desconocer el interrogatorio de parte como medio de prueba —al punto que ni siquiera lo analizó en su sentencia—, nadie puede desconocer que este mostró que, para la propia Demandante, mi representada no incurrió en ninguna falencia según las obligaciones que tenía, siendo en realidad el Promotor del proyecto u otro el realmente responsable de los daños que supuestamente se le generaron.

---

<sup>3</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.

Es más, muestra de lo anterior incluso se vio cuando la Demandante no pudo dar claridad sobre cómo se hicieron los aportes al negocio ni la razón por la cual se dio una reestructuración del negocio.

Por último, en relación con este primer punto del análisis, es menester señalar que la Delegatura cometió un grave error e inconsistencia al momento de definir el marco normativo que le era aplicable a mi representada —con ocasión de los contratos que celebró con la Demandante— y con base en el cual se decidió su responsabilidad civil contractual. En particular, el marco normativo concerniente al rol que debía desempeñar Acción en la definición y constatación del punto de equilibrio del proyecto Marcas Mall y que definía la transferencia de los recursos al Promotor.

Lo primero y más importante que hay que señalar es que, a la luz de la normatividad que estaba vigente para el momento de los hechos, salvo pacto en contrario en los contratos, Acción no tenía el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios. Dicha obligación sólo comenzó a existir a partir de la inclusión del numeral 5.2.3.2 que se hizo en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ con la Circular Externa 007 de marzo de 2017:

*“5.2.3.2. La obligación de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas contractualmente establecidas para la transferencia o desembolso de los recursos.”*

Para sostener la tesis contraria, la Delegatura recurrió en sus decisiones a lo dispuesto en el artículo 3.4.7.2 del Capítulo I del Título III de la Parte I de la CBJ, vigente para el momento de los hechos, dándole un alcance que no tiene. En ese parte se establecen reglas de información para —entre otros muchos otros— los negocios fiduciarios, sin fijar reglas sobre su funcionamiento/operación, las cuales están únicamente consignadas en el Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ previsto para negocios fiduciarios. Ese numeral dispone lo siguiente con respecto a la información que tenía —y aún hoy tiene que darse— por parte de las fiduciarias a sus clientes en el marco de negocios fiduciarios de “preventas”:

*Negocios fiduciarios de “preventas”*

*En los negocios cuyo objeto sea el recaudo de los recursos provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente harán parte del precioprometido por la compra, resulta fundamental que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de aspectos tales como:*

*Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos.*

*Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio.*

*Si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor.*

*Cuáles serán las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria.*

*La identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario.*

*Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de una cartera colectiva o a través de cualquier otro mecanismo.*

*La identificación clara y expresa del beneficiario de los rendimientos generados por el fondo de inversión colectiva o el mecanismo que se escoja.*

*3.4.7.2.8 Los derechos y obligaciones que le otorga su vinculación al negocio fiduciario.*

Tal y como se desprende de esa norma es claro que, conforme a la normatividad vigente para el momento de los hechos: (i) Acción no estaba en la obligación legal de definir el punto de equilibrio; (ii) por el contrario, Acción podía o no participar libremente en esa definición; y (iii) la obligación legal de Acción se circunscribía a informar expresa y claramente a sus clientes si ella participaría o no en dicha definición, indicando las condiciones respectivas para el efecto.

Lo anterior pone de presente que el razonamiento de la Delegatura no solo fue equivocado en este punto, sino que tumba uno de los soportes principales de la sentencia: toda vez que Acción no estaba obligada legalmente a participar y definir el punto de equilibrio, las cláusulas respectivas del encargo fiduciario MR-799 en el que se excluyó de manera expresa esa responsabilidad a su cargo sí eran válidas y, por lo tanto, no han debido declararse como ineficaces.

Los numerales 2.2.1.2.1 y 2.2.1.2.2 del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ establecen una clara diferenciación entre los deberes de información y asesoría que tienen las sociedades fiduciarias:

*Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte de objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.*

*En los negocios en los que se comercialicen participaciones fiduciarias las sociedades fiduciarias deben implementar los mecanismos necesarios para que los interesados conozcan con claridad los riesgos asociados a este tipo de inversiones.*

*Deber de asesoría. Este es un deber que no debe confundirse con el de la información previsto en el subnumeral anterior y, salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.*

De la lectura del fallo de primera instancia, es claro que varios de los reproches que hizo la Delegatura se sustentan en una aplicación errada del deber de información que tenía Acción, equiparándolo al deber de asesoría, sin reparar en que, por expresa disposición contenida en el numeral 2.2.1.2.2 antes citado, este último deber solo recaía en la fiduciaria si se hubiera “una obligación expresa pactada en el contrato” que claramente no existe.

Así las cosas, en cumplimiento de circular externa 046 de 2008 y la circular externa 030 de 2017 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Acción sí cumplió con todos sus deberes legales y contractuales, razón de más para desechar por completo el razonamiento de la Delegatura.

**ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA NO ES CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE EN**

## **VIRTUD DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE PROMOVÍÓ LA DEMANDANTE**

Ahora bien, al margen de las consideraciones antes expuestas, teniendo en cuenta que el proceso de la referencia se enmarcó como uno de responsabilidad civil contractual, en este capítulo se explicarán las razones por las que los elementos constitutivos de la misma establecidos en el artículo 1604 del Código Civil no se configuran en el caso que nos ocupa.

En este escrito se hará un especial desarrollo de los mismos, debido a que — desafortunadamente—, como se anunció arriba, la Delegatura omitió realizar un estudio de los mismos en la sentencia, limitándose simplemente a enlistar las razones por las que, en su criterio, Acción habría actuado en contravía de los deberes legales que le correspondían ante la Demandante. Valga decirlo de nuevo pese al riesgo de caer en redundancia: las acciones de protección al consumidor financiero no están diseñadas para que la Delegatura simplemente reproche las conductas de las entidades financieras para posteriormente imponerles una sanción —para esto existen las actuaciones administrativas sancionatorias—; por el contrario, en realidad, este tipo de acciones están concebidas para que la Delegatura defina si, en el marco de una determinada relación contractual, una entidad financiera comete un acto antijurídico a la luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño cierto, directo y determinado o determinable.

Como se demostró en este proceso, de los hechos y pretensiones de la Demandante no resulta posible extraer varios de los elementos de la responsabilidad contractual. Hay que decirlo con total contundencia: (i) Acción nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (ii) Acción nunca actuó a partir de una conducta antijurídica —conforme al grado de diligencia que le era exigible—; y (iii) Acción nunca generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la Demandante.

## **AUSENCIA DE UNA CONDUCTA ANTIJURÍDICA A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESTABLECIDAS EN EL ENCARGO FIDUCIARIO MR-799 Y EL CONTRATO DE FIDUCIA DE ADMINISTRACIÓN FA-2351**

En términos muy sencillos, la Delegatura concluyó que Acción habría incurrido en una conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales que ella tenía en virtud del encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351, porque, en concreto:

No se habría informado a la Demandante sobre el cumplimiento de las condiciones del punto de equilibrio que se habían acordado para el proyecto Marcas Mall, a pesar de que ello habría acontecido antes de su vinculación por medio del encargo fiduciario MR-799.

En línea con lo anterior, no se habría informado a la Demandante de que, para el momento de su vinculación, ya se habrían comenzado a trasladar los recursos económicos de los encargos fiduciarios al Promotor.

No se habría informado a la Demandante que con los dineros de los encargos fiduciarios se había adquirido el lote de terreno en donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall.

No se habría informado a la Demandante del estado del proyecto Marcas Mall para el momento en el que ella se vinculó por medio del encargo fiduciario MR-799.

Conforme a lo que se explicó en el acápite anterior, Acción no habría contado con un adecuado y oportuno SCI.

Finalmente, una vez acaecido el siniestro y la imposibilidad de desarrollar el proyecto Marcas Mall, Acción no habría realizado ninguna acción para proteger y salvaguardar el lote en donde éste se desarrollaría.

Así las cosas, a continuación se indicarán las razones particulares por las que, en realidad, mi representada no incurrió en ninguna de las falencias antes anotadas con base en las cuales la Delegatura emitió la sentencia de primera instancia:

Respecto del tema de acreditación de los requisitos, se logró probar que Acción cumplió con la verificación de esos requisitos de conformidad con el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014. En ella y sus anexos se puede establecer que los procedimientos y los requisitos se desarrollaron de conformidad al encargo fiduciario y al contrato matriz.

A su vez, el Representante Legal de la Demandante no pudo dar cuenta a la Delegatura de los requisitos que presuntamente pasó por alto Acción y tampoco pudo identificar cuáles requisitos eran los que se exigía para la transferencia de recursos.

Por otro lado, frente a los deberes de protección y defensa de los bienes del fideicomiso, mi representada solo obedeció a las voluntades de los titulares del negocio, permitiéndoles el ejercicio de sus derechos en la forma acordada. En esta medida, Acción no estaba en deber de ir más allá de lo convenido por las partes y las normas imperativas vigentes para la época.

En ese sentido, el Concepto 2008068357-003 del 27 de noviembre de 2008 de la Superintendencia Financiera establece lo siguiente respecto de las obligaciones de las fiduciarias:

*“para poder determinar la seguridad que tienen los dineros recaudados por la fiducia a nombre del constructor, es preciso remitirse al contrato de que se trata. Lo anterior toda vez que sólo de este modo se puede determinar el alcance de la gestión de la fiduciaria, la destinación de los recursos y las condiciones para que el constructor pueda disponer de ellos”.*

Ahora, respecto del esquema de preventas que se utilizó en el presente proceso, resulta pertinente señalar que, después del cumplimiento de las condiciones, Acción no tenía ninguna obligación en relación con deber de información sobre el estado del proyecto, las gestiones de modificación del mismo etc. La propia Superintendencia Financiera reconoce este hecho en el documento denominado Boletín N° 1 MARCAS MALL en los siguientes términos:

## 2. Esquema de preventas

En este esquema, la función de la **fiduciaria** es recibir los dineros destinados a la separación de los inmuebles por parte de los compradores de unidades, hasta que se cumplan las condiciones técnicas y financieras establecidas en el contrato, lo que comúnmente se conoce como alcanzar el “*punto de equilibrio*”.

Logrado este punto, los recursos son entregados al constructor, momento en el cual finaliza el objeto del contrato de este tipo de **fiducia**.

Generalmente, estos recursos son invertidos en un **Fondo de Inversión Colectiva**<sup>10</sup> (FIC) administrado por la **sociedad fiduciaria** relacionada con el negocio, al cual el consumidor financiero se vincula mediante un contrato con condiciones uniformes para todos los consumidores (contrato de adhesión).

Los recursos de los inversionistas son depositados en dicho fondo e invertidos de acuerdo con el reglamento del **fondo de inversión**, hasta que se cumplan los requisitos para el desembolso al constructor. En caso contrario, los dineros permanecerán en el fondo hasta el momento de hacer la devolución a los inversionistas.

Teniendo en cuenta lo anterior, mal puede concluirse que el otrosí suscrito entre la Acción y la Demandante resultan abusivos o contrarios a derecho. Por el contrario, ellos se enmarcan perfectamente dentro de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y las obligaciones a cargo de mi representada de conformidad con las normas pertinentes.

En todo caso, es importante señalar que los boletines informativos enviados por **URBANIZAR** y **PROMOTORA MARCAS MALL** dan cuenta de la información enviada a los inversionistas sobre la necesidad de modificar el proyecto y suscribir las modificaciones a los contratos. Así se puede verificar, por ejemplo, en el Boletín 1, obrante a derivado 02 que a la letra da cuenta de la información completa suministrada a la Demandante.



## 5. Créditos Bancarios

El crédito constructor base es del orden de \$35.000 MM. Hay manifiesto interés de tres (3) entidades bancarias para otorgar este financiamiento, incluso por una cuantía mayor que brinde la opción de contar con un margen de maniobra suficiente que aminore cualquier afectación por causa de algún inconveniente o retraso en cualquier fuente prevista. Aunque estamos negociando las mejores condiciones para el proyecto, uno de los requerimientos de base de estas entidades bancarias es contar previamente con las **Promesas de Compraventa y/u Otro Si a las Promesas de Compraventa suscritas** con cada comprador, convirtiendo este tema en la tarea más prioritaria, por lo cual pedimos la colaboración de todos ustedes agilizando la revisión y firma de los documentos mencionados para continuar con el trámite de aprobación del crédito constructor.

Actualmente se está trabajando en los ajustes de los diseños técnicos para que se correspondan íntegramente con el diseño arquitectónico final. Este proceso de reestructuración de los diseños técnicos como el romper la inercia de la obra y readquirir la dinámica requerida tomará algunas semanas, pero es una circunstancia necesaria para asegurar la continuidad de la obra una vez ésta se reinicie.

Con estos boletines se informó a los inversionistas sobre el estado del proyecto y se indicó de manera inequívoca las etapas del mismo.

Bajo ese mismo derrotero, el deber de información que utilizó como base de análisis la Delegatura fue con suficiencia satisfecho por mi representada, pues como se constató en el interrogatorio de parte de la Demandada, se informó a través del encargo primigenio (medio idóneo) la situación actual del proyecto y especificó en su clausuladolos requisitos acreditados de manera oportuna por parte del acreedor.

Ahora, respecto de las medidas de protección del lote, conviene reiterar que todas las acciones preventivas y de protección son del resorte del Promotor del proyecto, pues éste es quien tiene en su cabeza la construcción del proyecto, de tal manera, que resultaexcesiva una nueva carga que de forma discrecional la Delegatura considera que es responsabilidad de mi representada. Valga entonces decir que el argumento de la Delegatura al presuntamente tener claridad respecto de la no injerencia de mi representada en temas constructivos se desvanece al ahora confundir una responsabilidad que es propia y exclusiva del Promotor.

No obstante lo anterior, Acción se ha hecho parte de los procedimientos policivos para preservar los derechos del lote y evitar afectaciones posteriores en cabeza del patrimonio autónomo.

## **INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO REAL, DIRECTO Y DETERMINADO O DETERMINABLE**

El daño antijurídico es la piedra angular de la teoría de la responsabilidad civil contractual en Colombia. Conforme a lo que antes se indicó, en los términos del artículo

1604 del Código Civil, sin la existencia de un daño real, cierto, directo y determinado o determinable, no es posible configurar un caso de responsabilidad contractual. Contrario a lo que afirmó la Demandante y lo que a su vez concluyó la Delegatura en primera instancia, la Demandante no ha sufrido ningún tipo de aminoración antijurídica a raíz de los hechos en los que fundamentaron sus pretensiones.

En términos muy concretos, en la sentencia de primera instancia, la Delegatura estimó que el daño de la Demandante se definió a partir de la “frustración” que ella sufrió al no haber podido recibir los beneficios legítimos del proyecto Marcas Mall si éste se hubiera llevado a feliz término. En otras palabras, para la Delegatura la conducta antijurídica de Acción fue la razón por la cual el proyecto Marcas Mall no se pudo finiquitar, lo que generó que la Demandante no pudiera obtener los beneficios correspondientes.

La conclusión a la que arribó la Delegatura es equivocada porque, como se explicará a continuación, en realidad la Demandante no sufrió ninguna aminoración en los términos que se enunciaron en la sentencia de primera instancia. Como se verá en detalle, las afugias que si acaso ha sufrido la Demandante no revisten las condiciones para ser catalogadas como un daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable que deba ser reparado por Acción a la luz de la normatividad y jurisprudencia vigente.

En aras de llevar a cabo nuestro análisis, en primer término, conviene traer a colación los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales:

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el daño es:

*“Con el señalado propósito, resulta pertinente indicar, que en el régimen de la responsabilidad civil, no se definió el daño, pues en la proveniente de los «delitos y las culpas», se menciona simplemente el «daño» como elemento indispensable para la estructuración de la misma (artículo 2341 del Código Civil) y tratándose de la «responsabilidad contractual», al referirse a la indemnización de perjuicios, optó el legislador por señalar la clasificación de los daños patrimoniales, previendo que comprende el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1613 ibídem), respecto de los cuales expresa la respectiva definición (artículo 1614 ídem); entendiéndose por el primero, la pérdida o disminución efectivamente sufrida por la víctima en su patrimonio como consecuencia del hecho dañoso; mientras que el segundo, comprende la ganancia o utilidad que esperaba percibir y que en un estado normal de cosas habría reportado, de no haberse presentado el hecho perjudicial.*

Igualmente, la misma corporación en la sentencia SC10297-2014, rad. n° 2003-00660-01, en sentido amplio, indicó lo siguiente acerca del daño:

*En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.*

Por su parte, el tratadista chileno BARROS BOURIE (2006), además de aludir a la situación de falta de definición del concepto de «daño», expone en términos generales que

*«[...], la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre ‘una pérdida o disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba’»<sup>4</sup>.*

Así mismo, el doctrinante uruguayo PEIRANO FACIO (2004), al exponer la tesis que estima dominante sobre la noción de «daño», manifiesta, que incluye el «concepto de antijuridicidad» y que «[...] se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión a un derecho»<sup>5</sup>.

Ahora bien, en este caso no se puede hablar de daño antijurídico, real, directo y determinado o determinable en cabeza de la Demandante por los hechos y negocios jurídicos que nos ocupan por las siguientes razones:

En el presente caso no puede derivar un daño cierto, real o determinado, ya que como se explicó en los alegatos de conclusión de primera instancia, existe en la actualidad un proceso liquidatorio que se encuentra en estudio de admisión por parte del Juzgado 5 Civil del Circuito de Bogotá

Esta situación permite colegir con meridiana claridad que, al no estar liquidado el fideicomiso Marcas Mall, es imposible determinar si de los activos que posee el proyecto al día de hoy es posible o no retornar los recursos aportados por los diferentes inversionistas. Por el contrario, resultaría arriesgado condenar de manera prematura a Acción partiendo de una mera expectativa que deriva de unos hechos que aún no han sido

---

<sup>4</sup> Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

<sup>5</sup> Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

objeto de análisis dentro del proceso liquidatorio.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, reiteró:

*“2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01).*

*Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).*

*La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.*

*Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:*

*No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia.”<sup>6</sup>*

En punto de lo anterior, los requisitos desarrollados por la Jurisprudencia respecto del daño antijurídico (real, cierto y determinado o determinable) claramente se extrañan en el presente proceso, pues quien los debía probar no lo hizo y por el contrario desentendió la carga probatoria que le correspondía.

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, MP Margarita Cabello, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01

Sin perjuicio de lo anterior, el daño reclamado y la interpretación del mismo derivado de la “frustración” que indicó la Delegatura, no es otra cosa que un trabajo hermenéutico de la propia Delegatura —el cual ni siquiera fue planteado por la Demandante en sus hechos o pretensiones— quien, en su afán proteccionista, confundió las obligaciones contractuales de las partes aterrizando a una conclusión lejana al vínculo contractual.

Ahora bien, si el presunto daño que concluyó la Delegatura concomitante con la denominada “frustración” obedece a una infracción que deviene de la construcción del proyecto, es de recordar que dicha obligación no era ni es del resorte de mi representada. Por el contrario, la misma estaba en cabeza de PROMOTOR—en su condición de Promotor— el cual, reitero, no fue citado a la presente contienda litigiosa. Por ende, mal puede mi representada ahora ser condenada a asumir las consecuencias de una omisión en la que incurrió PROMOTOR. Por lo demás, este es el argumento central que permite colegir la inexistencia de un nexo causal en el caso que nos ocupa.

Esta situación de manera clara evidencia que en el presente caso no se puede establecer un daño cierto, por cuanto aún falta que se liquide el proyecto y fruto de esa liquidación se entregue a la Demandante lo que le corresponde. Por consiguiente, no puede reconocerse ningún tipo de daño en favor de la Demandante, pues ello terminaría por configurarse como un claro enriquecimiento sin causa a su favor. Según lo antes dicho, no hay razón para que mi representada o cualquier tercera parte, asuma el pago de unos dineros que desde ningún punto de vista la Demandante ha perdido.

## **INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL**

Continuando con los requisitos establecidos por el artículo 1604 del Código Civil y partiendo de la inexistencia del daño como se explicó líneas arriba, debe decirse que no se acreditó en este proceso el elemento estructural de nexo causal. Al respecto, debe decirse con total respeto que en la sentencia de primera instancia la Delegatura ni siquiera se detuvo en este punto del análisis, concluyendo así una responsabilidad civil contractual que no era entonces procedente. No debe olvidarse que la inexistencia de un nexo causal entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega en un proceso de responsabilidad civil contractual, es un aspecto básico estructural para que sea procedente la declaratoria judicial de la misma.

En lo fundamental, de la demanda de la Demandante se desprende que el hecho generador del daño alegado recae en que mi representada supuestamente no verificó de manera correcta los requisitos establecidos en el contrato de encargo fiduciario individual para que fuera procedente la transferencia de los recursos de los inversionistas al Fideicomiso FA-2351. Sin embargo, no hay nexo de causalidad entre este hecho y el daño que se alegó,

toda vez que el supuesto del cual partió la Demandante no es correcto.

A la luz del contrato de encargo fiduciario y el marco normativo ampliamente explicado en este escrito, Acción no tenía el deber de verificar, acreditar e informar el cumplimiento de los requisitos que se habían definido para que la transferencia dineraria fuera procedente —el llamado “punto de equilibrio”—, pues todo ello había quedado contractualmente en cabeza del Promotor y, en algunos casos, del Interventor del proyecto. Tal y como se probó en este proceso, las obligaciones contractuales de Acción estaban circunscritas a recibir del Promotor del proyecto y/o del Interventor la información que acreditará el cumplimiento de los mismos e instrucciones de transferencia de los recursos, para a continuación proceder con el traspaso de los dineros al Fideicomiso FA-2351. En el caso que nos ocupa, ello se desprende justamente de la Cláusula Décima del Contrato de Encargo Fiduciario individual:

**“El(los) INVERSIONISTA(S) declara(n) expresamente conocer y entender que la FIDUCIARIA no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario “MARCAS MALL”, ni en la determinación de viabilidad o factibilidad financiera o técnica de del citado proyecto inmobiliario, que por tanto, no conoce las especificaciones técnicas del mismo, ni es responsable por su ejecución, terminación o calidad, ni lo será por los perjuicios que la no ejecución de dicho proyecto ocasione(n) al INVERSIONISTA(S) o terceros, responsabilidad que el(los) INVERSIONISTA(S) entiende(n) es única y exclusivamente del PROMOTOR del proyecto inmobiliario que se pretende desarrollar, quedando claro entonces que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actúa única y exclusivamente como administradora del encargo que mediante el presente contrato se constituye y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantará el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad (...)”** (Se subraya)

Para establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las reglas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, el hecho con relevancia jurídica que pueda ser razonablemente considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil.

Sobre esto, la Sala Civil de la Corte Suprema ha señalado:

*“Para identificar el nexo causal entre los acontecimientos que interesan al proceso, en suma, no se debe a falta de conocimientos jurídicos sino a que el problema de la causalidad ha sido planteado por la tradición jurídica en términos filosóficos que trascienden los límites especializados del derecho; pasando por alto que la misma epistemología se ha mostrado incapaz de explicar la existencia de vínculos entre los hechos, por lo que en el estado actual*

*del conocimiento científico la relación entre los hechos y los enunciados sobre los hechos no se estudia en términos estrictamente epistemológicos, sino como un problema de frontera que involucra varios ámbitos como el uso práctico del lenguaje (giro lingüístico), la sociología del conocimiento, las teorías de sistemas, las ciencias cognitivas y de la complejidad, entre otros enfoques integrados, solapados o interconectados.*

*Es la filosofía, precisamente, la que advierte sobre sus limitaciones para explicar las correlaciones causales entre los hechos, por lo que no es posible asumir ningún enfoque epistemológico particular para resolver los problemas de causalidad jurídica. De ahí que el derecho tiene que depurarse y desprenderse del rezago metafísico que tradicionalmente ha impregnado sus institutos: «Lo que se trata de señalar con esta observación es que muchas veces el jurista está aceptando ingenua e inconscientemente conceptos cuya consciencia rechaza. No quiere hacer filosofía sino práctica, pero todo su lenguaje está impregnado de un aroma filosófico del que no puede huir: causa, motivo, culpa, consentimiento, son términos que si no son previamente conceptualizados desbordan el marco de la mera juridicidad para inhalar el de ciencias afines: desde la psicología a la filosofía».*

*Debido a la imposibilidad de adoptar un enfoque filosófico particular que explique las relaciones causales en la fase de elaboración de los enunciados probatorios, se torna necesario acudir a criterios jurídicos (que no excluyan los aportes de las demás ciencias contemporáneas) para la definición de los conceptos fundamentales del instituto de la responsabilidad civil; para lo cual la teoría de la imputación resulta de gran utilidad.*

*La imputación civil –se reitera– no excluye el concepto de causalidad (cualquiera que sea su significado filosófico o científico); simplemente acepta la evidencia de que las relaciones causales no se dan en todos los casos (como en la responsabilidad por omisiones o por el hecho ajeno); y siempre es insuficiente, dado que las condiciones relevantes para el derecho no pueden seleccionarse sin criterios de adecuación de sentido jurídico. Únicamente a partir de este contexto de sentido jurídico pueden elaborarse enunciados probatorios de tipo causal, los cuales, por necesidad lógica, tienen que ser razonamientos hipotéticos o abductivos (sea por acciones o por omisiones).*

*«Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo). De manera que una persona puede originar un hecho desencadenante de un daño, sin embargo, el nexo causal por sí solo resulta irrelevante para endilgarle ese hecho como suyo; como bien puede ocurrir que la autoría del hecho lesivo deba ser asumida por quien no tuvo ninguna intervención o injerencia física en el flujo de eventos que ocasionaron el daño. La atribución de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción*

*física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo a su cuenta como suyo. Aunque la relación causal aporta algo a la fórmula de imputación en la medida en que constituye una conexión frecuente o probable entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima, no explica satisfactoriamente por qué aquél puede ser reputado artífice».*

*No todas las circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta como causas físicas son relevantes para el derecho, pero la selección de las condiciones relevantes para atribuir responsabilidad es siempre un problema de sentido jurídico: entre más inferencias se consideren como causas jurídicamente relevantes habrá más posibilidades de elaborar juicios rigurosos de atribución o de exoneración de responsabilidad; mientras que si la “muestra causal” es pequeña habrá grandes probabilidades de que el juicio de imputación quede a merced de la intuición o la suerte. Las valoraciones causales, en suma, no recaen sobre “lo dado” por la experiencia sino más bien en lo que de ella logra seleccionarse con dificultad. Esta caracterización del nexo causal supone, además, la interrupción de una cadena de circunstancias cuando en ella intervienen elementos extraños tales como los casos fortuitos o los actos de terceros que tienen la virtualidad suficiente para erigirse en el hecho generador del daño y, por tanto, excluyente de todos los demás.”*

Así las cosas, se tiene que quien en realidad estaba obligado a verificar y cumplir con los requisitos técnicos para que procediera la transferencia de recursos era MARCAS MALL CALI —en su calidad de Promotor— y no mi representada. Por consiguiente, si en efecto la Demandante sufrió algún daño, el mismo encuentra su causa en la conducta que MARCAS MALL CALI desplegó, al haber sido ella quien —conforme a lo pactado— tenía la obligación de acreditar el cumplimiento o no de las condiciones que se habían trazado. En otras palabras, de la conducta que llevó a cabo mi representada no es viable desprender ningún vínculo con el daño que alegó la Demandante y que le reconoció la Delegatura.

Siguiendo con lo anterior, es importante no perder de vista cuál era el objetivo principal del negocio fiduciario que se armó a través del fideicomiso FA-2351 y los diferentes encargos fiduciarios —incluyendo el MR-7990001100011095 que se suscribió con la Demandante—: era en realidad el de lograr que estas personas adquirieran unos locales comerciales dentro del Centro Comercial Marcas Mall. Si en realidad existiese un nexo de causalidad entre el supuesto accionar de mi representada y el supuesto daño alegado, el centro comercial ni siquiera se habría empezado a construir, pues no se habría siquiera logrado adquirir el lote destinado a dicha construcción. Frente a esto, en su decisión, la Delegatura olvidó que las obras en dicho lote iniciaron y que el proyecto estaba andando, hecho que se puede probar con los boletines informativos los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda. En esa medida, con ese simple hecho se rompe cualquier nexo de causalidad entre el actuar de mi representada y el daño alegado.



Lo anterior, en otras palabras, significa que cronológicamente el hecho que habría generado el supuesto daño de la Demandante —si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio y, por ende, bajo las premisas antes explicadas, en ninguna circunstancia mi representada pudo haber causado el daño alegado.

Ahora, como bien lo manifiesta el extremo demandante en sus hechos, el plazo que disponían los Contratos de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de otrosí, en el cual se modificó el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 /12/2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por el **DEMANDANTE** —esto es la errónea verificación que se hizo de los requisitos del punto de equilibrio por la supuesta tardía transferencia de la propiedad que se hizo del bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali al patrimonio autónomo FA-2351 MARCAS MALL, que se efectuó el 19 de noviembre de 2014 y fue registrada el 1 de diciembre del mismo año— se tiene que esta se encontraba, y por creces, dentro de los términos fijados para la transferencia, por lo que este hecho no pudo haber sido el causante de los supuestos daños. Mas aun si se tiene en cuenta que la vinculación del inversionista **LA RECETA Y CÍA. S.A.S.** sedio con posterioridad a la declaración del punto de equilibrio y acreditación de los requisitos establecidos en el encargo fiduciario. De la misma demanda se puede extraer esta conclusión, con lo que no hay ninguna conexión entre el supuesto daño y el hecho que se le endilga a mi representada.

Con base en todo lo antes dicho, sorprende la manera en la que la Delegatura desconoció todos los argumentos que mi representada promovió dentro del proceso para demostrar la inexistencia de la supuesta responsabilidad civil contractual, para acto seguido, tomar una decisión que en realidad termina traducándose en un enriquecimiento sin causa de la Demandante. Reitero: existe un proceso liquidatorio en curso, en el que realmente se definirán los derechos que tienen los inversionistas del proyecto Marcas Mall —entre ellos, la Demandante— de cara a los activos que existen en el fideicomiso FA-2351. Como se dijo al momento de analizar el daño, los inversionistas pueden hacer valer sus acreencias en ese proceso y, solo de los resultados del mismo, podría emprenderse la acción que hoy se impugna a través de este recurso de alzada.

### **FALLO JUDICIAL DE REFERENCIA QUE ES RELEVANTE PARA QUE SE DECIDA EL CASO QUE NOS OCUPA**

Con el ánimo de que este Tribunal cuente con todos los elementos de juicio suficientes para sopesar y detectar los yerros que cometió la Delegatura al emitir la sentencia de primera instancia —sobre todo, de cara a los razonamientos que se han venido planteando en este escrito—, a continuación, se traerá a colación la sentencia que emitió la Sala Civil del

Tribunal Superior de Cali en el proceso de referencia 2018-00083. Dicha providencia se emitió con ocasión de un proceso similar al que nos ocupa, en donde otro inversionista del proyecto Marcas Mall demandó a mi representada por hechos y pretensiones prácticamente idénticas. Este caso se constituye como un antecedente fundamental para el recurso de apelación que se está surtiendo en este proceso.

En síntesis, tanto en primera como en segunda instancia, en ese proceso se concluyó que (i) mi representada no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que (ii) lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por mi representada.

Al respecto, el juez de primera instancia dijo lo siguiente:

*“...no existe certeza del daño efectivamente causado a la sociedad...muy a pesar de la transferencia de los recursos a favor del promotor sin la estricta verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en el Otro Sí No. 1 y General Reglamentario, lo cierto es esa situación por sí sola no da cuenta a una pérdida de los dineros depositados en la fiduciaria, pues la obra aunque se encuentre inconclusa no ha sido liquidada”.*

En línea con lo anterior, en la sentencia de segunda instancia se afirmó que el perjuicio que había alegado la parte demandante era meramente hipotético y, por ello, no había lugar a una reparación o indemnización de perjuicios.

Así mismo, dentro de la sentencia de segunda instancia se hizo referencia al tema del deber de información, el cual fue alegado por la parte demandante como una maniobra dolosa para ocultar la información, referente a la transferencia de recursos al constructor de la obra.

El juzgador en este tema aclaró que a partir del principio de buena fe establecido en la Constitución Política, *“le corresponde a la parte demandante demostrar en forma contundente la intención de causar daño, pues el dolo no se presume sino que debe probarse”.*

Esta carga probatoria que estableció el Magistrado sustanciador en el caso citado, no es nada diferente a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso:

***“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.***

*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del*

*proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*

*Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.*

*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”*

El anterior artículo leído a las voces de la jurisprudencia citada, no dicen otra cosa diferente a que la carga de la prueba en estos procesos de naturaleza declarativa, corresponden a quien persigue la declaración, esto es, a **LA RECETA Y CÍA. S.A.S.**, quien pretende no solo el incumplimiento contractual sino también probar el actuar doloso de mi representada.

En este punto es imperante señalar que los medios probatorios para soportar ese dicho fueron insuficientes por no decir nulos. La actividad probatoria del proceso en comento estuvo en cabeza de mi representada y de la iniciativa oficiosa del despacho. Sin embargo, ninguna de las pruebas aportadas da luces de un actuar doloso que pudiera generar un daño potencial al inversionista.

Finalmente, la sentencia de segunda instancia que se emitió en dicho proceso es particularmente relevante en punto al valor que ella le dio a la denuncia penal que en su momento entabló acción. Lo dicho por el Tribunal Superior de Cali resulta bastante acertado para atajar la lectura general y abstracta con la que la Delegatura abordó esta cuestión para, a partir de ella, concluir una responsabilidad contractual de mi representada. En particular, conviene traer a colación lo siguiente:

*“Al respecto debe señalarse, por un lado, que la mencionada prueba es solamente una denuncia penal que no da plena convicción de la pérdida de los dineros y, por otro, que no se incluyo en la misma el encargo fiduciario No. 0001100010232 perteneciente a INVERSIONES PSCS SAS como una de las cuentas objeto del supuesto ilícito, por lo cual no es factible aseverar que los dineros comprometidos sean los suyos, a lo que se agrega que desde un inicio las pretensiones de la demanda se encaminaron a la declaratoria del incumplimiento contractual por haber transferido ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA los depósitos al promotor sin la verificación de las condiciones dispuestas para ello, y no la entrega de los tales a otras*

*obras o persona.*

*Es por lo anterior que se comparte la posición del sentenciador de primera instancia, en cuanto a que no existe daño actual sino meramente hipotético, pues la relación contractual aun se mantiene vigente y en espera de resultados, para lo cual se baso en el interrogatorio de la parte de la representante legal de la sociedad demandante”.*

Así las cosas, en nuestro respetuoso criterio, la sentencia antes referenciada y los análisis que allí se hicieron deberían ser considerados por este Tribunal al momento de decidir el recurso de apelación que nos ocupa. Lo dicho en ese fallo pone en evidencia los terribles e insubsanables errores que cometió la Delegatura al momento de proferir la sentencia de primera instancia.

## **SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

Finalmente, si bien todo lo dicho en este escrito debería llevar a que este Tribunal revoque la sentencia de primera instancia que emitió la Delegatura y, en consecuencia, se denieguen íntegramente las pretensiones de la Demandante, enseguida se explicarán las razones por las que la Delegatura erró al denegar las pretensiones que Acción formuló en su llamamiento en garantía. Lo anterior, de tal forma que la Llamada en Garantía asuma el pago íntegro de una eventual condena en el hipotético caso en el que este Tribunal decida reafirmar la sentencia de primera instancia y/o algún tipo de condena en favor de la Demandante.

En términos muy sencillos, tal y como se desprende de la sentencia de primera instancia, la Delegatura decidió denegar las pretensiones del llamamiento en garantía porque, en su criterio, se configuró la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general —en el amparo de *responsabilidad civil profesional para instituciones financieras*— de la póliza de seguros No. 1000099 que mi representada adquirió y con base en la cual promovió el llamamiento:

*“EL ASEGURADOR NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMO DERIVADO DE, BASADO EN, O ATRIBUIBLE A:*

*(...) 3.7. CUALQUIER RECLAMO BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, CRIMINAL, DESHONESTA, FRAUDULENTO, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL ASEGURADO O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LA LEY POR PARTE DEL ASEGURADO SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL*

**ASEGURADO HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS.** (Se subraya)

Para la Delegatura, mi representada habría admitido —por conducto de su Representante Legal en el interrogatorio de parte que se le practicó— que los hechos que habrían generado el daño de la Demandante tuvieron su origen en una conducta delictiva y criminal, con lo que se habría configurado el supuesto de exclusión del amparo contratado con el seguro:

*“Para este caso, lo que en verdad aconteció conforme incluso la denuncia presentada por la pasiva lo refiere, es que el acta de verificación para el traslado de los recursos faltó a la verdad o la simuló, en aras de que pudiera procederse al traslado de los dineros, cuya verificación a cargo de la misma demandada también dejó una actuación omisiva, pues se dio visto bueno y curso al traslado de dineros con báculo en dicho instrumento, cuando la realidad como acá quedó probado era distinta. Luego, queda visto que ateniéndose la Delegatura al tenor del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido, situación que de paso sea decirlo, exime a la Delegatura del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por el llamado, de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso.”*

Como se explicará en detalle a continuación, la conclusión a la que arribó la Delegatura resulta equivocada y, en consecuencia, ante una eventual decisión adversa de este Tribunal, la Llamada en Garantía debería asumir el pago de la condena respectiva en virtud de la póliza de seguros No. 1000099:

Contrario a lo que concluyó la Delegatura, las declaraciones que hizo la Representante Legal de mi representada no se configuró como una confesión en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general. Basta detenerse en el interrogatorio de parte para constatar que la Representante Legal simplemente señaló que, en su momento, mi representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos — sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una

decisión judicial que así lo establezca—, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Lo anterior, conforme al deber legal de denuncia que tenía Acción.

Adicionalmente, la Delegatura pasó por alto que, en lo que respecta a la póliza de seguros No. 1000099, mi representada tiene la condición de consumidor financiero de la Llamada en Garantía, en los términos de la Ley 1328 de 2009 y el artículo 78 de la Constitución Política. Por consiguiente, al momento de leerse, interpretarse y aplicarse la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, la Delegatura ha debido declararla nula o ineficaz<sup>7</sup> por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero.

No es posible jurídicamente que un consumidor financiero, que no es abogado y que no cuenta con los elementos de juicio para establecer si una conducta es delictiva o criminal, pueda liberar de su obligación de cobertura a una compañía aseguradora a partir de un entendimiento y valoración subjetiva de su parte que incluso, puede llegar a ser equivocada. En otras palabras: la cláusula consignada en el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general, es abusiva e ineficaz porque, por su conducto, la compañía aseguradora le traslada al consumidor financiero una serie de cargas que no le corresponden y que solo buscan que ella pueda liberarse de la responsabilidad que le asiste a partir de un entendimiento que puede o no tener el asegurado, sin que él cuente con los elementos de juicio necesarios para hacerlo.

Eventualmente, solo un abogado experto en materia penal podría realmente determinar si una conducta puede tipificarse como delictiva o criminal — aunque, incluso, una persona así podría también equivocarse—; por lo que mal haría un juez en darle validez a una cláusula que traslada dicha carga excesiva aun consumidor financiero que adquiere un seguro a partir de un contrato de cláusulas predispuestas. No debe olvidarse que, al momento de adquirir la póliza de seguros No. 1000099, Acción —como cualquier otro consumidor financiero— no contó con la posibilidad de modificar o negociar el texto que fue predispuesto por la compañía aseguradora, por lo que su texto siempre debe leerse y aplicarse en contra de la parte que lo predispone (artículo 1624 del Código Civil).

Finalmente, el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general resulta ineficaz conforme a lo previsto en el Literal C) del numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

*“2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:*

---

<sup>7</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

*Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;*

*Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y*

*Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.* (Se subraya)

Tal y como se desprende de la póliza de seguros No. 1000099 y del clausulado general en comento, la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 no se encuentra incluida en la primera página de la póliza —no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general—, de tal forma que la misma es contraria al precepto imperativo antes citado.

Frente a este aspecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

*“son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”<sup>8</sup>*

En consecuencia, la exclusión del literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general ha debido omitirse por la Delegatura al momento de decidir las pretensiones del llamamiento en garantía que presentó mi representada, al transgredir una norma imperativa y, por lo tanto, ser por completo ineficaz.

## **SOLICITUDES**

Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 29 de enero de 2021

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

y notificada el 1 de febrero de 2021.

En línea con lo anterior, respetuosamente solicito que se emita una nueva sentencia en la que se rechacen íntegramente las pretensiones que fueron formuladas por la Demandante en contra de mi representada.

De manera subsidiaria solicito que, en caso de que se reafirme la sentencia de primera instancia y/o se decida algún tipo de condena en favor de la Demandante, se concedan las pretensiones que fueron formuladas por Acción en el llamamiento en garantía, de tal forma que la Llamada en Garantía deba asumir su pago de forma integral.

De los señores Magistrados, cordialmente,



ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS

C.C. No. 1.020.733.114

T.P. 209.491 del C. S. de la J.



Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL**

**Magistrada Ponente. Dr. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA**

[chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

**REF.** Sustentación del recurso de apelación contra la sentencia del 9 de febrero 2021 emitida por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

**Expediente:** 1100131990012019-43275-01  
**Referencia:** Acción de Protección al Consumidor.  
**Demandante:** ASIER AGUILAR AMUCHASTEGUI  
**Demandado:** PROMOTORA KARMAIRI S.A.S. Y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI.

**NICOLAS ECHEVERRI RODRIGUEZ**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.015.442.346 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 307.236 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sociedad que actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado: **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, tal y como consta en el poder otorgado en audiencia de instrucción y juzgamiento, dentro del término legal establecido de conformidad con lo establecido en el decreto 806 de 2020, respetuosamente sustento RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Sentencia de fecha 9 de febrero de 2021, notificada en estrados, por la delegatura para funciones jurisdiccionales la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual, se condenó a la sociedad PROMOTORA

KARMAIRI S.A.S., y al patrimonio autónomo **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, a la devolución de los recursos aportados por el demandante.

### **ESTRUCTURA DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO.**

De acuerdo a los reparos concretos presentados en su oportunidad ante la delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, que contenían las inconformidades respecto a la sentencia proferida el día 9 de febrero de 2021, nos permitimos presentar las razones por las cuales el fallo atacado carece de sustento legal, jurisprudencial al declarar que el FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI, vulneró los derechos del consumidor y en consecuencia ordenó pagar a favor de ASIER AGUILAR identificado con CC No. 80414281, dentro de los dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, la suma de trescientos treinta y seis millones de pesos M/Cte. (\$336.000.000).

Al respecto, como se anunció desde los reparos concretos, en primer lugar se abordará las razones por las cuales el demandante no debe considerarse como un consumidor en los términos del numeral 3 del artículo 5 de la ley 1480 de 2011, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y de la mismas Superintendencia de Industria y Comercio.

Con estas consideraciones de índole interpretativo, desde la Jurisprudencia, se pretende dar respuesta al siguiente interrogante: ¿El señor ASIER AGUILAR AMUCHASTEGUI ostenta la calidad de consumidor final, de acuerdo al numeral 3 del artículo 5 de la ley 1480 de 2011, frente al **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**?

En segundo lugar se analizará, si la cláusula décimo primera del contrato de vinculación genera un desequilibrio contractual respecto a las partes que lo suscribieron, considerando, mas allá se la simple explicación dada por el Delegado en primera instancia, normas especiales aplicables a los consumidores financieros como lo es la ley 1328 de 2009, fallos en la Superintendencia Financiera de Colombia en donde se ha estudiado la legalidad y eficacia de esta cláusula.

En tercer lugar se realizará una explicación del por qué los argumentos expuestos por el *a quo* para condenar al **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, son incongruentes y por ende existe una falta de motivación en su decisión al desconocer el precedente jurisprudencial, las pruebas presentadas (defecto factico) y las normas aplicables al caso en concreto (defecto material), máxime si se tiene en cuenta que el fallador reconoció que se estaba ante un consumidor financiero.

En cuarto lugar, pese a que el Delegado nunca argumentó por qué condenó al **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, se explicará las razones de índole contractual y legal por las cuales la devolución de los recursos al demandante no está a cargo de mi representada.

Finalmente, con fundamento en el anterior punto, se explicará la ausencia de motivación de la decisión con la cual se resolvió declarar responsable al **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, lo anterior de acuerdo con las estipulación contractuales y el estado actual del proyecto inmobiliario al cual se vinculó el demandante; que en la actualidad se encuentra en etapa de operación, lo que significa que se cumplió con el objeto contractual del negocio fiduciario.

## **I. INCONFORMIDADES RESPECTO DE LA DECISIÓN PROFERIDA EN PRIMERA INSTANCIA.**

### **1. Falta de legitimación en la causa por activa.**

El primer yerro sobre el cual es importante reparar la sentencia proferida, hace referencia a la calidad de consumidor final que la delegatura le ha otorgado al señor ASIER AGUILAR, pues ante esta particularidad se le ha dado trámite a las pretensiones de la acción de protección al consumidor incoadas; se debe indicar desde ya que el juzgador de primera instancia desconoció todo precedente vertical y horizontal en los que claramente se señala, aterrizado al caso que nos compete, que el demandante no posee la calidad de consumidor final, situación por la cual el Delegado desnaturaliza la misma acción de protección al consumidor, sin argumentar una razón de fondo que le permitiese llegar a la conclusión de que su delegatura estaba facultada para fallar temas relacionados con consumidores

financieros, **aun cuando ninguna de las partes demandadas en el proceso tuvieran la calidad de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera**, situación para la cual existe una actuación específica ante la Superintendencia Financiera.

En desarrollo del reparo anteriormente planteado se debe recordar que en virtud a lo establecido en el literal a) del numeral 1 del artículo 24 del Código General del Proceso, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente, para lo que acá interesa, frente a la resolución de litigios que versen sobre la violación de los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).

Por esta razón, es requisito indispensable que las demandas que se promuevan ante esta Entidad, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, efectivamente correspondan a una acción de protección al consumidor, lo que implica, de suyo, que el demandante ostente la calidad de consumidor final.

En ese orden de ideas, si el demandante no tiene la calidad de consumidor final en los términos del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, indefectiblemente corresponderá al juzgador declarar la carencia de legitimación en la causa por activa, tal y como lo ha hecho la Superintendencia de Industria y Comercio en múltiples casos análogos. Al respecto, se citan a continuación todas las decisiones en donde se ha declarado la falta de legitimación en la causa por activa, al encontrar que las situaciones particulares del negocio no obedecen a un consumidor final, sino a un inversionista el cual no está regulado por la ley 1480 de 2011:

1. Sentencia 00011853 del 17 de septiembre de 2018 proferida dentro del proceso 2017-339345
2. Sentencia 00007586 del 15 de junio de 2018 proferida dentro del proceso 2017-339187.

3. Sentencia 0001121 del 31 de enero de 2019 proferida dentro de los procesos 2018-100964; 2018-100968; 2018-105837.
4. Sentencia 00016531 del 06 de diciembre de 2018 proferida dentro del proceso 2018-152700
5. Sentencia 00000580 del 23 de enero de 2018 proferida dentro del proceso 2019-95287
6. Sentencia 00000634 del 24 de enero de 2019 proferida dentro del proceso 2018-95290
7. Sentencia 00009918 del 28 de agosto de 2018 proferida dentro del proceso 2019-52589.
8. Sentencia 00015368 del 05 de agosto de 2018 proferida dentro del proceso 2018-155118

En las reseñadas sentencias, existe una clara línea tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio respecto a la definición de quienes son consumidores finales, bajo la perspectiva de cuál es la intención de los contratantes, esto es, **con la intención de invertir** como así lo informó el señor ASIER AGUILAR tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte, por lo que se encuentra plenamente probado que no es consumidor final, por lo que la delegatura debía declarar probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.

Al respecto me permito citar un aparte común a todas las sentencias anteriormente mencionadas, referente a la calidad de consumidor final:

*“(...) De conformidad con el numeral 3 del artículo 5 de la ley 1480 de 2011 el consumidor o usuario es toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiere, disfrute o utilice un determinado producto cualquiera que sea su*

*naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, doméstica o empresarial en donde viene un condicionamiento en el precepto normativo, que no se encuentre ligado intrínsecamente a su actividad económica, precepto normativo que se deriva de una decisión adoptada por la corte suprema de justicia que se constituye en la definición más clara, mas explicita de que se debe considerar como consumidor final, por cuanto no todas las relaciones jurídicas, relaciones contractuales son aplicables las normas de protección al consumidor, la decisión que adoptara el despacho en la diligencia se adoptara sin perjuicio, primero de que la parte demandante pueda acudir ante la jurisdicción ordinaria mediante la acción que considere conveniente o correcta para la defensa de sus intereses... la corte suprema de justicia mediante decisión del magistrado ponente Cesar Julio Valencia Copete señaló: "(...) siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto - persona natural o jurídica - persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial - en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha(..)" esta sentencia debe mirar con lupa en casa caso en concreto, al respecto en el interrogatorio de parte a que dentro del inmueble se desarrollará una actividad económica, cuando se desarrolla una actividad económica con un producto no se puede aplicar el estatuto del consumidor, se podrán aplicar los códigos civiles o códigos de comercio que regulan otro tipo de relaciones..."<sup>1</sup>*

Por lo tanto, si bien es cierto en el presente caso no nos encontramos respecto de la utilización o explotación económica de un inmueble en particular que le fuere prometido al señor ASIER AGUILAR, **sino sobre un derecho fiduciario que le da la posibilidad de obtener unos réditos por la explotación de un inmueble** empleado para las actividades comerciales ligadas a la actividad económica hotelera, al respecto la Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado y ha indicado lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Sentencia 00011853 del 17 de septiembre de 2018 proferida dentro del proceso 2017-339345 (min 1:29:00 aproximadamente)

*“(…) El primer presupuesto a analizar es que existe una carencia en la falta de legitimación en la causa por activa por la demandante, como a continuación pasará a explicarse, en virtud del literal a del numeral 1 del artículo 24 del Código General del Proceso, la superintendencia de industria y comercio es competente para conocer sobre los litigio relativos a la violación a los derechos del consumidor establecidos en el estatuto del protección al consumidor, ley 1480 de 2011, por esta razón es requisito indispensable que las acciones adelantadas correspondan al ejercicio de una acción de protección al consumidor en lo que implica de suyo que el demandante ostente la calidad de consumidor final, en ese orden de ideas si el demandante no tiene la calidad de consumidor final en los términos del numeral 3 del artículo 5 de la ley 1480 de 2011, indefectiblemente deberá el juzgador calificar la carencia de la legitimación en la causa por activa... de donde se sigue que la acción de protección al consumidor es aquella demanda que instaura la persona que usa el producto para satisfacer una necesidad propia...cuando al relación únicamente se decanta por el provecha de una actividad económica no se da la posibilidad de ser consumidor final, así lo ha considerado la sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, colocando de presente la sentencia del 3 de mayo del 2005...en el mismo sentido el Tribunal Superior de Bogotá, en providencias sentencia del 15 abril del 2015 se señaló: “En el caso bajo estudio está demostrado (...) que el vehículo (...) cuya garantía pretende hacer efectiva, en la actualidad y desde su adquisición, está destinado al transporte público de mercancías o ‘transporte de carga’, acto que por su naturaleza misma es de estirpe mercantil (...) En ese orden, resulta claro para la Sala que el demandante desarrolla más de una actividad económica y que el automotor adquirido está directamente ligado a una de ellas, a saber la relativa al transporte de mercancías, situación que desdibuja la calidad de consumidor que invoca e impide dirimir la controversia bajo el amparo del Estatuto de Consumidor” igualmente cita la sentencia dentro del proceso ante la SIC 15-132242, en donde el Tribunal Superior de Bogotá señaló que se prueba que además del objeto social de la demandante tiene una actividad económica determinada, lo cierto es que el edición en comento es para la explotación económica y con fines de lucro...es evidente que la demandante no ostenta la calidad de consumidor final, desde el punto de vista de la demanda y en el **interrogatorio de la parte que la adquisición de ese derecho fiduciario es con el fin de un rendimiento vitalicio**, ya que se deba en dos aspectos, en*

*semanas o en rendimientos, lo cual fue ratificado en el interrogatorio, así mismo se pudo establecer que ese rendimiento se daba a las 24 meses, lo que se encuentra es que ese derecho fiduciario es para obtener un rendimiento lo cual no se enmarca en lo establecido en el numeral 3 del artículo 5 de la ley 1480 (...)"*<sup>2</sup>

Una vez traídos a colación todos los pronunciamientos que al respecto ha realizado la Superintendencia de Industria y Comercio, no se encuentra en la sentencia atacada cómo el delegado pudo llegar a la conclusión que estábamos ante un consumidor final, sumado a que en reiteradas ocasiones, en el interrogatorio de parte efectuado por el suscrito al señor ASIER AGUILAR, este señaló que realizó una **INVERSION.**

Sin perjuicio a lo anterior, junto con las declaraciones realizadas por el demandante en el interrogatorio de parte, en el contrato de vinculación suscrito por el demandante **se hace referencia a que este es un inversionista del proyecto,** hecho ratifica que nos encontramos ante una evidente falta de legitimación en la causa por activa del mismo. Bajo este enfoque, se extrae del contrato suscrito por el demandante que los negocios de participaciones fiduciarias *“son aquellos negocios en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto del proyecto y sin perjuicio del ofrecimiento de beneficios adicionales”*.

En tal sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio en otras oportunidades se ha pronunciado respecto a la calidad que tienen los inversionistas que se adhieren a los contratos de participaciones fiduciarias, situación que ha resuelto de

---

<sup>2</sup> Sentencia 00015368 del 05 de agosto de 2018 proferida dentro del proceso 2018-155118 (min1:03:00 aproximadamente)



plano en sentencia anticipada, indicando categóricamente que las personas que **invierten NO tienen la calidad de consumidores finales**, al respecto se cita la sentencia anticipada 6835 del 30 de julio de 2020, proferida por la misma Superintendencia de Industria y Comercio:

***“De la condición de consumidor final***

*En virtud a lo establecido en el literal a) del numeral 1 del artículo 24 del Código General del Proceso, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente, para lo que acá interesa, frente a la resolución de litigios que versen sobre la violación de los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).*

*Por esta razón, es requisito indispensable que las demandas que se promuevan ante esta Entidad, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, efectivamente correspondan a una acción de protección al consumidor, lo que implica, de suyo, que el demandante ostente la calidad de consumidor final. En ese orden de ideas, si el demandante no tiene la calidad de consumidor final en los términos del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, indefectiblemente corresponderá al juzgador declarar la carencia de legitimación en la causa por activa.*

*Sobre el particular, es pertinente señalar que el numeral 3º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011 define como consumidor a “[t]oda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”, de donde se sigue, entonces, que la demanda de protección al consumidor es aquella que instaura la persona que usa o disfruta el producto o servicio directamente para satisfacer una necesidad, propia, privada, familiar o doméstica, e incluso empresarial, siempre y cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica pues, en caso contrario, es decir, cuando el producto o servicio se utiliza para derivar un provecho que guarda relación directa con una actividad*

económica, se descarta la posibilidad de ser considerado consumidor final en los términos de la normativa ya citada.

Así lo ha considerado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo de 2005, en la que afirmó que: “(...) **siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto - persona natural o jurídica - persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial - en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social -, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo.**(..)” (se resalta).

En el mismo sentido, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en Sentencia del 15 de abril de 2015 en un caso donde el demandante promovió la acción de protección al consumidor prevista en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011 para que se condenara al demandado a la devolución de las sumas de dinero pagadas por un vehículo automotor destinado al transporte de mercancías, señaló sobre el particular lo siguiente:

“En el caso bajo estudio está demostrado (...) que el vehículo (...) cuya garantía pretende hacer efectiva, en la actualidad y desde su adquisición, está destinado al transporte público de mercancías o ‘transporte de carga’, acto que por su naturaleza misma es de estirpe mercantil (...) En ese orden, resulta claro para la Sala que el demandante desarrolla más de una actividad económica y que el automotor adquirido está directamente ligado a una de ellas, a saber la relativa al transporte de mercancías, situación que desdibuja la calidad de consumidor que invoca e impide dirimir la controversia bajo el amparo del Estatuto de Consumidor” (se resalta).

Puestas de este modo las cosas, advierte el Despacho que el contrato objeto de Litis, se suscribió con ocasión a la intención de realizar una inversión de la que se obviarán rendimientos a los 6 meses del pago total de

*la inversión, lo que cubriría los gastos de los demandantes, como se indicó en el acápite de hechos de la demanda, por lo que no queda duda al Despacho que el móvil para la celebración del contrato objeto de Litis, fue la realización de inversión que obtuviera rendimientos de los cuales pudieran vivir los demandantes.*

*Comoquiera que el propósito para el cual se celebró el contrato objeto de Litis, no se ajusta a una necesidad propia, privada, familiar, doméstica, sino más bien de índole económica, con lo cual el actor, no es consumidor final en concordancia con el numeral 3º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011.*

*Bajo ese mismo hilo discursivo no puede además perderse de vista que la naturaleza misma de la inversión realizada por los demandantes y que hoy se debate, es para el desarrollo de una inversión de capital, y no de índole, familiar, personal o doméstica, de lo que se advierte que con su adquisición no se buscaba satisfacer una necesidad propia, privada, familiar, doméstica, sino más bien de índole económica, con lo cual el actor, no es consumidor final en concordancia con el numeral 3º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011.*

*De lo que viene de verse, no cabe más que concluir que los señores AMANDA ANGULO DE RIVAS y BELISARIO RIVAS TELLEZ, no ostentan la calidad de consumidores finales respecto a la vinculación al encargo fiduciario objeto de Litis y por ende carecen de legitimación en la causa por activa, por lo que será procedente despachar negativamente las pretensiones de la parte activa, procediendo con el archivo de las presentes diligencias.”*

Por todo lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá revocar la Sentencia proferida en contra del FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI declarando que existe falta de legitimación por activa del señor ASIER AGUILAR al constatarse que no es consumidor final.

## **2. Inexistencia de cláusula abusiva - inexistencia de desequilibrio contractual**

De la mano con lo anteriormente indicado, es oportuno señalar que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede declarar que la cláusula décimo primera del contrato de vinculación sea abusiva o que genere un desequilibrio contractual, pues como esta misma entidad lo ha indicado en precedencia no puede conceptualizar respecto de relaciones financieras, como las que nos ocupa el presente caso:

*“(…) sin necesidad de calificar los requisitos formales de la solicitud, constata el despacho que en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la ley 1480 de 2011, la superintendencia de industria y comercio no resulta competente para conocer del asunto de la actividad de la referencia, debido a que se trata de una controversia surgida con ocasión de la actividad financiera. (...)”<sup>3</sup>*

Por lo tanto, se debe poner de presente que en la sentencia atacada no se consideró el hecho -o al menos se estudió- que el contrato de vinculación suscrito de manera previa fue efectivamente autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia, razón por la cual el fideicomiso utilizó el modelo de contrato de adhesión aprobado por el ente supervisor para poder vincular a los partícipes al FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI.

Ya desde la contestación de la demanda se había indicado lo previsto en los numerales 3.1, 3.2 y 5.5 del Capítulo I, Título II, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia (Circular Básica Jurídica):

*“3.1. En concordancia con las disposiciones contenidas en el literal e. art. 7 de la Ley 1328 de 2009, Capítulo II de la Ley 1480 de 2011 y de las instrucciones que sobre la materia se contemplan en el Capítulo I, Título III de la Parte I de esta Circular, y en cumplimiento de lo previsto en el numeral 4 del art. 146 del EOSF, la SFC tiene la función de evaluar los tipos o modelos de contratos que se pretende utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria, así como sus modificaciones o adiciones, siempre que éstos*

---

<sup>3</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, en auto número 118982 del 28 de noviembre de 2018

*constituyan contratos de adhesión o se utilicen para la prestación masiva de servicios.*

*Dicha revisión tiene por objeto procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios, en orden a velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, **así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses.***

Por esta razón, el modelo de Contrato de Prestación Masiva a través del cual se comercializan (aron) participaciones fiduciarias de acuerdo a la estructura del **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, fue objeto de revisión y aprobación previa por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, que reposa en oficio con radicado 2009081591 de fecha de junio de 2010. **Sustento normativo que se pone de presente, a efectos de servir de base para estudio y desestimación de cualquier pretensión y/o manifestación infundada, respecto contenidos abusivos en el contrato fiduciario constitutivo del patrimonio autónomo objeto de estudio.**

Dicho lo anterior, es cierto modo, el Delegado se atribuyó **una competencia para resolver una cuestión un ámbito que NO es su especialidad, lo que a todas luces genera una inseguridad jurídica** al desconocer el juez natural del asunto, genera una obvia contradicción al sentido de condenar por temas de consumidor financiero a entidades que no son vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Encontramos que a partir de lo anterior, en materia fiduciaria y particularmente de participaciones fiduciarias, existe regulación especial en la Ley 1328 de 2009, norma que define el objeto y ámbito de aplicación del Régimen de Protección al Consumidor Financiero previsto en su Título I, en los siguientes términos:

*Artículo 1°. El presente régimen tiene por objeto establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre éstos y las entidades vigiladas por la Superintendencia*

*Financiera de Colombia, sin perjuicio de otras disposiciones que contemplen medidas e instrumentos especiales de protección”*

Así, resulta claro el alcance del régimen especial de protección al consumidor financiero consagrado en la Ley 1328 de 2009 (Título I) y la aplicación suplementaria de las normas generales del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), respecto de aquellos asuntos que carecen de regulación especial (Concepto 2013008465-008 emitido por la Superintendencia Financiera) lo cual no sucede en el caso que nos ocupa, puesto que la actividad fiduciaria y la regulación en esta materia si está regulada por la circular básica jurídica 029 del 2014 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En efecto, un análisis de la norma transcrita permite inferir que la regulación financiera efectúa una remisión o reenvío a aquellas normas que consagren medidas e instrumentos especiales de protección que el propio régimen de protección al consumidor financiero no discipline, frente a lo cual el delegado nunca se refirió en la sentencia, **atribuyendo unas calidades generales a un negocio regulado especialmente en la ley 1328 de 2009 y la Circular Básica Jurídica 029 del 2014 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia.**

Ahora bien, más allá que el contrato de adhesión este aprobado por una entidad que en efecto es la competente para conocer de las relaciones con consumidores financieros, esta discusión ya se ha presentado en la Superintendencia Financiera de Colombia en el marco de las acciones de protección al consumidor en donde se ha alegado que la cláusula decimo primera tachada como abusiva por el juez de primera instancia, no lo es, pues esta cláusula hace referencia a un **sistema cerrado de vinculación** que no solo protege la inversión del aquí demandante, sino de los otros partícipes que invierten sus recursos a la espera que los demás adherentes cumplan con sus compromisos para poder tener una financiación solida del proyecto.

Al respecto traigo a colación la sentencia del 29 de agosto de 2019 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia – Delegatura para Asuntos

Jurisdiccionales, en donde se refiere a la cláusula decimo primera del contrato de vinculación del Fideicomiso Hotel Spa Karmairi (Min 16:00 aproximadamente):

*“ Del análisis de esta cláusula se encuentra que la misma contrario a lo pretendido por la demandante no puede ser considerada como abusiva en la medida en que no se enmarca en los elementos determinado en el literal d y parágrafo del artículo 11 de la ley 1328 de 2009, ni por extensión en las instrucciones dadas por la Superintendencia Financiera de Colombia en el numeral 6 capítulo 1 título 2 parte primera de la circular básica jurídica ya citada, en la medida en que no se limitan los derechos de la consumidora financiera al determinarse la forma en que podía desvincularse al contrato de manera conexa o coligada al estado del proyecto de inversión perseguido a través del fideicomiso, esto pues la inversión efectuada por la consumidora se hace en el esquema fiduciario de participación cerrada o mecanismo cerrado de inversión en donde una vez transferidos los recursos al patrimonio autónomo, **si bien se obtiene una mayor retribución por parte del inversionista se comparten los riesgos del proyecto de inversión, en tal sentido esto no es una inversión abierta en donde el inversionista puede estar saliendo y entrando, como sucedería en un fondo de inversión abierto antes del traslado de los recursos, sino que una vez estén en el proyecto inmobiliario objeto del negocio fiduciario, los mismos cuentan con un mecanismo cerrado para su salida**, es decir que para que pueda salir el consumidor se debe atener al marco de lo contratado, en este sentido bajo una condiciones circunscritas al devenir del proyecto como lo era en el presente caso, primero que hubieran recursos en el patrimonio autónomo o segundo cediendo su participación a un tercero en el mercado secundario, interesado ese tercero en obtener esa posición contractual, máxime cuando el demandante al momento de la inversión sabía que no estaban garantizados las rentabilidades ni la recuperación total o parcial de los recursos aportados como lo refiere la cláusula 17 del contrato de fiducia que manifestó haber leído el contrato, sumado lo señalado en el artículo 6 de la ley 1328 de 2009 en donde se prevé el leer las condiciones del contrato constituyen una buena práctica del consumidor financiero...”*<sup>4</sup>(negrillas fuera de texto)

---

<sup>4</sup> Sentencia del 29 de agosto de 2019 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, radicado 2019068198-008-000 (min 16:00 aproximadamente)

Por lo tanto, en el presente caso, pese a que el despacho cito jurisprudencia relacionada con el contenido de cláusulas abusivas, este únicamente hizo relación a lo referente a lo contenido la Ley 1480 de 2011, no obstante a ello, **alejado de la realidad y de las particularidades del negocio celebrado nunca extrajo nada en cuanto a lo referido en la ley 1328 de 2009, que es la que regula particularmente lo atinente al consumidor financiero, pese a que con anterioridad había declarado que el señor ASIER AGUILAR si era un consumidor financiero.**

Atendiendo a la jurisprudencia citada por el despacho, al momento de estimar la cláusula décimo primera como abusiva, señaló reiteradamente que hay que tener en cuenta las particularidades de cada negocio, no obstante a ello no tuvo en cuenta que el negocio de las participaciones fiduciarias, además de ser de una relación de consumo financiero, en el esquema planteado existe una lógica para que dicha cláusula establezca una serie de requisitos para poder retirarse o desistir del negocio.

Dicha lógica corresponde, como lo indicó la Superintendencia Financiera de Colombia, a que esta es una inversión de riesgo compartido, no solo con el patrimonio autónomo o con la PROMOTORA KARMAIRI, sino con los otros 900 inversionistas que apuestan a una financiación conjunta que permita construir un HOTEL del cual obtener réditos.

Para el particular caso, resulta de suma relevante que el Magistrado tome como base lo resuelto por la Superintendencia Financiera de Colombia en sentencia del 16 de marzo de 2021, dentro del proceso con radicado 2018165148, en donde se estudió la eficacia de las clausula decimo primera y el contenido de la misma dentro de un contrato de vinculación del FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI. Al respecto se destaca:

*“la cláusula de desvinculación al proyecto no puede ser catalogada como abusiva en los parámetros del artículo 11 de la ley 1328 de 2009 ni del numeral 6.1. del título uno del capítulo 1 parte 1 de la circular básica jurídica en la*



*medida que se busca proteger el fin o el objetivo para lo cual fue creado el FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI, pues esta es una fuente indirecta del mismo, mal podría ya que podría afectar el desarrollo del proyecto” (min 1:34:00 del audio de la sentencia citada)*

Así señora Magistrada, es como a la luz de las normas aplicables, esto es de acuerdo a la ley 1328 de 2009 y la Circular Básica Jurídica expedida por la SFC, la cláusula analizada no obedece a un capricho por parte de mi representada para generar un desequilibrio contractual, sino que a partir de ese esquema de desvinculación se protege la inversión de los demás partícipes del negocio, ya que al operar de manera indistinta pueden colegir las siguientes situaciones:

- 1) Desfinanciar el proyecto en el cual se está invirtiendo;
- 2) Permitir la entrada y salida indistinta de los partícipes, aun cuando no existan recursos, propicia que quienes desistan del negocio afecte la inversión de quien si quieren continuar con el proyecto hotelero;
- 3) Permitir la salida de un partícipe sin contar con los recursos de un tercero que adquiera dichos derechos propicia la desfinanciación del proyecto, lo que genera un riesgo en la inversión de quienes continúan;

Es por ello que desde una análisis y categorización de los negocios de participaciones fiduciarias la Superintendencia Financiera, quien si tiene la experticia para determinar si esta cláusula es abusiva o no, ha determinado que en efecto la cláusula décimo primera del contrato de desvinculación no lo es.

### **3. Incongruencia y falta de motivación de la sentencia.**

La inconformidad planteada en este ordinal hace referencia a la falta de motivación esgrimida por el Delegado que resolvió el presente asunto, pues como se puede ver éste nunca hizo referencia a las excepciones propuestas por los demandados, indicando únicamente la existencia de legitimación para demandar, así como la existencia de desequilibrio contractual a raíz de la cláusula decimo primera del contrato, sin tener en cuenta las pruebas, entre ellas el contrato de vinculación y el

contrato de fiducia mercantil, como tampoco tener en cuenta la interpretación normativa demarcada en la jurisprudencia previamente señalada.

#### **A. Desconocimiento del precedente jurisprudencial**

Como ya se ha reseñado la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la autonomía judicial en el proceso de interpretación no es absoluta, pues un primer límite se encuentra en el derecho de toda **persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales**, máxime si ante ellas se expone el precedente jurisprudencial, para el caso en concreto se tiene que pese que se expuso amplia jurisprudencia sobre la calidad de consumidor final que no ostentaba el señor ASIER AMICHATEGUI.

Al respecto, me permito traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional:

*“La igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y la aplicación de la ley. **De manera que la jurisprudencia de la Corte ha advertido que el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, en franco desconocimiento del derecho a la igualdad y tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial, los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes.**”<sup>5</sup> (Negrilla fuera de texto)*

Frente el caso se hace necesaria la revisión por parte del Tribunal, ya que como se ha afirmado, hay un evidente desconocimiento del precedente jurisprudencial, máxime que respecto al caso que nos ocupa se le colocaron de presente al despacho, desatendiendo injustificadamente lo señalado por otros delegados de la misma Superintendencia de Industria y Comercio, sin respeto del precedente horizontal y vertical que es totalmente vinculante.

En consideración de la línea jurisprudencial expuesta, se concluye que hay una ostensible afectación al principio de igualdad que cobija a todos lo que acuden ante el sistema de justicia, tanto como demandantes como demandados, el cual a su

---

<sup>5</sup> Sentencia t 446 de 2013, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas

vez debe velar por la seguridad jurídica con la que juzgan los casos de los particulares.

*“Es la ratio decidendi que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan. De manera que la ratio decidendi expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces.”<sup>6</sup>*  
(Sentencia t 446 de 2013, Corte Constitucional, Luis Ernesto Vargas)

Así entonces, la Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores, en caso de apartarse de dichas decisiones debe justificar cual es la razón por la cual se le debe dar otra interpretación a las normas para el caso en concreto, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia).<sup>7</sup>

#### **B. Defecto factico.**

Tal como se argumenta en el presente escrito efectivamente el delegado incurre en **defecto factico** al momento de proferir sentencia el día 9 de febrero de 2021, lo anterior a la luz de lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en tutela T-459 de 2017:

*“El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales se presenta cuando el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión porque dejó de valorar una prueba **o no la valora dentro de los cauces racionales** y/o denegó la práctica de alguna sin justificación”* (negritas fuera del texto)

---

<sup>6</sup> ibídem

<sup>7</sup> ibídem

Frente al caso en particular, la jurisprudencia del máximo órgano constitucional enmarca claramente que cuando la autoridad judicial no estime razonablemente las pruebas aportadas en el proceso esta incurrirá en lo que se denomina como defecto factivo, situación que se presenta a simple vista al verificar las declaraciones del señor ASIER AGUILAR y el contrato de vinculación, pues a partir de ello se establece que el demandante no es consumidor final, situación que ha sido obvia para sus pares en la Superintendencia de Industria y Comercio, como para el Tribunal en providencias que son igualmente citadas y en la jurisprudencia citada de la Corte Suprema de Justicia.

Adicionalmente, respecto al supuesto daño alegado, es claro que tampoco existe prueba o certeza de su existencia, pues como alega el demandante el daño sufrido obedece a una variación de las habitaciones inicialmente ofrecidas, lo cual nunca se debatió con pruebas o en el interrogatorio por parte del demandante, lo que genera duda plena de que exista un daño con dicha variación.

### **C. Defecto material.**

En concordancia con lo anterior y de acuerdo a lo argumentado en el presente escrito, se puede avizorar que el despacho fue indiferente respecto a las pruebas aportadas, ya que su decisión se basó caprichosamente en una argumentación que dista de lo evidenciado dentro del proceso que se vio reflejada en el resuelve, y que pese a ser una acción de protección al consumidor, le da unas características que desdibujan su propia esencia y especialidad.

“Así entonces se encuentra que de acuerdo a lo reseñado en sentencia t-459 de 2017, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Alberto Rojas Rios, “(...) **existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión o, cuando el juez falla con base en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto o en normas inexistentes o inconstitucionales.**” (Negritas fuera de texto)

De la mano con lo señalado respecto al desconocimiento de la norma sustancial aplicable, el Delegado ha incurrido en lo que se denomina **Defecto Material** al no aplicar de manera acertada lo señalado respecto del numeral 3 del artículo 5 de la ley 1480; como tampoco lo señalado en la argumentación de la sentencia, cuando

señala categóricamente que el FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAMIRI no está obligado a lo imposible liberando en principio de toda condena a mi representado, pero posteriormente, sin argumentación alguna y ante una intervención del apoderado de la demandante, se resolvió añadir el resuelve de la sentencia en el sentido de condenar al fideicomiso, sin argumentar el por qué variaba su decisión lo cual no tiene fundamento jurídico alguno, demostrando con estos que la parte resolutive es improvisación total de argumentos que no daban lugar.

Sumado a lo anterior, pese a que el Delegado reconoció, con fundamento en la sentencia proferida el día 22 de noviembre de 2017 dentro del proceso 11001-31-99001-2014-49818-01 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá - Sala de decisión Civil, que el demandante era un consumidor financiero y que por lo tanto estaba probada la legitimidad en la causa del mismo, el Delegado limitó su argumentación únicamente a lo concerniente a la ley 1480 de 2011 sin siquiera reparar en la ley 1328 de 2009 y la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 de la SFC, que contienen sendas normas que regulan lo relacionado con los negocios de participaciones fiduciarias.

Así es como la Superintendencia Financiera de Colombia, al pronunciarse en un caso respecto al FIDEICOMISO HOTEL SPAR KARMAIRI ha estimado que *“la cláusula de desvinculación al proyecto no puede ser catalogada como abusiva en los parámetros del artículo 11 de la ley 1328 de 2009 ni del numeral 6.1. del título uno del capítulo 1 parte 1 de la circular básica jurídica en la medida que se busca proteger el fin o el objetivo para lo cual fue creado el FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI, pues esta es una fuente indirecta del mismo, mal podría ya que podría afectar el desarrollo del proyecto”*

#### **4. Imposición de obligaciones contractuales que no le corresponden al Fideicomiso Hotel Spa Karmairi**

Como se puso de presente a la delegatura así como al accionante, lo señalado en la Cláusula Décima Primera de los Contratos de Vinculación al **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, la cual en su tenor literal indica:

**“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- TERMINACIÓN UNILATERAL:** Si EL (LOS) PARTICIPE(S) solicitan la terminación del presente contrato y por tanto la devolución de los recursos aportados antes de la entrega del PROYECTO, ACCIÓN devolverá los recursos junto con los rendimientos generados mediante cheque girado a EL (LOS) PARTICIPE(S) con cruce restrictivo puesto a su disposición en las oficinas de ACCIÓN en la ciudad de Bogotá, previo descuento del valor establecido como sanción en la cláusula anterior, el gravamen de los movimientos financieros. Lo anterior se realizará siempre que hubiere recursos líquidos en el FIDEICOMISO, en caso contrario, EL (LOS) PARTICIPE(S) deberán esperar a que se vincule un tercero, que adquiera el(los) derecho(s) establecido(s) en la primera parte del presente contrato. Para lo cual EL FIDEICOMITENTE deberá remitir una carta a la Fiduciaria indicando el valor a devolver a EL (LOS) PARTICIPE(S) y el valor a retener a título de pena.

PARAGRAFO PRIMERO: Cualquier reclamación que se genere por parte de EL(LOS) PARTICIPE(S) derivada de las sanciones establecidas en el presente contrato, deberá dirigirse por parte de EL(LOS) PARTICIPE(S) exclusivamente a EL FIDEICOMITENTE; por lo cual, desde ya, EL(LOS) PARTICIPE(S) y EL FIDEICOMITENTE se obligan a mantener indemne a ACCIÓN por los antedichos conceptos. (Subraya y negrilla fuera de texto)

(...)”

Demarcando el anterior precepto contractual, el procedimiento previamente reglado que debe seguir el actor para efecto de ejercer la terminación unilateral del contrato y solicitud de devolución de aportes.

Procedimiento del cual esta sociedad fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI** base de estudio, a la fecha no ha sido informada de la vinculación de un tercero, que adquiera el(los) derecho(s) establecido(s) en el Contrato de Vinculación suscrito por el actor, así como tampoco la sociedad PROMOTORA KARMAIRI S.A.S., en su calidad de Fideicomitente Desarrollador del Proyecto ha aportado los recursos suficientes para llevar a cabo el trámite de reintegro de los aportes efectuados por el actor. De lo anterior, se debe dejar por sentado que a la fecha esta Fiduciaria si registra

instrucción de desistimiento por parte de la sociedad Fideicomitente, **pero para el efecto no ha puesto a disposición recursos dinerarios con el fin de realizar la devolución aquí pretendida por la parte demandante, lo que ha hecho imposible la devolución de los recursos.**

En virtud de lo anterior no se podría indilgar la devolución de los recursos al FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI, cuando es claro y como quedo probado en el proceso, que el este no posee recursos para tales efectos, tal y como se comunicó al participe y a la PROMOTORA KARMAIRI, **entendido ello mi representado no está obligado a lo imposible**, es decir, proceder a la devolución de recursos cuando lo cierto es que no los tiene y/o no se le han puesto a su disposición para poderlos regresar. Encontrándonos así incursos en la procedencia de la cláusula 11 en donde se estableció que podría venderse estos derechos fiduciarios para poder tener la devolución de los recursos.

En este orden de ideas, es claro que FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI ha obrado conforme a lo estipulado las partes en el CONTRATO DE VINCULACIÓN, por lo que no puede ser responsable de la ejecución o no ejecución de actos u tramites de resorte de terceros, que para el caso que nos atañe son de resorte única y exclusivamente de la sociedad FIDEICOMITENTE aquí demandada.

En consecuencia, erróneamente determina el Despacho la existencia de una solidaridad entre el FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI y el fideicomitente, argumentando que por el incumplimiento de las obligaciones de estos, los fideicomisos son solidariamente responsables.

Lejos de la realidad jurídica la anterior afirmación, me permito poner de presente, el concepto que preparó el académico Ernesto Rengifo García miembro de la Secretaria General de la Academia Colombiana de Jurisprudencia:

En ese entendido, precisa que:

*“...En materia civil, la solidaridad tiene una naturaleza excepcional, razón por **la cual debe ser expresa** y no presunta (artículo 1568 del Código Civil). Es la excepción a la regla que se predica como generalidad la divisibilidad de las obligaciones. Caso contrario ocurre en materia comercial, habida cuenta que el legislador estableció en el artículo 825 del Código de Comercio, la existencia de una presunción de solidaridad para aquellos negocios mercantiles en los que haya más de un deudor. De cualquier modo, tratándose de solidaridad civil o comercial, se ha establecido que sus únicas fuentes son la ley, el contrato y el testamento...”.*

En ese mismo sentido lo ha entendido la Superintendencia Financiera de Colombia, en la ya citada sentencia del 16 de marzo de 2021, dentro del proceso con radicado 2018165148, al declarar probada la excepción denominada *“Solicitud de terminación unilateral de los contratos de vinculación al Fideicomiso Hotel Spa Karmairi y solicitud de reintegro de aportes, se encuentra a cargo del fideicomitente y no de la acción fiduciaria SA” en el entendido de que existe una clara distinción de obligaciones entre el FIDEICOMITENTE y EL FIDEICOMISO.*

**5. Ausencia de fundamentación respecto de la responsabilidad civil contractual –inexistencia de nexo causal del fideicomiso Hotel Spa Karmairi y las pretensiones de la demanda.- no vulneración de los derechos del consumidor.**

La actora presenta con su demanda reclamaciones que versan sobre la presunta ocurrencia de un daño que le ocasionó perjuicios de índole patrimonial y por ende, exige que el FIDEICOMISO repare de manera subsidiaria, perjuicios que la demandante considera haber soportado. Conclusión a la que se llega a partir de la lectura de las pretensiones que la actora expone en su demanda. En consecuencia, la demanda exige el examen de un presunto perjuicio, con el fin de determinar si se cumplen las condiciones necesarias para que el FIDEICOMISO se vea obligado a reparar.

La responsabilidad, entendida como la obligación a cargo de un sujeto de reparar el daño sufrido por otro, se clasifica en contractual y extracontractual. Por ende y



partiendo de la base que la actora soporta su demanda en el negocio jurídico constitutivo del **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. se propone a exponer las razones por las cuales no se puede predicar la responsabilidad civil contractual de este FIDEICOMISO y por ende a la Fiduciaria no le corresponde resarcir el presunto daño sufrido por la demandante.

La doctrina especializada, así como la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, considera que la responsabilidad civil contractual *“resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido.”*<sup>8</sup> Por ende, el presupuesto anterior y necesario para que se reclame la responsabilidad civil contractual es la existencia de un contrato válido entre la actora y la demandada. Toda vez que, el *“concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.”*<sup>9</sup>, premisa que no se cumple en el caso que se demanda.

De lo expuesto se concluye que en lo que respecta a la responsabilidad civil contractual, la inexistencia del nexo de causalidad respecto de obligaciones cuyos parámetros están enmarcados para el cumplimiento imperativo por un tercero, conlleva a la inexistencia por tanto de un eventual daño. Puesto que, adicional a la existencia de un contrato válido, son requisitos esenciales de la acción de responsabilidad civil contractual:

- (i) el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de una obligación de naturaleza contractual;
- (ii) la ocurrencia efectiva de un daño y
- (iii) que entre el daño y la causa exista nexo de causalidad.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1008/10 del nueve (09) de diciembre de dos mil diez (2010). MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1008/10 del nueve (09) de diciembre de dos mil diez (2010). MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Las *inconformidades o inconsistencias* presentadas por la accionante en la demanda, corresponden a obligaciones que **NO son de cargo** ni de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a título personal, ni del patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI** del cual es vocera, y al cual se encuentra vinculada la parte actora en calidad de Participe.

Lo cierto es que, a la luz de la normatividad legal aplicable a la materia, y de los términos y condiciones del Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**; las acepciones desplegadas por la accionante, en relación a posibles eventos de incumplimiento de obligaciones, tales como: *“(i) Incumplimiento en la entrega del proyecto con un número inferior de habitaciones, (ii) La entrega del proyecto con un número inferior de parqueaderos, de los requeridos en la licencia de construcción, y (iii) La no designación de un Operador Hotelero, pues los inversores fuimos víctimas de engaño como nos fue venido el proyecto”*. Corresponden a obligaciones propias del desarrollo y ejecución del proyecto, en donde claramente la **RESPONSABILIDAD TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, JURÍDICA, COMERCIAL Y FINANCIERA, recae única y exclusivamente en cabeza de la sociedad PROMOTORA KARMAIRI S.A.S, en su calidad de Fideicomitente Desarrollador.**

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena señalar, que a la fecha lo desplegado en el escrito de demanda del actor, referente a *la entrega del proyecto con un número inferior de parqueaderos, de los requeridos en la licencia de construcción, y la no designación de un Operador Hotelero*; si bien se reitera ***son obligaciones a cargo de la sociedad PROMOTORA KARMAIRI S.A.S., como Fideicomitente Desarrollador del proyecto***, dichas manifestaciones se apartan de la realidad y ejecución del proyecto inmobiliario, puesto que a hoy, el desarrollo constructivo del proyecto, específicamente lo que respecta al número de parqueaderos del mismo, se ajusta a lo aprobado por la Curaduría Urbana Distrital No. 1 de Cartagena, en Resolución No. 0375 del 25 de junio de 2018, por la cual se otorgó Licencia de Construcción en la Modalidad de Ampliación y Modificación.

Aunado a lo anterior, el Proyecto Hotel Spa Karmairi hoy cuenta con un Operador Hotelero designado por el Fideicomitente Promotor, quien es la cadena Hoteles Estelar S.A., y con una franquicia de la marca Meliá Hotels International S.A., de conformidad con los términos y condiciones del Contrato de Cuentas en Participación y el Contrato de Franquicia, de fecha 12 de abril de 2019, suscritos respectivamente y para los efectos enunciados.

Por tanto, es la sociedad **PROMOTORA KARMAIRI S.A.S**, quien debe desvirtuar las pretensiones de la demandante, toda vez que la controversia objeto de la demanda es un eventual incumplimiento de los términos de promoción, comercialización, ejecución, y construcción de un proyecto inmobiliario. Asunto que debe ser de conocimiento de la jurisdicción civil y no por esta Superintendencia, en tanto que las facultades jurisdiccionales otorgadas a la misma se circunscriben a la violación de derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor, y violación a las normas relativas a la competencia desleal<sup>11</sup>

Así las cosas, de manera equivocada se vinculan a la demanda al FIDEICOMISO, cuando lo cierto y lo correcto es que el demandante está reclamando actuaciones propias del PROMOTORA KARMAIRI., el cual surge con ocasión del trámite de desistimiento o terminación unilateral del contrato de vinculación.

Al respecto, dentro del contrato de vinculación suscrito por la demandante, en su cláusula 19, se especificó:

---

<sup>11</sup> Artículo 24 del Código General del Proceso.

**DÉCIMA NOVENA: DECLARACIÓN:** EL(LOS) PARTICIPE(S) declara conocer y aceptar que:

- 19.1. En desarrollo del presente contrato, la gestión de ACCION no se realizará bajo ningún punto de vista con las actividades propias de la construcción y enajenación de inmuebles, ni constituye por parte de ésta directa, ni indirectamente, promoción e venta de derechos fiduciarios en el FIDEICOMISO.
- 19.2. ACCION no participa en el desarrollo de EL PROYECTO, ni como constructor, ni como interventor. Tampoco tiene ninguna injerencia en la determinación del punto de equilibrio que se requiera para llevar a cabo el mencionado PROYECTO, ni en la viabilidad técnica, jurídica y financiera del mismo, ni controla la destinación que se da a los recursos entregados.
- 19.3. ACCION no verifica, ni ejerce control sobre la destinación de los recursos por ella recibidos, de manera que, una vez éstos sean entregados a EL FIDEICOMITENTE, la responsabilidad por la administración, utilización y destinación de los mismos es exclusiva de éste.
  
- 19.4. Que recibieron: i) EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO, ii) el presente documento, y iii) el Reglamento Inversión en el que dispuso que sean invertidos sus recursos. Así mismo, manifiestan que se les explicó y aceptan; iv) los riesgos asociados a la VINCULACIÓN y el PROYECTO, v) el número de DERECHOS FIDUCIARIOS que se conferirán al momento de la terminación del PROYECTO derivados de su vinculación al FIDEICOMISO y las políticas y procedimientos que se utilizaron para su determinación por EL FIDEICOMITENTE vi) que en caso de no hacerse efectiva la vinculación al FIDEICOMISO por no haberse alcanzado las condiciones para la entrega de recursos previstas en el presente documento, quedarán a su disposición los recursos que hayan entregado, más sus rendimientos, una vez descontados los gastos y costos de LA FIDUCIARIA, vii) los eventos en que proceda la causación de intereses de mora y la aplicación de sanciones, viii) las causales para la devolución de los recursos, ix) los riesgos asociados a la inversión de los recursos y x) el alcance de las responsabilidades de LA FIDUCIARIA.
- 19.5. Que el plazo para la entrega del PROYECTO por parte de EL FIDEICOMITENTE, podrá ser prorrogado en los términos de la cláusula séptima anterior, si sobrevienen las siguientes causales, las cuales serán informadas por EL FIDEICOMITENTE a EL(LOS) PARTICIPE(S):
  - a) Fuerza mayor o caso fortuito,
  - b) Demora en la instalación de los servicios públicos,
  - c) Escasez probada de materiales de construcción,
  - d) Suspensión en los desembolsos por parte de las entidades que financian la construcción del proyecto,
  - e) Huelga del personal de EL FIDEICOMITENTE, de sus contratistas o proveedores,
  - f) Por causas no imputables a EL FIDEICOMITENTE.

Teniendo en cuenta lo anteriormente pactado, las condiciones constructivas y el desarrollo del proyecto no hace parte de las obligaciones contractuales que están a cargo de la fiduciaria ni del FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI.

Así mismo es importante tener en cuenta que de acuerdo a la Cartilla de Negocios Fiduciarios Inmobiliarios publicada por la Superintendencia Financiera de Colombia

se resalta que La fiduciaria no respalda patrimonialmente el proyecto ni es responsable de los aspectos técnicos del mismo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que tal como lo menciona reiteradamente la parte demandante, la imputación del incumplimiento contractual obedece a temas relacionados con la devolución de los recursos aportados al Fideicomiso en su calidad de partícipe, tal y como es evidente en el contrato de vinculación objeto de este proceso, dicho acto se encuentra a cargo de la sociedad fideicomitente PROMOTORA KARMAIRI S.A.S. Dicho lo anterior, téngase en cuenta que al FIDEICOMITENTE PROMOTOR Y DESARROLLADOR del proyecto le fueron transferidos la totalidad de los recursos que hoy son exigidos por el demandante, conforme a las estipulaciones contractuales pactadas en los Contratos de Vinculación para el desarrollo del Proyecto Inmobiliario. Es claro entonces que la fuente de la responsabilidad de las pretensiones del demandante recae en cabeza de la sociedad PROMOTORA KARMAIRI S.A.S., quien deberá aportar los recursos suficientes para llevar a cabo el trámite de reintegro de los aportes efectuados por el actor.

Así las cosas, el despacho ni la parte demandante pueden desconocer la FALTA DE LEGITIMACION del FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI en el presente litigio, lo cual se ha reiterado en varias oportunidades a la accionante en respuesta a requerimientos y/o solicitud de información por estar presentados.

A lo anteriormente indicado no sobra mencionar que la modificación de las habitación fue aprobada por la mayoría de los partícipes, y que pese a ello, según lo argumenta la sociedad fideicomitente, es dable analizar si el cambio de habitaciones causó un daño o no al aquí demandante, pues en el proceso no existe prueba alguna en donde se permita inferir que existe daño, máxime que de acuerdo a la cláusula sexta del contrato de vinculación se indica que las especificaciones del proyecto pueden variar siempre y cuando no se afecten sustancialmente los derechos de los partícipes, lo cual en efecto tampoco se probó pues no obra prueba en el plenario en donde se permita inferir que la variación de las habitaciones condujo al daño sufrido por el demandante.

## II. OBJETO DEL RECURSO.

El presente recurso de alzada tiene por objeto que se **REVOQUE** íntegramente la sentencia proferida por la Delegatura de la Superintendencia de Industria y Comercio., en la que se resolvió, entre otras, lo siguiente:

**PRIMERO:** *Declarar que la sociedad PROMOTORA KARMAIRI S.A.S., identificada con NIT. 900656536-6 y FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI, patrimonio autónomo identificado con NIT 805.012.921-0, vulneró los derechos del consumidor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

**SEGUNDO:** *Ordenar a la sociedad PROMOTORA KARMAIRI S.A.S. y FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI, patrimonio autónomo identificado con NIT 805.012.921-0, identificada con NIT. 900656536-6, que, a favor de ASIER AGUILAR identificado con CC No. 80414281, dentro de los dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, pague la suma de trescientos treinta y seis millones de pesos M/Cte. (\$336.000.000).*

**TERCERO:** *Se ordena tanto a la parte demandante como a la parte demandada acreditar ante esta Entidad el cumplimiento de la orden que se imparte en esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes, contados a partir de la expiración del plazo otorgado en el numeral precedente. Para tal efecto, deberá radicarse la acreditación al respectivo proceso.*

**CUARTO:** *El retraso en el cumplimiento de la orden causará una multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por el equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo, de conformidad con lo dispuesto literal a) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.*

**QUINTO:** En caso de persistir el incumplimiento de la orden que se imparte la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá decretar el cierre temporal del establecimiento de comercio, de conformidad con el literal b) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

**SEXTO:** Sin perjuicio del trámite de la imposición de alguna de las sanciones previstas en los numerales que anteceden, téngase en cuenta que la sentencia presta mérito ejecutivo y ante el incumplimiento de la orden impartida por parte de la demandada, el consumidor podrá adelantar ante los jueces competentes la ejecución de la obligación.

**SÉPTIMO:** Condenar en costas a la parte demandada, para el efecto, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de diez millones ochenta mil pesos M/Cte. (\$10.080.000).

**OCTAVO:** La anterior decisión se notifica en estrados a las partes.

### III. SOLICITUD

Por todo lo anteriormente expuesto, de manera respetuosa solicito al Tribunal se sirva **REVOCAR** integralmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se sirva denegar en íntegro las pretensiones de la demanda, condenando en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

Atentamente,



**NICOLAS ECHEVERRI RODRIGUEZ.**

Apoderado Especial

**ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., VOCERA Y ADMINSTRADOA DEL FIDEICOMISO HOTE SPA KARMAIRI**

LINK DE LA SUSTENTACIÓN 01 2019 43275

[https://afiduciaria-my.sharepoint.com/:f/g/personal/necheverri\\_accion\\_com\\_co/EqsooqrXLLNjuh8K9ejrc7EBt8vovbRjJO\\_KETUwb6a-jq?e=rdNKxT](https://afiduciaria-my.sharepoint.com/:f/g/personal/necheverri_accion_com_co/EqsooqrXLLNjuh8K9ejrc7EBt8vovbRjJO_KETUwb6a-jq?e=rdNKxT)

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL**

**Magistrada Ponente. Dr. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA**

[chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

REF. Sustentación del recurso de apelación contra la sentencia del 9 de febrero 2021 emitida por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<b>Expediente:</b>	1100131990012019-43275-01
<b>Referencia:</b>	Acción de Protección al Consumidor.
<b>Demandante:</b>	ASIER AGUILAR AMUCHASTEGUI
<b>Demandado:</b>	PROMOTORA KARMAIRI S.A.S. Y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI.

**NICOLAS ECHEVERRI RODRIGUEZ**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.015.442.346 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 307.236 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, sociedad que actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo denominado: **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, tal y como consta en el poder otorgado en audiencia de instrucción y juzgamiento, dentro del término legal establecido de conformidad con lo establecido en el decreto 806 de 2020, respetuosamente sustento RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Sentencia de fecha 9 de febrero de 2021, notificada en estrados, por la delegatura para funciones jurisdiccionales la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual, se condenó a la sociedad PROMOTORA KARMAIRI S.A.S., y al patrimonio autónomo **FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAIRI**, a la devolución de los recursos aportados por el demandante.

Para efectos del recurso de apelación, me permito adjuntar las sentencias que son base de las inconformidades presentadas, por favor acceder al link.

[https://afiduciaria-my.sharepoint.com/:f/g/personal/necheverri\\_accion\\_com\\_co/EqsooqrXLLNjuh8K9ejrc7EBt8vovbRjJO\\_KETUwb6a-jq?e=rdNKxT](https://afiduciaria-my.sharepoint.com/:f/g/personal/necheverri_accion_com_co/EqsooqrXLLNjuh8K9ejrc7EBt8vovbRjJO_KETUwb6a-jq?e=rdNKxT)

Cordialmente,





Bogotá, Mayo 3 de 2021.

**Honorable Magistrada**  
**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA**  
[secstribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secstribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
[chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
E. S. D.

<b>Referencia</b>	<b>Proceso Verbal 2019-4327501</b>
<b>Demandante</b>	<b>ASIER AGUILAR AMUCHASTEGUI</b>
<b>Demandado</b>	<b>PROMOTORA KARMAIRI S.A.S.</b>
<b>Asunto</b>	<b>Sustentación de Apelación Sentencia.</b>

Honorable Magistrada:

Fernando González Cifuentes, mayor de edad, abogado de profesión, domiciliado en esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado con personería ya reconocida, de la sociedad PROMOTORA KARMAIRI S.A.S., según poder a mi conferido obrante en el proceso, estando dentro del término legal me permito sustentar el recurso de apelación oportunamente interpuesto y el cual fuera concedido por su despacho.

#### **I. SOLICITUD:**

Se solicita respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, revocar en su integridad la sentencia de primera instancia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el proceso de la referencia y en su reemplazo proferir nueva sentencia en la cual se desestimen las pretensiones de la demanda, se acojan las excepciones presentadas por la demandada y se condene en costas a la demandante.

#### **II. CARGOS:**

El aquo incurre en los siguientes yerros en la providencia impugnada.

- 1. Cargo. Desconocimiento del tenor literal del artículo 2 de la Ley 1480 de 2011:** Es clara la ley y la jurisprudencia al definir quien tiene la calidad de consumidor, el juez de primera instancia le da la calidad de consumidor al demandante, un inversionista de un negocio de riesgo y le crea un fuero especial para que pueda desistir de un negocio unilateralmente creando la obligación en este caso al promotor de devolverle unos



dineros que fueron entregados para ser invertidos en una obra material que ya se construyó y está en operación.

Dineros que además fueron recibidos por la Fiduciaria y no por la demandada PROMOTORA KARMAIRI S.A.S.

El demandante no es un consumidor de los protegidos por la ley 1480 de 2011, pues como lo reconoce en los interrogatorios de parte formulados tanto por la promotora como por la fiduciaria, él invirtió en un negocio hotelero, no adquirió un producto para su consumo y uso personal como quiere presentarlo en la demanda y como la superintendencia lo asumió.

Al no ser un consumidor las elucubraciones subsiguientes carecen de todo fundamento, pues no está legitimado en la causa por activo.

2. **Cargo. Desconocimiento del tenor literal del contrato:** pues en la clausula 11 del contrato, que no es abusiva, y tiene presunción de legalidad por haber sido aprobada por la Superfinanciera a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. , se determina literalmente de forma clara y expresa el procedimiento para devolver los dineros a los inversionistas que desisten del negocio y deciden resolver el contrato de manera unilateral.

Dicho procedimiento pactado en el contrato en forma alguna es desequilibrado o en detrimento de los derechos del demandado, tiene su razón de ser en la esencia misma del contrato en el cual **los inversionistas** aportan un capital que administra **la fiduciaria** y lo va entregando paulatinamente **al promotor** para que este construya una edificación para ser destinada como hotel, el cual será operado por un experto.

Hotel que ya fue construido con esos dineros y hoy se encuentra en operación.

Es un negocio en el cual el dinero no está en efectivo durante todo el desarrollo del mismo por estar destinado a la confección de una obra material, el hotel. Así que resulta absurda la suposición que hace el aquo de que el promotor deba tener dinero en efectivo para devolverlo de inmediato al inversionista que desiste del negocio.

No le está dada al juzgador de primera instancia la potestad de inaplicar una clausula contractual que al tenor del artículo 1602 del Código Civil constituye ley para las partes.

3. **CARGO. Crear una obligación no contractual ni legal al Promotor:** Fruto de la decisión de desconocer e inaplicar el tenor literal de la clausula 11 del contrato y en una decisión sin sustento alguno, después de haberse declarado impedido el aquo para entrar a determinar la responsabilidad de la Fiduciaria quien tiene otro juez natural, y quien redactó la clausula 11 a la cual adhirió el promotor, decidió motu proprio crearle al promotor PROMOTORA KARMAIRI SAS la obligación de tener que reintegrar unos



dineros que fueron invertidos en la construcción y dotación del hotel y cuya devolución contractualmente está pactada una vez se vendan a un tercero, los derechos fiduciarios o acciones, de las cuales hoy es titular el demandante.

Además crea la obligación para el promotor, la fiduciaria y el fideicomiso de salir a vender unos derechos fiduciarios de los cuales no son titulares, pues el dueño de los mismos es el demandante, es tanto como si un accionista de ECOPETROL que decide deshacerse de las acciones en las que ha invertido su dinero, pretendiera que ECOPETROL saliera a vender o a conseguir cliente para esas acciones.

**4. CARGO. Desconocer que el Promotor cumplió con todas sus obligaciones contractuales:** Tal y como se desprende de la prueba documental aportada por las partes y en especial de los contratos celebrados entre ellas, las obligaciones a cargo del promotor consistían en que con el dinero que le entregara la fiduciaria, construyera un edificio para que allí funcionara un hotel, lo dotara, designara un operador y el hotel entrara en funcionamiento.

Todas y cada una de estas obligaciones fue oportunamente cumplida por el promotor demandado, en efecto, el hotel está construido, está dotado, esta en funcionamiento operado por Hoteles Estelar S.A. y ya se reunió la primera asamblea de beneficiarios que recibió a satisfacción el hotel y ratificó al operador.

Desconociendo esta realidad obrante en el proceso, y en contra de toda evidencia, el aquo decide declarar que el promotor incumplió el contrato, sin ni siquiera determinar cual fue ese incumplimiento, y como consecuencia lo condena a cumplir una obligación que no tiene, pues es claro el contrato al determinar que los dineros los restituirá el fideicomiso, no el promotor, una vez se hayan enajenado los derechos fiduciarios a un tercero.

### **III. FUNDAMENTOS FACTICOS DEL RECURSO:**

1. Soporta la sentencia el aquo en la suposición de que la clausula 11 del contrato es abusiva, y sobre ella crea una obligación no contractual en cabeza de PROMOTORA KARMAIRI SAS, desconociendo que:
  - La clausula 11 del contrato no fue redactada por PROMOTORA KARMAIRI SAS. Sino por ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y sometida a la aprobación previa de la Superintendencia Financiera de Colombia.
  - Estos contratos financieros, como el de fiducia, son previamente aprobados por la Superintendencia Financiera, lo cual los reviste de una presunción de legalidad, presunción que no fue desvirtuada ni por el demandante ni por el aquo.



- PROMOTORA KARMAIRI SAS adhirió al contrato de fiducia aprobado a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA por la Superintendencia Financiera.
  - La razón de ser de esta clausula 11, está en la misma esencia del contrato y del negocio celebrado entre las partes, en el cual, unos inversionistas aportan un dinero que recibe y administra la fiduciaria para que un promotor desarrolle un proyecto, en este caso construir un hotel, dotarlo y entregarlo a un operador. Es por ello que la devolución del dinero a quien se retira con o sin razón del proyecto está condicionada a que se vendan los derechos o acciones adquiridas, pues el dinero recibido se invirtió en ladrillos que no pueden ser inmediatamente convertidos nuevamente en dinero a petición del inversionista que desiste del negocio.
  - Desconoce el aquo la esencia de este negocio que consiste en una inversión en un negocio hotelero. Negocio que como todos los negocios reviste una posibilidad de riesgo. Negocio del cual el demandante tenía pleno conocimiento.
  - Igualmente y sin sustento desconoce el tenor literal del contrato suscrito por las partes, es decir la clausula 11 del contrato, la cual no fue declarada nula o sin efecto y se reitera, sobre la cual existe una presunción de legalidad por haber sido previamente aprobada por una autoridad del orden nacional.
  - Le crea a la fiduciaria y a la promotora la obligación no contractual ni legal, de salir vender unos derechos fiduciarios ajenos, pues los mismos pertenecen al inversionista demandante.
2. Supone el aquo sin fundamento alguno legal ni contractual que el promotor está obligado a tener una reserva de dinero adicional a los recursos del fideicomiso para atender los desistimientos de los inversionistas beneficiarios.
  3. Asume el aquo, sin justificación alguna, que al estar obligado a las disposiciones contractuales que voluntariamente ha firmado, el demandante está en inferioridad de condiciones, además de haberlo convertido previamente en consumidor sin que reuniera los requisitos legales para obtener tal calidad.
  4. PROMOTORA KARMAIRI S.A.S. suscribió un Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso Hotel Spa – Karmairí el día 6 de Marzo de 2014.
  5. De la búsqueda del mejor operador posible para el hotel, finalmente mi representada logró concretar con la sociedad Meliá Managment S.A.S. un *Contrato de Gestión y Adopción del Sistema Meliá Hotels International*, razón por la cual para cumplir con las exigencias de dicho modelo, se requirió la adecuación y mejora de ciertas habitaciones tipo estándar, proyectadas inicialmente para el proyecto, para que el hotel contara con más habitaciones tipo suite, las cuales cuentan con mayor metraje y comodidades,



situación que dicho sea de paso, requirió de una inversión adicional por parte de PROMOTORA KARMAIRI S.A.S., sin que tales costos le fueran trasladados a los inversionistas, quienes de manera cierta se verían beneficiados con tal determinación, al poseer mayores activos representados en la inversión inicial. En ningún momento se redujo el área construida frente a la prometida.

6. Al no ser reducido el número de metros cuadrados de construcción, sino al ser una simple modificación del diseño, la reducción de 154 a 147 habitaciones no constituye un incumplimiento contractual, pues la obligación era entregar un hotel dotado y en funcionamiento, lo cual se cumplió a cabalidad y en exceso, con lo cual se beneficio a cada inversionista.
7. Ahora bien, aunque el contrato mencionado en el numeral anterior tuvo lugar en el mes de julio de 2014 y ello fuera notificado a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. por dicha época, sólo aproximadamente dos (2) años después, dicha Fiduciaria elevó reparo en los términos y condiciones de la negociación con la firma Meliá Management S.A.S.
8. En consecuencia, para lograr el avance del proyecto, el cual ya estaba *ad portas* de concluir su construcción, se acordó entre ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., PROMOTORA KARMAIRI S.A.S. y Meliá Management S.A.S., elegir y designar otra sociedad que se hiciera cargo de la explotación del hotel, posición contractual que finalmente la cadena Meliá no asumiría dentro del negocio, pues esta limitaría su actuar a realizar la gestión del mismo, mediante de la implementación de su sistema de calidad y marca del servicio hotelero.
9. Es así como, mi representada adelantó todos los esfuerzos posibles en lograr la escogencia del explotador del hotel, para lo cual presentó desde el mes de marzo de 2017 a cinco (5) firmas postulantes, las cuales fueron rechazadas por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a saber: 1) MMS S.A.S. postulada en Marzo de 2017, posteriormente rechazada por falta de respaldo patrimonial; 2) Baskaribeña presentada en dos (2) oportunidades, a saber agosto de 2016 y 12 de abril de 2017, finalmente rechazada por presunto conflicto de intereses con el Promotor, luego de un (1) año de negociaciones; 3) Zona Norte Administración Especializada en P.H., presentada el 27 de abril de 2018 posteriormente rechazada por carecer de experiencia como operador; 4) Stanzia S.A.S. propuesta el 3 de mayo de 2018, posteriormente retirada ella misma ante las dificultades evidentes en el proceso de escogencia y 5) AGORA BUSINESS S.A.S, postulada en el mes de julio de 2018 y finalmente rechazada para fungir como operador del hotel.
10. Visto lo anterior, mi representada en varias oportunidades requirió a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., para que cumpliera con sus obligaciones contractuales, específicamente para la firma del contrato de Operación, de acuerdo a lo establecido en



el Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso Hotel Spa – Karmairí, pues en opinión de mi representada aquella estaría extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo a lo establecido en las siguientes cláusulas:

*“CLÁUSULA PRIMERA. DEFINICIONES.(...)*

*1.10. EL OPERADOR: Será con la cual el FIDEICOMISO celebre el correspondiente contrato para propósitos de la explotación económica y operación del PROYECTO, de conformidad con la instrucción inicial que para el efecto determine EL FIDEICOMITENTE.”* (Énfasis fuera de texto).

*“CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO: El objeto de este contrato consiste en que la FIDUCIARIA:*

*(...)*

*2.6. Suscriba el contrato para la explotación comercial del PROYECTO en los términos y condiciones que para el efecto indicará el EL FIDEICOMITENTE”* (Énfasis fuera de texto).

*“CLÁUSULA SÉPTIMA. INSTRUCCIONES. Para cumplir con el objeto del presente contrato, LA FIDUCIARIA, deberá atender las siguientes instrucciones, entre otras que se desprenden del presente contrato y/o de los contratos de vinculación, dependiendo de la FASE o ETAPA en que se encuentre el FIDEICOMISO:*

*(...)*

*7.2. FASE DE CONSTRUCCIÓN:*

*(...)*

*7.2.4. Celebrar el CONTRATO DE OPERACIÓN o aquellos que hayan sido autorizados previamente por EL FIDEICOMITENTE, para efectos de la explotación económica del proyecto”.*

*“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. OPERADOR. (...) Los términos económicos del contrato del OPERADOR serán los definidos por la ASAMBLEA y el COMITÉ DE BENEFICIARIOS de acuerdo con lo contemplado en este Contrato, salvedad hecha del primero de los acuerdos cuyos términos serán definidos por el FIDEICOMITENTE”* (Énfasis fuera de texto).

11. En lo que refiere a la escogencia del explotador hotelero, finalmente la sociedad Fiduciaria aceptó a la cadena Estelar para así poder iniciar la etapa de operación del proyecto.

12. Paralelamente, cabe la pena mencionar que aparte de la interventoría establecida para la aprobación de la etapa constructiva del proyecto, se contrató la asistencia técnica de las firmas certificadoras Avalúos Salazar Giraldo y Ali Asesores Hoteleros, las cuales en desarrollo de su actividad, efectuaron una serie de reparos a nivel constructivo, propios



de un servicio posventa, los cuales fueron debidamente atendidos por mi representada, con el fin de asegurar lo antes posible la etapa de operación hotelera.

13. Por otra parte, en consideración a los requerimientos para la Adopción del Sistema Meliá Hotels International, se requirió que algunas de las habitaciones proyectadas fueran tipo suites con mayores espacios y comodidades, por lo que se hizo necesario la modificación del número de habitaciones establecido para el proyecto, actuar plenamente autorizado al FIDEICOMITENTE PROMOTORA KARMAIRI S.A.S., de acuerdo a lo establecido en el contrato de Vinculación al Fideicomiso Hotel Spa – Karmairí No. 1200056119 del 21 de abril de 2016, a saber:

*“NO OBSTANTE LO ANTERIOR, ES CLARO QUE EL(LOS) PARTICIPE(S) ACEPTA(N) DESDE LA SUSCRIPCIÓN DEL PRESENTE DOCUMENTO QUE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y DISEÑO DEL PROYECTO, PODRÁN SER MODIFICADOS POR EL FIDEICOMITENTE, EN TODO AQUELLO QUE NO CONTRARIE LA NORMATIVIDAD VIGENTE Y SIMPRE QUE NO AFECTE DE MANERA SUSTANCIAL EL DERECHO ESPECÍFICO ADQUIRIDO DE ALGÚN PARTICIPE, EVENTO EN EL CUAL SE FREQUERIRÁ DEL CONSENTIMIENTO DE DICHO PARTICIPE”.*

Valga la pena en este punto mencionar que, la modificación de las habitaciones para adecuarlas a tipo suite, si bien implicó la disminución del número de habitaciones proyectadas inicialmente para el proyecto de 154 a 147 unidades, también lo es que se obtuvo un mayor nivel de inversión por parte del Promotor y las utilidades con dicho cambio se estiman sean mayores, en beneficio de los inversionistas, pero se reitera que nunca se disminuyó el número de metros construidos. Nunca se disminuyó el área construida, ni con la reducción del número de habitaciones KARMAIRI obtuvo un beneficio económico en detrimento de los inversionistas.

14. Ahora bien, en relación con la situación presentada con el número de parqueaderos, debe decirse que de acuerdo a la Circular 2 de 2004 expedida por la Secretaría de Planeación Distrital de la ciudad de Cartagena, los proyectos que tengan requerimientos de estacionamiento, reales y menores a los exigidos por la norma urbanística, podrán efectuar un estudio de tráfico para solicitar ante dicha Secretaría, la autorización de disminución en el número de plazas de parqueo, todo ello reflejado finalmente en la licencia de construcción respectiva, tal como procedió PROMOTORA KARMAIRI S.A.S. en su momento, para lograr otras zonas sociales adicionales. Sin embargo, con el fin de evitar mayores demoras en el inicio de la etapa operativa del hotel, mi representada adquirió y aportó de manera adicional y voluntaria, un lote colindante a efectos de construir allí las plazas de parqueo proyectadas inicialmente, situación con la que se superó el reparo efectuado por parte de la sociedad Fiduciaria y generó un mayor beneficio para los inversionistas, al incrementarse el patrimonio que conforma el Fideicomiso.



15. Por su parte, el Señor Asier Aguilar se hizo parte del proyecto a través del contrato de Vinculación al Fideicomiso Hotel Spa – Karmairí No. 1200056119 del 21 de abril de 2016 y posterior firma de Otro Si No. 1 del 19 de Mayo de 2016, instrumentos jurídicos por lo cuales adquirió cinco (5) derechos fiduciarios del proyecto, en el cual se estableció de manera específica y clara en una de sus cláusulas, lo siguiente:

*“DÉCIMA PRIMERA: TERMINACIÓN UNILATERAL. Si EL(LOS) PARTICIPES(S) solicitan la terminación del presente contrato y por lo tanto la devolución de los recursos aportados antes de la entrega del PROYECTO, ACCIÓN devolverá los recursos junto con los rendimientos generados (...). **Lo anterior se realizará siempre que hubiere recursos líquidos en el FIDEICOMISO, en caso contrario, EL (LOS) PARTICIPES(S) deberán esperar a que se vincule un tercero, que adquiera el(los) derecho(s) establecido(s) en la primera parte del presente contrato (...)**” (Énfasis fuera de texto).*

Mas adelante, la misma cláusula Décima Primera establece:

*“PARÁGRAFO SEGUNDO: Que en caso de modificación al contrato de fiducia mercantil FIDEICOMISO posterior a la firma del presente documento de vinculación EL(LOS) PARTICIPES(S) podrán desistir sin ser penalizados en forma alguna por tal evento”.*

16. Con posterioridad, el demandante tomó la decisión de desvincularse del proyecto y desistir en consideración al cambio del número de habitaciones, por lo que solicitó la devolución del dinero entregado, sin la aplicación de penalidad alguna, tal como lo estipula el contrato de Vinculación. Al respecto, valga la pena mencionar que PROMOTORA KARMAIRI S.A.S. en ningún momento desconoció el derecho del demandante, de desistir del negocio sin la aplicación de penalidad alguna por tal motivo.

En efecto, mi representada reconoce la procedencia de la devolución del dinero al señor Asier Aguilar, pero en estricta aplicación de lo establecido en la integralidad de la cláusula Décimo Primera del contrato de Vinculación al Fideicomiso Hotel Spa – Karmairí No. 1200056119 del 21 de abril de 2016, esto es que ante la comprobada falta de liquidez del Fideicomiso, por haberse invertido todo el dinero en la construcción del hotel, habrá de considerarse que un tercero adquiera los derechos fiduciarios de la parte actora, para poder proceder con la devolución de dinero pretendida, en los términos inicialmente pactados entre las partes de este proceso, posición que es compartida por la sociedad Fiduciaria, según consta en distintos comunicados.

17. Adicionalmente, valga la pena mencionar que el día 8 de febrero de 2018 se efectuó una reunión de inversionistas, con una quorum del 65.8% del total de los derechos fiduciarios existentes y por mayoría de 95.5% de los presentes, se aprobó la disminución en el





número de habitaciones y consecuente modificación en el Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del Fideicomiso Hotel Spa – Karmairí, documento que se anexó a la contestación de demanda.

18. El 23 de octubre de 2020 se realizó la reunión de asamblea general de beneficiarios del FIDEICOMISO HOTEL SPA KARMAMRIRI donde se ratificó al operador entre otras decisiones.
19. Finalmente, resulta importante tener en cuenta que actualmente el Hotel Meliá Karmairí Cartagena se encuentra en funcionamiento y operado por Hoteles Estelar S.A.
20. No obstante que no es su obligación legal ni contractual la de salir a vender los derechos fiduciarios del demandante, mi representada el 1 de noviembre de 2020 suscribió contrato con la sociedad BERRY SEVEN VENTURE CAPITAL SAS para promover la venta de los derechos fiduciarios, lo cual no ha sido fácil debido a la situación generada por la pandemia.

#### **IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Fundamento este recurso en las siguientes disposiciones legales:

Ley 1480 de 2011.

Código Civil, artículos 1894 a 1945

Código de Comercio, artículos 905 a 967

Demás normas concordantes y complementarias.

#### **V. PRUEBAS DE SUSTENTO AL RECURSO.**

Además de las obrantes en el proceso, aporto copia del contrato celebrado entre PROMOTORA KARMAIRI SAS EN LIQUIDACION y la sociedad BERRY SEVEN VENTURE CAPITAL SAS cuyo objeto es ayudar a la venta de los derechos fiduciarios de los beneficiarios y partícipes que han desistido del negocio por alguna causa y que corresponden a 20 derechos fiduciarios de 1300 vendidos en total.

Atentamente,

Fernando González Cifuentes  
T.P. N° 68.037 del C.S. de la J.  
C.C. 19.398.554 de Bogotá.

Bogotá D.C., 07 de mayo 2021

Honorable Magistrado:

Dr. **LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ**

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

E. S. D.

**RAD.** Proceso Verbal **110013199005-2019-45466-02**

**DEMANDANTE:** Organización Sayco Acinpro

**DEMANDADO:** Auto Fusa S.A.

**ASUNTO:** Recurso de Reposición y subsidio Apelación Auto 06 mayo 2021 que declara desierto recurso de apelación

**ALVARO CALDERÓN ARIAS**, mayor de edad, domiciliado y residenciado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. **91.284.320** de Bucaramanga (Santander), abogado titulado e inscrito con tarjeta profesional No. **234.700** del Consejo Superior de la Judicatura, reconocido en autos como el de apoderado judicial de la demandada **AUTO FUSA S.A.** por medio del presente escrito me permito efectuar lo siguiente:

**RECURSO DE REPOSICION Y SUBSIDIO DE APELACION DEL AUTO DE FECHA 06 DE MAYO 2021 NOTIFICADO EN EL ESTADO DEL 07 DE MAYO DE 2021 EL CUAL DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE APELACION DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR MEDIO DE LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

### I. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DEL PRESENTE RECURSO DEL PRESENTE RECURSO

El presente recurso se interpone dentro del término legal y de conformidad con los parámetros del Decreto Legislativo No. 806 de 2020 por PANDEMIA COVID-19.

Numero de Proceso Consultado: 11001319900520194546602  
[Regresar a los resultados de la consulta](#)

#### Detalle del Registro

Fecha de Consulta : Viernes, 07 de Mayo de 2021 - 02:55:24 P.M. [Obtener Archivo PDF](#)

Datos del Proceso					
<b>Información de Radicación del Proceso</b>					
Despacho			Ponente		
000 Tribunal Superior - Civil			LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ		
<b>Clasificación del Proceso</b>					
Tipo	Clase	Recurso	Ubicación del Expediente		
Declarativo	Verbal	Apelación Sentencia	Secretaria		
<b>Sujetos Procesales</b>					
Demandante(s)			Demandado(s)		
- ORGANIZACION SAYCO Y ACINPRO			- AUTOFUSA SA		
<b>Contenido de Radicación</b>					
Contenido					
<b>Actuaciones del Proceso</b>					
Fecha de Actuación	Actuación	Anotación	Fecha Inicia Término	Fecha Finaliza Término	Fecha de Registro
06 May 2021	NOTIFICACIÓN POR ESTADO	ACTUACIÓN REGISTRADA EL 06/05/2021 A LAS 16:39:39.	07 May 2021	07 May 2021	08 May 2021
06 May 2021	DECLARA DESIERTO	DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE APELACIÓN T.G.A. <a href="https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/125">HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/WEB/TRIBUNAL-SUPERIOR-DE-BOGOTA-SALA-CIVIL/125</a>			08 May 2021

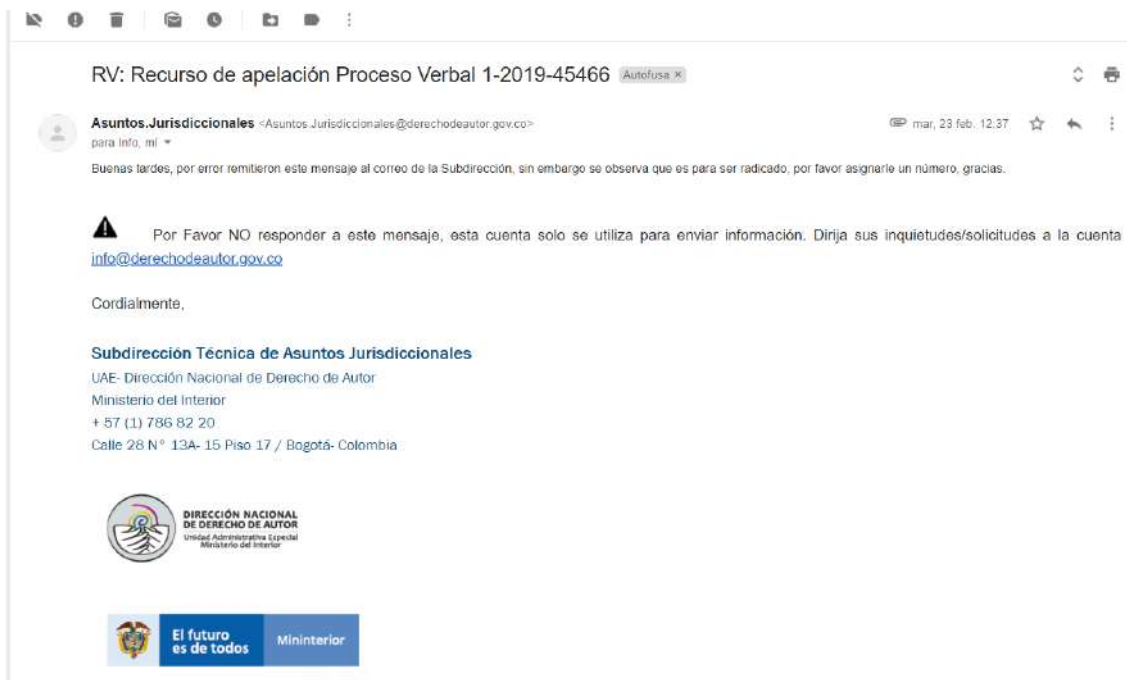
RAD. Proceso Verbal 1-2019-45466 DEMANDANTE: Organización Sayco Acinpro DEMANDADO: Auto Fusa S.A.

## II. PETICION

Con fundamento en las consideraciones de hecho y de derecho que se ponen de presente en este escrito, solicito respetuosamente a su despacho, que revise el auto de fecha 06 de mayo 2021 notificado en el estado del 07 de mayo de 2021 el cual declara desierto el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia para corregir los errores judiciales consistentes en valoración del recurso interpuesto y que fue declarado desierto por su despacho y en subsidio se conceda el recurso de apelacion para que el superior revise la decisión tomada por su respetado despacho, que a continuación se sustenta.

## III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO EN QUE SE SUSTENTA LA PETICIÓN

**1. EL RECURSO DE APELACIÓN SE SUSTENTÓ DENTRO DE LA OPORTUNIDAD LEGAL** teniendo en cuenta que en el momento procesal señalado en el inciso segundo del numeral 1 del artículo 322 del CGP, contra la Sentencia de fecha 17 de febrero de 2021, objeto de la apelación, notificada en el **ESTADO** No. **024** del 18 de febrero de 2021, me fue enviada a mi correo electrónico [abogadosjuriscred@gmail.com](mailto:abogadosjuriscred@gmail.com) el jueves 18 de febrero de 2021 y el escrito de apelación es radicado el día de martes 23 de febrero de 2021, en los términos del Decreto Legislativo No. 806 de 2020 por PANDEMIA COVID-19; en consecuencia el pronunciamiento se hizo dentro del término legal.



Imprima este correo solo si es necesario. Nuestro compromiso también es con el medio ambiente

Las opiniones que contenga este mensaje no necesariamente representan la opinión oficial de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. El contenido de este documento y/o sus anexos son para uso exclusivo de su destinatario intencional sin el propósito de que sea revelada o divulgada a otras personas, puede contener información legalmente protegida por ser privilegiada o confidencial. Cualquier retención, revisión no autorizada, distribución, divulgación, reenvío, copia, impresión, reproducción, o uso indebido de este documento y/o sus anexos, está estrictamente prohibida y sancionada legalmente. El acceso al contenido de esta comunicación por cualquier otra persona diferente al destinatario no está autorizado por la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Si usted no es el destinatario intencional de este documento por favor infórmenos de inmediato y borre de sus archivos electrónicos el documento y sus anexos.

De: JURISCREDE ABOGADOS <abogadosjuriscred@gmail.com>

Enviado el: martes, 23 de febrero de 2021 12:25 p. m.

Para: Asuntos Jurisdiccionales <Asuntos\_Jurisdiccionales@derechodeautor.gov.co>

CC: Ingrid Escalante <directoraejecutiva@saycoacinpro.org.co>; Clara Urazan <director.juridica@saycoacinpro.org.co>; gerencia@autofusa.com; JURISCREDE ABOGADOS <abogadosjuriscred@gmail.com>

Asunto: Recurso de apelación Proceso Verbal 1-2019-45466

Bogotá D.C., 23 de febrero 2021

Dr. CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO  
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales  
E. S. D.

**RAD. Proceso Verbal 1-2019-45466**

**DEMANDANTE:** Organización Sayco Acinpro

**DEMANDADO:** Auto Fusa S.A.

**ASUNTO:** Recurso de Apelación de la Sentencia de fecha 17 febrero de 2021

**ALVARO CALDERÓN ARIAS**, mayor de edad, domiciliado y residiendo en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. **91.284.320** de Bucaramanga (Santander), abogado titulado e inscrito con tarjeta profesional No. **234.700** del Consejo Superior de la Judicatura, reconocido en autos como el de apoderado judicial de la demandada **AUTO FUSA S.A.**, por medio del presente escrito me permito anexar RECURSO DE APELACIÓN en archivo PDF, lo anterior en los términos del Decreto Legislativo 806 de 2020, en razón a la PANDEMIA COVID-19, la presente apelación se envía por medio de mensaje de datos y con copia a la contraparte con el fin si tiene a bien pronunciarse al respecto.



**Info - Dirección Nacional de Derecho de Autor Colombia** <info@derechodeautor.gov.co>

23 Feb. 2021 17:19



para mí

Estimado ciudadano,

Su solicitud ha sido radicada con el N° 1-2021-18223 a la subdirección de asuntos jurisdiccionales ext 1102, la cual le será resuelta a través del medio que seleccionó en el formulario y en los tiempos que determina la Ley 1755 de 2015. Puede realizar el seguimiento de su solicitud a través del siguiente vínculo: <http://52.247.48.139:8083/ConsultaRadicado/> **Recepción ext 1110**

Cordialmente,

**UNIDAD DE COMUNICACIONES Y SERVICIO AL CIUDADANO**

UAE- Dirección Nacional de Derecho de Autor  
Ministerio del Interior

Cordialmente,

**UNIDAD DE COMUNICACIONES Y SERVICIO AL CIUDADANO**

UAE- Dirección Nacional de Derecho de Autor  
Ministerio del Interior  
[www.derechodeautor.gov.co](http://www.derechodeautor.gov.co)  
+57 (1) 7968220 ext.1115 1130  
Calle 28 N° 13A- 15 Piso 17, Bogotá, Colombia/Sur América

\*\*\*



Responder

Reenviar

**2. EL RECURSO DE APELACION SE SUTENTO DEBIDAMENTE Y 3. SE PRECISARON CADA UNO DE LOS REPAROS PRESENTADOS A LA SENTENCIA APELADA** Con base en el escrito conformado por 25 páginas en la cuales se sustenta de manera clara y precisa con cada uno de los reparos de las inconformidades, prueba de ello mediante auto de 08 del 05 de marzo del 2021 la subdirección de asuntos jurisdiccionales resuelve conceder el recurso de apelación y en el mismo auto el ad quo hace claridad que el recurso fue presentado oportunamente y que por tratarse de un archivo digital no es necesario el cumplimiento de exigir pago de copias de que trata el artículo 324 del CGP.

Atendiendo a lo anterior, concluye este Despacho que el recurso fue presentado oportunamente contra una providencia susceptible de alzada, toda vez que la sentencia se profirió en el marco de un proceso verbal. Por lo tanto, se concederá en el efecto devolutivo.

Finalmente, se pone de presente a la parte que en cumplimiento del artículo 2 del Decreto 806 de 2020 y por tratarse de un expediente digital, exigir que se realicen las copias de que trata el artículo 324 del CGP, a costa del recurrente, es una

---

T:\LASUNTOS JURISDICCIONALES\2021\1-1 Procesos\OSA Vs AUTOFUSA SA\_Rad. 1-2019-45466\ARR 08 CCORREDOR\_Ngranados 5 de marzo de 2021 45466 V1.docx

---

Auto Número (08)  
Página 2 de 2

formalidad innecesaria, teniendo en cuenta que para remitir el expediente al Tribunal Superior de Bogotá se le dará acceso a la plataforma ONEDRIVE y no se sacaran copias de este.

#### **IV. PRUEBAS GENERALES**

Sírvase su señoría tener como pruebas el cuaderno principal que obra en su despacho y videos y audios de las audiencias.

#### **V. NOTIFICACIONES**

Al demandante y demandado en las mismas que reposan en el cuaderno principal.

Al suscrito recibiré notificaciones al correo electrónico [abogadosjuriscred@gmail.com](mailto:abogadosjuriscred@gmail.com) Cel y washap 3233900225.

De usted,

Señor Juez

Atentamente,

The image shows a handwritten signature in cursive script, which appears to read "Alvaro Calderon Arias". To the right of the signature is a circular official seal. The seal features a central figure holding a scale of justice, surrounded by the text "CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA" and "COLOMBIA". Below the seal, the words "CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA" are printed in a smaller font.

**ALVARO CALDERON ARIAS**

C.C. 91.284.320 de Bucaramanga (S/der)

T.P. 234.700 del Consejo Superior de la Judicatura

Bogotá D.C., 23 de febrero 2021

Dr. **CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO**  
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales  
E. S. D.

**RAD.** Proceso Verbal **1-2019-45466**  
**DEMANDANTE:** Organización Sayco Acinpro  
**DEMANDADO:** Auto Fusa S.A.

**ASUNTO:** Recurso de Apelación de la Sentencia de fecha 17 febrero de 2021

**ALVARO CALDERÓN ARIAS**, mayor de edad, domiciliado y residenciado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. **91.284.320** de Bucaramanga (Santander), abogado titulado e inscrito con tarjeta profesional No. **234.700** del Consejo Superior de la Judicatura, reconocido en autos como el de apoderado judicial de la demandada **AUTO FUSA S.A.** por medio del presente escrito me permito efectuar lo siguiente:

### RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA DE FECHA 17 FEBRERO DE 2021 POR MEDIO DE LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

#### I. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DEL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN

El presente recurso de apelación se interpone en el momento procesal señalado en el inciso segundo del numeral 1 del artículo 322 del CGP, contra la Sentencia de fecha 17 de febrero de 2021, objeto de la presente apelación, notificada en el **ESTADO** No. **024** del 18 de febrero de 2021, me fue enviada a mi correo electrónico [abogadosjuriscred@gmail.com](mailto:abogadosjuriscred@gmail.com) el jueves 18 de febrero de 2021 y el escrito de apelación es radicado el día de hoy martes 23 de febrero de 2021, en los términos del Decreto Legislativo No. 806 de 2020 por PANDEMIA COVID-19; en consecuencia el presente pronunciamiento se hace dentro del término legal.



#### DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR EN EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES


SUBDIRECCIÓN DE ASUNTOS JURISDICCIONALES							
Estado No. 024 del 18 de febrero de 2021							
RADICACIÓN	CLASE DE PROCESO	DEMANDANTE/SOLICITANTE	DEMANDADO/SOLICITADO	ASUNTO	AUTOS / FECHA	CUADERNO	
1-2020-120917	VERBAL	ACTORES	N/A	AUTO QUE CONFIRMA Y CONCEDE APELACIÓN	03-17/02/2021	1	
1-2020-20068	VERBAL	ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO	MARELY MORA LÓPEZ	AUTO QUE CITA AUDIENCIA	07-17/02/2021	3	
1-2019-45466	VERBAL	ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO	AUTO FUSA S. A.	SENTENCIA	SENTENCIA-17/02/2021	1	




ANGIE KATHERIN TORRES CUBILLOS  
Firmado digitalmente por ANGIE KATHERIN TORRES CUBILLOS  
Fecha: 2021.02.18 08:23:23  
ANGIE KATHERIN TORRES CUBILLOS  
Secretaría Asuntos Jurisdiccionales

RECUPONLINE JURISDICCIONALES/ESTADO/024/18/2021

Página 1 de 1



Sentencia escrita del 17 de febrero de 2021, Proceso 1-2019-45466 Osa contra Auto Fusa S.A. Recibidos x 


**Asuntos.Jurisdiccionales**  
para Ingrid, Clara, gerencia@autofusa.com, mí ▾ jue, 18 feb. 10:19 (hace 2 días)   

Respetados usuarios y abogados

Cordial saludo,

Adjunto a este correo les remitimos la sentencia escrita del 17 de febrero de 2021, notificado por estado 24 del 18 de febrero de 2021. Recuerden que los vínculos para acceder tanto al expediente como a los estados y fijaciones en lista les fueron enviados anteriormente.

En caso de presentarse algún inconveniente con el acceso a la carpeta mencionada, podrá comunicarse con la línea telefónica en Bogotá 7868220 y solicitar al operador ser comunicado con la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales.

 Por Favor NO responder a este mensaje, esta cuenta solo se utiliza para enviar información. Dirija sus inquietudes/solicitudes a la cuenta [info@derechodeautor.gov.co](mailto:info@derechodeautor.gov.co)

Cordialmente,

**SUBDIRECCIÓN TÉCNICA DE ASUNTOS JURISDICCIONALES**  
UAE- Dirección Nacional de Derecho de Autor  
Ministerio del Interior  
+ 57 (1) 786 82 20

Activar Windows

## II. PETICION

Con fundamento en las consideraciones de hecho y de derecho que se ponen de presente en este escrito, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., y/o ad quem que corresponda, que revise la sentencia del ad quo para corregir los errores judiciales consistentes en valoración de las pruebas e interpretación de la ley que a continuación sustentaré con expresión concreta de los motivos de las inconformidades, para lo cual me permitiré determinar los hechos, pruebas y normas violadas más relevantes y en consecuencia que se revoque o reforme la providencia objeto del presente recurso de alzada en los términos del el principio constitucional *non reformatio in pejus*.

No obstante lo anterior, solicito al superior hacer una revisión más allá de lo precisado por el suscrito y en caso de encontrar yerros diferentes a los planteados, entonces se sirva revocar y/o modificar la sentencia apelada.

## III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO EN QUE SE SUSTENTA LA PETICIÓN

**1. PRIMER REPARO Y/O INCONFORMIDAD: Puede ser que la Organización Sayco y Acinpro llamada OSA, sea la mandataria de las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, en lo que no estoy de acuerdo es en que la última entidad nombrada este legitimada para representar los intereses de los títulos de las obras musicales que interpretan los artistas objeto del presente debate de los cuales me permito anexar a continuación no sin antes manifestar que en consecuencia estamos frente a un error judicial en cuanto a la valoración de las pruebas y en la interpretación de la ley por parte del ad quo.**



TITULO	INTERPRETE
CELOS	VICENTE FERNANDEZ
GITANA	WILLIE COLON
LA BICICLETA	CARLOS VIVES
JUNTOS	GRUPO NICHE
LA CASA EN EL AIRE	RAFAEL ESCALONA
LA LEY DEL AMOR	FERNANDO BURBANO
QUE DIA ES HOY	JEISON JIMENEZ
FLOR PALIDA	MARC ANTONY
QUIEN PERDIO	FRANCISCO GOMEZ
CUANDO YA NO ME QUIERAS	JULIO JARAMILLO
SIN IDENTIFICAR	GRUPO MIRAMOR
YA NO ME DUELES MAS	SILVESTRE DANGON
AMIGOS CON DERECHOS	JHON ALEX CASTAÑO
PEQUEÑAS COSAS	WILLIE COLON
CARRO DE FUEGO	GUAYACAN ORQUESTA
AMANTES INOCENTES	BINOMIO DE ORO Y/O JEAN CARLOS CENTENO
BAÑARTE EN MIS SUEÑOS	BINOMIO DE ORO
EL MENSAJE	ANDRES CEPEDA
APRETAITO EL PICK UP	MR BLACK
EL BAILE DEL SERUCHO	MR BLACK
MAYORES	BECKY G
CARICIAS PROHIBIDAS	VITY RUIZ
DISTINTOS DESTINOS	BINOMIO DE ORO

### 1.1. SUSTENTACIÓN DE LAS RAZONES DE LA PRIMERA INCORMORMIDAD:

La entidad demandante ni la mandataria, anexa al proceso siquiera prueba sumaria que demuestre que los artistas relacionados en el cuadro anterior sean afiliados, pertenezcan a dicha asociación y/o que tengan poder u autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes, de conformidad con la jurisprudencia que se resume a continuación que no es otra más que la misma que relaciona la demandante en la primera parte de su escrito introductorio de la cual me permito transcribir las más relevantes para esta primera inconformidad así:

### 1.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA PRIMERA INCONFORMIDAD:

#### CONSTITUCION NACIONAL

Artículo 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia

Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley

## DECISIÓN ANDINA DE NACIONES

Artículo 1.- Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino. Asimismo, se protegen los Derechos Conexos a que hace referencia el Capítulo X de la presente Decisión.

### DE LOS TITULARES DE DERECHOS

Artículo 8.- Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra.

Artículo 9.- Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 34.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Artículo 44.- **La afiliación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos, será voluntaria**, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los Países Miembros.

Artículo 54.- **Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante.** En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

### LEY 23 DE 1982

Artículo 1: Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común. También protege esta ley a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor.

Artículo 4: Son titulares de los derechos reconocidos por la ley:

- a) El autor de su obra;
- b) El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución;
- c) El productor, sobre su fonograma;
- d) El organismo de radiodifusión sobre su emisión;

e) Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados, y

f) **La persona natural o jurídica que, en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de esta ley.**

Artículo 183\*: Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación por acto entre vivos previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente.

**LOS ACTOS O CONTRATOS POR LOS CUALES SE TRANSFIEREN, PARCIAL O TOTALMENTE, LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR O CONEXOS DEBERÁN CONSTAR POR ESCRITO COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ.** Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

**Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.**

### 1.3. PRUEBAS RELEVANTES QUE SUSTENTAN LA PRIMERA INCONFORMIDAD:

A. La demandante anexa en su demanda a folio 26 al 31, un certificado en el que relaciona un listado de contratos con diferentes países que además llama la atención que datan desde los años 80, fecha en la que ni siquiera había nacido JEISON JIMENEZ, todavía SILVESTRE DANGOND no había lanzado su canción YA NO ME DUELE MAS, lanzada en el año 2016, por citar algunos ejemplos.

26



**DIRECCIÓN NACIONAL  
DE DERECHO DE AUTOR**  
Unidad Administrativa Especial  
Ministerio del Interior



**EL JEFE DE LA OFICINA DE REGISTRO  
CERTIFICA**

Que los siguientes contratos de representación recíproca celebrados entre SAYCO y otras sociedades de gestión colectiva de derecho de autor los cuales se encuentran inscritos en la Dirección Nacional de Derecho de Autor, de la siguiente manera:

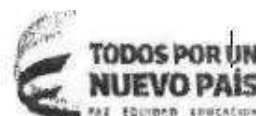
▪ CONTRATOS DE REPRESENTACION RECIPROCA

N°	TITULO	LIBRO	TOMO	PARTIDA	FECHA
1	SGAE de España	11	38	233	02/06/1989
2	SADAIC de argentina	11	38	234	02/06/1989
3	SUISA de Suiza	11	39	191	12/01/1990

Como si fuera poco, esta certificación no tiene ninguna firma que la soporte y no anexan los listados de los artistas ni las canciones que autorizan y lógicamente los contratos, poderes u autorizaciones entregadas por los artistas o titulares del derecho:



DIRECCIÓN NACIONAL  
DE DERECHO DE AUTOR  
Unidad Administrativa Especial  
Ministerio del Interior



135	The Harry Fox Agency, Inc.	11	103	487	25/01/2012
136	Korea Music Copyright Association KOMCA	11	106	484	24/07/2012
137	Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela - SACVEN	11	106	485	24/07/2012
138	Korea Music Copyright Association - KOMCA	11	110	124	17/05/2013
139	Sociedad de Autores de Suiza SSA	11	110	125	24/05/2013
140	Servinteg S.A.S.	11	111	166	22/08/2013

Dada en Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de abril del año 2016.

**MANUEL ANTONIO MORA CUELLAR**

Jefe Oficina De Registro

B. A folio 45 la entidad demandante anexa como prueba un certificado expedido por Acinpro, se limitan a manifestar que en su base de datos están registrados algunos de los artistas que dicen que estaban siendo comunicados públicamente por AUTO FUSA S.A., no obstante lo anterior no anexan ningún tipo de contrato, autorización, poder u otro documentos que provenga del autor, interprete, artista o de su representante, pero llama la atención que este documento lo firma la secretaria general de Acinpro AMANDA CECILIA TABARES PUERTA quien tampoco demuestra ser la titular o tener autorización, poder o exhibir el contrato de representación de los titulares del derecho de autor o sus representantes.



# Acinpro®

Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores fonográficos

45

**LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE  
INTÉRPRETES Y PRODUCTORES FONOGRAFICOS - ACINPRO**

**CERTIFICA QUE:**

**LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INTÉRPRETES Y PRODUCTORES FONOGRAFICOS – ACINPRO**, entidad sin ánimo de lucro, identificada con NIT 890.984.107-0, domiciliada en la ciudad de Medellín, con Personería Jurídica reconocida a través de la Resolución N° 002 del 24 de Diciembre de 1982 y Autorización de funcionamiento reconocida mediante la Resolución N° 125 del 05 de Agosto de 1997 emanadas de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR, es una Sociedad de Gestión Colectiva de Derechos Conexos, que en representación de sus asociados está facultada para administrar y recaudar las remuneraciones económicas que provienen de la utilización de las interpretaciones o ejecuciones y producciones fonográficas y de autorizar la ejecución y comunicación pública de las mismas, entre otras.

De conformidad a lo anterior, y en virtud a solicitud escrita realizada por la Organización Sayco Acinpro – OSA –, nos permitimos referirnos a los fonogramas e intérpretes relacionados en listado Anexo, los cuales fueron encontrados siendo utilizados o comunicados públicamente en vehículos de la empresa AUTO FUSA.

Así las cosas, y previa revisión de la base de datos por parte de nuestro Departamento de Documentación y Acreditación, se CERTIFICA que los fonogramas y repertorios de los intérpretes que a continuación se relacionan, se encuentran debidamente acreditados y representados por afiliación directa del Artista Intérprete o Ejecutante o por el Productor Fonográfico Afiliado, y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos **ACINPRO**, tiene plenas facultades legales y estatutarias para recaudar la remuneración proveniente de su ejecución y comunicación pública.

  
**AMANDA CECILIA TABARES PUERTA**  
Secretaria General

Oficina central:  
Cra 46 No 53-15 piso 6  
PBX: (4) 511.11.05  
Fax: (4) 251.06.94  
Medellín - Colombia

Oficina Bogotá:  
Cll 80 No 12 A-11  
Tels: (1) 530.67.48 ó 46  
Bogotá - Colombia




C. A folio 49 la demandante anexa otro certificado en la que en forma general manifiesta tener contratos de reciprocidad firmados por más de 101 sociedades del mundo relaciona alguna de las obras y sus artistas, pero nuevamente llama la atención que no anexa copia de dichos contratos, tampoco autorización o poder expedido por el artista o su representante, pero en cambio lo firma la señora JENNY CORREAL BELTRAN Coordinadora de Documentación de Sayco, no obstante lo anterior la última nombrada no demuestra tener autorización o poder de los artistas e intérpretes o sus representantes

Lo mismo sucede a folio 50, 51:

50

---

Página 85 de 86, Certificación de Obras



**LA COORDINACIÓN DE DOCUMENTACIÓN DE LA SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA "SAYCO"**

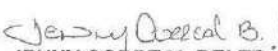

**CERTIFICA**

Que, a través de los contratos de reciprocidad firmados con más de 101 sociedades del mundo, SAYCO tiene documentadas en su base de datos 7'445.778 de obras, entre las cuales se encuentran las siguientes, que se evidencio la ejecución pública en inspección realizada a la empresa de transportes automotores **AUTO FUSA S.A.:**

TITULO OBRA	AUTOR	SOCIEDAD
ESTOS CELOS	FIGUEROA JOSE MANUEL FIGUEROA	SACM
GITANA	ORTEGA HEREDIA JOSE MANUEL	SGAE
LA BICICLETA	VIVES CARLOS ALBERTO	SAYCO
LA LEY DEL AMOR	BURBANO BRAVO LUIS FERNANDO	SAYCO
QUE DIA ES HOY	JIMENEZ GALEANO YEISSON ORLANDO	SAYCO
FLOR PALIDA	BORREGO LINARES FERNANDO	SGAE
QUIEN PERDIO	GOMEZ CARDONA FRANCISCO JAVIER	SAYCO
CUANDO YA NO ME QUIERAS	DIAZ MIRON CASTILLA JOSE	SACM

Se expide en la ciudad de Bogotá a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil dieciocho (2018).

Cordialmente,

**JENNY CORREAL BELTRÁN**  
Coordinadora Documentación

Con base en los literales expuestos anteriormente se evidencia que en el expediente no reposa, una sola prueba que indique que los titulares de los derechos deprecados en la demanda hayan autorizado, otorgado poder, firmado contrato con la demandante o su mandataria, solo se limitan a anexar un certificado sin firma y otros certificados expedidos por la secretarias de las entidades Sayco y Acinpro, pero no reposa en todo el expediente poder, autorización o contrato, firmado o expedido por ninguno de los artistas, intérpretes o ejecutantes titulares de los derechos de autor objeto del presente debate, pero en cambio los demandantes lograron confundir con esas certificaciones a la primera instancia.

Si



**Acinpro** Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores fonográficos

**LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INTERPRETES Y PRODUCTORES FONOGRAFICOS – ACINPRO – EN USO DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES Y ESTATUTARIAS**

**CERTIFICA QUE:**

Los organismos de radiodifusión a continuación relacionadas dan cumplimiento a la obligación generada con ocasión al uso y comunicación pública de la música fonogramada en sus diferentes emisiones, perteneciente a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores fonográficos representados por Acinpro, encontrándose al día en el pago de sus obligaciones a diciembre de 2018.

Nombre Emisora	Cod. MinTIC	Municipio	Departamento
EMISORA 101 9, CANDELA DE BOGOTA	51945	Bogotá	Cundinamarca

La presente certificación se expide a los 24 días del mes de enero de 2019.

  
**AMANDA CECILIA TABARES PUERTA**  
 Secretaria General

Oficina central:  
 Cra 46 No 53-15 piso 5  
 PBX: (4) 511.11.05  
 Fax: (4) 511.06.84

Oficina Bogotá:  
 Cl. 90 No 12 A-11  
 Tels: (1) 850 47 48 636




En interrogatorio de parte que realiza el señor Juez CARLOS ANDRES CORREDOR a la señora INGRID FABIOLA ESCALANTE representante legal de la Organización Sayco y Acinpro en audiencia inicial que trata el art. 372 del C.G.P., en el (minuto 25:15) le pregunta a que se dedica la organización sayco y Acinpro a lo que responde que es la mandataria de Sayco y de Acinpro y manifiesta que son encargados de gestionar el recaudo en establecimientos públicos y medios de transporte que utilizan la música de nuestros afiliados a nuestros representados (25:48), lo anterior prueba que solo representan la música de los afiliados y como ya se ha demostrado en el expediente no se registra prueba de la afiliación de las canciones y los artistas objeto del presente debate.

Una vez terminado el interrogatorio por parte del señor Juez, me concede la palabra para contrainterrogar y en el minuto 29:20 le solicito a la señora INGRID FABIOLA ESCALANTE representante legal de la Organización Sayco y Acinpro, que aclare a una de las preguntas que hace el señor Juez en la que ella manifiesta que trataron o tuvieron la intensión es decir mi representada AUTO FUSA en algún momento reconoció o no reconoció a ustedes con una firma, algún contrato o convenio en el que aceptaron concertar con ellos el pago de derechos de autor y al minuto (32:05) la Señora ESCALANTE responde que si buscaron acercamiento (30:25) considero que la respuesta ha sido evasiva y le pido que aclare si se formalizo algún documento de aceptación de esas solicitudes sí o no a lo que ella responde al minuto (33:34) manifestando que NO, y en la aclaración

reconoce que se debe tener autorización previa del autor clara y expresa de la utilización de la música por parte de los representados.

En el min (40:35) Le manifiesto a la Sra. ESCALANTE que si como había mencionado antes entonces deberían ser los autores quienes deben afiliarse a la sociedad que representa a lo que manifestó que si, entonces esta afirmación derrumba cualquier argumentación sobre la legitimación presunta.

A las (40:40) le pregunto a la señora ESCALANTE que si tienen esas autorizaciones que ella manifiesta deben tener de los artistas a o que responde que esas autorizaciones se realizan directamente con las sociedades de gestión colectiva y al min (42:40) le pregunto con base en la respuesta anterior que es decir que si ella reconoce que en el proceso a parte de la autorización que le da sayco y acinpro, no reposa en el expediente algún documento donde el autor directamente autorice a sayco o la organización sayco y acinpro y responde que esa no era su respuesta pero reclama que debe haber un contrato entre el autor y sayco y acinpro, y entonces al min (43:31) le pregunto en forma concreta que si sayco le entregó copia de esas autorizaciones a lo que manifiesta que NO, pero insiste en tener esas certificaciones emitidas por la misma entidad.

#### **1.4. CONCLUSIONES DE LA PRIMERA INCOFORMIDAD:**

La ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO, manifiesta que tiene legitimación en la causa por activa pues tiene un contrato de mandato con la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia SAYCO y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos ACINPRO; es de anotar que, en el presente proceso, la demandante pretende el pago de unos rubros por concepto de derechos de autor por obras que presuntamente representan SAYCO y ACINPRO.

Pues bien, en el mencionado contrato de mandato estipulan las partes en el literal C de la cláusula primera, que la ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO, puede representar a los asociados de SAYCO y de ACINPRO, ante autoridades judiciales, policivas y administrativas sobre cuestiones que se susciten con el cobro o recaudo del derecho de ejecución de obras musicales cualquiera que sea el soporte y sobre toda otra materia relacionada con su objeto social, no obstante de conformidad con lo establecido en el artículo 73 del Código General del Proceso, “Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.” Y a su vez el artículo 75 ibídem, establece: “Igualmente podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. En este evento, podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la firma. Las Cámaras de Comercio deberán proceder al registro de que trata este inciso.”



De lo anterior se desprende que la demandante no tiene legitimación para actuar en el proceso en representación de los supuestos autores que representan SAYCO y ACINPRO y mucho menos en nombre de estas, pues su objeto social no es la prestación de servicios jurídicos.

**2. SEGUNDO REPARO Y/O INCONFORMIDAD: Me encuentro inconforme respecto de la errónea interpretación por parte del AD QUO respecto a LEGITIMACIÓN PRESUNTA en consecuencia estamos frente a un error judicial en cuanto a la valoración de las pruebas y en la interpretación de la ley.**

### **2.1. SUSTENTACIÓN DE LA SEGUNDA INCONFORMIDAD:**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, en proceso 118-IP-2015, adelantado por Francisco del Villar Herrera en Contra de SAYCO, interpretando prejudicialmente los artículos 13, 15, 37, 45, 48 y 49 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre la legitimación de las sociedades de gestión colectiva indicó que: *“Cada sociedad de gestión colectiva representa a sus miembros en los límites de su mandato de representación convenido con los mismos (contrato o convención colectiva), o derivado de la legislación nacional o de su propio estatuto. Ello supone que, la sociedad de gestión colectiva puede representar únicamente a sus miembros y no a terceros. Adicionalmente la sociedad de gestión colectiva solamente podrá representar a sus miembros para: Las obras cuya gestión ha sido confiada por sus miembros; y, Los usos cuya gestión ha sido confiada por sus miembros o por la ley.*

*En consecuencia, es posible que, por ejemplo, un autor sea miembro de una sociedad de gestión colectiva pero que le haya confiado a esta únicamente la gestión de sus derechos sobre ciertas obras de su autoría y sólo para ciertos usos. En tal caso, para las demás obras de dicho autor, la sociedad de gestión colectiva no tendrá poder de representación y el autor podrá ejercer sus derechos por sí mismo. (...)*”

Teniendo en cuenta lo anterior la demandante tiene el deber de demostrar que los autores de las canciones de Vicente Fernández, Willie Colón, Carlos Vives, Grupo Niche, Rafael Escalona, Fernando Burbano, Jeison Jimenez, Marc Antony, Francisco Gómez, Julio Jaramillo, Grupo Miramor, Silvestre Dangond, Jhon Alex Castaño, Guayacan Orquesta, Binomio de Oro, Jean Carlos Centeno, Andrés Cepeda, Mr Black, Becky G y Vity Ruiz, le otorgaron la gestión de sus obras y más aún, que los facultaron para recaudar por exhibición en transporte de servicio público.

Además es necesario precisar que la legitimación presunta únicamente opera para las sociedades de gestión colectiva y la demandante no goza de esas características, por lo cual además debe demostrar que SAYCO y ACINPRO están facultadas por sus asociados para entregar a un tercero la administración que presuntamente les han otorgado.

## **2.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA SEGUNDA INCONFORMIDAD:**

### DECISIÓN 351 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho.
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

- a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento.
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales.
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación.
- d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.
- e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.
- f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.
- g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas.

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Artículo 37.- Los productores de fonogramas tienen el derecho de:

a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.

b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin autorización del titular.

c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público.

d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros.

b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos.

c) Que se obliguen a aceptar la administración del Derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines.

d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad.

e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso.

f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita.

- g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución.
- h) Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan.
- i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos.
- j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos.
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas.
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.

Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.

Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

### **2.3. PRUEBAS RELEVANTES QUE SUSTENTAN LA SEGUNDA INCONFORMIDAD:**

Es preciso manifestar que en el expediente no reposa ninguna prueba sobre la legitimación presunta endilgada por los demandantes es decir que: El onus probandi ('carga de la prueba') es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales.

El fundamento del onus probandi radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que «lo normal se entiende que está probado, lo anormal se prueba». Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo («affirmanti incumbit probatio»: 'a quien afirma, incumbe la prueba'). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema).

## **2.4. CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA INCONFORMIDAD:**

La entidad demandante y su mandatario no adjuntan en el escrito introductorio siquiera prueba sumaria sobre la legitimación presenta que se indilgan poseer frente a los privilegios de los titulares de los derechos de autor y conexos objeto del presente debate y son ellos quienes tienen esa carga probatoria y al no presentarla a la primera instancia no estarían legitimados para demandar unas pretensas económicas.

**3. TERCERA INCONFORMIDAD: No me encuentro de acuerdo en que la primera instancia le dé trámite favorable a un cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación demandada, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:**

**A. Respecto a que AUTO FUSA S.A. pese a ver recibido propuestas de pago por concepto de derechos de autor NUNCA FIRMÓ, SE COMPROMETÍO U OBLIGÓ con la demandante a concertar el pago de derechos de autor.**

**B. La primera instancia no tuvo en cuenta que AUTO FUSA S.A., si realizó pago por concepto de derechos de autor con otra asociación de derechos de autor legítimamente constituida como lo es ANAICOL/ANGEDAYCOL,**

**C. Por último y se propone esta inconformidad en el hipotético caso que las anteriormente sustentadas no llegaren a prosperar, entonces no estoy de acuerdo con el cobro desproporcionado y además expuestos por el ad quo, con base en que las pruebas recaudadas consistentes en el llamado operativo, no fueron autorizadas por entidad competente y solo se hizo a 6 buses de un total de flota compuesta por 122 buses de los 300 que manifestó y no logró demostrar la demanda que estaban activos.**

**En consecuencia estamos frente a un error judicial en cuanto a la valoración de las pruebas y en la interpretación de la ley.**

### **3.1. SUSTENTACION DE LAS ANTERIORES INCOFORMIDADES:**

A. Entre AUTOFUSA S.A. y la ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO o sus mandantes, no existe relación contractual de ningún tipo que le genere a mi representada obligación natural o civil para cancelar un monto arbitrariamente impuesto por la parte demandada.

Entre las partes jamás se ha llegado a algún acuerdo que le genere a mi prohijada la obligación de cancelar a la OSA los valores que está demandando; por el contrario, la demandante arbitrariamente impone un valor que supuestamente debe cancelar AUTOFUSA S.A., sin existir consenso entre las partes.

B. Con la contestación de la demanda, la defensa de AUTO FUSA S.A. por medio de suscrito, anexó copia de concertaciones firmadas con ANAICOL y ANGEDAYCOL, copias de comprobantes expedidos por ANAICOL y ANGEDAYCOL, copias de las calcomanías expedidas por ANAICOL y ANGEDAYCOL y copia de certificación Ministerio de Transporte, lo que demuestra que mi representada si cumplió con el deber de pagar por los derechos de autor, que no lo hizo con la demandante no significa

que debe pagar doble vez por el mismo concepto u/o que este pago no tuviera validez, pues la empresa ANAICOL y ANGEDAYCOL es una asociación de derechos de autor que cumple a cabalidad con los requisitos descritos entre otras por el art. 37 de nuestra Carta Polícita y las demás de ley.

C. El llamado operativo, que realizó el mandatario de la demandante, está revestido de ilegalidad toda vez que no fue autorizado por un juez de la república como prueba anticipada y aunado a lo anterior este operativo solo se realizó a 6 buses de una flota activa de 122 buses, y solo se hizo en una ocasión, entonces llama poderosamente la atención que el señor juez de primera instancia se desborde en otorgar unas pretensas injustas en las que valide a toda una flota y en solo una ocasión que se hizo el operativo ilegal conceda que los restantes buses de forma olímpica y automática entren en hacer parte de este cobro, entonces la demandante no logró probar que toda la flota estuviera utilizando las canciones de los artistas objeto del presente debate ni durante los años 2.016 hasta la fecha de radicación de la demanda en el año 2019.

### **3.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO QUE SUSTENTAN LAS TERCERAS INCONFORMIDADES.**

CODIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA  
Decreto 410 de 1971  
LIBRO TERCERO  
DE LOS BIENES MERCANTILES  
TITULO III  
DE LOS TITULOS VALORES  
CAPITULO I  
GENERALIDADES

Art. 619.\_ Definición y clasificación de los títulos valores. Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación. Y de tradición o representativos de mercancías. Conc.: 375, 620, 624, 626, 627, 628, 657, 685, 793, 1394.

Art. 620.\_ Menciones y Requisitos. Los documentos y los actos a que se refiere este Título sólo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma.

La omisión de tales menciones y requisitos no afecta el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto. Conc.: 646, 709, 713, 754, 768, 774, 784 num. 4o; C. Civil 66, 1494, 1495, 1501.

Art. 621.\_ Requisitos generales para los títulos valores. Además de lo dispuesto para cada título valor en particular, los títulos valores deberán llenar los requisitos siguientes:

1o) La mención del derecho que en el título se incorpora, y

2o) La firma de quién lo crea. La firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto.

Si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho, lo será el del domicilio del creador del título; y si tuviere varios, entre ellos podrá elegir el tenedor, quien tendrá igualmente derecho de elección si el título señala varios lugares de cumplimiento o de ejercicio. Sin embargo, cuando el título sea representativo de mercaderías, también podrá ejercerse la acción derivada del mismo en el lugar en que éstas deban ser entregadas.

Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega. Conc.: 625, 671, 677, 680, 682, 683, 684, 699, 709, 713, 754, 759, 768, 774, 776, 826, 827; C. Civil 76; C. de P. C. 23; Ley 527 de 1999 Art. 5 a 13, 7 y 28.

Art. 624.\_ Exhibición del título valor para el ejercicio del derecho en él consignado. El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo. Si el título es pagado, deberá ser entregado a quien lo pague, salvo que el pago sea parcial o sólo de los derechos accesorios. En estos supuestos, el tenedor anotará el pago parcial en el título y extenderá por separado el recibo correspondiente.

En caso de pago parcial el título conservará su eficacia por la parte no pagada. Conc.: 410, 619, 629, 661, 691; C. Civil 1499.

Art. 625.\_ Eficacia de la obligación cambiaria. Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación.

Cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor se presumirá tal entrega. Conc.: 621, 647, 648, 649, 784 num. 11, 826; C. Civil 66, 1500.

Art. 626.\_ Obligatoriedad del tenor literal. El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia. Conc.: 619, 621, 622, 657, 687, 692.

Art. 627.\_ Autonomía de la obligación de cada suscriptor. Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectarán las obligaciones de los demás. Conc.: 643, 657, 785, 882; C. Civil 1492, 1502 y ss.

Art. 629.\_ Afectaciones y gravámenes. La reivindicación, el secuestro, o cualesquiera otras afectaciones o gravámenes sobre los derechos consignados en un título valor o sobre las mercancías por él representadas, no surtirán efectos si no comprenden el título mismo materialmente. Conc.: 619, 624, 644, 802, 819, 1200.; C. de P. C. 681 y ss.

Art. 630.\_ Cambio en la forma de circulación de un título valor. El tenedor del un título valor no podrá cambiar su forma de circulación sin consentimiento del creador del título. Conc.: 625, 648, 651, 668; C. Civil 1502, 1508.

## CAPITULO II TÍTULOS NOMINATIVOS

Art. 648.\_ Características de los títulos nominativos. El título valor será nominativo cuando en él o en la norma que rige su creación se exija la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título. Solo será reconocido como tenedor legítimo quien figure, a la vez, en el texto del documento y en el registro de éste. La transferencia de un título nominativo por endoso dará derecho al adquirente para obtener la inscripción de que trata este artículo.





"DE LA TIERRA BROTA LA VERDAD Y DEL CIELO BAJA LA JUSTICIA" - Salinas Pá. 11

**DERECHOS DE AUTOR**

Resolución de inscripción Legal No. 30015018, L.S.J. BETA No. 10000007653.

**COMPROBANTE DE PAGO A COMPENSACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR**

ESTABLECIMIENTO:  ESTABLECIMIENTO  RESTAURANTE  PASEO DE PASAJEROS  PASEO DE PASAJEROS

LAS SOCIEDADES DE DERECHO PRIVADO NO TIENEN FACULTADES PARA SELLAR Y CERRAR ESTABLECIMIENTOS O SUSPENDER EVENTOS EL SOLO HECHO DE POSER ESTE COMPROBANTE, RECLAMA LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO LEY 1604 DE 2016, M.C.P. Art. 97 a 99

890.600.020-1	AUTOFUSA S.A.	TRANSPORTE DE PASAJEROS
200782-04	MARIA DEL PILAR	BOGOTÁ
3906984	DIAGONAL 23 N° 69 - 60 OFC 403	BOGOTÁ D.C.

ESTACION PARA VALOR DEL BANCO

ARATCOL VALIDO DESDE Y HASTA 20 18

CIFR: 900007800-2

Gerencia General

EFFECTIVO: S PL VALOR: PL

Este Comprobante no admite efectos de cancelación en la tienda del establecimiento

Reporte su comprobante a la Dirección Nacional de Estadística Ancestral y Cultural ANGEDAYCOL

ALERTA SENOR USUARIO: Permanezca atento a cualquier comunicado del poder judicial. ANGEDAYCOL le representa si usted informa en los términos legales de respuesta al despacho citado, si no lo hace el establecimiento pierde el derecho a ser representado y tendrá que buscar y pagar un asistente judicial particular que le represente bajo sus costos y riesgo legal. Informe a tiempo si es contrario.

020	210 MALDONADO PINZON LUCILA	51.638.170	SQZ364
021	216 HUERTAS BASTIDAS HECTOR RODRIGO	79.334.271	THV518
	PORRAS CERON CARLOS ALIRIO	79.676.420	

"DE LA TIERRA BROTA LA VERDAD Y DEL CIELO BAJA LA JUSTICIA" - Salinas Pá. 11

**DERECHOS DE AUTOR**

Resolución de inscripción Legal No. 30015018, Res. DELY No. 10000007653, 10/01/2015

**COMPROBANTE DE PAGO A COMPENSACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR**

ESTABLECIMIENTO:  ESTABLECIMIENTO  RESTAURANTE  PASEO DE PASAJEROS  PASEO DE PASAJEROS

ESTA CERTIFICACIÓN SOLO TIENE VALOR PARA REFORMA DE LAS NOMINAS EN EL CONGRESO DE LA REPUBLICA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CONCORDANCIA CON LA LITERAL C DE LA LEY 212 DE 1995 Y LOS ART. 109 Y 114, LEY 23 DE 1992, RESPONSABILIDAD JURÍDICA ART. 25, LEY 44 DE 1993, RECONOCIMIENTO A LOS DERECHOS PARTICULARES

890600020-1	AUTOFUSA S.A.	TITE DE PASAJEROS
200782-04	Ma. DEL PILAR ALBARRACIN GOMEZ	BOGOTA
NO REPORTA	D.23 No. 69-60 Of. 403 y 404 BGT	D.C. C/MARCA

ESTACION PARA VALOR DEL BANCO

ARATCOL VALIDO DESDE Y HASTA 2017

CIFR: 900007800-2

Gerencia General

EFFECTIVO: S PL VALOR: PL

Este Comprobante no admite efectos de cancelación en la tienda del establecimiento

Reporte su comprobante a la Dirección Nacional de Estadística Ancestral y Cultural ANGEDAYCOL

ALERTA SENOR USUARIO: Permanezca atento a cualquier comunicado del poder judicial. ANGEDAYCOL le representa si usted informa en los términos legales de respuesta al despacho citado, si no lo hace el establecimiento pierde el derecho a ser representado y tendrá que buscar y pagar un asistente judicial particular que le represente bajo sus costos y riesgo legal. Informe a tiempo si es contrario.

020	210 MALDONADO PINZON LUCILA	51.638.170	SQZ364
021	216 HUERTAS BASTIDAS HECTOR RODRIGO	79.334.271	THV518
	PORRAS CERON CARLOS ALIRIO	79.676.420	

RAD. Proceso Verbal 1-2019-45466 DEMANDANTE: Organización Sayco Acinpro DEMANDADO: Auto Fusa S.A.  
 Recurso de Apelación de la Sentencia de fecha 17 febrero de 2021

19

**ANAICOL**  
DERECHOS DE AUTOR  
Y CONEXOS

**angedaycol** Derechos d  
NIT. 90007800-2

Bogotá D.C. Abril 6 de 2017.

**ASUNTO: CONCERTACION POR DERECHOS DE AUTOR**

**A L :** Doctora  
MARIA DEL PILAR ALBARRACIN GOMEZ  
Representante Legal de La Sociedad Auto fusa s.a., Con Nit.  
890600020-1, C.C. No. 51767585, Dir. Diagonal 23 No. 69-60 Of. 403 y  
404. Bogotá D.C.

Lo cual iniciara su aplicación en la fecha y Lugar que informe la citada Representante Legal de AUTOFUSA S.A. Para dar cumplimiento ante la autoridad competente que sea designada para la revisión de dicho cumplimiento a los artículos 158 y 159 de la Ley 23 de 1982, así como al Nuevo código Nacional de Policía, para Ubicar las respectivas calcomanías a Los Vehículos que se encuentren activos, reportados y cumpliendo sus debidas rutas operativas en transporte de Pasajeros, Concertación que se regirá por Los siguientes Numerales:

- 1- ANAICOL, ASOCIACION DE AUTORES E INTERPRETES DE LA CANCION COLOMBIANA Con Nit. 900007800-2, Bajo la responsabilidad del Representante Legal, Maestro JOSE LEONARDO ALVAREZ RUIZ, Con C.C. No. 70.411.058 y TP. No. 11-5953 del M.E.N, y bajo la Dirección administrativa del CONSEJO DIRECTIVO ANAICOL RANGEDAYCOL Ejecutará los registros vehículo por vehículo según estadística aportada por la gerencia de AUTOFUSA, ubicando un comprobante de pago en cada vehículo y una calcomanía de cumplimiento a las normas del DERECHO DE AUTOR, Según Los artículos 158 y 159 de la Ley 23 de 1982, en su calidad de ASOCIACION DISTINTA A LA COLECTIVA de DERECHOS DE AUTOR, Para cumplimiento a la autoridad Competente en la Norma referente, proveniente de asociación Integrada Por TITULARES DE DERECHO DE AUTOR.
- 2- Que La gerencia de autofusa ordenara la alineación legal en cumplimiento a las Normas de la referencia desde el año 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2017. A un costo por esta única vez de 30 mil pesos por cada año dejado de cancelar y cuyos valores serán cancelados a la sociedad Autoral en el mes de Junio de 2017 Em- pero ANAICOL iniciara en el término de la distancia la coadyuvancia a AUTOFUSA para el cumplimiento de las Normas del DERECHO DE AUTOR, Con sus respectivos radicados, ante El Ministerio de Transporte, lo



BOGOTÁ D.C. DIRECCIÓN GENERAL - C No.12 B-84 DE 05 Ed. AUTOPRO. P.BX. 403946 Cde. 21751027 - 31612316 - 31224304 - 31156262  
CUNDINAMARCA No. 840 8596 TORIMÁ Nit. 5130 1114 A.C. E. C. 316 8730 ANTIPOQUIA Cde. 330 J 35 - 311 600 1878 - 87054317 - 35 8801 AIT ANTIOQUIA Nit. 310 476 0633

Policia de Carreteras ,La administración de Lo constitucional de la alcaldía de Fontibón por Jurisdicción del TERMINAL DE TRANSPORTE DE SALITRE, y ante la administración del Terminal de transporte terrestre de Fontibón, Bogotá D.C.

3- Que ANAICOL, Entregara Igual Número de Comprobantes y Calcomanias Como sea Ordenado por la gerencia de AUTOFUSA, y solicitara cumplido de la gestión una vez se haya terminado Los radicados competentes y Realizada la entrega del material Legal de cumplimiento a la AUTOFUSA Lo cual se pide para efectos de cumplimiento total de operatividad 8 días hábiles contados a partir de la firma de esta CONCERTACION Y ACUERDO.

4- Que ANAICOL, Representara ante las autoridades competentes, explicando y usando como amparo y protección de sus usuarios , las explicaciones Jurídicas de su Contenido en DERECHO DE AUTOR , a Lo que se puede Publicar que LAS OBRAS EXTRANJERAS , Que no sea registradas en Colombia para Protección del estado, serán de libre uso o DOMINIO PUBLICO según el Numeral 4 del artículo 187 de la Ley 23 de 1.982, y según la DIRECCION ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE DERECHO DE AUTOR, Son todas las obras por cuanto NO reposa radicado de catálogo ni de autores de las Obras extranjeras por parte de SAYCO NI ACINPRO en la DNDA.

Dada en Bogotá a los 6 días del mes de Abril de 2017, para su ejecución se firma por los que en el presente documento intervienen, Sirvase señor Notario Autenticar las firmas y contenidos de este Documento.

FDO: Por ANAICOL

JOSE LEONARDO ALVAREZ RUIZ  
Rep. Legal ANAICOL C.C. No. 70.411.058

Por AUTOFUSA-USUARIO:

MARIA DEL PILAR ALBARRACIN GOMEZ  
Representante Legal de La Sociedad Auto fusa s.a.,  
Nit. 890600020-1, C.C. No. 51767585,

REPUBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE  
RESOLUCION No 0006968 DE 19

31 DIC. 1996

"Por la cual se autoriza la unificación de la Capacidad Transportadora en la clase de vehículo BUS y/o BUSETA a la empresa "AUTO FUSA S.A.".

LA DIRECTORA GENERAL DE TRANSPORTE Y TRANSITO TERRESTRE AUTOMOTOR

En uso de sus facultades legales y en especial las conferidas por los Decretos 1927 de 1991, 2171 de 1992, las Resoluciones 0333 de 1994 y 0006961 de 1996, y

CONSIDERANDO

Que mediante resolución No. 0006961 del 17 de Octubre de 1996, se facultó a la Dirección General de Transporte y Tránsito Terrestre Automotor para unificar la Capacidad Transportadora en la clase de vehículo BUS Y/O BUSETA a las sociedades transportadoras, que previa a la expedición de esta Resolución, tengan autorizada BUS y BUSETA.

Que el representante legal de la empresa "AUTO FUSA S.A." mediante radicado No. 0021847 del 24 de Mayo de 1996 solicitó la unificación de la capacidad transportadora en BUS y/o BUSETA.

Que mediante resolución No. 00090 del 1. de Septiembre de 1996, la Oficina Central del entonces DITRA le otorgó la autorización transportadora a la empresa "AUTO FUSA S.A." operando dentro de los municipios límites:

CLASE DE VEHICULO	MÍNIMA	MÁXIMA
BUS DESTAÑO	21	27
BUSETA	07	11

7

22

0008958

DIC. 1996

RESOLUCION No. DE 15 HOJA No.

"Por la cual se autoriza la unificación de la Capacidad Transportadora en la clase de vehículo BUS y/o BUSETA a la empresa "AUTO FUSA S.A."

ARTICULO QUINTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los 31 DIC. 1996

MARÍA DEL PILAR SARRANO BUENDÍA  
Directora General de Transporte  
y Tránsito Terrestre Automotor

TP-10420-96  
MSP/Hartes22. 06-12-96.



No obstante las pruebas descritas anteriormente, la Sra. ESCALANTE representante legal de la OSA en audiencia inicial del art. 372, al min (47:40) reconoce que solo se inspeccionaron 6 vehículos: Siendo el minuto (46:05) le pregunto que precise a cuantos vehículos se realizó la inspección teniendo en cuenta que en las pruebas solo relaciona que se hizo inspección a 6 vehículos, a lo que responde que solo se hace una revisión aleatoria y al min (46:07) manifiesta que no podrían ellos inspección uno por uno pero que si se hizo una inspección aleatoria y al min (46:44) le insisto que precise si la inspección se hizo solo a 6 vehículos y al min (47:39) la Sra ESCALANTE responde que efectivamente se inspeccionaron solo 6 vehículos.

Al min (48:00) le pregunto a la Sra. ESCALANTE si en los vehículos que inspeccionaron y se relaciono todos los artistas objeto del presente debate y le pregunto que si tiene poder o autorización por parte de estos artistas o sus representantes para que los represente en este proceso y manifiesta que tiene certificaciones que hacen parte de esta sociedad de gestión colectiva y al min (49:32) le pido que aclare la respuesta en el sentido que manifiesta si tiene poder o autorización de cada uno de esos artistas de

forma directa ya sea a sayco y acinpro o a la OSA, que reposen dentro del proceso y al min (50:09) la Sra ESCALANTE manifiesta que dentro del proceso están las certificaciones y al min (50:23) el mismo señor Juez por su propia iniciativa requiere a la Sra. ESCALANTE que responda en concreto la pregunta si los artistas que registran en la demanda le han dado poder a lo que ella manifiesta que NO min ( 50:37) y le reitero que aclare al min (51:50) que si las autorizaciones de los artistas que dice que tiene su mandante alguna reposa en el proceso y el señor Juez aclara que ella ya había respondido que la Sra. ESCALANTE no tiene esos poderes, dejando a si claro que la Organización Sayco y Acinpro, no tiene autorizaciones por lo menos en el expediente por parte de los artistas que relacionan en la demanda.

Para finalizar en el contrainterrogatorio que le realizo al testigo presentado por la demandante en audiencia de fallo, Señor SANTIAGOGOMEZ GIRALDO Director de transportes de la Organización Sayco y Acinpro, reconoce que la inspección realizada a los 6 vehículos no fueron autorizadas por ninguna autoridad competente y que solo se le hizo esa inspección a 6 vehículos. (Ver contrainterrogatorio que reposa en el expediente principal.)

#### IV. PRUEBAS GENERALES

Sírvase su señoría tener como pruebas el cuaderno principal que obra en su despacho y videos y audios de las audiencias.

#### V. NOTIFICACIONES

Al demandante y demandado en las mismas que reposan en el cuaderno principal.

Al suscrito recibiré notificaciones al correo electrónico [abogadosjuriscred@gmail.com](mailto:abogadosjuriscred@gmail.com) Cel y washap 3233900225.

De usted,

Señor Juez

Atentamente,



**ALVARO CALDERON ARIAS**

C.C. 91.284.320 de Bucaramanga (S/der)

T.P. 234.700 del Consejo Superior de la Judicatura



**Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.  
Auto 08 del 5 de marzo de 2021**

**Rad.:** 1-2019-45466  
**Ref.:** Proceso Verbal  
**Demandante:** Organización Sayco Acinpro  
**Demandado:** Auto Fusa S.A.

Mediante el presente Auto de conformidad con lo prescrito en el artículo 321, 322 y 323 del Código General del Proceso, en adelante CGP, procede el Despacho a decidir sobre la procedencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, mediante escrito radicado el 23 de febrero de 2021 bajo el número 1-2021-18073, en contra de la sentencia escrita del 17 de febrero de 2021, notificada en el estado 24 del 18 de febrero del presente año.

**CONSIDERACIONES**

El artículo 321 del CGP señala que *“Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad”*.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 321 de nuestro estatuto procesal consagra que, si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral, el juez deberá anunciar el sentido de su fallo y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes. La apelación contra esta providencia se sujetará a lo establecido en el inciso 2 del numeral 1 del artículo 322.

El referido inciso 2 del numeral 1 del artículo 322 del CGP dispone que *“La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.”*

Ahora, el artículo 323 del CGP establece en el inciso 2 de su numeral 3 que se otorgará en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que hayan sido recurridas por ambas partes, que versen sobre el estado civil de las personas, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las que sean simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo.

Descendiendo al caso, en el Estado 24 del 18 de febrero pasado, se notificó la sentencia escrita de fecha 17 de febrero de 2021. Dentro del término de la ejecutoria de esta decisión, el apoderado de la sociedad demandada, mediante memorial radicado el 23 de febrero interpuso el recurso de apelación y expuso en este sus breves reparos.

Atendiendo a lo anterior, concluye este Despacho que el recurso fue presentado oportunamente contra una providencia susceptible de alzada, toda vez que la sentencia se profirió en el marco de un proceso verbal. Por lo tanto, se concederá en el efecto devolutivo.

Finalmente, se pone de presente a la parte que en cumplimiento del artículo 2 del Decreto 806 de 2020 y por tratarse de un expediente digital, exigir que se realicen las copias de que trata el artículo 324 del CGP, a costa del recurrente, es una



formalidad innecesaria, teniendo en cuenta que para remitir el expediente al Tribunal Superior de Bogotá se le dará acceso a la plataforma ONEDRIVE y no se sacaran copias de este.

En mérito de lo expuesto,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: Conceder** en el efecto devolutivo el recurso de apelación presentado por el apoderado de la sociedad Auto Fusa S.A., contra la sentencia escrita del 17 de febrero de 2021, de acuerdo con las consideraciones de la presente providencia.

**SEGUNDO: Remitir** por secretaría el expediente a la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá para lo de su competencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 324 del Código General del Proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*CACB* CARLOS  
ANDRES  
CORREDOR  
BLANCO

Firmado digitalmente  
por CARLOS ANDRES  
CORREDOR BLANCO  
Fecha: 2021.03.05  
17:30:28 -05'00'

**CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO**  
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales

Bogotá, D. C.,

Doctor  
**IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA**  
Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil  
**des07ctsbt@cenodoj.ramajudicial.gov.co**  
Ciudad

REF: VERBAL - PROCESO DE SIMULACION No. 2009 – 00279 - 01  
DTE.: **CONSTANZA MURILLAS VICTORIA y OTRAS**  
DDAS.: **DORA LEONOR BUSTOS DE PARRA y OTRAS**

## **RECURSO DE SUPLICA**

**LUIS EDUARDO SUAREZ CASAS**, apoderado de **CONSTANZA MURILLAS VICTORIA y OTRAS**, dentro del término, me permito presentar ante el H. Despacho recurso de **suplica**, de conformidad con lo señalado en los artículos 331 y 332 del Código General del Proceso, en contra del auto del 6 de mayo, publicado en el estado del 7 de mayo de 2021, así:

- 1) Mediante providencia del 6 de mayo de 2021 el Honorable Magistrado Ponente rechazó de Plano la nulidad procesal solicitada.
- 2) Con su decisión el Magistrado Ponente vulneró el Debido Proceso de mis mandantes.
- 3) Igualmente, con dicha providencia se incurrió en una vía de hecho, por la naturaleza grosera y protuberante del defecto presente en la actuación judicial que señalaré más adelante que afecta a mis mandantes.
- 4) Se avizora la causal de Defecto Procedimental Absoluto que se origina cuando el Honorable Magistrado actúa completamente al margen del procedimiento establecido en la ley.
- 5) También, se puede señalar que germina la causal de Defecto Fático cuando el operador jurídico carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustente la decisión de solicitar los alegatos por escrito cuando la norma señala claramente la fijación de una audiencia especial, en atención que estos ya se había presentado de manera oral.
- 6) Igualmente, se puede ver a todas luces, que se presenta un defecto material o sustantivo, como en el caso que aquí se pide se revise, cuando el Magistrado Ponente decide correr traslado para alegar, en un proceso que se venía llevando de manera oral, debiendo señalar audiencia especial. Corrió traslado con base en una norma inexistente o inconstitucional.

- 7) Con todo respeto me permito señalar que no solo en este incidente, estoy señalando los errores en que incurrió el Magistrado Ponente, sino también en escritos de recurso sobre sus actuaciones.
- 8) Exagerando un poco podría señalar que hubo una violación directa de la Constitución.
- 9) Se equivoca el Despacho al considerar que la nulidad solicitada se cimentó **ÚNICAMENTE** en el numeral 6° del artículo 133 del Código General del Proceso.
- 10) Frente a una interpretación de lo allí solicitado se planteó una nulidad por violación al artículo 29 de la Constitución Nacional (irrespeto al debido proceso).
- 11) Se señaló en la nulidad “ANTIPROCESALISMO” y otros.
- 12) Se dijo en la nulidad que el artículo 107 del C. G. del P. señala:

**“ARTÍCULO 107. AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS.** *Las audiencias y diligencias se sujetarán a las siguientes reglas:*

1...

*Quando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales.*

...

4. *Grabación. La actuación adelantada en una audiencia o diligencia se grabará en medios de audio, audiovisuales o en cualquiera otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado.*

6...

*De las grabaciones se dejará duplicado que hará parte del archivo del juzgado, bajo custodia directa del secretario, hasta la terminación del proceso.*

**PARÁGRAFO PRIMERO.** *Las partes y demás intervinientes podrán participar en la audiencia a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, siempre que por causa justificada el juez lo autorice.”* (sublineado y resaltado fuera de texto).

- 13) También se dijo: “Sin lugar a equivocarme señor Magistrado, usted no debió correr traslado para alegar por escrito, sino que en cumplimiento de lo señalado por la norma, debió convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar “.
- 14) El Despacho al no haber dado cumplimiento a lo señalado en el artículo 107 del C. G. P., hizo que se configurara una vulneración del debido proceso o del acceso de la justicia.
- 15) Se puede afirmar que el no darle cumplimiento a lo señalado en el artículo 107 del C. G. del P., transgredió los artículos 2°, 3°, 7°, 11 y especialmente el 13° y 14° del Código General del Proceso.

16) Señaló Ugo Rocco: “De otra parte, las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho. [Sentencia No. C-029/95]”.

17) A continuación, transcribiré los hechos de la nulidad solicitada:

## HECHOS

1. “En audiencia **ORAL** ante el Magistrado Ponente, Dr. Jaime Chavarro Mahecha, este togado en febrero de 2020, sustentó en debida forma y de manera oral, que quedó grabada en audio, el recurso de apelación, con base en los reparos presentados ante el Juez de Primera Instancia, cuando se presentó recurso de apelación contra la Sentencia de Primera Instancia de conformidad con lo establecido en el Código General del Proceso, **como obra en los audios que reposan en la carpeta del expediente.**”

2. Señala el artículo 103 del Código General del Proceso:

**“ARTÍCULO 103. USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES.** En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

...

*En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código se aplicará lo dispuesto en la Ley **527** de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos.”*

3. El 17 de febrero se abrió y se suspendió para continuar el 11 de marzo de 2020, siendo informado que la Doctora Adriana Largo Tabora, titular del Despacho regresó a ocuparlo.

4. El 9 de junio de 2020 se señaló en siglo XXI, **“CORRE TRASLADO AL APELANTE POR EL TÉRMINO DE CINCO DÍAS.”.**

5. Señala el artículo 107 del Código General del Proceso:

**“ARTÍCULO 107. AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS.** Las audiencias y diligencias se sujetarán a las siguientes reglas:

1...

*Quando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales.*

...

*4. Grabación. La actuación adelantada en una audiencia o diligencia se grabará en medios de audio, audiovisuales o en cualquiera otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado.*

6...

*De las grabaciones se dejará duplicado que hará parte del archivo del juzgado, bajo custodia directa del secretario, hasta la terminación del proceso.*

**PARÁGRAFO PRIMERO.** Las partes y demás intervinientes podrán participar en la audiencia a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, siempre que por causa justificada el juez lo autorice.”. (sublineado y resaltado fuera de texto).

6. Sin lugar a equivocarme señor Magistrado, usted no debió correr traslado para alegar por escrito, sino que, en cumplimiento de lo señalado por la norma, debió convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar.
7. También, y en atención al contenido del artículo 103 y el 108 del Código General del Proceso, pudo escuchar las alegaciones ya surtidas de manera oral y que obran en el expediente, procediendo a dictar sentencia.
8. Se ha dicho que los yerros en que incurren los jueces al momento de resolver asuntos puestos a su conocimiento, pueden ser removidos del ámbito procesal a fin de darle preeminencia a la legalidad, doctrina conocida como el antiprocesalismo o doctrina de autos ilegales, que sostiene, que salvo en el caso de la sentencia que desate un litigio, la ejecutoria de las demás providencias no obstan para que el mismo juez que las profirió se aparte luego de su contenido cuando encuentre que lo señalado en ellas, no responde a lo programado por el ordenamiento jurídico.
9. Es así su señoría, que el auto del 9 de junio de 2020 se torna ilegal y éste no ata al Juez ni a las partes.
10. Igualmente, se señala que tratándose de un proceso que en su terminación en primera instancia y en segunda instancia discurrió de manera **ORAL**, usted su señoría, con el auto del 9 de junio de 2020 lo convierte en proceso escrito, sorprendiendo a los intervinientes en el mismo, por lo que también se señala como nulidad ese cambio que sorprende a las partes que venían desarrollando el proceso de manera oral. La jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D. C. y la Sala Civil Familia de la Corte Suprema de Justicia, ya se ha pronunciado al respecto. (art. 327 del C. G. del P.). El artículo 14 del Decreto 806 de 2020, no acabó ni suspendió la oralidad por el contrario la mantuvo, veamos:

“Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

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. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.”

Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso.”

11. Este apoderado no avizora en el artículo, en que parte dice que la sustentación del recurso cuando ya se está tramitando éste, se señalaron pruebas y se practicaron la sustentación debe ser por escrito. Por el contrario, señala en su inciso final la realización de una audiencia.”

18) Se tornó en vía de hecho cuando el actuar del Despacho se distancia abiertamente del ordenamiento normativo, principalmente de la normatividad constitucional, ignorando los principios por los cuales se debe regir la administración de justicia, es decir, no respetó o dio cumplimiento a lo señalado en la norma procedimental “inciso final del numeral primero del artículo 107 del C. G. P.” y éste dice: **“ARTÍCULO 107. AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS.** Las audiencias y diligencias se sujetarán a las siguientes reglas:

1...

Quando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para

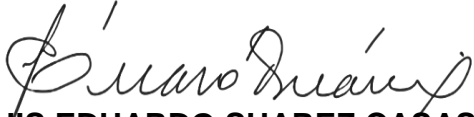
alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales. (sublineado y resaltado mío), derivando en la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de mis mandantes.

En los anteriores términos, dejo sustentado el recurso de súplica, solicitándole al Honorable Magistrado la modificación de la providencia recurrida en súplica.

## NOTIFICACIONES

Al suscrito en la secretaría del juzgado o en la K. 8 No. 12C-35 Of. 510 de Bogotá, D. C., telf. 336 24 92, 334 18 51 y celular 315 337 31 66, correo electrónico: **lescasas@hotmail.com**.

Atentamente,



**LUIS EDUARDO SUAREZ CASAS**

C. C. No. 19.234.854 de Bogotá

T. P. No. 97001 C. S. de la J.

**HONORABLE  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA CIVIL  
Magistrado Ponente. Dr. Juan Pablo Suarez Orozco  
E. S. D.**

**REF:** PROCESO ORDINARIO

**DEMANDANTE:** EGEDA COLOMBIA

**DEMANDADO:** HOTELES EL SALITRE S.A .

**JUZGADO DE ORIGEN:** JUZGADO DIECINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA .C.

**EXPEDIENTE:** 110013103019201700381-00

**ACTUACIÓN:** SUSTENTACIÓN REPAROS SENTENCIA

**JOSE LUIS ZORRO**, mayor de edad, de este domicilio, identificado con cédula de ciudadanía número 79.946.070 de Bogotá, con Tarjeta Profesional número 171.750 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado sustituto de la sociedad HOTELES EL SALITRE S.A., en los términos de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se procede a presentar sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, con fundamento a lo siguiente:

**PRIMERO: EN CUANTO A LA PROVIDENCIA RECURRIDA.**

Se recurre la sentencia de primera instancia proferida el 15 de mayo de 2019, providencia con la que el Despacho declaró que la sociedad Hoteles El Salitre S.A. omitió pagar a Egeda Colombia los derechos a que hubo lugar por la transmisión pública de obras de productores representados por esa sociedad colectiva y en la consecuencialmente ordenó el pago de la suma de \$60.155.447, 04 por concepto de indemnización a favor de la demandante y a cargo de la sociedad demandada Hoteles El Salitre S.A. .

**SEGUNDO: RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN RECURRIDA.**

El Juzgado de Conocimiento en el fallo recurrido resalto que a través de la ley 23 de 1982 se garantizó la protección de los derechos de los autores de obras literarias, científicas y artísticas e intérpretes y ejecutantes.

Trajo a colación el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional que hiciera al estudiar la constitucionalidad del artículo 44 de la ley referida.

Al estudiar el caso concreto consideró que la representación por parte de Egeda respecto los derechos de productores audiovisuales ésta acreditada al plenario con el documento que obra a folio 19 a 30, el cual, en los términos de la sentencia, fue aceptado por mi representada en razón a que no existió tacha sobre el mismo, lo anterior sin tener en cuenta que contra ese documento se dirigió una excepción la cual no fue abordada ni analizada en su integridad por la señora Juez de Conocimiento.

Así mismo, considero que en tratándose del establecimiento hotelero, la Corte Constitucional determino que le asiste a dichos establecimientos el deber de realizar los pagos, para no ir en detrimento de los autores y/o productores.

Se concluyó en el fallo que existe el deber de pagar a mi representada en aplicación del artículo 73 de la ley 23 de 1982 y el artículo 45 y 48 de la Decisión 351 de 1993 por el usos de unas obras cuya titularidad representa la demandante, ordenando el pago a favor de EGEDA COLOMBIA por la suma de \$17.004.012,48 por el año 2014, \$18.195.840 por el año 2015 y \$24.955.594 por el año 2016 por los demás periodos niega el pago por no estar acreditado el reglamento tarifario.

### **TERCERO: ANTECEDENTES**

Resulta indispensable para ilustrar al Honorable Despacho, exponer los antecedentes que dieron origen a la presente reclamación, en los siguientes términos:

**3.1.** Egeda Colombia afirma administrar unos derechos de propiedad intelectual de unos productores audiovisuales nacionales e internacionales.

**3.2.-** Egeda Colombia interpuso demanda en contra de la sociedad Hoteles El Salitre S.A. por la supuesta transmisión de obras audiovisuales de los productores que afirma representar, transmisiones las cuales se efectúan según la demanda a través de la señal del operador DIRECTV por la sintonización de los canales como CARACOL, TV, RCN, CITY TV, TELEANTIOQUIA, TELECARIBE, TELEPACIFICO, CANAL TRECE, TELE CAFÉ, CANAL UNO, CANAL CAPITAL , TRO, RAI, como se constató en diligencia de prueba anticipada de inspección judicial realizada el 13 de enero de 2015 precedida por la Superintendencia de Comercio Industria y Turismo. (Ver hecho 6 de la demanda)

**3.3.-** La demandante sostuvo que la sociedad HOTELES EL SALITRE S.A. había comunicado al público obras audiovisuales administradas por EGEDA COLOMBIA desde el año 2007 enunciando un listado de programación transmitido en los canales nacionales. (Ver hecho 7 de la demanda)

**3.4.-** Egeda Colombia sostuvo haberse comunicado en contadas ocasiones con la sociedad HOTELES EL SALITRE S.A. con el fin de llegar a una concertación y obtener la licencia para el uso de las obras que dice representar. (Ver hecho 8 de la demanda) (Afirmación que resulta ser contraria a la realidad máxime cuando la sociedad conoció de la existencia de dicha sociedad por una convocatoria que hiciera la demandante con el fin de agotar el requisito de agotamiento de conciliación)

**3.5.-** Se hizo alusión al trámite de conciliación surtido ante el Centro de Conciliación y Arbitraje "Fernando Hinestrosa" de la Dirección Nacional de Derechos de Autor. (Ver hecho 10 de la demanda)

**3.6.-** Luego de notificada la sociedad Hoteles El Salitre S.A, el día 10 de mayo de 2018 contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda y propuso como medios exceptivos i.) Ausencia de fundamento probatorio de los supuestos de hecho de las pretensiones de la demanda; *i) Inexistencia de Comunicación pública en los términos pretendidos por Egeda; iii) Las tarifas deben ser concertadas. Inexistencia de tarifas concertadas y aplicación del artículo 73 de la ley 23 de 1982; iv) inoponibilidad e improcedencia de las tarifas de Egeda; v) Confianza legítima cumplimiento de la normatividad aplicable por contar con un operador de cable autorizado; vi) Imposibilidad de Cobro por la transmisión de obras musicales, audiovisuales en las habitaciones de los hoteles; vii) La transmisión de los canales Colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal se rige por la Ley 680 de 2011; viii) abuso del derecho por parte de Egeda; ix) cobro de lo no debido y x) prescripción.*

**3.7.-** Para la sociedad Hoteles el Salitre S.A, ha sido claro que no ha comunicado al público obras audiovisuales de productores que represente EGEDA COLOMBIA y que en todo caso por parte de dicha sociedad Colectiva no ha ejecutado ninguna gestión para concertar si es del caso una tarifa en los términos que ordena el parágrafo del artículo 73 de la ley 23 de 1982 en concordancia con el artículo 48 de la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena.

**3.8.** En el ordenamiento jurídico se encuentra vigente el Decreto 1318 de 1996, la disposición normativa que en su artículo 1 consagra lo siguiente:

*"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 23 de 1982, y*



**CONSIDERANDO:**

Que el artículo 44 de la Ley 23 de 1982 estableció que es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro;

Que el artículo 83 de la Ley 300 de 1996, señaló que para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982, las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado;

Que el artículo 78 de la Ley 300 de 1996, definió el establecimiento hotelero y de hospedaje, como el conjunto de bienes destinados por la persona natural o jurídica a prestar el servicio de alojamiento no permanente inferior a treinta días con o sin alimentación y servicios básicos y/o complementarios o accesorios de alojamiento, mediante contrato de hospedaje;

Que como consecuencia de lo anterior, para efectos de lo previsto en el artículo 44 de la Ley 23 de 1982, sólo es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas, en las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje,

**DECRETA:**

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

**3.9.-** Por su parte Hoteles El Salitre S.A ha considerado que la sociedad demandante pretende aplicar unos montos tarifarios sin que previamente se haya agotado el requisito de concertación que ordena la ley 23 de 1982 y sin tener en cuenta los parámetros contenidos en el artículo 48 de la Decisión Andina 351 elementos que son indispensables en los términos como lo ha interpretado en reiteradas oportunidades el Tribunal Andino de Justicia.

<b>Artículo 73 de la ley 23 de 1982</b>	<b>Artículo 48 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena</b>
<p>Artículo 73 En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición, y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente ley, <u>serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán la aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.</u></p> <p>Parágrafo. En los casos <u>en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares</u></p>	<p>Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva <u>deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras,</u> interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, <u>salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.</u></p>

**3.10.-** Por lo que ha considerado la sociedad Hoteles El Salitre S.A, que los montos de condena reclamados como indemnizaciones de perjuicios que paradójicamente reclama la

demandante no están acreditados y no están fijados en los términos que ordena las normas rectoras antes referidas.

**3.11.-** La sociedad Hoteles El Salitre S.A. ha considerado que no le ha causado perjuicio alguno a Egeda Colombia y menos a quienes dice representar circunstancia que no ha acreditado la demandante.

**3.12.-** No está acreditado el daño reclamado con las pretensiones de condena reclamadas por la accionante en la medida que las tarifas con las cuales se pretende cuantificar no están fijadas bajo los parámetros del ordenamiento interno.

**3.13.-** No se puede tomar como fuente para cuantificar el daño unas tarifas que están fijadas por moneda extranjera y bajo la categorización de estrellas la cual no rige en el territorio nacional sino para los establecimientos hoteleros que se sometan a dicha categorización.

#### **CUARTO: FUNDAMENTO DEL RECURSO DE APELACION- SUSTENCACIÓN DE LOS REPAROS**

De acuerdo a lo ordenado por el Honorable Tribunal, procedo a sustentar los reparos en contra de la sentencia apelada, así:

##### **4.1.- En el fallo recurrido no se abordó el estudio de fondo las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda.**

Con el concepto emitido por el Tribunal Andino de Justicia el cual no puede ni resuelve el asunto de fondo sino que simplemente emite su opinión respecto de los aspectos que dieron origen al presente debate situación que hace necesario que en fallo de segunda instancia se entren a estudiar la totalidad de los medios exceptivos propuestos.

Lo anterior resulta valioso en la medida que lo discutido resulta ser un aspecto novedoso para los Operadores Judiciales en la medida que en nuestro ordenamiento interno existen vacíos notables sobre el problema que hoy nos tiene en este trámite.

En la providencia recurrida la señora Juez de Conocimiento dejó de analizar parte de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por la sociedad Hoteles El Salitre S.A, siendo trascendental para efectos de determinar si le asiste o no una indemnización como la perseguida por la accionante.

Del contenido de la sentencia consideramos que no existió un pronunciamiento de fondo de la mayoría de los medios exceptivos propuestos de los que destacó *excepción denominada inexistencia de comunicación pública en los términos pretendidos por Egeda, excepción denominada las tarifas deben ser concertadas. Inexistencias de tarifas concertadas y aplicación del artículo 73 de la ley 23 de 1982, excepción inoponibilidad e improcedencia de las tarifas de Egeda*; los medios exceptivos propuestos en nuestro parecer merecían un mayor estudio para efectos de determinar si efectivamente la fuente para imponer las pretensiones de condena como es el reglamento tarifario aportado al expediente cumple con lo dispuesto en el artículo 73 de la ley 23 19982 y el Artículo 48 de la Decisión Andina 351 para lo cual era indispensable acudir a la interpretación que ha hecho el Tribula Andino de Justicia respecto de los elementos mínimos y esenciales que deben cumplir las sociedades colectivas para efectos de determinar el monto tarifario.

En ese mismo sentido era indispensable acudir a la interpretación que ha hecho el Tribunal Andino de Justicia respecto del término de *"comunicación pública y pluralidad de personas"* a la luz del artículo 15 de la Decisión 351 para efectos de resolver la *excepciones denominada inexistencia de comunicación pública en los términos pretendidos por Egeda.*

##### **4.1.1.- En cuanto a la inexistencia de comunicación pública en los términos planteados por la sociedad colectiva EGEDA.**

Se tiene que el artículo 15 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena expresamente define la comunicación pública como todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a una obra y procede a definir situaciones especiales.

*DECISION 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA,*

*Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:*

En consecuencia, se requiere necesariamente de una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar.

Pero adicionalmente, las diferentes situaciones que describe la norma

*b. La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;*

Supone la efectiva proyección o exhibición pública de las obras.

*f. La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;*

Supone la efectiva emisión o transmisión en lugar accesible al público,

*i. En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.*

Supone la efectiva difusión por cualquier procedimiento.

En nuestro sentir según la interpretación de la norma mencionada y las situaciones descritas se evidencia que no es viable considerar como comunicación pública los actos que no estén dirigidos a una pluralidad de personas ni aquellos que no implique la proyección, exhibición, emisión, transmisión o en general difusión de las obras.

Así mismo existe en nuestro ordenamiento legal interno el Decreto 1318 de 1996, que excluye a las habitaciones de los establecimientos hoteleros de asumir algún pago por la difusión de obras audiovisuales en los televisores ubicados en dichas habitaciones.

**DECRETA:**

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

Disposición que no ha sido derogada estando vigente en la medida que no existe norma expresa que haya derogado su contenido como lo ha pretendido interpretar la demandante.

Por lo que la habitación está excluida de ser considerado como un recinto donde se pueda publicar en los términos de que trata el artículo 15 de la Decisión 351 una obra audiovisual, en una habitación que no está ocupada no puede considerarse que hay comunicación pública de obras, pues no solo no hay ninguna persona en su interior sino que además el televisor está apagado y como tal no está proyectando, exhibiendo, emitiendo, transmitiendo o en general difundiendo obra alguna.

Adicionalmente, si la habitación está ocupada y el televisor está apagado, no se está proyectando, exhibiendo, emitiendo, transmitiendo o en general difundiendo obra alguna.

Pero incluso estando encendido el televisor, solo se estarían proyectando, exhibiendo, emitiendo, transmitiendo o en general difundiendo las obras que se sintonicen y no todas aquellas que estén o puedan estar disponibles.

**4.2.-En cuanto a que en la sentencia parte del supuesto equivocado y sin fundamento de considerar que Hoteles El Salitre S.A comunicó públicamente obras audiovisuales cuyos titulares son representados por Egeda.**

En el fallo apelado se llegó a la conclusión que la sociedad Hoteles El Salitre S.A, comunicó públicamente obras audiovisuales cuyos titulares son representados por Egeda sin que esté probada la comunicación y sin identificar cuáles son las obras públicas supuestamente comunicadas, cuándo fueron supuestamente comunicadas y sin indicar quiénes son las personas titulares de esas supuestas obras.

La comunicación audiovisual en las habitaciones de los hoteles está excluida de considerarse como una comunicación pública por disposición normativa artículo 1 del Decreto 1318 de 1996.

Por lo que eventualmente si se quisiera concluir que efectivamente se trata de una discusión respecto de la comunicación pública de obras, es indispensable bajo las reglas probatorias identificar por lo menos cuáles son las obras que se consideran han sido emitidas, cuándo fueron emitidas.

Frente a este punto en la sentencia no se identifica ni menciona siquiera cuáles son las obras supuestamente comunicadas por Hoteles El Salitre S.A. cuya titularidad sean de los autores que dice representar la demandante, aspecto que tampoco fue objeto de pronunciamiento de fondo en la providencia recurrida.

A la conclusión que llegó el Honorable Despacho de Conocimiento fue bajo la errónea interpretación y sin estar probado al proceso, que en la diligencia previa de inspección judicial, realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio se constató que a través de Directv los canales se emiten las obras protegidas, aspecto que no es cierto y que resulta ser contrario a la realidad.

Se transcribe el aparte de la sentencia:

*" Ahora, frente a la emisión de las obras artísticas de las que se tiene administración, se cuenta no solo con la inspección realizada, como prueba anticipada , por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual se pudo constatar la emisión, a través de Directv, de varios de los canales que emiten las obras protegidas, sino que también se corrobora con el contrato obrante a folio 37 a 42, mediante el cual el operador de cable mencionado le dispensa tal servicio a HOTELES EL SALITRE S.A...."*

Para efectos de concluir que efectivamente la sociedad Hoteles El Salitre S.A. emite, comunica, pública o tramite obras cuya titularidad sea de productores audiovisuales representados por Egeda tendrían que haberse acreditado al proceso varios aspectos que no están probados y que no logró probar la accionante como que:

- No se probó cuáles son las obras que supuestamente fueron comunicadas públicamente por mí representada. En la sentencia ni siquiera se menciona cuáles son esas obras.
- No se probó cuándo fueron emitidas las obras que supuestamente fueron comunicadas. En la sentencia ni siquiera se menciona fecha alguna relacionada a la supuesta comunicación.
- No se acreditó cuáles son los productores que dice representar Egeda y cuyas obras (protegidas) en los términos de la sentencia fueron transmitidas en los espacios y habitaciones del hotel.

- No se probó cuáles son las obras protegidas y si esas obras protegidas son de los productores audiovisuales que dice representar Egeda Colombia.

**4.3.- El Despacho de conocimiento no tuvo en cuenta que Hoteles El Salitre S.A. no dispone de un sistema interno a través del cual difunda obras audiovisuales.**

El fallo recurrido desconoció que ni el hotel ni la sociedad Hoteles El Salitre S.A, dispone de un sistema interno a través del cual difunda obras audiovisuales.

El Hotel no cuenta con una red de difusión de cualquier tipo ni tiene acceso a una red de difusión para transmitir obras audiovisuales y en todo caso no tiene un sistema interno a través del cual difunda obras audiovisuales, por lo que, de conformidad con las normas aplicables y la jurisprudencia, no es procedente ni posible considerar que Hoteles El Salitre realiza la comunicación pública de obras audiovisuales.

La señal que llega a los televisores de cada habitación se efectúa a través de los dispositivos de la propiedad del operador de cable.

El operador de Cable debe contar con las autorizaciones para la transmisión de la parrilla que ofrece y está en la obligación de pagar a quienes corresponda por los derechos de transmisión de la programación que ofrece a través de la parrilla.

Efectivamente el Hotel no cuenta con un sistema interno propio que permita la transmisión de la señal de televisión, sino que se tiene que acudir a los medios tecnológicos del cable operador para la transmisión de la señal.

Sin esos medios tecnológicos que presta el cable operador no es posible que el hotel pueda transmitir la señal de tránsito en el establecimiento hotelero.

**4.4.- La sentencia recurrida no se interpretó en los términos que ha fijado la Honorable Corte Constitucional la condición de domicilio privado de habitación y la exclusión de cobro por la transmisión de obras musicales, audiovisuales en las habitaciones de los hoteles.**

El concepto de habitación de un hotel como domicilio privado en nuestro ordenamiento jurídico interno, es relevante en el presente asunto en la medida que dicha condición excluye de por sí de cualquier aparente trasgresión a las normas de derecho de autor.

**“HABITACION DE HOTEL-Constitye domicilio/HABITACION DE HOTEL-Carácter privado**

*Las habitaciones de hotel, en efecto, gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio, pues constituyen, sin duda, domicilio. Ninguna persona ni autoridad puede, entonces, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de las mismas, invadirlas, registrarlas, requisarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior acontece, a menos que medie orden escrita de autoridad judicial competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y por los motivos previamente contemplados en ella....” (Sentencia C-282/97)*

En sentencia C-282 DE 1997 la Honorable Corte Constitucional realizó un pronunciamiento sobre el artículo 83 de la ley 300 de 1996 y concretamente, se pronunció sobre la ejecución de una obra dentro de una habitación y como tal, fijó los parámetros para establecer la interpretación o alcance que tiene la expresión hoteles para efectos de derechos de autor así como la calificación del sujeto - huésped que lleva a cabo la ejecución de una obra al interior de una habitación.

Respecto de la ejecución de una obra dentro de una habitación la Honorable Corte fijó unos parámetros no respecto del lugar donde se puede ejecutar sino del sujeto activo que la ejecuta, advirtiendo sobre límites de esta interpretación, para efectos de no entrar a vulnerar derechos de los titulares de las obras.

Se transcribe el aparte

*“Es evidente que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, sino del sujeto que la lleve a cabo y del ánimo -lucrativo o de particular y privado esparcimiento- que la presida. En nada vulnera la Constitución Política, y, por el contrario, aplica a cabalidad sus artículos 15 y 28, cuando reivindica para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento el derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener permiso del autor de las mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos....”*

Siguiendo la interpretación que hizo la Honorable Corte Constitucional, se tiene que necesariamente la condición de domicilio privado está ligado de la actividad del huésped para concluir si se trata o no de una comunicación pública o privada.

Este aspecto en su momento fue regulado por nuestro ordenamiento legal a través del Decreto 1318 de 1996, en que frente a este punto se concluyó lo siguiente:

*“El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 23 de 1982, y*

**CONSIDERANDO:**

*Que el artículo 44 de la Ley 23 de 1982 estableció que es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro;*

*Que el artículo 83 de la Ley 300 de 1996, señaló que para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982, las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado;*

*Que el artículo 78 de la Ley 300 de 1996, definió el establecimiento hotelero y de hospedaje, como el conjunto de bienes destinados por la persona natural o jurídica a prestar el servicio de alojamiento no permanente inferior a treinta días con o sin alimentación y servicios básicos y/o complementarios o accesorios de alojamiento, mediante contrato de hospedaje;*

*Que como consecuencia de lo anterior, para efectos de lo previsto en el artículo 44 de la Ley 23 de 1982, sólo es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas, en las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje,*

**DECRETA:**

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

Siendo la habitación de un hotel un domicilio privado, resulta entonces relevante determinar si efectivamente un huésped que se encuentra hospedado ejecuta actos públicos o privados y si efectivamente la señal que se trasmite a través del televisor de la habitación deba ser considerada como un acto público.

En nuestro sentir los actos que ejecute el huésped en su habitación no pueden ni deben considerarse como actos de deban catalogarse como públicos.

Ahora esta línea interpretativa fue acogida en el Decreto 1318 de 1996 que hizo acertadamente dicha exclusión.

Entonces es necesario establecer en los términos y parámetros fijados si efectivamente existe comunicación pública respecto de la actividad que pueda desplegar el huésped en una habitación de un establecimiento hotelero.

Para el caso concreto el Despacho consideró acudiendo a la interpretación contenida en la sentencia aquí referida que los establecimientos hoteleros despliegan una actividad lucrativa asistiéndoles el deber de pagar por concepto de derechos de autor, aspecto del cual ha de tenerse en cuenta como también lo advirtió la Honorable Corte Constitucional el sujeto activo que lleva a cabo la ejecución en este caso el huésped.

#### **4.5.- No se encuentra acreditado al proceso que Egeda Colombia represente a los productores audiovisuales que dice representar.**

En la providencia recurrida erróneamente respecto a este punto se dice que está acreditado plenamente con el documento que obra a folio 19 a 30 la representación que la sociedad accionante realiza de los derechos de productores audiovisuales que dice representar.

Agrega además el Despacho que el documento con el cual se valida la representación no fue objeto de reproche ni tacha por parte de la sociedad demandada dando plena validez al mismo y declarando no probada la excepción denominada "*No está probado que EGEDA represente a los productores que afirma representar*".

El documento que obra a folio 19 y 30 del expediente corresponde a un listado elaborado por la misma accionado que no tiene ni puede tener la condición de prueba suficiente para acreditar los productores que dice representar, aspecto ratificado por la misma DIRECCION DE DERECHOS DE AUTOR que así lo manifestó:

*"En atención a su comunicación referida en el asunto, en el cual nos solicita "certificación en donde conste el listado de productores representado por Egeda Colombia, **conforme a la documentación radicada en esa entidad (Rad.1-2014-36738)**, nos permitimos certificar que el día 25 de junio de 2014, mediante radicado 1-2014-36738, la sociedad de gestión colectiva denominada Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia- EGEDA COLOMBIA- allegó a esta dirección el listado de productores audiovisuales representados por aquélla.*

***En razón de lo anterior, nos permitimos transcribir el listado presentado a esta Entidad el 25 de junio de 2014 por parte de la señora Vivian Alvarado Baena, Representante legal de EGEDA COLOMBIA...***

No es procedente tomar como fuente para acreditar la presentación un simple listado elaborado por la representante legal máxime cuando la vigencia de los contratos de gestión no es perpetua y requieren de renovación.

En la sentencia se debió analizar como elemento probatorio si efectivamente en los términos de los *estatutos de Egeda Colombia* que obran dentro del plenario estaba acreditado la existencia de los contratos de gestión que corresponden al acto de vinculación de los afiliados, así mismo si los referidos contratos de gestión estaban vigentes para la fecha de presentación de la demanda en los términos del literal b del artículo 9 del señalado Estatuto.

No se acreditó por parte de la sociedad de Gestión Colectiva ha debido acreditar al proceso por cualquier medio probatorio la existencia de los contratos de gestión, su vigencia o como mínimo aportar el libro de registro de miembros que hace referencia el artículo trece de sus estatutos, para efectos acreditar su condición.

*"ARTÍCULO TRECE: La incorporación o salida de los miembros de la Sociedad de Gestión Colectiva se hará constar en un libro cuyo acceso será libre para todos los miembros, cualquiera sea su naturaleza de conformidad a lo dispuesto en el artículo seis de los presentes estatutos. Estos podrán obtener la información contenida en el mismo, por certificación expedida por el Secretario del Consejo Directivo, quien será el encargado de su custodia, depósito y seguimiento."*

El honorable Tribunal no puede tener como válida, la simple afirmación de que la sociedad Egeda Colombia ejerce una representación de unos determinados productores audiovisuales sin que esté plenamente acreditado tal condición en los términos establecidos en los mismos estatutos máxime cuando en ese acto estatutario está dada la condición de afiliado a partir de la existencia del contrato gestión.

Frente a este punto en el fallo recurrido no se hizo un análisis conjunto de los estatutos de la sociedad de Egeda Colombia para determinar en qué condiciones una persona natural o jurídica adquiere la condición de afiliado y si esa condición está dada con la simple expedición de un listado, teniendo en cuenta que en los estatutos se dice que la totalidad de los miembros están obligados a suscribir un contrato de gestión, se transcribe así:

*"ARTÍCULO NUEVE: El contrato de gestión **que deberán suscribir la totalidad de los miembros** contendrá como mínimo, la aceptación de las siguientes obligaciones:..."*

Era indispensable entonces analizar el contenido de los Estatutos con el fin de determinar cuáles eran las pautas que la sociedad colectiva tiene contempladas para el registro de sus afiliados.

Lo anterior teniendo en cuenta que en los mismos Estatutos de Egeda Colombia, se contempló la necesidad de llevar un registro de los miembros entrantes y salientes, registro que está contenido en un documento formal como es el libro de registro, documento que se echa de menos en el plenario y sería la prueba conducente.

*"ARTÍCULO TRECE: **La incorporación o salida de los miembros de la Sociedad de Gestión se hará constar en un libro registro cuyo acceso será libre para todos los miembros, cualquiera sea su naturaleza de conformidad a lo dispuesto en el artículo seis de los presentes estatutos.** Estos podrán obtener la información en el mismo, por certificación expedida por el secretario del Consejo Directivo, quien será el encargado de su custodia, depósito y seguimiento." (Negrilla fuera de texto)*

Resulta indispensable en los términos de los estatutos exigirle a la sociedad Colectiva el libro de registro de afiliados con el fin de determinar si efectivamente coincide con el listado contenido en el documento que obra a folio 15 a 30 y con el cual el Despacho considera se acredita la condición de afiliado.

En efecto resulta aún más relevante la exigencia del libro de registro de socios cuando en los mismos estatutos se contempló como causales de pérdida de la condición de miembro entre otras el fallecimiento si se trata de persona natural o la resolución del contrato de gestión, se transcribe así:

*"ARTÍCULO DOCE: La calidad de Miembro se pierde:*

- a.*
- b.*
- c.*
- d. Por muerte o declaratoria de fallecimiento, tratándose de personas naturales*
- e.*
- f.) Por resolución del contrato de gestión..."*

Con el documento avalado en la sentencia como prueba con la que se acredita la representación alegada por EGEDA COLOMBIA no se tiene certeza si efectivamente coinciden con el documento formal de registro de miembros y si los contratos de gestión están vigentes por los periodos en los que se afirma se comunicó al público las obras audiovisuales de autoría de quienes dice representar.



**4.6.- Los reglamentos tarifarios no son prueba suficiente para acreditar el daño ni las pretensiones de condena en razón a que los reglamentos de los años 2014, 2015 y 2016 no cumplen con el requisito de concertación y proporcionalidad a los ingresos exigidos en la norma marco.**

Sobre este aspecto en el Concepto emitido por el Tribunal Andino de Justicia solo se procedió a remitirse a lo establecido por el artículo 48 de la Decisión 381, que consagra lo siguiente:

*"Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto*

Ahora nos debemos remitir a la legislación interna artículo 73 de la ley 23 de 2002, que consagra lo siguiente:

*Artículo 73 En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición, y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente ley, **serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán la aplicación,** siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.*

*Parágrafo. En los casos **en que no exista contrato,** o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; **estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares***

Los reglamentos tarifarios contenidos en el expediente presentan deficiencias y no pueden ser tenido como fuente o punto de partida para establecer un monto de condena en la medida que no se ajustan a los parámetros legales y especialmente porque no existe el elemento de comparación exigido por el parágrafo del artículo 73 antes transcrito.

No está probado al proceso la concertación elemento indispensable para reclamar un perjuicio como el reclamado o por lo menos su cuantificación no es acorde los parámetros emitidos por la legislación interna.

Para los hoteles la entidad accionante en su reglamento tarifario categoriza a los hoteles por estrellas cuando dicha categorización sólo le es aplicable a los establecimientos hoteleros que se sometan a la misma.

En todo caso la categorización por estrellas sólo le está autorizada a la Superintendencia de Industria y Comercio.

En la sentencia recurrida se dio plena validez al reglamento tarifario de los periodos 2014, 2015 y 2016 y en particular al monto contenido en los referidos reglamentos sin tener en cuenta que dentro del proceso Egeda no probó cual fue la gestión de concertación previa al trámite de conciliación y tampoco se tuvo en cuenta el cumplimiento del requisito de proporcionalidad respecto de los ingresos.

Estos aspectos fueron alegados por vía de excepción por parte de la sociedad que represento lo que sin lugar a dudas en nuestro sentir constituye un elemento esencial para efectos de validar o no la indemnización que persigue la sociedad Colectiva Egeda Colombia.

#### 4.6.1.- En cuanto al requisito de concertación.

El artículo 73 de la ley 23 de 1982 contempla la necesidad que las tarifas que, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general por uso o explotación de las obras protegidas deberán ser las tarifas concertadas.

Se transcribe el texto de la norma, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 73.-** *En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente Ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.*

**PARÁGRAFO.** *- En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán, las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; **estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares.***

En casos como el que aquí se ventila en los términos del párrafo de la norma arriba transcrita, en los eventos en que no exista contrato, las tarifas serán las que fije la entidad competente y no podrán ser **mayores a las ya acordadas** por las asociaciones para casos similares.

Como en el presente asunto no existe contrato entre Egeda y la sociedad demandada y no está determinado cual es la autoridad competente ni está determinado el procedimiento, lo consecuente es que debe necesariamente conocerse las tarifas que EGEDA ya acordó y concertó con otros hoteles o establecimientos similares, pues ese es limite y parámetro que está determinado de manera expresa en la norma.

Dentro del plenario se echa de menos cual es el punto comparativo para efectos de darle plena validez a la tarifa contenida en el reglamento allegado, es necesario que Egeda dé a conocer las tarifas acordadas con otros establecimientos similares al establecimiento hotelero HOTEL CAPITAL sobre el cual se quiere aplicar la tarifa fijada en los reglamentos.

No es procedente entonces tomar como punto de partida el monto tarifario contenido en los reglamentos allegados sin previamente conocer si esos topes no superan los fijados con las asociaciones o establecimientos que ejecutan una actividad similar a la desarrollada por la sociedad Hoteles El Salitre S.A.

Los mismos reglamentos así lo prevé en su capítulo de generalidades:

***"5. Las presentes tarifas servirán como base para la concertación con las agremiaciones de usuarios."***

En el plenario no está el proceso de concertación efectuado por Egeda con el gremio hotelero y menos con la sociedad Hoteles El Salitre S.A, aspecto que sirve de base para determinar si se cumple con lo dispuesto en el párrafo del artículo 73 de la ley 23 de 1982.

En el expediente únicamente se allegaron unos reglamentos tarifarios que no cumplen con las disposiciones normativas que los rigen omitió Egeda allegar los acuerdos directos que ha celebrado con otros hoteles y establecimientos similares y que resultan indispensables y necesarios como punto de referencia y parámetro máximo de las tarifas, en los términos que se indica en el párrafo del artículo 73 de la ley 23 de 1982.

No es dable avalar un perjuicio tomando como punto de partida un reglamento tarifario que no cumple con los parámetros exigidos por las normas internas y externas acogidas por la República de Colombia y que no tiene el requisito comparativo contenido en la norma.

#### **4.6.2.- Incumplimiento del requisito de proporcionalidad de que trata el artículo 48 de la Decisión Andina 351**

En la sentencia recurrida no se tuvo en cuenta previo a considerar viable el reconocimiento de una indemnización que las tarifas que lleguen a cobrar las sociedades colectivas deben ser proporcionales a los ingresos que se obtenga con la utilización de las obras, previsión contenida en el artículo 48 de la Decisión Andina 351

Si analizamos el contenido tarifario de los reglamentos aportados se observa que estos no cumplen en el requisito de proporcionalidad a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras.

*Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva **deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso**, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.*

Para el presente asunto de los tres reglamentos aportados es evidente que las tarifas de Egeda Colombia no cumplen con lo dispuesto en el artículo 48 de la Decisión Andina 351, porque son desproporcionales a los ingresos que se obtienen con la supuesta utilización de las obras y desconocen el desarrollo de la actividad hotelera al punto que otorga y fija el sistema tarifario en una categorización por estrellas la cual no es obligatoria sino para aquellos establecimientos hoteleros que se sometan a dicha categorización.

Analicemos cada uno de los reglamentos el cual para establecer su tarifa para establecimientos hoteleros categoriza erróneamente a los establecimientos hoteleros por estrella contrariando la norma técnica sectorial 006 y la resolución número 3160 del 5 de octubre de 2015, proferida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Categorización	Reglamento 2014	Reglamento 2015	Reglamento 2016
Hoteles de Gran Lugo-5 Estrellas	US\$3,19 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$5.962) (ver página 4 reglamento)	US\$3,19 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$6.380)	US\$3,19 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$8.750)
Hoteles 4 Estrellas	US\$2,79 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$5.214) (ver página 4 reglamento)	US\$2,79 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$5.580)	US\$2,79 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$7.652)
Hoteles 3 o menos Estrellas	US\$2.05 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$3.831) (ver página 4 reglamento)	US\$2.05 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$4.100)	US\$2.05 por plaza hotelera disponible y por cada mes (\$5.623)

En todos los reglamentos se dice que el incremento anual será de acuerdo con la evolución del IPC

*"Para cada anualidad posterior, la tarifa se incrementará en el mes de Enero de cada año de acuerdo con la evolución del Índice de Precios al Consumidor (IPC)*

Para el presente caso, no es posible aplicar el componente tarifario emitido por la Sociedad Colectiva Egeda Colombia por cuanto no cumple con las normas internas teniendo en cuenta que parte de la base de una categorización a la cual el Hotel Capital no se acogió.

Dentro del plenario se acreditó que el Hotel Capital establecimiento hotelero operado por la sociedad Hoteles El Salitre S.A, no está categorizado por estrellas y que la categorización por estrellas es aplicable exclusivamente a quienes se someten a esta categorización. (Ver concepto Ministerio de Comercio, Industria y Turismo)

La categorización por estrellas contenida en los reglamentos aportados no son válidos porque no abarca todo el sector hotelero en sus distintas modalidades y además porque la **NORMA TÉCNICA SECTORIAL 006** es solamente aplicable a los hoteles que se categoricen y que estén certificado por un organismo reconocido por la SIC.

La resolución 657, de 2005, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, reglamento lo referente a la categorización de estrellas de los establecimientos Hoteleros en su parte resolutive determina lo siguiente:

**“RESUELVE:**

**Artículo 1º.** *Para efectos de la presente resolución aplican las siguientes definiciones:*

**Categorización por estrellas:** *Mecanismo mediante el cual se verifican las características de calidad en los servicios ofrecidos y de planta, que deben cumplir los hoteles, en la escala de 1 a 5 estrellas, conforme a los requisitos establecidos en la Norma Técnica Sectorial NTSH 006 "Clasificación de establecimientos de alojamiento y hospedaje - Categorización por estrellas de hoteles, requisitos normativos".*

**Hotel:** *Establecimiento en que se presta el servicio de alojamiento en habitaciones y otro tipo de unidades habitacionales en menor cantidad, privadas, en un edificio o parte independiente del mismo, constituyendo sus dependencias un todo homogéneo y con entrada de uso exclusivo. Dispone además como mínimo del servicio de recepción, servicio de desayuno y salón de estar para la permanencia de los huéspedes, sin perjuicio de proporcionar otros servicios complementarios.*

**Artículo 2º.** *A partir de la vigencia de la presente Resolución, solamente podrán ser categorizados por estrellas los establecimientos hoteleros o de hospedaje que presten sus servicios en Colombia, en los términos del artículo 78 de la Ley 300 de 1996, que se consideren como hoteles, según la definición de la norma técnica sectorial NTSH 006 denominada "Clasificación de establecimientos de alojamiento y hospedaje - Categorización por estrellas de hoteles, requisitos normativos" y que se certifiquen en el cumplimiento de los requisitos establecidos por dicha norma técnica sectorial, sus modificaciones y por las demás normas técnicas sectoriales que se expidan para tales fines.*

**Parágrafo.** *Los establecimientos hoteleros o de hospedaje que se certifiquen en la mencionada norma técnica sectorial NTSH 006, "Clasificación de establecimientos de alojamiento y hospedaje - Categorización por estrellas de hoteles, requisitos normativos" deben utilizar en su publicidad de manera visible, legible e indeleble, el número de estrellas otorgadas en la certificación de la mencionada norma técnica sectorial, en la modalidad respectiva.*

**Artículo 3º.** *Para efectos de la categorización de los establecimientos hoteleros o de hospedaje establecida en los términos del artículo 1º de esta resolución, deberán obtener el Certificado de Calidad Turística en la norma técnica sectorial NTSH 006 denominada "Clasificación de establecimientos de alojamiento y hospedaje - Categorización por estrellas de hoteles, requisitos normativos", expedido por un Organismo Certificador debidamente acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, que cuente con visto bueno*

de la Dirección de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los términos del artículo 70 de la Ley 300 de 1996.

**Parágrafo.** Solamente a través del Certificado de Calidad Turística en la mencionada norma técnica sectorial NTSH 006, los establecimientos hoteleros o de hospedaje demostrarán el cumplimiento de los requisitos exigidos para la categorización prevista en los términos del artículo 1º de esta Resolución.

**Artículo 4º.** Los establecimientos hoteleros o de hospedaje que no se encuentren debidamente certificados en desarrollo de la norma técnica sectorial NTSH 006 "Clasificación de establecimientos de alojamiento y hospedaje - Categorización por estrellas de hoteles, requisitos normativos", sus modificaciones y por las demás normas técnicas sectoriales que se expidan para tales fines, deberán abstenerse de utilizar en su publicidad la categorización por estrellas de que trata el artículo 1º, a partir de los 12 meses de la publicación de la presente resolución.

**Parágrafo.** Los establecimientos hoteleros o de hospedaje que desacaten lo establecido en este artículo, serán investigados y sancionados por la Dirección de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de acuerdo con lo establecido en los artículos 71 y 72 de la Ley 300 de 1996.

En la sentencia recurrida no se determinó con claridad cuál fue el fundamento de los montos de condena en la medida que no se tiene cual tarifa aplicó el Despacho para liquidar el monto de condena y cuál fue su criterio para aplicarlo.

En la sentencia apelada no se tiene un elemento de partida para establecer que tarifa aplicó el Despacho para liquidar los perjuicios de condena y si efectivamente el Hotel Capital tiene la condición de categorización por estrellas que como ya lo advertimos obra en el expediente prueba de no estar categorizado, bajo que categoría se liquidó las pretensiones de condena.

La Resolución número 3160 del 5 de octubre de 2015 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo trae las distintas normas técnicas sectoriales que existen en el cambio hotelero y distingue que algunas son obligatorias y otras son voluntarias.

EGEDA Colombia no puede aplicar una categorización por estrellas porque no es de su competencia y porque no es procedente aplicar a un sujeto una norma a la cual no se acogió.

En ese mismo sentido en los reglamentos aportados se fija las tarifas en moneda extranjera Dólares Americanos cuando los establecimientos hoteleros en Colombia fijan sus tarifas en moneda local, la fijación de la tarifa en dólares americanos no se compadece con la realidad económica de la actividad hotelera.

En la diligencia de inspección judicial realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio entre los documentos solicitados por Egeda Colombia se exhibió un informe Diario de Ventas y Estadística el cual refleja claramente una realidad económica y de ocupación del hotel documento que fue aportado por la sociedad demandante.( folio 45)

Se parte de la base equivocada para efectos de la fijación de la tarifa del número de habitaciones, sin tener en cuenta que dentro del desarrollo de la actividad hotelera nunca hay una ocupación del 100% y esa realidad está contenida en el documento Diario de Ventas y Estadística que refleja el ingreso real del establecimiento hotelero documento que contiene lo siguiente:

- ✓ Número de habitaciones
- ✓ Número de habitaciones por mantenimiento
- ✓ Número de habitaciones disponibles para la venta
- ✓ Número de habitaciones por administración

Las tarifas contenidas en los reglamentos tarifarios no pueden ser aplicadas al Hotel Capital por cuanto no tienen en cuenta la realidad económica ni son proporcionales a los ingresos que pueden obtenerse por la utilización de las obras y el establecimiento hotelero no está categorizado en estrellas ni Egeda Colombia está autorizada para realizar dicha categorización.

No es posible aplicar las tarifas obrantes al proceso porque:

- a.)** Para los establecimientos hoteleros se parte de una categorización NORMA TÉCNICA SECTORIAL NTSH 006 ( Esta norma no es obligatoria) consiste en categorización por estrellas) solo aplica a quienes se acojan a ella. (Resolución 657 de 2005 artículo 1) Expedida por la SIC.
- b.)** No es obligatoria. (Tal y como lo establece el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en su ventanilla de servicios.
- c.)** Su aplicación no es carácter general sino particular.

El Honorable Tribunal deberá tener en cuenta que en el sector HOTELERO no solo existen una norma de categorización sino existen varias que van de acuerdo a los servicios, categorías y condiciones ofrecidas por los establecimientos hoteleros a modo de ejemplo:

Norma Técnica Sectorial NTSH 007 dirigida a posadas turísticas  
NTSH 008 dirigida a alojamientos rurales.  
NTSH 009 dirigida a Aparta Suites  
NTSH 010 Aparta- hoteles

Por lo que consideramos que Egeda no puede aplicar esta norma técnica porque no está autorizada para categorizar establecimientos hoteleros y especialmente porque el hotel que opera mi representada no está categorizado por la Norma Técnica SH006.

Ahora se ha traído a colación el Decreto 1066 de 2015 que trae otras modalidades para fijar las tarifas este decreto no puede aplicarse retroactivamente y tampoco en las tarifas del 2016 en adelante porque en el reglamento tarifario no se describe ni advierte las modalidades referidas en el Decreto.

Dentro del plenario no está acreditado cual fue el criterio para determinar que el Hotel Capital de propiedad de la sociedad demandada estuviera en una u otra categoría, tampoco se tiene cual es el criterio técnico que lleva a concluir que a un establecimiento categorizado en 5 estrellas se le pueda cobrar la suma de US\$3.19 Dólares Americanos.

No está dado la justificación para que la tarifa contenida en los reglamentos tarifarios sea calculada en moneda extranjera cuando el Hotel Capital cobra su tarifa en pesos colombianos.

Aspectos que resultan relevantes a la hora de emitir un pronunciamiento de condena más cuando se evidencia las inconsistencias técnicas de los reglamentos que aquí se presentan. No puede ser caprichosa la tasación de una suma de dinero como base para calcular un perjuicio, el perjuicio debe estar acreditado soportado en medios de pruebas que no ameriten duda de su causación y tasación.

Para el presente asunto consideramos que no es procedente la condena impuesta en la medida que se fijó con base en unos parámetros inconsistentes e imprecisos.

**4.7.- En cuanto a que en la sentencia recurrida no se tuvo en cuenta la obligatoriedad de la transmisión gratuitamente de los canales nacionales, regionales y municipales en aplicación del artículo 11 de la ley 680 de 2011 por parte de los operadores de televisión por cable.**

En la demanda en el hecho 7 se hace alusión a unas obras que en su gran mayoría son transmitidas por RCN y CARACOL, producciones nacionales de hace más de veinte años que no se tiene certeza si para los periodos reconocidos en la sentencia fueron o no publicadas

Frente a ese punto el cual no fue resuelto de fondo por parte de la sentencia que se recurre, se destaca que por disposición legal Art.11 de la ley 680 de 2011, los operadores de televisión por suscripción deben garantizar sin ningún costo a los suscriptores la recepción de los canales colombianos.

La transmisión de esos canales nacionales como CARACOL, RCN, SEÑAL COLOMBIA entre otros se debe realizar sin ninguna restricción el cumplimiento de esta obligación ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien considero:

*"Una interpretación elaborada con base en los métodos lógico, teleológico, sistemático e histórico y, además, concordante con la regulación constitucional en materia del servicio público de televisión, lleva a colegir que el mandato establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 20015 impone a los cable-operadores **la obligación de transmitir a sus usuarios, en forma ininterrumpida, la programación de los canales colombianos de televisión abierta por la misma red mediante la cual prestan su servicio por suscripción...**"*  
(Sentencia 05 de 2010, Expediente 030678843)

Así mismo en dicha sentencia se consideró la prevalencia del derecho de información sobre los derechos de autor y conexos, en la sentencia se dijo:

*"2.2.4. Ahora bien, el principio de prevalencia del interés general sobre el particular impone que el eventual conflicto que en materia del servicio público de televisión pueda generarse **entre la satisfacción del derecho a la información** que asiste a todas las personas y los **derechos patrimoniales del titular de derechos conexos a los de autor**, ha de resolverse a favor de aquel derecho fundamental. Esta solución, amén de estar contundentemente soportada en la normativa del referido servicio público, que prevé como principio rector del mismo la **"preeminencia del interés público sobre el privado"**, se fundamenta en que la **"tensión valorativa entre la libertad económica de los operadores de televisión por suscripción, y la eficiencia en la prestación del servicio público de televisión y el derecho a la información ... debe resolverse en favor de estos últimos principios ... debido no sólo al carácter fundamental del derecho a la información sino a la importancia del pluralismo en la democracia..."***

Es por eso que la obligación del operador de televisión por suscripción de garantizar la recepción de los canales nacionales, regionales entre otros no genera como consecuencia negativa una obligación a cargo del Hotel Capital de tener que pagar un valor por la programación contenida en los canales como RCN o CARACOL que son canales disponibles en cumplimiento al artículo 11 de la ley 680 de 2011.

Y la situación queda resuelta pues los operadores de televisión por suscripción en virtud de la ley 182 de 1995 y el Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión están obligados a transmitir los canales nacionales sin ningún costo y a pagar los derechos de autor, no podría generarse un costo a cargo del consumidor final por un servicio cuya recepción está garantizada sin ningún costo pues se estaría generando un doble pago a pesar que existe norma que excluye de pago por la transmisión de los canales nacionales.

#### **4.8.- Error en la sentencia al considerar que la diligencia de inspección judicial realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio un alcance que no tiene.**

La sentencia que se recurre basa buena parte de su argumentación en el acta de la diligencia de inspección judicial que llevó a cabo la Superintendencia de Industria y Comercio, queriendo darle un alcance y un efecto que no tiene ni tuvo esa diligencia.

En esa diligencia únicamente se constató que para esa fecha Directv era el operador de cable del hotel y que para esa fecha la parrilla de programación de Directv contaba con los canales que en la diligencia se indican.

En ningún momento de la diligencia se identificó una obra audiovisual que estuviera siendo comunicada al público ni se identificaron las obras audiovisuales cuyos titulares fueran representados por EGEDA que pudieran ser comunicadas al público.

La inspección judicial no prueba ni expresa ni tácitamente que Hoteles El Salitre comunicara obras audiovisuales al público.

Adicionalmente, la diligencia fue practicada por la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, que para todos los efectos se limitan a las discusiones de protección al consumidor o de competencia desleal, y el presente proceso no tiene la naturaleza jurídica de ser de protección al consumidor ni de competencia desleal y por lo tanto, no es procedente ni posible incorporarla al expediente como prueba en los términos y con el alcance que la ha dado el despacho al proferir la sentencia.

#### **4.9.-Configuración de la prescripción formulada por la sociedad demandada.**

Consideró en la sentencia apelada que no es viable el estudio la excepción de prescripción propuesta por la sociedad Hoteles El Salitre S.A, no solo porque se reconocieron los periodos 2014, 2015 y 2016 sino porque la norma que sirve de fundamento prevé el termino de 3 años pero respecto de terceros responsables, y para el caso particular mi representada no es un tercero.

No existe ninguna relación directa con Egeda o con quienes dice representar esa sociedad colectiva por lo que si se pregona la condición de tercero y le es aplicable la excepción de prescripción formulada.

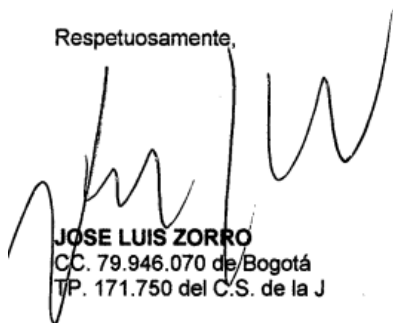
En todo caso tal y como se reconoció en la sentencia por los periodos anteriores al 2014, 2015, y 2016 no obra prueba que pueda determinar el punto de partida de la indemnización de perjuicios que se reclama.

#### **QUINTO: PETICIÓN**

Con fundamento en lo anterior se deja sustentado el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por la Señora Juez Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá D.C, solicitando al Honorable Tribunal revocar la sentencia negando las pretensiones de la demanda.

El suscrito recibe notificación en la avenida calle 72 No.6-30 Piso 13 Edificio Fernando Mazuera, correo electrónico [josel.zorro@jorgecarrenoabogados.com](mailto:josel.zorro@jorgecarrenoabogados.com) y [joselzorro@hotmail.com](mailto:joselzorro@hotmail.com) , teléfono 3222002603

Respetuosamente,



**JOSE LUIS ZORRO**  
CC. 79.946.070 de Bogotá  
TP. 171.750 del C.S. de la J



