

1-2020-113302 RV: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488

Info - Dirección Nacional de Derecho de Autor Colombia

<Info@derechodeautor.gov.co>

Mié 30/09/2020 17:45

Para: Angie Katherin Torres <angie.torres@derechodeautor.gov.co>

CC: Carlos Andres Corredor Blanco <Carlos.Corredor@derechodeautor.gov.co>

 2 archivos adjuntos (4 MB)

Apelación.docx; Apelación.pdf;

De: CyberAbogado <cyberabogado8@gmail.com>

Enviado el: miércoles, 30 de septiembre de 2020 4:58 p. m.

Para: Asuntos.Jurisdiccionales <Asuntos.Jurisdiccionales@derechodeautor.gov.co>; Info - Dirección Nacional de Derecho de Autor Colombia <Info@derechodeautor.gov.co>; Info - Dirección Nacional de Derecho de Autor Colombia <Info@derechodeautor.gov.co>

Asunto: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488

Bogotá D.C.

Doctor

CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO

SUBDIRECCIÓN DE ASUNTOS JURISDICCIONALES

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR

BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

RADICADO N°: 2018-71488

PROCESO: Demanda Responsabilidad Civil Extracontractual

DEMANDANTE: HEVER ERAZO BOLAÑOS, CC 10.535.314

DEMANDADO: EI PAÍS S.A., NIT No. 890301752-1, Representante Legal MARÍA ELVIRA DE LAS MERCEDES DOMÍNGUEZ LLOREDA, CC 39.685.679.

ASUNTO: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020, la cual fue objeto de recurso de adición de fecha de solicitud 14 de septiembre de 2020, el cual fue resuelto mediante auto de fecha de proferido 25 de septiembre de 2020, el cual fue notificado por correo electrónico de fecha 28 de septiembre de 2020.

DANIEL RÍOS SARMIENTO, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., en mi calidad de apoderado de la parte actora, debidamente reconocido en el proceso referenciado, acorde a lo establecido en el artículo 322 del C.G.P.,

me permito dentro del término legal, interponer recurso de apelación con el fin de que se revoque parcialmente, los puntos 1, 3, 4, 7, 8, 10 de la providencia de Sentencia del 9 de septiembre de 2020, la cual fue objeto de recurso de adición de fecha de solicitud 14 de septiembre de 2020, el cual fue resuelto mediante auto de fecha de proferido 25 de septiembre de 2020, el cual fue notificado por estado y por correo electrónico de fecha 28 de septiembre de 2020, expedidas por el Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales, de la Dirección Nacional de Derecho de Autor

Correo electrónico: cyberabogado8@gmail.com

Telefonos: 7584097- 3015010672

Respetuosamente,

DANIEL RÍOS SARMIENTO

C.C. No. 1.018.415.407 de Bogotá

T.P. No. 256.409 del C.Sup

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 1
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

Bogotá D.C.

Doctor
 CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
 SUBDIRECCIÓN DE ASUNTOS JURISDICCIONALES
 DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR
 BOGOTÁ D.C.
 E. S. D.

RADICADO N°: 2018-71488

PROCESO: Demanda Responsabilidad Civil Extracontractual

DEMANDANTE: HEVER ERAZO BOLAÑOS, CC 10.535.314

DEMANDADO: El PAÍS S.A., NIT No. 890301752-1, Representante Legal MARÍA ELVIRA DE LAS MERCEDES DOMÍNGUEZ LLOREDA, CC 39.685.679.

ASUNTO: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020, la cual fue objeto de recurso de adición de fecha de solicitud 14 de septiembre de 2020, el cual fue resuelto mediante auto de fecha de proferido 25 de septiembre de 2020, el cual fue notificado por correo electrónico de fecha 28 de septiembre de 2020.

DANIEL RÍOS SARMIENTO, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., en mi calidad de apoderado de la parte actora, debidamente reconocido en el proceso referenciado, acorde a lo establecido en el artículo 322 del C.G.P., me permito dentro del término legal, interponer recurso de apelación con el fin de que se revoque parcialmente, los puntos 1, 3, 4, 7, 8, 10 de la providencia de Sentencia del 9 de septiembre de 2020, la cual fue objeto de recurso de adición de fecha de solicitud 14 de septiembre de 2020, el cual fue resuelto mediante auto de fecha de proferido 25 de septiembre de 2020, el cual fue notificado por estado y por correo electrónico de fecha 28 de septiembre de 2020, expedidas por el Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales, de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, teniendo en cuenta:

1. OPORTUNIDAD DEL RECURSO

La sentencia objeto de apelación fue proferida el 9 de septiembre de 2020.

Contra dicha sentencia y en los términos del artículo 287 del C.G.P., se presentó recurso de adición el día 14 de septiembre 2020.

Dicho recurso fue resuelto el día 25 de septiembre y fue notificado el 28 de septiembre de 2020.

Acorde al artículo 322 del C.G.P. “Proferida una providencia complementaria o que niegue la adición solicitada, dentro del término de ejecutoria de esta también se podrá apelar de la principal. La apelación contra una providencia comprende la de aquella que resolvió sobre la complementación.”

Por lo tanto este recurso se presenta en términos.

2. OBJETO DEL RECURSO

Se solicita de manera respetuosa a la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, revoqué parcialmente o completamente conforme se procederá a señalar, la sentencia proferida por por el

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 2
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales, de la Dirección Nacional de Derecho de Autor en lo atinente a los siguientes numerales:

2.1. Se revoque totalmente el numeral tercero (3) de la parte resolutive y en consecuencia se declaren probadas las pretensiones relativas a la declaratoria de la infracción de los derechos morales de *integridad*, *ineditud*, *modificación* y *retiro* producto de la violación causadas desde el año 2008.

2.2. Se revoque totalmente el numeral cuarto (4) de la parte resolutive de la sentencia recurrida y en consecuencia se declare que la sociedad El País S.A. infringió los derechos morales de *integridad*, *ineditud*, *modificación* y *retiro* del señor Hever Erazo Bolaños al usar su documental titulado "Terremoto en Popayán 10983", en los dos (2) videos "POPAYÁN: 25 AÑOS DESPUÉS DEL TERREMOTO" publicado en el año 2008 y "Popayán, 30 años después del terremoto que destruyó la ciudad en 18 segundos" publicado en el año 2008 y 2013 r, en su página web y su canal Youtube respectivamente, sin haberlo mencionado como autor de la obra

2.3. Se revoque totalmente el numeral tercero (4) de la parte resolutive de la Sentencia recurrida y en consecuencia que se declare probada la pretensión 2.2.6. correspondiente al daño emergente y/o daño patrimonial.

2.4. Se revoque parcialmente el numeral Séptimo (7) de la parte resolutive de la Sentencia recurrida en lo atinente a la cuantificación del daño y se mantenga incólume frente a la condena por perjuicio extrapatrimonial.

2.5. Se revoque totalmente el numeral décimo (10) de la parte resolutive de la Sentencia recurrida y en consecuencia se niegue probadas las excepciones de mérito 9 y 11 propuestas.

2.6. Se revoque parcialmente el numeral trece (13) de la parte resolutive de la Sentencia recurrida en lo atinente a la cuantificación de las agencias en derecho.

Se solicita al Ad Quem, se mantenga la sentencia recurrida en todo lo demás.

3. LO DECIDIDO POR LA SUBDIRECCIÓN Y DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

A continuación se presenta en el mismo orden de las peticiones precitadas para consecuentemente fundamentar integralmente la fundamentación que sirve de oposición, en los siguientes términos:

3.2. El numeral tercero (3) parte resolutive de Sentencia 09 septiembre 2020.

El despacho resolvió:

"Negar las pretensiones relativas a la declaratoria de la infracción de los derechos morales de integridad, ineditud, retracto y retiro alegados por el señor Hever Erazo Bolaños, por las razones expuestas en esta providencia."

Las razones expuestas para desconocer la afectación probada y confesa del 2008 y por consiguiente el desconocimiento de los derechos morales de *integridad*, *ineditud*, *modificación* y *retiro* fueron:

Adujo el demandante la violación al derecho a la integridad, el cual está contemplado en el literal b del artículo 30 de la Ley 23 de 1982, el cual confiere el derecho al autor la facultad de "oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos

	<h1>@CyberAbogado</h1>	VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 3
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos." La norma obliga a demostrar además de la alteración alegada, acreditar que esta implicó un atentado contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, deformar es hacer que algo pierda su forma regular o natural; mutilar es cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo; modificar es transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características. Tratándose de obras, la palabra deformar ha sido definida, por el glosario de derecho de autor y de derechos conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, como "(...) una distorsión o forma de expresión de una obra". Así mismo, entiende el acto de mutilar como cualquier cambio introducido por la supresión o destrucción de una parte de ella.

Volviendo al caso en juicio, se observa en el video aportado del especial "Popayán, 30 años después del terremoto que destruyó la ciudad en 18 segundos" que se habla de la situación de Popayán en 1983 una vez ocurrió el terremoto y la realidad que a 2013 estaba viviendo la ciudad. Para esto, en la primera parte se aprecia cómo en un poco más de dos minutos del video se utilizaron diferentes imágenes del documental "terremoto en Popayán 1983" y fueron insertadas en distinto orden al inicialmente dispuesto por el autor de este.

También se advierte en el video conmemorativo, al hacer uso de las imágenes del documental del demandante, que fueron suprimidos la narración, la musicalización y el título de la obra, demostrándose así, también, la mutilación del documental. En igual sentido, se advierte una distorsión del concepto de la obra del demandante, ya que fue concebida como un documental y no como una nota periodística o informativa.

Frente a la condición de demostrar que los actos aludidos se manifiesten en un perjuicio a su honor o reputación, traemos a colación lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia T-244 de 2018 en la que señaló que el honor hace referencia a la percepción o estima que tiene el individuo de sí mismo, es una valoración interna. Este se afecta "(...) tanto por la información errónea como por opiniones tendenciosas respecto de la persona o su conducta privada, (...)". En cuanto a la reputación, esta se refiere a la opinión o concepto que se hacen los demás respecto de un individuo y se afecta "(...) por la emisión de información falsa o errónea que genera distorsión del concepto público del sujeto". Sin embargo, para considerarse que estos derechos han sido vulnerados, el daño debe ser tangible.

Al respecto, el demandante en su declaración a la pregunta efectuada por su apoderado sobre las circunstancias en las que ve afectado sus derechos morales y patrimoniales, manifestó al minuto 12:38:48: "Obviamente aquí hay una violación clara a mis derechos morales y patrimoniales, porque esa divulgación, en todo sentido, que hizo El País con mi obra yo no la autoricé.

No entregué material alguno para que ellos pudieran hacer esa divulgación. Mi afectación es en todo sentido, desde el punto de vista moral, patrimonial, de mi imagen como realizador, de la invisibilización de la persona como autor, como productor, de... mi propio plan de trabajo que fue afectado para poder accionar mi obra en... institucionalidad, que hoy en día la rechazan, el empresariado que hoy en día la rechazan porque está viciada, me la viciaron. Está manoseada y como tal se ha hecho un daño incalculable por producción...por la circulación, la distribución de la obra, que es el fin único con que uno hace una película o un documental, es poner a circularlo con el nombre de uno, con el prestigio del autor, del productor. Poder presentarlo en... la alfombra roja, como se dice. (...)"



Sobre este punto, si bien se puede concluir que hubo una deformación y mutilación del documental “terremoto en Popayán 1983”, las manifestaciones hechas por el demandante no encuentran un asidero probatorio que permita percibir de manera precisa las afectaciones a su honra y reputación. Aunque manifestó su situación de víctima, reconocido como tal, de acuerdo con el registro que aportó a folio 127 del cuaderno 1, y encontrarse actualmente en un proceso de asilo en España, esta circunstancia no se relaciona con el conflicto que aquí se decide.

Frente a la condición del demérito de la obra, no se demostró que esta hubiera perdido el reconocimiento que manifestó el demandante en la declaración trascrita. Por el contrario, observa este juzgador que posterior a la utilización efectuada por la sociedad El País, el demandante concedió el 5 de diciembre de 2013 una licencia a Foxtelecolombia “para reproducir, publicar, editar, exhibir, difundir, sincronizar y utilizar las imágenes del propietario del material única y exclusivamente para la producción de una serie denominada ALIAS EL MEXICANO en formato televisivo.”, por un valor de \$3.000.000, visible a folios 197 al 200 del cuaderno 1, lo que desdice lo afirmado por el demandante del rechazo del empresariado de su obra.

También denota que el autor no descartaba la utilización fragmentada del documental, ni tampoco que el formato en el que inicialmente lo había concebido migrara a otro tipo de audiovisual. Estas pruebas contrario a demostrar el menoscabo de la obra, evidencian que los usos efectuados por El País hubieran sido autorizados por el titular en una negociación, que para el caso en cuestión no se dio. En razón a lo expuesto se negará el reconocimiento de este derecho conforme a lo pretendido.

En cuanto al derecho de ineditud reclamado, este hace referencia a la facultad del autor de divulgar o no su obra. En el proceso 20-IP-2007, el Tribunal Andino cita al autor Manuel Pachón Muñoz¹⁴, que sobre este derecho expresó: “En cuanto desaparece el deseo de mantener la obra inédita, surgen los derechos patrimoniales, pues mientras la obra se mantenga inédita ésta forma parte de la personalidad del autor.

Descendiendo al caso, se observa que el 22 de marzo de 2013, el demandante concedió una licencia al Canal Capital para la emisión de su obra en dos capítulos, por el valor de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.00), como se lee a folios 143 al 149 del cuaderno 1. Esto demuestra que la intención o deseo del titular de mantener su obra inédita había desaparecido, revelando así de manera inequívoca su voluntad de que su obra fuera conocida. Es decir, al momento de la publicación efectuada por el diario El País en el cual utilizó imágenes del documental objeto del litigio, el documental había salido de la esfera íntima del titular y por lo tanto ya no era inédito. En este sentido, tal derecho no será declarado conforme a lo pretendido.

Sobre el derecho de modificación, de acuerdo con Delia Lipszyc¹⁵, se entiende como la facultad en cabeza del autor de corregir, aclarar, mejorar, incluir, suprimir cualquier aspecto de la obra; facultad que a su vez debe ser respetada por el editor en virtud del artículo 111 de la Ley 23 de 1982.

Siguiendo a esta autora¹⁶, frente al derecho de retracto y retiro, el autor puede ejercitar esta facultad cuando considere que su obra “no se ajusta a sus convicciones intelectuales o morales”, es decir, decide retirar del comercio su obra previamente divulgada con la respectiva obligación de indemnizar los perjuicios que se causen.

Estos derechos se enmarcan usualmente en una relación contractual, en la que el autor ha consentido la divulgación de su obra. Sin embargo, tales derechos puede ejercitarlos frente a su

contratante a pesar del contrato suscrito. En tal sentido, dado que en el caso concreto no nos encontramos ante una discusión en el marco de una licencia, no es procedente la declaración de la infracción pretendida.”

3.2.2. Mi discrepancia frente al numeral tercero (3) parte resolutive de Sentencia 09 septiembre 2020

Como se puede leer en la resolución de lo recurrido, la equivocada razón expuesta para negar la, probada y confesa, infracción los derechos morales de *paternidad, integridad, ineditud, modificación y retiro* del señor Hever Erazo Bolaños, identificado con cédula de ciudadanía 10.535.314, al usar su documental titulado “Terremoto en Popayán 10983”, en el video “POPAYÁN: 25 AÑOS DESPUÉS DEL TERREMOTO” publicado en el año 2008 en su página web y su canal Youtube, es evidente que desconoce que:

La debida acreditación del atentado contra el decoro de la obra y la reputación del autor

3.2.1.1.1. Frente al Decoro de la obra

Teniendo en cuenta, la confesa y probada, la primera infracción de los derechos morales que fueron vulnerados y le asisten a mi poderdante, el fallo de sentencia desconoce el formato original de la obra de dicha infracción (2008) en la cual transgredió, sin consentimiento expreso, la obra formato de CINE SUPER 8 a corto multimedia; lo anterior llevó al injusto desconocimiento de el menoscabo de la obra al verse abusivamente mutilada de la siguiente manera:

Formato Original	Formato mutilado abusivamente
Cine Super 8	Formato multimedia
	
Foto Fuente: Imagen de Corto Género Pinilla, de la Directora Laidy Tatiana Rojas y apoyan GAGS, Coletbroght café, trineo.tv., facultad de Comunicación social y periodismo, Universidad del Quindío, 2015.	Foto Fuentes: <ul style="list-style-type: none"> - Portal elpais.com.co - Canal YOUTUBE: elpaiscali
Formato físico	Formato multimedia
Cine artesanal coleccionable ¹	Sketch de bajo costo y nivel de producción

¹ (Lorena G. Maldonado. (2016). Super 8, el formato de cine que se niega a morir. 08/08/18, de El León de El Español Publicaciones S.A. Sitio web: https://www.elespanol.com/cultura/cine/20160205/99990285_0.html)

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 6
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

Fuente de tabla: Edición propia @CyberAbogado, Licencia (BY) Creative Commons 2020.

El fallo ignoró lo expuesto en la demanda referente a que significa SUPER 8, en los siguientes términos:

“La Super 8 tiene un color especial. Una magia iniciática, un grano, una intermitencia loca. Como dicen los expertos con voz pastosa, “una textura...”. La Super 8 sigue teniendo su duende aunque sople más de cincuenta: ya filmó escenas domésticas hasta el hastío, ya cayó en manos de aficionados y cineastas modestos, ya triunfó en los sesenta y se hundió en los ochenta, gracias y hasta siempre, pero desde el 2000 su runrún no cesa. Kodak lo escucha hasta en sueños y le ha dado por resucitarla, con el apoyo de directores como Christopher Nolan, Tarantino (aplicándose el parche analógico con su Los odiosos ocho en 70 mm) y hasta el mismo Spielberg” (Lorena G. Maldonado. (2016). Super 8, el formato de cine que se niega a morir. 08/08/18, de El León de El Español Publicaciones S.A. Sitio web: https://www.elespanol.com/cultura/cine/20160205/99990285_0.html)

Una obra de este talante requirió años de esfuerzos, capacidades, experiencias plenamente desconocidas por el fallo, que llevaron a incurrir en el error que pretende aludir a la demanda, equipara tal formato a una nota periodística de corta duración y “bajo presupuesto” de producción. (ANEXO CUADERNO 4: VIDEO WIN_20190308_13_48_11_Pro.mp4 Dr. Juan Carlos Monroy, Experto Derecho de Autor: explica diferencia entre obra cinematográfica y multimedia)

Lo cual indica que el decoro de la obra en unos rollos artesanales que requieren una técnica especializada fue digitalizado, y agradecido fraudulentamente en los créditos de la obra que publicó el Diario el país en el año 2008 y reiteró dolosamente en el año 2013.

Frente a la reputación del autor

La Real Academia de la Lengua Española define la honra en los siguientes términos:

- “1. f. Estima y respeto de la dignidad propia.
2. f. Buena opinión y fama adquiridas por la virtud y el mérito.
3. f. Demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito.”

Aplicando al caso en concreto, en el transcurso del proceso se evidenció una falta hacia la dignidad humana del señor Hever Erazo Bolaños, quien fue tildado en testimonios y declaración juramentada como persona no grata, en términos exactos: “Así que ese señor Hever Erazo, es un tramposo y quiere sacarles plata a punta de mentiras y de facturas falsas, inventadas por él”² a tal punto que estos peyorativos calificativos fueron suscritos a través de declaración juramentada en los siguientes términos: “yo únicamente creí en la palabra de una persona falsa que logró engañarme haciéndome creer que necesitaba una factura para su archivo personal pero jamás imaginé que era para sacar provecho de ella”³. Lo anterior fue manifestado por personas pertenecientes a su gremio de ejercicio profesional, dado que es bien sabido que hay en curso un proceso judicial.

² Respuesta a derecho de petición presentado por El País S.A. por parte de la señora Maria Clara Nieto Villegas, anexo folio cuaderno 2 anexos de contestación de demanda.

³ Declaración juramentada allegada al proceso expedido por la señora Maria Clara Nieto Villegas, anexo folio cuaderno 2 anexos de contestación de demanda.

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 7
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

Estas afectaciones se extienden hacia el despacho de la Alcaldía de Popayán, su lugar de nacimiento, lamentablemente la fama adquirida afecta la buena opinión por la virtud o mérito y demostró que causó un desprecio y rechazo de su obra prima “Terremoto en Popayán 1983” ante dicha entidad pública, que a la fecha no ha reconocido institucionalmente el valor histórico de la obra, como sí lo supo hacer debidamente: la Fundación de Patrimonio Fílmico Colombiano y El Ministerio de Cultura de Colombia.⁴

Dicha violación fue probada que afectó el buen nombre del señor Hever Erazo Bolaños, como contraprestación por la justa reclamación de sus derechos morales y patrimoniales de autor.

Respecto a la reputación La Real Academia de la Lengua Española define la reputación en los siguiente términos:

“1. f. Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo.

La opinión de dos representantes de la industria (Maria Clara Nieto Villegas y Jairo Pinilla Tellez) fue de retracto y reproches con opiniones contrarias a las que cosecharon en conjunto una reputación bien ganada en el gremio de la industria audiovisual de Colombia.

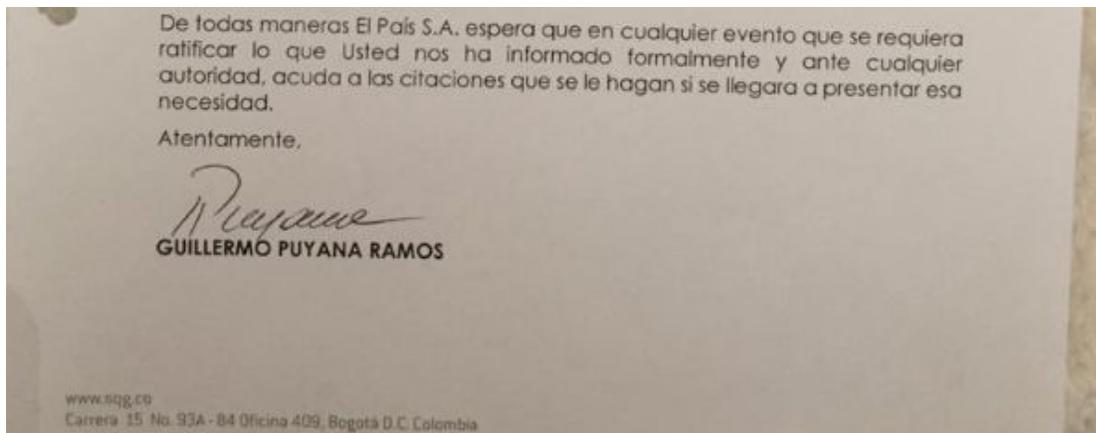
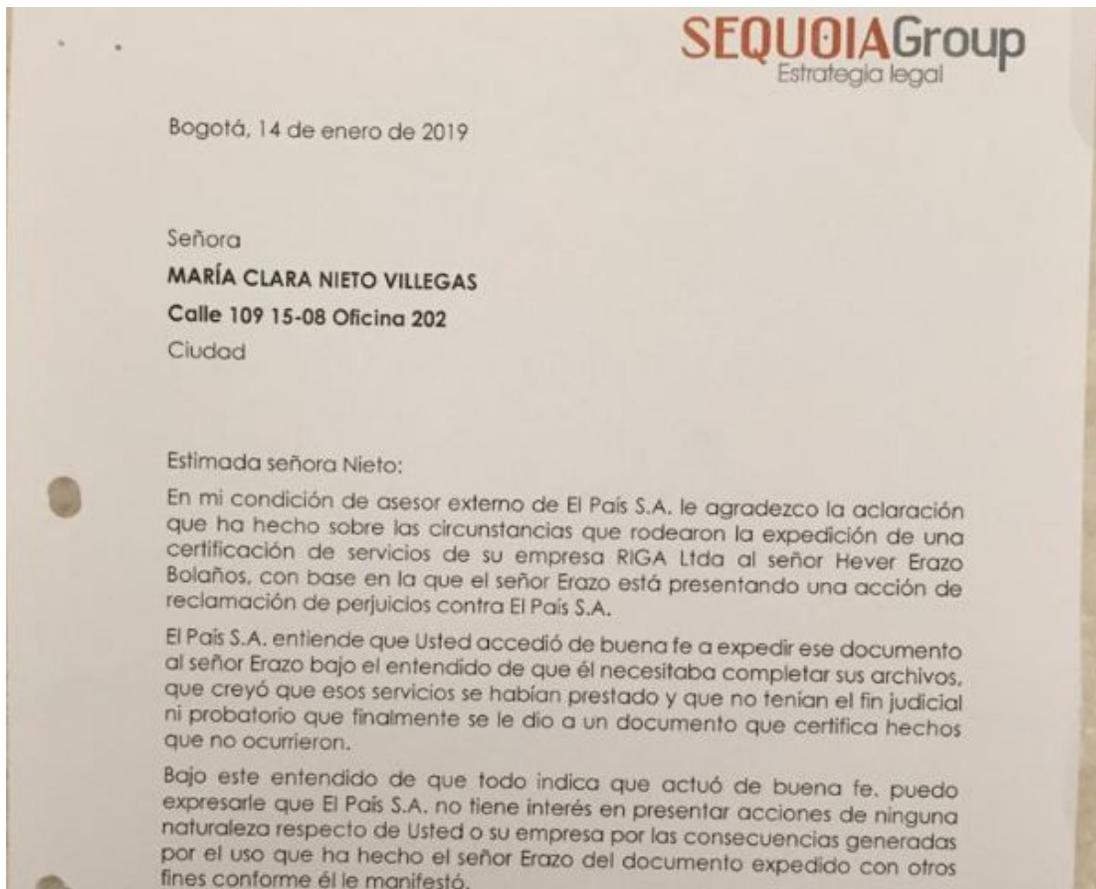
Así mismo este caso evidencia que, para inmortalizar una opinión contraria a la reputación del señor Hever Erazo, trascendió a tal nivel de gravedad, que actualmente existe una denuncia penal de radicado Número Único del Caso(NUC): 760016099165202055719 Noticia de investigación de la Fiscalía 48 especializada de la Fiscalía General de la Nación, instaurada por el Señor Hever Erazo Bolaños contra Maria Elvira de las Mercedes Dominguez Lloreda, Carolina escrucearía Clavijo, Maria Clara Nieto Villegas, por los presunto delitos de Falsedad en documento privado, falsedad en documento público, Falso testimonio, fraude procesal, injuria y calumnia, y otros que se puedan probar dentro de la etapa de investigación.

La misma Real Academia Española, complementa la definición, en los siguientes términos:

“2. f. Prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo.”

Dichas apreciaciones hacia mi poderdante fueron plenamente vulneradas por el Demandado, quién a través de uno de sus apoderados, notificó la intención de adelantar acciones legales en contra de los testigo llamados a comparecer en el caso, en los siguientes términos, a saber:

⁴ Acorde a pruebas que reposan en expediente virtual en Cuaderno 1 anexos de la demanda. Anexo 3.18 y 3.23 El Ministerio le otorgó una beca para protección y salvaguarda de archivos históricos del documental “Terremoto en Popayán 1983”.



Consecuentemente con esta carta, la testigo declaró a través de una declaración juramentada ante notario, documento que fue allegado al proceso por parte del Diario El País en la contestación de la demanda, en la que se califica así sobre la dignidad de mi apoderado:



RICARDO GALINDO. ES decir que para el año 1985 yo no era dueña. Considero que el señor HEVER ERAZO aprovechándose de mi edad (72 años de edad tenía cuando se acercó a pedirme la factura) y que estaba sola en mi casa; logró engañarme para que le expidiera una factura pero jamás llegué a pensar que la fuera a utilizar para demandar al PAIS S.A aún más cuando me dijo que era para su archivo personal y a título de favor. Obré de buena fe creyendo que le colaboraba alguien honesta. Por lo tanto deseo dentro de esta declaración dejar claro que no era mi intención que demandaran a el PAIS.S.A yo únicamente creí en la palabra de una persona falsa que logró engañarme haciéndome creer que necesitaba una factura para su archivo personal pero jamás imaginé que era para sacar provecho de ella.

No atendida con estas palabras, se despacha más detalladamente sobre las calificaciones a la honra de mi poderdante, en la carta de respuesta a un requerimiento de información por la entidad demandada, de la siguiente manera:

Así que ese señor Hever Erazo, es un tramposo y quiere sacarles plata a punta de mentiras y de facturas falsas, inventadas por él.

Nunca me imaginé que esa factura, sirviera para demandarlos !

No le envió ningún soporte, porque yo en el año 1985 NO era la DUEÑA

No me puedo explicar esa persona tan falsa y además tramposa !

Estoy verdaderamente aterrada !

Le envió una fotocopia de mi empresa, para que vea que yo soy dueña desde 1994

Reciba un cordial saludo,


María Clara Nieto
Gerente



Estas pruebas dan cuenta del requisito legal para demostrar atendida vulnerada y mancillar la reputación, honra y buen nombre de mi poderdante, a saber: *“para considerarse que estos derechos han sido vulnerados, el daño debe ser tangible.”*

Téngase en cuenta que estas difamaciones fueron gestadas producto del proceso judicial, lo cual indica plena relación con daños tangibles fruto de las infracciones cometidas por el Diario El País.

Así mismo, téngase en cuenta que con esta pruebas se pudo evidenciar que independientemente de que ninguno de los testigos pudo negar los servicios causados para el aporte de la obra Documental “Terremoto en Popayán 1983”, estos perdieron todo tipo de “Prestigio” o “estima” por mi poderdante, en la medida en que lo descalifican o desconocieron injustamente, por lo cual se haya probado la afectación a la dignidad *tangible* por el solo hecho de reclamar a una entidad de gran poder de persuasión o amedrentamiento.

En cuanto a la reputación profesional, el fallo de sentencia, desconoció las pruebas presentadas en el hecho 3.22. de la demanda que presenta la documentación de portales especializados en cine

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 10
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

(Universidad del Valle, frequency.com y periodicovirtual.com) que refieren al Diario El País Cali como titular de la obra que le pertenece por derecho de autor a el señor Hever Erazo Bolaños.

. Se probó que se violó el derecho moral de ineditud de mi poderdante

Lo anterior esta plenamente probado en la medida en que la sociedad demandada no pudo dar cuenta o intentó evadir la responsabilidad de sus fraudulentas actuaciones en el año 2008, a saber: Cómo sabía la existencia de la obra y su autor en un año en que era totalmente inédita, no había habido para ese momento intención por parte del autor de presentar al público, pero paralelo a esta voluntad fue sustraída de posesión de él y abusivamente publicó ante sus grandes medios de difusión digital.

Al respecto la sentencia desconoció, lo establecido en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 1915 del doce de julio de dos mil dieciocho (2018) que otorga el derecho a mi poderdante *“A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;”*

Por lo anterior, se concluye que no es justo que se tenga en cuenta la limitada posibilidad de negociación que tuvo el autor, al negociar una obra ya no inédita con Canal Capital, queda en el aire la pregunta: ¿Cuánto hubiera estado dispuesto a pagar por imágenes nunca antes vistas de un hecho histórico acontecido en el año 1983 y negociado en el 2013?

Lamentablemente el fallo de sentencia no ahondó en estas preguntas que aterrizan el caso a la realidad práctica confirma a una efectiva valoración de los efectos y daños causados para con base en ellos sentenciar una integral y justa materialización de justicia.

Se probó la Modificación de la obra por parte del suscrito, confesó por parte de la demandada y se reconoció por parte del fallo recurrido

Partiendo de la base que la sentencia se cita a Deloa Lipszyc, doctrinante especializada en la materia, para entrar a considerar que el derecho moral inalienable y fundamental de *modificación* refiere a la posibilidad del autor de ejercer actos sobre lo ya publicado y que le corresponde, erra la sentencia en interpretar que por tal hecho, solo se puede reclamar el abuso del mismo, en un entorno jurídico mediado por un contrato suscrito entre las partes; lo anterior desconoce lo que alude la misma autora en los siguiente términos:

“Estos derechos se enmarcan usualmente en una relación contractual, en la que el autor ha consentido la divulgación de su obra. Sin embargo, tales derechos puede ejercitarlos frente a su contratante a pesar del contrato suscrito.”

Cuando se hace referencia a la palabra *usualmente* refiere a que, como en toda regla, existen excepciones y una de ellas es precisamente la que estamos debatiendo en este caso: una responsabilidad extra-contractual, la cual es bien claro por el derecho, también, al igual que el contrato, genera obligaciones jurídicamente relevantes.

Entonces se concluye que, el hecho que haya sido abusiva y no en el marco de un contrato, no puede dejar de desconocer este derecho moral del autor de reclamar modificaciones de su obra prima.

por lo anterior, el fallo desconoce lo establecido en el numeral 2 del artículo 30 de la ley 15 Ley 1915 del doce de julio de dos mil dieciocho (2018) que otorga el derecho a mi poderdante:

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 11
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

“A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;”

Como se puede leer en la resolución de lo recurrido, la equivocada razón expuesta para negar la, probada y confesa, infracción los derecho morales de *paternidad, integridad, ineditud, modificación y retiro* del señor Hever Erazo Bolaños, al usar su documental titulado “Terremoto en Popayán 10983”, en los dos (2) videos “POPAYÁN: 25 AÑOS DESPUÉS DEL TERREMOTO” publicado en el año 2008 en su página web y su canal Youtube, es evidente que desconoce que:

La misma sentencia encuentra plenamente probado el vínculo directo que conduce a la efectiva individualización de responsabilidad directa adjudicable y vinculante directamente a la entidad demandada al reconocerse que la publicación abusiva del 2008 emanó del “*dominio del Diario El País*”

La misma sentencia haya plenamente probada la relación entre la publicación abusiva y la obra rogada a ser protegida y reconocida por la afectación causada, consistente en una Documental cinematográfico histórico y patrimonio cultural de la nación denominado “Terremoto en Popayán 1983” cuyo titular es Hever Erazo Bolaños, al cual abusivamente “se incluyó en los créditos un agradecimiento al demandante” en el año 2008.

La misma sentencia re-afirma, que se probó por medio de una confesión hecha por la representante legal al minuto 14:41:20, el nexo causal entre el daño cometido por el Diario El País en el año 2008 y la obra violentada, textualmente así: “indicó que la decisión de utilizar ese material fue de un redactor.” (A “ese material” se refiere específicamente al Documental cinematográfico histórico y patrimonio cultural de la nación denominado “Terremoto en Popayán 1983”, desconociendo:

i) Los requisitos de la confesión, Artículo 191 del Código General del Proceso

“La confesión requiere:

1. *Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*
2. *Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
3. *Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
4. *Que sea expresa, consciente y libre.*
5. *Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*
6. *Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.*

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.”

Sucintamente, en el caso en concreto, se cumple a cabalidad los requisitos precitados en la medida en que la confesión: fue declarada por la representante legal del diario El País en uso de sus facultades legales y sobre hechos que fueron plenamente probados y que producen consecuencias jurídicas adversas al confesante.

Así mismo, esta confesión recae sobre hechos respecto de los cuales la ley no exige otro medio de prueba y permite inferir razonadamente que la declaración debe entenderse por cierta, expresa, consciente y libre;

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 12
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

en tal sentido, la confesión debió ser suficiente para demostrar probado la pretensión que fue injustamente negada en el fallo.

ii) Sobre la confesión de Representante, Artículo 194 del Código General del Proceso

“El representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, podrá confesar mientras esté en el ejercicio de sus funciones.

La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación”.

En el caso en concreto, se reconoce plenamente que la doctora Carolina Escruceria Clavijo, representante legal de la sociedad demandada, Diario el País, confesó el hecho, de su pleno conocimiento, en sus propias palabras en el año 2008: *“la decisión de utilizar ese material la tomó un redactor”.*

iii) Lo que dice la Jurisprudencia relacionada al respecto:

- **Sobre la confesión como prueba calificada acorde a lo establecido en la Sentencia proferida por la SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA magistrado ponente AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO número referencia STC7097-2019**

“Cumple decir, que de conformidad con lo establecido en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, la confesión que es dable estudiar en la esfera casacional es la judicial, esto es, la que se hace ante un juez en el curso de un proceso, y que puede ser provocada, es decir aquella que recae sobre una de las partes en contienda, en virtud del interrogatorio que le practica su contraparte o el juez, con las formalidades establecidas en la ley; o la espontánea, que es la que se realiza en la demanda inaugural, su contestación o en cualquiera otro acto del proceso sin previo interrogatorio (CSJ SL, 31 may. 2011, rad. 36317).

Así pues, que sólo si de la verificación del interrogatorio de parte se concluye que existe verdaderamente una confesión, podrá constituirse como prueba calificada para la sede extraordinaria, como se indicó en la CSJ SL10756-2017”

- **Sobre la confesión como prueba acorde a lo establecido en la sentencia proferida por la SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA de magistrado ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ de número referencia STC16156-2019**

«Aquí hay un elemento probatorio que aquí hay que rescatar, un elemento probatorio y es: Es muy común que en los procesos de esta índole se (...) que le dijeron al asesor las patologías y el asesor del seguro no las consignó o le restó relevancia, o que nunca le preguntaron. Son dos situaciones diferentes, en la primera podría llegar eventualmente entrar a probarse la negligencia o culpa o hasta dolo inclusive, de un asesor de seguros que a una persona que le manifieste un estado de salud, y le haga aún así firmar una póliza en esas condiciones, no es fácil de probar, pero se ha probado y no hay pocos antecedentes hay varios, pero el simple hecho de algar yo firmé sin leer, esto es una negación de propia culpa y más si proviene de una persona que es capacitada, es una de docente, no es lo mismo de pronto de una persona que no lea, o que lea poco, con una primaria, que no tenga comprensión de sus actos, el deber más mínimo de prudencia, es leer lo que se firma, entonces y desde el punto de vista de las reglas probatorias es importante tener en cuenta que nadie puede hacer prueba de su propio dicho, la prueba que le favorezca, el interrogatorio, las manifestaciones de la parte en interrogatorio de oficio o de parte,

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 13
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

sólo tienen valor probatorio cuando son confesión, cuando es contrario, que ya no puede traer en una demanda, y decir que las cosas son de una manera, y que mi prueba sea la propia declaración en el proceso, eso me parece que es desfigurar el sentido de esta prueba, entonces la juez de primera instancia comete ese yerro ...».

La oposición a que haya sido negada la pretensión 2.1.1. se fundamenta plenamente en que, la motivación erró en su deber de apreciación integral de las pruebas, no solo en las presentadas en la demanda; al respecto el fallo de primera instancia desconoció contradictoriamente:

En primera medida, el nexo causal de la publicación fraudulenta del año 2008 y la obra violentada de titularidad de mi representado, la cual consiste claramente en la abusiva mención de agradecimiento por los créditos de la obra, al respecto, el fallo desconoció en este caso, la consecuencia lógica de su definición: “títulos de crédito”m. pl. Cinem. y TV. créditos (relación de personas que han intervenido en una película).”⁵

En el caso en concreto, la obra “Terremoto en Popayán 1983”, dirigida por mi poderdante, participó en la creación de la publicación realizada por el Diario El País, con la salvedad que el uso fue tan abusivo y contrario a la voluntad de su titular que se limitó a ser reconocido mediante agradecimientos no pedidos.

Así mismo, la sentencia erró en su deber de apreciación integral de la totalidad de pruebas de la infracción en el 2008, dado que desconoce sin justificación alguna, la confesión de la representante legal de la sociedad demandada, la doctora Carolina Escruceria Clavijo, declarada en dos oportunidades, una el marco legal del interrogatorio de parte practicado en el proceso, en el minuto 14:41:18:

- *“¿Quién autorizó la publicación del especial Popayán 25 años después del Terremoto, ¿Quién de las tres figuras lo autorizó?*
- *En ese caso, lamentablemente como estábamos en época de semana santa, la decisión de utilizar ese material la tomó un redactor.*
- *Y la siguiente pregunta que era en el mismo sentido es: ¿Quién autorizó la publicación Popayán 30 años después del terremoto que destruyó la ciudad en 18 segundos?*
- *Él mismo, sucedió lo mismo, eso fue en semana santa y la decisión la tomó un redactor”*

La segunda, que no fue tomada en cuenta en el fallo de primera instancia, refiere a la reclamación directa que realizó mi poderdante a la misma Representante Legal de la sociedad demanda la Señora Carolina escruceria Clavijo, acorde al audio que reposa en expediente electrónico en cuaderno 1, folio 218, denominado: “reclamación directa Hever + El País S.A., en la que declara:

“Bueno pues realmente los hechos son claros, los hechos son tal y como los plantean en la solicitud, pues El País tiene 33 años de labores, es un periodico serio, desafortunadamente pasan cosas como esta, porque hay redactores nuevos periodistas nuevos, especialmente en la parte digital, nosotros tenemos la plena disposición de conciliar si es posible, porque además este no es el escenario para entrar a ninguna clase de debates (inteligible) a las pretensiones económicas, porque realmente digamos ese es el asunto, yo se que hay una parte de ese resarcimiento de ese derecho moral, me queda claro, pero también hay una parte económicas que hay que empezar a mirar, a que aspira el señor Erazo”.

3.1.2.4. Por último, la misma sentencia reconoce “*Está probado también que el diario El País en efecto conmemoró el 30 y 31 de marzo de 2008 los 25 años del terremoto, como consta a folios 1 al 8 del*

⁵ Real Academia Española. ENLACE: <https://dle.rae.es/t%C3%ADtulo> Revisado el 26 de septiembre 2020.

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 14
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

cuaderno 3.” Lo cual explica la evasión que hizo el Diario El País al borrar de sus archivos y desconocer su abusiva obra.

Una vez fallado todo lo anterior, la sentencia desconoce injustamente lo reconocido contradiciéndose pues por una parte encuentra probada la infracción y utilización de la obra y concluye de manera equivocada que “no se puede inferir de manera necesaria que esta mención implique la utilización de las imágenes del documental “Terremoto en Popayán 1983””. Situación que no guarda coherencia.

Pues bien, se considera necesario hacer este rogado llamado al reconocimiento de la afectación causada en el año 2008, dado que demuestra que el demandado conocía desde 2008 la obra, la uso abusivamente y agradeció irónicamente sin reconocerle autoría ni autorización expresa.

Cabe resaltar que queda constancia de que, el suscrito agotó su rol procesal limitado para solicitar al despacho requerir con su plena autoridad judicial a GOOGLE para aportar acervo complementario y concluyente que evidencia la infracción del 2008; la sentencia desconoció que dicho material fue fraudulentamente desaparecido y desconocido por el Diario El País.

También, la sentencia erró en calificar como respuesta efectiva, a la negativa de GOOGLE de no cumplir una orden judicial, aduciendo infundadamente que prevalece su compleja burocracia privada y estructura multinacional ante los derechos morales de índole fundamental, en cabeza de la víctima que han sido de tajo desconocidos, a saber: *paternidad, integridad, ineditud, modificación y retiro* con su correspondiente, justa y merecida indemnización integral. Lamenta que el suscrito que el despacho, en este tema en particular, no haya agotado la última instancia para superar los injustificados obstáculos privados que lo alejan de una verdad procesal, concluyendo también merecer desconocer la inferencia razonada de las demás pruebas aportadas y confesadas.

Tan grave es esta afectación no reconocida en la sentencia que da paso, consecuentemente al desconocimiento de plano de la pretensión 3.7 de la demanda a saber:

3.7. El día treinta y uno (31) de Marzo de dos mil ocho (2008) el DEMANDADO, aprovechando el estado de vulnerabilidad padecido por el DEMANDANTE, adquirió fraudulentamente el documental TERREMOTO EN POPAYÁN (1983), y sin tener autorización expresa del DEMANDANTE: violó la paternidad, integridad, ineditud, modificó, reprodujo y comunicó públicamente, adjudicándose total autoría a través de su portal web www.elpais.com.co y canal de YOUTUBE EIPaisCali, llamado el plagio como: “POPAYÁN: 25 AÑOS DESPUÉS DEL TERREMOTO”.

Para dicha oportunidad procesal, se adjunto como medios de prueba que demostraban integralmente la infracción de 2008, se ubican en el ANEXO 3.7. consistente en dos (2) folios, carátula de producción de obra “POPAYÁN: 25 AÑOS DESPUÉS DEL TERREMOTO” y copia de los créditos de la obra donde agradecen a mi poderdante el uso abusivo de su obra “Terremoto en Popayán 1983”, publicado en el portal elpais.com.co. y el canal YouTube: [elpaiscali](https://www.youtube.com/channel/UCp1s1s1s1s1s1s1s1s1s1s1).

Empoderado de dichas pruebas, se pretende justificadamente:

2.1.1. Declarar que EL DEMANDANTE, en calidad de titular del derecho de autor, sufrió un daño antijurídico, cierto y directo, ocasionado por la violación de los derechos morales inmateriales de autor y patrimoniales materiales de autor sobre la obra documental audiovisual denominada TERREMOTO EN POPAYÁN (1983) cometidas por el DEMANDADO, desde el día treinta y uno (31) de Marzo de dos mil ocho (2008) reiterada hasta el día el día treinta (30) de marzo de dos mil

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 15
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

trece (2013) a través de la plataforma multimedia elpais.com.co y el canal de Youtube denominado: elpaiscali.

Por lo anterior y al haberse acreditado dentro del plenario con suficiencia la violación de la infracción de los derechos morales de integridad, ineditud, modificación, retracto y retiro se solicita al Ad Quem se declaren dichas infracciones y se proceda a cuantificarlas para proferir a su vez una condena sobre las acciones cometidas por la parte demandada en contra de mi representado.

3.3. El numeral tercero (4) de la parte resolutive de la Sentencia del 9 de septiembre de 2020 y en consecuencia que se declare probada la pretensión 2.2.6. correspondiente al daño emergente.

El Despacho resolvió

“Negar la pretensión 2.2.6 correspondiente al daño emergente alegado, de conformidad con lo expuesto en la presente decisión.”

Las razones expuestas fueron:

En cuanto al daño emergente, entendido, en palabras de la Corte Suprema de Justicia²³ como la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado;(...)”, el demandante alegó el detrimento patrimonial sufrido por no haber podido recuperar el monto invertido en la producción de la obra, debido a la depreciación causada por la alteración negativa de su formato original de cine super 8 a formato digital, lo que, de acuerdo a lo declarado en el interrogatorio de parte, vició la obra generando un rechazo por parte del empresariado para licenciarla.

Obsérvese como, el argumento en el que se afianza el detrimento patrimonial reclamado se endilga a la reproducción de la obra en el formato digital, dados los costos que invirtió en la producción al haberla realizado en formato cine Super 8 mm. Denotando esto que el cambio de formato de cine a digital depreció el valor del documental, lo que desincentivó su explotación comercial.

Ahora, de las pruebas aportadas en la demanda, se aprecia que las imágenes originalmente captadas en formato de cine Super 8mm, a voluntad del demandante fueron reproducidas en formatos DVD y Mini DVD. Así lo demuestra, la certificación del 2 de febrero de 2009 expedida por la Fundación Patrimonio Fílmico colombiano en el que se expresa haber recibido el rollo en formato Super 8 MM del “terremoto en Popayán”, “(...) en calidad de depósito con el fin de hacer limpieza, reparación y transfer a formatos DVD y MiniDVD”. Esto permite inferir que la reproducción de la obra al formato digital, contrario a lo afirmado en la demanda, no afectó negativamente su obra, sino que representó para él un beneficio, pues según lo declarado por la Fundación, a través de este formato se conservaría la obra.

Ahora bien, si la discusión se centra en el perjuicio patrimonial que sufrió el señor Erazo Bolaños por no haber podido obtener lo invertido en el documental, respecto del valor de esta inversión tenemos, por un lado, las certificaciones dadas por Sonofilms Corporation y Filmaciones Riga, de las que se demostró que lo allí declarado carece de algún respaldo contable y cuyos servicios desconocen haber prestado los representantes legales de estas empresas. Y por otro lado, la declaración extraproceso ante notaría, en la que el demandante describió y cuantificó unos supuestos gastos que, en palabras de su apoderado en los alegatos de conclusión “los tasó como a bien tuvo”, pues como se evidencia en el proceso, estos no cuentan con un respaldo probatorio.

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 16
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

De esto se concluye que no se demostró el valor que invirtió el demandante en la producción de su documental.

Adicionalmente, aunque quedó demostrado que El País reprodujo, a través del almacenamiento digital en un soporte electrónico, el documental “Terremoto en Popayán 1983”, no se puede concluir de manera lógica que el uso efectuado por la demandada haya sido un obstáculo determinante para desincentivar la comercialización de la obra, más aún, cuando se demostró haberla licenciado con posterioridad a la infracción. Así pues, no se puede construir de manera lógica la relación causal entre la conducta del demandado y el detrimento alegado. En consecuencia, al no existir tal nexo, no es posible imputar responsabilidad por este perjuicio y, en consecuencia, será negado.

3.3.2. Mi discrepancia

El despacho de manera equivocada y no congruente con su parte motiva desconoció que el formato original de la obra CINE SUPER 8 fue usada por primera vez abusivamente por el Diario El País en el año 2008, y por lo tanto este año debió ser tenido en cuenta por el Despacho para las condenas declarativas e indemnizatorias.

no es de recibo el argumento dado por el Ad quo que al ser la obra digitalizada por mi representado posterior a dicha fecha aminorada o es prueba suficiente para indicar que la parte demandada no cometió dicha infracción desde el año 2008, pues son dos hechos separados y que no desmerecen que la infracción pedida en el libelo demandatorio la cometió la parte demandada desde el año 2008.

Para el año 2008 el formato de la obra original no había sido digitalizado, ni voluntaria pero si abusivamente por la parte demandada, acorde a las pruebas que reposan en el expediente, lo cual fue desconocido en la sentencia en la medida en que mezcla los temas, para justificar el actual fraudulento de mutilar la obra a un mero corto multimedia.

En este caso es evidente que el DEMANDADO realizó divulgaciones no autorizadas a nivel mundial de partes de la obra TERREMOTO EN POPAYÁN (1983) a través de sus medios multimedia de difusión: canal YouTube: elpaiscali y su sitio comercial web www.elpais.com.co; declarándose autores de imágenes no autorizadas, al respecto cometió las siguientes conductas a la luz del Acuerdo descrito en **jurisprudencialmente en la Sentencia C-228 de 1995 DECISIÓN COMUNITARIA 351 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES**: *“Fijación: incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base que permita su percepción, reproducción o comunicación”.*

Con lo anterior se demuestra una vulneración a una obra cinematográfica, la cual se acopla a la definición que trae la decisión comunitaria:

“Obra audiovisual: toda creación mediante una serie de imágenes asociadas, o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier medio de comunicación de la imagen y de sonido, independiente de las características de soporte material que la contiene”.

Acorde a lo anterior se entiende plagiada, en este caso concreto, una obra audiovisual considerada a la luz del Acuerdo como creación intelectual que se expresa por medio de imágenes sonorizadas incorporadas que consta en soportes materiales que estaban destinados a ser mostradas o expuestas a través de medios de comunicación audiovisual.

La anterior, el Diario El País Cali transformó la obra original la cual fue creada integralmente con narración, orden cronológico y sonorización y la convirtió en un corto multimedia carente de fundamentación cinematográfica, desmembrando los intereses originarios del autor los cuales estaban intrínsecamente ligados a la integralidad de la obra para exposición a público en general.

El daño emergente, definido por el artículo 1614 del Código Civil, consiste en “*el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*”, norma que se aplica tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual^[1] siendo aplicable en el presente caso a “*todas las erogaciones o gastos que tuvieron que ser sufragados causa-efecto*”^[2] por la ocurrencia del siniestro, es decir deben indemnizarse todos los bienes económicos que salieron y saldrán del patrimonio económico de la víctima^[3]

Respecto del caso en concreto en donde el bien jurídico a valorar, es de carácter inmaterial, obra documental cinematográfica, la doctrina especializada ha determinado una contextualización a saber:

“Los juristas chilenos Rodríguez y Barros explican claramente que “El daño emergente constituye el detrimento patrimonial efectivo al tiempo de concretado el perjuicio que afecta a un sujeto determinado. El problema que se presenta al aplicar el daño emergente a los casos en que existe un perjuicio que afecte el derecho de autor, se relaciona con la necesidad de identificar elementos que permitan determinar cuál es el valor que constituye el daño emergente, en el caso que el perjuicio recaiga en un derecho patrimonial(Barros, 2006).

Enrique Barros logra una buena identificación de este conflicto. Este autor dice que, en los casos que se afecte a un derecho patrimonial, el daño emergente no se plantea de la misma forma que el perjuicio que se identifica en los bienes corporales. “Esto se debe a que la obra intelectual no pierde valor intrínseco por su abusiva utilización por un tercero.

La pérdida para el autor se puede producir, por ejemplo, cuando la divulgación imperfecta de la obra hace que su valor económico disminuya, como sería el caso de una obra musical que clandestinamente fuese difundida en una versión de técnica deplorable, que depreciara su valor económico”. (PEDRO JUAN MUNAR HUERTAS. (2015). LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, “ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y POSIBLES SOLUCIONES”. . CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS (CISJUC): Universidad Católica de Colombia)

Acorde a lo anterior, se deduce lógicamente que a la fecha no ha existido ganancia equitativa al monto invertido para su producción, dado que se depreció la obra al verse alterado negativamente su formato: de formato de cine super 8 a digital.

TIPO DE DAÑO	TÍTULO DE IMPUTACIÓN	SUSTENTO FÁCTICO	FUNDAM JURÍDICO	PRUEBAS ANEXOS	FÓRMULA DE TASACIÓN	VALOR M/CTE
PATRIMONIAL	DAÑO EMERGENTE	DETRIMENTO DE FORMATO CINE SUPER 8 A DIGITAL	5.2.1 + 5.2.4 + 5.2.5	3.2.1 + 3.2.2 + 3.3. + 3.4. + 3.13 + 3.24	(S) sumatoria de valor invertido - (G) ganancias producidas	88754441



$$(S) - (G) = \text{DAÑO EMERGENTE DETRIMENTO PATRIMONIAL}$$
$$\$94.754.441 - \$6.000.000 = \$88.754.441$$
$$\$88.754.441 = \text{DAÑO EMERGENTE DETRIMENTO PATRIMONIAL}$$

(S) sumatoria del valor invertido	Medio Probatorio Individual	VALOR M/CTE
Costo Producción	3.2.1 + 3.2.2	IPC 2018-07 = \$85.668.598
Costo FILMACIONES RIGA LTDA	3.4	\$5.000.000
Costo SONOFILMS CORPORATION	3.3	IPC 2018-07 = \$4.085.843
TOTAL (S) sumatoria del valor invertido		\$94.754.441

(G) ganancias producidas	Medio Probatorio Individual	VALOR M/CTE
Contrato Canal Capital de Reproducción	3.13	\$3.000.000
Licencia de uso para Transformación FOXTELECOLOMBIA	3.24	\$3.000.000
TOTAL (G) ganancias producidas		\$6.000.000

Por lo anterior queda demostrado que desde el año 2008 mi representado sufrió un daño emergente (así sea presente o futuro) consistente en los costos patrimoniales que debió asumir mi poderdante y que del nexo causal de la infracción cometida por la entidad demandada y que no fue desconocida por el Despacho, debe pagársele.

3.4. Numeral séptimo (7) parte resolutive de Sentencia 09 septiembre 2020 y en consecuencia que se declare probados y razonadamente tazados los daños causados por infracción contra derechos morales de integridad, ineditud, modificación y retiro.

El despacho resolvió:

“Condenar a la sociedad El País S.A., a pagar al demandante, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta providencia que corresponden a un valor de TRECE MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL CUARENTA Y CINCO PESOS (\$13.167.045), por concepto de perjuicio extrapatrimonial.”

Las razones expuestas fueron:



“Frente a los daños extrapatrimoniales, para el caso de los derechos morales, Pascual Martínez Espín señala en su obra titulada el daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual, editorial Tecnos, 1996 podemos afirmar que “el daño que puede derivar de la lesión de un derecho moral puede ser de carácter patrimonial o moral. (...) existirá un daño moral cuando la lesión de un derecho moral no tenga repercusiones sobre el patrimonio del autor”. Para el caso concreto el demandante alega que de la infracción de sus derechos morales se derivó un perjuicio extrapatrimonial.

Dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano, no existen parámetros normativos que permitan su determinación de manera objetiva. Sin embargo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁴ ha desarrollado reiteradamente la postura que es el juez el encargado de tasar el valor, no como un mero capricho, sino como una facultad fundada en unos criterios razonables, expresando que “según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto”.

En cuanto a la magnitud del daño, de las pruebas de la infracción, está acreditado que el video conmemorativo de los 30 años del terremoto fue publicado por El País en su portal en línea y en su canal de Youtube, que luego fue descargado por solicitud del demandante, esto acorde la notificación de la plataforma de Youtube. De acuerdo con la prueba aportada con la demanda a folio 150 del cuaderno 1, se aprecia que el video tuvo 1.138 vistas, lo que se traduce en que ese público en concreto no lo pudo reconocer como autor de las imágenes en movimiento allí utilizadas.

En cuanto a la incidencia del hecho en el señor Hever Erazo, este juzgador pudo constatar del interrogatorio, así como de su declaración escrita a folios 230 al 235 del cuaderno 3, que no es la sociedad demandada la única a quien considera responsable de lo que él llamo “manoseo de su obra”, pues presuntamente concurren una cadena de actores que la utilizaron sin su autorización.

Sin embargo, en su calidad de periodista expresó la molestia e indignación que le causó el hecho de que un medio de comunicación de tanto reconocimiento como El País cometiera ese error, más cuando en la decisión de escoger los materiales a publicar interviene el criterio de una serie de profesionales especializados que tienen una relación jerárquica previamente definida, tal como lo expresó en el interrogatorio de parte la representante de la sociedad demandada. Jerarquía que fue omitida justificada por “ser semana santa” al ser un redactor quien autorizó la publicación del video, tal como lo declaró la representante legal. Esto, sin cumplir con lo mínimo que es citar los nombres de los autores de los materiales que utilizan como lo reafirmó el periodista de la casa El País Santiago Cruz.

No obstante, el actuar de El País a través de su video conmemorativo de los 30 años del terremoto, no fue un obstáculo para que el trabajo documental del demandante fuera reconocido por otros como se observa que lo hizo Foxtelecolombia, ni lo desanimó en su querer de seguir aportando a la cultura como lo demuestra el informe rendido por la Oficina de Registro, en el que se observan diferentes obras literarias y fotográficas traducidos en proyectos culturales registrados y junto a estos, la remasterización que hizo del documental “Terremoto en Popayán” el 13 de febrero de 2018.

En virtud a esto, considera razonable este juzgador que la sociedad El País S.A., restablezca ante su público esa relación desconocida entre el señor Hever Erazo Bolaños y su documental “Terremoto en Popayán 1983”, se le ordenará a que dentro de los treinta (30) días siguientes a la

ejecutoria del presente fallo, reconozca en la versión en línea del periódico El País, en su sección "Multimedia/Videos" que varias imágenes en movimiento del terremoto de Popayán ocurrido en 1983, utilizadas en su audiovisual "Popayán, 30 años después del terremoto que destruyó la ciudad en 18 segundos", publicado el 30 y 31 de marzo de 2013, fueron tomadas del documental "Terremoto en Popayán 1983", sin la autorización de su titular el señor Hever Erazo Bolaños, quien es el director y productor de esta obra. Esta publicación deberá ocupar las mismas dimensiones que ocupó el video infractor, tal como se aprecia a folio 168 del cuaderno 1. Esta publicación deberá permanecer allí por dos (2) días.

De igual manera, acorde con lo pretendido, se ordenará a la sociedad El País S.A., abstenerse de utilizar el documental "Terremoto en Popayán 1983" de autoría del señor Hever Erazo Bolaños, o las imágenes contenidas en la obra, hasta tanto no obtenga la correspondiente autorización de su titular.

Adicional a lo anterior, estima este juzgador que junto a las medidas reparadoras debe reconocerse al demandante una compensación económica por el incumplimiento de la garantía más básica que tiene todo autor sobre su obra. El no mencionarlo como creador de las imágenes utilizadas fracturó injustificadamente el derecho del señor Hever Erazo, lo que causo un malestar justificado de este al verse suprimido como fuente creativa de lo que El País consideró útil para cumplir sus fines informativos; no obstante, la resiliencia demostrada por el demandante ante el hecho.

Por esta razón, dado que se demostró que la infracción al derecho moral generó de manera necesaria el desazón manifestado por el demandante, se ordenará a la sociedad El País S.A., a pagarle al señor Hever Erazo Bolaños, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicio extrapatrimonial, equivalentes a TRECE MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL CUARENTA Y CINCO PESOS (\$13.167.045)."

3.4.2. Mi discrepancia

El fallo de primera instancia desconoce la larga lista de derechos morales inalienables, imprescriptibles e inembargables le asiste a mi poderdante sobre su obra, la cual fue reconocida por el mismo fallo como "obra prima", injustificadamente interpreta la dura realidad comercial que deben vivir los artistas en Colombia, cuando ya pierde toda oportunidad de negociar una obra inédita histórica, creyendo el subsecretario que con los tres millones que le Dio Foxtelcolombia para poder transformar su obra, se puede dar por bien servido.

No obstante, el actuar de El País a través de su video conmemorativo de los 30 años del terremoto, no fue un obstáculo para que el trabajo documental del demandante fuera reconocido por otros como se observa que lo hizo Foxtelcolombia, ni lo desanimó en su querer de seguir aportando a la cultura como lo demuestra el informe rendido por la Oficina de Registro,

Sobre dicho aparte es injusto el valor de 13 millones dado que no logra reconocer años de esfuerzos y sacrificios para registrar las obras en la Dirección nacional de Derecho de Autor, y que la sentencia lo interprete como una bonanza y no como un afán por proteger lo violentado por grandes estructuras de poder económico y mediático como la demandada.

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 21
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

El fallo solo alude a la violación del derecho moral de paternidad, pero desconoce los de ineditud, integridad, modificación y retiro que claramente están reconocidos por la Ley 1915 del doce de julio de dos mil dieciocho (2018) que deroga los artículos 58 a 71 y 243 de la ley 23 de 1982, a saber:

Artículo 30º.- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

1. *Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley.*
2. *A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;*
3. *A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;*
4. *A modificarla, antes o después de su publicación;*
5. *A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiera sido previamente autorizada.*

Dado que se indicó en el primer acápite de este recurso los daños sufridos por mi poderdante por las infracciones de ineditud, retracto, modificación y retiro, se solicita al despacho de manera respetuosa modifique la condena de este numeral otorgando las cuantías indicadas en el libelo demandatorio, por ser correspondientes al verdadero daño extrapatrimonial que sufrió mi representado.

3.5. Numeral décimo (10) parte resolutive de Sentencia 09 septiembre 2020 y en consecuencia que se declare no probadas las excepciones de mérito 9 y 11 propuestas por demandado

EL Despacho resolvió:

“Declarar probadas las excepciones de mérito 9 y 11 propuestas.”

Las razones expuestas fueron:

“En cuanto al daño material alegado por el demandante, se advierte que el juramento estimatorio fue objetado en su oportunidad procesal por la contraparte, por lo cual no se tendrá dicho monto como prueba de la cuantificación del perjuicio y se valorarán las pruebas oportunamente allegadas para realizar su estudio.

En concreto, el demandante solicitó que se condene a la sociedad El País a reparar los perjuicios causados por cada uno de los derechos infringidos y a su vez reclamó un daño emergente por el detrimento patrimonial de la obra, derivado del cambio de formato, lo no le permitió al señor Erazo continuar con su explotación.

6.1.1 Sobre la reparación demandada

“Frente a la reparación alegada, se está reclamando unas sumas en concreto por la utilización no autorizada efectuada por El País. Para esto, el apoderado del actor arrojó varios documentos con la demanda, que reposan en el cuaderno 1, con los cuales pretende demostrar el perjuicio económico sufrido por el señor Erazo Bolaños.

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 22
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

Para esto aportó dos certificaciones expedidas por la empresas Sonofilms Corporation y Filmaciones Riga Ltda., visibles a folios 118 y 119. Adicionalmente aportó una declaración extra-proceso ante una notaría del señor Erazo de fecha 9 de enero de 2018, en el que declara los gastos y valores en los que incurrió en 1983 para la producción de su documental., visible a folios 54 al 55. Así también aportó el documento "Diagnóstico del Sector de Cine Documental Colombiano" del Centro Nacional de Consultoría y Proimagenes de 2011, a folios 56 al 117, y los contratos de licencia suscritos por el demandante con el Canal Capital y Foxtelcolombia a folio 143 y 197. Adjuntó el pantallazo, sin fecha, del canal de Youtube "elpaiscall" del video conmemorativo de los 30 años en el que se observa que este video tuvo 1,138 vistas al momento de la captura de la imagen, a folio 150. Y, por último, aportó copia de la propuesta cultural y de patrocinio que el señor Erazo presentó a la Alcaldía de Popayán el 23 de enero de 2013, a folio 133.

6.1.1.1 Ausencia de prueba del valor pretendido por la visualización del video conmemorativo de los 30 años en la plataforma Youtube

Referente al pantallazo del canal de Youtube, a folio 150, el demandante busca asimilar las vistas que allí registra que tuvo el video conmemorativo de los 30 años de El País, con las emisiones autorizadas al Canal Capital del documental. Argumentando que si este pagó por cada emisión \$1.500.000 entonces el País debe pagar por cada visualización el mismo valor.

Frente a esta interpretación, es necesario dilucidar que en Youtube se pueden comunicar obras al público en la modalidad de puesta a disposición, como ya se mencionó en párrafos anteriores. Este es un acto de explotación de la obra que permite al público acceder a ella en cualquier momento a través de internet. Esto es diferente a la emisión, que conforme a la Decisión Andina 351 de 1993, se define como "la difusión a distancia de sonidos o de imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación", que, en el sentido del artículo 40 ejusdem, "incluye la producción de señales portadoras de programas con destino a un satélite de radiodifusión o telecomunicación, ...". Es decir, emitir es la difusión que hace un organismo de radiodifusión de una obra a través de una señal, que permite su comunicación.

De lo anterior se concluye que, del razonamiento del apoderado del demandante de multiplicar conceptos no equiparables, no es posible derivar la cifra pretendida. Pero, si lo que pretendía era reclamar la ganancia que pudo obtener El País por la puesta a disposición del video conmemorativo, que según el peritaje que obra en el expediente "la cantidad de dinero que genera el canal, se mide por distintos factores, entre otros los siguientes: el número total de visitas que tiene un canal en particular, el porcentaje de visitas monetizadas, y (...) al precio medio del asunto publicitario que se inserta en los videos por cada 1.000 apariciones. Es decir (sic) este último factor es de carácter variable.", entonces, debió acreditar tales factores para reclamar una suma en concreto."

3.5.2. Mi discrepancia

Se pone de presente al Ad quem que sobre la objeción al juramento estimatorio aludido por el Diario El País, fue realizado mediante un dictamen pericial, del cual no se le dio traslado conforme lo establece el C.G.P. artículo 228 que determina que la contradicción del dictamen debe realizarse dentro del término del traslado del escrito con el cual haya sido aportado o en su defecto, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento.

	<h1>@CyberAbogado</h1>	VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 23
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

Para el caso que nos ocupa, este dictamen no fue aportado con la contestación de la demanda, sólo fue anunciado, por lo que una vez allegado por la parte demandada, no podía correrse traslado, como lo hizo el Despacho para la contradicción del mismo, pues debía hacerlo mediante auto el cual no fue proferido por el despacho sino que realizó el traslado del dictamen por medio de la fijación en lista, figura procesal que no es la contemplada en las normas procesales que rigen la materia de contradicción del dictamen pericial.

Por Consiguiente, téngase en cuenta que al no haberse podido ejercer el derecho fundamental de contradicción, está pendiente en estos momentos se resuelva el recurso de apelación sobre la contradicción del dictamen mediante el cual se objetó el juramento estimatorio y al no haber una decisión de fondo sobre esto, no es posible que el Juez de instancia tenga dicha objeción como base para negar las pretensiones.

Con el fin de demostrar que la estimación del juramento estimatorio fue correcta en el libelo demandatorio, dentro del expediente se allegó de manera oportuna las siguientes pruebas que no fueron tachadas de falsas por la parte demandada y que no fueron tenidas en cuenta por el Juez de instancia y que sustentan plenamente, junto con las presentadas en la demanda, que se acudió a expertos fuentes para estimar la estas pruebas son:

- A. copia de respuesta a derecho de petición de información enviada vía email y suscrita por la doctora Ximena Rojas, directora jurídica de FOX TELECOLOMBIA S.A. el veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018).
- B. grabación original de tres (3) llamadas sostenidas por **MARIA CLARA NIETO VILLEGAS** con el señor HEVER ERAZO BOLAÑOS de fechas de **NOVIEMBRE DE 2017, DICIEMBRE 2018 y ENERO 2018.**
- C. copia de declaración vía email enviada por el señor Hever Erazo Bolaños en la cual se pronuncia sobre este grave hecho expuesto.
- D. copia de declaración manifestada por mi poderdante sobre la evidente relación con el Director cinematográfico Jairo Pinilla, y registros fotográficos de su trabajo conjunto, lo cual demuestran que el certificado expedido por Sonofilms Corporation, da cuenta de un servicio prestado ineludible y dado la fecha pasada de su realización se valoró el costo a precios comunes y justos acorde a la indexación de fecha presente.
- E. copia de artículo especializado de IMDb sobre la biografía de jairo Pinilla LINK https://www.imdb.com/name/nm0684300/bio?ref_=nm_ov_bio_sm
- F. copia de artículo titulado LA VENGANZA DE JAIRO PINILLA, publicado en el DIARIO EL ESPECTADOR de lunes ocho (8) de julio de 2019 escrito por Laura Camila Arévalo Domínguez - Twitter: @lauracamilaad <https://www.elespectador.com/noticias/noticias-de-cultura/la-venganza-de-jairo-pinilla-articulo-844012>
- G. copia de artículo titulado LA MIRADA DE JAIRO PINILLA, publicado en el SEÑALCOLOMBIA.COM.CO de veintitres (23) de abril de 2018 escrito por Gabriel González Rodríguez <https://www.senalcolombia.tv/general/asi-es-el-cine-de-jairo-pinilla>
- H. copia de artículo titulado JAIRO PINILLA: EL PADRE DEL CINE DE TERROR COLOMBIANO, publicado en el LAS DOS ORILLAS, del treinta (30) de octubre de 2016 escrito por Iván Gallo <https://www.las2orillas.co/jairo-pinilla-peor-director-del-cine-colombiano/>
- I. copia de publicaciones en canal oficial twitter de la Fundación Patrimonio Filmico de Colombia @patfilmcolombia LINKS: Jairo Pinilla recibió en los PremiosMacondo2017 el Premio Macondo de Honor, catalogado por críticos y amantes del cine como pionero de cine de terror <https://twitter.com/patfilmcolombia/status/941674605709791232> y Ambienta tu noche de Halloween con el Funeral Siniestro del padre del terror colombiano Ja <https://twitter.com/patfilmcolombia/status/793236825670385664>

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 24
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

- J. copia de video de presentación de premio honorífico a Jairo Pinilla recibió el reconocimiento a Toda una Vida en el cine Premios Macondo
- K. copia de video de presentación de premio honorífico a Jairo Pinilla recibió el reconocimiento a Toda una Vida en el cine Premios Macondo
- L. USB con Documental llamado Género Pinilla, Dirección: Leidy Tatiana Rojas Hernández. Género: Documental. Duración: 23'16"
- M. USB con el Documental llamado Jairo Pinilla el monstruo del cine que resucita del olvido por una película 3d, Producción Nicolas Herrera Rodgers Cuatro Caminos . Duración: 12'45"
- N. USB con el Documental llamado Jairo Pinilla el terror que produce jairo pinilla, Producción En ORBITA <http://enorbita.tv/pinilla> . Duración: 2'51"
- O. USB extractos de obras de autoría de Jairo Pinilla que han sido transformadas en GIF. "Convulsión, tres cuartos, gif, moribunda" INSTANT PLAY.
- P. USB especial multimedia llamado: Espere el documental sobre Terremoto en Popayán, publicado el treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) en el canal de YOUTUBE: CANALCAPITALBOGOTA y en su portal web <http://www.canalcapital.gov.co/> llegando a alcanzar al día de hoy 2,357 reproducciones.
- Q. ocho capturas de pantalla, tomada por la propia víctima, de fecha de catorce (14) de abril de dos mil catorce (2014), en dos contenidos MULTIMEDIA titulados: "POPAYÁN: 25 años después del terremoto" en 31 de marzo de 2008, y "POPAYÁN 30 AÑOS DESPUÉS DEL TERREMOTO QUE DESTRUYÓ LA CIUDAD EN 18 SEGUNDOS" en el año de 2013, directamente desde el canal de YOUTUBE: ELPAISCALI y en su portal web <http://www.ELPAIS.COM.CO> llegando a alcanzar 1138 reproducciones registradas.⁶
- R. USB, Entrevista del ocho (8) de marzo de dos mil diecinueve (2019) al Doctor Juan Carlos Monroy en el marco de la cátedra de Propiedad Incorporal en el Ciberespacio, de la Maestría de Derecho Informático de la Universidad Externado de Colombia.⁷
- S. copia de hoja de vida que acredita al doctor Juan Carlos Monroy como experto doctrinante especializado en el tema de Propiedad incorporal en el ciberespacio, de la Universidad Externado de Colombia.

las anteriores pruebas no tenidas en cuenta por el fallo de sentencia recurrida, demuestran plenamente que:

- **CANAL CAPITAL y EL PAÍS S.A. son modelos periodísticos similares:**

Para sustentar tal afirmación, me permito dejar constancia que la única diferencia que le asiste a Canal Capital VS EL PAÍS S.A., en el caso concreto, es que el primero obtuvo legalmente autorización de uso de reproducción y el segundo uso fraudulento sin autorización.

Con esa única excepción pasaré a demostrar que respecto de lo demás, estos modelos periodísticos son similares y son plenamente equiparables en el caso concreto de la licencia suscrita y aportada como prueba cuantificadora de valor de lo dejado de percibir como remuneración por la reproducción de la obra Terremoto en Popayán 1983 en el canal YOUTUBE, a saber:

4.2.1. CANAL CAPITAL y EL PAÍS S.A., son medios de comunicación con proyección institucional definida por categoría regional, una de la ciudad de Bogotá y la otra de la ciudad de Calí respectivamente; así

⁶ ANEXOS (3.7) (3.14.2.) Registros fotográficos de la infracción, documentadas por la víctima a través de capturas de pantalla directamente de portal YOUTUBE.

⁷ Advertencia: Cualquier diferencia entre transcripción y audio, debe interpretarse como error humano involuntario y se debe remitir exclusivamente a audio original.

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 25
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

mismo, ambos son medios de comunicación que ostentan, dada sus respectivas trayectorias, reconocimiento a nivel nacional.

4.2.2. CANAL CAPITAL y EL PAÍS S.A., sin importar sus formatos, TV o Publicaciones Periódicas respectivamente, son medios de comunicación que se propusieron adaptar a los retos de la sociedad del conocimiento a través de un MISMO MODELO DE NEGOCIO: Monetización de contenidos multimedia a través del MEDIO DE COMUNICACIÓN Canal de alcance mundial YOUTUBE.

4.2.3. CANAL CAPITAL y EL PAÍS S.A., son dos medios de comunicación que han suscrito, previo a esta demanda, licencias de reproducción de contenidos multimedia con terceros 3°s productores de contenido, con el fin de promoción de sus respectivos canales de YOUTUBE. Prueba de ello la tenemos en los contratos de licencia suscritos y remunerados por EL PAÍS S.A. con productoras de renombre como NEW YORK TIMES y Agencia EFE. específicamente se suscribe acuerdo de uso de contenidos MULTIMEDIA. Folios de copias de licencias remuneradas allegadas en la contestación de la demanda⁸

4.2.4. CANAL CAPITAL y EL PAÍS S.A., son dos medios de comunicación que ven, con gran acierto, interés en contenidos multimedia que traten temas de conmemoraciones de fechas históricas de relevancia social como una oportunidad indiscutible de monetizar sus marcas, productos o servicios particulares a través del canal YOUTUBE.

4.2.5. CANAL CAPITAL y EL PAÍS S.A. tienen conocimiento, el primero en 2014 y el segundo desde 2008, que para el caso concreto del Terremoto de Popayán, existía una inédita obra Documental cinematográfica que retrató integralmente dicho acontecimiento histórico Colombiano.

4.2.6. CANAL CAPITAL y EL PAÍS S.A., son dos medios de comunicación que reprodujeron, comunicaron públicamente y transformaron entre otras, la misma obra cinematográfica Documental Terremoto en Popayán 1983 en un formato MULTIMEDIA en un canal de YOUTUBE.

⁸ Folios 114 - 120 anexos de contestación de la demanda, presentados por EL PAIS S.A.



Décimo sexto prueba que allego ante traslado ordenado por su despacho, En USB especial multimedia llamado: Espere el documental sobre Terremoto en Popayán, publicado el treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) en el canal de YOUTUBE: CANALCAPITALBOGOTA y en su portal web <http://www.canalcapital.gov.co/> llegando a alcanzar al día de hoy 2,357 reproducciones.

Décimo séptimo prueba que allego ante traslado ordenado por su despacho, En un folio (1), ocho capturas de pantalla, tomada por la propia víctima, de fecha de catorce (14) de abril de dos mil catorce (2014), en dos contenidos MULTIMEDIA titulados: "POPAYÁN: 25 años después del terremoto" en 31 de marzo de 2008, y "POPAYÁN 30 AÑOS DESPUÉS DEL TERREMOTO QUE DESTRUYÓ LA CIUDAD EN 18 SEGUNDOS" en el año de 2013, directamente desde el canal de YOUTUBE: ELPAISCALI y en su portal web <http://www.ELPAIS.COM.CO> llegando a alcanzar 1138 reproducciones registradas.⁹

4.2.7. CANAL CAPITAL y EL PAÍS S.A., son dos medios de comunicación que publicaron sus respectivos especiales multimedia con fines conmemorativo, años después de la fecha de acontecimiento histórico, del fatídico terremoto en Popayán de 1983.

- **DOCTRINA ESPECIALIZADA DEFINE DOCUMENTAL TERREMOTO EN POPAYÁN = "OBRA DE OBRAS" = OBRA CINEMATOGRAFICA COMPUESTA¹⁰**

A continuación presentaré la posición doctrinal del abogado experto, quien en el pasado fungió como Director de la Dirección Nacional de Derechos de Autor y quien, en el caso que nos convoca, es llamado como testigo experto por parte de EL PAÍS S.A. el Doctor Juan Carlos Monroy, quien en síntesis reconoce,

⁹ ANEXOS (3.7) (3.14.2.) Registros fotográficos de la infracción, documentadas por la víctima a través de capturas de pantalla directamente de portal YOUTUBE.

¹⁰ Dr. Juan Carlos Monroy. Profesor de la Propiedad Inmaterial en el CyberEspacio. Maestría de Derecho Informático. Universidad Externado de Colombia.



en el marco de la maestría de derecho informático de la Universidad Externado de Colombia que: i) la obra cinematográfica es compuesta y protegible por el derecho de autor, ii) El derecho de autor protege aquellos casos de transformación de una obra cinematográfica a formato multimedia sin consentimiento del titular de la obra. iii) El por que, en este caso, no aplica limitación y excepción de hecho noticioso, debido a que los especiales demandados son fraudulentamente publicados años después de acontecido el hecho noticioso, iv) el supra requisito que es reconocer los derechos morales de autor de una obra y no perjudicar en la normal explotación de la misma a su titular, v) la publicación no autorizada en YOUTUBE da pie a la justa reclamación de perjuicios y se puede probar mediante una licencia de la misma naturaleza, como lo es en el caso concreto la del CANAL CAPITAL.

USB, Entrevista del ocho (8) de marzo de dos mil diecinueve (2019) al Doctor Juan Carlos Monroy en el marco de la cátedra de Propiedad Incorporal en el Ciberespacio, de la Maestría de Derecho Informático de la Universidad Externado de Colombia.¹¹

copia de hoja de vida que acredita al doctor Juan Carlos Monroy como experto doctrinante especializado en el tema de Propiedad incorporal en el ciberespacio, de la Universidad Externado de Colombia.

En el caso particular, la obra cinematográfica compuesta Documental Terremoto en Popayán, cuenta con las pruebas suficientes para demostrar, cuánto más, estos aportes constitutivos, a saber:

DIRECTOR	Hever Erazo Bolaños	HOJA DE VIDA ANEXO DEMANDA FOLIOS DEL (36 AL 56 de la demanda)
Guión	Hever Erazo Bolaños	HOJA DE VIDA ANEXO DEMANDA FOLIOS DEL (36 AL 56 de la demanda)
Narración	Heitmar Pachelli	HEITMAR PACHELLI @HEITMAR1 Del eje cafetero, guionista de cine, locutor documentales. jefe de relaciones Forty Nine Bogotá Bogotá Colombia Se unió en abril de 2015 Cel. 311 216 39 34 https://twitter.com/HEITMAR1
Fotografía	Hever Erazo Bolaños	HOJA DE VIDA ANEXO DEMANDA FOLIOS DEL (36 AL 56 de la demanda)
Escenografía	Hever Erazo Bolaños	HOJA DE VIDA ANEXO DEMANDA FOLIOS DEL (36 AL 56 de la demanda)
Grabación en VOZ en OFF de locutor en cinta de ¼ (duración 50 minutos)	Jairo Pinilla Sonofilms Corporation	Jairo Pinilla Director de cine de terror y suspenso, Ganador de Premio de Honor #PremiosMacondo2017: Pionero de cine de terror y suspenso de Colombia. https://twitter.com/patfilmcolombia/status/941674605709791232
Montaje y sonorización	Jairo Pinilla Sonofilms Corporation	

¹¹ Advertencia: Cualquier diferencia entre transcripción y audio, debe interpretarse como error humano involuntario y se debe remitir exclusivamente a audio original.

en formato de cinta de ¼ (duración 50 minutos)		https://www.youtube.com/watch?v=nVMvOKro7Jk
Sincronización en moviola de la musicalización y narración correspondiente al Audio del Video en formato master VHS (duración 50 minutos)	Jairo Pinilla Sonofilms Corporation	https://www.imdb.com/name/nm0684300/bio?ref_=nm_ov_bio_sm
Cámara	Hever Erazo Bolaños	HOJA DE VIDA ANEXO DEMANDA FOLIOS DEL (36 AL 56 de la demanda)

Como conclusión pido se reconozca la estima la cuantía en los siguientes términos presentados en la demanda, a saber:

De conformidad con lo señalado existieron más que sendas pruebas para demostrar que los derechos morales afectados se deben cuantificar en mucho más de lo que el Juez de primera instancia indicó, pues al no valorarse todas las pruebas de manera correcta no se tuvo en cuenta que la cuantificación correcta es la establecida en el libelo demandatorio.

3.6.1. EL Despacho resolvió:

“Declarar probadas las excepciones de mérito 9 y 11 propuestas.”

Las razones expuestas fueron:

“El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, Así las cosas, este Despacho condenará en este concepto a la sociedad El País S.A., identificada con NIT 890301752-1.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado por el artículo 05 del Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y considerando criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijar como monto de estas el 5% de lo concedido, es decir OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$858.175).

En mérito de lo expuesto, el Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Carlos Andrés Corredor Blanco, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

3.6.2. Mi discrepancia

		VERSIÓN: 8.1.
		CÓDIGO: SD_DNDA_C8
		Página N° 29
REF: Recurso de Apelación de Sentencia del 9 de septiembre de 2020 RAD N°: 2018-71488		

Las agencias en derecho están llamadas a reconocer la sumatoria de actividad procesal, económica y profesional desplegada la parte no corresponde a lo valorado por el fallo de sentencia requerida; acorde a las reglas establecidas en el artículo 366 del código general del proceso a saber:

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Por lo anterior y dado las gestiones en las que tuvo que incurrir y que se encuentran acreditados en el proceso, se solicita se modifique la cuantía de las agencias en derecho otorgadas por el Ad Quo.

Para efectos de notificación, me permito actualizar mis datos así:

Correo electrónico: cyberabogado8@gmail.com
Teléfonos: 7584097- 3015010672

Respetuosamente,



DANIEL RÍOS SARMIENTO
C.C. No. 1.018.415.407 de Bogotá
T.P. No. 256.409 del C.Sup

HONORABLE SEÑOR MAGISTRADO
MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
SALA CIVIL DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
E. S. D.

11001310301620140009001
Radicación: 2014 – 0090 (J. Origen 16 Ccto)
REF: **VERBAL DE MAYOR CUANTÍA** (Ordinario)
Demandante: LEONIDAS LARA OSPINA
Demandada: BANCO **BBVA COLOMBIA S. A.** (antes
BBVA BANCO GANADERO S. A.) y
CIGPF CREAR PAIS LTDA.

JESÚS HERNANDO BONILLA GUZMÁN, mayor, domiciliado en Bogotá, abogado en ejercicio, identificado al pie de mi firma, apoderado del **DEMANDANTE LEONIDAS LARA OSPINA** mayor, domiciliado en Bogotá, identificado con C. C. No. 17'019.884 de Bogotá, en el proceso de la referencia, respetuosamente al Honorable Señor Magistrado **MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ** manifiesto que estando dentro del término de ley de los tres (3) días que concede el artículo 331 de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012 o Código General del Proceso, interpongo recurso de **SÚPLICA**, en contra de su auto de fecha 12 de octubre de 2021 notificado por Estado del día 13 del mismo mes y año (el lunes 18 fue festivo) por medio del cual **“EL TRIBUNAL MANTIENE EL AUTO RECURRIDO”** referente a que mediante auto de fecha 22 de septiembre de 2021 **DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia”

SUSTENTO DE LA SÚPLICA

Mediante auto del 22 de septiembre de 2021, su Despacho **DECLARÓ DESIERTO EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en tiempo contra la sentencia de primera instancia que el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá dictó el 17 de febrero de 2021.

Su mismo despacho mediante auto del once (11) de agosto de 2021, dispuso: **“Se admite el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia del 17 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado 49 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia. Oportunamente, retorne el proceso al Despacho”** (Comillas y subraya, copiado textual).

Mi reclamo es que dicho auto del once (11) de agosto de 2021 no fue emitido conforme lo ordena ley, pues repito lo que expuse al impetrar la reposición, referente a que en el proceso con radicado 11001310302920190059901 que por **APELACIÓN** también se tramita en la misma Sala Civil del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que está conociendo la Honorable Señora

Magistrada **ADRIANA AYALA PULGARIN** mediante auto del cinco (05) de marzo de 2021, notificado en estado del ocho (08) del mismo mes y año y que aparece en el folio 125 de la publicación de providencias de esa fecha, dispuso: **“En los términos de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 se admiten los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia del 20 de noviembre de la misma anualidad, proferida por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, D. C. En el evento de que no se solicite el decreto de pruebas, ejecutoriado este proveído los recurrentes deberán sustentar su alzada a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, so pena que se declaren desiertas las mismas. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. FIRMADO POR ADRIANA AYALA PULGARIN Magistrada”**. (Comillas y subraya, también copiado textual)

Es decir que su auto del once (11) de agosto de 2021 no es tan claro y exacto como debería ser, o sea, no está conforme lo ordena la ley. Porque es que esa parte que dice **“Oportunamente, retorne el proceso al Despacho”** todo el mundo la interpretamos en que ejecutoriado este auto de la forma como está redactado, el proceso entra de nuevo al Despacho para salir corriendo traslado al apelante para que ahí sí, sustente el recurso de apelación y no para que le declare desierto el recurso.

Esto es lo que le ha pasado a muchos litigantes cuando un auto que se dicta no apegado a la ley, se presta para diversas interpretaciones, se presta para confusión, pues allí no se habla de correr términos para sustentar recursos, ni tampoco se menciona el Decreto 806 de 2020. Porque si vemos el otro auto que traigo a colación de la Honorable Señora Magistrada **Adriana Ayala Pulgarín**, **ESTE SI ES MUY PRECISO** y dice: **“ejecutoriado este proveído los recurrentes deberán sustentar su alzada a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, so pena que se declaren desiertas las mismas”**

Por ninguna parte dice, **“Oportunamente, retorne el proceso al Despacho”**.

Entonces, de conformidad con el artículo 332 de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012 o Código General del Proceso, Honorable Señor Magistrado que le sigue en turno al Honorable Señor Magistrado **MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ**, con todo mi respeto le solicito que analice esta **SÚPLICA** tal y como se lo dije al anterior Honorable Señor Magistrado **ALVAREZ**, que me entienda cuales fueron las razones por las cuales yo entre en la confusión, que hizo que el suscrito esperara el otro auto que me correría traslado para sustentar por escrito la apelación.

Por lo expuesto anteriormente, le solicito al Honorable Señor Magistrado que le sigue en turno al Honorable Señor Magistrado **ALVAREZ**, que en aplicación del principio legal de que **“LOS AUTOS ILEGALES NO ATAN NI AL JUEZ NI A LAS PARTES”** **REVOQUE** en su **TOTALIDAD** el auto de fecha 22 de septiembre de 2021 y en su lugar **DISPONGA** mediante nuevo auto **“CORRER TRASLADO PARA SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN”**

Como lo dije en mi recurso anterior, nada impide darle la razón a alguien cuando claramente se ve, que ante una situación tan concreta como lo es tramitar un recurso de apelación, **DOS (2) DESPACHOS** de la misma Sala Civil **EMITEN AUTOS TAN DIFERENTES**, y que por ello, ese **“Oportunamente, retorne el proceso al Despacho”**, lo induce a uno en error, lo cual nuevamente solicito, que

en garantía del debido proceso a las partes (especialmente a quien le fue adversa la sentencia de primera instancia), sea corregido con este recurso de súplica.

Del Honorable Señor Magistrado, con todo respeto, atentamente,

A handwritten signature in black ink on a white rectangular background. The signature is stylized and appears to read 'Jesus Bonilla'.

JESUS HERNANDO BONILLA GUZMAN
C. C. No. 19'330.163 de Bogotá
T. P. No. 66.515 del C. S. J.
Apoderado Actor

CARRERA 9ª No. 13 – 36 (antes 14 – 36) Of. 201, Edificio Colombia, de Bogotá D. C.
Celular 316 – 829 89 66 -- hernandbonillag@hotmail.com

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
Magistrado Ponente Dr. José Alfonso Isaza Dávila.
Ciudad

Rad: 11001310302920190047802

Proceso: Demanda Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual de mayor cuantía.

Demandantes: CLAUDIA VICTORIA PEÑA Y OTROS.

Demandados: DUSTER DETAILING S.A.S. Y OTROS.

Asunto: **Sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia**

NICOLÁS GARZÓN LÓPEZ, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado judicial de los demandantes, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 14 del decreto 806 de 2020, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 322 y siguientes del Código General del Proceso, concurro oportunamente a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, proferida el 11 de mayo de 2021 y notificada en estado del día 12 del mismo mes y año, teniendo en consideración los reparos concretos que fueron formulados ante el *a quo* respecto de la decisión.

OPORTUNIDAD PARA LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante auto de 30 de septiembre de 2021, notificado en estado del 6 de octubre del mismo año, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de primera instancia y se corrió traslado para la sustentación de este por el término de cinco días, los cuales vencerían el próximo **13 de octubre de 2021**, razón por la cual me encuentro dentro del término legal para el cumplimiento de la carga impuesta.

SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS CONCRETOS CONTRA LA PROVIDENCIA

1. IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA OFICIOSA DE AUSENCIA DE SOLIDARIDAD EN LA CONDENA IMPUESTA – INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2344, 2350 Y 2355 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO DEL CASO EN CUESTIÓN.

En la parte resolutive el despacho declaró en el numeral primero y de manera oficiosa la prosperidad de la excepción de mérito denominada “***inexistencia de solidaridad por pasiva***”.

De acuerdo con la parte motiva, consideró el despacho que “[n]o obstante lo anterior y como quiera que estas excepciones resultaron no probadas, tal como se dispondrá, ello no es óbice para que de manera oficiosa se declare la inexistencia de la solidaridad por pasiva al amparo del artículo 282 del Código General del Proceso en armonía con lo previsto en el art. 2344 del Código Civil, lo que apareja como consecuencia, que cada demandado responda en partes iguales a la condena que más delante se impondrá.”

Esta determinación se fundamentó en la providencia apelada, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2344 del Código Civil, en el cual se establece lo siguiente:

*“Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, **salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355.** (...)”* (Resaltado nuestro)

Sin embargo, resulta fundamental traer a colación lo que señalan expresamente los artículos 2350 y 2355 del Código Civil, de manera que se pueda interpretar la excepción a que hacen referencia las normas en mención, para concluir tempranamente que no se aplican al caso concreto.

Establece el artículo 2350 del Código Civil lo siguiente:

“El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

*Si el edificio **perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.***” (Resaltado nuestro)

Es clara la norma, que la excepción a la solidaridad contemplada en el 2344 del C.C. se aplica ÚNICAMENTE cuando el EDIFICIO PERTENECE A DOS O MÁS PERSONAS PRO-INDIVISO, caso en el cual, la indemnización debe dividirse a prorrata de su cuota respectiva.

En el caso concreto, esta excepción no sería aplicable, por cuanto el derecho real de dominio del inmueble se encuentra en cabeza EXCLUSIVAMENTE de REPRESENTACIONES CINCO S S.A., es decir una sola persona jurídica.

Ahora bien, establece el artículo 2355 del Código Civil lo siguiente:

*“El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, **es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas,** a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola. (...)”* (Resaltado nuestro)

Con base en la norma en mención concluyó la providencia que: *“Luego, entonces, lógico es sostener, que Cristian Camilo Salazar Rincón como propietario del establecimiento Duster Detailing para el 27 de julio de 2016, debe entenderse como “aquellas personas que habitan el inmueble” pues desarrollaba su objeto social en el mismo, al prestar un servicio de lavadero de vehículos al público, de suerte que, aún si se hace a un lado la solidaridad de todas maneras, tendría sobre sus hombros la carga de responder motu proprio por los perjuicios causados.”*

Señala más adelante la providencia lo siguiente:

“Ahora bien, es cierto que para la fecha en que acaeció el accidente funcionaba únicamente el establecimiento de comercio Duster Detailing de propiedad de Christian Camilo Salazar Rincón según se desprende del certificado emanado por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 32 a 33 Cuaderno 1), luego en principio, no sería dable emitir condena en contra de la sociedad Duster Detailing S.A.S., por cuanto su creación data del 5 de mayo 2017 (fls 34 a 35 ibídem), sin embargo, como el establecimiento de comercio pasó a ser un activo de la esta última sociedad, cuyo representante legal y socio es el propio Christian Camilo Salazar Rincón, no se puede desligar de la responsabilidad como propietario del establecimiento de comercio y tampoco la sociedad Duster Detailing (sic) en tanto, la custodia del establecimiento sigue en cabeza del señor Salazar Rincón pero ahora bajo el ropaje de una sociedad por acciones simplificadas, de suyo pues, la mencionada sociedad también debe ser pasible de condena.” (Resultado nuestro)

Adecuadamente la sentencia reconoció que la figura jurídica que utilizó el demandado Cristian Camilo Salazar Rincón para transferir la propiedad del establecimiento de comercio Duster Detailing con Matrícula Mercantil No. 02071395 a la sociedad Duster Detailing S.A.S. no podría desligar de responsabilidad a esta última entidad, a pesar de haber sido constituida con posterioridad a los hechos objeto de debate. En efecto, incluso la normativa contenida en los artículos 528 y 529¹ del Código de Comercio establece una responsabilidad solidaria entre el enajenante y el adquirente del establecimiento de comercio, que, en este caso, se concretó en un cambio de persona natural a jurídica, pues están las dos en cabeza del demandado Cristian Camilo Salazar Rincón.

Ahora bien, la discusión surge al momento de interpretar el artículo 2355 del Código Civil, respecto de la responsabilidad en cabeza de Cristian Camilo

¹ ARTÍCULO 528. <RESPONSABILIDAD DEL ENAJENANTE Y ADQUIRENTE - RESPONSABILIDAD SOLIDARIA>. **El enajenante y el adquirente del establecimiento responderán solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación**, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad.

La responsabilidad del enajenante cesará trascurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

- 1) Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiograma o cualquier otra prueba escrita;
- 2) Que se haya dado aviso de la transferencia en general a los acreedores, en un diario de la capital de la República y en uno local, si lo hubiere ambos de amplia circulación, y
- 3) Que dentro del término indicado en el inciso primero no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor.

PARÁGRAFO. El acreedor del enajenante que no acepte al adquirente como su deudor deberá inscribir la oposición en el registro mercantil dentro del término que se le concede en este artículo.

ARTÍCULO 529. <RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES QUE NO CONSTEN EN LOS LIBROS>. **Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación continuará a cargo del enajenante del establecimiento, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquél de dichas obligaciones.** (Negrita fuera de texto original)

Salazar Rincón y Duster Detailing S.A.S., pues consideramos un yerro afirmar que se trata de dos personas independientes que “*habitan*” el mismo inmueble. Por el contrario, la responsabilidad de la persona jurídica y natural, como lo señalamos previamente, es **solidaria** en el caso concreto, por los daños ocasionados por el desprendimiento de la reja durante el ejercicio de la actividad comercial, considerándose como un solo habitante.

En conclusión, la excepción del artículo 2355 del C.C. tampoco podría ser aplicada al caso concreto, pues no hay varios habitantes, y la responsabilidad de la persona natural y jurídica debe ser solidaria.

Por último, es necesario estudiar si existe algún tipo de excepción a la regla o principio general de solidaridad extracontractual por pasiva, cuando el fundamento de la responsabilidad se encuentra en los artículos 2350 y 2355 de manera conjunta, como es el caso que nos ocupa, pues el daño fue originado tanto por la ruina del inmueble, como por el actuar negligente y descuidado de quien habitaba en el mismo.

El estudio normativo previo nos permite concluir que ninguna excepción se contempla en ese evento, pues la excepción consagrada en la norma no implica – como lo interpretó la sentencia apelada – que cualquier condena que encuentre su fundamento en los artículos 2350 o 2355 del C.C. no le sea aplicable el artículo 2344 del Código Civil, ya que en este caso se está analizando la responsabilidad desde dos fuentes diferentes y por ende la responsabilidad del propietario (2350) y de los habitantes (2355) es solidaria.

Tan claro es lo anterior, que incluso los demandantes podrían haber acudido en búsqueda del resarcimiento de sus perjuicios de manera independiente frente a REPRESENTACIONES CINCO S. S.A. como propietario del inmueble y en otra acción contra CRISTIAN CAMILO SALAZAR, hoy DUSTER DETAILING S.A.S. sin que hubiese existido ningún fundamento jurídico para no condenar al pago de la indemnización total causada a los demandantes, ni mucho menos haber dividido en una tercera parte, la porción de la indemnización a cargo de cada uno de ellos, más cuando CRISTIAN CAMILO SALAZAR y DUSTER DETAILING S.A.S. es la misma persona, o en palabras de la sentencia, se encuentra bajo el mismo “*ropaje*”.

Por lo anterior, se hace necesario revocar el numeral primero de la providencia apelada y en consecuencia condenar a los demandados solidariamente por los perjuicios causados.

2. ERROR EN LA DETERMINACIÓN DE LA VIDA PROBABLE AL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE FUTURO Y CONSOLIDADO, ASÍ COMO LA LIQUIDACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE FUTURO.

Señala la providencia apelada lo siguiente:

“Ahora bien, debe aceptarse además, que la víctima para la época de los hechos contaba con 48 años de edad, pues nació el 7 de febrero de 1968 según el registro civil de nacimiento adosado al dossier (fl.8), actualmente cuenta con 53 años, por lo que tiene una expectativa de vida de 31.09 años, según la Resolución 0110 del 22 de enero de 2014-aplicable para la fecha

de los hechos-, por lo tanto, para determinar el periodo indemnizable, se multiplica esa cifra por el número de meses que tiene el año, operación que arroja 372. De estos, 58 meses se liquidarán como lucro cesante consolidado, por el tiempo transcurrido desde el 27 de julio de 2016, hasta el 28 de abril de 2021, y los restantes 314 meses como lucro cesante futuro.”

Si bien las fórmulas utilizadas por el despacho se encuentran ajustadas a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia para la liquidación del lucro cesante consolidado y futuro, encontramos un error al utilizar las tablas de la Resolución Número 0110 de 2014 de la Superintendencia Financiera, referentes a la “*Mortalidad para la población del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS*” y por ende no aplicables a la liquidación de la indemnización deprecada.

La sentencia al tomar esta tabla y considerar que la vida probable se debe calcular con base en la edad de la señora Claudia Victoria al momento de la liquidación – lo cual no sería procedente como se explica con posterioridad – estableció que la vida probable sería de 31.9 años y con base en dicho periodo indemnizable realizó los cálculos correspondientes.

53	966,245	2,740	0.002836	31.9
----	---------	-------	----------	------

Sin embargo, si vemos la tabla aplicable al caso en cuestión, contenida en la RESOLUCIÓN NÚMERO 1555 DE 2010 de “*Tablas de Mortalidad de Rentistas Hombres y Mujeres*” adoptada por la Corte Suprema de Justicia², la vida probable de una mujer de 53 años es de 33.4 años.

53	970,418	2,341	0.002412	33.4
----	---------	-------	----------	------

Adicionalmente, como lo dijimos de manera precedente, no debe tenerse en cuenta la vida probable al momento de la liquidación del daño, sino **AL MOMENTO DE LA CAUSACIÓN DEL DAÑO**, pues esta es la fecha que marca el derrotero de la extensión del daño indemnizable, pues lo que se pretende es dejar a la víctima en las condiciones en que estaría de no haber mediado el hecho dañoso. Si bien la fecha en la cual se realiza la liquidación sirve de punto de corte para establecer los perjuicios futuros y pasados, no puede tomarse la misma como periodo indemnizable, pues se dejaría de reparar la expectativa de vida existente entre el momento en que se causó el daño y la liquidación de éste.

En consecuencia, como bien lo señala la sentencia de primera instancia, la señora CLAUDIA VICTORIA PEÑA PEDRAZA contaba con la edad de 48 años el día 27 de julio de 2016, razón por la cual ésta es la edad que debe considerarse para establecer la expectativa de vida, y no la edad actual de 53 años.

Entonces, en la tabla de la Resolución 0110 de 2014, no aplicable al caso, la vida probable de una mujer de 48 años es 36.6 (439.2) años, como se verifica en la tabla:

² Al respecto puede revisarse entre otras la sentencia del 17 de noviembre de 2016 SC16690-2016 Radicación n.º 11001-31-03-008-2000-00196-01 Corte Suprema de Justicia.

48	977,011	1,816	0.001859	36.6
----	---------	-------	----------	------

Por su parte, la expectativa de vida de una mujer de 48 años de acuerdo con la resolución 1555 de 2010, adoptada por la Corte Suprema de Justicia para la tasación de las rentas periódicas como la que nos ocupa, equivale a 38.0 años (456), como se puede verificar:

48	979,663	1,566	0.001599	38.0
----	---------	-------	----------	------

La utilización de una tabla diferente y la consideración de la edad al momento de la liquidación y no de la causación del daño, conllevó a que se tomara como periodo indemnizable un total de 372 meses y no de 456 meses, es decir, **84 meses menos** de periodo indemnizable.

Esta variación resulta entonces relevante, pues, si bien el lucro cesante consolidado (58 meses) no tiene ningún cambio, el lucro cesante futuro sí sería superior, siendo la fórmula la siguiente:

$$\text{VALCF} = 1'345.909,4 \times \frac{(1+0,005)^{398}-1}{0,005(1+0,005)^{398}}$$

Para un valor a la fecha de lucro cesante futuro de \$236'493,750.

Por lo anterior, solicito la modificación de la liquidación del lucro cesante futuro, teniendo en cuenta la vida probable al momento de la causación del daño y con base en la resolución 1555 de 2010.

Para evitar reiteraciones innecesarias, la modificación respecto del periodo indemnizable en la tasación del daño emergente futuro reconocido en la sentencia – sin perjuicio de la adición solicitada en el numeral siguiente – también debe reconocerse con base en la resolución 1555 de 2010.

Entonces, analizando que la fecha en que se consolidó el daño emergente derivado de los gastos mensuales del hogar la Luz de Dios inician en noviembre de 2018, fecha en la cual la señora Claudia Victoria contaba con la edad de 50 años, la expectativa de vida según la Resolución 1555 de 2010 es de 36.2 años equivalentes a 434.4 meses.

50	976,402	1,836	0.001880	36.2
----	---------	-------	----------	------

Entonces, descontando los 30 meses transcurridos de daño emergente consolidado tasados, el periodo de liquidación de daño emergente futuro sería de 404.4 meses, para un valor de \$180'279.711 millones de pesos. despejados de la siguiente manera en la fórmula correspondiente

$$\text{VALCF} = 1'020.704 \times \frac{(1+0,005)^{404.4}-1}{0,005(1+0,005)^{404.4}}$$

3. DESCONOCIMIENTO DEL JURAMENTO ESTIMATORIO RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE CAUSADO FRENTE

A LOS GASTOS MENSUALES ACREDITADOS – ADICIÓN DE LA CONDENA POR DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO Y FUTURO

Establece el artículo 206 del Código General del Proceso lo siguiente:

*“Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. **Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.** Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*(...) Aun cuando no se presente objeción de parte, **si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.**”*
(Resaltado nuestro)

Por lo anterior el juramento estimatorio es un medio de prueba, que permite tener por demostrado **el monto de los perjuicios materiales**, mientras no sean objetados por la parte contraria, como sucedió en este evento.

Con base lo anterior, con la demanda se estimó bajo juramento – con fundamento en el listado de gastos mensuales que suministraron mis poderdantes – de manera razonada el daño emergente futuro, pues como incluso quedó demostrado con las pruebas testimoniales y declaraciones de parte, que debe la señora Claudia Victoria sufragar gastos adicionales a la pensión mensual del hogar y a los insumos que cubre su entidad aseguradora.

En la audiencia inicial, del minuto 10:27 a 10:32 de la parte IV de la audiencia, quedó plenamente establecido que en el caso concreto no se realizó una objeción al juramento, pues ni siquiera se cuestionó la liquidación efectuada, como se verifica en las contestaciones de la demanda.

En consecuencia, desconocer dicha relación de gastos efectuada bajo juramento es desechar un medio de prueba válido, que permitía dar pleno valor al monto establecido y cuya existencia se demostró con suficiencia en la etapa procesal correspondiente, sin que hubiese cuestionamiento alguno por la parte demandada.

Por lo anterior, solicitamos la corrección de la tasación del daño emergente consolidado y futuro incluyendo no sólo el valor de la pensión mensual del hogar La Luz de Dios, sino también los gastos mensuales estimados bajo juramento con la demanda equivalentes a la suma de \$911.000 pesos durante toda la vida probable.

4. INCONGRUENCIA ENTRE EL DAÑO DEMOSTRADO Y LA CUANTIFICACIÓN Y TASACIÓN DEL MISMO – FALTA DE JUSTIFICACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL AL MOMENTO DE TASAR EL DAÑO MORAL – MAYOR

**INTENSIDAD DEL DAÑO MORAL PARA EL NÚCLEO FAMILIAR
ATENDIENDO A LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES**

En lo que respecta a los perjuicios morales afirmó la sentencia lo siguiente:

“Respecto a los señores Betulia Pedraza de González (madre), Jessica Alexandra Bernal y Jennifer Andrea Bernal en su calidad de hijas estimase conveniente, fijar la suma de \$30.000.000 para cada una.

En cuanto a Martha Patricia Sánchez Pedraza y Leo Augusto Vanegas Pedraza en su condición de hermanos, la suma de \$20.000.000.oo.”

La tasación que efectuó la sentencia desconoce de manera clara el precedente de la Corte Suprema de Justicia, y los factores objetivos que deben tenerse en cuenta para su tasación, como se pasa a analizar a continuación.

En primer lugar, desde tiempo atrás, la Jurisprudencia ha acudido a las presunciones de hombre o judiciales para la demostración del daño moral, respecto del núcleo familiar cercano de la víctima del hecho.

De manera respetuosa consideramos que la providencia de primera instancia, no se compadece con la severidad de la tragedia y la magnitud del daño infringido en la humanidad de CLAUDIA VICTORIA PEÑA PEDRAZA.

Está demostrado – como en efecto lo señaló la sentencia apelada - la gravedad de las lesiones presentadas con ocasión de los hechos objeto de debate que generaron el estado de discapacidad que actualmente presenta la señora CLAUDIA VICTORIA PEÑA PEDRAZA, como consecuencia de *“Traumatismo Raquimedular Asia A, secundario a luxofractura traumática C6-C7 con anterolistesis C6-C7, compresión medular severa y cuadriplejia, por objeto contundente”*.

Las reglas de la experiencia permiten claramente inferir, que estas graves lesiones generan en su núcleo familiar cercano una severa afectación en la esfera interna de aquellos que tienen que soportar el dolor de los padecimientos de la señora Claudia Victoria, pues como incluso se demostró con las pruebas recaudadas dentro del plenario, ha sido extensa su afectación al ver a su hija, hermana y madre en esta condición, a tan temprana edad, que claramente conlleva una zozobra, tristeza y congoja de mayor intensidad que la considerada por la juez de primera instancia.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia en casos de lesiones graves de un ser querido ha otorgado a los familiares del primer orden familiar, el valor máximo del daño moral para el momento de proferirse el fallo, salvo que se pruebe en contrario. En el caso que nos ocupa, no sólo no hay prueba que desvirtúe estas inferencias o presunciones judiciales, sino que por el contrario las declaraciones de parte y los testimonios rendidos, son claros y coincidentes en establecer la intensidad del daño moral sufrido y el grado de cercanía que existía entre los demandantes.

Así, en sentencia del 30 de septiembre de 2016, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“Siguiendo las pautas reseñadas, se tasarán los perjuicios morales sufridos por los demandantes en la suma de \$60'000.000 para cada uno de los padres; \$60'000.000 para el esposo; y \$60'000.000 para cada uno de los hijos.

El anterior monto se estima razonable, puesto que esta Sala, en circunstancias fácticas similares, ha condenado en el pasado al pago de \$53.000.000 (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533), y \$55.000.000 (SC del 9 de julio de 2012, Exp. 2002-101-01).” (Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez. SC13925-2016. Radicación n° 05001-31-03-003-2005-00174-01)

Igualmente, en providencia del 29 de noviembre de 2016, indicó:

“Así las cosas, con observancia de las pautas jurisprudenciales de esta Corporación, se calculará esa variedad de perjuicio sufrido por los demandantes, en la suma de \$60.000.000, para cada uno.” (Magistrado Ponente Luis Alonso Rico Puerta. SC15996-2016. Radicación n° 11001-31-03-018-2005-00488-01)

En lo que respecta al carácter vinculante de las pautas jurisprudenciales, y al valor actual del daño moral de mayor intensidad, señaló la Corporación en sentencia del 19 de diciembre de 2018:

“No obstante, a la anterior doctrina, que aún prohija esta Corporación, debe agregarse el hecho de que a falta de normativa explícita que determine la forma de cuantificar el daño moral, **el precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria tiene un cierto carácter vinculante**, para cuya separación es menester que el juez ofrezca razones suficientes de su distanciamiento, pues, en los términos establecidos por la Corte Constitucional:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) el principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontando la continuamente con la realidad social que pretende regular” (C-836 de 2001)

(...)

En lo que si no está de acuerdo este órgano de cierre, y en ello ve un evidente error de hecho del juzgador colegiado, que trascendió a su decisión, es que hubiese considerado, sin ninguna razón valedera esgrimida, distinta del arbitrio judicial, y en contravía de la jurisprudencia para cuya separación debía explicitar razones suficientes, que la suma máxima y a partir de allí las siguientes, fuese la que indicó, a pesar de que para la época, la Corte ya había establecido un tope mucho mayor, cuya aplicación estaba plenamente justificada en este caso, que registra sufrimiento indecible por donde se le mire, algo que el Tribunal constató,

pero cercenando sus efectos, y de ahí la comisión del yerro fáctico que se le achaca y la Corte en efecto constata.

(...) Pues bien, el Tribunal parece que redujo a la mitad el valor que el precedente de una época quizás cercana a la elaboración del proyecto por el ponente, había adoptado la Corte (\$55.000.000,00), proceder que en consecuencia, amerita el quiebre del fallo. Razón que también ampara el reajuste que amerita hacerse de las condenas por daño moral padecido por la víctima en razón de sus quemaduras y cicatrices.

(...) suma mayor a la que entonces tenía dispuesta (\$60,000,000.00) y que hoy reajusta a setenta y dos millones de pesos (\$72,000,000.00) para el daño moral propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes, conservando de esa forma el criterio establecido por la sala de decisión civil del Tribunal en cuanto a que, las circunstancias modales que hubieron de sufrir los reclamantes fueron, en términos generales, las mismas y el parámetro de una tasación similar, en consecuencia, se impone.” (Subrayado nuestro) (Corte Suprema de Justicia. Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco. SC5686-2018 Radicación n.º 05736 31 89 001 2004 00042 01)

Con base en lo anteriormente reseñado, no encontramos justificación para que la sentencia de primera instancia se hubiese separado de manera tan amplia del precedente jurisprudencial, como se puede evidenciar en el cuadro que se expone a continuación:

Demandante	Perjuicios señalados en la sentencia apelada	Perjuicios según precedente - Sentencia del 19 de diciembre de 2018
BETULIA PEDRAZA DE GONZÁLEZ (madre)	30.000.000	72.000.000
JESSICA ALEXANDRA BERNAL PEÑA (Hija)	30.000.000	72.000.000
JENNIFER ANDREA BERNAL PEÑA (Hija)	30.000.000	72.000.000
MARTHA PATRICIA SÁNCHEZ PEDRAZA (Hermana)	20.000.000	36.000.000
LEO AUGUSTO VENEGAS PEDRAZA (Hermano)	20.000.000	36.000.000

Todos estos perjuicios – reiteramos - se pueden a su vez corroborar con los testimonios y las declaraciones de parte, rendidas dentro de la etapa procesal correspondiente.

En este punto, consideramos importante traer a colación la providencia del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, en la cual se estableció lo siguiente:

“Al respecto, es necesario señalar que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una sólida línea explicativa de los baremos planteados al momento

*de definir el monto de las indemnizaciones por perjuicio extrapatrimonial, según la cual el hito a definir obedece a precisas circunstancias, como la gravedad del suceso, el profundo dolor de los titulares de la indemnización, la intensidad de la lesión, las características de tiempo, modo y lugar en que ocurre la pérdida del ser querido y la afectación física, psicológica, etc, (...)*³

Con base en dicho argumento la Corporación aumentó la condena por valor de daño moral a favor de los familiares de la víctima directa, a una suma de 70 smlmv.

En este caso, está demostrado no sólo la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima directa, sino las atroces consecuencias derivadas del accidente, toda vez que el núcleo familiar ha sufrido y sigue sufriendo en la actualidad, de la zozobra y congoja de las afectaciones padecidas, al ver a la señora Claudia Victoria postrada en una cama, con total dependencia para cualquier actividad y sin ningún tipo de posibilidad de mejoría, incluso calificando su realidad, como estar “*muerta en vida*”.

Por lo anterior, consideramos procedente, la reparación integral del daño moral en su máxima intensidad, ajustándose a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

5. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE RESPECTO DEL DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN EN SU MÁXIMA INTENSIDAD RESPECTO DE CLAUDIA VICTORIA PEÑA – IMPROCEDENCIA DE LA DESESTIMACIÓN DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON ESTE PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL FRENTE A LOS DEMÁS DEMANDANTES.

En el caso concreto, consideró la sentencia que:

“Es claro, como se ha venido sosteniendo a lo largo de esta providencia, que la condición en que quedó la señora Claudia Victoria Peña Pedraza, esto es, caudraplejia, con dependencia absoluta de terceras personas, afecta de manera frontal y significativa el quehacer de actividades, que antes de la producción del evento dañoso, eran normales...”

Por tal motivo, estima el Despacho, imponer la suma de \$50.000,000 a cargo de los demandados, la que, si bien jamás resarcirá el estatu quo de la accionante, sirve como acicate económico para afrontar sus padecimientos físicos.”

Frente a este perjuicio es clara la postura jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia frente a este perjuicio, que en un caso similar indicó lo siguiente:

“En consonancia con lo dicho al resolver el cargo respectivo, si son tenidas en cuenta las condiciones a las que se ha visto sometido Jorge Edic Carvajal Gómez con ocasión del lamentable suceso de que trata este

³ Sentencia del 3 de junio de 2021. Exp. 11001-3103-028-2013-00212-01

proceso, y que ellas, a no dudarlo, han perturbado y, a buen seguro, seguirán incidiendo negativamente en su vida de relación, por cuanto en los mencionados ámbitos no podrá comportarse en la misma forma en que lo hacía anteriormente, como que ha encontrado dificultades, privaciones, tropiezos y obstáculos en su movilización, en la posibilidad de desplegar ciertas conductas, en el manejo del tiempo para realizar sus actividades, así como en la forma de relacionarse con su compañera permanente, sus hijos, sus amigos y con su entorno en general, por citar apenas algunos aspectos, en orden a imponer la condena correspondiente la Corte fijará la cantidad de \$ 90'000.000, pues, aunque pudiera pensarse razonablemente que las secuelas desencadenadas sobre la vida de relación de la víctima podrían ameritar el reconocimiento de una cifra superior, en todo caso, la Sala, en aplicación del principio de la congruencia, no estaría facultada para hacerlo, en tanto que aquella se ajusta al límite máximo contenido en la respectiva pretensión.” (Sentencia del 13 de mayo de 2008 - Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete. Ref: Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01)

Por lo anterior, **nada impide que en este caso sea reconocido el tope máximo jurisprudencial**, e incluso el valor solicitado en la demanda, si bien como lo dice la providencia apelada *-jamás resarcirá el statu quo de la accionante-* la indemnización por este concepto si le servirá a la señora Claudia Victoria Peña para hacer más llevadera su condición con el mundo que la rodea.

En efecto, la suma reconocida por el *a quo*, no se compadece de las serias y graves limitaciones de toda índole que sufrió la señora Claudia Victoria, siendo procedente reconocer dicho perjuicio en un valor muy superior al otorgado en la sentencia.

Para establecer el monto en cuestión, resulta relevante la sentencia⁴ del 26 de agosto de 2021 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en la cual se reconoció la suma de \$250.000.000 por daño a la vida de relación para la víctima directa del daño, sin perjuicio que, por las circunstancias del daño, se considere – como en efecto lo afirmamos – que sea procedente la indemnización solicitada en la demanda por valor de 400 s.m.l.m.v.

Por otra parte, la providencia objeto de reproche indica frente a los demás demandantes:

“De otro lado, en punto tocante con la solicitud elevada por los familiares, se advierte, serán negadas porque de los hechos enarbolados en la demanda, nada se dice sobre el particular. En efecto, la pretensión alude, puntualmente a que: “(...) son evidentes las alteraciones (...) causadas a los demandados constituyen un perjuicio indemnizable para su núcleo familiar, en razón a las alteraciones de la esfera externa, modificación de actividades cotidianas y de la forma que disfruten la vida” al paso que en el hecho 30, adujeron “(...) el accidente en cuestión ha producido perjuicio patrimonial como extrapatrimonial (...) sino para su núcleo familiar...” (fls. 196 y 206).

⁴ SC3728-2021 - Radicación n.º 68001-31-03-007-2005-00175-01

La simple mención del adjetivo ‘familiar’ es una expresión que se queda parqueada a mitad de camino, porque no quedó identificada y menos demostrada la trasgresión particular de cada afectado; ello es toral, habida cuenta que todos tienen una relación afectiva con la víctima.”

Contrario a lo afirmado en la demanda se solicitó este tipo de perjuicio extrapatrimonial – relacionado con la esfera externa y la vida social de los demandantes – señalando claramente que las lesiones sufridas por CLAUDIA VICTORIA PEÑA PEDRAZA generaron alteraciones en su núcleo familiar, “quienes tuvieron que cambiar su dinámica familiar y la forma en que desarrollan sus actividades diarias y de recreación, en atención al estado de salud de la señora CLAUDIA VICTORIA”.

Sin embargo, es procedente señalar que con la demanda se debe solicitar el perjuicio, pero serán las pruebas recaudadas las que permitan establecer cómo se produjo el mismo, y la afectación personal del reclamante, lo cual sí se demostró en el proceso.

Ahora bien, en cuanto a la prueba de este perjuicio extrapatrimonial, debemos traer a colación lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, frente a este asunto:

“Respecto a la alteración de las condiciones de existencia relacional o daño a la vida de relación, reconocido jurisprudencialmente como uno de los componentes del principio de reparación integral, como se anotó en la sentencia de casación dictada en el sub iudice (SC22036 de 19 de diciembre de 2017), se ha considerado que es un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial, distinto del moral, pues tiene carácter especial y con una entidad jurídica propia, al no corresponder certeramente al dolor físico y moral que experimentan las personas por desmedros producidos en su salud, o por lesión o ausencia de los seres queridos, sino a la afectación emocional que, como consecuencia del daño sufrido en el cuerpo o en la salud, o en otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, causados la víctima directa o a terceras personas allegadas a la misma, genera la pérdida de acciones que hacen más agradable la existencia de los seres humanos, como las actividades placenteras, lúdicas, recreativas, deportivas, entre otras.

En relación con su prueba, la Corte tiene dicho que con el fin de evitar antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, la determinación del daño en comentario debe atender a «las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio» (SC5885, 6 may. 2016, rad. n.º 2004-00032-01).

Es que ante la ausencia de certeza sobre la forma en que se torpedeó la interacción social del demandante, resulta inviable acceder a una condena por este aspecto, ya que habría que hacer juicios hipotéticos que impiden la configuración del deber de reparar. Recuérdese que «[l]a condición de reparabilidad está dada por la certidumbre y gravedad suficiente del daño y no por pertenecer a alguna subcategoría específica» .

Sin embargo, eventos hay en los cuales dicho menoscabo extrapatrimonial constituye hecho notorio, siendo excesivo requerir prueba para tenerlo por demostrado, porque esta se satisface aplicando las reglas de la experiencia y el sentido común.

Aunque no son habituales tales eventualidades y por ello el juzgador debe mirarlás con celo para evitar desproporciones y abusos, no cabe duda acerca de su existencia, verbi gratia, la pérdida del sentido de la visión de forma permanente, en tanto que exigirle a esta acreditar cómo se vería afectada su vida con posterioridad a dicho menoscabo es un despropósito.

Sería tanto como intimar a que el perjudicado demuestre cómo va cambiar su desenvolvimiento en sociedad o, dicho en otros términos, qué veía antes de su padecimiento y qué pudo haber visto después, de donde el sentido común repele dicha exigencia probatoria y conduce a tener por colmada la acreditación del daño a la vida de relación derivado de ese padecimiento.

Igual sucede con la persona que pierde la movilidad de forma permanente, pues no cabe duda de que sus condiciones de vida no serán iguales a su estado previo y que enfrentará nuevas barreras, como quiera que disminuirá su facultad de locomoción autónoma, esto es, sin ayudas mecánicas o de otras personas.

Conminar a quien está en esta situación a que demuestre que antes caminaba y cómo en el futuro no lo podrá hacer, igualmente se muestra inconcebible en razón a que la pérdida de dicha prerrogativa basta por sí sola.

De allí que el inciso final del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que hoy corresponde al canon 167 del Código General del Proceso, regulara que «[l]os hechos notorios (...) no requieren prueba».

Precisamente en un juicio en el cual la víctima presentó diagnóstico de paraplejia que lo confinó a una silla de ruedas, esta Corporación llamó la atención acerca de que:

Para estos efectos, con sujeción al marco fáctico sustancial descrito en la causa petendi que sirva como soporte de las pretensiones y al resultado que arrojen los medios probatorios recaudados en el proceso, los juzgadores han de emprender decididamente el análisis encaminado a desentrañar el alcance real de los obstáculos, privaciones, limitaciones o alteraciones que, como consecuencia de la lesión, deba afrontar la víctima con respecto a las actividades ordinarias, usuales o habituales, no patrimoniales, que constituyen generalmente la vida de relación de la mayoría de las personas, en desarrollo del cual podrán acudir a presunciones judiciales o de hombre, en la medida en que las circunstancias y antecedentes específicos del litigio les permitan, con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, construir una inferencia o razonamiento intelectual de este tipo. (CSJ, SC de 13 may. 2008, rad. 1997-09327).

En suma, casos habrá en los cuales el sentido común y las reglas de la experiencia bastarán para tener probado el daño a la vida de relación

padecido por quien vio alteradas sus condiciones de vida, por tratarse de hechos notorios, los que -se resalta- deben examinarse en cada caso concreto por el funcionario judicial con miras a evitar su uso desbordado e injusto.” (Sentencia del 12 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. SC4803-2019 Radicación n.º 73001-31-03-002-2009-00114-01) Resaltado nuestro.

Con base en la sentencia anterior, las reglas de la experiencia y el sentido común serían suficientes para dar por demostrado este perjuicio extrapatrimonial, no sólo frente a CLAUDIA VICTORIA PEÑA PEDRAZA, sino frente a su núcleo familiar, toda vez que no sólo perdió la posibilidad de locomoción, sino cualquier movilidad de sus extremidades inferiores y superiores. Es evidente que el hecho de que la señora Claudia Victoria requiera asistencia para cualquier actividad de la vida diaria – actividades básicas – impide también el desarrollo de las actividades lúdicas, placenteras y recreativas. Esto pudo ser percibido incluso por el despacho al evidenciar la dificultad para la comparecencia a la diligencia de interrogatorio, en la cual tuvo que ser asistida por un tercero.

No obstante, la parte demandante no se limitó – a pesar de ser un hecho notorio – a inferir el daño a la vida de relación causado a los demandantes, pues, por el contrario, adujo pruebas suficientes para establecer su existencia y extensión como se puede verificar a continuación.

De esta manera, los interrogatorios realizados a los demandantes permitieron demostrar con suficiencia, incluso que la misma relación familiar con los otros hermanos de la señora CLAUDIA VICTORIA se resquebrajó, por los requerimientos económicos y de compañía constantes, con ocasión de su estado de salud. Narraron en sus declaraciones, que quien organizaba las reuniones especiales era precisamente Claudia, las cuales ya no pueden realizarse, desde el accidente en mención.

Adicionalmente, los testimonios rendidos permitieron establecer los siguientes hechos:

- El testigo FERNEY AGUILAR, manifestó que Jessica Alexandra y a Jennifer Andrea Bernal Peña, hijas de Claudia Victoria después del accidente y como consecuencia de las graves lesiones de su madre, tuvieron que asumir todos los gastos del hogar y adicionalmente asumir el cuidado permanente de su madre. Eso implicó una jornada completa de trabajo, para luego regresar a su hogar y realizar los cuidados y cambios de posición cada dos horas y estar pendientes de su medicamento.

Es claro que esa dinámica impactó su esfera externa, pues no es posible gozar de las actividades que dan placer, o siquiera socializar con su entorno, cuando tienen que procurarse cuidados permanentes a su madre, quien tiene dependencia total para sus actividades básicas.

Adicionalmente manifestó que ellas no podían dormían y se asustaban por las dolencias de su madre razón por la cual se vieron obligadas a trasladarla a un hogar geriátrico, privándolas de la compañía de su madre.

En igual sentido depuso sobre los trastornos de sueño que sufre la demandante Martha Patricia Sánchez Pedraza, quien también colaboró con los cuidados prodigados a su hermana y que incluso la señora Martha “*prácticamente dejó a un lado*” a su esposo y a su hijo para estar pendiente de su hermana. Es claro que eso tuvo impacto en su relación familiar.

Indicó que desde el accidente “*todo ha cambiado, celebraciones, cualquier cantidad de cosas que usted se imagine que puede hacer en familia ha cambiado*”.

Incluso relató la afectación en las fechas especiales como navidades, pues era Claudia Victoria quien coordinaba este tipo de celebraciones, donde ya no se celebraba, “*ya no ha sido lo mismo*”, y “*uno trata de celebrarle y todo*” pero ya no es lo mismo. La vida ha cambiado para todos, incluso con manifestaciones patológicas, relatando que el señor Leo Augusto sufre de la tensión y la señora Martha Patricia, bajó de peso y sólo “*duerme dos horas*”.

Frente a Jessica Alexandra Bernal Peña manifestó que no pudo seguir estudiando, lo cual claramente truncó sus aspiraciones profesionales, siendo esto claramente una afectación a lo que era su proyecto de vida. Señaló que Andrea Bernal alcanzó a terminar su carrera, pero “*a trancazos*”, haciendo referencia a las dificultades experimentadas por las graves afectaciones de su madre.

- El testigo DAVID FERNANDO BERNAL, padre de Jessica Alexandra y Jennifer Andrea Bernal Peña, relató la afectación sufrida por sus hijas con ocasión del hecho dañoso. Incluso detalló como Jessica Alexandra no pudo cumplir su sueño de ser azafata, en razón a las cargas que le tocó asumir para la ayuda y cuidado de su madre.
- La testigo ANDREA PAOLA BOLÍVAR fue clara en señalar cómo se vio alterada la vida de Leo Augusto Venegas, hermano de Claudia, quien entró en un estado de depresión con ocasión de las lesiones de su hermana. Narró como se modificó incluso su relación de pareja – pues la señora Bolívar es la exnovia del demandante – se afectó su salud por el estrés, no tenía ganas de salir, ni siquiera celebrar su propio cumpleaños, pues sentía que no podía disfrutar de su vida normal, sabiendo el grave estado de salud de su hermana.

Incluso testificó que las hijas de la señora Claudia perdieron sus trabajos por la cantidad de permisos que debían solicitar para brindar los cuidados a su madre. Esto denota claramente como se afectó su vida externa o de relación.

Por último, también describió cómo Martha Patricia y doña Betulia Pedraza también sufrieron afectaciones derivadas del accidente.

- La testigo LINA MARCELA PACHECO, amiga de la universidad de Jennifer Andrea, fue enfática en los cambios que presentó su amiga luego del accidente de su señora madre, al punto de no querer siquiera

compartir en los momentos de esparcimiento que frecuentemente tenían durante su vida diaria.

Relató la depresión que presentaba tanto Jennifer Andrea, como su hermana Jessica Alexandra.

Incluso Jennifer contempló salirse de la Universidad ante las dificultades generadas con ocasión del accidente. Indicó que ella logró acabar sus estudios gracias a la ayuda de sus compañeros, pues le era difícil concentrarse y completar los requerimientos académicos, debido a las cargas de cuidado y económicas que tenía. Incluso indicó que no tenía las ganas, siquiera para salir a tomarse un tinto con sus compañeros. Señaló como Jennifer era una persona muy sociable antes del accidente de su madre, y después del accidente, dejó de compartir con su pareja, sus hijos, sus amigos y *“cambió bastante en ese sentido social”*, incluso cambió con la testigo, quien depuso ser muy cercana en su relación de amistad.

Las pruebas anteriormente reseñadas, aunadas a las declaraciones de parte, permiten establecer que las graves lesiones sufridas por la señora Claudia Victoria Peña Pedraza, generaron y siguen generando alteraciones en la esfera social, diferentes de la congoja propia del daño moral circunscrita a la esfera interna, que deben ser objeto de resarcimiento y que dichas alteraciones no sólo fueron padecidas por la señora CLAUDIA VICTORIA PEÑA PEDRAZA, sino también por su núcleo familiar los demandantes BETULIA PEDRAZA DE GONZÁLEZ, JESSICA ALEXANDRA BERNAL PEÑA, JENNIFER ANDREA BERNAL PEÑA, MARTHA PATRICIA SÁNCHEZ PEDRAZA y LEO AUGUSTO VENEGAS PEDRAZA.

6. MODIFICACIÓN DEL NUMERAL DÉCIMO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA

El numeral décimo de la parte resolutive de la sentencia establece:

“DECIMO: CONDENAR a DUSTER DETAILING S.A.S, CRISTIAN CAMILO SALAZAR RINCON Y REPRESENTACIONES CINCO S.A. a pagar por partes iguales a la señora CLAUDIA VICTORIA PEÑA PEDRAZA dentro de los 5 días la suma de \$306.272.991 por concepto de lucro cesante pasado y futuro.

las anteriores sumas deberán cancelarse dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, so pena de causar intereses legales del 6% conforme el artículo 1617 del Código Civil.”

De la redacción del numeral en mención, se da a entender que los intereses del 6% contemplados en el artículo 1617 del Código Civil se predicen sólo de la condena por concepto de lucro cesante pasado y futuro.

Sin embargo, los intereses se producen respecto de la totalidad de la indemnización impuesta a los demandados, de acuerdo con la norma en comento.

Por lo anterior, es necesario modificar el numeral décimo, para establecer que el término de cinco (5) días para el cumplimiento de las condenas impuestas y

el cobro de intereses en caso de incumplimiento, deberá aplicarse a la totalidad de las condenas impuestas contenidas en los numerales quinto, sexto, octavo, noveno y décimo de la parte resolutive.

7. SOLICITUD DE PROCEDER CON EL EMBARGO Y SECUESTRO DE LOS BIENES OBJETO DE INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral primero, literal b, del artículo 590 del Código General del Proceso, solicito comedidamente SE PROCEDA CON EL EMBARGO Y SECUESTRO DE LOS BIENES AFECTADOS CON LA INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA, sin que se levanten las medidas impuestas en primera instancia.

De los Honorables Magistrados,



NICOLÁS GARZÓN LÓPEZ
nicolasgarzonlopez@hotmail.com
C.C. 1.032.361.423 de Bogotá.
T.P. 221.662 C.S.J.

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
Mag. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO
E.S.D.

REFERENCIA: 110013110031 **2009 – 283 02**
APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCESO ORDINARIO
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
JUZGADO ORIGEN: CUARENTA Y SEIS CIVIL CIRCUITO DE BOGOTÁ
DEMANDANTE: **MIGUEL EUGENIO CIPRIAN.**
CONTRA: **DORA SILVA.**
Asunto: **Alegatos de sustentación.**

“El derecho positivo, cuya aplicación está garantizada por la coacción ejercida contra los oponentes, es el medio confiado al Estado para permitirle asegurar el bien común sobre la base de la justicia y de la seguridad de la justicia, sobre todo, porque la seguridad injusta sería tan solo una seguridad falsa.”
Louis Le Fur.

NELSON ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ, mayor de edad, con domicilio profesional en ésta ciudad e identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado judicial del demandante dentro de la referencia, por medio de la presente, me permito presentar en termino las alegaciones que sustentan mi recurso de alzada tal cual lo prescribe el artículo 327 del CGP y el artículo 14 del decreto legislativo 806 de 2020, este escrito retomará entonces sobre los reparos que el suscrito circunscribió solamente a la determinación de existencia de concurrencia de culpa y a la tasación del daño emergente y lucro cesante:

1. NO EXISTE CONCURRENCIA O COMPENSACIÓN DE CULPAS.

En la lectura de la sentencia se aplica el régimen de responsabilidad civil extracontractual y como criterio de atribución se alerta la de actividad peligrosa por obra nueva, tal cual lo afirmó y argumentó el despacho; adicionalmente se alertó la existencia de la presunción del artículo 2356 del CC, la cual se consideró no fue desvirtuada en la referencia, de allí que dedujo responsabilidad de la demandada al no tener la precaución necesaria ni realizar lo necesario para evitar o mitigar los daños en los predios contiguos y basado en prueba pericial técnica (varios estudios en especial el realizado por ingenieros de suelos con doctorado de la Universidad Nacional).

Adicionalmente, tuvo por demostrado que los daños en el predio de mi poderdante se dieron con ocasión de la construcción del edificio Dora, de propiedad de la demandada, pues por la excavación profunda y un tanque de agua subterránea y el asentamiento del

mismo edificio sobre esforzó los puntos de apoyo de los predios, generando que el predio del demandante tuviese que ser desocupado y amenazar ruina por peligro de desplome (ver y escuchar excelente resumen de argumentación de sustentación de responsabilidad del minuto 52:41 al 56 de audiencia de fallo).

En lo anterior el despacho fue prolífico y en acertada sustentación en extenso hace denotar claramente las acciones y omisiones del constructor del edificio y su influencia en el daño, aspecto desde el cual finca responsabilidad y de la mano de las conclusiones del peritaje principal, de otros de parte, y del estudio de suelos, previo a la obra nueva que aportó la misma demandada, es que aflora claro que el constructor sabía sobre qué tipo de suelo construía y que no realizó acciones para mitigar posibles daños que le advirtieron, y que por el contrario, para agravar la situación realizó tanques subterráneos, excavo profundamente, y aumento el riesgo y no siguió las recomendaciones técnicas dadas.

Si lo anterior es así, es claro que, el despacho se equivoca cuando alude que el demandante también fue imprudente y participo también en la generación del daño, pues la misma argumentación y la prueba con la que sustentó, respecto de la obra nueva, excluye cualquier posible participación del demandante en la producción del daño; una cosa no puede ser y no ser a la vez. ¿si la causa del daño contundentemente fue la realización del edificio, cómo a la vez entender que la construcción que llevaba 30 años anteriores y era estable y perfecta tuvo algo que ver?.

En efecto, mas de una hora de sustentación con lujo de detalles y transcripción de lo dicho por análisis técnicos, indicaron que la construcción nueva fue la que generó sobre esfuerzos que alteraron la normalidad de los inmuebles, y que la casa ya había asentado, y que el daño lo genera la nueva carga, y ningún estudio de los largamente transcritos apunta a indicar responsabilidad alguna por la construcción antigua de la víctima como causa de daño desde el punto de vista técnico, es decir, se llega al resultado interpretativo netamente desde lo jurídico sin que existe en expediente prueba técnica que inculpe al demandante (que es la única conducente para tal tipo de conclusiones).

De hecho, si se escucha bien la audiencia, son solo dos frases argumentativas las que sustentan la concurrencia de culpas, y por ende, la compensación en la forma indemnizatoria, (hacia minuto 56 de audiencia de fallo) en tan solo 25 segundos argumenta el despacho que la demandante también es culpable en el daño producido porque:

“concurrió una omisión por parte del constructor de la casa de dos pisos al momento de planear y edificar la estructura, pues no se realizaron los estudios pertinentes para su construcción, prueba de ella es que los estudios técnicos revelaron que la misma se encontraba cimentada sobre un estrato no competente dada su naturaleza y contenido orgánico basuras”,

luego a minuto 1'02:00, en tan solo 30 segundos indica: *“grado de responsabilidad que debe soportar por haber adquirido un inmueble que no cumplió con las condiciones estructurales pertinentes para evitar daños como los demostrado luego su conducta se enmarca dentro del escenario de la culpa compartida.”*

Como se avizora y ya se delineó, el argumento con el que se disminuye la condena aduciendo concurrencia de culpas es inentendible, pues tiene dos contradicciones.

Una la de afirmar que la causa de daño es la obra nueva y las omisiones y acciones en la construcción nueva, pero luego decir que en parte de culpa de igual trascendencia (disminuye la condena en 50%), por haberse construido una edificación 50 años atrás sin estudios de suelos. Y la segunda, en achacarle la concurrencia a dos causas bien distintas, pues primero alude a la construcción sin estudios técnicos 30 años atrás cuando se eleva la casa por una propietaria anterior y esta persona luego le vende a Álvaro Penagos y este en el año 2002 vende a mi poderdante,¹ y luego al estudiar las excepciones al aducir que es por comprar mi poderdante en el año 2002 un bien que no cumplió con las condiciones estructurales pertinentes para evitar daños.

Es decir, la argumentación es contradictoria, en el primer punto y que es el medular, como bien lo aduce el mismo despacho la responsabilidad fue de la obra nueva y ya nos referimos la forma de como la prueba bien analizada así lo hizo ver (ver excelente resumen de argumentación de sustentación de responsabilidad del minuto 52:41 al 56), y se refuerza con el hecho como lo afirma y lo tuvo por probado el despacho, no hay en el plenario actas de vecindad de estado físico de vecinos lo que llevo a la juzgadora a como lo dijo expresamente a “presumir” su buen estado (minuto 43 a 44:29 de audiencia de fallo), es decir, para este proceso se parte de la base que al año de construcción del edificio la casa estaba en perfectas condiciones, si ello es así, no puede afirmarse a la vez que la construcción de la casa era deficiente con anterioridad a la nueva construcción y sin prueba técnica alguna que lo afirme y lo permita inferir, disminuir la condena es totalmente injusto.

Adicionalmente, es claro que el concepto que obra en el expediente de Espinoza y Restrepo, claramente indicó para el año 2006 respecto de la casa que “su asentamiento es normal”; en efecto, la construcción de la casa data de los años sesenta y el asentamiento de un predio se da entre los 2 a 10 años luego de su construcción en términos generales, por tanto, claramente se infiere, y el estudio lo dice, la construcción realizada en la casa ya había surtido su normal fenómeno de asentamiento y estaba en perfecto estado, y como se probó, y se dejó sentado por el despacho, el demandado no probó como causa de exoneración de responsabilidad que los daños hubiesen sido causados por la construcción de mi poderdante (escuchar minuto 53), y que los cambios en los esfuerzos se dieron luego de construido el edificio de la demandada. Entonces no es posible sostener a la vez lo contrario y sin sustento alguno, como bien lo afirma el despacho la obra nueva debía tomar las precauciones y desarrollar las actividades que le recomendaron en estudios técnicos en el año 1993 y que conocía la demandada para no generar daños a su vecinos, ¿si no se tomaron, y por el contrario y adicionalmente se desarrollaron ejecuciones anormales que agravaron la situación del suelo y los esfuerzos de los inmuebles, entonces, como poder vincular que el daño se genera por la construcción que existía 35 años atrás y anteriores a la nueva construcción?

¹ Ver anotaciones de certificado de libertad.

De otro lado y muy importante y que paso por desapercibido, la mayoría de la parte centro y noroccidental de Bogotá está construida sobre lagunas que fueron rellenadas y luego se generaron los asentamientos urbanos², de allí que el suelo sea relleno de material arcilloso y basura, pero tal condición de suelo es para todo el sector no solo para los inmuebles objeto de debate, pero de allí aducir que ello perse genera presencia de daños en todos los inmuebles no es cierto, sería tanto como afirmar que todos los inmuebles de la zona centro y noroccidental de Bogotá deben estar agrietados y en mal estado, y además es tanto como generar una presunción de culpa que es la que pretende aplicarse para crear la concurrencia de culpas por construir sobre este tipo de suelo.

Por el contrario, y precisamente, por ello es que, de manera tardía el estado y los entes territoriales entraron a regular el tema y exigieron que para construir debía realizarse estudios técnicos de suelos, y ante todo, reforzar y seguir indicaciones que generen tales estudios y ejecutar tal cual sugiere el estudio, siempre buscando evitar causar perjuicios a los vecinos, que fue precisamente lo que NO hizo la demandada y por ello se declaró responsable.

Ahora bien, la pregunta que surge es a partir de cuándo se debía contar con estudios técnicos previos para construir, y de allí intentar argumentar ilegalidad alguna en la construcción elevada en la casa, pues bien, tal obligación solo surge a partir del año 1984 a través del código Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes,³ por tanto, para la fecha de construcción de la casa, años sesenta, no era obligatorio solicitar licencia de construcción, y por ello no se realizaban estudios técnicos que son los que dan vida a la licencia, así las cosas, no se puede sancionar patrimonialmente a mi poderdante y reducir su justa indemnización, por el actuar del constructor inicial de la casa cuarenta años atrás a la fecha en que adquirir el inmueble, y menos aún, por la existencia o no de un estudio que no está probado en el expediente si existe o no, pero, ante todo, sencillamente porque nadie está obligado a lo que el ordenamiento jurídico no

² "Bogotá es una ciudad que está construida en gran medida sobre terrenos que antiguamente eran humedales. Se supone que había unas 50 mil hectáreas de humedal sobre esta orilla izquierda del río Bogotá", afirmó Germán Andrade, profesor de la Universidad de los Andes y subdirector científico del Instituto Humboldt, autor de varios artículos científicos sobre los humedales bogotanos..."

"Hay otras zonas icónicas que le han ido quitando espacios a los humedales, como el caso del humedal de La Conejera. Gran parte del barrio Compartir fue construido sobre el humedal. Si uno hace una excavación de un metro, va a encontrar ahí escombros, sanitarios, llantas, cualquier cantidad de basura", explicó Fernando Gómez, consultor ambiental.

Gómez además aseguró que esa experiencia de construir sobre humedales se ha repetido en "todo el borde occidental de Bogotá: Kennedy, Bosa, Fontibón y las zonas rurales de la sabana de Bogotá y del sur. Allí ha permeado que desafortunadamente han sido procesos ilegales, no están reglamentadas las zonas de escombros. Bogotá, desafortunadamente ha sido construida casi en su 60% de manera ilegal". <https://www.rcnradio.com/bogota/cerca-del-60-bogota-esta-construido-humedales>

³ El Código Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes expedido por medio del Decreto-Ley 1400 de 1984 fue un primer intento de normalización del diseño y construcción de estructuras en el medio nacional y estuvo vigente durante 14 años. Después, fue aprobada por el Congreso de la República la Ley 400 de 1997, al amparo de la cual se expidieron los Reglamentos de Construcción Sismo Resistente NSR-98 (1998), que substituyó al Código de 1984, y la actualización expedida en el 2010 como Reglamento NSR-10, hoy vigente.

le exige que es lo que se endilga a minuto 56, y para la época se podía construir sin estudios y sin licencias como está construida casi toda la parte antigua de la ciudad.

Nótese además que no hay prueba en el expediente de que la administración local sancionó a dueño alguno por la estructura levantada en la casa y menos aún a mi poderdante, y no puede existir tal prueba por el simple hecho que jamás fue así, y si existe por el contrario para el despacho presunción de que la construcción estaba perfecta⁴.

Adicionalmente, y no es válido y hace que deba revocarse la concurrencia de culpas, el hecho de que mi poderdante no fue el que construyó⁵, jamás la actividad constructiva estuvo bajo su custodia u órbita de manejo o direccionamiento o control, y legalmente la responsabilidad es subjetiva no puede ser impersonal, y es intransferible, y si no se tiene el control de la cosa pues no se tiene la posición de garante o guardián, por tanto, no puede afectarse al señor Ciprian Poveda en su patrimonio de manera directa por culpas que además de inexistentes (pues no era obligatorio tener estudios técnicos en la época) no fueron de su órbita de manejo, pero quien sí es víctima directa del hecho, pues los resultados del hecho dañino mismo se dieron de manera más grave al momento de ser propietario del inmueble y luego de que la demandada los haya reparado cosmética y superficialmente para luego sí al consolidarse todo el asentamiento mostrarse durante el ejercicio de su propiedad de manera grave y que son los que detonaron en detrimento en el valor del bien y su permanencia en el inmueble.

Para rematar, **la culpa concurrente debe presentarse al momento del hecho que genera el daño y el actuar de la víctima debe influenciar también en el resultado y ante todo influenciar de manera efectiva** y como se verá ningún actuar de mi poderdante fue efectivo para producir el daño.

Haciendo referencia a la concurrencia de culpas:

“es necesario determinar, inicialmente, si el hecho de la víctima tuvo importancia determinante en el resultado, si era esencial para que ella se diera.”⁶

*“(…) [P]ara que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código Civil **no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño**, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es el de que para deducir responsabilidad en tales supuestos (...) la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. **En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la***

⁴ Minuto 44 de audiencia de fallo.

⁵ En la existencia de la casa previamente son unísonas las escrituras públicas obrantes y los dichos de las partes en escritos introductorios e interrogatorios.

⁶ Gilberto Martínez Rave, La Responsabilidad extracontractual en Colombia. Pág. 240.

parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo (CLII, 109. - Cas. 17 de abril de 1991).⁷

Para interpretar si el hecho o actuar de la víctima, mi poderdante, es determinante o esencial en el resultado, la pregunta que viene al caso para enervar la errada concurrencia de culpas, es ¿si no se hubiese elevado la obra nueva vecina, la casa se hubiese dañado?

La respuesta la brinda la prueba pericial conducente y lo argumentado por el mismo despacho, que en resumen afirmo: el daño se dió por no seguir los lineamientos recomendados en estudio del suelo del año 1993 por la demandada, y luego construir sin ejecutarlos, y además, construir un tanque de agua subterráneo a afectar el subsuelo y excavar muy profundamente, todo ello generando sobre esfuerzo en los puntos de apoyo de los predios, y por ende el daño grave que llegó al punto de amenazar ruina y desplome en la casa.

Si lo anterior fue la causa, se concluye fácilmente que no tiene intervención alguna la existencia de la construcción previa, es decir no había actual concurrencia de actividades peligrosas, y menos aún, puede ser de recibo el haberse construido con o sin un estudio previo, no se trata de determinar culpa por tal aspecto si no de si ello influye o no en el daño, y por ello, no puede haber incidencia directa e influyente en el resultado, por el contrario, si no se hace el tanque de agua en lo profundo y se cumplen las 11 recomendaciones del estudio de suelos por la demandada, pues llanamente no estaríamos en este debate, se trato fue de un actuar imprudente de la responsable de la obra nueva quien sí pudo evitar el daño de haber acatado su estudio de suelos.

El problema no es que se construya sobre un suelo débil, simplemente se debe realizar con las condiciones técnicas y legales del momento en que se hace, que fue lo que hicieron los dueños de la casa anteriores a mi poderdante, y fue tan acertada la construcción que ni la casa, ni la de los vecinos sufrieron daños, y no se les puede exigir lo que en el momento no era exigible. El problema es no construir con las condiciones y refuerzos que el suelo le induce a tener que hacer y además construir agravando la situación del suelo y sobre esforzando lo que ya existe, que es por lo que se condena a la demandada, así vistas las cosas, queda demostrado que no hay actuar ni influencia directa de la construcción existente de la casa en el resultado posterior y no es casualidad que el grave daño surgió y se notó luego de construida la obra nueva, ello refuerza indiciariamente que el hecho directo que genera el daño fue la obra nueva y simultáneamente descarta la concurrencia de culpas.

Todo lo explicado derrumba igualmente la otra afirmación que aduce que hay concurrencia por haber “*adquirido un inmueble que no cumplió con las condiciones estructurales pertinentes para evitar daños como los demostrado*”. Ello, por cuanto como

⁷ Ratificado en sentencias en donde se habla de actividades peligrosas simultaneas y por parte de los involucrados de sala civil corte suprema de justicia, una de 6 de marzo de 1998 caso en el que un bus con sobre cupo y sin frenos golpea a una camioneta de platón que llevaba personas atrás y la corte con tal argumento elimina la concurrencia de culpas y la atribuye solo al bus. Y sentencia SC 2107 de 12 de junio de 2018, caso en el que deniega concurrencia y condena a tractomula que no observo normas de tránsito y golpea a bus que estaba estacionado sobre la berma.

se deduce de la prueba y de la cronología de los hechos, mi poderdante adquirió el bien cuando ya se había consolidado la imprudencia alertada por la demandada, por tanto, no pudo a título personal actuar en la producción del mismo, por ello, no hay concurrencia no influyó en el mismo y menos aún de manera importante o influyente, pero sí sufre daño patrimonial por el coletazo posterior del hecho dañino siendo propietario, además porque no podía exigir a su vendedor algo que ni siquiera las autoridades administrativas pueden exigir, cual es que se le presente estudios y licencia de construcción sobre lo que se construyó 40 años atrás cuando no era exigible tal requisito.

Además el inmueble tenía las condiciones estructurales adecuadas, pues antes de la obra nueva no había tenido daños ni había causado daños a sus vecinos y como se concluye de los interrogatorios de las partes, fue manejado por su vendedor porque se le afirmó que la demandada había realizado pañete a unas grietas y que el daño ya estaba solucionado y confió en la buena fe de su vendedor y de su vecina, jamás se imaginó que posteriormente se manifestara la versión más grave del asentamiento de la obra nueva.

Ahora, no existe norma técnica, ni legal que exija a un comprador realizar un estudio de suelos, única forma de determinar condiciones estructurales, que es lo que exige la interpretación del despacho, al momento de comprar un inmueble, su actuar prudente y diligente en tales casos solo va hasta realizar un estudio de títulos y verificaciones visuales que para la adquisición eran normales, y ello en modo alguno impide reclamación del perjuicio y menos aún que reconocida la culpa y el hecho generador tenga que además de ser víctima reducirse la indemnización que resarce su grave perjuicio.

No se puede dejar de lado que para que se dé la concurrencia de culpas el actuar de la víctima además de importante en producir el resultado, debe ser coetáneo o concomitante al del otro culpable, como se concluye mi poderdante fue víctima de los efectos que con el tiempo se generaron con ocasión de la imprudencia y actuar negligente del propietario de la obra nueva, es decir, el requisito de temporalidad no se da coetáneamente con el de la causal eficiente que degeneró posteriormente su inmueble, por tanto, jamás concurrió en causar el hecho dañino.

Menos aún porque sí se revisa bien, mi poderdante solo vino a conocer el tipo de suelo sobre el que se construyó el barrio JJ Vargas, cuando elaboró uno de los dos estudios que aportó y que se elaboran en el año 2006 para presentar la demanda, al concluir que su vendedor y su vecina le habían mentido y luego de ver y sufrir los graves daños que se presentaron y se preparó para iniciar la presente acción; y de otro lado, cuando la parte demandada aportó para este proceso con su contestación el estudio de suelos sobre el inmueble de la demandada (que son con los que la juez argumentó violó y no siguió y por ello evidencia su responsabilidad contra la obra nueva de 1993 pero que solo conoció la demandada), y que aportó al proceso en noviembre de 2012 y que para la fecha que adquiere mi poderdante el inmueble era imposible conocer.

Por tanto, a diferencia de la demandada que construyó sabiendo el tipo de suelo y las recomendaciones a seguir y no las cumplió y las agravó, no se le puede imputar misma culpa a mi poderdante por adquirir un bien en 2002 sobre información que solo conoció

tres años después cuando ya había adquirido el bien y cuando jamás había tenido acceso al estudio de suelos de su vecino y solo lo conoce hasta que se traba la litis.

Estas consideraciones perse hacen viable que el fallo sea revocado en el sentido de eliminar la concurrencia de culpas y declarar responsable únicamente a la demandada por los daños irrogados en el inmueble de mi poderdante.

2. EL LUCRO CESANTE FUE MAL CALCULADO.

- 2.1. En efecto, si se observa bien, el apoderado anterior, elevó la pretensión primera literal b) y solicitó por concepto de lucro cesante representado en los frutos o cánones de arrendamiento dejados de percibir por la suma de \$450.000 y por un periodo de 18 meses, cálculo que fue correctamente expuesto pero mal totalizado en la pretensión y replicado el error aritmético por el despacho, pero que al ser pedido expresamente bien en la pretensión en cuanto a la forma de determinar y al ser acogida la pretensión, se puede corregir en su resultado.

Ello por cuanto 18 meses a \$450.000 arroja un valor de \$ 8'100.000 y no \$4'950.000, así las cosas, si prospera el cargo anterior y se elimina la concurrencia de culpa y por ende la disminución en 50% de las condenas, en sentencia de segunda instancia debe condenarse por este concepto a la suma que genera la multiplicación bien indicada en la pretensión, es decir por \$ 8.100.00 y de confirmarse la concurrencia de culpas de todas maneras seria la condena por la suma de \$ 4'050.000.

- 2.2. Adicionalmente, el despacho incurrió en el error de no conceder sobre el mismo lucro cesante lo pretendido desde la presentación de la demanda y hasta la fecha de la sentencia, así como tampoco ordenó la justa indexación de lo condenado, siendo viable ambos aspectos, teniendo relación directa con el concepto solicitado ello porque el despacho sí puede a su arbitrio decretarlos, pues existe norma especial y doctrina probable que en el caso específico de temas de responsabilidad civil, sí permite el decreto de conceptos o consecuencias de estos así no hayan sido solicitados, y ello per se no implica trasgresión a la regla procesal de congruencia, así lo indica sala civil de la Corte Suprema de Justicia en expediente 6975 de cinco de octubre de 2004, como la sentencia del 10 de marzo de 1994 en el expediente 5002, como la del radicado 2004 -172 en sentencia del 18 de diciembre de 2012, sentencia del 7 de octubre de 1999, las sentencias de 20 de noviembre de 1943 del 12 de marzo de 1937 del 8 de julio de 1964.

En todas ellas se afirma que en responsabilidad civil y más específicamente en daño emergente y lucro cesante, al fallar se debe tener en cuenta la aplicación de los principios de reparación integral y equidad, tal cual lo autorizan el artículo 230 en la constitución y el artículo 32 del código civil, artículo octavo de la ley 153 de 1887 y artículo 16 de la ley 446 de 1998, de allí que:

“En este contexto, la aplicación del principio *arbitrium iudicis*, en lo pertinente, es entendido no como una facultad arbitraria o inverosímil, sino como un poder racional y prudente, enlazado, claro

está, con las reglas de la sana crítica, y con los criterios normativos o subreglas que ofrezca la jurisprudencia vigente, o los principios del derecho, en pos de mejores estándares probatorios de probabilidad lógica que avancen hacia la certidumbre, superando las ambivalencias y las dudas, extrayendo elementos de convicción de las pruebas existentes, a fin de hacer justicia, reparando integralmente a la víctima o causahabientes.⁸

*“lleva ineluctablemente a concluir que **“en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”**, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690).*

“[E]l juez tendrá que ordenar al demandado la restitutio in integrum a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño. Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el sentenciador tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio” (CSJ SC, 18 dic. 2012, Rad. 2004-00172-01).

Ello porque está demostrado en el expediente que mi poderdante tenía una construcción de dos pisos y recibía un arriendo mensual de \$450.000 de una de las plantas (de lo que hay prueba) y en la otra convivía, y al tener que abandonar el inmueble por amenazar ruina, claramente dejo de percibir el canon y además debió salir a pagar un arriendo, estos hechos y su cuantía están probados con el dictamen y sus aclaraciones suscritas por el neutro auxiliar de la justicia Gustavo Caicedo Lozano (que no fue declarada la objeción y que está en firme) y las declaraciones de parte.

Por tanto, acudiendo a tales criterios de equidad y reparación la restitución al estado anterior sería integral si se compensan como lucro cesante lo dejado de percibir como también lo que debió pagar para vivir en otro lugar tal cual como fue probado en peritaje referido sobre el cual además el despacho dejo en firme y sin tener por probada objeción alguna, y desde la fecha en que se fue del inmueble el demandante y hasta la fecha de la sentencia, y de allí tal suma debe ordenarse ser indexada hasta que se verifique su pago. Estas consideraciones hacen viable la reevaluación de la decisión de primera instancia en el aspecto compensatorio y de reparación en el sentido tal cual se solicita en cada acápite.

Del honorable magistrado,



NELSON ENRIQUE RUEDA RODRIGUEZ.

C.C. No. 79'876.545 de Bogotá.

T.P. No. 114.581 del C.S. de la J.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia sc 2107 de 12 de junio de 2018, mag Luis A Tolosa V.

Señores Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Magistrado Ponente: Dr. Juan Pablo Suárez Orozco
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: Ordinario de MIGUEL EUGENIO CIPRIAN POVEDA vs. DORA SILVA.- No. 2009-283.- Sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como apoderado de la parte demandada, estando dentro del término concedido para ello, de manera atenta concurro a sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada dentro del proceso aludido en la referencia.

1. CONTRA QUIEN CONSTRUYE BIEN NO CABE UNA CONDENA, MÁS SI LA VÍCTIMA INCURRIRIO EN CULPA.

Como se dijo al presentar ante el *a quo* los reparos a la providencia atacada, la parte que represento encuentra contraria a las evidencias del proceso la conclusión según la cual mi poderdante debe responder, así sea bajo la figura de la concurrencia de culpas, por los daños de la edificación del demandante CIPRIAN POVEDA.

La decisión correcta ha debido ser la absolución integral de DORA SILVA, entre otras cosas como lo anunció el sentido del fallo del primer juez que avocó este proceso, y que infortunadamente no dictó la correspondiente sentencia.

¿Por qué se afirma lo anterior? Paso a explicarlo.

1.1. Está probado que DORA SILVA construyó su edificio con el absoluto cumplimiento de las normas urbanísticas, y con total diligencia y cuidado.

En efecto, como se dijo al presentar los reparos de esta apelación, la edificación de DORA SILVA, a más de haberse construido con el lleno de los requisitos urbanísticos vigentes en su momento, posteriormente (muchos años después) no presentó alteraciones en su estructura (columnas, vigas, paredes, pisos etc.) que pudieran afectar la edificación vecina.

En suma, obró mi poderdante como hubiera obrado un persona diligente y cuidadosa colocada en la misma situación. En principio, pues, desde la óptica de la responsabilidad civil extracontractual esta conducta bastaría para absolverla de los cargo que le endilga el demandante.

1.2. La ruptura del nexo causal. La culpa de la víctima.

Sin embargo, estamos frente a una responsabilidad por actividades peligrosas (sin perjuicio de la consideración de que por llevar varios años de construido ya no se está ante un caso de actividades peligrosas), cuya nota distintiva, bien se sabe, es que la culpa se presume, no bastando, por tanto, al demandado acreditar diligencia y cuidado, sino que le resulta imperativo demostrar, para romper el nexo causal entre daño y culpa, la intervención de un factor extraño, que se ha dicho puede ser el de la culpa de la víctima.

Aquí, señores Magistrados, fue precisamente esto lo ocurrido, como paso a demostrarlo.

1.3. En qué consistió la culpa de MIGUEL EUGENCIO CIPRIAN POVEDA. El factor extraño.

Desde su misma edificación, la casa de MIGUEL EUGENIO CIPRIAN, que lo fue sin la licencia urbanística que era obligatoria, estuvo afectada por distintos defectos de construcción. Hay prueba, proveniente de un profesional contratado por el mismo demandante, de que, en relación con la casa:

"Se debe anotar que dicha cimentación es desde el punto de vista técnico muy pobre",

Y, además, que:

"La casa se encuentra cimentada sobre un estrato no competente dada su naturaleza heterogénea y contenido orgánico (basuras)".

Si esto es cierto, surge una pregunta inevitable, que infortunadamente la sentencia de primer grado no se formuló:

¿Si la casa de MIGUEL CIPRIAN se hubiera cimentado de manera correcta desde el punto de vista técnico, y sobre unos suelos o estratos competentes, y no sobre basuras, se habría deteriorado por la contracción del edificio?

Evidentemente no. Cualquier presión o fuerza que el edificio hubiera podido ejercer sobre la casa **de haberse esta cimentado adecuadamente y en suelos competentes**, habría sido recibida por una casa de sólidos cimientos, profundizados en suelos aptos, y ningún daño habría recibido.

Lo que ocurrió es que la casa estaba mal construida y en suelos no aptos para levantarla. Por ello se equivoca la sentencia atacada cuando encuentra que la construcción del edificio, así sea bajo la figura de la concurrencia de culpas, dañó la casa. No. La casa se dañó porque adolece de los dos graves vicios denunciados: construcción deficiente y en suelos no competentes.

De modo que se equivoca grandemente la sentencia cuando le endilga al edificio de mi poderdante la causa de su agrietamiento, obviando las consecuencias de estas falencias constructivas.

Resumen de lo dicho a este respecto, es que la casa se levantó sin la licencia urbanística respectiva, hecho que desde ya se yergue como circunstancia culposa de CIPRIAN POVEDA. Y no procede alegar que este no fue su constructor. Ciertamente esta primera responsabilidad le cabe a quien la construyó. Empero, no puede desconocerse que dentro de las previsiones exigibles a quien compra un inmueble está la de cerciorarse que el mismo se haya construido con el lleno de todos los requisitos exigidos por las autoridades urbanísticas, siendo el primero que le inmueble tenga licencia de construcción.

He aquí, pues, un hecho culposo de CIPRIAN POVEDA: comprar un inmueble sin licencia de construcción, hecho que tuvo graves repercusiones, como pasa a verse.

Bien se sabe que entre los requisitos que se exigen para el otorgamiento de una licencia de construcción está el de aportar los estudios de suelos y estructural. Como la casa que de forma negligente compró el demandante carecía de estos estudios, pues su constructor bien poco se cuidó de hacerlo sobre suelos adecuados y con la cimentación también adecuada.

Ahora bien, no puede desconocerse, que puede existir una edificación sin licencia que esté bien construida, como también la que sin tal requisito añada la circunstancia de estar deficientemente levantada, como es el caso del inmueble del demandante.

En efecto, está probado en el proceso, con un medio probatorio aportado por mismo CIPRIAN POVEDA, que

"La casa se encuentra cimentada sobre un estrato no competente dada su naturaleza heterogénea y contenido orgánico (basuras)".

Y no solo ello. Además, respecto del inmueble, lo dice el mismo experto

"Se debe anotar que dicha cimentación es desde el punto de vista técnico muy pobre".

Esta circunstancia, acredita que CIPRIAN no solo compró un inmueble sin licencia administrativa, sino deficientemente construido, tipificando su conducta un verdadero elemento extraño, que tiene la virtud de exonerar a la demandada DORA SILVA de toda responsabilidad civil.

1.4. Ante la presencia del elemento extraño la sentencia del a quo ha debido absolver a la demandada: lo que se construye bien físicamente no puede ser la causa del daño de lo que se construye mal

Se equivocó la sentencia impugnada al hallar una relación de causa-efecto entre la construcción del edificio y los daños de la casa. Lo que se construye bien y en suelos aptos no puede ser la causa de los daños de lo que se construyó defectuosamente y en suelos inaptos.

Además, se equivocó la sentencia cuando no advierte en su verdadera magnitud el impacto que en los daños de la casa tuvo el haberse cimentado de manera "... muy pobre", y de haberse hecho ello en un "...estrato no competente dada su naturaleza heterogénea y contenido orgánico (basuras)".

Olvidó analizar el fallo que el estudio de suelos de edificio, que encontró también esta situación de un primer suelo inapropiado, implicó que su cimentación se hiciera sobre un sustrato mucho más profundo, tanto que nunca, como también está probado, el edificio ha tenido problemas de grietas o desniveles. Es decir que en esta materia, hubo plena diligencia en la demandada la y culpa y negligencia en la construcción de la casa, y en quien la adquirió sin verificar su proceso de construcción.

Yerra también la sentencia al afirmar reiteradamente que DORA SILVA, cuando construyó el edificio, a pesar de haber obtenido licencia, no obró con la mira de no afectar la edificación vecina. No se entiende cómo cuando se construye con licencia de las autoridades urbanísticas, y cumpliendo rigurosamente los requisitos de diseño, alturas, suelos, estructuras, cimentación, etc., pueda afirmarse que quien así obra lo haga con culpa, con lo cual pareciera que la

sentencia está exigiéndole al constructor, requisitos que ni siquiera las autoridades contemplaron. Esta tesis llevaría al despropósito de que la culpa, así examinada, puede endilgársele a quienes expidieron la licencia.

Por tanto, afirmar que los estudios de la época (1993) fueron negligentes es una conclusión inaceptable, como lo es también sostener, sin ninguna prueba razonable y con base en una simple y peligrosa conjetura, que todos ellos miraron solo hacia el interior del edificio y no en sus efectos al exterior.

Si a estas gravísimas fallas se las hubiera analizado correctamente, se hubiera concluido que la **causa única y excluyente de los daños de la casa** fueron los vicios inherentes a su propia construcción, que de no haber existido, nada le hubiera ocurrido. Y de haber sido este el análisis, habría llegado la sentencia a advertir la presencia del elemento "culpa de la víctima", entendida como antes se explicó, y por tanto a absolver a quien represento.

Resumen de lo afirmado en este acápite, y sobre lo cual respetuosamente le solicito al H. Tribunal reparar de forma especial, es que jurídicamente resulta un contrasentido sostener que lo que bien se construye puede ser la causa de los daños de lo que mal se construye. Y que si esta deficiencia se prueba –como en este asunto está probada–, ello debe declararse como una culpa de la víctima, que exonera derechamente a la demandada

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA SE EQUIVOCÓ AL ANALIZAR LOS DICTAMENES PERICIALES OBRANTES EN EL PROCESO

2.1 La sentencia omitió valorar en su verdadera dimensión el concepto del ingeniero especializado en patología de estructuras HAROLD MUÑOZ MUÑOZ

De entrada debe acotarse que ignoró olímpicamente el fallador *a quo* lo conceptualizado por uno de los más reputados ingenieros estructurales del país, el doctor HAROLD MUÑOZ MUÑOZ, especializado en patología de estructuras, quien claramente conceptualizó que el edificio, luego de varios años de construido no tenía ninguna falla estructural, precisamente porque sus cimientos fueron realizados con el seguimiento de todas las normas estructurales del momento.

Ello demuestra, y solicito que se excuse mi insistencia, que el edificio estuvo muy bien construido, y que por ello no pudo ser la causa de los daños de la casa: estos fueron ocasionados por sus fallas constructivas internas.

Resulta importante, a este respecto, indicar que el ingeniero MUÑOZ MUÑOZ orientó su estudio a

“...evaluar las condiciones de comportamiento del edificio a raíz de algunas manifestaciones de daño que se han presentado en la casa colindante hacia el costado sur”.

Y que, como producto de su estudio, llegó estas conclusiones:

“...se concluye de manera diáfana que la edificación posee un óptimo comportamiento sin evidencia de ningún tipo de daño, sin presentar tampoco asentamientos diferenciales ni desplome de ningún tipo que genere acciones sobre las edificaciones que se encuentran en su vecindad”. (subrayas del suscrito).

Además, el ingeniero MUÑOZ, en cuanto hace a la casa, afirma que a sus daños

“...se les debe establecer su naturaleza a partir de la interpretación técnica debidamente soportada que permita conocer sobre los antecedentes, comportamientos, reformas, ampliaciones, modificaciones y demás aspectos que pueden influir en la respuesta estructural, inclusive con las consideraciones técnicas que permitan prever daños en las edificaciones vecinas en el mediano o corto plazo”.

2.2. La sentencia valoró equivocadamente el dictamen del ingeniero MARIO CAMILO TORRES

Este ingeniero conceptuó sobre los daños de la casa del demandante y su causa. Es que no se puede conceptuar en este sentido sin haber, igualmente, analizado las características técnicas, el tipo de estructura, la cimentación, los suelos sobre los que fue construido el edificio, desde luego que solo del análisis de todos estos elementos podía llegarse a conclusiones acertadas. De allí que este peritazgo no pueda tenerse como prueba adecuada del origen de los daños. Más cuando el estudio no comprendió una valoración física del mismo.

¿Cómo puede resultar acertado y serio un dictamen pericial que parte de omitir que la casa del señor SILVA CIPRIAN, como lo dijo el propio ingeniero contratado por este, que la edificación se había cimentado de una manera “... muy pobre”, y en un “...estrato no competente dada su naturaleza heterogénea y contenido orgánico (basuras)”.

Esta falencia técnica afecta en su integridad las conclusiones aportadas por el citado ingeniero.

Además esta experticia envuelve suposiciones sin respaldo técnico, como afirmar, sin ninguna prueba, que la construcción del tanque de agua fue la causa del daño de la edificación del demandante: si la licencia lo autorizó fue porque técnicamente no ofrecía riesgos a los vecinos. Además, no hay ninguna prueba –y si las había, que no las hay, la sentencia estaba obligada a citarlas-, de que las recomendaciones para construir el tanque de agua no hayan sido atendidas.

Todo esto, descartando como principio que construir un tanque de agua en un edificio, cumpliendo las reglas y especificaciones técnicas que la ciencia estructural y las normas urbanísticas exigen para ello, sea peligroso para las edificaciones contiguas. Si así fuera ningún edificio podría tener tanques de agua, lo cual, en sí mismo, es absurdo.

Infortunadamente, la sentencia se basa en las señaladas conjeturas del perito para condenar a mi poderdante, incurriendo en las mismas falencias de análisis en que este incurre.

También ignoró la sentencia que cuando se presentó la demanda, ya el edificio tenía muchos años de construido, luego no existía, en sí, una actividad construcción tipificante de actividades peligrosas, lo cual tiene incidencia en la demostración de la culpa.

Agrego, finalmente, que la sentencia no reconoció la trascendencia que tiene el dictamen del ingeniero CARLOS RESTREPO sobre las características de las dos construcciones.

2.3. La sentencia de primer grado no tuvo en cuenta que el dictamen sobre el lucro cesante fue objetado por error grave y que CIPRIAN al vender el inmueble impidió su contradicción

5. También se elevaron reparos a las consideraciones de la sentencia en torno al dictamen sobre el lucro cesante. Como aparece en el expediente este fue objetado por error grave, luego de que se pidiera su aclaración y complementación. Pero ocurrió que como **CIPRIAN POVEDA vendió la casa por \$ 500.000.000** (tema que acertadamente la sentencia tuvo en cuenta) no se pudo completar la contradicción del dictamen, a pesar de que este apoderado solicitó que el nuevo dictamen se hiciera sobre los elementos de prueba obrantes en el expediente.

Así, pues, mal podía este dictamen ser considerado como un válido medio de prueba, y al no haber advertido esta situación erró la sentencia de primer grado, pues no puede considerarse válido un dictamen que, por manifiesta culpa de una de las partes, en este caso del señor CIPRIAN POVEDA, no pudo someterse a su debida contradicción.

Es por lo anterior que no pueden tenerse como probados los conceptos que tuvo en cuenta la sentencia para determinar el valor total de la indemnización por este concepto, en especial en el valor dado a la casa de CIPRIAN. Lo correcto ha debido ser desechar en su totalidad el dictamen por adolecer de graves falencias, y por no haberse podido surtir su debida contradicción, como se demostró con los memoriales con los cuales se solicitó su aclaración y complementación y luego se le objetó por error grave.

Es por todo lo antes expresado que de forma respetuosa solicito **REVOCAR** la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a la demandada DORA SILVA de la responsabilidad civil que se pretende con la demanda.

Señores Magistrados,



FERNANDO JARAMILLO VARGAS
T.P. No. 18.6329 del C.S.J.

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
Mag. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO
E.S.D.

REFERENCIA: 110013110031 **2009 – 283 02**
APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCESO ORDINARIO
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
JUZGADO ORIGEN: CUARENTA Y SEIS CIVIL CIRCUITO DE BOGOTÁ
DEMANDANTE: **MIGUEL EUGENIO CIPRIAN.**
CONTRA: **DORA SILVA.**
Asunto: **Alegatos de sustentación.**

“El derecho positivo, cuya aplicación está garantizada por la coacción ejercida contra los oponentes, es el medio confiado al Estado para permitirle asegurar el bien común sobre la base de la justicia y de la seguridad de la justicia, sobre todo, porque la seguridad injusta sería tan solo una seguridad falsa.”
Louis Le Fur.

NELSON ENRIQUE RUEDA RODRÍGUEZ, mayor de edad, con domicilio profesional en ésta ciudad e identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado judicial del demandante dentro de la referencia, por medio de la presente, me permito presentar en termino las alegaciones que sustentan mi recurso de alzada tal cual lo prescribe el artículo 327 del CGP y el artículo 14 del decreto legislativo 806 de 2020, este escrito retomará entonces sobre los reparos que el suscrito circunscribió solamente a la determinación de existencia de concurrencia de culpa y a la tasación del daño emergente y lucro cesante:

1. NO EXISTE CONCURRENCIA O COMPENSACIÓN DE CULPAS.

En la lectura de la sentencia se aplica el régimen de responsabilidad civil extracontractual y como criterio de atribución se alerta la de actividad peligrosa por obra nueva, tal cual lo afirmó y argumentó el despacho; adicionalmente se alertó la existencia de la presunción del artículo 2356 del CC, la cual se consideró no fue desvirtuada en la referencia, de allí que dedujo responsabilidad de la demandada al no tener la precaución necesaria ni realizar lo necesario para evitar o mitigar los daños en los predios contiguos y basado en prueba pericial técnica (varios estudios en especial el realizado por ingenieros de suelos con doctorado de la Universidad Nacional).

Adicionalmente, tuvo por demostrado que los daños en el predio de mi poderdante se dieron con ocasión de la construcción del edificio Dora, de propiedad de la demandada, pues por la excavación profunda y un tanque de agua subterránea y el asentamiento del

mismo edificio sobre esforzó los puntos de apoyo de los predios, generando que el predio del demandante tuviese que ser desocupado y amenazar ruina por peligro de desplome (ver y escuchar excelente resumen de argumentación de sustentación de responsabilidad del minuto 52:41 al 56 de audiencia de fallo).

En lo anterior el despacho fue prolífico y en acertada sustentación en extenso hace denotar claramente las acciones y omisiones del constructor del edificio y su influencia en el daño, aspecto desde el cual finca responsabilidad y de la mano de las conclusiones del peritaje principal, de otros de parte, y del estudio de suelos, previo a la obra nueva que aportó la misma demandada, es que aflora claro que el constructor sabía sobre qué tipo de suelo construía y que no realizó acciones para mitigar posibles daños que le advirtieron, y que por el contrario, para agravar la situación realizó tanques subterráneos, excavo profundamente, y aumento el riesgo y no siguió las recomendaciones técnicas dadas.

Si lo anterior es así, es claro que, el despacho se equivoca cuando alude que el demandante también fue imprudente y participo también en la generación del daño, pues la misma argumentación y la prueba con la que sustentó, respecto de la obra nueva, excluye cualquier posible participación del demandante en la producción del daño; una cosa no puede ser y no ser a la vez. ¿si la causa del daño contundentemente fue la realización del edificio, cómo a la vez entender que la construcción que llevaba 30 años anteriores y era estable y perfecta tuvo algo que ver?.

En efecto, mas de una hora de sustentación con lujo de detalles y transcripción de lo dicho por análisis técnicos, indicaron que la construcción nueva fue la que generó sobre esfuerzos que alteraron la normalidad de los inmuebles, y que la casa ya había asentado, y que el daño lo genera la nueva carga, y ningún estudio de los largamente transcritos apunta a indicar responsabilidad alguna por la construcción antigua de la víctima como causa de daño desde el punto de vista técnico, es decir, se llega al resultado interpretativo netamente desde lo jurídico sin que existe en expediente prueba técnica que inculpe al demandante (que es la única conducente para tal tipo de conclusiones).

De hecho, si se escucha bien la audiencia, son solo dos frases argumentativas las que sustentan la concurrencia de culpas, y por ende, la compensación en la forma indemnizatoria, (hacia minuto 56 de audiencia de fallo) en tan solo 25 segundos argumenta el despacho que la demandante también es culpable en el daño producido porque:

“concurrió una omisión por parte del constructor de la casa de dos pisos al momento de planear y edificar la estructura, pues no se realizaron los estudios pertinentes para su construcción, prueba de ella es que los estudios técnicos revelaron que la misma se encontraba cimentada sobre un estrato no competente dada su naturaleza y contenido orgánico basuras”,

luego a minuto 1'02:00, en tan solo 30 segundos indica: *“grado de responsabilidad que debe soportar por haber adquirido un inmueble que no cumplió con las condiciones estructurales pertinentes para evitar daños como los demostrado luego su conducta se enmarca dentro del escenario de la culpa compartida.”*

Como se avizora y ya se delineó, el argumento con el que se disminuye la condena aduciendo concurrencia de culpas es inentendible, pues tiene dos contradicciones.

Una la de afirmar que la causa de daño es la obra nueva y las omisiones y acciones en la construcción nueva, pero luego decir que en parte de culpa de igual trascendencia (disminuye la condena en 50%), por haberse construido una edificación 50 años atrás sin estudios de suelos. Y la segunda, en achacarle la concurrencia a dos causas bien distintas, pues primero alude a la construcción sin estudios técnicos 30 años atrás cuando se eleva la casa por una propietaria anterior y esta persona luego le vende a Álvaro Penagos y este en el año 2002 vende a mi poderdante,¹ y luego al estudiar las excepciones al aducir que es por comprar mi poderdante en el año 2002 un bien que no cumplió con las condiciones estructurales pertinentes para evitar daños.

Es decir, la argumentación es contradictoria, en el primer punto y que es el medular, como bien lo aduce el mismo despacho la responsabilidad fue de la obra nueva y ya nos referimos la forma de como la prueba bien analizada así lo hizo ver (ver excelente resumen de argumentación de sustentación de responsabilidad del minuto 52:41 al 56), y se refuerza con el hecho como lo afirma y lo tuvo por probado el despacho, no hay en el plenario actas de vecindad de estado físico de vecinos lo que llevo a la juzgadora a como lo dijo expresamente a “presumir” su buen estado (minuto 43 a 44:29 de audiencia de fallo), es decir, para este proceso se parte de la base que al año de construcción del edificio la casa estaba en perfectas condiciones, si ello es así, no puede afirmarse a la vez que la construcción de la casa era deficiente con anterioridad a la nueva construcción y sin prueba técnica alguna que lo afirme y lo permita inferir, disminuir la condena es totalmente injusto.

Adicionalmente, es claro que el concepto que obra en el expediente de Espinoza y Restrepo, claramente indicó para el año 2006 respecto de la casa que “su asentamiento es normal”; en efecto, la construcción de la casa data de los años sesenta y el asentamiento de un predio se da entre los 2 a 10 años luego de su construcción en términos generales, por tanto, claramente se infiere, y el estudio lo dice, la construcción realizada en la casa ya había surtido su normal fenómeno de asentamiento y estaba en perfecto estado, y como se probó, y se dejó sentado por el despacho, el demandado no probó como causa de exoneración de responsabilidad que los daños hubiesen sido causados por la construcción de mi poderdante (escuchar minuto 53), y que los cambios en los esfuerzos se dieron luego de construido el edificio de la demandada. Entonces no es posible sostener a la vez lo contrario y sin sustento alguno, como bien lo afirma el despacho la obra nueva debía tomar las precauciones y desarrollar las actividades que le recomendaron en estudios técnicos en el año 1993 y que conocía la demandada para no generar daños a su vecinos, ¿si no se tomaron, y por el contrario y adicionalmente se desarrollaron ejecuciones anormales que agravaron la situación del suelo y los esfuerzos de los inmuebles, entonces, como poder vincular que el daño se genera por la construcción que existía 35 años atrás y anteriores a la nueva construcción?

¹ Ver anotaciones de certificado de libertad.

De otro lado y muy importante y que paso por desapercibido, la mayoría de la parte centro y noroccidental de Bogotá está construida sobre lagunas que fueron rellenadas y luego se generaron los asentamientos urbanos², de allí que el suelo sea relleno de material arcilloso y basura, pero tal condición de suelo es para todo el sector no solo para los inmuebles objeto de debate, pero de allí aducir que ello perse genera presencia de daños en todos los inmuebles no es cierto, sería tanto como afirmar que todos los inmuebles de la zona centro y noroccidental de Bogotá deben estar agrietados y en mal estado, y además es tanto como generar una presunción de culpa que es la que pretende aplicarse para crear la concurrencia de culpas por construir sobre este tipo de suelo.

Por el contrario, y precisamente, por ello es que, de manera tardía el estado y los entes territoriales entraron a regular el tema y exigieron que para construir debía realizarse estudios técnicos de suelos, y ante todo, reforzar y seguir indicaciones que generen tales estudios y ejecutar tal cual sugiere el estudio, siempre buscando evitar causar perjuicios a los vecinos, que fue precisamente lo que NO hizo la demandada y por ello se declaró responsable.

Ahora bien, la pregunta que surge es a partir de cuándo se debía contar con estudios técnicos previos para construir, y de allí intentar argumentar ilegalidad alguna en la construcción elevada en la casa, pues bien, tal obligación solo surge a partir del año 1984 a través del código Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes,³ por tanto, para la fecha de construcción de la casa, años sesenta, no era obligatorio solicitar licencia de construcción, y por ello no se realizaban estudios técnicos que son los que dan vida a la licencia, así las cosas, no se puede sancionar patrimonialmente a mi poderdante y reducir su justa indemnización, por el actuar del constructor inicial de la casa cuarenta años atrás a la fecha en que adquirir el inmueble, y menos aún, por la existencia o no de un estudio que no está probado en el expediente si existe o no, pero, ante todo, sencillamente porque nadie está obligado a lo que el ordenamiento jurídico no

² "Bogotá es una ciudad que está construida en gran medida sobre terrenos que antiguamente eran humedales. Se supone que había unas 50 mil hectáreas de humedal sobre esta orilla izquierda del río Bogotá", afirmó Germán Andrade, profesor de la Universidad de los Andes y subdirector científico del Instituto Humboldt, autor de varios artículos científicos sobre los humedales bogotanos..."

"Hay otras zonas icónicas que le han ido quitando espacios a los humedales, como el caso del humedal de La Conejera. Gran parte del barrio Compartir fue construido sobre el humedal. Si uno hace una excavación de un metro, va a encontrar ahí escombros, sanitarios, llantas, cualquier cantidad de basura", explicó Fernando Gómez, consultor ambiental.

Gómez además aseguró que esa experiencia de construir sobre humedales se ha repetido en "todo el borde occidental de Bogotá: Kennedy, Bosa, Fontibón y las zonas rurales de la sabana de Bogotá y del sur. Allí ha permeado que desafortunadamente han sido procesos ilegales, no están reglamentadas las zonas de escombros. Bogotá, desafortunadamente ha sido construida casi en su 60% de manera ilegal". <https://www.rcnradio.com/bogota/cerca-del-60-bogota-esta-construido-humedales>

³ El Código Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes expedido por medio del Decreto-Ley 1400 de 1984 fue un primer intento de normalización del diseño y construcción de estructuras en el medio nacional y estuvo vigente durante 14 años. Después, fue aprobada por el Congreso de la República la Ley 400 de 1997, al amparo de la cual se expidieron los Reglamentos de Construcción Sismo Resistente NSR-98 (1998), que substituyó al Código de 1984, y la actualización expedida en el 2010 como Reglamento NSR-10, hoy vigente.

le exige que es lo que se endilga a minuto 56, y para la época se podía construir sin estudios y sin licencias como está construida casi toda la parte antigua de la ciudad.

Nótese además que no hay prueba en el expediente de que la administración local sancionó a dueño alguno por la estructura levantada en la casa y menos aún a mi poderdante, y no puede existir tal prueba por el simple hecho que jamás fue así, y si existe por el contrario para el despacho presunción de que la construcción estaba perfecta⁴.

Adicionalmente, y no es válido y hace que deba revocarse la concurrencia de culpas, el hecho de que mi poderdante no fue el que construyó⁵, jamás la actividad constructiva estuvo bajo su custodia u órbita de manejo o direccionamiento o control, y legalmente la responsabilidad es subjetiva no puede ser impersonal, y es intransferible, y si no se tiene el control de la cosa pues no se tiene la posición de garante o guardián, por tanto, no puede afectarse al señor Ciprian Poveda en su patrimonio de manera directa por culpas que además de inexistentes (pues no era obligatorio tener estudios técnicos en la época) no fueron de su órbita de manejo, pero quien sí es víctima directa del hecho, pues los resultados del hecho dañino mismo se dieron de manera más grave al momento de ser propietario del inmueble y luego de que la demandada los haya reparado cosmética y superficialmente para luego sí al consolidarse todo el asentamiento mostrarse durante el ejercicio de su propiedad de manera grave y que son los que detonaron en detrimento en el valor del bien y su permanencia en el inmueble.

Para rematar, **la culpa concurrente debe presentarse al momento del hecho que genera el daño y el actuar de la víctima debe influenciar también en el resultado y ante todo influenciar de manera efectiva** y como se verá ningún actuar de mi poderdante fue efectivo para producir el daño.

Haciendo referencia a la concurrencia de culpas:

“es necesario determinar, inicialmente, si el hecho de la víctima tuvo importancia determinante en el resultado, si era esencial para que ella se diera.”⁶

*“(…) [P]ara que opere la compensación de culpas de que trata el artículo 2357 del Código Civil **no basta que la víctima se coloque en posibilidad de concurrir con su actividad a la producción del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue, sino que se demuestre que la víctima efectivamente contribuyó con su comportamiento a la producción del daño**, pues el criterio jurisprudencial en torno a dicho fenómeno es el de que para deducir responsabilidad en tales supuestos (...) la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio. De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del Código Civil. **En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la***

⁴ Minuto 44 de audiencia de fallo.

⁵ En la existencia de la casa previamente son unísonas las escrituras públicas obrantes y los dichos de las partes en escritos introductorios e interrogatorios.

⁶ Gilberto Martínez Rave, La Responsabilidad extracontractual en Colombia. Pág. 240.

parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo (CLII, 109. - Cas. 17 de abril de 1991).⁷

Para interpretar si el hecho o actuar de la víctima, mi poderdante, es determinante o esencial en el resultado, la pregunta que viene al caso para enervar la errada concurrencia de culpas, es ¿si no se hubiese elevado la obra nueva vecina, la casa se hubiese dañado?

La respuesta la brinda la prueba pericial conducente y lo argumentado por el mismo despacho, que en resumen afirmo: el daño se dió por no seguir los lineamientos recomendados en estudio del suelo del año 1993 por la demandada, y luego construir sin ejecutarlos, y además, construir un tanque de agua subterráneo a afectar el subsuelo y excavar muy profundamente, todo ello generando sobre esfuerzo en los puntos de apoyo de los predios, y por ende el daño grave que llegó al punto de amenazar ruina y desplome en la casa.

Si lo anterior fue la causa, se concluye fácilmente que no tiene intervención alguna la existencia de la construcción previa, es decir no había actual concurrencia de actividades peligrosas, y menos aún, puede ser de recibo el haberse construido con o sin un estudio previo, no se trata de determinar culpa por tal aspecto si no de si ello influye o no en el daño, y por ello, no puede haber incidencia directa e influyente en el resultado, por el contrario, si no se hace el tanque de agua en lo profundo y se cumplen las 11 recomendaciones del estudio de suelos por la demandada, pues llanamente no estaríamos en este debate, se trato fue de un actuar imprudente de la responsable de la obra nueva quien sí pudo evitar el daño de haber acatado su estudio de suelos.

El problema no es que se construya sobre un suelo débil, simplemente se debe realizar con las condiciones técnicas y legales del momento en que se hace, que fue lo que hicieron los dueños de la casa anteriores a mi poderdante, y fue tan acertada la construcción que ni la casa, ni la de los vecinos sufrieron daños, y no se les puede exigir lo que en el momento no era exigible. El problema es no construir con las condiciones y refuerzos que el suelo le induce a tener que hacer y además construir agravando la situación del suelo y sobre esforzando lo que ya existe, que es por lo que se condena a la demandada, así vistas las cosas, queda demostrado que no hay actuar ni influencia directa de la construcción existente de la casa en el resultado posterior y no es casualidad que el grave daño surgió y se notó luego de construida la obra nueva, ello refuerza indiciariamente que el hecho directo que genera el daño fue la obra nueva y simultáneamente descarta la concurrencia de culpas.

Todo lo explicado derrumba igualmente la otra afirmación que aduce que hay concurrencia por haber “*adquirido un inmueble que no cumplió con las condiciones estructurales pertinentes para evitar daños como los demostrado*”. Ello, por cuanto como

⁷ Ratificado en sentencias en donde se habla de actividades peligrosas simultaneas y por parte de los involucrados de sala civil corte suprema de justicia, una de 6 de marzo de 1998 caso en el que un bus con sobre cupo y sin frenos golpea a una camioneta de platón que llevaba personas atrás y la corte con tal argumento elimina la concurrencia de culpas y la atribuye solo al bus. Y sentencia SC 2107 de 12 de junio de 2018, caso en el que deniega concurrencia y condena a tractomula que no observo normas de tránsito y golpea a bus que estaba estacionado sobre la berma.

se deduce de la prueba y de la cronología de los hechos, mi poderdante adquirió el bien cuando ya se había consolidado la imprudencia alertada por la demandada, por tanto, no pudo a título personal actuar en la producción del mismo, por ello, no hay concurrencia no influyó en el mismo y menos aún de manera importante o influyente, pero sí sufre daño patrimonial por el coletazo posterior del hecho dañino siendo propietario, además porque no podía exigir a su vendedor algo que ni siquiera las autoridades administrativas pueden exigir, cual es que se le presente estudios y licencia de construcción sobre lo que se construyó 40 años atrás cuando no era exigible tal requisito.

Además el inmueble tenía las condiciones estructurales adecuadas, pues antes de la obra nueva no había tenido daños ni había causado daños a sus vecinos y como se concluye de los interrogatorios de las partes, fue manejado por su vendedor porque se le afirmó que la demandada había realizado pañete a unas grietas y que el daño ya estaba solucionado y confió en la buena fe de su vendedor y de su vecina, jamás se imaginó que posteriormente se manifestara la versión más grave del asentamiento de la obra nueva.

Ahora, no existe norma técnica, ni legal que exija a un comprador realizar un estudio de suelos, única forma de determinar condiciones estructurales, que es lo que exige la interpretación del despacho, al momento de comprar un inmueble, su actuar prudente y diligente en tales casos solo va hasta realizar un estudio de títulos y verificaciones visuales que para la adquisición eran normales, y ello en modo alguno impide reclamación del perjuicio y menos aún que reconocida la culpa y el hecho generador tenga que además de ser víctima reducirse la indemnización que resarce su grave perjuicio.

No se puede dejar de lado que para que se dé la concurrencia de culpas el actuar de la víctima además de importante en producir el resultado, debe ser coetáneo o concomitante al del otro culpable, como se concluye mi poderdante fue víctima de los efectos que con el tiempo se generaron con ocasión de la imprudencia y actuar negligente del propietario de la obra nueva, es decir, el requisito de temporalidad no se da coetáneamente con el de la causal eficiente que degeneró posteriormente su inmueble, por tanto, jamás concurrió en causar el hecho dañino.

Menos aún porque sí se revisa bien, mi poderdante solo vino a conocer el tipo de suelo sobre el que se construyó el barrio JJ Vargas, cuando elaboró uno de los dos estudios que aportó y que se elaboran en el año 2006 para presentar la demanda, al concluir que su vendedor y su vecina le habían mentido y luego de ver y sufrir los graves daños que se presentaron y se preparó para iniciar la presente acción; y de otro lado, cuando la parte demandada aportó para este proceso con su contestación el estudio de suelos sobre el inmueble de la demandada (que son con los que la juez argumentó violó y no siguió y por ello evidencia su responsabilidad contra la obra nueva de 1993 pero que solo conoció la demandada), y que aportó al proceso en noviembre de 2012 y que para la fecha que adquiere mi poderdante el inmueble era imposible conocer.

Por tanto, a diferencia de la demandada que construyó sabiendo el tipo de suelo y las recomendaciones a seguir y no las cumplió y las agravó, no se le puede imputar misma culpa a mi poderdante por adquirir un bien en 2002 sobre información que solo conoció

tres años después cuando ya había adquirido el bien y cuando jamás había tenido acceso al estudio de suelos de su vecino y solo lo conoce hasta que se traba la litis.

Estas consideraciones perse hacen viable que el fallo sea revocado en el sentido de eliminar la concurrencia de culpas y declarar responsable únicamente a la demandada por los daños irrogados en el inmueble de mi poderdante.

2. EL LUCRO CESANTE FUE MAL CALCULADO.

- 2.1. En efecto, si se observa bien, el apoderado anterior, elevó la pretensión primera literal b) y solicitó por concepto de lucro cesante representado en los frutos o cánones de arrendamiento dejados de percibir por la suma de \$450.000 y por un periodo de 18 meses, cálculo que fue correctamente expuesto pero mal totalizado en la pretensión y replicado el error aritmético por el despacho, pero que al ser pedido expresamente bien en la pretensión en cuanto a la forma de determinar y al ser acogida la pretensión, se puede corregir en su resultado.

Ello por cuanto 18 meses a \$450.000 arroja un valor de \$ 8´100.000 y no \$4´950.000, así las cosas, si prospera el cargo anterior y se elimina la concurrencia de culpa y por ende la disminución en 50% de las condenas, en sentencia de segunda instancia debe condenarse por este concepto a la suma que genera la multiplicación bien indicada en la pretensión, es decir por \$ 8.100.00 y de confirmarse la concurrencia de culpas de todas maneras seria la condena por la suma de \$ 4´050.000.

- 2.2. Adicionalmente, el despacho incurrió en el error de no conceder sobre el mismo lucro cesante lo pretendido desde la presentación de la demanda y hasta la fecha de la sentencia, así como tampoco ordenó la justa indexación de lo condenado, siendo viable ambos aspectos, teniendo relación directa con el concepto solicitado ello porque el despacho sí puede a su arbitrio decretarlos, pues existe norma especial y doctrina probable que en el caso específico de temas de responsabilidad civil, sí permite el decreto de conceptos o consecuencias de estos así no hayan sido solicitados, y ello per se no implica trasgresión a la regla procesal de congruencia, así lo indica sala civil de la Corte Suprema de Justicia en expediente 6975 de cinco de octubre de 2004, como la sentencia del 10 de marzo de 1994 en el expediente 5002, como la del radicado 2004 -172 en sentencia del 18 de diciembre de 2012, sentencia del 7 de octubre de 1999, las sentencias de 20 de noviembre de 1943 del 12 de marzo de 1937 del 8 de julio de 1964.

En todas ellas se afirma que en responsabilidad civil y más específicamente en daño emergente y lucro cesante, al fallar se debe tener en cuenta la aplicación de los principios de reparación integral y equidad, tal cual lo autorizan el artículo 230 en la constitución y el artículo 32 del código civil, artículo octavo de la ley 153 de 1887 y artículo 16 de la ley 446 de 1998, de allí que:

“En este contexto, la aplicación del principio *arbitrium iudicis*, en lo pertinente, es entendido no como una facultad arbitraria o inverosímil, sino como un poder racional y prudente, enlazado, claro

está, con las reglas de la sana crítica, y con los criterios normativos o subreglas que ofrezca la jurisprudencia vigente, o los principios del derecho, en pos de mejores estándares probatorios de probabilidad lógica que avancen hacia la certidumbre, superando las ambivalencias y las dudas, extrayendo elementos de convicción de las pruebas existentes, a fin de hacer justicia, reparando integralmente a la víctima o causahabientes.⁸

*“lleva ineluctablemente a concluir que **“en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”**, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690).*

“[E]l juez tendrá que ordenar al demandado la restitutio in integrum a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño. Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el sentenciador tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio” (CSJ SC, 18 dic. 2012, Rad. 2004-00172-01).

Ello porque está demostrado en el expediente que mi poderdante tenía una construcción de dos pisos y recibía un arriendo mensual de \$450.000 de una de las plantas (de lo que hay prueba) y en la otra convivía, y al tener que abandonar el inmueble por amenazar ruina, claramente dejo de percibir el canon y además debió salir a pagar un arriendo, estos hechos y su cuantía están probados con el dictamen y sus aclaraciones suscritas por el neutro auxiliar de la justicia Gustavo Caicedo Lozano (que no fue declarada la objeción y que está en firme) y las declaraciones de parte.

Por tanto, acudiendo a tales criterios de equidad y reparación la restitución al estado anterior sería integral si se compensan como lucro cesante lo dejado de percibir como también lo que debió pagar para vivir en otro lugar tal cual como fue probado en peritaje referido sobre el cual además el despacho dejo en firme y sin tener por probada objeción alguna, y desde la fecha en que se fue del inmueble el demandante y hasta la fecha de la sentencia, y de allí tal suma debe ordenarse ser indexada hasta que se verifique su pago. Estas consideraciones hacen viable la reevaluación de la decisión de primera instancia en el aspecto compensatorio y de reparación en el sentido tal cual se solicita en cada acápite.

Del honorable magistrado,



NELSON ENRIQUE RUEDA RODRIGUEZ.

C.C. No. 79'876.545 de Bogotá.

T.P. No. 114.581 del C.S. de la J.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia sc 2107 de 12 de junio de 2018, mag Luis A Tolosa V.

Señores

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Sala Civil

M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora

E. S. D.

Proceso: **Verbal de Pertenencia**
Demandante: **María Eugenia Díaz y José Joaquín Reyes**
Demandados: **Alicia Restrepo de Botero y personas indeterminadas**
Expediente: **37-2019-470**
Asunto: **Sustentación del recurso de apelación como curador ad - litem**

Rafael Alberto Ariza Vesga, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 79.952.462 expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. 112.914 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como Curador *Ad-litem* de las **personas indeterminadas**, según designación del Despacho, mediante el presente escrito respetuosamente me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

I. Argumentos que sustentan el recurso de apelación

Primero: indebida identificación del bien objeto de usucapión – incorrecta valoración de los documentos que obran en el proceso y ausencia de alinderación del bien

Como primer argumento que sustenta el recurso de apelación, plantearemos que la parte demandante no cumplió con la carga que le correspondía en cuanto a identificar en debida forma el bien frente al cual pretende se declare su prescripción adquisitiva. Ello, debido a que los documentos que fueron aportados al proceso generan serias dudas en torno al bien objeto de usucapión, pues presentan inconsistencias que no fueron saneadas en el curso del proceso.

En efecto, nótese que en el escrito de demanda se solicita que se declare que los accionantes adquirieron a través de la prescripción adquisitiva el bien identificado de la siguiente forma:

Inmueble identificado con Cra. 78F bis 46A-77 Sur de Bogotá con chip catastral No. AAA0052ZHMR con un área aproximada de 73.13 mts² ubicado en el barrio el socorro del Bogotá D.C:

Sin embargo, conforme se desprende de la promesa de compraventa que fue aportada al proceso, a los accionantes les habría sido entregado un bien distinto por parte del promitente vendedor, el cual fue identificado de la siguiente forma en el contrato referido:

comprador, quien a su vez se compromete a comprarle una casa de tres pisos, en la carrera 79 No.45-67 sur barrio Perpetuo socorro Con una extensión superficiaria de 75 Mts cuadrados y limita con

De la misma forma, se puede observar que el bien objeto de la promesa de compraventa se trató de una casa de tres pisos con una extensión de 75 metros cuadrados, sin embargo, en el documento denominado “plano predial” que obra a folio 54 del expediente digital, se indica una extensión de 73.13 m²:

DATOS DEL PREDIO

LOCALIDAD:	8-kennedy.
CHIP:	AAA0052ZHMR
RESOLUCIÓN:	—
DIRECCIÓN ACTUAL:	KR 78 F BIS 46 A 77 SUR
POSEEDOR:	MARIA EUGENIA DIAZ HERNANDEZ
BARRIO:	SOCORRO
FOLIO:	—
ÁREA (m ²):	73.13

Como se puede observar, las direcciones citadas difieren ampliamente, en tanto no coinciden ni en la calle ni en la carrera sobre la cual presuntamente se ubicaría el predio objeto del presente proceso, así como se indica un área diferente entre un documento y los otros. Lo anterior, permite inferir de forma razonable que los accionantes pretenden adquirir un bien al cual no habrían ingresado legítimamente, pues no contarían con ninguna clase de título o causa legal que los habilitara para ello, impidiendo así que se configurara uno de los requisitos de la posesión, cual es que sea pacífica. Cuentan con un documento de promesa, que da lugar a obligaciones de HACER, pero respecto de la cual no se tiene certeza en cuanto a su cumplimiento o las acciones empleadas por los demandantes para hacerla cumplir.

De la misma forma, debe ponerse de presente que la parte demandante no realizó ningún esfuerzo en el curso del proceso para identificar el inmueble a través de sus linderos, tanto el predio como la casa en él construida, con el fin de corroborar que aquellos indicados en la promesa de compraventa efectivamente correspondían con los del bien objeto del presente proceso. No se tiene certeza, incluso, sobre la legalidad de la construcción que aparece. Ello impide al Juez acoger las pretensiones de la demanda, en tanto estaría declarando la prescripción adquisitiva de un inmueble sin tener la certeza de que se trata de aquel frente al cual se solicita dicha declaración, ni sobre la legalidad de la construcción.

Segundo: incorrecta valoración probatoria que llevó a tener por acreditados los requisitos para la prescripción extintiva, sin estarlo

Como segundo argumento que sustenta el recurso de apelación, planteamos que, en nuestra respetuosa consideración, la decisión parte de una incorrecta valoración de las pruebas practicadas en el curso del proceso, particularmente, de los interrogatorios, testimonios e inspección judicial, lo que lo llevó a concluir, sin estarlo, que los demandantes habrían cumplido los requisitos para la adquisición del predio (no identificado suficientemente) por prescripción extintiva.

En efecto, consideramos respetuosamente que la valoración de las pruebas no permitía llegar a la conclusión de que se cumplían los requisitos para la prescripción adquisitiva, en particular:

- La parte demandante no aportó contratos de arrendamiento con los arrendatarios que aseguró había tenido el predio, soportes de pago de cánones ni llevó como testigos a las presuntas personas a quienes habría arrendado parcialmente el bien objeto de usucapión. Si bien no existe tarifa legal de prueba, es evidente que esas eran pruebas necesarias para acreditar tales supuestos. No obstante, el Despacho analizó los testimonios de los vecinos, que eran contradictorios con los demandantes, pues los primeros hablaban de que sólo se arrendaba el primer piso, mientras que los demandantes hablaron de haber arrendado más pisos. Algunos de los testigos tomados en la audiencia, señalaron que ellos nunca presenciaron la entrega de dineros de los arrendatarios alegados a los demandantes.
- No se valoró correctamente que los recibos de servicios públicos de electricidad y acueducto y alcantarillado están a nombre del Sr. Gerardo Zuluaga, persona completamente ajena a los demandantes y quien ostenta la calidad de promitente vendedor en el contrato de promesa aportado al proceso. Resulta poco razonable y constituye un indicio en contra de los demandantes que, tras más de 10 años de haber residido en el inmueble y manifestar que se actuaba con ánimo de señor y dueño sobre el bien, los accionantes no hubieran solicitado ante las respectivas empresas de servicios públicos la actualización de los datos de facturación frente a los de su promitente vendedor. Dicha persona, tampoco fue traída al proceso, pese a que los demandantes manifestaron que era su familiar.
- No se analizó que los demandantes no aportaron prueba alguna de haber cumplido la promesa de venta con los pagos allí contenidos, así como tampoco quedó acreditado el momento en que efectivamente se produjo la modificación del título con base en el cual entraron al predio. Lo anterior resultaba crucial en el presente proceso, en tanto al recibir el bien en virtud del contrato de promesa, los accionantes se convirtieron en meros tenedores del mismo, debido a que en dicho contrato no se hizo ninguna clase de mención a la entrega de la posesión, conforme lo exige de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. De allí, que fuese necesario establecer el momento en el cual los accionantes habrían desconocido su tenencia para convertirse en verdaderos

poseedores, pues únicamente a partir de tal momento empezaría a contabilizarse el término prescriptivo.

Sobre este punto vale la pena resaltar que los testigos no dieron cuenta clara de la fecha en que se habría entregado el predio a los demandantes, siendo tal circunstancia imposible de acreditar a través de los interrogatorios de parte, pues conforme lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a la parte le está vedado crear su propia prueba.

- Así mismo, no se analizó como indicio en contra de los demandantes, que la dirección de notificaciones del Sr. Reyes es distinta de la del predio a usucapir, conforme se puede apreciar en los recibos del impuesto predial que obran en el plenario. Además, allí se hace relación a que el único poseedor y/o propietario del bien es el Sr. Joaquín Reyes, pues se indica que su participación en la propiedad es del 100%, lo que impediría conceder el derecho pretendido a la Sra. María Eugenia Díaz:

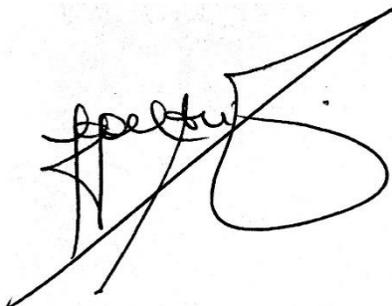
9. DATOS DEL CONTRIBUYENTE						
4. TIPO	5. No. IDENTIFICACIÓN	6. NOMBRES Y APELLIDOS O RAZÓN SOCIAL	7. % PROPIEDAD	8. CALIDAD	9. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIÓN	10. MUNICIPIO
CC	19382813	JOSE JOAQUIN REYES TOVAR	100	PROPIETARIO	CL-54C SUR-97 20 TO 16 AP 604	11001

- Tampoco se aportaron recibos de contratos de obra, para las mejoras que se afirma se habrían realizado al predio y su construcción, pese a que aseveraron los demandantes, que varios de ellos se realizaron en fechas que no resultan lejanas en el tiempo.

II. Petición

Con base en lo expuesto, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal se sirva **REVOCAR** la sentencia de 1ª instancia proferida por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, absolver a la parte demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Atentamente,



Rafael Alberto Ariza Vesga
CC. 79.952.462 de Bogotá
T.P. No. 112.914 del C.S. de la J.

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

Santiago de Cali, 07 de octubre de 2021



Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala Civil
Dra. MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada
E. S. D.

REFERENCIA:	SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.
DEMANDANTE:	CROCS, INC.
DEMANDADA:	EVACOL S.A.S.
RADICADO:	11001319900120163091704

SERGIO ROBERTO CABRERA TORRES, actuando en calidad de apoderado judicial de la sociedad Demandada **EVACOL S.A.S.** (en adelante "**EVACOL**"), identificada con NIT No. 900.062.992-1, sociedad constituida bajo las leyes de la República de Colombia por Escritura Pública No. 3665 del 05 de diciembre de 2005 con Matrícula No. 674681-16 del 03 de enero de 2006, presento a usted respetuosamente la **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA PROFERIDA EL 21 DE FEBRERO DE 2019 CON RADICADO No. 2016-230917 DE LA DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, en los siguientes términos:

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

1. EN CUANTO A LA OPORTUNIDAD:

2

2.1 Que mediante Auto del treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), notificado en estados con referencia E-173 del 01 de octubre de 2021, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL** corrió traslado a la parte apelante por el término de cinco (5) días para que sustente su recurso de alzada. Por tanto, mi representada **EVACOL S.A.S** se encuentra sustentando el recurso de apelación en la debida oportunidad procesal, por encontrarse dentro del término previsto.

2. ANTECEDENTES DE LA MARCA TRIDIMENSIONAL DE CROCS, INC:

La Dirección de Signos Distintivos profirió Resolución No. 48640 en donde resolvió las oposiciones presentadas por las sociedades **STANTON S.A.S.** y **EVACOL LTDA.** (hoy en día **EVACOL S.A.S.**), respecto de la marca tridimensional solicitada por **CROCS INC.** Las anteriores oposiciones fueron declaradas fundadas por la Dirección, lo que conllevó a la negación del registro de la marca objeto de la presunta infracción.

Mi representada **EVACOL S.A.S** demostró en su escrito de oposición, que con anterioridad a la solicitud de registro de la marca tridimensional de la sociedad **CROCS, INC.**, la sociedad accionante: **EVACOL S.A.S.** solicitó un diseño industrial el 04 de abril de 2012 bajo el Expediente No. 12056617, el cual consistía en apariencias similares al zueco objeto de la litis. La mencionada solicitud de diseño industrial fue negada por el Director de Nuevas Creaciones mediante la Resolución No. 49826, aduciendo que presentaba similitudes de formas con los



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

antecedentes del opositor **CROCS, INC.** En consecuencia, el Despacho resolvió negar el registro de diseño industrial de **EVACOL S.A.S.** por carecer de novedad; lo cual justificó en los siguientes términos:

“Se trata de diseños que comparten formas similares, ya que se trata del mismo tipo de productos, es decir, calzado, las cuales muestran las mismas características, por ser esta una forma que parte de una base rectangular con vértices redondeados (...)”

(...)

“En efecto, al cotejar las formas, estas presentan los mismos detalles geométricos de diseño, sin que haya un aporte sustancial en sus líneas que lo diferencien del antecedente D1”.

No obstante, vale precisar que las similitudes en aspectos tales como orificios, correa, botón y suela, no son características exclusivas de la marca de **CROCS INC.**, ni de sus productos o signos distintivos; sino que son formas usuales, comunes, corrientes y habituales en este tipo de calzado; tanto así que han sido reconocidas por la Dirección de Signos Distintivos y la Dirección de Nuevas Creaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la siguiente manera:

*Resolución No. 76605 de 9 de octubre de 2018 –
Dirección de Nuevas Creaciones – SIC:*



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

«“Huecos en la parte superior”: **Todos los productos comparados por el opositor y cientos más en el mercado poseen esta característica**, sin que esta dé lugar a considerar una falta de novedad del diseño solicitado, adicionalmente, el orden de los huecos sobre la superficie de la sección frontal-superior de la sandalia se diferencia de los antecedentes presentados.

Una correa movable que sirve para ajustar el pie al calzado”: **La correa, también es un accesorio común para todos los productos cotejados, (...)**»

(Subrayado fuera de texto original)

La sociedad **EVACOL S.A.S** desde el año 2011-2012, es decir, con anterioridad a la concesión del registro de la marca tridimensional de la sociedad **CROCS INC.**, fabricaba, distribuía y comercializaba en el mercado colombiano la forma usual y corriente de las referencias ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07.

La decisión en primera instancia de la Dirección de Signos Distintivos, respecto del Expediente No. **14151353** de la sociedad **CROCS INC.**, fue negar la solicitud de la marca tridimensional objeto de la litis; lo cual fue determinante, acertado y acorde a los múltiples pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Dichos pronunciamientos tratan el alcance normativo del régimen



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

andino sobre las marcas tridimensionales¹, lo cual fue tenido en consideración en el análisis de registrabilidad consignado en el acto administrativo del caso concreto; en el cual se afirmó lo siguiente:

*“Este despacho considera que **el signo solicitado NO tiene la fuerza distintiva intrínseca y extrínseca que es necesaria, toda vez que el consumidor al encontrarse con el signo no identificaría un producto específico y no le asociaría con un determinado origen empresarial.** Así las cosas, se puede evidenciar que **el signo solicitado no cuenta con elementos que le puedan permitir al público identificar un producto con este signo y al mismo tiempo asociarlo de manera correcta a un origen empresarial.***

*Al analizar el signo tridimensional solicitado a registro se evidencia que **el mismo representa una***

¹ Proceso 112-IP-2012, Proceso 122-IP-2012, Proceso 126-IP-2005, Proceso 135-IP-2007, Proceso 140-IP-2013, Proceso 149-IP-2007, Proceso 160-IP-2007, Proceso 208-IP-2015, Proceso 23-IP-1998, Proceso 33-IP-2005, Proceso 49-IP-2012, Proceso 55-IP-2002, Proceso 64-IP-2007, Proceso 68-IP-2013, Proceso 71-IP-2007, Proceso 99-IP-2012, Proceso No. 12-IP-2014, Proceso No. 150-IP-2011, Proceso No. 24-IP-2013, Proceso No. 27-IP-95, Proceso No. 71-IP-2005, Proceso No. 84-IP-2000.



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

forma usual del producto, pues el objeto de protección (la marca) es el producto mismo, de manera que su apariencia no indica un origen empresarial determinado, es decir las características del signo solicitado son similares a la forma usual o habitual del producto, observa en este sentido esta Dirección que **la forma solicitada a registro no posee caracteres distintivos y se puede decir que se trata de una forma usual utilizada en el mercado de los zuecos sanitarios,** lo que hace que se trate de una presentación común para los productos que se pretenden distinguir, esto es, “calzado”, por lo cual **la bidivisión en la parte superior, así como los orificios que presenta el zapato así como su forma redonda no son elementos que permiten distinguir este producto de otros de la competencia.**

En este orden de ideas, el consumidor al observar el signo tridimensional solicitado, pensará sin duda algún en zuecos sanitarios, respondiendo a la pregunta concerniente a ¿qué es el producto? y aunado a lo anterior, **el mismo es una forma comúnmente usada para representar el producto.**”

(Subrayada y negrilla fuera de texto original)

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOHAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

Los fundamentos anteriormente mencionados fueron analizados en forma rigurosa por la Dirección de Signos Distintivos mediante Resolución No. 48640 de 31 de julio de 2015, por lo cual se negó el registro de la marca tridimensional (3D) para distinguir productos comprendidos en la Clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza de la sociedad **CROCS INC.**

La sociedad **CROCS INC.**, actuando mediante apoderado interpuso el recurso de apelación contra la Resolución No. 48640 de la Dirección de Signos Distintivos y el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial Despacho en segunda instancia, en forma errada y vulnerando gravemente lo preceptuado por la Decisión 486 de 2000, acogió los argumentos de **CROCS, INC.** Mediante la Resolución No. 12383 decidió revocar a Resolución No. 48640 y concedió de esta manera, la marca tridimensional objeto de la litis.

3. ANOTACIONES PRELIMINARES:

En consonancia con lo expuesto, oportunamente, en el recurso de apelación, le solicito respetuosamente al honorable **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL** tener en cuenta que las excepciones de mérito incoadas no tienen como propósito negar la existencia o el nacimiento del derecho de la marca tridimensional con certificado de registro No. 534245 de la sociedad **CROCS INC.**

En este escrito se sustentan puntualmente los motivos de inconformidad de las pruebas, los fundamentos de hecho y de derecho que no fueron valorados en la Sentencia recurrida; lo cual implicó una valoración errónea



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

que desembocó en graves defectos de interpretación que se vieron reflejados en su parte resolutive.



El presente escrito también tiene como objeto solicitar, respetuosamente, al Honorable Tribunal que examine la sentencia en particular; en especial lo relacionado con las siguientes referencias: ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07; calzado producido y comercializado por la demandada **EVACOL**. La anterior evaluación, deberá realizarse teniendo en cuenta los elementos necesarios para calificar la presunta conducta de infracción contenida en literal D) del Artículo 155, según lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en la Interpretación Prejudicial (IP) realizada para el caso concreto mediante el **PROCESO 476-IP-2019**.

Respetuosamente, le solicito a la **SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** que **ACOJA** los lineamientos de interpretación dispuestos en el **PROCESO 476-IP-2019**, en donde en forma clara, precisa y puntual se abordan aspectos tratados en el recurso de apelación. Además, en dichos lineamientos se contempla la ruta de interpretación que dicta la Decisión 486 de 2000, para analizar la cuestión controvertida y así poder determinar si **EVACOL S.A.S** infringió o no la marca tridimensional que la Demandante **CROCS INC.** detenta sobre un estilo de zueco de goma; en forma más precisa de un tipo de zueco de material etilvinilacetato².

² EVA es un elastómero que permite generar materiales que parecen «de goma» por su suavidad y flexibilidad. El contenido de Acetato de Vinilo determina el grado de elasticidad y tiene buena transparencia y brillo, resistencia a bajas temperatura, al agrietamiento por tensión, resistencia a la



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

En la providencia proferida por la DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, se evidencia una grave omisión de las reglas exigidas por la Decisión 486 de 2000 para el cotejo de marcas tridimensionales; a la vez que se omitieron categóricas interpretaciones que exige el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (TJCA) para este tema. Dentro de sus múltiples interpretaciones judiciales se encuentra la jurisprudencia andina sobre los pronunciamientos de marcas tridimensionales en los procesos **163-IP-2013; 167-IP-2015; 120-IP-2006; 30-IP-2012; 25-IP-2017 y 240-IP-2013.**

En particular, el juez de conocimiento en forma errada determinó lo siguiente:

*“El calzado tipo zueco comercializado por la demandada EVACOL S.A.S, cuyas referencias son No. 084, No. 078, y No.078-07, son SIMILARES a la marca TRIDIMENSIONAL registrada A FAVOR de la sociedad CROCS INC, conclusión a la que se llega en base a las pruebas aportadas **e incluso con la simple observación** que este juzgador hace de los productos (...)”.*

Sobre lo anterior, puedo ratificar que el juez: **i)** no aplicó debidamente las reglas para realizar el cotejo de marcas tridimensionales; **ii)** desconoció los Derechos de Propiedad Industrial de los diseños industriales que ostenta mi representada; **iii)**

radiación UV. El EVA tiene un leve olor característico a vinagre (acetato) y compite con productos de caucho, así como con ciertos polímeros en muchas aplicaciones eléctricas. Obtenido de:

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

reconoció la marca tridimensional de **CROCS, INC.** como un derecho ABSOLUTO, sin limitaciones y/o restricciones ; **iv)** desconoció gravemente la COEXISTENCIA PACÍFICA de los signos distintivos y **v)** por último, desconoció que la sociedad **EVACOL S.A.S** ha comercializado las referencias ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07, objeto de la infracción, por varios años y con anterioridad al otorgamiento del registro marcario de **CROCS, INC.**

Todo de conformidad con la siguiente sustentación del Recurso de Apelación que se expone a continuación:

4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN INCOADO:

4.1. FRENTE AL LITERAL D) DEL ARTÍCULO 155 DE LA DECISIÓN 486 DE 2000:

4.1.1. REPAROS FRENTE AL ANÁLISIS DEL COMPONENTE DETERMINATIVO DE LA CONDUCTA:

De conformidad con el desarrollo de la sentencia, el primer análisis de infracción realizado se refiere al literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000; acusación que fue concentrada desde el escrito de la demanda. A saber, la norma citada establece:

“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:



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

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 (...)"

11

Es importante tener en cuenta que la conducta prevista en el literal (d), arriba transcrito, al ser desintegrada permite evidenciar la necesidad de que concurren dos (2) elementos para que podamos hablar de infracción. Primero, el **elemento determinativo** que consiste en el uso en el comercio de un signo similar o idéntico a la marca registrada y, el segundo, el **elemento condicional** que es la provocación de confusión. De encontrarse ausente cualquiera de esos dos (2) elementos, no existe infracción.

El juez de conocimiento desconoció sustancialmente los elementos del calzado tipo zueco que son de **uso común y funcional** en este sector comercial; como los son sus orificios en la capellada; la banda o correa trasera de ajuste y su estilo característico de un zueco común por su funcionalidad, comodidad, versatilidad y adherencia.

En particular, el juez de conocimiento manifestó verbalmente en la sentencia lo siguiente:

“Estos productos muestran algunas características que quiero destacar, básicamente son seis (06).



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

1. El primero, el hecho de ser un **calzado tipo zueco** que se caracteriza porque **deja descubierto la parte del talón.**

2. Segundo, **este producto tiene la punta redondeada**, como pueden verlo ahí en las fotografías que además en el proceso hay otras fotografías que fueron analizadas por CATALINA NAVIA PAYAN, donde se puede apreciar la punta redondeada del producto esto a folio No.53 a No. 107 del cuaderno No.17.

3. Tercero, **estos o este calzado tiene orificios en la capellada**, tal como se puede apreciar en las imágenes, **cuando hablo de la capellada me refiero a la parte de arriba del zapato**, hay unos orificios sobre los que NAVIA PAYAN, también se refirió y destaco las referencias No. 084 y No. 078, **destaco que en dos de esas referencias hay 16 orificios, en la 084 y en la 078,** mientras que en **la No.078-07 hay solamente 15 orificios**, hay una diferencia de orificios dependiendo de la referencia de zapato, uno con 16 y uno que tiene 15 orificios no más.

4. Cuarto, estos zapatos **cuentan con una línea que le da la vuelta a la suela, aunque no todos**, porque la referencia 078-07 tiene la línea en la parte frontal, a las otras dos referencias la línea le da la vuelta al zapato.



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

5. Quinto, el producto cuenta con una correa, tal como se puede apreciar en la misma fotografía y lo pueden observar a lo largo del dictamen.

6. Sexto, por último, quiero destacar que en la base de la correa que aparece en el zapato, hay una especie de botón. Esto es una figura redonda, un círculo que aparece en la base de la correa."

A partir de lo anterior, es claro que en la Audiencia de Instrucción y Juzgamiento del artículo 373 del Código General Proceso hubo una falta de aplicación de las reglas para realizar el cotejo de marcas tridimensionales, lo cual fue determinante para que el juez de conocimiento concluyera, sin mayor análisis, que las referencias: ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07, comercializadas por **EVACOL**, son similares a la marca tridimensional registrada de **CROCS INC**.

En la mencionada audiencia no hubo una efectiva valoración de las pruebas ni argumentos. El juez se pronunció sin evaluar, en conjunto, todos los medios de pruebas allegados; olvidando y desconociendo las pruebas documentales, testimoniales, interrogatorios y el estudio de mercado allegado por mi representada; todo lo cual demostraba lo contrario a su pronunciamiento. A saber, el juez manifestó en la sentencia lo siguiente:



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

“En este orden de ideas y teniendo en cuenta lo que les acabo de mencionar, la primera conclusión a la que debo llegar es que:

*1. El calzado tipo zueco comercializado por la demandada EVACOL S.A.S, cuyas referencias son No. 084, No. 078, y No.078-07, son **SIMILARES** a la marca TRIDIMENSIONAL registrada A FAVOR de la sociedad CROCS INC, conclusión a la que se llega en base a las pruebas aportadas e incluso **con la simple observación** que este juzgador hace de los productos, es decir para esto debemos revisar el dictamen, pero también la simple observación del producto nos puede llevar a estas conclusiones, y estas observaciones que acabo de destacar.”*

Resulta más grave aún, que en el HECHO No. 1.5 de la demanda, la demandante **CROCS INC.**, precisó una situación que no es cierta y provocó un equivocado análisis y cotejo de infracción de Derechos de Propiedad Industrial por parte del juez de conocimiento. En el Hecho No. 1.5 **CROCS INC.** relaciona un calzado denominado “CROCBAND” que no coincide con el objeto de la litis, como se constata a continuación:

CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

1.5. CROCS INC., usa en el mercado Nacional la marca tridimensional con certificado de registro No. 534245 para identificar productos de la clase 25 Internacional, como se muestra a continuación:

REFERENCIA 11016	REFERENCIA 11989
	
REFERENCIA 12837	REFERENCIA 12836
	

El dictamen pericial de la perito, la Señora CATALINA NAVIA PAYAN, en reiteradas ocasiones precisó erradamente que: "(...) acorde con el análisis generado en cada una de las vistas comparativas con la marca tridimensional CROCSBAND de la empresa CROCS INC, y la referencia No.084, No.078 y No.078-07 comercializado por la sociedad EVACOL SAS, se generan los siguientes referentes de similitud, que deberían ser considerados generadores de confusión frente al consumidor, porque además geométricamente podrían ser una incorporación de código CROCSBAND en la referencia No.084, No.078 y No.078-07 comercializado por EVACOL SAS".

CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

Teniendo en cuenta que la muestra física allegada por el demandante es diferente a la marca tridimensional registrada, es claro que la anterior afirmación de la perito CATALINA NAVIA PAYAN **NO** es cierta. En consecuencia, el juzgador fue inducido a un análisis de infracción errado por basarse en la referencia "**CROCBAND**", la cual difiere sustancialmente de las referencias ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07 de **EVACOL**.

Por tanto, el Demandante, de mala fe, invocó la presunta infracción marcaría a través de una prueba física de un zueco³ y un dictamen pericial, emitido por la Señora CATALINA NAVIA PAYAN, que no coincide con la marca tridimensional registrada. La marca tridimensional registrada coincide con el estilo zueco bajo la referencia "**BAYABAND CLOG**" de propiedad de la Demandante, por las notorias "LÍNEAS DE RELIEVE EN LA CAPELLADA".

ZUECO REFERENCIA " CROCBAND " DE CROCS INC.	ZUECO REFERENCIA " BAYABAND CLOG " DE CROCS INC.
	

³ PRUEBA No. 1.25 de la Demanda de CROCS, INC.

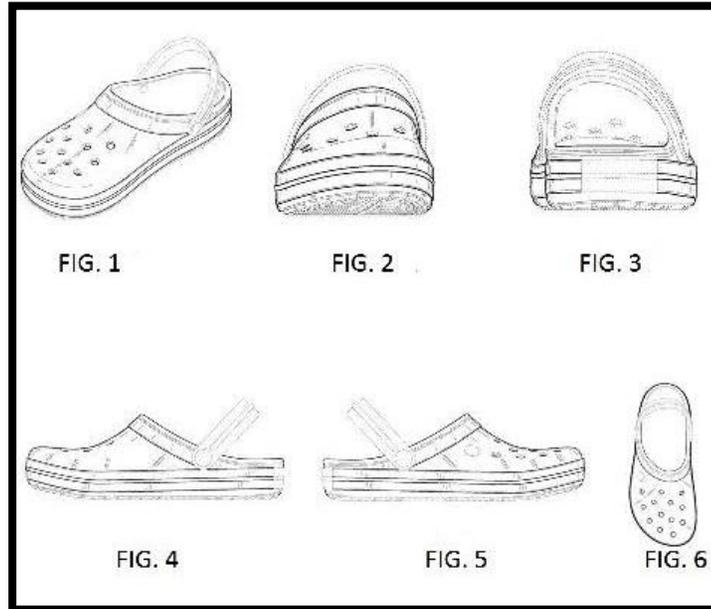
CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

MARCA TRIDIMENSIONAL REGISTRADA DE CROCS, INC



Las líneas de relieve de la capella que se evidencian en las seis (6) imágenes que integran el registro de la marca tridimensional, son elementos significativamente diferenciadores que el juez de conocimiento omitió rotundamente en su análisis para evaluar la presunta similitud. El Despacho debió realizar un estricto análisis para determinar la presunta similitud y “a su parecer el juez” determinó con extrema ligereza que existía similitud y riesgo de confusión con las referencias de **EVACOL**.

Si se analiza el sentido natural de cada una de las palabras de la conceptualización del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se puede concluir que la marca tridimensional sí tiene una materialización física en el mundo de lo tangible, en especial, por el hecho de tener que ser perceptible a



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

cualquiera de los sentidos de una persona, especialmente a la vista y el tacto. Es por esto que no es posible acoger la interpretación discrecional a juicio del fallador de instancia, en donde los extremos comparables son la marca tridimensional dibujada en el registro No. 534245 y las tres referencias de **EVACOL**.

18

El dictamen pericial de la perito, Señora CATALINA NAVIA PAYAN, no tuvo la claridad, solidez y precisión exigidos para la realización de un dictamen porque los fundamentos de su análisis (folio No.77 en el cuaderno No.17) se basaron en un estudio y unas conclusiones que tuvieron en consideración el zueco de referencia "**CROCBAND**" de propiedad de la demandante **CROCS INC.**; el cual no es el objeto de la litis, toda vez que el zueco protegido por el Demandante corresponde al calzado "**BAYABAND CLOG**".

La marca tridimensional registrada de **CROCS, INC.** está constituida por la forma de un calzado tipo zueco, constitutiva de una marca no tradicional en donde "la marca y el producto se confunden y no hay separabilidad o independencia entre ambos". Por tanto, el juez de conocimiento de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales debió cotejar cada ZUECO de **EVACOL** en contraposición con la marca tridimensional con certificado de Registro No. 534245 y por supuesto, debió tener en cuenta el calzado zueco que realmente coincidiera con el objeto de la litis.

CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

Las **líneas de relieve de la capella**⁴ que hacen parte de la marca tridimensional registrada de **CROCS, INC.**, constituyen un elemento diferenciador determinante que no fue valorado por el juez de conocimiento. Dichas líneas fueron desconocidas en contravención a lo manifestado por el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA en la Interpretación Prejudicial 133-IP-2015, en donde se preceptúa que la marca tridimensional se entiende como:

*“Un signo tridimensional es el que ocupa las tres dimensiones del espacio: se trata de un cuerpo provisto de volumen; dentro de esta clase se ubican las formas de los productos, sus envases, envoltorios y **relieves.**”*



⁴ **CAPELLADA:** Parte superior del calzado. También conocida por "empeine" o "corte".



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

Este consecuente análisis parte del concepto que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones mantiene sobre las marcas tridimensionales, entendiéndolas como “(...) aquellas que **poseen volumen**, es decir que **ocupan por sí mismas un espacio determinado**, conforme lo explica el propio término tridimensional, que da la idea de la **ocupación de las tres dimensiones del espacio (alto, ancho y profundidad)**” y que este “**sea perceptible por cualquier de los sentidos**”.⁵

Las **líneas de relieve de la capella** en el cuerpo provisto del calzado tipo zueco de la marca tridimensional de **CROCS INC.** constituyen un elemento relevante al ser un **RELIEVE**, visual y gráficamente determinante, el cual **NO FUE VALORADO EN EL PROCESO** y mucho menos en el cotejo marcario que debió realizar el juez de conocimiento con las referencias ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07 de **EVACOL**, las cuales eran el objeto de la litis.

Por lo anterior, insistimos en que la interpretación del Juez, desde el principio, resulta equivocada dado que una marca tridimensional, como su nombre lo indica, implica una existencia material perceptible por los sentidos más allá de la vista (el tacto. En efecto, el Juez de primera instancia yerra en imponerle la misma interpretación que se le haría a una marca de tipo nominativo, figurativo o mixta a una marca TRIDIMENSIONAL, cuando lo cierto es que, si bien esa marca de tres dimensiones debe estar sustentada en un documento que certifique su alcance y protección, eso no le quita la noción de perceptibilidad real por encima de su representación en un documento.

⁵ Proceso 31-IP-2003 / Proceso 153-IP-2005



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

Al respecto, resulta importante detenernos en los conceptos de *percepción* y *representación* de un signo tridimensional, siendo el primero aquel proceso que le permite al consumidor, a través de los sentidos, recibir, elaborar e interpretar la información proveniente de un objeto. **La percepción implica una aprehensión profunda de la realidad capturada por todos los sentidos** (la vista, el olfato, el tacto, el oído y el gusto), los cuales permiten que en el ámbito marcario surjan los signos distintivos no tradicionales de naturaleza gustativa, olfativa, auditiva y **táctil**. Este surgimiento implica, a su vez, la necesidad de acudir a nuevas formas de representación de esos signos.

Así las cosas, la comparación no debió tomar el rumbo de confrontar única y exclusivamente un certificado de registro con las tres referencias, sino también realizar un análisis de la representación material del zueco de **CROCS INC.** con cada ZUECO objeto de la litis: ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07. Por demás, **téngase en cuenta que la misma sociedad CROCS INC., desde su demanda, manifestó que su derecho, objeto de litigio, era usado en referencias tales como la No. 11016 (Hecho 1.4 y 1.5).** El certificado de registro No. 534245, es tan solo la forma de representación de dicho derecho de marca tridimensional.

Por esta razón, el dictamen pericial de la perito, Señora CATALINA NAVIA PAYAN, aportado por **CROCS, INC.** no se realizó como un verdadero cotejo marcario de marca tridimensional; tal y como lo exige el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. A saber, el TRIBUNAL exige para todo cotejo marcario de marca tridimensional tener en cuenta ciertas reglas que ha acogido en su jurisprudencia y que han sido originadas en la doctrina; lo anterior de



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

conformidad con el **PROCESO 84-IP-2015** y la Interpretación Prejudicial **PROCESO 476-IP-2019** del presente proceso judicial, determinado en los siguientes criterios:

22

Reglas para el cotejo de marcas.

Este Órgano Jurisdiccional ha acogido en su jurisprudencia las siguientes reglas originadas en la doctrina para realizar el cotejo entre marcas:

Regla 1.- La confusión resulta de la **impresión de conjunto** despertada por las marcas.

Regla 2.- Las marcas deben **examinarse sucesivamente** y no simultáneamente.

Regla 3.- Deben tenerse **en cuenta las semejanzas y no las diferencias** que existen entre las marcas.

Regla 4.- Quien aprecie el parecido **debe colocarse en el lugar del comprador presunto** y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

Acerca de la utilidad y aplicación de estos parámetros técnicos, el tratadista Breuer Moreno ha manifestado:

*La primera regla y la que se ha considerado de mayor importancia, es **el cotejo en conjunto de la marca, criterio que se adopta para todo tipo o clase de marcas.***

Esta visión general de conjunto de la marca es la impresión que el consumidor medio tiene sobre la misma y que puede



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

Llevarle a confusión frente a otras marcas semejantes que se encuentren disponibles en el comercio.

23

En las marcas es necesario encontrar la dimensión que con mayor intensidad penetra en la mente del consumidor y determine así la impresión general que el distintivo causa en el mismo.

La regla de la visión en conjunto, a más de evitar que sus elementos puedan ser fraccionados en sus partes componentes para comparar cada componente de una marca con los componentes o la desintegración de la otra marca, persigue que el examen se realice a base de las semejanzas y no por las diferencias existentes, porque éste no es el camino de comparación utilizado por el consumidor ni aconsejado por la doctrina.

En la comparación marcaria, y siguiendo otro criterio, debe emplearse el método de un cotejo sucesivo entre las marcas, esto es, no cabe el análisis simultáneo, en razón de que el consumidor no analiza simultáneamente todas las marcas sino lo hace en forma individualizada. El efecto de este sistema recae en analizar cuál es la impresión final que el consumidor tiene luego de la observación de las dos marcas. Al ubicar una marca al lado de otra se procederá bajo un examen riguroso de comparación, no hasta el punto de



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

'disecarlas', que es precisamente lo que se debe obviar en un cotejo marcario.

La similitud general entre dos marcas no depende de los elementos distintos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes o de la semejante disposición de esos elementos.

(SUBRAYADO Y NEGRILLA ES NUESTRO)

Llama entonces la atención que el Juez fallador invocó un excesivo valor probatorio al dictamen de la perito, Señora CATALINA NAVIA PAYAN, aportado por **CROCS, INC.** Y resulta más grave aún, que dicho dictamen haya tenido esa valoración cuando la perito desconoció las reglas de cotejo de marca tridimensional que debió aplicar para el ANÁLISIS PERICIAL POR LA POSIBLE INFRACCIÓN SOBRE MARCA TRIDIMENSIONAL, demostrando unas presuntas similitudes entre las referencias 084, 078 y 078-7 de **EVACOL** con la marca tridimensional denominada de la supuesta referencia "CROCSBAND" de **CROCS, INC.** Como se dijo a lo largo de la defensa, cualquier similitud de los ZUECOS obedece a una forma USUAL y COMUN de calzado tipo zueco de goma.

4.1.2. REPAROS FRENTE A LOS EXTREMOS COMPARABLES UTILIZADOS EN LA SENTENCIA:

Desde la contestación de la demanda y como fue ratificado en los alegatos de conclusión, las excepciones propuestas parten de la existencia de las referencias de ZUECOS 084, 078 y 078-7 de **EVACOL** y de la existencia de la referencia



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

No.11016 de **CROCS INC.**; ambas presentes en el mercado. La referencia 11016 materializa parcialmente la marca tridimensional con certificado No. 534245 de conformidad con el hecho 1.4 y 1.5 de la demanda.

25

La Demandante **CROCS, INC.** allegó una prueba de muestra física de un calzado de su portafolio, a saber , la referencia bajo la nomenclatura No. 11016-4AS que es denominada en el mercado "CROCSBAND"; tal como se describe en la prueba No. 1.25 de la demanda. La referencia No. 11016-4AS de **CROCS, INC.** reproduce **parcialmente** su marca tridimensional objeto de la litis. Sin embargo, el calzado tipo zueco que más se adecua a la reproducción de la marca tridimensional es el calzado referencia "**BAYABAND CLOG**", el cual no fue allegado por la demandante. Lo anterior, a sabiendas que el cotejo de marca tridimensional hubiese sido bajo otra percepción de análisis y óptica del juez porque no existe identidad o similitud en las referencias objeto de la litis. En efecto, es inexistente la infracción aducida entre la marca tridimensional con certificado No. 534245 de **CROCS INC.** y los ZUECOS de **EVACOL**: ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07.

Los rasgos tridimensionales de la marca No. 534245 de **CROCS INC.** que consisten en el volumen y líneas de relieves de la capella del zueco, no son claros y precisos en las (6) seis vistas (figuras) del certificado de registro objeto de la infracción de **CROCS, INC.** Por lo cual, erróneamente no fueron tenidas en cuenta por el juez de conocimiento; quien debió aplicar un cotejo marcario diferente por tratarse de una marca tridimensional. La representación visual de la marca en un documento no puede ser el único elemento a tener en cuenta para un cotejo marcario tridimensional.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOHAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

Por esto, la comparación debió concentrarse en la existencia de la referencia No. 11016 y más precisamente en el calzado que más se adecuara a la reproducción específica de la referencia de zueco de **CROCS INC.**, frente a las tres referencias demandadas de **EVACOL**; situación que no fue acogida por el Despacho para este literal por cuanto, según este, desde su punto de vista: *“la comparación que tenemos que hacer es entre las tres referencias y el registro de la marca tridimensional”*, porque lo que se pretende proteger, -agrega el Juez-, *“es precisamente la marca tal cual como está registrada”*, ya que según el Despacho, la acción de infracción no está encaminada a la protección de un producto en el mercado.

La omisión que tuvo la perito, Señora CATALINA NAVIA PAYAN, en el análisis de la capellada del zueco registrado (Figura 1 de la Marca tridimensional), en particular respecto de las líneas de relieve, conllevó a que el análisis pericial derivara en conclusiones antitécnicas. Asimismo, la anterior omisión generó, conclusiones con ausencia de veracidad porque el análisis realizado estuvo basado en la prueba física No. 1.25 relacionada en la demanda, cuando debió realizarse con el verdadero calzado tipo zueco de **CROCS, INC.**, que más coincidiera; en este caso, correspondía al zueco denominado “BAYABAND CLOG”.

En el análisis pericial hubo una completa omisión de la existencia de las líneas de relieve del calzado tipo zueco, las cuales constituyen un elemento diferenciador relevante y determinante de la marca tridimensional en el proceso. Este componente en ningún momento fue valorado por la perito, mucho menos por el juez, lo que conllevó a que el mismo tuviera en cuenta, en forma errada, un



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

dictamen pericial que no fue claro ni preciso en el cotejo marcario. Por tanto, dicho dictamen no debió ser tenido en cuenta, máxime con tanta preponderancia, al momento de la sentencia. Además, teniendo en cuenta la anterior falencia del dictamen aportado por la demandante, el juez debió valorar el dictamen pericial allegado por la suscrita defensa; el cual fue omitido tajantemente.

El juez no valoró el dictamen de la perito, Señora CATALINA NAVIA PAYAN, de acuerdo a las reglas de la sana crítica porque quedó probado en el proceso la falta de solidez, claridad y precisión de los fundamentos del análisis y consecuentemente, de sus conclusiones.

Tan errado estuvo el juez, que no cayó en cuenta que la prueba aportada (No. 1.25 de la demanda) por el demandante con relación a la muestra física de **CROCS** (Referencia No. 11016-4AS) **NO** coincide con exactitud con la marca tridimensional registrada. La inclusión de esta prueba en el proceso tenía como propósito demostrar la reproducción y/o la representación física del calzado protegido por la marca tridimensional objeto del litigio; finalidad que no fue lograda fidedignamente porque la prueba aportada por el demandante no fue de referencia **“BAYABAND CLOG”, que es la referencia física más semejante al Registro de marca No. 534245 de CROCS INC.**

Por todo lo expuesto y **de conformidad con los artículos 170 y 327 del Código General del Proceso, le solicito respetuosamente al honorable Tribunal, que en su facultad oficiosa de decretar y practicar pruebas, tenga como medio probatorio la Referencia de Zueco denominada “BAYABAND CLOG” de la sociedad**

CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

Demandante CROCS, INC.; con el fin de efectuar el cotejo de marca tridimensional con las referencias ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07 de mi representada **EVACOL**. Las vistas o figuras del calzado tipo zueco en mención: **“BAYABAND CLOG”**, son las siguientes:

VISTA (FIGURA 1):



VISTA (FIGURA 2):



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

VISTA (FIGURA 3):



VISTA (FIGURA 4):



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

VISTA (FIGURA 5):



VISTA (FIGURA 6):





CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

Ruego en la forma más respetuosa y de conformidad con los artículos 230⁶ y 327⁷ del Código General del Proceso, que se decrete de oficio el dictamen de un perito para que se realice uno nuevo donde la muestra física aportada de Referencia No. 11016-4AS corresponda realmente a la referencia "**BAYABAND CLOG**". La anterior solicitud pretende demostrar, a través del dictamen, la inexistencia de la infracción de marca tridimensional, de conformidad con las normas y reglas del cotejo de marca tridimensional establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como fue establecido en el Proceso 25-IP-

⁶ **ARTÍCULO 230. DICTAMEN DECRETADO DE OFICIO.** Cuando el juez lo decrete de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciere la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.

Si el perito no rinde el dictamen en tiempo se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido. Con el dictamen pericial el perito deberá acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado.

⁷ **ARTÍCULO 327. TRÁMITE DE LA APELACIÓN DE SENTENCIAS.** Sin perjuicio de la facultad **oficiosa de decretar pruebas**, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.
2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.
3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.
4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.
5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código.

El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia.

CORRESPONSALES EN:

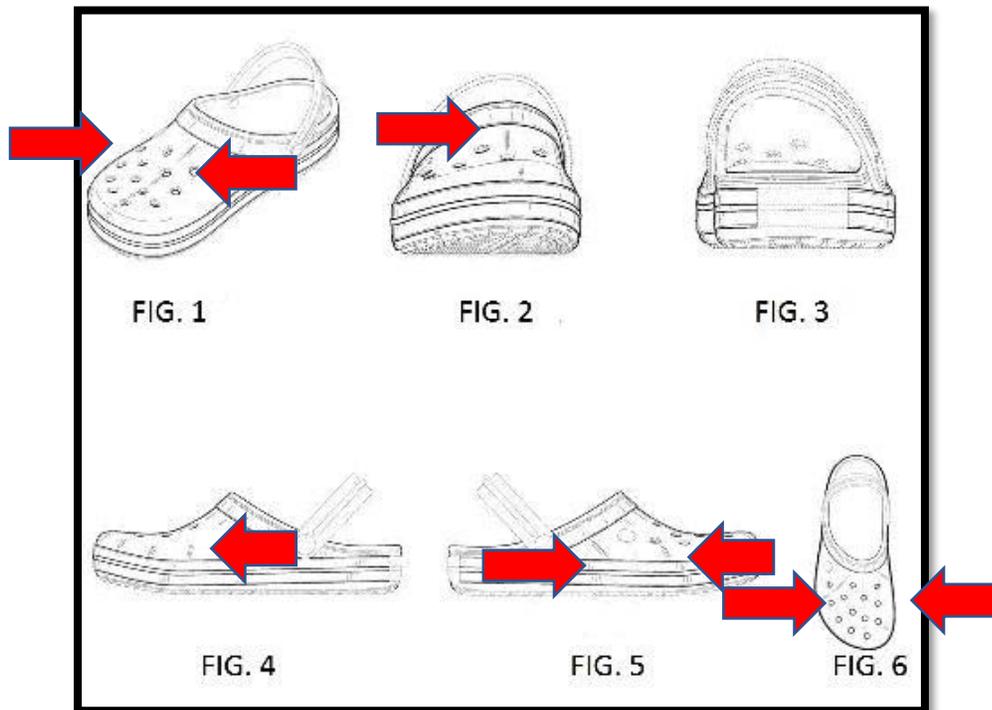
CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

2017 y en la presente Interpretación Prejudicial **PROCESO 476-IP-2019**. Todo lo anterior, teniendo en cuenta la gran inconsistencia de la parte considerativa y resolutive de la sentencia proferida por el Despacho de conocimiento, al momento de realizar el cotejo de la presunta infracción.

La falta de análisis del juez y la falta de interpretación de las reglas del cotejo de marca tridimensional, fueron factores determinantes en este proceso para indebidamente concluir que existe similitud en las referencias de ZUECOS 084, 078 y 078-7 de **EVACOL** y el registro de la marca tridimensional de **CROCS, INC**. El juez de conocimiento ni siquiera se percató que, en la representación gráfica del registro, se evidenciaban las líneas de relieve de la capellada; tal cual como consta en las seis (6) vistas o figuras del certificado de registro que componen el registro marcario:





CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

En este punto, es importante enfocarse en gran parte de los reparos contra la Sentencia dado que el fallo descarta la comparación real de los productos y se aboca, errada y únicamente, a realizar una comparación ligera de la marca tridimensional frente a las tres referencias demandadas. En efecto, la comparación no tuvo en cuenta la noción, naturaleza y concepto mismo de las marcas tridimensionales. El juez de conocimiento desconoció los propios alcances y definiciones de las marcas tridimensionales, omitiendo los conceptos y pronunciamientos de la **Doctrina** y la **Jurisprudencia andina**, respectivamente. A saber:

*En suma, la delimitación conceptual de las marcas tridimensionales se ubica en el estudio de los signos distintivos por tratarse de "**marcas no tradicionales**". Para dicha clasificación, la doctrina considera la marca no tradicional como "**aquella que es percibida por cualquiera de los cinco sentidos y cuya representación debe ser hecha a través de métodos de representación no tradicionales**"⁸. Por el contrario, las "**marcas tradicionales**" se conforman por supuestos numéricos, términos, palabras, letras, dibujos o símbolos que sean apreciables por el sentido de la vista.*

De igual importancia, el tratadista argentino Breuer Moreno trata las marcas tridimensionales, denominadas por el autor en el año 1946 como marcas de envases y envoltorios al ser

⁸ CASTRO, Juan David. Las marcas no tradicionales. Revista la Propiedad Inmaterial. Universidad Externado de Colombia No. 16. 2012. p.230.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

marcas que eran “constituidas por la forma especial que se da al recipiente de los productos a distinguir”⁹. Asimismo, dijo que “si la forma del envase es novedosa y característica, no hay duda de que puede constituir marca”¹⁰.

Las marcas tridimensionales se ubican hoy en día en las marcas no tradicionales que se agrupan en dos tipos, en visibles y no visibles. Las marcas visibles se conforman por las marcas de colores, tridimensionales, hologramas, imágenes en movimiento y en posición. Mientras que, las marcas no visibles se clasifican por las marcas de olores, sonoras, táctiles y de sabores.

En el marco de la CAN la Decisión 486 de 2000 sobre Propiedad Industrial abarca en el Título VI las marcas en el artículo 134° la **definición de marca**: “a efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. **Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica**. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro”¹¹.

⁹ BREUER. Op. Cit., p.127.

¹⁰ Ibíd., p.128.

¹¹ COMUNIDAD ANDINA. Decisión No. 486. Op. Cit.



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

Por esto, resulta indispensable definir la palabra **"tridimensional"** según la RAE, en cuanto dice que algo es tridimensional cuando es **"de tres dimensiones"**. Es decir, que la tridimensionalidad exige el conocimiento de las tres coordenadas de la dimensión de un objeto en lo que respecta a la **altura, el largo y el ancho**. El volumen proveniente de las tres dimensiones constituye materialmente una ocupación por sí mismo de un espacio determinado. **Es por eso que, los objetos tridimensionales son susceptibles de ser perceptibles por la vista y por el tacto en razón a la ocupación de espacio físico.**

De igual importancia, el Tribunal Andino de Justicia, ha dicho que las marcas tridimensionales, corresponden a **"un cuerpo que ocupa las tres dimensiones del espacio y que es perceptible no sólo por el sentido de la vista sino por el del tacto"**¹². Por lo que, este tipo de signos distintivos, provistos de volumen, denominados marcas tridimensionales **"permite la registrabilidad como marca del signo tridimensional que constituya la forma o el envase del producto que pretende distinguir, siempre que reúna los requisitos previstos en el artículo 134 de la Decisión 486, y que no sea la forma usual"**

¹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 33-IP-2005. No. 1224 [En línea]. Lima, 2 de Agosto de 2005. En: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1224.pdf>



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

del producto o de su envase, conforme lo dispone el artículo 135, literal c)¹³.

36

En resumen, una definición de marca tridimensional según el peruano Carlos Cornejo Guerrero dice que **“es aquella forma tridimensional que sirve para identificar y diferenciar productos o servicios de sus similares en el mercado. Ella puede consistir en formas particulares de los productos, sus envases, envoltorios, empaques o recipientes en general; en formas tridimensionales que distingan productos, pero que no consistan en la forma de los mismos, o en formas tridimensionales aptas para distinguir servicios de sus similares en el mercado”**¹⁴.

A su vez, podría definirse marca tridimensional como aquel signo distintivo no tradicional que **constituye un derecho de Propiedad Industrial que se plasma en formas tridimensionales a través de signos, símbolos, palabras, relieves, texturas y demás particularidades en tres dimensiones capaz de identificar y diferenciarse de sus similares por sus características distintivas** en razón a su forma peculiar, propia y específica que no consista en aquellas

¹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 149-IP-2007. No. 1586 [En línea]. Lima, 15 de Febrero de 2008. En: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1586.pdf>

¹⁴ CORNEJO, Carlos. Las marcas tridimensionales. Universidad Bernardo O'Higgins. p.90.

CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

formas propias de los productos y/o servicios y demás causales de irregistrabilidad según establezca cada jurisdicción en particular.



Al respecto, el **reparo** parte del entendido de que también se debe comparar el ZUECO y/o el producto mismo que materializa la marca tridimensional, con las referencias comercializadas por **EVACOL**; tal y como se ilustra a continuación:



Recordando lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) con relación a las marcas tridimensionales y sus elementos distintivos, es importante tener en cuenta la alteración de las configuraciones ordinarias o comunes de la marca; por ejemplo, si se trata de una forma común de envase, detallar si figuran en él elementos tales como grabados, estampados, viñetas y relieves. En ningún sentido el Despacho realizó algún tipo de pronunciamiento,



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

valoración y/o consideración en el cotejo marcario frente a estos elementos exigidos, según lo ha dicho el TJCA, a saber:

38

“Es indispensable que el envase, para ser registrable como marca, presente realmente forma nueva, **ya sea mediante la alteración de configuraciones ordinarias o comunes, por disposiciones geométricas que lo conviertan en típico y característico, o bien, si fuera una forma común de envase, figuren en él elementos tales como grabados, estampados, viñetas y relieves, que imprima y dé el rasgo distintivo que la ley exige**, colocándose, de acuerdo al procedimiento administrativo, en la posibilidad de obtener el registro condicionado exclusivamente a los dibujos, sin que la forma en sí importe privilegio alguno. (Exp. de marca acta 161.077, noviembre 15 de 1934, P y M., 1934, pág. 731)” (Breuer Moreno, Obra citada, pág. 129)”. (Proceso N° 23-IP-1998.Marca: TRIDIMENSIONAL “UNA CACHA DE MACHETE Y UNA DENOMINACIÓN Y COLORES”, publicado en la Gaceta Oficial N° 379, de 27 de octubre de 1998).

(Subrayado y negrilla añadido)

En conclusión, se da por sentado que los extremos comparables en este asunto deben ser el **ZUECO 11016**, más precisamente, el ZUECO denominado “**BAYABAND CLOG**” de **CROCS** frente a las referencias de ZUECOS 084, 078 y 078-7 de **EVACOL**; situación que no fue realizada por el Despacho de conocimiento y en forma muy ligera determinó, a su criterio, que existía similitud y riesgo de

CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

confusión sin valorar los medios de prueba que se allegaron oportunamente en la defensa.

4.1.3. REPAROS FRENTE A LA DESTINACIÓN DE LA EXCEPCIÓN PRIMERA DE LA DEFENSA – DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE EVACOL:

La providencia apelada parte del reconocimiento de Derechos de Propiedad Industrial por parte de la sociedad **EVACOL**, en especial de diseños industriales No. 7221 y 9323, tal y como se manifestó en los actos de postulación de la pasiva. Sin embargo, el juez de instancia contraría lo ahí manifestando al sostener más adelante que: *“ninguno de los diseños industriales registrados por **EVACOL** coincide con las referencias que han sido objeto de reproche en la demanda”* por esto, agrega el despacho que *“la comercialización de estas referencias (084, 078 y 078-7) no se encuentran amparadas por un diseño industrial”*.

DISEÑOS INDUSTRIALES DE CALZADO TIPO ZUECO DE TITULARIDAD DE EVACOL S.A.S:

Certificado	Expediente	Clase	Diseño
7221	12-097440	2.4	
9323	NC2016-0000204	2.4	

CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CUBA	FINLANDIA
REP. DOMINICANA	CHILE	HOLANDA

Estado	Expediente	Clase	Diseño	Titular
Concedida	NC2016/0000199	2.4		EVACOL S.A.S.
Concedida	NC2016/0000203	2.4		EVACOL S.A.S.
Concedida	NC2017/0009099	2.4		EVACOL S.A.S.

Este interiorismo judicial no tuvo en cuenta la alineación de las alegaciones que tuvieron como exposición la excepción primera, en el sentido de que, más allá de la facultad que los mencionados diseños industriales le generaban a **EVACOL** para comercializar las referencias demandadas, los mencionados diseños industriales de **EVACOL** permitían demostrar que las características más llamativas del calzado tales como los agujeros, la correa y la banda, no son derechos exclusivos de CROCS INC., adquiridos mediante su marca tridimensional, sino que son COMUNES, USUALES Y GENÉRICOS a una clase de ZUECOS; al punto de ser reconocidos, en otra clase de derechos de propiedad industrial, a empresas diferentes a **CROCS INC.**

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP. DOMINICANA		

Sobre el particular es importante recordar que la demandante mucho reprochó a **EVACOL** la supuesta imitación de aspectos características de los ZUECOS 078, 078-7 y 084, como lo fueron **la correa de amarre en la parte trasera del pie y los agujeros de la capellada**. Respecto de estas características, la demandante siempre enfatizó que estaban protegidas por la marca tridimensional. No obstante, **EVACOL** pudo demostrar, con el registro de sus diseños, que también tenía derechos con las mismas características de las que **CROCS INC.** alegaba como suyas (correa y huecos). Esta situación le quita total credibilidad al argumento de **CROCS INC.**, en el sentido de alegar como propias características genéricas y comunes de muchos **ZAPATOS**, como los son la correa y los huecos.

Entonces, vale enfatizar que los Derechos de Propiedad Industrial de **EVACOL S.A.S** fueron tajantemente desconocidos por el Despacho porque aun cuando a lo largo del proceso se demostró que el calzado tipo zueco de goma tiene elementos usuales, genéricos y comunes de calzado que **NO SON DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE CROCS, INC.**

Esta situación ha sido reconocida por la misma sociedad demandante, a través de **la confesión** del presidente de **CROCS, INC.**, el señor **JHON McCARVEL** en el año **2012**. En noticia de CNN titulada "**CÓMO UN ZAPATO DE MODA CASI PIERDE TODO SU ÉXITO**"¹⁵, el presidente de **CROCS, INC.** reconoció que su producto se trata de un calzado común y genérico, aduciendo lo siguiente:

¹⁵ <https://cnnespanol.cnn.com/2012/03/18/como-un-zapato-de-moda-casi-pierde-todo-su-exito/>
18 de marzo de 2012. CNN PANORAMA MUNDIAL.



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

*El colapso económico en 2008, combinado con un mercado saturado, generó lo que el **presidente de Crocs John McCarvel** describió como una “perfecta confluencia de eventos”.*

***“Muchas personas tienen el mismo producto, vendiéndolo a los mismos consumidores y sólo nuestra incapacidad de evolucionar como marca causó en que tuviéramos que cambiar el negocio”**, dijo.*

El Despacho desconoció los elementos usuales, genéricos e inapropiables, de los que ningún fabricante es titular exclusivo. Es por esta razón que miles de fabricantes de calzado tipo zueco de goma coexisten a nivel mundial y en Colombia. Para diferenciarse, los fabricantes incorporan elementos distintivos y/o novedosos a la forma usual, genérica y corriente del zueco; tales como grabados, estampados, viñetas y relieves. Ello ha permitido diferenciar el origen empresarial entre cada zueco.

Esta interpretación refuerza el ataque de la excepción denominada “**uso común y genérico**”, porque desde acá comienza a percibirse el uso normal, avalado por la **SIC**, de huecos y correa, en el calzado de tipología ZUECO, elementos que no pueden entenderse como “arbitrarios” o distintivos.

El juez de conocimiento desconoció, en forma grave, los elementos del calzado tipo zueco de uso común y genérico, a la vez que aquellos elementos que cumplen una función técnica. Por tal desconocimiento y omisión, el juez falló en



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

contra de mi representada, excediendo el alcance del Derecho de Propiedad Industrial de la sociedad Demandante **CROCS, INC.** El fallador otorgó indebidas e ilimitadas prerrogativas de exclusividad a la marca tridimensional objeto de la litis, dado que se trata simple y sencillamente de un diseño usual y genérico en el que no recaen dichas atribuciones.

Lo anterior resulta más grave aún al tratarse de un tipo de calzado común, corriente y genérico que tiene origen milenario en los zuecos de origen suecos, holandeses y españoles. Múltiples empresarios y fabricantes a nivel nacional han difundido, reproducido e industrializado ampliamente su producción en forma masiva sin incurrir en infracción de Derechos de Propiedad Industrial.

Los Diseños Industriales de mi representada **EVACOL S.A.S.** son productos protegidos por el Derecho de Propiedad Industrial porque además de integrar elementos usuales, genéricos y funcionales que son del dominio público, contienen ciertos elementos novedosos de carácter estético plasmados en productos físicos. Esta combinación discurre en una calificación híbrida entre la Propiedad Intelectual y la Propiedad Industrial, mediante la cual se protege la apariencia y forma particular del calzado tipo zueco de goma.

Al recordar la definición de Diseño Industrial, es importante tener en cuenta que esta consiste en la apariencia particular y ornamental de un producto; en donde se concibe como un bien inmaterial, sin tratarse del producto en sí mismo. El maestro Otero Lastres indica que *“el diseño es tanto la creación inmaterial o corpus mysticum en que consiste la apariencia particular del producto, como el*



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CUBA	FINLANDIA
CUBA	REP.DOMINICANA	HOLANDA

soporte material o corpus mechanicum que es el producto o una parte del mismo"¹⁶.

Por esta razón se puede indicar que el objetivo del amparo de los diseños industriales, precisamente de los calzados tipo zueco protegidos y olvidados por el juez de conocimiento, consiste en destacar el orden estético que protege el aspecto creativo, ornamental o estético del producto. Sobre dicha característica, la maestra CARMEN LEICE REIJA ha dicho que "*las variadas definiciones de diseño industrial inciden en la misma idea: el diseño es fruto de una combinación de **factores técnicos y estéticos** que, aplicados a un producto, confieren a éste su propia individualidad*"¹⁷.

Llama la atención que el Despacho olvidó, en forma grave y a lo largo de toda la sentencia, las pruebas allegadas con relación a los diseños industriales de titularidad de **EVACOL S.A.S.** No solo en lo referido a los Expedientes No. 12097440 y No. SD2016/0000204, sino también los expedientes administrativos NC2016/0000199, NC2016/0000203 y NC2017/0009099; los cuales fueron anunciados desde la contestación de la demanda e incorporados por congruencia en el proceso. Los Diseños Industriales de **EVACOL** fueron concedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante actos administrativos, que incluso se expidieron con anterioridad a la concesión de la marca tridimensional de **CROCS INC.** A saber, los diseños industriales concedidos

¹⁶ METKE, Ricardo y OTERO LASTRES, José. Lecciones de Propiedad Industrial. Los Diseños Industriales en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena. Bogotá D.C: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2002. p.159.

¹⁷ LENICE REIJA, Carmen. La Protección del Diseño en el Derecho Español. 1 Ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2004. p.17.

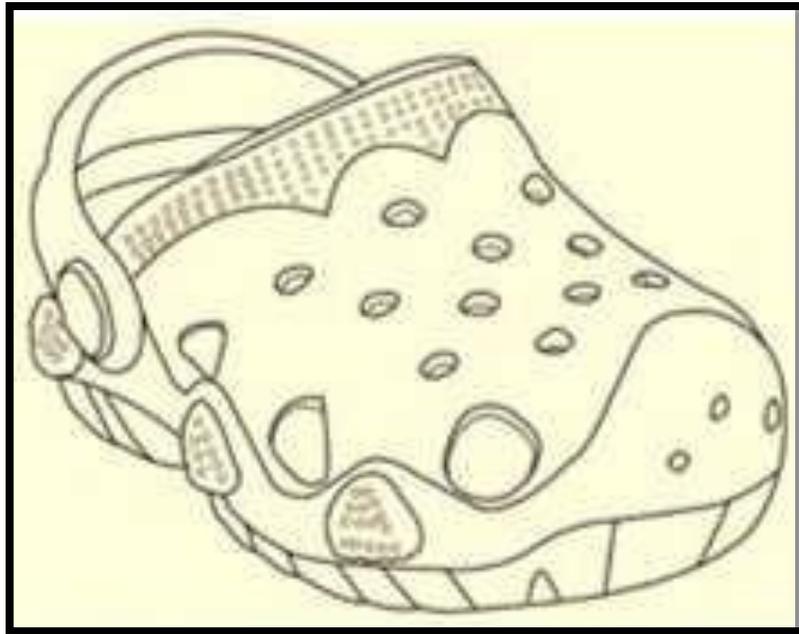
CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

a mi representada, refieren a cierto tipo de calzado (zuecos) con características de **huecos en la capellada, correa de amarre** e incluso con una **banda** que rodea el zapato; tal cual como se ilustra en los correspondientes registros de Diseño Industrial:



Fecha de Radicación: 25 de julio de 2016



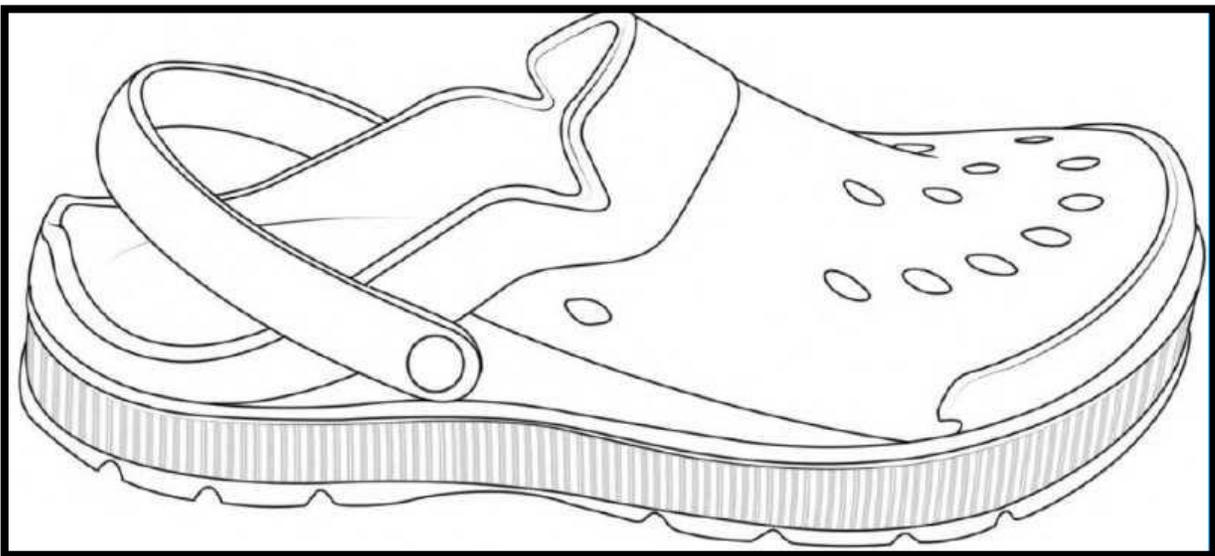
Fecha de Radicación: 25 de julio de 2016

CORRESPONSALES EN:

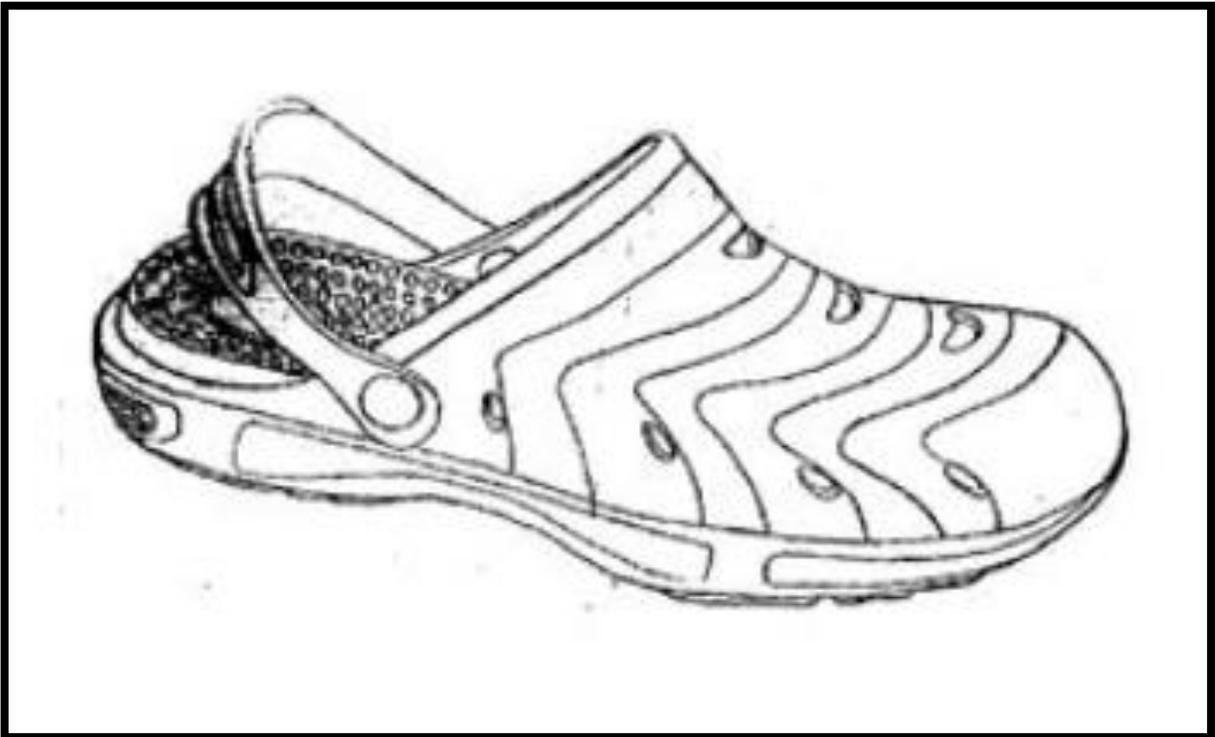
CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA



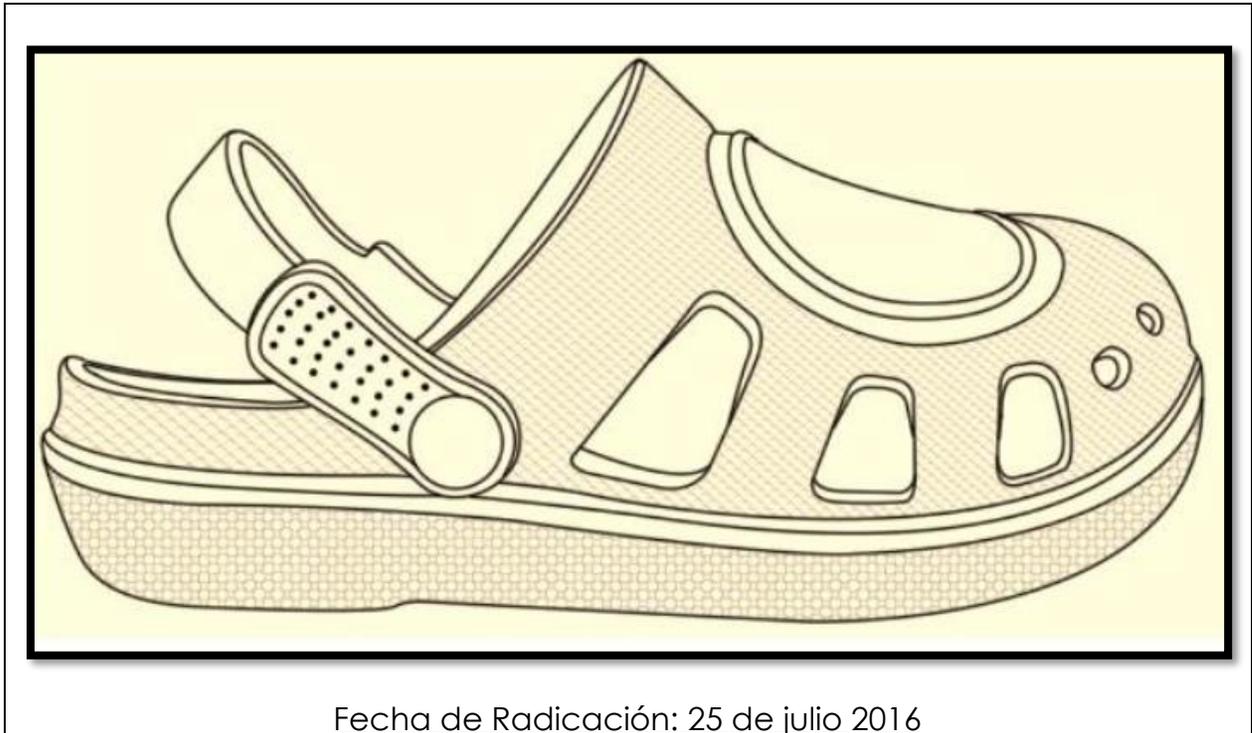
Fecha de Radicación: 06 de septiembre de 2017



Fecha de Radicación: 08 de junio 2012

CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		



Lo anterior se ratifica en las resoluciones que concedieron los diseños industriales de **EVACOL**, como se ilustra a continuación:

Resolución No. 76605 de 9 de octubre de 2018 – Dirección de Nuevas Creaciones – SIC:

*«**Huecos en la parte superior**»: Todos los productos comparados por el opositor y **cientos más en el mercado poseen esta característica**, sin que ésta dé lugar a considerar una falta de novedad del diseño solicitado, adicionalmente, el orden de los huecos sobre la superficie de la sección frontal-superior de la sandalia se diferencia de los antecedentes presentados.*



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP. DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

“Una correa movable que sirve para ajustar el pie al calzado”:
La correa, también es un accesorio común para todos los
productos cotejados, (...)»

48

(Subrayado fuera de texto original)

Esta circunstancia también se acreditó en el testimonio de **Ricardo Álzate**, cuando se le preguntó si los elementos como los huecos y la correa son características comunes en los productos de los demás empresarios; el señor Ricardo respondió expresamente:

*“Es igual, los huecos en ese zapato, **todos tienen huecos y todos tienen correa**” y más adelante agrega, “cuando me preguntan que sean similares a CROCS, **yo los hago similares no solamente a CROCS sino a muchas más marcas, porque todas tienen los huecos**” - “**porque tiene el mismo compuesto que son EVA, tiene huecos, una banda y una correa**”.*

Los mencionados diseños industriales de **EVACOL** permiten demostrar que las características más llamativas del calzado, tales como **los agujeros en la capellada, la correa y la banda, no son derechos exclusivos de CROCS INC. que fuesen adquiridos mediante su marca tridimensional**, sino que son **COMUNES, USUALES, GENÉRICOS y FUNCIONALES** en el mercado nacional de calzado tipo zueco de material EVA (goma).



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

La coherencia interna del fallo brilla por su ausencia. El Despacho de primera instancia, gravemente, desconoció los Derechos de Propiedad Industrial que tiene mi representada **EVACOL S.A.S** con relación al Diseño Industrial bajo el Expediente administrativo No. 12097440 y de fecha de radicación del **08 DE JUNIO DEL 2012**. El mencionado expediente está relacionado con un zueco de material EVA (goma), cuyos elementos comunes, incluyendo, huecos en la capellada, banda, botón en la correa y correa en sí misma, fueron utilizados en los Calzados objeto de la litis: ZUECOS 084, 078 y 078-7 de **EVACOL**.

La marca tridimensional, objeto del presente litigio, fue solicitada por la Demandante mediante el Expediente administrativo No. 14151353 con fecha de Radicación del **14 DE JULIO DEL 2014**.

De conformidad con lo dispuesto en la Interpretación Prejudicial (IP) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), para el caso concreto: **PROCESO 476-IP-2019**, en caso de existir un conflicto entre un diseño industrial y una marca tridimensional, debe primar el registro más antiguo. Lo anterior en aplicación del principio "**PRIMERO EN EL TIEMPO, PRIMERO EN EL DERECHO**" (*prior in tempore, potior in iure*), el cual fue indebidamente pasado por alto por el Despacho. **Mi representada ostenta Derechos de Propiedad Industrial basados en el diseño industrial con Expediente administrativo No. 12097440 con fecha de radicación del 08 DE JUNIO DEL 2012, es decir, mucho antes que la sociedad CROCS, INC.**

Dicho, en otros términos, el juez de primera instancia pasó por alto que el Diseño Industrial de mi representada le otorga derechos de uso, especialmente sobre los elementos usuales y comunes que no le pertenece a ningún agente del

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

mercado. En el caso en cuestión se trata de elementos del calzado que por la naturaleza del producto son inapropiables; situación que el juzgador de conocimiento desconoció y de hecho, excedió el alcance del derecho de la marca tridimensional de **CROCS, INC.** Tan grave es el alcance de la sentencia, que pareciera otorgarle un derecho absoluto a **CROCS, INC.**, para fabricar este tipo de calzado tipo zueco de material EVA (goma); lo cual implica que, con esta decisión, el Despacho estaría sin lugar a dudas atentando a la protección de la **libre competencia económica** y a la posibilidad de participar en el mercado en condiciones de libertad e igualdad.

50

Lo que se evidencia en el fallo de primera instancia es una enorme superficialidad en el examen y cotejo de la presunta infracción, toda vez que el Despacho desconoce totalmente que este tipo de calzado tiene elementos **USUALES, COMUNES y FUNCIONALES**; entre ellos, los orificios en la capellada, línea de contorno del calzado, la correa y el botón. Estos elementos fueron los criterios determinantes para que el Juez considerara, erradamente, la existencia de la presunta infracción, desconociendo el despacho que se trata de elementos genéricos e inapropiables que todo calzado de material EVA, tipo zueco, debe inexorablemente tener para la composición y fabricación del calzado.

Las pruebas documentales que aparecen en los folios No. 236 a 250 del cuaderno No.03 y el folio No.132 del cuaderno No.4, demuestran que la sociedad **EVACOL S.A.S** es titular de diversos Derechos de Propiedad Industrial, específicamente cinco (5) diseños industriales. Estas pruebas documentales no fueron valoradas por el juez de conocimiento y de ellas se pueden extraer que los elementos intrínsecamente relacionados a: **1) Orificios en la capellada; 2) línea de contorno**



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

del calzado; **3)** la correa y el **4)** el botón, son elementos de la naturaleza del producto en sí. Son elementos de carácter usual, común, genérico y funcional, sobre los cuales no recae ningún Derecho de Propiedad Industrial en favor de ningún agente del mercado.

51

Por lo tanto, la valoración de las pruebas documentales relacionada a la existencia de Diseños Industriales de titularidad de **EVACOL S.A.S** no fue apreciadas en conjunto por el juez de conocimiento y mucho menos se aplicaron las reglas de la sana crítica. El Despacho simplemente consideró en la sentencia, lo siguiente:

“La comercialización de estas referencias no se encuentra amparadas por un diseño industrial que sirviera de defensa, al menos para decir que acá no hay una infracción, en tanto que la Sociedad EVACOL S.A.S pudiera ser titular de un derecho sobre un diseño industrial, eso en cuanto a los diseños.”

Con base en ello, la **valoración individual de las pruebas** de folio No. 236 a 250 del cuaderno No.03 y de folio No.132 del cuaderno No.4, no presentó ningún razonamiento hermenéutico a la luz del contexto del proceso. El Despacho desconoció las reglas de la experiencia y los postulados de la técnica, al centrar el análisis de infracción en aquellos elementos del calzado tipo zueco que fueron genéricos, usuales y funcionales. El Despacho erradamente consideró estos puntos con gran preponderancia en la sentencia y resolvió que existió una presunta infracción.



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP. DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

El Despacho de conocimiento simplemente consideró en forma errada que no había coincidencia idéntica entre los diseños industriales protegidos por **EVACOL S.A.S** y las referencias objeto de la litis para descartar sin ningún análisis adicional el presente argumento en defensa de mi representada. Los diseños industriales de mi representada probaron a lo largo del proceso que existen elementos usuales, comunes y funcionales en el calzado de EVA tipo zueco que no debieron considerarse en el cotejo de infracción de marca tridimensional, los cuales, conllevaron al juez a un inadecuado análisis probatorio, toda vez que desconoció la materialización de circunstancias particulares que se encuentran probadas en el proceso.

En este sentido, se abstuvo el A-Quo de considerar el hecho de la existencia de elementos genéricos y funcionales en los diseños industriales de mi representada para considerar que los *orificios en la capellada, la correa y la banda*, no son derechos exclusivos de **CROCS** adquiridos mediante su marca tridimensional, sino que son comunes a este tipo de zuecos al punto de ser reconocidos, en otra clase de derechos, a empresas diferentes a **CROCS, INC.** Circunstancia que no solo está acreditada dentro del proceso con medios de prueba idóneas, útiles y pertinentes, sino que además fue reconocido los Derechos de Propiedad Industrial como ciertos en la contestación de la demanda y por el juez de conocimiento.

Es por estas razones que, resulta paradójico que el Despacho no le hubiere dado credibilidad y certeza a los Diseños Industriales de mi representada y considerar que la presunta similitud recae en elementos del calzado tipo zueco que son de uso común y son inapropiables por la compañía estadounidense, en cuanto, son



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

formas y características impuestas por la naturaleza de la función del producto, tal como lo dispone el **PROCESO No. 135-IP-2007**.

53

Aunado a lo anterior, es pertinente recordar que la marca tridimensional de la compañía demandante **CROCS, INC**, presenta una forma usual y común de calzado tipo zueco que contiene en él elementos tales como **grabados, estampados, viñetas y relieves**, de los cuales, son los elementos primarios y distintivos que debió centrarse el cotejo de infracción para determinar la posibilidad de una infracción de derechos. Pues, en **NINGÚN APARTE DE LA SENTENCIA FUERON COTEJADOS DICHS ELEMENTOS CON LAS REFERENCIAS DE ZUECOS 078, 078-7 y 084 DE MI REPRESENTADA**.

4.1.4. REPAROS FRENTE A LA DESESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN SEGUNDA DE LA DEFENSA - COEXISTENCIA PROLONGADA DE LA FORMA USUAL EN EL MERCADO:

Al respecto, manifiesta el Juez que: *“no es cierto que desde el año 2011, el signo tridimensional de CROCS esté coexistiendo con los ZUECOS comercializados por EVACOL”*, para lo cual, acude nuevamente a su interpretación y criterio personal que lo lleva a comparar la marca tridimensional, con los productos de **EVACOL S.A.S**, desconociendo en forma grave que el calzador tipo ZUECO No. 11016 aducido por la demandante **CROCS, INC.**, como la muestra física que representa la marca tridimensional, que después vino a ser reconocido como marca, venía comercializándose de manera tranquila y pacífica desde el año 2011.

Pues, esta existencia anterior de la demandada **EVACOL S.A.S** fue reiteradamente acreditada en el proceso, según consta en las pruebas



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

documentales allegadas en la contestación de la demanda, en especial, con el dictamen pericial de **PRECISA** sustentado por el perito **SERGIO MUÑOZ**, los cuales, fueron unos medios de pruebas que no fueron valorados por el juez de conocimiento y no hubo un real pronunciamiento sobre la coexistencia pacífica de los signos o coexistencia de hecho.



En pocas palabras, el juzgador desecha la excepción de coexistencia por el hecho de que no fue sino hasta el 2016, cuando **CROCS** vino a ser titular de la marca tridimensional objeto del litigio, cuando lo cierto es que, en la realidad del mercado, el ZUECO 11016 de **CROCS** aducido como el que materializa la marca tridimensional, venía siendo comercializado a la par que los ZUECOS 084, 078 y 078-7, por lo menos, desde el año **2011**.

Todo en consonancia a las pruebas documentales, que también fueron desconocidas y descartadas por el juez de conocimiento, allegadas oportunamente por mi representada, de conformidad con las siguientes:

a) Facturas «ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07»:

		EVACOL LTDA NIT 900062992-1 CR 23 13-40 Arroyohondo Yumbo Teléfono 6959484 Fax 6958300		Factura No. Y1 148 Fecha 12 julio 2013 Vence 11 agosto 2013 Fecha Entrega: 12 julio 2013			
IVA REGIMEN COMUN DIAN Resolución No. 50000332331 de 11 de Febrero de 2013 Autoriza del Y1-0001 al Y1-5000 Iva Regimen Comun - Agente Retenedor de IVA - No somos Autorretenedores de Renta e ICA Grandes Contribuyentes Resolución 014097 de 30 Diciembre 2010		www.evacol.com		e-mail: ventas@evacol.com			
Cliete 2MYW SAS Nit - c.c. 900.452.868 -1 Direccion Carrera 23 No 13 100 Ciudad YUMBO		Direccion Mercancia Valle Unico Cali Local 153 Remision 343 Pedido VALLE Tel 6959484 Forma de Pago Credito 30 Dias		Orden Compra Pag. 1			
Cons.	Descripcion	Cantidad	Unidad	Talla	Color	Unitario	Total
1	ZUECO REF. 084	1	Par	30	Rosado	8.621	8.621
2	ZUECO REF. 084	1	Par	31	Rosado	8.621	8.621
3	ZUECO REF. 084	1	Par	32	Rosado	8.621	8.621
4	ZUECO REF. 084	1	Par	33	Rosado	8.621	8.621
5	ZUECO REF. 084	1	Par	34	Rosado	8.621	8.621
6	ZUECO REF. 084	1	Par	35	Rosado	8.621	8.621
7	ZUECO REF. 084	2	Par	30	Neuro (NE)	8.621	17.241
8	ZUECO REF. 084	2	Par	31	Neuro (NE)	8.621	17.241
9	ZUECO REF. 084	2	Par	32	Neuro (NE)	8.621	17.241
10	ZUECO REF. 084	2	Par	33	Neuro (NE)	8.621	17.241
11	ZUECO REF. 084	3	Par	34	Neuro (NE)	8.621	25.862
12	ZUECO REF. 084	3	Par	35	Neuro (NE)	8.621	25.862



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP. DOMINICANA		

EVACOL LTDA

Nit: 900.062.992-1
Régimen Común
Resolución Dian No. 50000279400
de Noviembre/18/2010
Habilita del 1138 hasta 5000

FACTURA DE VENTA

Nº 2515

GRAN CONTRIBUYENTE RES. 014097 DICIEMBRE 30 DE 2010

Señor (es): 2M&W SAS Nit o C.C.: 900.452.868-1 Dirección: Calle 47 1N 65 B/ Popular Forma de pago: A 30 DIAS	Fecha: 2012-05-28 Teléfono(s): 6653637 Ciudad: CALI Guía o Remisión: 1947
---	--

CANTIDAD	CONCEPTO	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
214	078 (36-41)	9.914	2.121.552

EVACOL LTDA

Nit 900062992 - 1
CR 23 13-40 Arroychondo Yumbo
Teléfono 6959484 Fax 6959300

Factura No. Y1 265
 Fecha 27 julio 2013
 Vence 26 agosto 2013
 Fecha Entrega: 25 julio 2013

IVA REGIMEN COMUN
 DIAN Resolución No. 50000332331 de 11 de Febrero de 2013 Autoriza del Y1-0001 al Y1-5000
 Iva Regimen Comun - Agente Retenedor de IVA - No somos Autorretenedores de Renta e ICA
 Grandes Contribuyentes Resolución 014097 de 30 Diciembre 2010

www.evacol.com e-mail: ventas@evacol.com

Cliente 2MYW SAS Nit - c.c. 900.452.868 - 1 Dirección Carrera 23 No 13 100 Ciudad YUMBO	Tel 6959484 VALLE	Dirección Mercancia Ev. VALLE - Centro Cial Unico - Barranquilla - Calle Remisión 467 Pedido Orden Compra Forma de Pago Credito 30 Dias Pag. 1
---	----------------------	--

Cons.	Descripción	Cantidad	Unidad	Talla	Color	Unitario	Total
1	ZUECO REF. 078-07	2	Par	36	Rosado	11.638	23.276
2	ZUECO REF. 078-07	2	Par	37	Rosado	11.638	23.276
3	ZUECO REF. 078-07	2	Par	38	Rosado	11.638	23.276
4	ZUECO REF. 078-07	2	Par	39	Rosado	11.638	23.276
5	ZUECO REF. 078-07	2	Par	40	Rosado	11.638	23.276
6	ZUECO REF. 078-07	2	Par	41	Rosado	11.638	23.276
7	ZUECO REF. 078-07	2	Par	36	Violeta (VI)	11.638	23.276
8	ZUECO REF. 078-07	2	Par	37	Violeta (VI)	11.638	23.276
9	ZUECO REF. 078-07	2	Par	38	Violeta (VI)	11.638	23.276
10	ZUECO REF. 078-07	2	Par	39	Violeta (VI)	11.638	23.276
11	ZUECO REF. 078-07	2	Par	40	Violeta (VI)	11.638	23.276
12	ZUECO REF. 078-07	2	Par	40	Violeta (VI)	11.638	23.276



CORRESPONSALES EN:

- | | | |
|----------------|-----------|-------------|
| CHINA | CURAZAO | REINO UNIDO |
| INDIA | ARUBA | ESPAÑA |
| JAPÓN | BONAIRE | FRANCIA |
| U.S.A | VENEZUELA | IRLANDA |
| CANADÁ | ECUADOR | ITALIA |
| MÉXICO | PERÚ | SUECIA |
| GUATEMALA | BOLIVIA | LUXEMBURGO |
| EL SALVADOR | BRASIL | AUSTRALIA |
| HONDURAS | PARAGUAY | GRECIA |
| NICARAGUA | URUGUAY | BÉLGICA |
| COSTA RICA | ARGENTINA | PORTUGAL |
| PANAMÁ | CHILE | FINLANDIA |
| CUBA | | HOLANDA |
| REP.DOMINICANA | | |

b) Las declaraciones de importación de los moldes para la fabricación de los ZUECOS objeto de la litis en el año 2011 y 2013 de EVACOL S.A.S:

01. Descripción de las mercancías (No iniciar la descripción de las mercancías a importar con lo señalado en el arancel de aduanas en la subpartida arancelaria - Incluya marcas, señales y otros) (Si el campo es insuficiente, continúe al respaldo de este formulario)		Total	910,000	0
D.D. 10543..2 DE 5..MOLDES PARA CALZADO. (3 JUEGOS) MOLDE PARA CALZADO CON (6 PARES) DE MUESTRA DE CALZADO TIPO SUECO No.077 TALLA 36-41 USADO CON FINES TECNICOS REF.ART.077 Marca:EVACOL, (4 JUEGOS) MOLDE PARA CALZADO CON (8 PARES) DE MUESTRA DE CALZADO TIPO SUECO No.078 TALLA 36-43 USADO CON FINES TECNICOS REF.ART.078 Marca:EVACOL, (2 UNID) MOLDE PARA CORREA DE SUECO REF.ART.078 Marca:EVACOL.				
127. Valor pagos anteriores: 0	128. Recibo oficial de pago anterior No.: XXXXXXXXXXXXXXX	129. Fecha: XXXX XX XX		
130. Espacio reservado DIAN - Aduana aduanera (Salida de levante: Levante automático)	131. Espacio reservado uso exclusivo Ministerio de Relaciones Exteriores	132. No. Aceptación declaración 352011000270740		
134. Levante No. 352011000231044	135. Fecha 2011-11-24	133. Fecha 2011 11 11		
136. Nombre DAMARIS BRAVO A	137. C.C. No. C C 38.467.927	Firma del declarante responsable		
138. Firma declarante	997. Espacio exclusiva para el sello de la entidad recaudadora (Fecha efectiva de la transacción)	980. Pago Total \$	0	
996. Espacio para Número autoadhesivo	91035010135322			

CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REPDOMINICANA		

57

91. Descripción de las mercancías(No incluir la descripción de las mercancías a importar con lo señalado en el literal de situarse en la subpartida arancelaria - Incluya marcas, series y sizes) [Si el campo es insuficiente, continúe al reverso de este formulario]

DECLARACION 9 DE 11; DO BV13565-0; PRODUCTO: MOLDE DE CALZADO Talla 39-44. MODELO: NO APLICA. SERIAL: NO APLICA. USO O DESTINO: I
INDUSTRIA DE CALZADO. REFERENCIA: ART.NO.082. MARCA: EVACOL. (12 UNID). // PRODUCTO: MOLDE DE CALZADO Talla 39-44. MODELO: NO APLIC
A. SERIAL: NO APLICA. USO O DESTINO: INDUSTRIAL DEL CALZADO. REFERENCIA: ART.NO.084. MARCA: EVACOL. (4 UNID). NOS ACOCHEMOS AL DCT
O 1703/2012 ART 1, MCIT. XXX
XXX
XXX

127. Valor pagos aduanales: 0	128. Recibo oficial de pago anterior No.: XXXXXXXXXXXXXXXXX	129. Fecha: XXXX XX XX
130. Espacio reservado DIAN - Aduana aduanera	131. Espacio reservado uso exclusivo Ministerio de Relaciones Exteriores	132. No. Aceptación declaración 352013000152748
134. Levante No. 352013000125254	135. Fecha 2013-06-04	136. Nombre Jorge Castillo
137. C.C. No. 16.476.204	138. Firma funcionario responsable	139. Fecha: 2013 05 23
Firma declarante	997. Espacio exclusivo para el sello de la entidad recaudadora (Fecha efectiva de inicio de operaciones SUC. BUENAVENTURA) 23 MAYO 2013 Coloque el timbre de la máquina registradora al dorso de este formulario	980. Pago Total \$ 2,052,000

Fecha de Impresión: 2013-05-23 11:09:33

Ministerio de Comercio Exterior

23328483 2

(415)7707212489953(8020)23030017674672



c) Imágenes de diseño y diagramas de creación intelectual de los moldes de EVACOL S.A.S. por encargo a la compañía china FUJIANMINFAMOULD CO, LTD, el 08 de agosto de 2011:



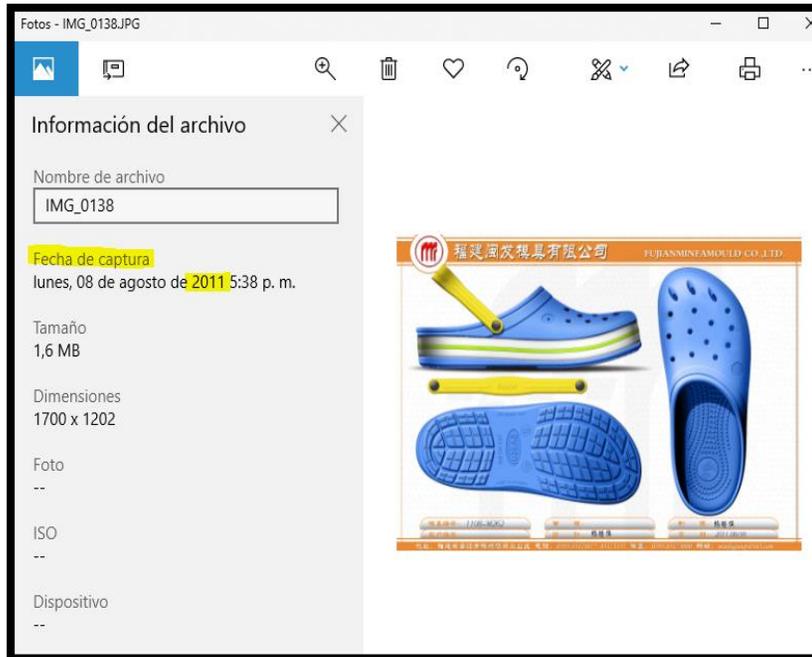


CORRESPONSALES EN:

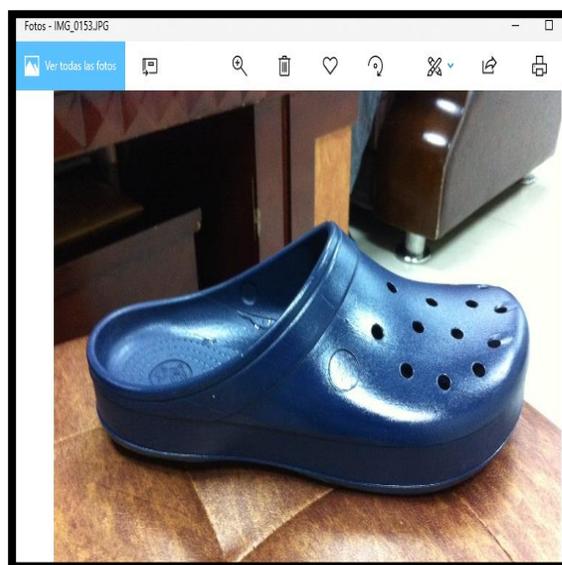
CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA



d) Representación de diseño y diagramas de creación intelectual de los moldes de EVACOL S.A.S. por encargo a la compañía china FUJIANMINFAMOULD CO, LTD, el 15 de agosto de 2011:

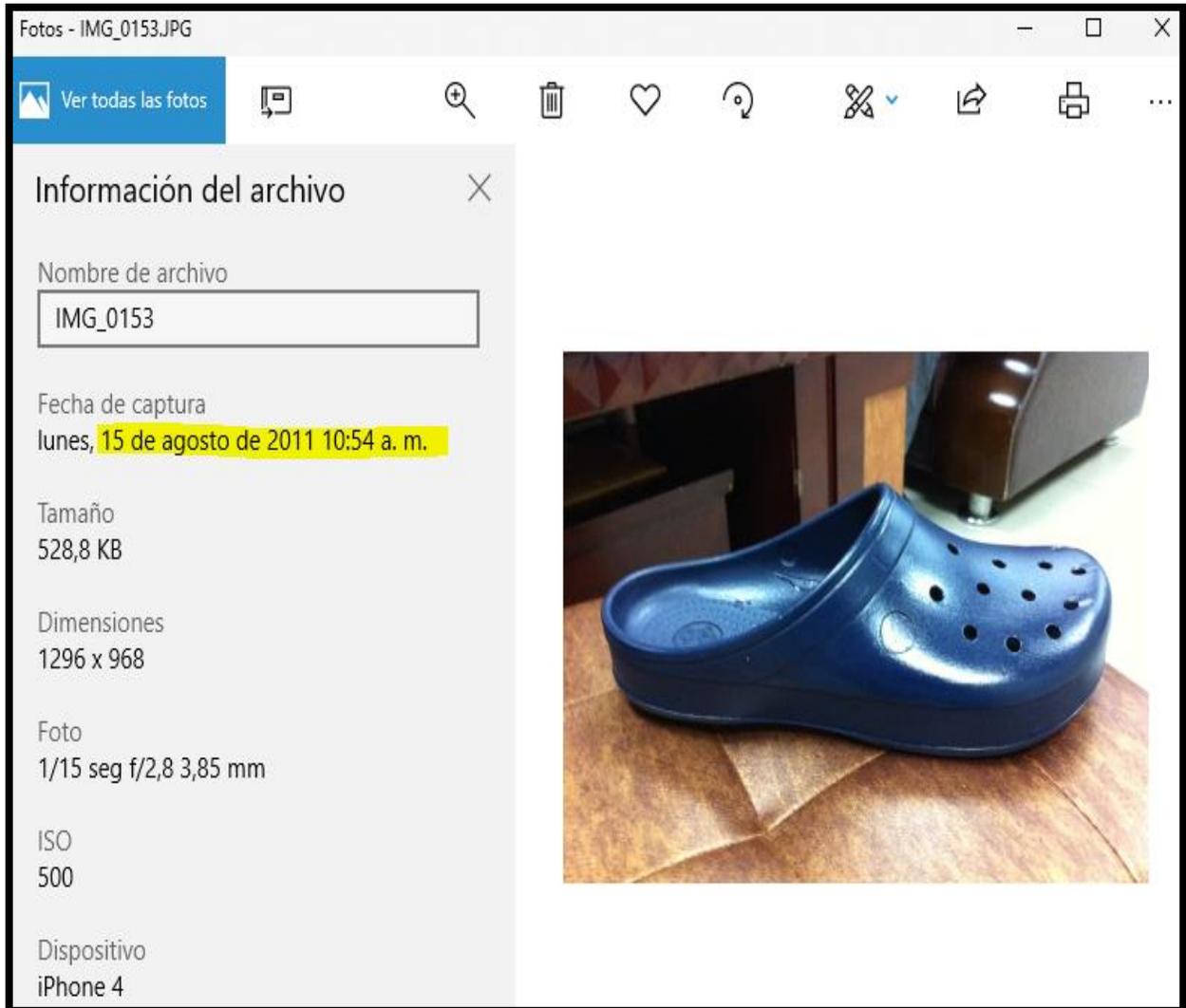


CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA



e) Matrículas mercantiles de establecimientos de CROCS en el mercado desde el año 2011:



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REPDOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

CERTIFICADO DE MATRICULA DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO
LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E
INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL
CERTIFICA:

NOMBRE : CROCS TITAN
MATRICULA NO : 02194085 DEL 16 DE MARZO DE 2012
CERTIFICA:

DIRECCION DE NOTIFICACION JUDICIAL : cra 7 No. 180 - 75 MD 2 BD 17
MUNICIPIO : BOGOTA D.C.
EMAIL NOTIFICACION JUDICIAL : info@croco.com.co
DIRECCION COMERCIAL : AC 72 NO. 80 94 LC 1 30
MUNICIPIO : BOGOTA D.C.
E-MAIL COMERCIAL : INFO@CROCO.COM.CO
ACTIVOS VINCULADOS AL ESTABLECIMIENTO : \$ 30,000,000
CERTIFICA:

ACTIVIDAD ECONOMICA : 4772 COMERCIO AL POR MENOR DE TODO TIPO DE
CALZADO Y ARTICULOS DE CUERO Y SUCEDANEOS DEL CUERO EN
ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS. HOMOLOGADO(S) VERSION 4 AC.
TIPO PROPIEDAD : PROPIEDAD INDIVIDUAL
CERTIFICA:

CERTIFICADO DE MATRICULA DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO
LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA, CON FUNDAMENTO EN LAS MATRICULAS E
INSCRIPCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL
CERTIFICA:

NOMBRE : CROCS UNICENTRO
MATRICULA NO : 02093117 DEL 2 DE MAYO DE 2011
CERTIFICA:

DIRECCION DE NOTIFICACION JUDICIAL : cra 7 No. 180 - 75 MD 2 BD 17
MUNICIPIO : BOGOTA D.C.
EMAIL NOTIFICACION JUDICIAL : info@croco.com.co
DIRECCION COMERCIAL : AV 15 NO. 124-30 L 1-052
MUNICIPIO : BOGOTA D.C.
E-MAIL COMERCIAL : info@croco.com.co
ACTIVOS VINCULADOS AL ESTABLECIMIENTO : \$ 30,000,000
CERTIFICA:

ACTIVIDAD ECONOMICA : 4772 COMERCIO AL POR MENOR DE TODO TIPO DE
CALZADO Y ARTICULOS DE CUERO Y SUCEDANEOS DEL CUERO EN
ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS. HOMOLOGADO(S) VERSION 4 AC.
TIPO PROPIEDAD : PROPIEDAD INDIVIDUAL
CERTIFICA:



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

Lo cierto es que, teniendo en cuenta, los fundamentos que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en la Interpretación Prejudicial (IP) realizada para el caso concreto mediante el **PROCESO 476-IP-2019** nos trae sobre las marcas tridimensionales, existe para el caso sub examine una plena coexistencia pacífica, rechazada sin justificación alguna por el juez de conocimiento sin aplicar los requisitos exigidos, los cuales, fueron debidamente probados en el proceso continuación:

a) Debe ser pacífica. No deben existir reclamos privados, ni procesos administrativos o judiciales donde se advierta del riesgo de confusión y/o asociación:

Quedó demostrado en el plenario que mi representada **EVACOL S.A.S** fabricó, distribuyó y comercializó los ZUECOS 084, 078 y 078-7 objeto de la litis, a nivel nacional, desde finales del año 2011 e inicios del año 2012 en el mercado colombiano con el ZUECO No. 11016 de **CROCS, INC.** aducido como el que materializa la marca tridimensional, sin existir reclamo alguno de ninguna índole por parte de la demandante.

De haber tenido en cuenta el Despacho que desde el año 2011 no existió ningún tipo de reclamo privado o proceso judicial que advirtiera el riesgo de confusión y/o asociación en el mercado colombiano, hubiese concluido que coexistieron pacíficamente las referencias de calzado tipo zueco objeto de la litis en forma tranquila y respetando los competidores las normas de la sana y leal competencia.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOINAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

b) La coexistencia debe presentarse en el mismo mercado físico o virtual, es decir, los signos deben compartir el mismo espacio geográfico o virtual de intercambio de bienes y servicios, ya que de no ser así no podría hablarse de coexistencia pacífica:

62

Fue demostrado a lo largo del proceso la importante presencia comercial de mi representada en el mismo mercado físico y virtual, en los circuitos comerciales en múltiples establecimientos de comercio a folio No. 4,5, y 6 de la demanda y relacionado en las pruebas documentales No. 1.14 y 1.15 del mismo escrito.

De igual forma, en el hecho 2.4 de la demanda, consta la presencia comercial de mi representada, a través de comercio electrónico, donde también la sociedad demandante **CROC, INC.** tiene presencia comercial y coexistieron pacíficamente desde finales del año 2011 e inicios del año 2012.

Fue probado en el escrito de demanda por **CROCS, INC.** que la sociedad **EVACOL S.A.S** tiene presencia comercial en centros comerciales a nivel nacional, al igual que la demandante, es decir, que ambas marcas se encuentran en los mismos canales de comercialización en el mercado físico y virtual en comercio electrónico.

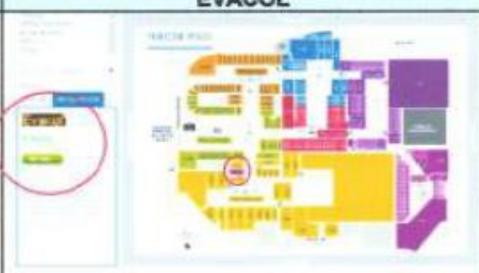
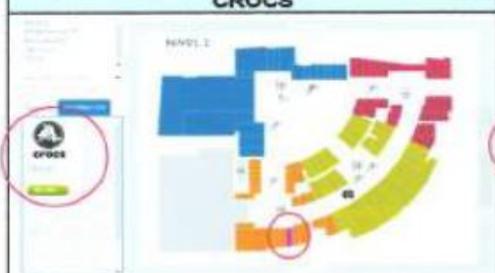
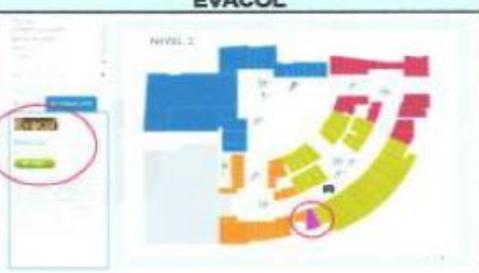
Todo en consonancia al escrito de demanda incoado por la sociedad demandante **CROCS, INC.**, a folio No. 21, a continuación:

CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REPÚBLICA DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

<p>CENTRO COMERCIAL SANTA FE CIUDAD BOGOTÁ D.C. http://www.centrocomercialsantafe.com/bogota/mapa</p>	
<p>CROCS</p> 	<p>EVACOL</p> 
<p>CENTRO COMERCIAL SANTA FE CIUDAD MEDELLÍN (ANTIOQUIA). http://www.centrocomercialsantafe.com/medellin/mapa</p>	
<p>CROCS</p> 	<p>EVACOL</p> 
<p>CENTRO COMERCIAL GRAN ESTACIÓN BOGOTÁ D.C.</p>	
<p>CROCS</p>  <p>http://www.granestacion.com.co/almacenes/almacen/crocs</p>	<p>EVACOL</p>  <p>http://www.granestacion.com.co/almacenes/almacen/colors-by-evacol</p>



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

c) Debe darse por un periodo razonable de tiempo para su efectiva incidencia en la percepción del público consumidor. El lapso debe ser evaluado por la autoridad competente de conformidad con la naturaleza de los productos y/o servicios que amparan los signos en conflicto. No es lo mismo hablar de coexistencia para marcas que amparen productos de consumo masivo y permanente, que con relación a productos estacionales o por temporadas; tampoco es lo mismo el análisis en relación con productos básicos que con productos suntuarios:

64

Sin asomo de duda, el Despacho se equivocó y simplemente consideró en forma errada que no había coexistencia al determinar que: "(...) *no podemos hablar de una coexistencia pacífica, a lo largo de muchos años.*"

Los criterios interpretativos dispuestos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) no exigen "muchos años" como lo determinó erradamente el juez de conocimiento, por el contrario, realmente la jurisprudencia andina exige que sea un "periodo razonable¹⁸" para generar la total convicción de que el público consumidor no incurrirá en error al adquirir cualquiera de los productos, tal y como lo dispone la Interpretación Prejudicial (IP) realizada para el presente caso concreto mediante el **PROCESO 476-IP-2019.**

En el caso sub examine, fue acreditado que mi representada **EVACOL S.A.S** desde finales del año 2011 e inicios del año 2012 fabricó, distribuyó y comercializó a nivel nacional los ZUECOS 084, 078 y 078-7 objeto de la litis, en el mercado

¹⁸ Definición de la RAE – "**RAZONABLE**": adecuado, conforme a razón. **Proporcionado o no exagerado.**



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOHAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

colombiano junto al ZUECO No. 11016 de **CROCS, INC** aducido por la demandante como la referencia de calzado que materializa la marca tridimensional.

Además, este tipo de calzado de material EVA (goma) es un producto de consumo masivo y permanente, tal y como quedó demostrado en los Certificados allegados por mi representada en la contestación de la demanda, teniendo en cuenta, que se trata de un producto con altos volúmenes de ventas y de alta rotación a nivel nacional.

A partir de esto, estamos frente a la figura de la "Coexistencia de Hecho o Pacífica", donde dos signos que incluso pueden no haber sido reconocidos como Derechos de Propiedad Industrial, de diferentes empresarios, han coexistido en el mercado por un periodo razonable de tiempo sin que haya habido confusión, pero a pesar de estar coexistiendo, la demandante obtuvo el registro de una referencia de calzado tipo zueco como marca tridimensional, situación concretada por **CROCS INC.** y luego, cinco (5) años más tarde incoa la presente acción judicial, a pesar de la coexistencia pacífica que ha sido comprobada en el presente litigio.

Pero, ¿por qué es tan relevante la coexistencia pacífica o de hecho? Porque la actitud pasiva de **CROCS INC.** durante todo ese tiempo (2011-2016) de abstenerse de incoar una acción judicial por infracción de Derechos de Propiedad Industrial y/o Actos de Competencia Desleal anuló por completo la confusión que pueda presentarse entre las referencias de **CROCS INC** y las



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOHAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

referencias de **EVACOL**, todo en consonancia a los resultados obtenidos en el dictamen pericial que dictaminó la **AUSENCIA DEL RIESGO DE CONFUSIÓN**.

66

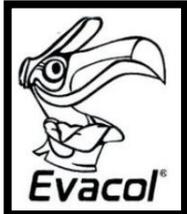
d) La coexistencia no puede presentarse para perpetrar, facilitar o consolidar actos de competencia desleal:

Desde el año 2011, es decir, hace más de once (11) años ninguna parte de la litis, ha incoado una acción judicial y/o reclamado en Colombia por la violación a las normas de la sana y leal competencia por actos y/o conductas de competencia desleal, bajo el régimen de la Ley 256 de 1996.

Por estas razones, no cabe duda, que la coexistencia pacífica entre los ZUECOS 084, 078 y 078-7 de **EVACOL S.A.S** en el mercado colombiano junto al ZUECO No. 11016 de **CROCS, INC.** ha sido una situación de hecho, en donde el consumidor por el tiempo transcurrido y gracias a los elementos diferenciadores integrados en los calzados en los zuecos de ambas partes, entre ellos, a través de la incorporación de marcas mixtas y figurativa integradas en los calzados de titularidad de cada sociedad, han permitido distinguirse los calzados tipo zueco, sin mayor esfuerzo por el público consumidor, tales como:

CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

SIGNOS DISTINTIVOS INTEGRADOS EN EL CALZADO TIPO ZUECO DURANTE EL PERIODO DE COEXISTENCIA PACÍFICA	
CROCS, INC	EVACOL S.A.S.
<p>Marca figurativa en botones del zueco</p> 	<p>Marca mixta en botones del zueco y suela:</p> 
<p>Marca nominativa en suela, línea de contorno, banda de soporte (correa) y plantilla de goma (eva). CROCS</p>	<p>Marca mixta en línea de contorno trasero, banda de soporte (correa) y plantilla de goma (eva). EVACOL</p>



e) La coexistencia debe estar complementada con otros elementos que generen total convicción de la inexistencia de riesgo de confusión o asociación en el público consumidor:

En ese periodo razonable de coexistencia, el público consumidor adquirió la capacidad de distinguir el origen empresarial de cada producto, al punto de poder comprender que al comprar un producto de **EVACOL** no estaba comprando uno de **CROCS INC.**

Durante todo este tiempo en el que los productos coexistieron en el comercio, el consumidor estructuró una capacidad de poder distinguir un producto del otro. Esto también se pudo evidenciar en el dictamen pericial allegado por mi



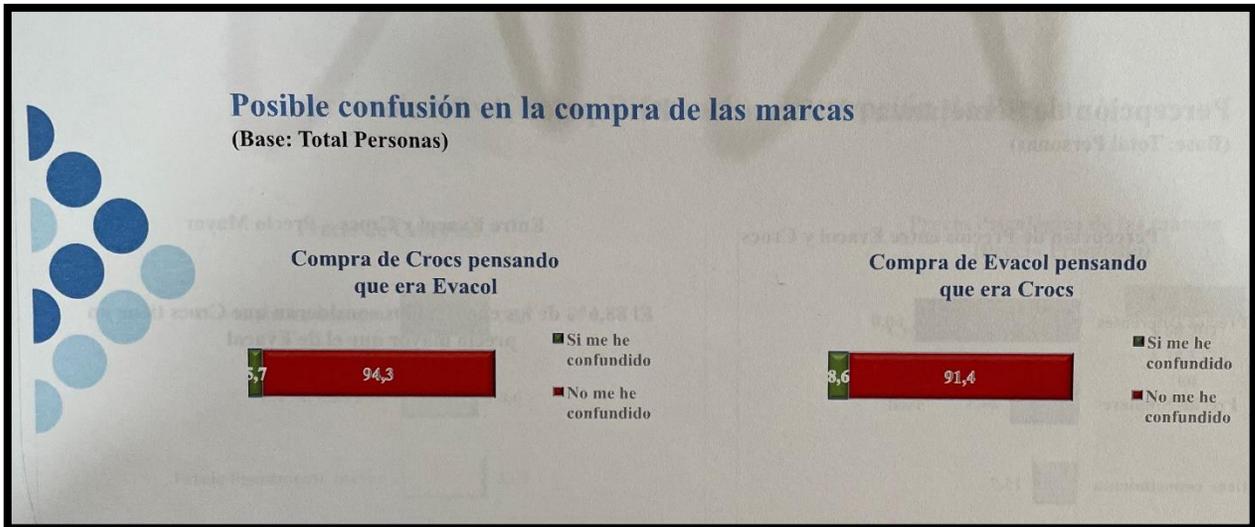
CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

representada realizado por la empresa especializada **PRECISA** sustentado por el perito **SERGIO MUÑOZ:**



En síntesis:

- 1) Frente a EVACOL, CROCS registra un claro mayor reconocimiento de marca.
- 2) CROCS es la marca que lidera el mercado de calzado industrial tipo zueco.
- 3) Claramente, el consumidor reconoce que EVACOL es un producto más económico que CROCS, consolidándose como una marca premium.
- 4) Desde la perspectiva del consumidor, ambos calzados son parecidos entre sí en la mayoría de factores evaluados, similitud que obedece a la forma usual, común y genérica que tiene este tipo de zapato.
- 5) Sin embargo, dichas semejanzas no han generado y seguramente no generan ni generarán ningún tipo de confusión al momento de la compra, donde son conscientes de la marca que desean comprar, contexto en el cual se puede afirmar que al momento de la compra, el consumidor ejerce libre y voluntariamente su decisión de compra.



PRECISA
Marca tu Mercado



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

En este dictamen pericial allegado por mi representada, se demostró con claridad meridiana, lo siguiente:

69

i) **COMPRA DE CROCS PENSANDO QUE ERA EVACOL:**

- El **98.6%** - no se ha confundido.
- El **1,4%** - si se ha confundido.

ii) **COMPRA DE EVACOL PENSANDO QUE ERA CROCS:**

- El **97.1%** - no se ha confundido.
- El **2.9%** - si se ha confundido.

Esta prueba pericial no fue valorada por el Despacho, la cual, es determinante, útil y conducente para acreditar la **INEXISTENCIA DE RIESGO DE CONFUSIÓN** entre los ZUECOS 084, 078 y 078-7 de **EVACOL S.A.S** y el ZUECO No. 11016 de **CROCS, INC.**

Por lo anterior, el análisis de confusión que implica el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, no deben ser analizados como clásicamente se hace respecto a una infracción, sino que se deben analizar al tenor de la COEXISTENCIA PACÍFICA O, DE HECHO, basado en lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

La coexistencia pacífica, quedó acreditada, entre muchas otras, en las siguientes pruebas:



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

- i) Facturas «ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07». (Pruebas del descorre de traslado de las Medidas Cautelares) (Desde ahí se pudo comprobar la comercialización antes de la concesión de la marca en 2016)
- ii) En la prueba de oficio por el despacho consistente en las certificaciones emitidas por parte del representante legal y el revisor fiscal de **EVACOL** aportadas en memorial de 16 de mayo de 2018.
- iii) Facturas «ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07» por parte de EVAGROUP como franquiciado. Desde el año 2011 a 2018. (Prueba de oficio)
- iv) En la inspección judicial del 16 de mayo de 2018, resultó ser útil para demostrar la coexistencia, en esa diligencia el despacho tuvo la oportunidad de ver:
- Las facturas emitidas por EVACOL respecto de cada ZUECO.
 - Las declaraciones de importación de los moldes para la fabricación de los ZUECOS.
 - Certificaciones adicionales sobre unidades vendidas y exportadas por EVACOL.
 - Fotografías de la primera pieza de ZUECO en madera fabricada por EVACOL, para la creación de los moldes, la cual data de hace 8 años, esto es del año 2011. Tal y como se verificó en la información del archivo.
 - Las matrículas mercantiles de establecimientos de CROCS en el mercado desde el 2011.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

- Matriculas mercantiles de establecimientos de CROCS y EVACOL en las mismas ubicaciones geográficas - Centro Comercial Santafé en Bogotá y en el de la ciudad de Medellín.

71

La coexistencia quedó también demostrada en el siguiente testimonio:

- Testimonio Señor Ricardo Álzate:

El testigo manifestó que “**desde el 2012 se abrieron tiendas para comercializar como franquicia de EVACOL las referencias 078, 078-07 y 084.**”

Incluso el testigo afirmó: “**el zueco lleva existiendo hace muchísimo tiempo que era lo que pasaba en el 2007, 2008, 2009, por lo general los productos que entraban eran todos importados, pero para esa época ya empiezan a existir fábricas en Colombia que producen el producto ZUECO, entonces desde ese momento nosotros lo comercializamos con EVACOL**”.

Por consiguiente, que el Señor Ricardo Álzate haya dicho en su declaración que desde el 2012 mi representada comercializaba las referencias 078, 078-07 y 084, fue una prueba desapercibida por el Despacho. Pues, ese periodo prolongado de coexistencia era un **INDICIO RAZONABLE** para realizar un análisis retrospectivo y valorar la coexistencia de las referencias del calzado tipo zueco, aunado con la prueba pericial que determinó con exactitud y claridad la **INEXISTENCIA DEL RIESGO DE CONFUSIÓN** en el mercado.

Es por esta razón, de conformidad a lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), en el caso sub examine, que el uso permanente



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOHAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

desde finales del año 2011 e inicios del año 2012 permitió que se logaran diferenciar los calzados tipo zueco de mi representada y de **CROCS, INC.**, reconocido ostensiblemente en estadísticas por el público consumidor que identifica claramente el origen empresarial de cada uno.

72

Todo en consonancia a lo dispuesto en el Proceso **60-IP-2000** del TJCA, donde se aclaró que:

“En efecto el uso permanente de dos signos semejantes habría logrado con el transcurrir del tiempo, eliminar la confusión y crear, más bien, la inconfundibilidad y la diferenciación entre ellos”.

Por lo anterior, el Juez de instancia, de haber tenido en cuenta las pruebas allegadas y realizado un análisis de conformidad a las reglas interpretativas del TJCA, se hubiese percatado y reconocido en la sentencia que los ZUECOS de **EVACOL** venían siendo comercializados, distribuidos y fabricados desde hace más de cinco (5) años de forma pacífica en el mercado colombiano, con anterioridad a la concesión del registro de marca tridimensional, junto con la referencia de **CROCS** que mucho después vino a ser solicitada como marca tridimensional para bloquear e impedir deslealmente las actividades de comercio de mi representada.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

4.1.5. REPAROS FRENTE A LA DESESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN TERCERA DE LA DEFENSA – LIMITACIONES DEL DERECHO QUE SOPORTA LA ACCIÓN.

73

4.1.5.1. FRENTE A LAS APRECIACIONES DEL JUEZ SOBRE EL HECHO QUE EL DERECHO DE CROCS HA SIDO CONTROVERTIDO:

El Juez, poco o nada se introduce de manera profunda en el análisis de esta limitación del derecho de **CROCS**, porque según el hecho de haber sido demandado el Acto Administrativo que concede la marca tridimensional “no es suficiente para que podamos descartar la infracción”, pues la resolución se encuentra amparada del principio de legalidad.

No obstante, lo cierto es que las acciones de cancelación ante la oficina de registro de la SIC y las demandas de nulidad ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, abastecen de fundamentos a las excepciones encaminadas a demostrar el uso común y el abuso del derecho que **CROCS** ostenta sobre un Derecho de Propiedad Industrial. Pues si se hubiese revisado con detalle, se hubiese percatado que las acciones, **por lo menos las de nulidad, fueron iniciadas por empresas diferentes a EVACOL que también ven afectados sus intereses con la concesión de dicho registro.**

Todo de conformidad con las acciones de nulidad, actualmente ante el CONSEJO DE ESTADO en SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, a saber:

CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

MARCA	EXP. NULIDAD	DEMANDANTE	RESOLUCIONES DEMANDADAS
 <p>"BANDA" <u>14151353</u></p>	<p>110010324000 20170014500</p>	<p>EVACOL</p>	<p>Resolución No. 12383 de marzo 17 de 2016.</p>
 <p>"BANDA" <u>-14151353-</u></p>	<p>11001032400 20160043300</p>	<p>STANTON</p>	<p>Resolución No. 12383 de marzo 17 de 2016.</p>
 <p>"BANDA" <u>-14151353-</u></p>	<p>110010324000 20170029000</p>	<p>VD EL MUNDO A SUS PIES S.A.S. EN REORGANIZACION</p>	<p>Resolución No. 12383 de marzo 17 de 2016.</p>

Lo cierto es que los fundamentos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en la Interpretación Prejudicial (IP), realizada para el caso concreto: **PROCESO 476-IP-2019**, el juez de conocimiento debió de reconocer la prejudicialidad dentro del presente proceso de infracción y **SUSPENDER** el



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

procedimiento de infracción marcaria, hasta tanto sea resuelto las acciones de nulidad incoadas por las sociedades Demandantes **STANTON S.A.S., EVACOL S.A.S. y VD EL MUNDO A SUS PIES S.A.S. EN REORGANIZACION.**

75

Mas aún, de acuerdo a lo dispuesto en la Interpretación Prejudicial No. 473-IP-2018 del 28 de junio de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3726 del 9 de agosto de 2019, el Tribunal señaló lo siguiente:

“A diferencia de la acción de cancelación, la acción de nulidad tiene una connotación distinta, pues podría afectar la titularidad misma del registro marcario durante momento o periodo en el que presuntamente se cometió la infracción marcaria. Para entender esta afirmación, resulta pertinente apreciar el siguiente ejemplo”:

*“A obtiene el registro marcario del signo X. Luego de ello B solicita la nulidad del registro de la marca X alegando que este signo es idéntico o similar a su nombre comercial Y que ha sido **usado con anterioridad** y que es conocido en casi todo el territorio del país miembro. Con posterior a dicha acción de nulidad, A denuncia a B por infracción marcaria. En este caso, si cabe que B se defienda en el procedimiento de infracción marcaria que con anterioridad solicitó la nulidad de la marca X. Y es que puede ocurrir que, si la acción de nulidad de B le fuera favorable, B no habría cometido infracción alguna.”*



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

“Conforme a este ejemplo, si en un procedimiento de infracción marcaría el denunciado prueba que con anterioridad al inicio de dicho procedimiento él había iniciado una acción de nulidad con relación al registro marcario que sustenta la denuncia, corresponde que la autoridad nacional competente **SUSPENDA** el procedimiento de infracción marcaría, conforme a lo regulado en la normativa nacional, y espere el resultado de la acción de nulidad.”

En consecuencia, dependiendo del caso de que se trata, la autoridad nacional competente que está tramitando un procedimiento o proceso de infracción marcaría deberá suspenderlo si es que el denunciado (o demandado) acredita: **1)** la existencia de una acción de nulidad planteada por él contra el registro que sustenta acción por infracción; y **2)** que el resultado de la acción de nulidad afectara la titularidad misma del registro marcario durante el momento o periodo en el que presuntamente se cometió la infracción marcaría.

Si se cumplen estas dos condiciones, la autoridad nacional competente debe suspender la acción por infracción según el procedimiento regulado en la norma nacional, hasta conocer del desenlace de la acción de nulidad.”



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

La sociedad **STANTON S.A.S.** incoó el **22 DE JULIO DE 2016** la ACCIÓN DE NULIDAD ESPECIAL EXPEDIENTE No. 2016-00433-00 ANTE EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, en contra de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, contra la resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio: **No. 12383** de 17 de marzo de 2016, por medio de la cual, se revocó la decisión contenida en la Resolución No. 48640 de 31 de julio de 2015, mediante la cual concedió el registro de la marca tridimensional objeto de la litis, en el cual, mi representada es tercero interesado donde ha actuado por la afectación de sus intereses y derechos en el mercado.

El **09 de SEPTIEMBRE DE 2016** la Demandante **CROCS, INC.** presentó la solicitud de medidas cautelares contra mi representada EVACOL S.A.S., siendo desestimadas mediante Auto No. 101174 del 28 de octubre de 2016.

Mi representada **EVACOL S.A.S** el **02 de mayo de 2017** incoó la ACCIÓN DE NULIDAD ESPECIAL EXPEDIENTE No. 2017-00145-00 ANTE EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, en contra de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO contra la resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio: **No. 12383** de 17 de marzo de 2016, por medio de la cual, se revocó la decisión contenida en la Resolución No. 48640 de 31 de julio de 2015, mediante la cual concedió el registro de la marca tridimensional objeto de la litis

Igualmente, la sociedad afectada **VD EL MUNDO A SUS PIES S.A.S. EN REORGANIZACION** el **08 de agosto de 2017** también interpuso una ACCIÓN DE NULIDAD ESPECIAL EXPEDIENTE No. 2017-00290-00 ANTE EL CONSEJO DE ESTADO,

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA en contra de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, contra la resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio: **No. 12383** de 17 de marzo de 2016, por medio de la cual, se revocó la decisión contenida en la Resolución No. 48640 de 31 de julio de 2015, mediante la cual concedió el registro de la marca tridimensional objeto de la litis.

En todas las **ACCIONES DE NULIDAD**, anteriormente descritas, mi representada **EVACOL S.A.S** es parte como demandante y a su vez, es tercero interesado en las acciones incoadas por **STANTON S.A.S** y **VD EL MUNDO A SUS PIES S.A.S. EN REORGANIZACION** por la afectación de sus intereses con la concesión del registro marcario objeto de la litis.

Por estas razones, el Despacho debió de **SUSPENDER** la acción por infracción, toda vez que, se acreditó en el proceso que: **1)** existen unas ACCIONES DE NULIDAD en donde mi representada es tercero interesado y parte demandante contra la resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio: **No. 12383** de 17 de marzo de 2016, por medio de la cual, se revocó la decisión contenida en la Resolución No. 48640 de 31 de julio de 2015, mediante la cual concedió el registro de la marca tridimensional objeto de la litis y **2)** que el resultado de la acción de nulidad afecta el derecho de exclusividad de **CROCS, INC.** de la marca tridimensional durante el periodo en el que presuntamente se cometió la infracción marcaria por parte de mi representada.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

A su vez, en la marca tridimensional objeto de la litis recaen acciones de cancelación por no uso y por vulgarización incoadas por mi representada, de conformidad con los siguientes Expedientes administrativos, a saber:



EXPEDIENTE	MARCA TRIDIMENSIONAL	PROCESO	ESTADO
SD2020/0070691		ACCIÓN DE CANCELACIÓN POR NO USO	En curso
SD2020/0070705		ACCIÓN DE CANCELACIÓN POR VULGARIZACIÓN	En curso

4.1.5.2 FRENTE A LAS APRECIACIONES DEL JUEZ SOBRE LA BUENA FE DE EVACOL:

El Juzgador descarta la inoperancia de esta limitación sustentando que el artículo 155 de Decisión 486 de 2000, no ostenta como eximente de responsabilidad frente a una posible infracción, la buena fe del ejecutor; pero lo cierto es que, en primer lugar, en ninguno de los ordenamientos, la buena fe se va a encontrar como un eximente de responsabilidad. En segundo lugar, a pesar de que la norma comunitaria no lo contemple, **la buena fe**, en este caso objetiva, arraigada a la conducta de **EVACOL**, prima como principio orientador del ordenamiento que rige la conducta de los particulares, entendido lo como el



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

*“principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo”.*¹⁹

80

De manera que este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro teniendo en cuenta, la participación, para el caso particular la participación económica de las partes en el mercado, situación que fue relevada del estudio del Juez.

Por lo anterior, la introducción en el comercio de las referencias 084, 078 y 078-07, no obedece a los componentes constitutivos de una infracción marcaria, al contrario, corresponden a la legítima convicción de que la forma protegida por **CROCS** es una «forma usual» y/o «carente de novedad». Pues, es indudable que la marca tridimensional registrada por **CROCS** con posterioridad al uso legítimo que ha realizado **EVACOL S.A.S**, es una conducta contraria a las sanas costumbres mercantiles que el juez de conocimiento desconoció y negó sorpresivamente la buena fe de mi representada como principio orientador para calificar o en el remoto caso para atenuar y ponderar la presunta infracción.

Esa buena fe se extrae de dos principales acontecimientos comprobados en el proceso:

- i) El tiempo prolongado de comercialización de las referencias: Teniendo en cuenta que desde el 2011, **EVACOL** ha comercializado

¹⁹ MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL, Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. Universidad Externado de Colombia.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

estas tres referencias al lado de **CROCS**, esto forjó una legítima convicción de estar participando sin errores en el mercado. **CROCS** se mantuvo inactivo durante ese tiempo.

81

- ii) **EVACOL** intentó el registro de las tres referencias como diseños industriales en el 2012 pero fueron negados: La concesión del derecho fue negada por «falta de novedad». Lo cual fue interpretado como diseños que no podían ser apropiables por nadie y podían ser utilizados por todos los que participan en ese mercado.

Ante esa negativa, **EVACOL** ostentaba una confianza legítima ratificada por el Estado para realizar dicha comercialización. (Resolución 49826 de 2012, expediente administrativo 12056617)

Por lo anterior, consideramos que el alcance del análisis de esta excepción por parte del Juez mantuvo una limitación literal del artículo 238 y 155 de la Decisión 486 de 2000, para descartar la Buena fe.

De haber tenido en cuenta el juez de conocimiento las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se sostuvo a lo largo de la defensa, sin duda alguna, el actuar de buena fe debió ser un principio orientador de la presunta infracción, y el juez negó la importancia de este principio para valorar la presunta conducta de infracción, otorgándole desmedidamente un alcance absoluto a la marca tridimensional de **CROCS, INC**, en gran medida convirtiéndolo como el único agente del mercado para comercializar, distribuir y fabricar este calzado tipo



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

zueco de material EVA (goma) sin distinguir sus elementos característicos y/o distintivos en el cotejo de infracción de Derechos de Propiedad Industrial.

82

4.1.5.3 FRENTE AL USO ANTERIOR DE LAS REFERENCIAS DE EVACOL ANTERIOR AL REGISTRO DE LA MARCA DE CROCS Y FRENTE A LA EXCEPCIÓN DE INOPONIBILIDAD DEL REGISTRO DE CROCS FRENTE A EVACOL:

Si bien el Despacho acierta en encontrar por probados los hechos que dan cuenta de que **EVACOL** comercializaba las referencias demandadas antes de que **CROCS** obtuviera el registro de la marca tridimensional, esta interpretación la alinea el Juez en que, a pesar de que los ZUECOS 084, 078 y 078-7, se vinieran comercializando desde antes, esto “no descarta la infracción”, teniendo en cuenta que -agrega el Juez- el derecho marcario en Colombia se adquiere con el registro y no con el mero uso.

No obstante, como ha quedado claro, es que el uso anterior de los ZUECOS de **EVACOL** si crean un rango de inoponibilidad de **CROCS** frente a mi poderdante, dado que **CROCS** y **EVACOL** rivalizan sus productos y diseños similares antes que **CROCS** solicitara la marca en la SIC. Para esa fecha de solicitud, junio de 2014, **EVACOL** ya participaba en el mercado con sus tres referencias.

Es por esto por lo que la excepción de “uso anterior e inoponibilidad de los derechos de **CROCS**” es presentada como una limitante del derecho de **CROCS**, como una restricción a su derecho donde no le puede ser oponible a terceros que venían usando el mencionado signo desde antes. Ahora, si bien no encontramos frente a un sistema atributivo de derechos, donde la marca se



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

adquiere por registro y no por uso, no por esto debemos descartar el alcance del Derechos de **CROCS**, situación de típica complejidad cuando hablamos de marcas no tradicionales.

83

Al respecto, en una decisión de la SIC, donde también se discute la infracción de un derecho de propiedad industrial adquirido mediante registro (Patente), la autoridad limitó el alcance de ese derecho ya que, la demandada logró demostrar su uso previo a la concesión del registro del mencionado derecho, al respecto la autoridad manifestó haciendo también alusión a otros derechos de propiedad industrial:

“Es importante acreditar la vigencia del derecho, o mejor la existencia del derecho, su vigencia, y el alcance del derecho. Cada uno de los derechos de propiedad industrial, sea una patente sea una marca sea un diseño industrial, sea un diseño de circuitos integrados, tiene un ámbito de protección determinado. Sin embargo, vale la pena decir, que a pesar de que esté probada la existencia del derecho, el demandante fallo en demostrar, cuál es el alcance del derecho (...)

Está probado un uso anterior por parte de la sociedad demandada (...)» (Sentencia SIC de 21 de enero de 2014. Acta No. 004. Expediente 13179975)



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

4.1.5.4. FRENTE AL USO COMÚN Y GENÉRICO DE LA FORMA USUAL DEL ZUECO:

84

Descarta de plano la autoridad, la excepción encaminada a demostrar el uso común y genérico del calzado tipo ZUECO y de las características vistas en la marca tridimensional, puesto que esto tiende a atacar la distintividad del registro, situación que no debe ser debatida en esta jurisdicción dado que se presume que si el signo objeto de la demanda está concedido, es distintivo y “no hay espacio para debatir si el derecho fue mal concedido o la marca fue bien concedida (...)” dado que se parte de la “existencia misma de derecho”.

Nótese como nuevamente, el Juez descarta una limitación del alcance del derecho de **CROCS**, supeditada al uso exagerado del ZUECO en el mercado incluso antes de la concesión del derecho y bien la forma usual es una causa de irregistrabilidad absoluta, su estudio no debe ser ajeno por el Juez de Propiedad Industrial, pues el literal i) del artículo 135 de la Decisión 486, establece el origen de un fundamento jurídico en etapa de registro, que ningún caso impide su análisis en sede de litigio.

Por demás, como manifestamos, estas causales de irregistrabilidad que invocamos como fundamento de la excepción van de la mano con una serie de pruebas, que fundamentan la excepción y que tienden, *reitero*, a muestra una limitación o una restricción al alcance del derecho de **CROCS**.

Partiendo de esto, el término de GENÉRICO Y USUAL de marcas tridimensionales, está íntimamente asociado con el uso exagerado en el mercado de formas



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

idénticas o similares, por esto tenemos que hablar de la forma en el mercado del diseño de zapato que corresponde a un zueco de material EVA.

85

Al respecto, el Tribunal de Justicia comunitaria andina, expresa sobre la forma usual en reiteradas ocasiones, lo siguiente:

*“Debe precisarse, no obstante, que en el caso de estas últimas (‘formas usuales de los productos), el ius prohibendi tendría un **ámbito muy restringido**”*

*“El fundamento de la prohibición radica en que de otorgarse un derecho de exclusiva sobre las **formas usuales de los productos se limitaría a los competidores la posibilidad de usar formas necesarias e indispensables de presentación o de envase de estos, con lo cual se bloquearía el acceso al mercado de competidores de esta clase de productos.**”²⁰*

(Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por esto, el Juez falla en el excesivo valor probatorio que le entrega al dictamen de la Señora CATALINA NAVIA, quien adujo unas similitudes entre las referencias 084, 078 y 078-7 de **EVACOL** con la marca tridimensional, porque, como se dijo al inicio, cualquier similitud de los ZUECOS obedece a una forma USUAL y COMUN de un tipo de calzado. Además, concluye la perito a partir de un errado análisis

²⁰ PROCESO 22-IP-2013.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

en donde en ningún aparte se analizó la infracción, en donde se analice realmente los elementos distintivos de la marca tridimensional, tales como, líneas de relieve en la capellada, grabados en el calzado y viñetas respecto al uso realizado por mi representada en las referencias objeto de la demanda.

86

Este fue el análisis y la interpretación que entrega por ejemplo la INDECOPI, (entidad que aplica la norma comunitaria), al negar una marca tridimensional de unas perillas, cuando señaló:

“que en el mercado existían “...perillas con la misma forma tridimensional solicitada (...) el consumidor verá el signo solicitado como una de las muchas perillas cilíndricas con ranuras laterales que ya se comercializan en el mercado”.
/Resolución 1058-2001/

En síntesis, en los procesos de infracción de Derechos de Propiedad Industrial bajo el ordenamiento normativo de la Comunidad Andina, debe de primar la tesis según la cual, se analiza primigeniamente la forma usual como un limitante del Derecho, a partir de la presencia abundante en el mercado de productos de otros competidores, que presenten la misma forma que de ahí, se pueda valorar de la existencia o no de una infracción de Derechos marcarios.

4.1.5.5. FRENTE A LA AUSENCIA CONFUSIÓN:

Varios fueron los puntos base de señalamientos en la defensa que concentraban la confusión, entendida entonces como el elemento *condicional* de la conducta



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP. DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

del literal d) del artículo 155, el cual concentra todo este acápite de reparos contra la Sentencia del 21 de febrero de 2019.

87

Principalmente, los elementos que alteran la presencia de una confusión puestos en la contestación de la demanda, replica en unas diferencias entre los productos de ambas compañías que se resumen a continuación:

- Existencia de elementos figurativos y nominativos en los ZUECOS.
- **CROCS** es una marca premium dirigida a un público consumidor con un nivel socioeconómico diferente al público al que van dirigidos los productos de **EVACOL**.
- El precio como elemento diferenciador.

No obstante, nuevamente para descartar este análisis, la SIC recurre a insistir que el derecho que se pretende proteger es la marca registrada *“tal cual como aparece en el registro y al margen de la forma en la cual el titular comercialice el producto en la realidad del mercado.”* Por esto dice, el juez, no es posible comparar el zapato físico de **CROCS** con los tres ZUECOS demandados de **EVACOL**, pues, según el fallador *“no es ese zapato objeto de protección en este asunto”* y que carece de relevancia si a los calzados se les aplican precios distintos, si se les aplican signos figurativos y mixtos *“eso es indiferente”*.

Por lo anterior, véase como el Juez vuelve a fallar en su análisis, pero esta vez por dos líneas de equivocación:



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOHAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

1. La primera de ellas es la reiterada en toda su sentencia, en el sentido de comparar la marca tridimensional con las referencias demandadas y no, el ZUECO que materializa esa marca tridimensional con las referencias de **EVACOL** teniendo en cuenta, como ya mucho se ha dicho, y se sustentó en el numeral 4.1.2.

Pues es el ZUECO 11016, el que materializa la marca tridimensional con base en la interpretación conceptualización de dicho tipo de marca entendida “como **un cuerpo** que ocupa las tres dimensiones del espacio y que es perceptible **no sólo por el sentido de la vista sino por el del tacto**”.

2. El segundo error, es considerar como “indiferente” el comportamiento de la marca en el mercado, pues como exhaustivamente lo ha mantenido esta Delegatura e incluso el mismo Tribunal de la CAN, la comparación de signos debe ostentar un análisis del comportamiento de los signos en el mercado de cara al “razonabilidad del consumidor”²¹

Este criterio, aprobado por la jurisprudencia, parte desde la óptica del consumidor, en el sentido de que este, **teniendo en cuenta la realidad del mercado**, pueda asumir como razonable que los productos o servicios en cuestión presentan un mismo origen empresarial. [Proceso 100-IP-2018]

Por lo tanto, el Juez se equivoca en desconsiderar, incluso en contra de su precedente horizontal, que el análisis de confusión marcaría también involucra el comportamiento de esos signos en el mercado [Proceso 100-IP-2018], que para

²¹ PROCESO Ip 100 2018



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

el presente caso se presentan con una distinción clara gracias a su marcación en los zapatos, el precio, los canales de comercialización e incluso en la población a la que va dirigida como se evidencia en el peritaje de PRECISA.

89

Dejar de lado el comportamiento en el mercado de los signos, en este caso productos, desconoce el análisis clásico que la Comunidad Andina ha establecido para el análisis global de confusión, donde en innumerables ocasiones ha establecido que al momento de comparar signos y determinar si existe o no confusión, no solo se den analizar la similitud y la identidad de los signos sino también criterios sustanciales, todos ellos, referidos al comportamiento en el mercado. Estos criterios son:

- La pertenencia de los productos y/o servicios a una misma clase de la Clasificación Internacional de Niza.
- Los canales de aprovisionamiento, distribución o comercialización;
- Los medios de publicidad empleados;
- La tecnología empleada;
- La finalidad o función;
- El mismo género o la misma naturaleza de los productos y/o servicios.

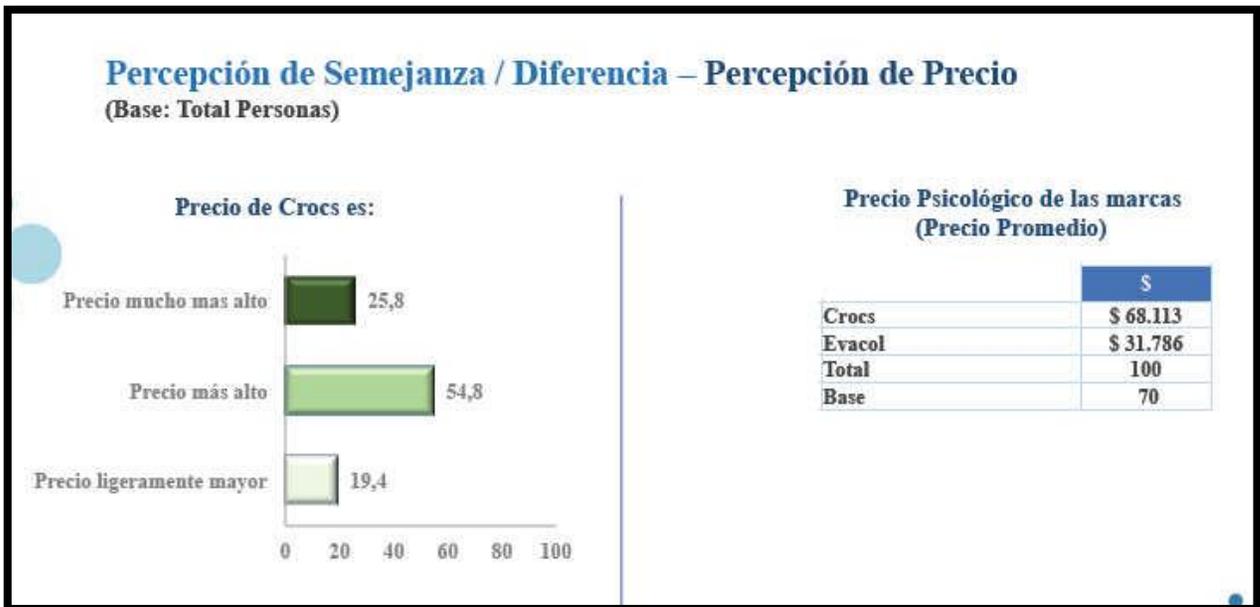
Todo de conformidad con las pruebas debidamente allegadas en el proceso que no fueron consideradas por el Despacho, pues resulta inaceptable que el sentenciador de primera instancia no haya valorado los medios de prueba, de conformidad con los dispuesto por el ordenamiento y dispuesto en la jurisprudencia de la Comunidad Andina, según reposa en las siguientes pruebas:

CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA



Ahora, agregó intempestivamente en este punto el Juez, que la demandada tiene razón en “no incluir elementos usuales”, como se manifestó en la primera y tercera excepción, porque es cierto que se deben descartar elementos usuales

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOINAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP. DOMINICANA		

de los zapatos como la abertura para meter el pie o la suela, pero no debe alegar como usual todo el ZAPATO, esto para decir que **EVACOL** no puede decir que los elementos como la correa adherida con un remache y los agujeros de encima no son arbitrarios.

Frente a esto, existe una contradicción y falta de análisis sustancial por el fallador, porque en la motivación de su sentencia olvida que **EVACOL** tiene derechos sobre diseños industriales con las mismas características, cosa que nuevamente nos lleva al alegato frente a la primera excepción numeral 4.1.1. de este escrito. Cosa que pone en tela de juicio “la arbitrariedad” de características como los huecos y la correa en el registro de **CROCS**. Situación advertida en alegato de conclusión de la demandada al explicar la excepción primera.

4.1.1.6. FRENTE A LA EXCEPCIÓN ADICIONAL DE FUNCIONALIDAD:

Al respecto, el Juez nuevamente descarta la limitación del derecho encaminada a la funcionalidad, ya que en el proceso se pudo demostrar que la “Correa” y los “Huecos”, que además de que no tienen que ser incluidos en el cotejo por ser comunes, también deben ser excluidas de cualquier cotejo, porque otorgan una ventaja funcional en los ZUECOS.

Además, el Juez descarta esta excepción manifestando que no puede estudiarse en esta instancia por cuanto el análisis de funcionalidad también es objeto de análisis cuando se va a registrar una marca no cuando se reclama su infracción. Pero vuelve a caer en una equivocación de interpretación con esta excepción, ya que, con ella lo que se pretende establecer es que en un análisis

CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

de comparación de marcas no puede tener en cuenta los huecos o la correa pues ellos además de ser comunes, son funcionales y necesarios en este tipo de zapatos, y todos los tienen que tener.



El fundamento legal de esta excepción es el literal d) del artículo 136 de la Decisión 486 de 2000, que dice que: “No podrán registrarse como marcas los signos que: d) consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican”. Al respecto, el Tribunal de la CAN considera que esta causal tiene como finalidad:

1. Evitar una doble protección de productos que pueden ser objeto de patente o de modelo de utilidad: Respecto al primero, en el mismo interrogatorio de **CROCS, INC**, haciendo referencia al hecho 1.1., la demandante confesó que el ZAPATO de **CROCS** tenía ventajas funcionales y que este mismo zapato en EE. UU. era sujeto de patente: Al respecto la señora **Paula Powell** manifestó: que una de las características principales de los zapatos tipo sueco, “es el material que cuenta con patente, es un material que le permite comodidad y la resistencia al mal olor a la hora de



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP. DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

caminar (...)" Cuando se le pregunta:, ¿cuáles son las funciones y ventajas funcionales de la tecnología en los zapatos? En el interrogatorio respondió, que: "esa tecnología permite la suavidad y comodidad del zapato, la ligereza, son muy livianos y sobre todo la resistencia al mal olor".

93

2. Impedir una protección ilimitada en el tiempo: Porque una marca se puede renovar de forma ilimitada en el tiempo, por cada 10 años, que terminaría siendo indefinida. Mientras que, una patente de invención se obtiene por 20 años sin posibilidad de renovarse y luego trasciende al dominio público.

Esta excepción, adicionalmente se apoya en las siguientes pruebas practicadas en oralidad:

- Cuando se le pregunta para qué son esos **HUECOS** dentro de los productos, el perito **Francisco Javier Herrán Martínez** responde que: "los orificios que se encuentran en las capelladas, y no solo en este tipo de calzados sino en muchos, determinan una posibilidad de disminuir la temperatura del pie, porque el pie genera vaporación, específicamente".

Se le preguntó para qué sirve la **CORREA** de agarre, manifiesta que: "la manilla, es la posibilidad que tiene este calzado de mantenerse en posición firme, cuando se coloca específicamente en la parte posterior del pie".

Cuando se les pregunta a testigos de la Demandada, el por qué los ZUECOS tienen huecos y correa, respectivamente responden:



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

- **Testimonio: Vilma Ximena Ríos:** “todo zapato plástico necesita que entre aire (...) en un producto plástico como la EVA este siempre tiene perforaciones (...) para que, entre aireación, siempre tiene que haber aireación”.
- **Testimonio: RICARDO ÁLZATE:** “Tienen huecos por aireación, imagino por ventilación del pie, es porque es un material que calienta fuerte entonces debe tener orificios donde le entre aire.”

Por estas razones, la coherencia interna del fallo brilla por su ausencia. Pues en forma especial, el juez tuvo erradamente en cuenta elementos que no tuvieron que valorarse en el cotejo de la presentación infracción, entre ellos, la “Correa” y los “Huecos”, deben salirse de cualquier análisis de similitud o identidad porque son, además de comunes, útiles para el correcto uso del ZUECO y no deben tenerse en cuenta, por cuanto los signos tridimensionales “no pueden cumplir función útil, sino tan solo estética”, de acuerdo a lo dispuesto en el Proceso 135-IP-2007 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Por consiguiente, lo que se evidencia en el fallo de primera instancia es una enorme superficialidad en el examen y cotejo de infracción, en donde es inaceptable que el juez de conocimiento haya tenido en cuenta elementos comunes, usuales, genéricos y funcionales para el análisis y valoración de la presunta infracción, pues de ningún modo, la sociedad Demandante CROCS, INC es un titular de un derecho absoluto de un tipo de calzado comúnmente usado en el mercado concurrencial colombiano por cientos de fabricantes y comercializadores. Por el contrario, la demandante ostenta un derecho de



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

marca tridimensional que tiene limitaciones por la naturaleza misma del producto que distingue.

95

4.1.7. REPAROS FRENTE A LA DESESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN CUARTA DE LA DEFENSA – ABUSO DE UN DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL CON LIMITACIONES:

Si el despacho se hubiese percatado de todas y cada una de las limitaciones expuestas en el proceso, hubiese podido determinar y encontrar la excepción mencionada ajustada a derecho, ya que, al tener limitaciones una marca tridimensional y exceder el uso de *ius prohibendi*, se evidencia sin lugar a dudas, el abuso de su derecho y el propósito de buscar restringir la actividad de **EVACOL** con un derecho aducido como absoluto por parte de Demandante, por todas las razones puestas en las excepciones.

Por estas razones, es importante mencionar que la Demandante incurre en el **abuso del derecho** de acción al poner en riesgo la reputación y el buen nombre de **EVACOL** a nivel nacional e internacionalmente, limitando su participación en el mercado colombiano y produciendo un desgaste económico, cuyo único propósito ha sido en excluir y limitar a nuestra representada en el mercado de calzado tipo zueco de etilvinilacetato (EVA).

Es evidente que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no pretende desconocer el derecho de Propiedad Industrial de los titulares para solicitar la tutela de sus derechos e intereses legítimos, pero si ha señalado que:



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

“Los derechos de acción y de petición, sin embargo, no son absolutos ni ilimitados. Los ordenamientos también reprochan el ejercicio abusivo o irregular de tales derechos.”²²

96

En particular, la Demandante **CROCS, INC** a la luz del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ejerció una práctica abusiva del derecho a través de litigios jurisdiccionales, encaminadas a ejercer el abuso de la posición de dominio en la modalidad de la litigación predatoria, para lograr la exclusión y/o disminución de la sociedad **EVACOL S.A.S** en el mercado, a través del uso indebido de este tipo de procedimiento judicial.

Esta práctica, ha sido tratado en el **PROCESO 02-IP-2019**, entendida como **“litigación predatoria”**, sobre el particular ha dicho el TJCA, que:

*“Para entender mejor la figura de la litigación predatoria, resulta pertinente abordar la noción de práctica predatoria. **Esta es la conducta realizada por una empresa con posición de dominio que utiliza herramientas que, en principio, podrían resultar regulares, lícitas o incluso competitivas; sin embargo, el uso abusivo, sobredimensionado o irregular de tales herramientas y su consecuente efecto restrictivo de la competencia convierte a dichas prácticas en predatorias.** La predación es un tipo de conducta exclusiva desplegada por*

²² Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre los Artículos 8 (Literal g), 9 y 34 de la Decisión 608 y Artículo 1 de la Decisión 616, Referencia: Abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria, Expediente de origen: I-C-17885-2009-SCs.



CORRESPONSALES EN:

CHINA
INDIA
JAPÓN
U.S.A
CANADÁ
MÉXICO
GUATEMALA
EL SALVADOR
HONDURAS
NICARAGUA
COSTA RICA
PANAMÁ
CUBA
REP.DOMINICANA

CURAZAO
ARUBA
BONAIRE
VENEZUELA
ECUADOR
PERÚ
BOLIVIA
BRASIL
PARAGUAY
URUGUAY
ARGENTINA
CHILE

REINO UNIDO
ESPAÑA
FRANCIA
IRLANDA
ITALIA
SUECIA
LUXEMBURGO
AUSTRALIA
GRECIA
BÉLGICA
PORTUGAL
FINLANDIA
HOLANDA

un agente con posición de dominio que se caracteriza por su agresividad”.

“Si bien la litigación predatoria puede ser utilizada para expulsar al competidor del mercado, es utilizada preferentemente para impedir el acceso de competidores (potenciales) al mercado. Y claro, para una empresa dominante podría resultar más fácil recurrir a una serie de procedimientos administrativos y judiciales destinados a impedir o retrasar la entrada del competidor, que enfrentarlo con menores precios, mejor calidad, mayor variedad, etc.”

“Mientras el primero pelea (se defiende) por competir, el segundo pelea (ataca) para mantener su monopolio. El “premio” para el éxito de esta batalla legal no es el mismo, no es simétrico. El monopolista está dispuesto a gastar más recursos en su objetivo de impedir o retrasar la competencia.”

“Lo descrito previamente permite concluir que la figura del abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria (sancionable de conformidad con lo establecido en el Literal g) del Artículo 8 de la Decisión 608), también comprende el ejercicio abusivo de los derechos de acción y de petición articulados en el marco de la protección de derechos de propiedad industrial.”



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

*“Habiendo concluido que la litigación predatoria **es un supuesto de abuso de posición de dominio pasible de ser sancionado bajo los alcances de la Decisión 608**, corresponde que se delimite la metodología de análisis de dicha conducta para poder dilucidar cuándo un agente ha incurrido en este tipo infractor.”*

98

Es reprochable que la industria nacional del calzado sea disminuida por una compañía estadounidense que ostenta un Derecho de Propiedad Industrial sobre un tipo de calzado, que, a todas luces, es un derecho de la Demandante con limitaciones, las cuales, fueron ignoradas por el juez de conocimiento y desconoció que se trata de una marca tridimensional que no implica un derecho absoluto.

La falta de coherencia se refleja a lo largo de la sentencia. Por esto, le solicito respetuosamente al Honorable Tribunal que se **REVOQUE** por completo la providencia proferida por la DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO del 21 de febrero de 2019, y en su lugar se **ACOJAN** y tengan por probadas las excepciones de mérito propuestas por mi representada.

En conclusión, toda esta línea de reparos, son suficientes para encontrar que no se encuentran por probados los criterios determinativos y condicionales de la conducta prevista en el **literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000**, ya que, en resumen:



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

1. Se parte del análisis entre la referencia 11016 de CROCS, en su caso, debió realizarse con referencia BAYABANG CLOG de CROCS y las referencias 084, 078, y 078-07 de EVACOL.
2. Elementos como la correa, los huecos y la banda deben ser retirados del cotejo por cuanto son comunes y usuales, al punto que EVACOL también ostenta derechos sobre diseños con esas características.
3. Cualquier similitud entre los signos y productos NO debe ser analizado de cara a una infracción sino de cara a un uso de una forma común, usual y funcional.
4. No hay lugar a la confusión porque el comportamiento en el mercado de los productos extrae una serie de diferenciaciones perceptibles a los sentidos del consumidor.
5. El comportamiento de los signos en el mercado y sus características como el precio, su marcación y su destinación de consumidores, deben de tenerse en cuenta para el análisis comparativo.
6. No hay lugar a la confusión porque la coexistencia pacífica de los productos anuló dicha posibilidad de confusión.

4.2. FRENTE AL LITERAL A) DEL ARTÍCULO 155 DE LA DECISIÓN 486 DE 2000:

Ahora, en una interpretación contradictoria frente a los extremos comparables, en este punto el Juez sí compara una referencia física traducida en las referencia 084, 078 y 078-7 con la marca tridimensional, ya que dice que la sentencia manifiesta: *“estamos hablando de un signo tridimensional y la aplicación de un signo tridimensional no se hace en la misma forma en la que se aplicaría un signo bidimensional, no (...) así como el signo es tridimensional su aplicación es*



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BOHAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

tridimensional, por ello cuando se aplica el signo sobre un producto, el signo termina convirtiéndose en el producto mismo (...) al ser tridimensional la aplicación de un signo tridimensional hace que el producto mismo sea el producto registrado.

100

Basta con escuchar esa motivación, para encontrar que esa interpretación contradice la primera parte de la sentencia que descarta comparar la aplicación física de la marca tridimensional en el Zueco 11016 con las referencias demandadas, pero acá, en contra de todo lo dicho hasta ahora y en un desatino que atenta contra la **congruencia**, dice que, de cara a una infracción, la marca tridimensional sí se materializa en un producto cuando este es infractor, situación que además contradice el principio de igualdad de aplicación e interpretación judicial de la ley.

De haber mantenido el juez esta interpretación, la decisión hubiese sido diferente.

4.3. FRENTE A LA EXISTENCIA DEL DAÑO Y DEL PERJUICIO:

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos expuestos desde la contestación de la demanda, de ser dada su prosperidad que descartaría cualquier infracción a las prerrogativas exclusivas del titular de una marca sobre su derecho, se podrá establecer la inexistencia de daño y por ende del perjuicio.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

En los anteriores términos, consideramos que han sido desarrollados los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia y en tal medida entendemos sustentado el recurso interpuesto.

101

5. PETICIÓN:

Respetuosamente **RATIFICO** el objeto del recurso para que se **REVOQUE** por completo la providencia proferida por la DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO del 21 de febrero de 2019, y en su lugar se **ACOJAN** y tengan por probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada. Todo lo anterior, en consideración de la sustentación del recurso de apelación incoado.

6. PETICIÓN ESPECIAL DE PRUEBAS DE OFICIO:

6.1. PETICIÓN DE PRUEBAS EN VIRTUD DE ARTÍCULO 170 Y 327 NUMERAL 3 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO:

De conformidad con el Artículo 170 y 327 del Código General del Proceso, le solicito respetuosamente al honorable Tribunal, que, en su facultad oficiosa de decretar y practicar pruebas, tenga como medio probatorio la Referencia denominada “BAYABAND CLOG” de la sociedad Demandante CROCS, INC. Lo anterior, con el fin de efectuar el cotejo de marca tridimensional con las referencias ZUECO 084, ZUECO 078 y ZUECO 078-07 objeto de la litis de mi representada **EVACOL**, con las vistas o figuras del calzado tipo zueco en mención a folios No. 28, 29 y 30 del presente escrito.



CORRESPONSALES EN:

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP. DOMINICANA		

6.2. PETICIÓN DE DICTAMEN PERICIAL DECRETADO DE OFICIO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 230 Y 327 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO:

102

Ruego en la forma más respetuosa y de conformidad con los artículos 230²³ y 327²⁴ del Código General del Proceso, que se decrete de oficio el dictamen de un perito para que se realice uno nuevo donde la muestra física aportada de Referencia No. 11016-4AS corresponda realmente a la referencia "**BAYABAND CLOG**". La anterior solicitud pretende demostrar, a través del dictamen, la inexistencia de la infracción de marca tridimensional, de conformidad con las

²³ **ARTÍCULO 230. DICTAMEN DECRETADO DE OFICIO.** Cuando el juez lo decrete de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciera la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.

Si el perito no rinde el dictamen en tiempo se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido. Con el dictamen pericial el perito deberá acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado.

²⁴ **ARTÍCULO 327. TRÁMITE DE LA APELACIÓN DE SENTENCIAS.** Sin perjuicio de la facultad **oficiosa de decretar pruebas**, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.
2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.
3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.
4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.
5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código.

El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia.

**CORRESPONSALES EN:**

CHINA	CURAZAO	REINO UNIDO
INDIA	ARUBA	ESPAÑA
JAPÓN	BONAIRE	FRANCIA
U.S.A	VENEZUELA	IRLANDA
CANADÁ	ECUADOR	ITALIA
MÉXICO	PERÚ	SUECIA
GUATEMALA	BOLIVIA	LUXEMBURGO
EL SALVADOR	BRASIL	AUSTRALIA
HONDURAS	PARAGUAY	GRECIA
NICARAGUA	URUGUAY	BÉLGICA
COSTA RICA	ARGENTINA	PORTUGAL
PANAMÁ	CHILE	FINLANDIA
CUBA		HOLANDA
REP.DOMINICANA		

normas y reglas del cotejo de marca tridimensional establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como fue establecido en el Proceso 25-IP-2017 y en la presente Interpretación Prejudicial **PROCESO 476-IP-2019**. Todo lo anterior, teniendo en cuenta la gran inconsistencia de la parte considerativa y resolutive de la sentencia proferida por el Despacho de conocimiento, al momento de realizar el cotejo de la presunta infracción.

103

7. NOTIFICACIONES

Las respectivas notificaciones y canales digitales señalados son las siguientes:

- La Demandante **CROCS, INC** recibe notificaciones judiciales al correo electrónico de su apoderada judicial: ESTRATEGIA@ESTRATEGIAJURIDICA.CO
- La Demandada **EVACOL S.A.S** y el suscrito abogado apoderado judicial recibe notificaciones en mi Oficina de Abogados ubicada en la Avenida 4 Norte No. 25N-45 del Barrio San Vicente de la Ciudad de Cali, Valle del Cauca y a los siguientes correos electrónicos: SERGIOCABRERA@SERGIOCABRERA.COM.CO, EDUARDOCABRERA@SERGIOCABRERA.COM.CO SERGIOMCABRERA@SERGIOCABRERA.COM.CO

De usted, honorable Magistrada, se suscribe sin otro particular.

SERGIO ROBERTO CABRERA TORRES
C.E. No. 191.310 de BOGOTÁ D.C.
T.P. No. 52.140 del C.S.J.
APODERADO PRINCIPAL

4 de octubre de 2021

Honorable Magistrada
María Patricia Cruz Miranda
Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Civil
E.S.D.

Ref.: Acción de protección al consumidor.

Radicado: 11001319900120195179002
Demandante: Camilo Ernesto Ossa Bocanegra y otros.
Demandados: Cimcol S.A. y Fideicomiso Patrimonio Autónomo Acqua Power Center, cuya vocería la ostenta la sociedad Fiduciaria Bancolombia S.A.

ASUNTO: Recurso de reposición y en subsidio el de queja contra la decisión del 30 de septiembre de 2021, mediante la cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación.

Cordial saludo,

Carlos Eduardo Ossa Hernández, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.220.414 de Ibagué, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional N° 56.609 del C.S. de la J., actuando en calidad de apoderado de las partes demandantes; por medio del presente, con fundamento en el artículo 353¹ del Código General del proceso, me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL RECURSO DE QUEJA**, en contra la decisión proferida el 30 de septiembre de 2021, mediante la cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

El 15 de septiembre de 2021, el suscrito, en representación de las partes demandantes dentro del proceso referido, interpuso, en conjunto y representación de los extremos demandantes, recurso extraordinario de casación, contra la decisión proferida en segunda instancia el 7 de septiembre de 2021 por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil dentro del proceso de radicado N° 11001319900120195179002, decisión en la cual esta corporación decidió confirmar la decisión de primera instancia.

¹ **ARTÍCULO 353. INTERPOSICIÓN Y TRÁMITE.** El recurso de queja deberá interponerse en subsidio del de reposición contra el auto que denegó la apelación o la casación, salvo cuando este sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, caso en el cual deberá interponerse directamente dentro de la ejecutoria.

El 30 de septiembre de 2021, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil profirió decisión, en la cual denegó la concesión del recurso extraordinario de casación, decisión que fue notificada mediante estado electrónico del 1 de octubre de 2021.

La anterior decisión se fundamentó en dos razones principales; la primera de ellas, según el ad quem en su sentir, obedeció a que la parte actora no ostenta la legitimación en la causa por activa; y un segundo fundamento, el cual se centró en que no supera los 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues al haber 5 demandantes, el perjuicio ocasionado a cada uno de ellos, en un caso hipotético, sería solo de cuatrocientos cuarenta y dos millones tres mil trescientos sesenta pesos (\$442'003.360).

Expuesto lo anterior, se discutirá a continuación las razones por las cuales se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación.

En cuanto a la legitimación de la causa por activa.

Inicialmente se debe indicar que, en cuanto a la legitimación en la causa por activa, desde que se presentó la demanda ante la Superintendencia de Industria y Comercio, se expuso el fundamento mediante el cual, se pretendió que se reconociera la legitimación en la causa de los demandantes para iniciar acciones. Dos fueron los aspectos relevantes en que se fundamentó la demanda y que justamente es de la esencia del recurso de casación:

1º. La excepción de inconstitucionalidad.

En cuanto la “interpretación” que del Decreto Reglamentario 735 de 2013- art. 14 y/o 1074 de 2015 Decreto compilador Art. 2.2.2.32.3.4, han realizado las dos instancias jurídicas, riñe con las disposiciones constitucionales – desde el Preámbulo y los Arts., 1º, 2º, 78, 229, y 333; concordante con la Ley 1480 de 2011, arts. 2º, 3º, numerales 1.1. 1.3 – 1.4 – 1.5, 1.6; art. 58, y arts. 2º, 11, 390 parágrafo 3º, del C.G.P.

La fundamentación, que se expuso en la demanda, considera que una interpretación sistemática y garantista, permite que no solo respecto de la garantía de los bienes comunes puede demandar la copropiedad, sino los consumidores considerados individualmente y que en cada caso es necesario abordar sus particularidades especiales, las que en éste, se fundamentaron en: i) la falta de diligencia de la administración de la propiedad horizontal, ii) el conflicto de interés que les suscita con los directivos del constructor, y iii) el hecho evidente y cierto que el constructor cooptó la mayoría de los miembros del Consejo de Administración. Esta administración que debió haber iniciado acciones de reclamación de las zonas comunes y posterior

acciones jurisdiccionales ante la negativa de entrega y/o garantía de las zonas comunes, no lo hizo, a sabiendas de la prescripción que corría, obliga a los consumidores, en este caso, cinco de los propietarios de unidades inmobiliaria privadas de bienes inmuebles ubicados en el centro comercial Acqua Power Center a presentar inicialmente reclamación y ante la falta de respuesta, demandar mediante una acción de protección al consumidor.

2º. Errada interpretación de la Ley y desconocimiento de normas superiores.

La norma que le sirve de sustento a las instancias jurisdiccionales, la (Sic y el Tribunal Superior de Bogotá), se fundamenta en el decreto reglamentario 735 de 2013- art. 14 y/o 1074 de 2015 Decreto compilador Art. 2.2.2.32.3.4, que dice:

*“**Artículo 14.** Garantía legal de bienes comunes de propiedades horizontales. En los bienes inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal, la garantía legal sobre los bienes comunes deberá ser solicitada por el administrador designado en los términos del inciso 1º del artículo 50 de la Ley 675 de 2001 o las normas que la modifiquen o adicionen. El procedimiento y términos para hacer efectiva la garantía legal de estos bienes, será el establecido en el artículo 13 del presente decreto, según corresponda”.*

La interpretación literal del texto conduce a señalar el procedimiento interno, administrativo de reclamación, entendiéndose que tampoco sustrae de ésta al consumidor. Pero, lo que la norma reglamentaria no ha establecido es la capacidad jurídica para demandar – la legitimación en la causa -que sigue en cabeza del consumidor, no solo respecto de la acción por calidad de los bienes, sino de la acción de protección contractual y publicidad engañosa. Entre otras razones, porque el reglamento no puede modificar la Ley, como tampoco una norma ejecutiva tiene alcance para modificar códigos, esta es una competencia exclusiva del Congreso de la Republica.

De otro lado, del texto de la demanda, como en las pretensiones, se infiere que se demanda por la calidad de los bienes comunes, por cláusulas contractuales abusivas en el reglamento de propiedad horizontal y por publicidad engañosa.

Hasta el momento, tanto el a quo como el ad quem, no se han manifestado de fondo frente a la tesis propuesta en la demanda, referente a la legitimación en la causa por activa de las partes que resultan demandantes dentro del proceso de referencia.

En ese sentido, lo que se ha pretendido desde un inicio en las dos instancias, es que el Juez, en su rol de protector de los derechos fundamentales, en este caso, haciendo alusión a los vulnerados a los demandantes en su calidad de consumidores, es que siquiera, se les permita el acceso a la justicia.

Por lo cual, ya que uno de los fundamentos para la denegación del recurso extraordinario de casación, es que según el ad quem, los demandantes no están legitimados en la causa por activa, resulta necesario, que esta corporación, estudie los planteamientos expuestos desde la radicación de la demanda.

En cuanto a la cuantía para la concesión del recurso extraordinario de casación.

El ad quem, manifestó que, para la concesión del recurso extraordinario de casación, la cuantía no supera los 1.000 S.M.L.M.V.; lo anterior que, del análisis efectuado por el ad quem, se tomaron a todos y cada uno de los demandantes individualmente.

Al respecto, es menester aclarar que si bien, la acción de protección al consumidor se interpuso a nombre de cinco personas, las mismas lo hacen en calidad de consumidores y propietarios de bienes inmuebles que hacen parte de una propiedad horizontal, por lo cual, en cuanto a las pretensiones, el perjuicio ocasionado a cada uno de ellos no se presenta de manera individual, sino que por el contrario, el mismo se ocasiona de manera mancomunada a toda la propiedad horizontal como una sola, pues la decisión adoptada tanto en primera como en segunda instancia, incide no de manera individual, si no que, por la naturaleza de las mismas, el perjuicio recae a todos en conjunto, como se dijo, en su calidad de consumidores de la copropiedad. Al respecto la Ley 675 de 2001 señala en su artículo 1 y 19:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. *La presente ley regula la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad.*

ARTÍCULO 19. ALCANCE Y NATURALEZA. *Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos.”*

De otra parte, es importante precisar que el texto de la demanda, como las pretensiones, no se pide indemnización dineraria para cada uno de los demandantes, sino la exigencia de entregar los bienes comunes bajo las condiciones de calidad ofertadas. Y que solo para efectos procesales se estableció la cuantía, la que se presenta en informe técnico elaborado por un experto ingeniero constructor, quien determina las falencias en las zonas comunes esenciales y no esenciales y señala un valor del costo del arreglo en cada bien.

De esta forma, se considera que la resolución desfavorable a los recurrentes se debe tomar en conjunto y no como lo argumentó el honorable tribunal, superando los 1.000 SMLMV, requisito indispensable para la concesión del recurso.

De esta forma, se presenta ante la Honorable Magistrada del Tribunal Superior – Sala Civil de Bogotá, la siguiente:

SOLICITUD

1. Que se reponga la decisión adoptada el 30 de septiembre de 2021, mediante la cual, el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, denegó la concesión del recurso extraordinario de casación.
2. Como consecuencia de lo anterior, se solicita que se conceda el recurso extraordinario de casación.
3. De manera subsidiaria y ante la negativa de las peticiones anteriores, se interpone recurso de queja, del cual solicito de manera cordial, se le dé el trámite correspondiente.

Agradeciendo la atención prestada.

Cordialmente,



Carlos Eduardo Ossa Hernández
C.C. N° 14.220.414 de Ibagué.
T.P. N° 56.609 del C.S. de la J.
Apoderado.

GOMEZ & SANCHEZ

ABOGADOS

Cartagena de Indias, D.T.C, octubre de 2021

Honorable Magistrado

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C.

Ref. proceso verbal de acción de protección al consumidor

Demandante: Edificio Mirador del Castillo

Demandado: Constructora 2M S.A.S.

Radicado: 11001 3199 001 2020 09931 01

CATHERINE SUCETE GÓMEZ SÁNCHEZ, mayor de edad, identificada con la C. C No. 32.774.186 de Barranquilla, abogada titulada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 96.002 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación del **EDIFICIO MIRADOR DEL CASTILLO** estando dentro de la oportunidad procesal para ello, mediante el presente escrito me permito descorrer el traslado del recurso de queja presentado por la parte demandada de conformidad con lo ordenado por el despacho mediante auto de fecha 8 de octubre de 2021 y notificado por estados el 11 de octubre de la misma anualidad y para tales efectos, manifiesto lo siguiente:

OPORTUNIDAD

Como quiera que el auto que ordena correr traslado del recurso de queja fue notificado el 11 de octubre de 2021, me encuentro dentro de la oportunidad legal para presentar el presente escrito.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Respecto a los argumentos esbozados por la parte demandada mediante recurso de queja presentado en audiencia pública de primera instancia de fecha 27 de agosto de 2021, no es viable la postura del apoderado judicial de la parte demandada, toda vez que:

1. El artículo 165 del CGP establece como medios de prueba los siguientes:

Centro Histórico. Calle del Sargento Mayor No. 6-107

Claustro Santo Toribio

Teléfono: 6601612- Celular: 316-6912248

sucete@gmail.com – Cartagena –Colombia

GOMEZ & SANCHEZ

ABOGADOS

Artículo 165. Medios de prueba. *Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.*

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales. (subrayado fuera del texto)

Sobre dicha norma encontramos que el tratadista Marín Verdugo, ha precisado: "[N]o existe un catálogo cerrado de medios de prueba, sino que se pueda utilizar cualquier medio que sirva para acreditar un hecho pertinente en el juicio, sin excluir la declaración de las mismas partes (...)".¹

Sin embargo, el artículo no incluye el denominado "interrogatorio", en los términos ordenados por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues la figura existente es la conocida "declaración de parte", entendida por esta "una versión fáctica que surge de los extremos de la relación jurídica, tal y como está establecida la realización de este medio de prueba en el CGP, a través del interrogatorio de parte en audiencia, entendemos que dicha versión o narración viene dirigida de manera oral."²

2. Preciado lo anterior, debemos ahondar en el llamado interrogatorio entendido por este "un acto de naturaleza procesal que intenta producir efectos probatorios³, el cual se celebra en la audiencia inicial del procedimiento verbal o en la audiencia concentrada del procedimiento verbal sumario, donde, tal y como reza el artículo 372 del CGP -: "El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo."

De manera obligatoria – lo que parece controvertir la oficiosidad del juez – el director de la audiencia deberá buscar que las partes por medio del interrogatorio o del careo, como medio procesales, produzcan actos procesales.

El interrogatorio de parte no es un medio de prueba, es el acto procesal a través del cual pueden llegar al proceso algunos medios probatorios, tales como la declaración de parte, la confesión expresa y la confesión ficta o el indicio procesal. Es de anotar

¹ 2010, pág. 152.

² La declaración de parte en el sistema procesal civil colombiano. Jose Luis González Jaramillo⁴
Centro Histórico. Calle del Sargento Mayor No. 6-107
Claustro Santo Toribio
Teléfono: 6601612- Celular: 316-6912248
sucete@gmail.com – Cartagena –Colombia

GOMEZ & SANCHEZ

ABOGADOS

que "el interrogatorio de parte no es considerado un medio de prueba, dado que la enumeración del artículo 165 del CGP ni siquiera se lo menciona, al paso que allí sí se incluyen la declaración de parte y la confesión" (Tejeiro Duque, 2015, pág. 561)

A través del interrogatorio de parte, se produce la declaración de parte, "que es el testimonio brindado por el demandante o por el demandado en el que no acepta el hecho respectivo" (Tejeiro Duque, 2015, pág. 562),"

Así las cosas, el interrogatorio de parte es propio de las partes del proceso y no del peritazgo.

3. Precisado lo anterior encontramos que el auto No. 50134 del 26 de abril de 2021, "Por el cual se fija fecha para la audiencia prevista en los artículos 372 y 373 del C. G.P. – Audiencia inicial e instrucción y juzgamiento", ordeno:

2.2 Interrogatorio de parte.

Se decreta el interrogatorio de parte solicitado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 del C.G. del P. Para el efecto, la misma se practicará en la fecha y hora señalada para la diligencia aquí indicada.

La solicitud hecha por el apoderado de la parte demandada fue la siguiente:

2.3. INTERROGATORIO DEL PERITO.

Con el objeto de realizar la contradicción del peritazgo (informe) aportado por la demandante, le solicito citar al representante legal de la firma PROTOCOLO INTEGRAL S.A.S. para que absuelva interrogatorio que para el efecto se le formulará. El interrogatorio versará sobre la idoneidad, objetividad, precisión, detalles e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen presentado con la demanda, el cual no cumple a cabalidad los requisitos del artículo 226 del estatuto procesal.

Como podemos observar, la prueba solicitada por el apoderado de la parte demandada fue un INTERROGATORIO, que a todas luces resulta improcedente como quiera que la sociedad PROTOCOLO INTEGRAL S.A.S., no es parte dentro del presente proceso.

En cuanto a la sociedad PROTOCOLO INTEGRAL S.A.S, quien elaboró el informe presentado con la contestación de la demanda, es representada por el señor RAFAEL JOSE AVILA, identificado con la C.C No. 79.506.433, quien fue escuchado como testigo en la audiencia que tuvo una duración aproximada de tres horas en la que

Centro Histórico. Calle del Sargento Mayor No. 6-107

Claustro Santo Toribio

Teléfono: 6601612- Celular: 316-6912248

sucete@gmail.com – Cartagena –Colombia

GOMEZ & SANCHEZ

ABOGADOS

abogado de CONSTRUCTORA 2M S.A.S., tuvo oportunidad de preguntar todas las dudas sobre el mencionado informe.

4. Así las cosas, de ninguna manera se negó la prueba solicitada por CONSTRUCTORA 2M S.A.S. o se ha violado el debido proceso de esa sociedad, como quiera que el señor RAFAEL JOSE AVILA, fue escuchado en el proceso y el apoderado de la sociedad CONSTRUCTORA 2M S.A.S, tuvo la oportunidad de hacerle múltiples preguntas, incluso, sobre el informe presentado y que hace parte del proceso, por lo que la finalidad de la prueba solicitada en la contestación de la demanda se cumplió.
5. Conforme al panorama expuesto, lo que hizo el despacho fue considerar que no era necesario volver a escuchar al señor RAFAEL JOSE AVILA, como quiera que en el testimonio rendido brindo suficiente ilustración sobre el documento que hace parte del expediente. En todo caso debe tener en cuenta el despacho que el apoderado de la parte demandada busca revivir terminos pues no se opuso al documento que hace parte del expediente, sobre el cual debio pronunciarse con la contestación de la demanda.
6. Debe tener en cuenta su señoría que la Superintendencia de Industria y Comercio fue clara en precisar que en su declaracion el señor RAFAEL JOSÉ ÁVILA RODRÍGUEZ brindó una explicación muy amplia sobre el informe presentado y por tanto debia tenerse en cuenta como testimonio de un perito técnico experto, que no puede ser equiparado a la declaración de un testigo cualquiera dado que el lenguaje utilizado por el testigo brinda calidad, claridad y certeza al Juez y a las partes de la declaración dada debido a su preparación técnica, intelectual o artística, por lo que se puede concluir que con la el testimonio del señor RAFAEL JOSÉ ÁVILA RODRÍGUEZ, cumplió con todos los requisitos establecidos por la ley. Asi las cosas, cuando el despacho resuelve no llamar nuevamente a RAFAEL JOSÉ ÁVILA RODRÍGUEZ, considero que el tiempo que fue escuchado como tstigo fue mas que suficiente para resolver cualquier duda relacionada con el mencionado ifnorme.

Por lo anterior, la decisión tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio no puede entenderse como la negativa a la práctica de la prueba solicitada pues como vimos, ni siquiera existe en el Codigo General del Proceso tal y como fue incluida en la contestacion de la demanda, por lo anterior, no encaja dentro del numeral 3 del artículo 321 del Codigo General del Proceso.

Centro Histórico. Calle del Sargento Mayor No. 6-107
Claustro Santo Toribio
Teléfono: 6601612- Celular: 316-6912248
sucete@gmail.com – Cartagena –Colombia

GOMEZ & SANCHEZ

ABOGADOS

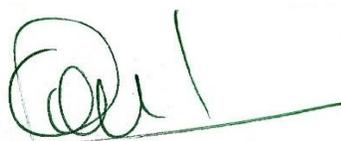
7. Por último, reitero que el A - Quo solo busco preservar el principio de economía procesal, que faculta a los jueces de la República para tomar ciertas decisiones que ayuden y favorezcan a la celeridad del proceso, más aún si fue escuchada una declaración por más de 3 horas totalmente ilustrativa, por lo que el despacho actuo con fundamento en el numeral 1 del artículo 42 del CGP, **"Deberes del Juez 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal" negrita fuera de texto.**

En el anterior contexto, la posibilidad de tomar manera oficiosa decisiones procedentes por parte del Juez o Magistrado, es razonable, en la medida en que busca realizar los principios de celeridad, eficacia y economía procesal, que fue precisamente lo que hizo la Superintendencia de Industria y Comercio frente a la declaración del señor RAFAEL JOSE AVILA, en audiencia de fecha 27 de agosto de 2021.

PETICIÓN

Conforme a los argumentos expuestos, solicito que se declaren que se confirme la decisión tomada por el a quo en audiencia de fecha 27 de agosto de 2021, mediante la cual negó el recurso de apelación impetrado por el apoderado judicial de la parte demandada.

Atentamente,



CATHERINE SUCETE GÓMEZ SÁNCHEZ
C.C. No. 32.774.186 de Barranquilla
T.P. No. 96.007 del C.S. de la J.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D. C., ocho de octubre de dos mil veintiuno

11001 3199 001 2020 09931 01

Ref. proceso verbal de Edificio Mirador del Castillo frente a Constructora 2M S.A.S.

El suscrito Magistrado declara que no estuvo bien DENEGADO el recurso de apelación interpuesto por la parte opositora contra el auto de 27 de agosto de 2021, mediante el cual la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio repudió la práctica del “interrogatorio del perito Rafael José Ávila Rodríguez por parte de la sociedad demandada”.

Contrario a lo que sostuvo el juez *a quo*, la reseñada determinación involucra, en últimas, la denegación de la práctica de una prueba que había sido decretada, hipótesis que, en estricto sentido, se amolda a las previsiones del numeral 3° del artículo 321 del C.G.P., a cuyo tenor, es apelable el auto “**que niegue el decreto o la práctica de pruebas**” (se resalta), por manera que sí es viable la alzada en estudio.

Y es que, lo que dispuso el juez de primer grado fue que no procedía la práctica del interrogatorio del perito, por cuanto, en su sentir, dicha prueba ya había sido agotada en audiencia anterior, todo lo cual involucra la denegación a la práctica de una prueba que fue decretada.

En resumidas cuentas, concluye el suscrito Magistrado que procede la alzada que formuló el quejoso contra el auto de 27 de agosto de 2021, esto en el efecto devolutivo (art. 323, C.G.P.).

Del mencionado recurso, Secretaría corra traslado a la parte no apelante por el término y en la forma previstos en el artículo 326 del C.G.P. y **abone** la referida apelación, previas las constancias de rigor y entere de lo aquí decidido al juez de primera instancia (ver inciso final del artículo 353 del referido estatuto procesal).

Notifíquese **y cúmplase**

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b75aabd421ae4693fec9fe06c1593ff7fc9d7abb269071944d804ae3276e9add

Documento generado en 08/10/2021 04:38:33 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>