

Honorable Magistrado
RICARDO ACOSTA BUITRAGO
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
E. S. D.

Referencia: Acción de Protección al Consumidor Financiero de **PROMOTORA GIRALDO GONZÁLEZ & CÍA. LTDA.** en contra de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** (Llamado en garantía: **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**).
Radicado: 2018-1216
Asunto: Sustentación del recurso de apelación.

ANDRÉS FELIPE CADENA CASAS, ciudadano colombiano, identificado como aparece al pie 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 de la sentencia de primera instancia que fue proferida por la **DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA** (en adelante, la "Delegatura") el 1 de junio de 2021 y notificada el 2 de junio del mismo año.

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:

1. 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.
2. 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 entre **PROMOTORA GIRALDO GONZÁLEZ & CÍA. LTDA** (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 y que desconocen su objeto mismo (esto es, realizar y fallar un juicio de responsabilidad civil propio de la acción de protección al consumidor financiero y no, como se terminó haciendo, adelantar una actuación administrativa sancionatoria).
3. Posteriormente, se señalarán y analizarán los presupuestos estructurales de responsabilidad civil contractual 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.

Al respecto, no debe pasarse por alto que este proceso se enmarca en el presupuesto estructural de “culpa probada”. Por consiguiente, si no son acreditados suficientemente todos los elementos constitutivos de responsabilidad civil contractual —como en efecto aconteció—, no es posible decidir ni reafirmar un fallo en contra de Acción. La Delegatura parece haber olvidado este presupuesto por completo.

4. 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. En nuestro respetuoso criterio, ese fallo en segunda instancia resulta fundamental para que este Tribunal pueda decidir el recurso de apelación que nos ocupa, pues allí se decantaron los argumentos que permiten exhibir y rebatir por completo los errores en los que incurrió la Delegatura.
5. Finalmente, se hará 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 asuma el pago íntegro de la correspondiente condena.

Frente a esto, de entrada, debemos decir que resultó sorprendente la forma en la que la Delegatura analizó y desechó el llamamiento en garantía, aplicando para el efecto un racero y una carga excesiva a mi representada, olvidando todos los planteamientos que aplicó justamente para analizar y decidir las pretensiones de la demanda principal en contra de Acción. Olvidó la Delegatura que, frente a la póliza de seguros con base en la cual mi representada presentó el llamamiento en garantía, ella es un consumidor financiero —condición que, por lo demás, no se pierde por el hecho de que ella sea una sociedad fiduciaria—, al cual le son aplicables todos los razonamientos, principios y derechos que consagra el régimen legal vigente en punto a la protección y salvaguarda de los consumidores financieros en Colombia. No puede ser que esos razonamientos, principios y derechos sí hayan sido tenidos en cuenta para decidir la demanda principal, pero no para el análisis del llamamiento en garantía.

I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS Y RELACIONES NEGOCIALES QUE MOTIVARON ESTE PROCESO

Documentos contractuales para el desarrollo del proyecto:

1. Contrato Inicial

Fecha: 17 de diciembre de 2013

Promotor: Urbo Colombia S.A.S.

Objeto: administración de recursos para desarrollo del proyecto marcas mall. Encargo de Preventas Simple.

Proyecto: 340 unidades, 139 oficinas y 1800 parqueaderos

Condiciones para punto de equilibrio: el promotor debe demostrar cumplimiento a la Fiduciaria- fecha 20 de mayo de 2015 prorrogable unilateralmente por el promotor por 1 año más, es decir **hasta 20 de mayo de 2016**.

2. Cesión

Fecha: 20 de enero de 2014.

Urbo le cede a Promotora Marcas Mall el 100% de los derechos fiduciarios y de beneficio. (las dos sociedades tienen el mismo representante legal Fernando Amorocho)

La fiduciaria firma en señal de aceptación.

3. Vinculación:

Encargos de vinculación para administración de recursos y, en algunos casos, promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall.

Los Encargos de vinculación para administración de recursos eran suscritos por mi representada y, en algunos casos, se celebraban promesas de compraventa entre el inversionista y Promotora Marcas Mall. A raíz de 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: 28 de octubre 2014

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**.

Otrosí 4 Fecha: 24 de diciembre de 2014

Objeto: Expedir certificados de garantía para garantizar obligaciones del fideicomitente o de terceros, títulos valores, fuentes de pago.

Se incluye clausulado de reglamentación de ejecución de la garantía.

Se modifica las condiciones de inicio del proyecto. El término para acreditar condiciones es hasta el 15 de diciembre de 2014 prorrogable unilateralmente por el promotor por un término de seis meses más, es decir hasta el 15 de junio de 2015.

4. Acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas Promotor MR- 799 Marcas Mall

Fecha documento: 04 de noviembre de 2014

El acta indica que se procedió a verificar la documentación aportada por el promotor para la etapa piso 1 y piso 2:

- No se requiere permiso de ventas por ser comercial
- Resolución 76001-2-14-021 del 4 de noviembre de 2014-licencia de construcción. Titulares: Jorge Ernesto Contreras Mayorga y Laboratorios Baxter
- Carta de promotora marcas mall, certificando que no necesita crédito constructor, porque será construido directamente con recursos de la venta de las unidades, suscrita por revisor fiscal.
- Se constituyeron 91 encargos por la suma de \$92.336.645.306
- La promotora marcas mall suministro el presupuesto y flujo de caja del proyecto aprobados por el interventor y el promotor
- La promotora marcas mall suministro certificado de tradición del folio 370-695292 correspondiente al lote Baxter, debidamente registrado a favor del FA-2351 Marcas Mall

Como consecuencia de lo anterior, en la mencionada acta se estableció:

“Se concluye que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato, por lo tanto, la FIDUCIARIA procederá a poner a disposición de dicho fideicomiso los recursos recaudados en la preventa según las instrucciones definidas”

Suscriben Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (Fernando Amorocho) y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (Alvaro Salazar).

Breve explicación de los hechos que motivaron este proceso:

Tal y como se desprende de las etapas y documentos contractuales identificados en los numerales anteriores, 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.

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 sólo debía transferir los recursos cuando el Promotor confirmara el cumplimiento de los respectivos requisitos técnicos —situación que, tal y como se explicará en detalle más adelante, era por completo concordante con el ordenamiento jurídico vigente—.

Hasta el año 2015, el señor German Puerto Castañeda, en su calidad de interventor, suministró el presupuesto y flujo de caja del proyecto previa revisión del promotor del proyecto. Con el aval presupuestal del interventor, el proyecto contaba con los recursos necesarios para su construcción, pues la transferencia de recursos se había dado por el cumplimiento de los requisitos dándole de esta manera viabilidad financiera al proyecto MARCAS MALL CALI.

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. Esta cesión se dio con el fin de robustecer la experiencia en este tipo de proyectos, en tal sentido, la llegada de un promotor con más experiencia era garantía para el éxito del proyecto.

ENCARGOS FIDUCIARIOS

En línea con la estructura de negocio antes descrita, el día 3 de septiembre de 2014 se suscribió el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270 entre la Demandante y mi representada, con el ánimo de que se vinculara como inversionista 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”—.

Adicionalmente, debe recordarse que el Contrato de Encargo Fiduciario Individual mencionado fue objeto de varias modificaciones, dentro de las cuales se destaca la que se introdujo por medio del Otrosí Reglamentario del 21 de marzo de 2017, con el que (i) se modificó el valor de la inversión por MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$ 1.237.999.999 M/CTE); y (ii) se incluyó a la sociedad URBANIZAR S.A. en calidad de gerente del Proyecto MARCAS MALL.

Sobre este otrosí se destaca que por su conducto las partes que lo suscribieron sustituyeron de forma integral el Contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010270, disponiendo —según lo pactado en el parágrafo primero de la Cláusula Primera— que además de pactarse las nuevas condiciones y términos objeto del encargo fiduciario, por su conducto decidían transigir y desistir de cualquier reclamo derivado del incumplimiento que pudiera haberse dado con ocasión de los términos originales del Contrato de Encargo Individual.

Justamente por lo anterior, en el nuevo objeto contractual que fue estipulado a través del Otrosí Reglamentario, las partes suscribientes reconocieron que se habían cumplido con las condiciones necesarias para que fuera procedente la transferencia de los recursos que el DEMANDANTE había consignado para la consecución del proyecto.

En el Contrato de Encargo Fiduciario individual inicial se dispuso que el plazo que tenía el Fideicomitente Promotor para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos vencía el día 15 de diciembre de 2014, término que podría prorrogarse por seis meses más, es decir, hasta el día 14 de junio de 2015.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

A su turno, y de conformidad con 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 parte Demandante mi representada “*incumplió gravemente*” y de “*manera descuidada*” las condiciones establecidas en el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270.

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 MARCAS MALL CALI y URBANIZAR —en sus calidades de Promotores del proyecto, según lo que se enunció—; 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 individual No. 0001100010270, 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*”.

En línea con lo que se anunció antes y, teniendo en cuenta los términos en que el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270 entre la Demandante y mi representada se suscribió, es importante en este punto poner de presente a este Tribunal algunos aspectos relevantes:

- En primer lugar, al momento de firmar el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270, la Demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de recursos, pues el contrato que firmaron contenía toda la información y en el interrogatorio de parte la aquí demandante reconoció que había leído y entendido el clausulado del mentado contrato (derivado 02). De igual manera, en el interrogatorio rendido por la representante legal de Acción y por la documental obrante a derivado 00 (acta de verificación) aportada por la parte Demandante, se dio cuenta de la acreditación de la totalidad de los requisitos de conformidad con los

soportes presentados por el Promotor del Proyecto.

- En segundo lugar, quien funge en el presente proceso como Demandante, gozaba y aún hoy goza de las calidades y cualidades que lo acreditan como personas expertas en este tipo de negocios. Por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, la Demandante era plenamente consciente de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ella misma le correspondían. Por ende, es contradictorio la forma en la que se analizó su participación en la sentencia de primera instancia, partiendo de una premisa errada. Por sus calidades, la demandante estaba obligada 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 la demandante, quien afirmó que ha firmado varios contratos de esta estirpe (interrogatorio de parte – audiencia inicial).
- Finalmente, debe recordarse que el Otrosí Reglamentario del 21 de marzo de 2017, con el que (i) se modificó el valor de la inversión por MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$ 1.237.999.999 M/CTE); tan solo se pagaron CUATROCIENTOS NUEVE MILLONES DE PESOS (\$409.000.000).

Por lo anterior, quien realmente incumplió los vínculos contractuales y sus obligaciones respectivas fue la aquí Demandante, pues se sustrajo del pago que le correspondía sin fundamento contractual para hacerlo, generando así una afectación de la cartera del proyecto, que desencadenó una imposibilidad para poder completar el mismo. Debe decirse con total claridad: esa decisión unilateral de la parte Demandante —y, por lo demás, la de todos los inversionistas adicionales del proyecto Marcas Mall en esa misma línea— fue lo que realmente generó la suspensión de su desarrollo. Como se explicará más adelante en detalle, la Delegatura se limitó simplemente a identificar fallas en el actuar de mi representada para, por ese solo hecho, condenarla, sin realmente entrar a agotar los elementos que debía dentro del proceso de responsabilidad civil contractual.

En suma, la Demandante conocían y entendían la realidad del negocio fiduciario y el proyecto inmobiliario —en su estado real y actual para ese entonces— al momento de firmar el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270. Además, contaba con todas las herramientas para firmar el contrato; más aún, teniendo el grado

de experiencia en este tipo de negocios, por lo que ello ha debido ser considerado en la sentencia de primera instancia.

Actuación administrativa adelantada por la Superintendencia Financiera de Colombia

Con ocasión de los hechos antes anunciados y lo acontecido en el Proyecto Marcas Mall —entre otros—, 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.

En razón a 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**.

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

Con base en el contexto y antecedentes antes expuestos, 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 el resultado de 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—.

Tal y como 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, (ii) el contrato de fiducia de administración FA-2351, y (iii) el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270 que se suscribieron con la Demandante; 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 parte 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 el proceso administrativo sancionatorio antes referenciado 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 explicarán 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 parte 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 aldecidir 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 PROMOTORA MARCAS MALL CALI y URBANIZAR, en su condición de Promotores 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, 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 y del Fideicomiso FA-2351 —que son justamente los que la Delegatura utilizó como sustento para condenar a mi representada—. 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 y el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270; por lo que entonces no se entiende cómo ella podía decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes de esos contratos hubieran participado en este proceso.

Al respecto, en un caso en el que se están ventilando hechos y pretensiones similares a las que nos ocupan, la honorable Sala Civil del Tribunal Superior de Cali decretó la **NULIDAD** de lo actuado con base en los siguientes argumentos:

*“Dicho con otras palabras, la naturaleza de la relación sustancial debatida **imponía integrar el contradictorio con el referido promotor - PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., como parte que fue del negocio jurídico, quien tenía a su cargo varias obligaciones y quien evidentemente resultara afectado con el fallo si se declara la***

resolución del plurimencionado contrato, por lo que, sin su presencia en el proceso no era -ni es- posible resolver de mérito sobre las pretensiones formuladas.

En efecto, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste.” (C.S.J. Cas. Civil. de 8 de mayo de 1992.) (resalta la Sala)”¹

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 parte 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 de los vínculos correspondientes objeto de análisis.

Como dicha integración no sucedió, en nuestro respetuoso criterio, este Tribunal debe entonces reversar la decisión de primera instancia, de tal forma que tenga lugar un proceso en el que participen todas las partes que deben comparecer imparitariamente 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.”*

¹ Auto, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala de Decisión Singular, Santiago de Cali, primero de junio de dos mil veintiuno. Exp. No. 007-2018-00187-01

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”²

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 fijan 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 estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en

² 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

contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.”³ (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 trascurso 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 parte Demandante y nada tuvieron que ver con sus pretensiones —tal y como fueron planteadas en el escrito de la demanda—. Es tan evidente la falta de congruencia del fallo, que ni siquiera éste se fundamentó en los alegatos de conclusión presentados por la parte 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 yerros 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, el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270 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 “SIC”). En síntesis, para la Delegatura, la indebida existencia y aplicación de un SIC por parte de mi representada se tradujo en

³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, Radicado No. 45250. MP: Elsy del Pilar Cuello Calderón

que ella incumpliera con las obligaciones y controles que le correspondían en favor de la parte Demandante a la luz de los vínculos contractuales que los ataban.

Como se indicó antes, 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** (ambas resoluciones son de conocimiento público y se encuentran publicadas en la página web de esa entidad). 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.

Adicional a lo expuesto, y como erróneamente lo ha afirmado la demandante, no hubo ninguna afectación a los inversionistas ni en la entrega de recursos al promotor con ocasión de los hechos ocurridos en la sucursal de Cali, pues, como se encuentra consignado en los Estados Financieros del fideicomiso, los dineros fueron entregados para la realización del proyecto. Sobre esto no existe prueba en contrario que pueda confirmar lo que expresa la parte demandante.

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 se pudiera considerar que la condena de mi representada fue 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 crítica), (...)”⁴

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 parte Demandante. Basta detenerse en el mismo, para constatar varias cosas importantes para acreditar la improcedencia de las pretensiones:

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

⁴ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Pruebas. Edición 2019. DUPRE Editores LTDA.

los hechos y la claridad de sus pretensiones.

2. Asimismo, en ese interrogatorio se constató que todos los términos del negocio que aceptó y suscribió el Demandante fueron negociados por el 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 los interrogatorios de parte de la demandante como medio de prueba —al punto que ni siquiera lo analizó en su sentencia—, nadie puede desconocer que estos mostraron que para el propio extremo 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.

3. 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 mismo. Frente a esto, lo que no puede pasar, es que ante ese silencio y negligencia, se concluya que entonces Acción debe asumir el pago de unos perjuicios desconociendo el grado de profesionalidad, responsabilidad y conocimiento que le correspondía a la parte Demandante en el marco del negocio fiduciario que se desarrolló.
4. Ahora, en virtud de la errada calificación probatoria realizada por la Delegatura del informe de auditoría, se extrajo información que no tiene relación con los hechos de la demanda; como por ejemplo la información de los certificados de garantía. Inclusive, en el mencionado informe, no se hace relación de los recursos aportados por la Demandante, por lo que no se entiende la razón de motivar el fallo en estos apartes del informe.

Mas allá que el presente negocio no tenía certificado de garantía y el mismo no

incluía un clausulado excepcional a los ya conocidos, no era viable que la Delegatura haya utilizado una declaración del auditor para endilgar responsabilidades que escapan al objeto del litigio. Más aún cuando decidió trasladar la prueba de otro proceso que en nada comparte la situación fáctica aquí reclamada.

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 parte 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 aparte 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 preciaprometido 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.

Esto 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 y en el contrato fiduciario FA-2351 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. En otras palabras: si la ley autorizaba dicha posibilidad, la Delegatura no podía declarar como ineficaces las cláusulas que al respecto se acordaron.

Lo anterior, incluso a pesar de que la demandante no haya participado directamente en los contratos en donde dicho esquema se pactó, toda vez que, por una parte, ellos sí conocían los contratos y la estructura del negocio y, por la otra, no se entiende cómo es que entonces esas cláusulas serían ineficaces e inoponibles a la demandante por el hecho de que éstos no suscribieron los contratos en donde se pactaron. Esa teoría de la Delegatura no tiene ningún soporte y contradice su lógica de coligamiento con base en la cual terminó condenando a Acción. La Delegatura justamente dijo que todos los contratos deben leerse en su conjunto con independencia de que no hayan sido suscritos todos por las mismas partes.

Dicho razonamiento incluso ha sido reafirmado y convalidado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando, en casos similares, ha reconocido y dado plena validez a las cláusulas que se acuerdan en negocios fiduciarios para desarrollar proyectos urbanísticos en los que las fiduciarias limitan su responsabilidad. Y esto justamente bajo el entendido de que el ordenamiento legal sí permite que ello suceda y, más importante aún, porque en el marco de tales proyectos urbanísticos es completamente razonable que todo lo relacionado con aspectos técnicos sean asumidos por las empresas constructoras que son expertas en la materia. Así, por ejemplo, la Corte ha dicho lo siguiente⁵:

“La Fiduciaria no es constructora, ni interventora, ni asume responsabilidad por las construcciones o gestión de gerencia del proyecto.”

“La Fiduciaria expresa que sus obligaciones en este contrato son medio y no de resultado (...) no garantiza que los costos finales del proyecto correspondan a los inicialmente presupuestados, ni asume responsabilidad alguna por la construcción, calidad, estabilidad u oportunidad en la entrega de las obras.”

⁵ Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-041-2007-00128-01

“Síguese de lo anterior discurrido que la jurisprudencia patria, le otorga a estas cláusulas de exclusión de responsabilidad alcance eficaz frente a terceros, lo que las hace oponibles a los mismos.”

Es más, 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, Acción sí cumplió con todos sus deberes legales y contractuales, razón de más paradesechar por completo el razonamiento de la Delegatura.

III. ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA NO ES CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE EN VIRTUD DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE PROMOVIÓ LA PARTE 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 estos elementos, 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 el Demandante, sin ahondar en un real juicio de responsabilidad civil contractual.

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 ala luz de las obligaciones contractuales que están a su cargo, que deriva a su vez en un daño antijurídico cierto, directo y determinado o determinable que le sea imputable (nexo causal) y que, por consiguiente, deba reparar.

Como se demostró en este proceso, de los hechos y pretensiones de la parte 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—; (iii) Acción nunca generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la Demandante; y (iv) con base en lo anterior, no existe ningún nexo causal del que se desprenda una responsabilidad para Acción.

1. 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.
- No se habría informado a la Demandante que con el dinero del encargo fiduciario 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 SIC.
- 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:

1. Respecto al 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 con el encargo fiduciario y al contrato matriz.

Frente a esto, es desconcertante lo dicho en la sentencia de primera instancia en cuanto a que el cambio que se hizo de las condiciones de acreditación desnaturalizó el negocio fiduciario. En el libre ejercicio de la voluntad privada de las partes, todos los intervinientes estaban facultados para hacer esos cambios. Adicionalmente, conforme a lo que se explicó arriba, el ordenamiento jurídico sí permitía que esas condiciones fueran libremente definidas y modificadas; lo que en últimas, por lo demás, no terminó perjudicando a la Demandante ni configurando un ejercicio errado o negligente de mi representada. Esto, más aún, si se tiene en cuenta que la Demandante se vinculó al proceso tiempo después al momento de acreditación de tales requisitos, tal y como bien se expuso en la narración de hechos relevantes que se incluyó arriba en este escrito.

A su vez, 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.

Es importante decir que la certificación de 4 de noviembre de 2014 es prueba suficiente para la acreditación de los requisitos establecidos en el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270. En dicho documento se establecen y se anexan los documentos que el Promotor presentó para la transferencia de recursos. En lo que respecta a la transferencia del inmueble, dicho requisito fue satisfecho en el lapso de tiempo estipulado en los contratos fiduciarios (15 de diciembre de 2014). Más allá que la fecha del acta de verificación contenga una fecha de transferencia incorrecta, esa inexactitud no afectó el desarrollo del proyecto, por lo que esa falla no es causa del supuesto daño que sufrió la demandante. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la transferencia del inmueble se dio unos días después a la firma del acta.

Adicionalmente, en lo referente al punto de equilibrio y como se desprende de la evidencia aportada por mi representada, los recursos fueron aportados al Promotor del proyecto después de que se cumplió con el punto de equilibrio que había sido establecido y, por tanto, dicho Promotor ya contaba con los recursos para dar inicio al proyecto. Ello, a diferencia de lo afirmó la Delegatura, refiriéndose a que los recursos habían sido entregados para la compra del inmueble en el que se iba a ubicar el proyecto, pues la compra del mismo era requisito para el cumplimiento del punto de equilibrio. Por lo tanto, carece de lógica lo mencionado por la Delegatura cuando indica:

“En consecuencia, este Despacho encuentra que, en razón a los hechos anteriormente comprobados, no debió haber procedido la fiduciaria a transferir los recursos aportados por los inversionistas al Fideicomiso Marcas Mall, desde el 4 de noviembre de 2014, y contrario a ello, debió preceder a la devolución de los dineros aportados por el acá demandante.”

De la sentencia de primera instancia no es claro cuáles fueron los soportes probatorios para señalar que: *“los recursos recaudados a los adquirentes a través de los encargos individuales y trasladados una vez “acreditado el punto de equilibrio” fueron utilizados para financiar al fideicomitente para adquirir uno de los lotes en el cual se iba a desarrollar el proyecto, generando un descalce en la estructura de liquidez de más de \$14.000.000.000 de pesos, cuando la obligación de aportar el inmueble estaba en cabeza del fideicomitente”*. ¿Cuál es el soporte para señalar que el pago de los 14 mil millones fue la causa para afectar la liquidez del negocio? Lo cierto es que la liquidez del negocio se dio porque todos los inversionistas —incluyendo la Demandante— decidieron unilateral e injustificadamente no seguir cumpliendo con el pago de los aportes a los que se habían comprometido.

2. 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”.

Sumado a lo anterior, 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 calidad de Comodatario y responsable de la construcción del proyecto. Así resulta excesiva 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, para achacársela a mi representada.

Debe tenerse en cuenta además que no hay recursos en el fideicomiso que permitan adelantar gestiones diferentes a las ya mencionadas al Despacho. Sumado a ello, la fiduciaria tiene una restricción y no puede asumir con recursos propios gastos de un fideicomiso.; de acuerdo con el principio de separación patrimonial.

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, por lo que no es correcta la conclusión a la que se arribó en la sentencia con respecto a la supuesta omisión de mi representada en este punto. Replicando la crítica general que se plantó arriba, nuevamente debemos decir que este error en la sentencia se explica en que la omisión en la protección del inmueble nunca fue objeto de debate en el proceso, por lo que mi representada no contó con la posibilidad de referirse sobre el particular y mostrar su completa diligencia al respecto —más allá de que ello no le correspondía, siendo una obligación del Promotor—.

3. Ahora, respecto del esquema de preventas que se utilizó en el presente caso, resulta pertinente señalar que, después del cumplimiento de las condiciones,

Acción no tenía ninguna obligación en relación con el deber de información sobre el estado del proyecto, las gestiones de modificación del mismo, y los demás aspectos que se indicaron en la sentencia. La propia Superintendencia Financiera reconoce este hecho en la cartilla para negocios inmobiliarios 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**¹⁰ (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 los contratos suscritos entre 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 por la parte 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 integralmente 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.

8

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 manifestado por la delegatura se entiende satisfecho con la firma del contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270 (medios idóneos), con estos documentos se informó a la hoy demandante la situación actual del proyecto y se dio a conocer el clausulado con los requisitos que debían y fueron acreditados de manera oportuna por parte del promotor.

2. 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 parte 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 a 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 pudieran obtener los beneficios correspondientes.

La conclusión a la que arribó la Delegatura es equivocada porque, como se explicará a continuación, en realidad la parte 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’»⁶.

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»⁷.

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 se puede derivar un daño cierto, real o determinado ya que como se explicó en los alegatos de conclusión de primera instancia, se debe adelantar un proceso liquidatorio para que se liquide el patrimonio y se puede tener un panorama financiero del Proyecto Marcas Mall. 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 objeto de análisis dentro del proceso liquidatorio.

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

⁶ Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág.220, numeral 143.

⁷ Responsabilidad Extracontractual. Bogotá DC, Editorial Temis, 2004, pág. 362.

“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.º2000-00196-01).

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.”⁸

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.

⁸ 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.º2000-00196-01.

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 de la mano de 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 del Promotor, el cual, reitero, no fue citado a la presente contienda litigiosa. Por ende, mal puede mi representada se ahora la condenada a asumir las consecuencias de una omisión en la que incurrió el 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.

3. 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. Es más, al respecto, debe señalarse con total respeto que en la sentencia de primera instancia la Delegatura ni siquiera se detuvo ni hizo mención alguna con respecto a este punto del análisis, concluyendo así una responsabilidad civil contractual que no era entonces procedente. No debe olvidarse que la existencia 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.

Por esta sola razón la sentencia de primera instancia debería revocarse, pues sin un análisis particular sobre el elemento del nexo causal mi representada no ha debido ser condenada. Sobre esto debió haber un análisis expreso por parte de la Delegatura, lo que configura un yerro que no es subsanable desde ningún punto de vista. Por solo ello, la sentencia debe ser revocada.

Al margen de lo anterior, en lo fundamental, de la demanda 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 acá demandante no es correcto. Esto, sobre todo, porque como se explicó en detalle, el punto de equilibrio ya había sido declarado cuando la Demandante se vinculó al negocio de Marcas Mall a través de los encargos fiduciarios.

Si bien el hecho de que la Demandante se haya vinculado con posterioridad a la declaratoria del punto de equilibrio es razón más que suficiente para que se concluya la inexistencia de un nexo causal; lo cierto es que, a la luz de los contratos de encargo fiduciario y el marco normativo ampliamente explicado en este escrito, Acción no tenía el deber de 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 sicología 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 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 parte Demandante y que le reconoció la Delegatura.

Frente a esto no puede llegarse al absurdo —tal y como lo sugirió la Delegatura— de que mi representada, más allá de que el Promotor debía verificar y acreditar las condiciones del punto de equilibrio, tenía a su vez que realizar una verificación directa de las mismas. Si contractualmente se estableció que el Promotor era el responsable de ello, atendiendo para el efecto el marco normativo que permitía válidamente que ello sucediera según se explicó arriba, no es cierto que Acción tuviera entonces que hacer un nuevo ejercicio para revalidarlo. Si esto fuera procedente, entonces simplemente no se aceptaría la posibilidad de que las fiduciarias pacten que la verificación la hará un tercero. En ese sentido, la fiduciaria si bien no era la llamada de acreditar los requisitos, esta si se ocupó de su verificación de conformidad con los documentos entregados por el Promotor del Proyecto.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la validación de las condiciones técnicas y jurídicas fueron revisadas cabalmente por Acción; sin embargo, la culminación o no del proyecto no puede ser asegurada por la fiduciaria; menos cuando se trata de un negocio de preventas.

De acuerdo con esto, 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-799 y el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 0001100010270 que se suscribió con la parte 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 el daño alegado.

Lo anterior, en otras palabras, significa que, como se ha dicho en numerosas oportunidades en el proceso y en este escrito, 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 su demanda y hechos, el plazo que disponía el Contrato de Encargo Fiduciario Individual para acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos al Promotor fue objeto de modificación mediante varios otrosíes; entre ellos, uno que las extendió al modificar el plazo para el decreto de las condiciones de giro para el día 15 de diciembre de 2014, prorrogables por 6 meses más. Si se tiene en cuenta lo anterior y el supuesto hecho generador del daño alegado por la 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. 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 endilgó 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 traduciéndose 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 las resultas del mismo, podría emprenderse la acción que hoy se impugna a través de este recurso de alzada.

IV. 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 si 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 Demandante, quien es la parte que 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.

V. 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 Parte Demandante, enseguida se explicarán las razones por la 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.

Esta argumentación fue refrendada por el H. Tribunal en la voz del Magistrado Álvarez Gómez en el proceso⁹ de FEMME INTERNACIONAL contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA, en donde se precisó lo siguiente:

⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil, Magistrado Ponente: MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ, Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil veintiuno (2021) Ref: Proceso verbal No. 1100131990032018015901

“En este caso, a la representante legal de la fiduciaria se le preguntó si la información falsa que contenía el acta de verificación de 4 de noviembre de 2014 constituyó “un actuar fraudulento”, a lo que respondió afirmativamente (audiencia min. 2:00:40, derivado 064 del expediente digitalizado). También se le interrogó si la reclamación a la aseguradora se relacionó con los actos fraudulentos del señor Álvaro José Salazar en la oficina de Cali, a lo cual, igualmente, contestó que “sí” (audiencia min. 2:05:48, ib.). Se trató, entonces, de un parecer, de una opinión, de un calificativo personal, sin que en el expediente obre prueba del dolo. Luego, no se puede sostener que tales respuestas evidencian que la fiduciaria, adrede, toleró, permitió o admitió las conductas -calificadas como fraudulentas- de sus trabajadores, como tampoco que conocía de la ilicitud del comportamiento que ellos desplegaron, que son, como se sabe, presupuestos del dolo. Al fin y al cabo, “dolo es la intención de violar el derecho, y no se puede violar intencionalmente lo que no se conoce.”¹⁶ Lo que se demostró fue una conducta anómala, irregular y culposa de la fiduciaria, pero nada más. Es por eso, y no por dolo, que se afirma su responsabilidad.

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. No debe olvidarse que esa condición no se pierde por el hecho de que Acción sea una sociedad fiduciaria. 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 ineficaz¹⁰ 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

¹⁰ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, MP Marco Antonio Alvarez Gómez, Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

con los elementos de juicio necesarios para hacerlo. Esto ha debido ser reconocido por la Delegatura con el mismo racero y rigor con el que decidió las pretensiones de la Demandante.

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 a un 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:

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 hadicho 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.”¹¹

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.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Bogotá en sala civil, en otros procesos que se han tramitado de manera simultánea al presente:

1. Radicado: 110013199003201801254-01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Mejía Álvarez Sabogal S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

2. Radicado: 110013199003 2019 02252 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por María Asunción Tertre Gimeno en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

3. Radicado: 11001 3199 003 2018 01213 02
Acción de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

4. Radicado: 110013199003201801694 01
Acción de protección al consumidor financiero promovido por KBJ S.A.S. en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros de Colombia S.A. como llamado en garantía.
Sentencia proferida en segunda instancia por el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL.**

En el marco de este proceso, **SBS** fue declarado responsable y obligado a pagar bajo las obligaciones que adquirió para con Acción Fiduciaria bajo la póliza No. 1000099.

SOLICITUDES

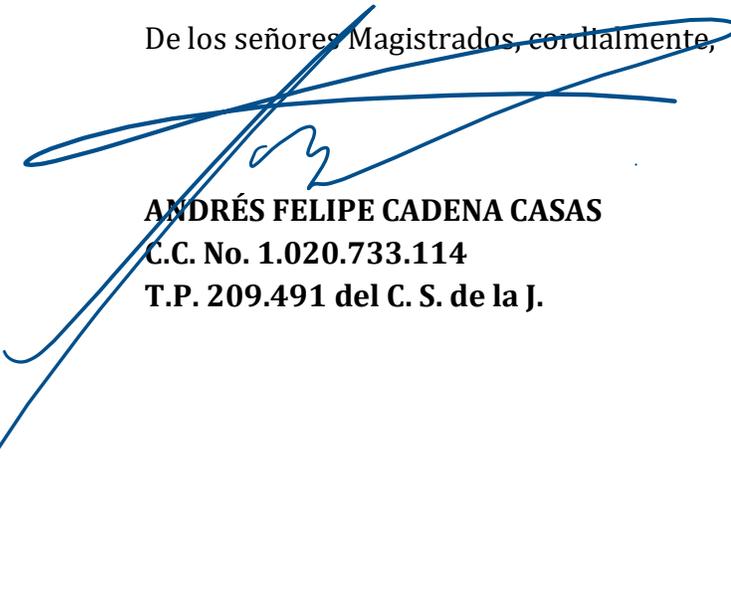
Con base en todo lo anterior, respetuosamente solicito que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia que fue proferida por la Delegatura el 1 de junio de 2021 y notificada el 2 de junio del mismo año.

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 asuma 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.

**HONORABLE
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA CIVIL
Magistrado Ponente. Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
E. S. D.**

REF: PROCESO VERBAL-PROPIEDAD INDUSTRIAL

DEMANDANTE: TUBICI BIKE SHOP S.A.S.

DEMANDADO: G+G BODY SHOP S.A.S.

JUZGADO DE ORIGEN: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

EXPEDIENTE: 11001319900120190308301

ACTUACIÓN: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

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 TUBICI BIKE SHOP S.A.S., 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 26 de abril de 2020, providencia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial respecto a lo que tiene que ver con la negativa de reconocimiento del daño y perjuicios, y su correspondiente tasación solicitada en la pretensión 3.4. de la demanda.

SEGUNDO: RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN RECURRIDA.

La Superintendencia de Industria y Comercio, Grupo de Competencia Desleal en la sentencia recurrida acertadamente encontró elementos suficientes para considerar que la sociedad G+G BODY SHOP S.A.S con el uso no autorizado de los signos "Tubici" y "TuBici.Shop" incurrió en la violación de los derechos de propiedad industrial que le asiste a mi representada, configurándose la conducta descrita en el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, decretando así las pretensiones 3.1, 3.2 y 3.3 de la demandada.

Sin embargo, a pesar de estar acreditada la infracción, que es propiamente el daño, el Despacho consideró negar la indemnización de los perjuicios pretendidos por la accionante al concluir que no se probó el daño ni los perjuicios, por lo tanto, sobre este aspecto negó la pretensión 3.4. de la demanda.

Frente a ese punto que motiva la apelación, el Despacho de Conocimiento, consideró lo siguiente:

"... me voy a pronunciar también específicamente sobre la solicitud de perjuicios. La sociedad demandante se acogió al sistema de indemnizaciones preestablecidas, específicamente bajo los criterios de daño emergente, lucro cesante y monto de los beneficios obtenidos, así como establecida pues como la infracción como se estudió anteriormente, pues es procedente continuar con el estudio para determinar si con esta infracción se causaron algunos daños y la cuantía.

Tal y como se estableció anteriormente por parte de esta Superintendencia en la sentencia 16 de octubre de 2018 dentro del expediente No.2015-298997 y de conformidad con el artículo 243 de la Decisión 486 de 2000, se han enlistado unos criterios para poder calcular los perjuicios, dichos criterios se encuentran separados en tres literales. El primero de ellos hace referencia al daño emergente y lucro cesante. Ellos nos permite concluir también que cuando la norma utiliza la palabra criterios a lo que está haciendo referencia es a una tipología de daños que en el caso del literal a pues son los tradicionales los que ya existían en la norma desde el código y cosas del código civil. Es así como pues siendo esto así es lógico que los demás criterios contenidos, es decir en el literal b y c también correspondan a tipologías del daño que, a pesar de no ser los que tradicionalmente conocemos, el legislador pues así ha querido desde el punto de vista de los beneficios obtenidos por el infractor así como el valor de una licencia hipotética licencia que son los demás literales, son daños indemnizables en asuntos que tienen que ver con la protección a la propiedad industrial y si ve debe aplicar tanto como los daños del literal a) daño emergente y lucro cesante, como los daños del literal b) y c) deben ser demostrados en todo caso, pues de ninguna manera se debe presumir que existan estos daños no son presumibles, es así como el demandante en todas las acciones en todas la demandas por infracción de propiedad industrial tiene la carga de aportar la prueba de que se ocasionaron estos daños.

*De acuerdo con lo expuesto pues en el escrito de demanda, como lo mencione anteriormente, el daño que ha sido alegado que se ha causado por parte de la demandada a la demandante corresponde al lucro cesante, daño emergente, así como el monto de los beneficios económicos obtenidos como resultado de los actos de la infracción, igualmente para efectos de la cuantificación del perjuicio, reitero la demandante se acogió a ese sistema de indemnización preestablecido. Pues bien, en relación con esta tipología de perjuicio, con estas tipologías de perjuicios, paso a señalar que para este Despacho no se encontraron demostrado dentro del expediente que se hubiera acreditado que hubiera demostrado que se incurrió en estos daños, en efecto ninguna de las pruebas que fueron allegadas por la parte demandante dan cuenta de estos perjuicios y tampoco de los beneficios que pudo obtener la demanda debido al uso no autorizado de las marcas es así como sobre la base de lo anterior pues no se podrán reconocer ante la ausencia de este material probatorio tan importante para poder saber si existió o no el daño más que de pronto tasar su cuantía es la existencia de ese daño, pues no pueden ser decretados los mismos y no pueden ser reconocidos, es así como no se accederá a esta indemnización indemnizatoria requerida por la parte demandante.
..”*

De la lectura anterior se concluye que para el Despacho no está acreditado el daño a pesar de haber declarado que la sociedad demandada G+G BODY SHOP S.A.S. usó los signos “Tubici y TuBici.shop” constituyendo una violación a los derechos de propiedad industrial de la sociedad TUBIC BIKE SHOP S.A.S., conducta enmarcada el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000.

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.- Mi representada, la sociedad Tubici Bike Shop S.A.S, es titular de la marca mixta “Tubici” registrada en la clase 35 de la Clasificación Internacional de Niza para la *comercialización de productos; servicios de venta minorista o mayorista de artículos de deporte; servicios de venta minorista o mayorista de bicicletas* (en adelante, la “Marca”).

3.2.- Mi representa es titular de la marca “Tubici” desde el año 2017 y presta el servicio que identifica con la Marca, principalmente, a través de plataformas de comercialización en internet y de su propio portal web identificado con el mismo nombre: “Tubici”.

3.3.- El portal web “Tubici” se encuentra ubicado en la dirección web www.tubici.com .

3.4.- Durante el periodo comprendido entre octubre de 2018 y febrero de 2020 la sociedad demandada G+G Body Shop S.A.S utilizó, sin la autorización de mi representada, los signos "tubici" y "Tubici.shop" para identificar el servicio de venta de bicicletas y accesorios relacionados con estas, así como para identificar un portal web denominado "Tuici.shop" y para identificar un establecimiento de comercio en el que se prestaba el servicio de venta de bicicletas y accesorios.

3.5.- Así mismo, la sociedad demandada utilizó los signos "Tubici" y "TuBici.shop" para realizar publicidad con alcance a nivel nacional del portal web y el establecimiento de comercio "Tubici.shop".

3.6.- Desde el mes de octubre de 2018 mi representada le requirió a la sociedad G+G Body Shop S.A.S para que cesara el uso ilegítimo que estaba haciendo del signo "TuBici.shop" al utilizarlo para identificar productos y servicios relacionados con la cultura ciclística.

3.7. A pesar de la comunicación enviada, la sociedad G+G Body Shop S.A.S continuó haciendo un uso ilegítimo de los signos en el comercio, y el 19 de noviembre de 2018 solicitó ante la Superintendencia de Industria y Comercio el registro del signo TBS TU BICI.SHOP en la clase 12 para identificar *Bicicletas; Bastidores de transporte de bicicletas; marcos para bicicleta; cadenas; frenos; llantas; manillares; ruedas; bombas de aire; tubulares y pedales para; bicicletas. Vehículos; aparatos de locomoción terrestre; aérea o acuática;* y en la clase 35: *Publicidad; gestión de negocios comerciales; administración comercial; trabajos de oficina. Servicios de E-commerce.*

3.8 El 29 de junio de 2019 dentro del proceso de la referencia, se decretaron medidas cautelares ordenándole a la sociedad demandada cesar con el uso de los signos "Tubici y TuBici.shop"

3.9. A pesar de los requerimientos hechos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en aplicación del decreto de la medida cautelar dictada en este proceso, la sociedad G+G Body Shop S.A.S. contra todo pronóstico y en contravía de una orden judicial, continuó utilizando de manera ilegítima el signo, realizando publicidad de la plataforma web "TuBici.shop", del establecimiento de comercio y de las diferentes redes sociales identificadas con el mismo signo ("Tubici.shop").

3.10.- Ante la conducta infractora ejecutada por la sociedad G+G Body Shop S.A.S mi representada TUBI BIKE SHOP S.A.S tuvo que acudir a distintas instancias, tanto administrativas como judiciales, para salvaguardar sus derechos e impedir que la demandante continuara, sin ninguna justificación, realizando un uso ilegítimo y no autorizado de su marca.

3.11.- En la sentencia recurrida se reconoció que la sociedad demandada realizó conductas que configuran la infracción descrita en el literal d) del artículo 155 de la decisión 486 de 2000 reconociendo las pretensiones 3.1.,3.2. y 3.3 de la demanda.

3.12.- En materia de derechos de propiedad industrial el uso no autorizado de una marca configura una conducta infractora al derecho de exclusividad concedida por el registro, lo que constituye al daño propiamente dicho, el cual debe indemnizarse a través del criterio que bien escoja la titular del derecho marcario.

3.13.- La sentencia recurrida negó la pretensión 3.4. de la demanda bajo el entendido de que no estaba acreditado el daño ni los perjuicios, razón por la cual no se realizó su cuantificación, aspecto que motiva el presente recurso de alzada.

CUARTO: FUNDAMENTO DEL RECURSO DE APELACION- SUSTENCIÓN 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.- Dentro del proceso se acredita el daño con ocasión de la violación de los derechos de propiedad industrial- la violación de los derechos de propiedad industrial constituye el daño propiamente dicho.

En la sentencia apelada se reconoció que la sociedad demandada G+G Body Shop S.A.S. había ejecutado actos que configuran la conducta descrita en el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486.

Resulta entonces pertinente establecer si en materia de derechos de propiedad industrial la infracción en casos como el que aquí se ventilan constituyen el daño propiamente dicho.

Para la doctrina como para la jurisprudencia la protección del derecho de marca y las acciones encaminadas a defenderlas - especialmente las que tienen que ver con la indemnización de daños y perjuicios - están soportadas en la existencia del derecho de exclusividad y la titularidad sobre dicho derecho.

En efecto se tiene que, en materia marcaria, la titularidad de los derechos sobre una marca se adquiere o surge a través del registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio, tal y como lo prevé el artículo 154 de la Decisión 486 de 2000, que contempla lo siguiente:

"Artículo 154.- El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente."

Frente a lo anterior, el Tribunal Andino de Justicia ha considerado lo siguiente:

*"Este Tribunal ha señalado que el derecho al uso exclusivo del signo "permite a su titular ejercer el ius prohibendi para impedir que terceros utilicen su marca, sin su expreso consentimiento, en bienes o servicios idénticos o similares, a tal extremo que pueda causar confusión al consumidor que es a quien protege, en esencia, el derecho marcario. El registro marcario **confiere al titular de la marca, en el país de inscripción, el derecho al uso exclusivo de la misma** y el ejercicio del ius prohibendi con las limitaciones y excepciones establecidas por la ley comunitaria".¹*

Así mismo ha considerado que:

"El Tribunal ha precisado, además, que los derechos de exclusión en referencia "pueden subsumirse en la facultad del titular del registro marcario para 'impedir' determinados actos en relación con el signo, o, en definitiva, para ejecutar las acciones del caso frente a terceros que utilicen en el tráfico económico y sin su consentimiento un signo idéntico o semejante, cuando dicha identidad o similitud sea susceptible de inducir al público a confusión".² (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

¹ **Proceso 33-IP-2000**, sentencia de 31 de mayo de 2000, publicada en la G.O.A.C. N° 581, de 12 de julio de 2000, caso: **"MAXMARA". TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

² **Proceso 69-IP-2000**, sentencia de 6 de julio de 2001, publicada en la G.O.A.C. N° 690, de 23 de julio del mismo año. caso: **"MAXMARA".**

Con el registro de la marca se le confiere al titular el derecho de exclusividad sobre esa marca y lo faculta para impedir que terceros realicen sin su consentimiento unos determinados actos, entre ellos el descrito en el literal d del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000.

"Artículo 155.- El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

*a.)
b.)
c.)*

d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;..."

Si un tercero utiliza un signo o una distinción similar a la marca registrada sin la autorización previa de su titular, esa utilización configura una conducta violatoria a los derechos del titular de la marca y esa conducta violatoria o infractora es y constituye el daño propiamente dicho.

Frente a este punto, la misma Superintendencia de Industria y Comercio, en un fallo donde se ventilaba una situación similar, en el que se analizó el daño y el perjuicio en infracciones marcarias, respecto del daño señalo:

"3.2.1.- El daño:

Sobre este concepto la Corte Suprema de Justicia ha explicado que consiste en "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."

*Al ser aplicada la anterior definición a los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial, **que en esta materia el daño se ve materializado en la infracción del derecho de propiedad industrial, esto es, en la vulneración de las prerrogativas exclusivas que ostenta el titular, lo anterior en tanto que el uso no autorizado constituye una afrenta a la exclusividad que confiera las normas contenidas en la Decisión 486 de 2.000...**" (Sentencia 1600 del 27 de diciembre de 2018, Expediente 16-185373)*

Efectivamente, como se evidencia en la sentencia arriba transcrita, en materia de infracción de derecho de propiedad industrial el daño en este tipo de procesos se materializa con la infracción al derecho de propiedad industrial. La razón de esto, como lo explica la misma ponencia, radica en que el uso no autorizado constituye una afrenta a la exclusividad que le concede el registro de la marca a su titular.

La doctrina en ese sentido no ha sido pacífica, y autores como el Dr. Ernesto Rengifo García coinciden en afirmar que en materia de derecho de propiedad industrial el daño se materializa con la conducta infractora.

*" La infracción del derecho de propiedad intelectual **es la causa del fenómeno indemnizatorio. La violación del derecho de propiedad intelectual constituye el perjuicio mismo, dado que la lesión jurídica consiste en el ejercicio indebido de un derecho que pertenece en forma exclusiva al titular,** a quien le interesa determinar oportunidad y el modo en que va explotar su derecho de manera individual o autorizando su explotación por otro u otros" (Derechos de Patentes- Rengifo, 2016, pág.851 y 852)*

Queda claro que, para situaciones como la aquí discutida, el uso no autorizado de la marca corresponde a una conducta infractora al derecho de exclusividad del que ostenta el titular del registro de la marca. Esa violación al derecho de exclusividad, de acuerdo con los lineamientos de la doctrina y la misma Superintendencia de Industria y Comercio, constituye el daño.

Vemos que, para el presente proceso, en la sentencia, quedó plenamente demostrado, y así lo concluyó acertadamente la Delegada, que la sociedad G+G BODY SHOP S.A.S. incurrió con sus conductas en el uso no autorizado de la marca cuya titularidad es de la sociedad TUBICI BIKE SHOP S.A.S., configurándose así la conducta establecida en el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000.

Habiendo sido acreditado al proceso y reconocido en la sentencia que la sociedad G+G BODY SHOP S.A.S. incurrió en conductas que vulneran el derecho de propiedad industrial de la sociedad TUBICI BIKE SHOP S.A.S., resulta desafortunado que se concluya, contrariando la línea interpretativa de esa Superintendencia, la inexistencia del daño ocasionado por la infracción reconocida.

Consideramos que estando reconocida la conducta descrita en el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, por el uso no autorizado de las marcas de cuya titularidad exclusiva recae en mi poderdante, lo propio fue haber reconocido el daño por la vulneración a los derechos de propiedad industrial de la que es titular la accionante.

La postura que ha venido plasmando en sus fallos la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido que el daño propiamente dicho en los procesos por infracción de derechos de propiedad industrial se materializa con la infracción del derecho de propiedad industrial, es decir, con la vulneración de las prerrogativas de exclusividad del titular, como el uso no autorizado de la marca.

*"En este contexto es preciso recordar que en el derecho de marcas el objeto de protección es un signo distintivo **cuya protección se materializa en una serie de derechos de carácter exclusivo los cuales facultan al titular para controlar la utilización y explotación de su marca impidiendo a terceros usarla sin contar con su previa y expresa autorización, es decir, sin contar con una licencia de USO.** Por esta razón es que, al ubicarnos en el ámbito de la propiedad intelectual nos encontramos frente a un derecho de propiedad especial, en tanto se ejerce, no sobre un bien material como sería el caso de la propiedad en común, sino frente a un bien inmaterial verbi gracia una marca, pero también una patente, uno modelo de utilidad, un diseño industrial o incluso las creaciones protegidas por el régimen autoral, como lo son obra artística o literaria. **Sobre todos estos bienes intelectuales, se insiste, los titulares ejercen propiedad a través de derechos exclusivos.***

Así entonces, la infracción de alguna de las prerrogativas exclusivas que ostenta el titular de un derecho de propiedad intelectual materializa per se el daño, precisamente porque se irrumpe en el derecho subjetivo del titular y se le priva de su facultad exclusiva de controlar su marca, su patente, su diseño industrial etc., afectándole así sus intereses legítimos en relación con su bien intelectual, como sería, por ejemplo, recibir remuneración por la explotación o utilización de aquel... (Superintendencia de Industria y Comercio-Sentencia del 17 de octubre de 2018, Expediente 18-101291) (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Más adelante en la misma sentencia se concluyó respecto del daño, lo siguiente:

*"En este orden de ideas y, descendiendo al caso concreto, es posible afirmar que **la demandante sufrió un daño consistente en el atentado a las facultades exclusivas que tenía para controlar***

la explotación de sus marcas y beneficiarse patrimonialmente de estas, como hubiera sido en caso de que hubiera concedido una licencia de uso a la hoy infractora, lo cual, evidentemente no fue posible por la conducta ilegal por la cual se usurparon las marcas de la demandante. (Superintendencia de Industria y Comercio-Sentencia del 17 de octubre de 2018, Expediente 18-101291) (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

La circunstancia de privar al titular de la marca de la exclusividad que tiene y posee sobre una marca constituye el daño propiamente dicho. Tal circunstancia ha sido plasmada en fallos de la Superintendencia, en los siguientes términos:

*"... Al ser aplicada la anterior definición a los procesos por infracción de derechos de propiedad industria, debe afirmarse que en esta materia **el daño se ve materializado en la infracción del derecho de propiedad industrial, esto es, en la vulneración de las prerrogativas exclusivas que ostenta el titular lo anterior en tanto que el uso constituye una afrenta a la exclusividad que confiere las normas contenidas en la Decisión 486 de 2000...**"* (Superintendencia de Industria y Comercio-Sentencia del 27 de octubre de 2018, Expediente 16-185373) (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Y más recientemente en el fallo del 27 de diciembre de 2018, expediente 16-185373, en donde se concluyó frente a este punto en particular lo siguiente:

*"...Al ser aplicada la anterior definición a los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial, **que en esta materia el daño se ve materializado en la infracción del derecho de propiedad industrial, esto es, en la vulneración de las prerrogativas exclusivas que ostenta el titular, lo anterior en tanto que el uso no autorizado constituye una afrenta a la exclusividad que confiera las normas contenidas en la Decisión 486 de 2.000...**"* (Sentencia 1600 del 27 de diciembre de 2018, Expediente 16-185373)

Para el presente asunto, estando así reconocida la conducta descrita en el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, es decir el daño, era procedente reconocer los perjuicios derivados del daño y tasar el valor de la indemnización en los términos solicitados en la demanda y bajo el criterio establecido en el sistema de indemnización preestablecida en la ley 1648 de 2013 y Decreto 2264 de 2014.

4.2.- En la sentencia se desconoció la acusación de perjuicios bajo el sistema de indemnización preestablecida.

Según lo anteriormente expuesto, dentro del proceso de la referencia quedó plenamente acreditado el daño, que no es otro que la infracción reconocida y así declarada en la sentencia, por lo que resultaba procedente el reconocimiento de los perjuicios causados y, por lo tanto, la tasación de la indemnización bajo la modalidad del sistema indemnización preestablecida, en los términos de que trata la ley 1648 de 2013 y Decreto 2264 de 2014.

Sobre el concepto de perjuicio, la honorable Corte Suprema de Justicia ha establecido:

"El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del "(...) perjuicio que el daño ocasionó (...) "³.

³ CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 5502.

Para el presente asunto, tal y como se manifestó en la demanda, los perjuicios derivados del uso ilegítimo de los signos por parte de la sociedad demandada corresponden a las afectaciones que enfrentó Tubici Bike Shop S.A.S como consecuencias de la afrenta al derecho exclusivo que ostenta sobre la marca registrada Tubici, que no fueron reconocidos en la sentencia, y que fueron clasificados en la demanda en tres tipos:

- **Daño Emergente:** Detrimento patrimonial ocasionado por las acciones comerciales y esfuerzos económicos en los que se vio obligada mi representada a realizar en todo el territorio nacional para intentar mitigar la confusión que generaba en los consumidores la utilización de los signos "TUBICI" y "TuBici.shop" y el nombre del dominio, actos que se materializaron con:
 - Realización de acciones legales para impedir el registro del signo "TBS Tu bici.shop" como marca:
 - Mi representada intervino activamente en trámite de registro que pretendió la sociedad demandada del signo "Tubici.shop" oponiéndose al registro de la marca, gracias a su intervención se evitó la continuidad de ese trámite. Lo anterior se encuentra reconocido en la contestación de la demanda página 19 al darse contestación a la pretensión 3.1.
 - Realización de acciones comerciales, de publicidad y de comunicación dirigidas a evitar que los consumidores relacionaran el portal "TuBici.shop" ubicado en la dirección web. www.tubici.shop.
 - Las acciones comerciales ejecutadas por la demandante para posicionar y mantener la fuerza distintiva de la marca registrada la cual se vio afectada por la existencia de signos semejantes en el mercado
- **Lucro cesante:** Sustentado en el valor que ha dejado de percibir la demandada como consecuencia de la confusión a la fueron inducidos los consumidores en incluso personajes de gran trayectoria en el mundo del ciclismo. Cualquier compra derivada de esta confusión corresponde a un perjuicio para mí representada.
- **Monto de los beneficios obtenidos como resultado de los actos de infracción:** Está constituido con el beneficio obtenido por la demandada con el uso ilegítimo e indiscriminado de la marca, a sabiendas de la existencia de un derecho de propiedad industrial sobre ésta y, por tanto, de la ilegitimidad de la conducta, desde el mes de octubre de 2018, conducta que fue continuada con posterioridad a la notificación del auto que decreto la medida cautelar y los autos de requerimiento.

La sociedad demandada G+G BODY SHOP S.A.S. era consciente desde el mes de octubre de 2018 que utilizaba sin autorización de mi representada los signos "Tubici y TuBici.shop", y aun así se uso sin autorización y ejecutó conductas de uso no autorizadas hasta febrero de 2020, lo que, sin lugar a duda, genera *per se* el daño causado, y las consecuencias descritas derivadas de la infracción que constituyen los perjuicios que aquí se persiguen.

En la sentencia se reconoció que el 17 de octubre de 2018 la sociedad demandante remitió a la demandada correo electrónico requiriéndola para que cesara el uso ilegítimo que estaba haciendo del signo "TuBici.Shop".

En el proceso obran los requerimientos que hiciera el Despacho a la demandada para que diera cumplimiento a las ordenes judiciales que se dictaron respecto de las medidas cautelares.

Está acreditado al proceso que, a pesar de la comunicación enviada por mí representada, la sociedad accionada continuó haciendo uso ilegítimo del signo mediante publicidad de la plataforma web "TuBici.shop", del establecimiento de comercio identificado con el mismo signo y de las diferentes redes sociales.

Está probado al proceso que la sociedad demanda fue renuente en el cumplimiento de las órdenes judiciales que hacían referencia a las medidas cautelares dirigidas a evitar la conducta continuada de uso no autorizado de la marca al punto que el Despacho en autos del 16 de octubre de 2019 No.106524 y Auto del 24 de febrero de 2020 No.15824 reconocieron dicha conducta y decidieron aplicar el indicio de que trata el artículo 280 del C.G. del P.

Ante la conducta renuente de la demandada el Honorable Despacho de Conocimiento debió dar aplicar para efectos cuantificar la indemnización preestablecida los parámetros contenidos en el artículo 2 del Decreto 2264 del 2014 y ha debido tener en cuenta pruebas que acreditan la duración de la infracción, su amplitud, la cantidad de productos infractoras y la extensión geográfica máxime cuando se trata en su gran mayoría de publicidad realizada en medios electrónicos y redes sociales.

Lo anterior, se encuentra claramente acreditado al proceso y sirve de base para reconcer el perjudicioso y su monto que ha de fijarse según los parámetros en la norma citada.

Artículo 2 del Decreto 2264 del 2014, disposición que consagra, lo siguiente:

"Artículo 2º. Cuantía de la indemnización preestablecida. En caso de que el demandante opte por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, dicha indemnización será equivalente a un mínimo de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta un máximo de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada marca infringida. Esta suma podrá incrementarse hasta en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la marca infringida haya sido declarada como notoria por el juez, se demuestre la mala fe del infractor, se ponga en peligro la vida o la salud de las personas y/o se identifique la reincidencia de la infracción respecto de la marca.

Parágrafo. Para cada caso particular el juez ponderará y declarará en la sentencia que ponga fin al proceso el monto de la indemnización teniendo en cuenta las pruebas que obren en el proceso, entre otras la duración de la infracción, su amplitud, la cantidad de productos infractores y la extensión geográfica."
(Subrayado fuera de texto)

En un asunto similar Expediente 15-292200, página 8 Sentencia escrita del 2 de febrero de 2017, el Despacho de conocimiento acudió a este sistema, así:

PERJUICIOS - INDEMNIZACIÓN PREESTABLECIDA

Resta a este Despacho hacer la correspondiente cuantificación de la indemnización. Para tal fin, el artículo 2.2.2.21.2. del Decreto 1074 de 2015 establece que *"En caso de que el demandante opte por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, dicha indemnización será equivalente a un mínimo de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta un máximo de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada marca infringida. Esta suma podrá incrementarse hasta en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la marca infringida haya sido declarada como notoria por el juez, se demuestre la mala fe del infractor, se ponga en peligro la vida o la salud de las personas y/o se identifique la reincidencia de la infracción respecto de la marca.*

Así mismo, el párrafo de la referida norma indica que *"Para cada caso particular el juez ponderará y declarará en la sentencia que ponga fin al proceso el monto de la indemnización teniendo en cuenta las pruebas que obren en el proceso, entre otras la duración de la infracción, su amplitud, la cantidad de productos infractores y la extensión geográfica."*

Partiendo de la anterior norma, el Despacho hace las siguientes consideraciones a efectos de determinar la cuantía de la indemnización.

Mas adelante en la providencia antes citada la Superintendencia encuadra la norma con los hechos acreditados al proceso y emite su decisión ordenando la indemnización según los parámetros establecidos en la norma vigente para la época.

En primer lugar, que el uso infractor que se evidenció en este proceso se limitó geográficamente a la ciudad de Palmira.

En segundo lugar, que el uso infractor se realizó únicamente para la prestación de servicios en un único establecimiento de comercio para los servicios específicos de gimnasio, y además, la infracción comprendió tan solo una parte de los servicios para los cuales se encuentra registrada la marca mixta BODYTECH (clase 41), pues como se pudo ver, la infracción no comprendió, entre otros, servicios de agencias de recreación y turismo, seminarios y eventos educativos, sino que se limitó a identificar servicios de gimnasio.

En tercer lugar, la anterior circunstancia por referirse a la amplitud de la infracción, reduce el riesgo de confusión, tal como se advirtió por parte del Despacho al momento de anunciar el sentido del fallo.

De acuerdo con las anteriores consideraciones y con fundamento en el artículo 2.2.2.21.2. del Decreto 1074 de 2015, la demandada será condenada a pagarle a la demandante a título de indemnización la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como consecuencia del uso infractor de la marca BODYTECH de titularidad de la demandante.

La utilización desmedida y no autorizada de los signos "Tubici" y "Tubici.Shop", generó un beneficio para la infractora y un perjuicio para la sociedad TUBI BIKE SHOP S.A.S. que debió ser reconocido para proceder a tasarse el valor de la indemnización correspondiente, en los términos autorizados por el Decreto 2264 de 2014 y demás normas concordantes en la medida en la que fue el sistema indemnizatorio al que se acogió la sociedad demandante.

Si tomamos los parámetros actuales contenidos en párrafo del artículo 2 del Decreto 2264 de 2014 que resultan ser similares a los del Decreto 1074 de 2015, para el presente caso se probó:

En cuanto a la extensión geográfica:

El uso infractor se evidencio en el territorio nacional en internacional materializada a través de redes sociales como facebook, instagram y páginas web, (documentos que fueron aportados con la demanda), tales como:

- ✓ "página web www.tubici.shop".
- ✓ El documento puede ser consultado en el siguiente *link*:
<https://www.facebook.com/TuBiciBikeShop/>

- ✓ El documento puede ser consultado en el siguiente link: <https://www.instagram.com/tubicibikeshop/>
- ✓ Video denominado "Tubici.shop. Almacen", donde se puede ver el establecimiento de comercio identificado con el signo "Tubici.shop". En el video puede verse el signo "Tubici.shop" que utiliza la demandada para identificar el establecimiento de comercio "Tubici.shop" y la oferta de productos relacionados con la cultura ciclísticas que se venden ahí.

El video puede ser consultado en el siguiente link: <https://www.instagram.com/p/Bsns25dAVTM/>

- ✓ Video denominado "Tubici.shop video montaje e inauguración" a través del cual puede verse el montaje que hizo la Demandada al establecimiento de comercio "Tubici.shop" el día de la inauguración, 18 de octubre de 2018, y el uso del signo "Tubici.shop" utilizado para identificarlo.

El video puede ser consultado en el siguiente link: <https://www.instagram.com/p/Bsns25dAVTM/>

En cuanto a la duración de la infracción:

Se debe tomar por lo menos desde el 17 de octubre de 2018, fecha en la cual la sociedad Tubic Bike Shop S.A.S. requirió a la sociedad G+G Body Shop S.A. para que cesara el uso no autorizado de la marca hasta por lo menos el 24 de febrero de 2020, fecha en la que la misma Superintendencia dentro del presente asunto emitió el auto número 15824 con el cual ese Despacho requirió a la sociedad G+G Body Shop S.A. para que cumpliera lo ordenado en la medida cautelar decretada retirando la expresión TU BICI de las plataformas digitales

*".....No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la medida cautelar decretada, también comprende el retiro de la expresión "TU BICI" de la plataforma digital Tubici.shop y en la página web www.tubici.shop, ordenes cuyo cumplimiento **no fue acreditado con el escrito de G+G BODY SHOP S.A.S.**, esto por cuanto no se allegó prueba alguna que indicará el estado actual de los sitios web...." (Negrilla y Subrayado fuera de texto)*

Bajo estos criterios probados al proceso la sociedad TUBI BIKE SHOP S.A.S., se vio afectada en la libertad de explotar de manera exclusiva sus derechos de propiedad industrial, y al verse obligada en agotar todos sus recursos encaminados a defender su exclusividad.

La sociedad demandante tuvo que acudir a la justicia ordinaria acogiéndose al sistema de indemnización preestablecida. Tal circunstancia la releva de acreditar la cuantificación de los perjuicios que están acreditados con los actos descritos en cada criterio, por lo que es procedente su tasación en los términos del Decreto 2264 de 2014, disposición normativa que consagra lo siguiente:

"Artículo 1º. Indemnización preestablecida en procesos civiles de infracción marcaría. En virtud de lo establecido por el artículo de la Ley 1648 de 2013, la indemnización que se cause como consecuencia de la declaración judicial de infracción marcaría podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del demandante.

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

Resulta procedente y guarda relación con el ordenamiento legal que un sujeto procesal acuda a la indemnización preestablecida en la medida que corresponde a un sistema indemnizatorio incorporado a la legislación colombiana, y aceptado para trámites como el que aquí nos convoca

El sistema de indemnización preestablecida ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Honorable Corte Constitucional, la que ha considerado:

*"1. la Corte entiende que las indemnizaciones preestablecidas son una figura que pretende valorar, con anterioridad a la ocurrencia de un daño, el monto del perjuicio, **lo que supone que no debe probarse la tasación del daño efectivamente provocado**, pero sí debe probarse el daño. Simultáneamente, las indemnizaciones preestablecidas se respaldan constitucionalmente, según el caso, en los principios de economía procesal, de autonomía personal, de igualdad material, de celeridad en la protección de víctimas de daños para hacer efectivos sus derechos y de acceso a la administración de justicia....” (Sentencia C-345/19)*

Entendemos entonces, en los términos de la citada sentencia, que acreditado el daño y los perjuicios derivados de éste, es procedente la tasación del monto de la indemnización, línea que ha venido aplicando la Superintendencia de Industria y Comercio.

"....Al respecto vale la pena precisar que en materia de derecho marcario existe dos sistemas para determinar la cuantía del daño o perjuicio causado, (i) el sistema basado en daños reales y (ii) el sistema de indemnización preestablecida...."

*Para efectos del presente capítulo, se entenderá que, si el demandante al momento de la presentación de la demanda opta por el sistema de indemnización preestablecida, **no tendrá que probar la cuantía de los daños y perjuicios causados por la infracción**, tal y como lo establece el artículo 243 de la Decisión Andina 486, y por lo tanto, sujeta la tasación de sus perjuicios a determinación por parte del Juez de un monto que se fija de conformidad con la presente reglamentación....” (Superintendencia de Industria y Comercio-Sentencia del 1 de octubre de 2018, Expediente 18-101291)*

Para su tasación, la Superintendencia toma como base la existencia y acreditación del daño, y como fuente el Decreto 1074 de 2014:

"Establecido el daño, pasamos a su cuantificación conforme a lo dispuesto en el régimen de indemnizaciones preestablecidas previsto en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 1648 de 2013 y en el Decreto 1074 de 2014, cuyo artículo 2.2.2.21.2., establece que la indemnización en materia de infracción marcaria debe tasarse entre tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes hasta un máximo de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada marca infringida.”(Superintendencia de Industria y Comercio-Sentencia del 1 de octubre de 2018, Expediente 18-101291)

Teniendo en cuenta lo anterior, estando acreditado el daño y demostrados los perjuicios causados como consecuencia de éste, el Fallador de Instancia ha debido reconocer los perjuicios y decretar su indemnización, tasando la cuantía bajo los parámetros del Decreto 2264 de 2014

4.3. No haberse tenido en cuenta en la sentencia la conducta desplegada por la sociedad G+G BODY SHOP S.A.S. para efectos de la acreditación del daño, de los perjuicios causados y de la tasación de la indemnización correspondiente.

La sociedad G+G BODY SHOP S.A.S. previo a este proceso, fue renuente a los requerimientos elevados por mí representada, encaminados a cesar el uso no autorizado de los signos, decidiendo lucrarse con el uso de los signos "Tubici" y "Tubici.shop", aún a sabiendas de la ilicitud de la conducta.

Así mismo, la sociedad G+G BODY SHOP S.A.S. no atendió los requerimientos judiciales realizados por el juez de conocimiento en las ordenes impartidas en las que se le ordenaba cesar con el uso de los signos "Tubici" y "TuBici.shop" de propiedad exclusiva de la sociedad demandante.

Lo anterior, genero un menos cabo al derecho de exclusividad que ostenta la sociedad TUBI BIKE SHOP S.A.S. sobre los signos "Tubici y TuBici.shop". Estas conductas no fueron valoradas por la Superintendencia al momento de determinar la existencia del daño, de los perjuicios derivados y de la correspondiente indemnización.

La misma Superintendencia en autos No.106524 del 16 de octubre de 2019 y No. 15824 del 24 de febrero de 2020, ordenó aplicar el indicio grave de que trata el artículo 280 del C.G. del P ante los incumplimientos sistemáticos de las órdenes judiciales impartidas a la sociedad G+G BODY SHOPS S.A.S.

Frente a este punto es relevante dar aplicación del indicio en contra de la sociedad G+G BODY SHOPS S.A.S. como una conducta en contravía del debido proceso y un agravante que incide en la tasación del perjuicio.

El Decreto 1074 de 2014, en su artículo 2 determina unos criterios que se pueden incrementar en eventos como la notoriedad de la marca, la mala fe del infractor se ponga en peligro la vida y salud de las personas y se identifique la reincidencia.

Artículo 2º. Cuantía de la indemnización preestablecida. *En caso de que el demandante opte por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, dicha indemnización será equivalente a un mínimo de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta un máximo de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada marca infringida. Esta suma podrá incrementarse hasta en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la marca infringida haya sido declarada como notoria por el juez, se demuestre la mala fe del infractor, se ponga en peligro la vida o la salud de las personas y/o se identifique la reincidencia de la infracción respecto de la marca.*

Parágrafo. *Para cada caso particular el juez ponderará y declarará en la sentencia que ponga fin al proceso el monto de la indemnización teniendo en cuenta las pruebas que obren en el proceso, entre otras la duración de la infracción, su amplitud, la cantidad de productos infractores y la extensión geográfica.*

Sin lugar a dudas era indispensable que el Despacho valorara en la sentencia el indicio grave en los términos ordenados por esa Delegada en autos No.106524 del 16 de octubre de 2019 y No. 15824 del 24 de febrero de 2020; y a su vez reconociera los perjuicios ante el evidente uso no autorizado, y tasar la correspondiente indemnización teniendo en cuenta la duración de la infracción, su amplitud y la extensión geográfica.

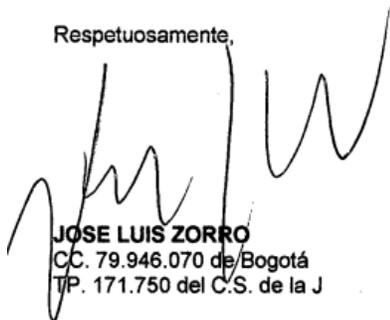
QUINTO: PETICIÓN

Con fundamento en lo anterior se deja sustentado el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitando al Honorable Tribunal revocar en parte la sentencia respecto del daño y perjuicio los cuales no fueron reconocidos en la providencia recurrida.

En su lugar se solicita, por estar acreditado al proceso el daño y su perjuicioso para su tasación, se sirva tener en cuenta que la sociedad demandante se acogió al sistema de indemnización preestablecida.

El suscrito recibe notificación en la avenida calle 72 No.6-30 Piso 13 Edificio Fernando Mazuera, correo electrónico josel.zorro@jorgecarrenoabogados.com y joselzorro@hotmail.com , teléfono 3222002603

Respetuosamente,



JOSE LUIS ZORRO
CC. 79.946.070 de Bogotá
TP. 171.750 del C.S. de la J