

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

Magistrada Ponente
LIANA AIDA LIZARAZO VACA

CLASE DE PROCESO	:	VERBAL
DEMANDANTE	:	INVERSIONES JR S.A.
DEMANDADO	:	ROA HOUSE DESIGN S.A.S Y OTRA
RADICADO	:	11001310302820190025405
DECISIÓN	:	<u>NIEGA</u>
APROBADO EN SALA DUAL	:	Seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)
FECHA	:	Seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

I. ASUNTO

Procede la Sala Dual a resolver el recurso de súplica formulado por la sociedad demandada contra el auto de fecha 16 de septiembre de 2022, mediante el cual se denegó el recurso de casación, proferido por el magistrado sustanciador, Doctor José Alfonso Isaza, en el proceso de la referencia.

II. CONSIDERACIONES

1. El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto (art. 331 CGP), así como también contra el proveído que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación y contra los autos que en el trámite de los recursos extraordinarios de casación o revisión profiera el magistrado sustanciador y que por su naturaleza hubieran sido susceptibles de apelación.

2. En el presente caso, contra el auto que denegó la casación la parte pasiva formuló recurso de súplica; no obstante aquella providencia no es susceptible de tal medio impugnatorio.

3. En efecto, el artículo 352 del Código General del Proceso señala que el recurso de queja procede contra la providencia que deniegue el de casación; mientras que el de súplica opera *“contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación”*, por lo que el recurso formulado es abiertamente improcedente.

4. Sin embargo, lo cierto es que ese tipo de deficiencias encontraron una solución por parte del legislador, como mecanismo para no sacrificar el derecho sustancial de las partes o intervinientes, cuando estos no utilizan el lenguaje correcto o las palabras técnicas precisas para presentar los recursos acorde con las etapas procesales respectivas, otorgándole al juzgador un papel más activo en la dirección del proceso, a efectos de que interprete la intención de los litigantes.

5. De ahí que el párrafo del artículo 318 del C.G.P., haya establecido que es deber del juez cuando el impugnante cuestione una providencia con un recurso improcedente, tramitarlo por las reglas del que sí es procedente, siempre que se haya interpuesto oportunamente.

6. En ese orden de ideas, se tiene que el auto que deniega la casación es susceptible de reposición y en subsidio queja, por lo que el escrito presentado por el suplicante debe ser tramitado como el primero, es decir, como reposición, dando alcance a la citada disposición

En armonía con lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala Dual de Decisión**

RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR por improcedente el recurso de súplica.

SEGUNDO. Remítase el expediente al Magistrado Ponente, a fin de que resuelva el recurso presentado, previos los trámites secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

MARTHA ISABEL GARCIA S.
Magistrada

Firmado Por:

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Código de verificación: **205ba7c3626d7c0e9a5c4272720a2088bbc1375f104440d65d936daf10cc3518**

Documento generado en 07/10/2022 04:27:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso verbal de **HÉCTOR MARIO GÓMEZ BOTERO** contra la **ORGANIZACIÓN TERPEL S.A.**. (Apelación de sentencia). **Rad.** 11001-3103-035-2018-00320-01.

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Obedézcase y cúmplase lo resuelto por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia (inciso primero, artículo 329 del Código General del Proceso).

Por la Secretaría de la Sala, si aún no se ha hecho, dese cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021¹, por esta Corporación. Oficiense y déjense las constancias a que haya lugar. Las costas, se liquidarán por el *a quo* en la forma prevista en el inciso primero del canon 366 *ejúsdem*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aída Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 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: **3ea2b2affcbcf90c88a019ed0bddde1a10a1c1b370f31ac39b7b03f3b41f13b7**

Documento generado en 07/10/2022 04:09:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ Archivo "22 Sentencia" del "01 Cuaderno del Tribunal No. 1".

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso verbal de **ROQUE MIGUEL RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** y otra contra **MERY CONSUELO GÓMEZ CASTRO** y otros. (Apelación de sentencia). **Rad.** 11001-3103-037-2017-00386-01.

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Obedézcase y cúmplase lo resuelto por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia (inciso primero, artículo 329 del Código General del Proceso).

Por la Secretaría de la Sala, si aún no se ha hecho, dese cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019¹, por esta Corporación. Oficiese y déjense las constancias a que haya lugar. Las costas, se liquidarán por el *a quo* en la forma prevista en el inciso primero del canon 366 *ejúsdem*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 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: **c9db88fd513213a637363aa060435c7c36f33336a610b96be62d9a5b8843453c**

Documento generado en 07/10/2022 04:22:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ Folio 87, Archivo "01 Cuaderno" del "02 Cuaderno Tribunal".

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Proceso N.º 110013103043201900563 03
Clase: VERBAL – RCC
Demandante: MARÍA NERY GÓMEZ FORERO
Demandada: AMANDA BARBOSA CUBILLOS

1. Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2º y 3º del numeral tercero), 323 y 327 (último inciso) del Código General del Proceso, se ADMITEN, en el efecto suspensivo, los recursos de apelación que ambas partes interpusieron contra la sentencia que el 9 de mayo de 2022 profirió el Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la simulación absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes y ordenó la restituciones mutuas de rigor.

En oportunidad, la secretaría controlará los traslados de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, luego de lo cual el asunto ingresará al despacho para resolver lo pertinente.

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de las alzas admitidas versará, únicamente, sobre los reparos concretos que se presentaron contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP y la jurisprudencia (CSJ. SC3148-2021). Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE

¹ Vigente al momento en que se profirió el fallo impugnado y se interpusieron las apelaciones y, por ende, aplicable al presente asunto por virtud de lo previsto en el artículo 624 del CGP, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 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: **fdc8e1e67421e472a7bb47fc21794a71fa2b0f157ac4148d2e430b178abf713c**

Documento generado en 07/10/2022 09:50:49 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso arbitral de **INVAL LTDA** contra **SERVICLUIDOS LTDA**. (Recurso Extraordinario de Anulación). **Rad.** 11001-2203-000-2022-00044-00.

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Por cuanto se encuentra ajustada a derecho la liquidación de costas practicada por la Secretaría de la Sala, se le imparte aprobación. En firme esta providencia, procédase conforme a lo ordenado en el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 27 de mayo pasado, por esta Corporación¹. Oficiese y déjense las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 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: **255fe7b8b762fd38443c5aaf57213769d922c5e7b063b404a5c579666ba0ad30**

Documento generado en 07/10/2022 04:10:05 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ Archivo “12 Sentencia 2022-00044” del “01 Cuaderno Tribunal”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso arbitral de **CLUB DEPORTIVO ESCUELA DE FÚTBOL JOSÉ OTERO** contra **UNIÓN MAGDALENA S.A.** (Recurso Extraordinario de Anulación). **Rad.** 11001-2203-000-2022-01128-00.

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Por cuanto se encuentra ajustada a derecho la liquidación de costas practicada por la Secretaría de la Sala, se le imparte aprobación. En firme esta providencia, procédase conforme a lo ordenado en el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 28 de julio pasado, por esta Corporación¹. Oficiese y déjense las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 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: **b9ab4b26548138f417c916509425bd1a75295f04461f07191da59b3f390958a0**

Documento generado en 07/10/2022 04:10:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ Archivo “13 Decisión Recurso Extraordinario Anulación 00-2022-01128” del “02 Cuaderno Tribunal Recurso Extraordinario”.

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

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Radicación 001 2021 00108 01

A efectos de proveer acerca de la petición elevada por el apoderado judicial del extremo demandado, la cual se estima porque fue deprecada incluso antes de la oportunidad que tenía en esta instancia para este fin, esto es, cuando expresó los reparos frente a la sentencia, consistente en “...*Oficiar al Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá, para que remitan copias de la acción de tutela con Radicación : 2022-00401, impetrada por la señora DIANA PATRICIA MORA, contra DIEGO MAURICIO LÓPEZ, en donde se ventiló la verdadera condición del señor Diego Mauricio López frente al Edificio Ávila, frente a la posible explotación económica de su parte sobre el citado inmueble, y frente a cualquier otro contrato de arrendamiento suscrito sobre el predio, PRUEBA NECESARIA E INDISPENSABLE PARA QUE LA JUSTICIA, proceda a fallar conforme a la realidad fáctica, buscando proteger el derecho sustancial de las partes...*”¹, cumple precisar:

1. La habilitación reconocida por el Legislador para la práctica de pruebas en segunda instancia, -artículo 327 del Código General del Proceso-, se sujeta a las eventualidades previstas en dicha disposición, es decir, que sólo ante la concurrencia de alguna de aquellas se abre paso en el trámite de la apelación, comoquiera que por regla general estas deben solicitarse, ordenarse, y practicarse ante el *a-quo*.

¹ Folios 5 al 8 del archivo 063AlleganReparosSentencia.

2. Concretamente la causal esgrimida se contrae a la prevista en el numeral 3 de la evocada disposición, que prevé “... *Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos...*”, aspecto sobre el cual vale la pena resaltar que no es cualquier situación fáctica, sino que verdaderamente sea fundante para combatir el derecho alegado, por lo mismo, concurrente con los principios de utilidad, pertinencia y conducencia previstos en el régimen probatorio.

Vistos los supuestos en que se apoya la solicitud probatoria efectuada, prontamente advierte el Tribunal que no se satisfacen las exigencias aludidas, en la medida que si bien es cierto la aludida acción constitucional se adelantó cuando ya había fenecido el momento procesal oportuno para solicitar pruebas en el decurso de la primera instancia, no lo es menos, que, según lo señalado por el propio memorialista, en tal trámite obran algunas manifestaciones de la condición en que detentaba el señor Diego Mauricio López el Edificio Ávila P.H. y la explotación que le había dado a tal bien, que, a la postre, constituyen los hechos que se quieren demostrar, circunstancia que lejos está de poder considerarse como una situación fáctica nueva, habida cuenta que tales supuestos se encuentran respaldados con la abundante prueba documental adosada a las diligencias, que fue controvertida en el decurso surtido por el Funcionario *a quo*.

Las elucidaciones que anteceden se tornan incuestionables, porque los diferentes contratos y documentales que fueron incorporados al proceso ejecutivo de la referencia, dan cuenta de los aspectos antes mencionados, los cuales fueron objeto de debate en la etapa probatoria de primer grado.

Por lo tanto, la probanza implorada en esta sede no contribuye para

tener mayores elementos de juicio a la hora de dirimir la alzada; circunstancia que descarta su utilidad. Así que, sean estos argumentos suficientes, para desestimar el aludido pedimento.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el decreto de prueba deprecado por la parte ejecutada.

SEGUNDO: DISPONER que una vez cobre firmeza esta providencia regrese al despacho para lo que legalmente corresponda.

NOTIFÍQUESE.

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla

Magistrada

Sala 003 Civil

Tribunal Superior De 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: **b72675cbd3743cb33530138bb9a3cdcd9c6ddd98976f88d47afe4083811a77b1**

Documento generado en 07/10/2022 08:27:59 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

11001-31-03-019-2020-00369-02

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, en contra de la sentencia proferida el día 8 de septiembre del año en curso, por el Juzgado Diecinueve Civil Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuentan las aquí apelantes para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022. Transcurrido dicho lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tiene, se pronuncie frente a las manifestaciones elevadas por las impugnantes.

Por Secretaría, una vez vencidos los mencionados términos, ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes deberán allegar el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co** .

NOTIFÍQUESE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado

Sala 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: **b0c08b03f30f045397ad679a4a48b8cd8554223922ac56eff9eae54988cb6649**

Documento generado en 07/10/2022 09:20:46 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia

Rama Judicial



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

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL
DEMANDANTE	:	RAFAEL PACHÓN RONCANCIO
DEMANDADOS	:	BIENES PRODUCTIVOS SA Y OTROS
RADICACIÓN	:	110013103 002 2017 00401 02
DECISIÓN	:	REVOCAR
DISCUTIDO Y APROBADO	:	8, 15, 22 y 29 de septiembre de 2022
FECHA	:	Siete (7)) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el cesionario del acreedor hipotecario contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. De conformidad con el texto de la demanda, RAFAEL PACHÓN RONCANCIO promovió proceso verbal de pertenencia por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio contra BIENES PRODUCTIVOS SA, ÓSCAR GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO y las demás personas que se crean con derechos sobre los inmuebles objeto del litigio, con el fin de obtener las siguientes pretensiones: (i) declarar que el demandante adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva el dominio de los inmuebles ubicados en la calle 17 n.º 137A-98, calle 17 n.º 137A-76 y calle 17 n.º 137A-76 interiores 1 y 2 de esta ciudad, identificados con la matrículas inmobiliarias n.º 50C-1399221, 50C-1399222 y 50C-1399223, los cuales se segregaron del bien de mayor extensión con foliatura n.º 50C-1359977; (ii) ordenar la cancelación de cualquier gravamen que

afecte la propiedad de esos bienes raíces que por aquel se adquieren; (iii) disponer la inscripción de la sentencia respectiva en los mencionados folios de matrícula inmobiliaria; y (iv) condenar en costas a la parte demandada en caso de oposición.

2. El libelo introductor se sustentó en los siguientes hechos:

2.1. Mediante la escritura pública n.º 530 del 24 de febrero de 1994 de la Notaría 41 del Círculo de esta capital, CONSTRUCCIONES CHICAMOCHA LTDA. vendió a RAFAEL PACHÓN Y CÍA. LTDA. el lote de terreno que hacía parte de otro de mayor extensión denominado “*Puente Grande*”, registrado con la foliatura n.º 50C-1339749.

2.2. Posteriormente, a través de la escritura pública n.º 2210 del 13 de julio de 1994 de la misma notaría, aclarada por medio de la escritura pública n.º 2873 del 6 de septiembre de 1994, RAFAEL PACHÓN Y CÍA. LTDA. vendió a los demandados BIENES PRODUCTIVOS SA, ÓSCAR GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO, el predio referido en el numeral anterior, cuya compraventa se registró en el folio de matrícula inmobiliaria n.º 50C-1359977.

2.3. Desde el año 2000, el demandante RAFAEL PACHÓN RONCANCIO entró en posesión de los inmuebles identificados con las nomenclaturas calle 17 n.º 137A-98, calle 17 n.º 137A-76 y calle 17 n.º 137A-76 interiores 1 y 2, de esta ciudad, los cuales hacen parte del lote de mayor extensión llamado “*Puente Grande*” con la matrícula n.º 50C-1359977, y que se identifican actualmente con las foliaturas n.º 50C-1399221, 50C-1399222 y 50C-1399223, respectivamente, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Centro.

2.4. El actor ha poseído esos bienes raíces de forma ininterrumpida, con ánimo de señor y dueño, ejerciendo actos de señorío, tales como dotación del servicio de acueducto ante la empresa de servicio público domiciliario respectiva, arreglo del terreno y las vías internas, pago de impuestos y servicios públicos, instalación de estos, explotación económica mediante arriendo, sin que reconociera dominio ajeno.

La actuación surtida

3. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, mediante auto del 11 de septiembre de 2017, admitió la demanda y ordenó la citación del tercero acreedor hipotecario RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA para que hiciera valer su crédito.

4. Los demandados BIENES PRODUCTIVOS SA EN LIQUIDACIÓN y ÓSCAR GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO se notificaron personalmente el 31 de julio de 2018 y se allanaron a las pretensiones de la demanda.

5. RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA, como acreedor hipotecario, se notificó el 3 de agosto de 2018 y contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como medio exceptivo que el demandante carecía de la calidad de poseedor exigida por la ley para adquirir por prescripción el dominio de los inmuebles objeto de las pretensiones.

6. Posteriormente, el señor TONCEL GAVIRIA renunció al ejercicio de su derecho a la defensa, la cual fue aceptada por medio de auto del 10 de mayo de 2019.

7. El curador *ad litem* de las demás personas que se crean con derechos sobre los inmuebles objeto del litigio contestó la demanda sin proponer medios defensivos.

8. Más adelante, el 12 de noviembre de 2021, JOSÉ ALFREDO GARCÍA MERCHÁN, quien adujo ser cesionario del acreedor hipotecario, solicitó la nulidad de lo actuado por indebida notificación y pérdida automática de competencia.

9. Evacuada la etapa probatoria y surtida la fase de alegaciones, se dictó sentencia en la que se decidió: (i) declarar que por el modo de la prescripción extraordinaria de dominio, el demandante adquirió la propiedad de los inmuebles ubicados en la calle 17 n.º 137A-98, calle 17

n.º 137A-76 y calle 17 n.º 137A-76 interiores 1 y 2 de esta ciudad, distinguidos con la matrícula inmobiliaria de mayor extensión n.º 50C-1359977, de la que se segregaron las foliaturas n.º 50C-1399221, 50C-1399222 y 50C-1399223; (ii) inscribir el fallo en la oficina de instrumentos públicos competente; y (iii) decretar la cancelación de la inscripción de la demanda y demás gravámenes que pesan sobre los bienes.

10. Igualmente, en el fallo mencionado se resolvió impropriamente la petición de nulidad del señor GARCÍA MERCHÁN, la cual fue denegada y recurrida por el interesado; sin embargo, el 9 de febrero de 2022 el inconforme desistió de la nulidad.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

11. Los fundamentos del fallo fueron los siguientes:

11.1. En primer lugar, se expuso que el material probatorio recaudado ofrecía certeza sobre la posesión ejercida por el demandante, puesto que los inmuebles fueron adquiridos inicialmente por la sociedad Rafael Pachón y Cía., quien en 1994 realizó mejoras como construcción de vías internas con tractores, se instalaron servicios públicos, se construyó una planta de aguas lluvias, se sembraron más de 2.000 árboles sobre el jarillón de un río para evitar su desbordamiento.

11.2. En ese mismo sentido, los testigos manifestaron que les constaba la realización de mejoras en los bienes raíces, el arrendamiento de espacios en tales predios y el reconocimiento del actor como su dueño. A su turno, en la inspección judicial se corroboró la existencia de los inmuebles y su utilización para aparcamiento de vehículos, lavaderos, mantenimiento de aquellos, así como cafeterías y restaurantes.

11.3. De conformidad con lo anterior, se concluyó que, comoquiera que el extremo activo no ha reconocido dominio ajeno ni renunciado a la prescripción adquisitiva y además ha poseído los bienes pretendidos por más de 25 años, se debía declarar la pertenencia y cancelar el gravamen hipotecario, de conformidad con el inciso segundo del artículo 2457 del

Código Civil, pues si el propietario del bien dado en garantía real deja de serlo por virtud de que otro ocupa su lugar al prosperar la usucapión, ese fenómeno implica la resolución de su derecho.

III. LA APELACIÓN

12. Admitido el recurso de apelación bajo el régimen previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el señor JOSÉ ALFREDO GARCÍA MERCHÁN, quien adujo ser cesionario del acreedor hipotecario, lo sustentó oportunamente y presentó los siguientes reparos:

12.1. Sostuvo que se debe revocar la decisión de primera instancia y denegar las pretensiones, debido a que no se tuvieron en cuenta las cesiones del crédito hipotecario dentro del proceso ejecutivo iniciado por RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA ante el Juzgado Quince Civil del Circuito de esta ciudad, con la radicación n.º 2000-00893, las cuales fueron realizadas a GERMÁN EDUARDO OSPINA RUEDA y JOSÉ ALFREDO GARCÍA MERCHÁN, así como las pruebas aportadas con la solicitud de nulidad procesal planteada ante el *a quo*, las cuales daban cuenta de las cesiones aludidas.

12.2. En ese mismo sentido, cuestionó que se vulneró la cosa juzgada, en razón a que en el proceso ejecutivo mencionado ya se había ordenado la venta en subasta pública de los inmuebles, a lo que se agrega que no se tuvo en cuenta la renuncia a la prescripción que operó cuando el aquí demandante no se opuso a la diligencia de secuestro, de manera que no estaba poseyendo tales bienes raíces.

12.3. De igual forma, arguyó que RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA fue vinculado a este proceso como acreedor hipotecario, quien contestó la demanda, pese a que no estaba legitimado por haber cedido con antelación su acreencia a otra persona, y además renunció a su derecho de defensa, lo que fue interpretado erróneamente por el juzgador de primer grado como un desistimiento. Asimismo, reprochó que hubo la posible colusión que existió entre el demandante y los demandados que se allanaron, lo cual pudo determinarse oficiosamente, puesto que con

tales conductas se causó detrimento patrimonial al acreedor del derecho real accesorio.

12.4. Por último, censuró que en la normatividad no se establece como causal de extinción de la hipoteca la prescripción adquisitiva del dominio de un bien raíz. Por ende, pese a que se incluyó como pretensión en el libelo introductor la cancelación del gravamen hipotecario, el prescribiente debía conocer la existencia de ese derecho real accesorio, dado que este se registró con anterioridad a la posesión y el juez no podía declarar la extinción de la hipoteca.

13. En el término del traslado del medio de impugnación, la parte actora solicitó que se confirmara la sentencia apelada, en razón a que JOSÉ ALFREDO GARCÍA MERCHÁN no acreditó en el proceso la cesión de la obligación y la garantía hipotecaria efectuada por GERMÁN EDUARDO OSPINA RUEDA, de manera que carecía de legitimidad para intervenir en este litigio. Adicionalmente, señaló que el recurrente renunció a la nulidad planteada ante el *a quo*, por lo que deben tenerse como desistidas las pruebas que invocó en aquella ocasión. De otro lado, RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA fue citado a este proceso como acreedor hipotecario registrado en el folio de matrícula inmobiliaria de los bienes objeto de debate, el cual contestó la demanda y propuso excepciones, y posteriormente renunció a ejercer su derecho de defensa, tal como fue aceptado por autos del juzgador de primer grado del 10 de mayo de 2019 y 28 de enero de 2020. Por otra parte, adujo que ni el embargo ni el secuestro sobre los inmuebles afectan la posesión ni impiden que se estructure la prescripción adquisitiva, de conformidad con el artículo 2457 del Código Civil y la jurisprudencia y doctrina sobre la materia, dado que se trata de modo de adquisición originario y no derivado. Finalmente, recalcó que existe abundante material probatorio con el que se verificó que el actor es poseedor de los predios reclamados.

IV. CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con los reparos formulados por el apelante, la sentencia de segunda instancia se centrará en analizar, de acuerdo con el

acervo probatorio, (i) si el señor RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA estaba legitimado en la causa para intervenir en este proceso como acreedor hipotecario, (ii) si el señor JOSÉ ALFREDO GARCÍA MERCHÁN tenía legitimidad para recurrir con relación a la posesión alegada por el demandante y, en caso de que sea positiva la respuesta, (iii) determinar si el actor acreditó los requisitos para adquirir los inmuebles por prescripción extraordinaria del dominio. En el evento de que el extremo activo haya demostrado los presupuestos axiológicos para obtener la usucapión, se tendrá que verificar (iv) si se vulneró la cosa juzgada debido a que en el proceso ejecutivo tramitado inicialmente ante el Juzgado Quince Civil del Circuito de esta ciudad ya se había ordenado la venta en subasta pública de los bienes raíces y (v) si era procedente cancelar los gravámenes hipotecarios con la declaración de usucapión a favor del extremo activo.

2. Respecto a la legitimación en la causa se advierte que se trata de una cuestión de derecho sustancial, que supone la titularidad del derecho que se discute. En otras palabras, requiere que la relación procesal sea un reflejo de la relación jurídica sustancial, en el sentido de que los extremos de una y otra sean las partes a las que la Ley les reconoce el derecho para elevar o soportar la pretensión. En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

(...) corresponde a “la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)” (...), aclarando que “el acceso a la administración de justicia como garantía de orden superior (artículo 229 de la Constitución Política), para su plena realización, requiere que quien reclama la protección de un derecho sea su titular, ya sea que se pida a título personal o por sus representantes, pues, no se trata de una facultad ilimitada. Ese condicionamiento, precisamente, es el que legitima para accionar y, de faltar, el resultado solo puede ser adverso, sin siquiera analizar a profundidad los puntos en discusión” (CSJ SC14658, 23 oct. 2015, Rad. 2010-00490-01; en ese mismo sentido: CSJ SC, 1º jul. 2008, Rad. 2001-06291-01). Y añadió: “la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que

quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo” (CSJ SC, 14 Mar. 2002, Rad. 6139).¹

En el mismo sentido, esa alta Corporación ha expuesto frente a esa figura jurídica lo siguiente:

Ha sido criterio reiterado que la legitimación en causa o personería sustantiva hace alusión a la identidad entre el actor y el titular del derecho que se reclama y el que es llamado a confrontar la reclamación, que de hallarse ausente por el juzgador conlleva de manera ineludible a que sin necesidad de realizar cualquier otro escrutinio se emita un fallo desestimatorio de las pretensiones, incluso de oficio.

«En reiteradas oportunidades ha dicho la Corte que la legitimación en causa, esto es, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad.

Por tal motivo, el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular...» CSJ SC de 1º de jul. de 2008, Rad. 2001-06291-01

De acuerdo con esto, en los juicios civiles es presupuesto de la acción (pretensión) que se acredite fehacientemente la legitimación en la causa, tanto activa como pasiva, cuya ausencia podrá ser reclamada por el demandado, a través de las excepciones previas, con el propósito de evitar el desgaste innecesario de la jurisdicción y garantizar que el asunto se controvierta entre los sujetos que sustancialmente están llamados a debatir el derecho de que se trate.²

De conformidad con lo anterior, la legitimación en la causa por pasiva supone que la persona que debe resistir la acción ejercida es la que efectivamente está llamada a confrontar las pretensiones del demandante, debido a que se trata del sujeto pasivo de esa relación jurídica. Por lo tanto, si la persona contra quien se dirige la acción no es aquella a la que el ordenamiento jurídico le impone que soporte los reclamos del actor, por no

¹ Sala de Casación Civil, sentencia SC16279-2016, MP Ariel Salazar Ramírez, reiterada en sentencia SC3631-2021, MP Luis Alonso Rico Puerta.

² Sala de Casación Civil, sentencia SC2768-2019, MP Margarita Cabello Blanco.

hacer parte de la relación jurídica sustancial, el resultado no puede ser uno diferente al de una sentencia desfavorable por haberse incoado la demanda contra quien, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, no se encuentra habilitado para resistir las súplicas.

Ahora bien, la parte final del primer inciso del numeral quinto del artículo 375 del Código General del Proceso establece que “[c]uando el bien esté gravado con hipoteca o prenda deberá citarse también al acreedor hipotecario o prendario”. Con relación a esta nueva disposición del ordenamiento procesal civil, la doctrina nacional ha resaltado que “[o]bligatoriamente el acreedor hipotecario, por tener un derecho real, debe conformar el litisconsorcio pasivo”, por lo que “el proceso de pertenencia debe ser dirigido contra todos los ostentadores de derechos reales, máxime el acreedor hipotecario que tiene derecho de perseguir la cosa hipoteca (sic)”, dado que aquella persona es “citad[a] con la finalidad de que este inicie el proceso pertinente para la tutela de su crédito, el cual no es otro que el proceso ejecutivo”, de modo que el “efecto de la citación del acreedor hipotecario es para que haga valer sus derechos e intereses, lo cual se traduce en una tutela efectiva, más (sic) no, para determinar si hay lugar a la cancelación del gravamen que tiene a su favor”³.

3. En el presente caso, el *a quo* decidió, en el auto admisorio del 11 de septiembre de 2017, que se citara como acreedor hipotecario al señor RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA, para lo cual se tuvo en consideración que en los folios de matrícula inmobiliaria n.º 50C-1399221, 50C-1399222 y 50C-1399223 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Centro, estaba registrado en todos esos bienes una hipoteca abierta del 6 de abril de 1994 (anotación 1 común) y un embargo hipotecario a favor de RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA del 7 de mayo de 2001 por parte del Juzgado Quince Civil del Circuito de esta ciudad (anotación 3 común)⁴.

³ Colmenares Uribe, C. A. (2018). La citación del acreedor hipotecario o prendario en el proceso de pertenencia. En *Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. Comentado*, Volumen 2, Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Págs. 323 y 328.

⁴ Folios 144 a 150 del cuaderno principal.

Bajo esta óptica, es ostensible que, de conformidad con la demanda presentada y sus anexos, el juzgador de conocimiento procedió a ordenar la citación de la persona que, de conformidad con los certificados de tradición mencionados, ostentaba la calidad de acreedor hipotecario, con el fin de cumplir con la regla prevista en la parte final del primer inciso del numeral quinto del artículo 375 del Código General del Proceso, a saber, el señor RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA.

Por lo tanto, ese individuo era el llamado como acreedor hipotecario en esta acción de pertenencia ejercida por la parte actora, en otras palabras, sí estaba legitimado en la causa para integrar el litisconsorcio necesario por pasiva, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. En cambio, ni GERMÁN EDUARDO OSPINA RUEDA ni el aquí apelante JOSÉ ALFREDO GARCÍA MERCHÁN podían ser citados en este litigio como acreedores hipotecarios para la época en que se dictó el auto admisorio, en razón a que no aparecían inscritos en esa calidad en los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes, de manera que, en virtud del principio de publicidad y según la información disponible para terceros de la situación jurídica de los inmuebles, incluyendo el *a quo*, solamente se podía conocer que el acreedor hipotecario de los bienes raíces era el señor TONCEL GAVIRIA, lo que efectivamente sucedió, puesto que esta última persona contestó la demanda y formuló un medio exceptivo.

4. En línea con lo expuesto en precedencia, es necesario precisar que, pese a que el apelante JOSÉ ALFREDO GARCÍA MERCHÁN cuestionó que no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por él cuando solicitó la nulidad de lo actuado, con las cuales se habría demostrado la cesión de la hipoteca y el crédito hecha a su favor, dichas quejas carecen de fundamento, por cuanto (i) la petición de nulidad fue desistida por el interesado el 9 de febrero de 2022 y (ii) el interviniente debía tomar el proceso en el estado en que se hallara al momento de su intervención, conforme al artículo 70 del Código General del Proceso.

Aunado a esto, es relevante precisar que el recurrente fue reconocido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta capital como cesionario del acreedor hipotecario,

mediante proveídos del 2 de noviembre y 1.º de diciembre de 2021, en el proceso ejecutivo n.º 015-2000-00893-00⁵, de modo que, a partir de la emisión de tales determinaciones, el señor GARCÍA MERCHÁN sí estaba legitimado para intervenir en este proceso de pertenencia, empero esa situación no afectaba la citación que se realizó al señor TONCEL GAVIRIA en el año 2017, según lo analizado en los párrafos anteriores.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, es necesario precisar que, si bien las pruebas solicitadas por el cesionario del acreedor hipotecario ante el *a quo* no se incorporaron al plenario por el desistimiento referido, lo cierto es que en segunda instancia se decretó oficiosamente la incorporación de la copia digital del expediente del mentado proceso ejecutivo n.º 015-2000-00893-00, mediante auto del 15 de junio de esta anualidad, las cuales fueron aportadas por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad; de modo que es procedente la apreciación de lo actuado en aquel litigio.

5. Frente al interés para recurrir del señor GARCÍA MERCHÁN se advierte que, en virtud de lo consagrado en la parte final del primer inciso del numeral quinto del artículo 375 del Código General del Proceso, a saber, que “[c]uando el bien esté gravado con hipoteca o prenda deberá citarse también al acreedor hipotecario o prendario”, dicha citación lo faculta para intervenir en el juicio de pertenencia y ejercer los derechos otorgados a la parte pasiva, dado que esa persona integra el litisconsorcio necesario por pasiva.

Sumado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la persona que llega al proceso de pertenencia como consecuencia del emplazamiento tiene las mismas facultades que el demandado, a saber:

(...) el 413 [artículo del Código de Procedimiento Civil que regulaba el proceso de pertenencia hasta antes de la reforma introducida por el Decreto 2289 de 1989] *dispone que el opositor que se presente dentro de los diez días siguientes al de la fecha en que quede surtido el emplazamiento, se le tiene como demandado y por eso prescribe que puede contestar la demanda. Pero no porque la disposición hable tan sólo de que dicho opositor puede*

⁵ Folio 850 del archivo digital denominado “02CopiaCuadernoNo.1A” del expediente n.º 015-2000-00893-00, remitido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

*contestar la demanda hay que restringirle a ese acto sus derechos en el proceso, porque si conforme al artículo 401 del Código de Procedimiento Civil el demandado puede también en el término que tiene para contestar la demanda presentar demanda de reconvención, tiene que admitirse que la persona que llega al proceso de declaración de pertenencia por razón de los emplazamientos y por hacerlo en el término en que puede contestar la demanda, puede ejercer dentro de este término todos los derechos que la ley le otorga al demandado, entre ellos aducir demanda de reconvención y si no está en posesión del bien, como es lo más probable que no lo esté, demanda de reivindicación*⁶.

Adicionalmente, el inciso final del numeral séptimo del artículo 375 del Código General del Proceso reitera la citada disposición examinada por el alto Tribunal, que se refiere a la posibilidad que se otorga a las personas emplazadas para contestar la demanda.

Por tanto, si un cualquier individuo emplazado puede concurrir al proceso de pertenencia para enfrentar las pretensiones del prescribiente, *a fortiori* el acreedor hipotecario o prendario del bien objeto de usucapión también podrá ejercer las facultades del propietario demandado, dado que, se itera, entre aquellos conforman un litisconsorcio necesario, en virtud de la citación prevista en la parte final del párrafo primero del numeral quinto del canon 375 del estatuto adjetivo vigente, por lo que su citación no se restringe exclusivamente a que haga valer sus derechos en un eventual proceso ejecutivo.

En ese mismo sentido, la doctrina ha concluido que *“el acreedor está legitimado para la defensa del bien gravado, y si el deudor propietario de la cosa que sirve de caución o garantía no la defiende, sí puede hacerlo el acreedor”*⁷, el cual no queda *“indefenso ante los atentados que amenacen la prenda sin tenencia o la cosa hipotecada”*⁸, puesto que el acreedor hipotecario o prendario está habilitado *“para defender la cosa sobre la que ejerce un derecho real”*⁹.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de febrero de 1989, citada por Quiroga Cubillos (2001), *El proceso de pertenencia*, Universidad Nacional de Colombia, págs. 92 y 93.

⁷ Villamil Portilla, E. (2013), *Algunas garantías civiles*, Grupo Editorial Ibáñez, pág. 282.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

Bajo esta óptica, se deduce válidamente que el señor GARCÍA MERCHÁN, quien actualmente ejerce como acreedor hipotecario en este litigio, en virtud de la cesión del crédito que fue reconocida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad, sí está legitimado para cuestionar, por la vía del recurso de apelación, la posesión invocada por el extremo activo, a raíz de que goza de los derechos constitucionales de defensa y contradicción para intervenir en este asunto, máxime que aquí los propietarios demandados se allanaron a las pretensiones cuando contestaron la demanda.

6. Pues bien, de la revisión del plenario se extrae que RAFAEL PACHÓN RONCANCIO adujo en la demanda que en el año 2000 entró en posesión de los inmuebles objeto de este proceso, esto es, los bienes identificados con las matrículas inmobiliarias n.º 50C-1399221, 50C-1399222 y 50C-1399223, los cuales se segregaron del predio de mayor extensión con la foliatura n.º 50C-1359977, que se sitúan en la calle 17 n.º 137A-76 y la calle 17 n.º 137A-76, interiores 1 y 2 de esta ciudad, respectivamente.

Para tal efecto, el demandante aportó múltiples documentos relacionados trámites realizados ante la Dirección de Prevención y Atención de Emergencias del Distrito Capital, la Personería Distrital, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá SA ESP, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, durante los años 2000 a 2002, los cuales se encaminaron a la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el predio Puente Grande, así como el reconocimiento de una servidumbre, por solicitud del actor, así como un contrato de arrendamiento suscrito en el año 2002¹⁰.

No obstante, a pesar de que tales actos demostrarían, en principio, la posesión ejercida por el señor PACHÓN RONCANCIO, en el proceso ejecutivo hipotecario n.º 015-2000-00893-00, promovido inicialmente por RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA contra ÓSCAR GILBERTO

¹⁰ Folios 2 a 46 y 98 del archivo digital denominado "04CuadernoPrincipal" del cuaderno principal.

RAMÍREZ ACEVEDO y BIENES PRODUCTIVOS SA ante el Juzgado Quince Civil del Circuito de esta capital¹¹, se encuentra la diligencia de secuestro realizada por la Inspección Novena A Distrital de Policía el 23 de enero de 2002 sobre los inmuebles objeto de usucapión, la cual fue atendida por el señor SALVADOR PEÑALOSA CÁRDENAS, quien manifestó que “[y]o estoy aquí como cuidandero, me contrató el señor FÉLIX CRUZ para que viviera y cuidara aquí”, en el acta respectiva se registró que “no se ha presentado oposición” y se “declara legalmente secuestrado[s]” los bienes raíces. Dicho despacho comisorio fue agregado por el Juzgado Quince Civil del Circuito de esta ciudad, por medio de auto del 3 de abril de 2002, sin que se presentara oposición.

A pesar de ello, RAFAEL PACHÓN RONCANCIO sí conocía la existencia de ese litigio, en el que se pretendía la efectividad de la garantía hipotecaria, debido a que (i) rindió declaración el 5 de abril de 2002 como testigo, en la que expresó que había sido “citado por que (sic) embargaron un lote en Fontibón el cual le vendí hace aproximadamente siete años al señor OSCAR RAMIREZ y BIENES PRODUCTIVOS S.A.” y (ii) él, junto con la sociedad RAFAEL PACHÓN Y CÍA. LTDA., presentó el 25 de junio de 2003 una solicitud de nulidad por indebida integración del contradictorio, dado que consideraba que había litisconsorcio necesario por haber sido él quien había firmado el pagaré en nombre de aquella persona jurídica, aunque no mencionó en ese memorial que ejerciera posesión alguna sobre los inmuebles, frente a esto, por auto del 24 de septiembre de 2003, el juez de conocimiento rechazó de plano esa petición de nulidad. En efecto, es ostensible el señor PACHÓN RONCANCIO no hizo pública la supuesta posesión que ejercía sobre los inmuebles en aquel proceso ejecutivo hipotecario, en contravención a lo señalado en la normatividad civil.

Sumado a lo anterior, si bien se aportaron los formularios de pago de impuesto predial de los inmuebles durante los años 2014 a 2016 y un contrato de arrendamiento celebrado en el año 2011¹², esos actos se refieren a hechos ocurridos tres y seis años, respectivamente, antes de la

¹¹ Archivo digital denominado “01CopiaCuadernoNo.1” del expediente n.º 015-2000-00893-00, remitido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

¹² Folios 83 a 94 y 99 del archivo digital denominado “04CuadernoPrincipal” del cuaderno principal.

presentación de esta demanda –28 de julio de 2017–, motivo por el cual no cumplen el presupuesto de temporalidad exigido en el artículo 2532 del Código Civil, modificado por el canon 6 de la Ley 791 de 2002, esto es, que los actos posesorios sean ejercidos por un lapso de diez años.

Adicionalmente, los documentos relacionados con el pago del servicio de energía eléctrica y la reclamación hecha ante la empresa prestadora respectiva si bien hacen referencia a los años 2005 a 2007, el inmueble sobre el que versaban tales cobros no era uno de los que es objeto de usucapión, sino el ubicado en la calle 22 n.º 136-80¹³, motivo por el cual no es dable aceptar dichos hechos como actos constitutivos de la supuesta posesión ejercida, puesto que no aluden a los bienes raíces objeto de esta controversia.

Por último, en materia testimonial se recaudó la declaración de la señora MARÍA CECILIA MALAGÓN FORERO, durante la diligencia de inspección judicial del 8 de septiembre de 2021¹⁴; empero, es improcedente apreciar ese testimonio debido a que no se le tomó el juramento a la deponente, no fue interrogada por sus generales de ley y las preguntas que se le formularon insinuaron las respuestas, de modo que no se cumplieron las exigencias consagradas en los artículos 220 y 221 del Código General del Proceso para el recaudo de ese medio de convicción.

De modo que el único testimonio que acreditaría el ejercicio de actos posesorios del demandante sería el del señor MARCO ROLDÁN ROMERO, recibido en la audiencia del 15 de julio de 2021¹⁵; no obstante, tal declaración es huérfana frente al resto del material probatorio, puesto que ninguna otra prueba corroboró que existiera una posesión que detentara por el actor por un periodo que iniciara, al menos, el 28 de julio de 2007, y, en cambio, sí existían elementos de convicción que acreditaban que el extremo activo no era poseedor, como lo fue la falta de defensa de esa supuesta condición en el proceso ejecutivo hipotecario en el que él intervino.

¹³ Folios 63 a 81 del archivo digital denominado “04CuadernoPrincipal” del cuaderno principal.

¹⁴ Archivo digital denominado “06 - IMG_1015” del cuaderno principal.

¹⁵ Archivo digital denominado “01Audienciadel372FI482” del cuaderno principal.

7. Por consiguiente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y a partir de una valoración conjunta de todos los medios probatorios recaudados, tal como lo ordena el artículo 176 del Código General del Proceso, se deduce que RAFAEL PACHÓN RONCANCIO no demostró haber sido poseedor de una forma pacífica, pública e ininterrumpida por un periodo de diez años antes de la presentación de esta demanda, tal como lo exige el ordenamiento jurídico civil.

Sin embargo, en este caso, por el contrario, se probó que tales actos posesorios no fueron ni públicos ni continuos, puesto que, se insiste, el demandante, de un lado, no alegó tal calidad en el proceso ejecutivo hipotecario n.º 015-2000-00893-00 a sabiendas de que había intervenido en ese litigio y sabía que se estaba persiguiendo la efectividad de la garantía hipotecario sobre los inmuebles que supuestamente poseía y, de otro lado, no aportó pruebas suficientes y claras sobre el ejercicio continuo de la posesión en el lapso de los diez años anteriores a la interposición de esta acción declarativa de pertenencia.

Puestas así las cosas, es ineludible concluir que no se verificaron todos los elementos axiológicos necesarios para obtener la declaración de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre los inmuebles ubicados en la calle 17 n.º 137A-76 y la calle 17 n.º 137A-76, interiores 1 y 2 de esta ciudad, identificados con las matrículas inmobiliarias n.º 50C-1399221, 50C-1399222 y 50C-1399223, motivo por el cual el reproche formulado por el cesionario del acreedor hipotecario JOSÉ ALFREDO GARCÍA MERCHÁN relativo a que el extremo actor no poseía esos bienes raíces claramente está llamado a la prosperidad.

Por último, en razón a que la mentada inconformidad debe salir adelante, resulta innecesario por sustracción de materia abordar el estudio de los restantes reparos propuestos por el recurrente, pues, como ya se expuso ampliamente, la demanda declarativa de pertenencia no será venturosa.

8. Corolario de las consideraciones precedentes, se concluye que se revocará el fallo de primera instancia y, en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda por incumplimiento de los requisitos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, se dispondrá la cancelación de la medida cautelar de inscripción de la demanda y se condenará en las costas de ambas instancias a la parte actora.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, DC, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda por incumplimiento de los requisitos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

TERCERO: CANCELAR la inscripción de la demanda sobre los bienes objeto de este proceso.

CUARTO: CONDENAR en las costas de ambas instancias al demandante.

QUINTO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al despacho de origen.

La Magistrada Ponente señala como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 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

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL
DEMANDANTE	:	OPERADORA DE CARBÓN DE SANTA MARTA LTDA.
DEMANDADO	:	MAURICIO SUÁREZ RAMÍREZ
RADICACIÓN	:	110013199 002 2019 00407 07
DECISIÓN	:	REVOCAR PARCIALMENTE
DISCUTIDO Y APROBADO	:	8, 15,22 y 29 de septiembre de 2022
FECHA	:	Siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, adicionada el 31 de enero de 2022, por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

I. ANTECEDENTES

1. De conformidad con el texto de la demanda, la OPERADORA DE CARBÓN DE SANTA MARTA LTDA. promovió proceso verbal contra MAURICIO SUÁREZ RAMÍREZ, con el fin de obtener las siguientes pretensiones: a) declarar que el demandado incumplió los deberes que le correspondían en su calidad de administrador de la sociedad demandante, en particular los de cuidado y lealtad, además violó el régimen de conflictos de intereses y se extralimitó en el ejercicio de sus funciones; b) declarar que la parte pasiva debe indemnizar los perjuicios ocasionados; y c) condenar en costas al convocado.

2. El libelo introductor se sustentó en los siguientes hechos:

2.1. CARBOSAN LTDA, fue creada en el 2000 con el objetivo de prestar servicios de descargue, acopio, transporte y demás actividades relacionadas con el cargue de carbón en el terminal marítimo de Santa Marta.

2.2. El señor MAURICIO SUÁREZ RAMÍREZ, durante el periodo comprendido entre el 21 de enero de 2002 y el 7 de octubre de 2016, fue designado como representante legal de CARBOSAN LTDA., con la finalidad de administrar y representar legalmente la compañía.

2.3. En el 2017, la compañía KROLL ASSOCIATES COLOMBIA SA fue contratada por la junta directiva de la actora para que llevara a cabo una inspección de la gestión realizada por el demandado, la cual halló las siguientes irregularidades:

i. La celebración de operaciones viciadas por conflictos de intereses con OPL CARGA SAS, dado que el señor JAVIER PRADA, representante legal de aquella, tenía una relación de amistad estrecha con el señor SUÁREZ RAMÍREZ, y además OPL CARGA SAS no cumplía con la documentación requerida, por lo que tuvo que asociarse con TRANSPORTES SÁNCHEZ POLO SA para que, en el año 2015, fueran subcontratados sus servicios para el cargue y transporte terrestre de carbón con una tarifa superior a la prevista en el mercado dentro del proceso contractual con COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I (CNR) SAS.

ii. La utilización de facturas ficticias emitidas por CI PRADAZ LTDA., a cargo del señor JAVIER PRADA, por concepto de transporte interno prestado a CARBOSAN LTDA. por un valor total de \$400.390.443, para amortizar la deuda que tenía el señor MAURICIO RAMIREZ con SPSM SA, matriz de la sociedad actora.

iii. El demandado hizo uso de un esquema denominado “*Compensación Flexible*”, que no fue autorizado por la junta directiva de CARBOSAN LTDA, y que fue aplicado para apropiarse de recursos sociales legalizando pagos personales a través de la presentación de

facturas presuntamente falsas durante los años 2014 y 2016 por un valor de \$684.127.888.

iv. La parte pasiva, en el marco del proyecto denominado “*Murray*” dentro del contrato celebrado con CNR SAS, desconoció lo establecido en los estatutos sociales respecto a la autorización dada por la junta directiva en materia de las tarifas que se cobran a los usuarios por concepto de las prestación de los servicios comprendidos en el objeto social, y celebró un acuerdo el 15 de diciembre de 2015, que fue posteriormente aprobado durante la reunión acaecida el 27 de abril de 2016 por el órgano de administración de CARBOSAN LTDA., por medio de información alterada que no correspondía a la realidad del caso, generando una pérdida global de \$3.601.069 de dólares estadounidenses.

v. El accionado desatendió los requerimientos efectuados por la inspección regional de la ANLA por el incumplimiento de uno de los ítems establecidos en el plan de manejo ambiental, ocasionando que el 12 de mayo de 2016 se suspendieran las actividades en CARBOSAN LTDA. hasta el 3 de junio de 2016, ese cese de operaciones generó sobrecostos por un valor aproximado de \$1.069.000.000.

vi. El extremo pasivo no fue diligente al monitorear la facturación de los sensores de peso, puesto que el valor pagado excedió 7,5 veces lo acordado, aunque únicamente dos de los tres sensores fueron instalados y solo uno sirvió correctamente.

vii. El demandado realizó la contratación con SEGURCOL LTDA. y RISK SOLUTIONS GROUP LTDA. durante los años 2014 y 2016 sin la autorización de la junta directiva, requerida según los estatutos sociales y, las compañías de vigilancia no fueron escogidas en el marco de un proceso de contratación ni proporcionaron las garantías necesarias para la prestación de los servicios de seguridad.

2.4. La administración del señor SUÁREZ RAMÍREZ provocó que, actualmente, CARBOSAN LTDA. se encuentre en una crisis económica y con obligaciones pendientes ante diversas entidades nacionales.

2.5. En el acta n.º 48 de 2019, la junta de socios de la demandante decidió unánimemente iniciar una acción de responsabilidad social contra el accionado por los hechos descritos en precedencia.

La actuación surtida

3. Mediante auto del 28 de noviembre de 2019, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades admitió la demanda.

4. Notificado del libelo introductor, el señor MAURICIO SUÁREZ RAMÍREZ lo contestó, se opuso a las pretensiones, objetó el juramento estimatorio y propuso las excepciones de mérito denominadas: (i) falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva frente a la supuesta apropiación de recursos del demandado mediante el sistema de Compensación Flexible; (ii) legalidad de las actuaciones del accionado como exadministrador de CARBOSAN LTDA. y conformidad con la regla de buen juicio empresarial; (iii) infracción de CARBOSAN LTDA. del principio prohibitivo *venire contra factum proprium non valet*; (iv) ausencia de nexo causal y ausencia de daño por los “perjuicios” alegados; (v) prescripción y caducidad de los reclamos formulados con la demanda; y (vi) mala fe y abuso del derecho de CARBOSAN LTDA.

5. Evacuada la etapa probatoria y surtida la fase de alegaciones, se dictó fallo en el que se decidió:

Primero. *Declarar que el señor Mauricio Suárez Ramírez infringió el régimen de deberes fiduciarios de los administradores sociales con ocasión de la utilización ilegítima del esquema de compensación flexible.*

Segundo. *Condenar al señor Mauricio Suárez Ramírez a pagar a Operadora de Carbón de Santa Marta Carbosán Ltda. los perjuicios asociados a la utilización ilegítima del esquema de compensación flexible por un valor de \$142.381.161, los cuales deberán ser pagados íntegramente por el demandado, indexados de*

conformidad con el IPC, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

Transcurridos cinco días desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia, se calcularán intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, sobre las sumas así indexadas, hasta que se efectúe el pago.

Tercero. *Declarar que el señor Mauricio Suárez Ramírez infringió el régimen de deberes fiduciarios de los administradores sociales con ocasión de una extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S.*

Cuarto. *Condenar al señor Mauricio Suárez Ramírez a pagar a Operadora de Carbón de Santa Marta Carbosán Ltda. los perjuicios asociados a la extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR S.A.S. por un valor de \$6.975.206.669, los cuales deberán ser pagados debidamente indexados de conformidad con el IPC, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.*

Transcurridos cinco días desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia, se calcularán intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, sobre las sumas así indexadas, hasta que se efectúe el pago.

Quinto. *Desestimar las demás pretensiones de la demanda.*

Sexto. *Condenar en costas y fijar agencias en derecho de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

6. Posteriormente, las partes solicitaron la complementación de esa sentencia, frente a lo cual el *a quo*, en decisión del 31 de enero de 2022, resolvió adicionarla en el sentido de negar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

7. Los fundamentos del fallo fueron los siguientes:

7.1. En primer lugar, se expuso que el problema jurídico radicaba en establecer si el señor MAURICIO SUÁREZ RAMÍREZ había vulnerado los deberes fiduciarios establecidos en el artículo 23 de la Ley 22 de 1995 cuando se desempeñó como representante legal de la OPERADORA DE CARBÓN DE SANTA MARTA LTDA.

7.2. Al respecto, se planteó que los hechos relacionados con la celebración del contrato de transporte del 13 de abril de 2015 no se probaron, puesto que el demandado no celebró tal convenio, respecto del cual se alega la existencia de un conflicto de intereses entre el aquel y el señor JAVIER ENRIQUE PRADA SÁNCHEZ, representante legal de OPL CARGA SAS. Igualmente, pese a que se aportaron múltiples mensajes de datos entre esas personas, estos resultan insuficientes para determinar que efectivamente había una relación de cercanía que pudiera afectar el juicio objetivo del señor SUÁREZ RAMÍREZ en su rol de administrador. Tampoco acreditó que el señor PRADA SÁNCHEZ hubiera organizado y patrocinado el viaje a Costa Rica que realizó el accionado, solamente se demostró que un familiar del señor PRADA SÁNCHEZ tuvo atenciones durante su estadía en dicho país, lo que no demuestra la estrecha relación de amistad, por el contrario, esa conducta se aprecia como una forma de fortalecer los lazos comerciales o de negocios. Adicionalmente, no se probó que la unión de las empresas TRANSPORTE SÁNCHEZ POLO SA y OPL CARGA SAS fuera impuesta por el accionado, pues el representante de la primera compañía mencionada expresó a la junta directiva de CARBOSAN LTDA. que esa unión había obedecido a motivos meramente comerciales.

7.3. Con relación a la apropiación indebida de recursos sociales, se indicó que se había comprobado que el demandado era responsable por los perjuicios ocasionados con la utilización del esquema de compensación flexible, en razón a que, más allá de la veracidad o licitud de las facturas que se presentaron para tal fin, hubo una infracción a los deberes como administrador social, toda vez que la remuneración laboral del accionado estaba a cargo de SPSM SA, sociedad matriz de la demandante, por cuenta de un contrato de *back office* con CARBOSAN

LTDA., entonces, no se debían presentar los comprobantes ante la empresa demandante; esta circunstancia fue confirmada en la contestación de la demanda. Con relación a la indemnización de los perjuicios se adujo que únicamente se reconocerían las erogaciones efectuadas con posterioridad al 1.º de noviembre de 2014, dado que el convocado alegó la prescripción, de modo que este debía responder por la suma de \$142.381.161, la cual fue actualizada hasta el 31 de mayo de 2021, de acuerdo con el IPC.

7.4. En lo referente a la extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR, se verificó que el demandado al fijar tales tarifas no veló por el estricto cumplimiento de las disposiciones estatutarias, ya que el artículo 29 de los estatutos sociales de CARBOSAN LTDA. es de resorte exclusivo de la junta directiva la aprobación de las tarifas a cobrar a los clientes, a lo que se añade que el exadministrador no contaba con facultades similares sobre esa materia. En adición, en la contestación de la demanda el señor SUÁREZ RAMÍREZ centró su defensa frente al límite de los 100 s.m.l.m.v. para la celebrar operaciones por parte del representante legal; sin embargo, ello no justifica la competencia exclusiva que ostenta la junta directiva al respecto. Aunado a lo anterior, la parte actora adosó el memorando de entendimiento del 15 de diciembre de 2015 suscrito con CNR SAS en el que consta la fijación tarifaria que realizó el señor RAMÍREZ. En lo atinente a los perjuicios se arguyó que, según el dictamen pericial, estos corresponden a \$6.975.206.669, cifra actualizada al 31 de mayo de 2021.

7.5. Sin embargo, el *a quo* argumentó que no se comprobó que el extremo pasivo tuviera la responsabilidad directa en los sobrecostos asociados a las sanciones impuestas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, puesto que, de acuerdo con el material probatorio recaudado en el proceso, se estableció que las observaciones hechas por esa autoridad ambiental no tuvieron su origen en las cláusulas del contrato de transporte del 13 de abril de 2015, sino en su ejecución y cumplimiento, a lo que se agrega que ese convenio no fue suscrito por el demandado, que las visitas adelantadas por la ANLA no eran atendidas directamente por el señor SUÁREZ RAMÍREZ, que para el adecuado

desarrollo de las operaciones de cargue y descargue CARBOSAN LTDA. contaba con el apoyo de diferentes funcionarios y que no se probó que el convocado conocía previamente las observaciones ambientales y las acciones u omisiones de esa empresa que condujeron a la imposición de la medida de suspensión de actividades de la ANLA. Se añadió que, si bien el accionando tenía responsabilidades generales sobre las operaciones de la compañía, no se puede tomar ese hecho aislado para declarar una responsabilidad objetiva, máxime que la creación de un precedente de esa naturaleza desincentivaría la labor de los administradores societarios al imponer una vigilancia más allá de lo normal sobre todas las actividades sociales, lo que cercenaría la delegación acostumbrada en esos eventos.

7.6. En lo tocante a la adquisición de sensores de peso con OPL CARGA SAS, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles precisó que, según lo dicho anteriormente, no se acreditó el conflicto de intereses entre el demandado y el señor PRADA SÁNCHEZ, además, de conformidad con el acervo probatorio, los sensores no presentaban fallas, pues eran los cargadores en donde estaban instalados los que no funcionaban correctamente. Igualmente, se puntualizó que no se probó que los retrasos en la instalación de los sensores generaran perjuicios y que estos, a su vez, fuesen ocasionados por la acción u omisión del accionado. Respecto al sobreprecio, se expuso que la modificación de la tarifa inicialmente acordaba no podía ser atribuible al demandado, pues el contrato del 13 de abril de 2015 no fue suscrito por aquel, sino por la señora LUISA FERNANDA AARÓN, y en ese convenio no se contemplaron los sobrecostos que dieron origen a la contratación de los sensores de peso.

7.7. En cuanto a la extralimitación en la contratación de servicios de vigilancia, se tuvo presente que no se logró acreditar con suficiencia que el señor SUÁREZ RAMÍREZ hubiera actuado en contravía de la limitación estatutaria de 100 s.m.l.m.v. para la celebración de operaciones, debido a que la parte demandante cuestionó los pagos desembolsados a SEGURCOL LTDA. y RISK SOLUTIONS GROUP LTDA., es decir, el pago de prestaciones de negocios jurídicos preexistentes, mas no la contratación de esas empresas. Por esta razón, se indicó que sería

contradictorio que un administrador societario sea declarado responsable, indistintamente, por el cumplimiento de prestaciones que superan el límite de autorización estatutaria o por el incumplimiento de obligaciones previamente contraídas; en otras palabras, requeriría autorización para celebrar un contrato y luego para cumplirlo, cuando lo segundo se encuentra implícito en lo primero.

7.8. Finalmente, frente a la solicitud de complementación del extremo pasivo, se señaló que no era procedente la sanción prevista en el artículo 206 del Código General de Proceso, puesto que el monto de perjuicios no reconocido no tuvo su origen en la falta de demostración de aquellos, sino en la no acreditación de los hechos o las conductas que darían origen a una declaratoria de responsabilidad del administrador demandado.

III. LA APELACIÓN

8. Admitidos los recursos de apelación bajo el régimen previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte pasiva lo sustentó oportunamente y presentó los siguientes reparos:

8.1. Sostuvo que el *a quo* no debió valorar ni aceptar el dictamen pericial de daños y perjuicios de CARBOSAN LTDA., puesto que no contaba con ninguna fuerza probatoria, por cuanto esa prueba se decretó y practicó con plena ignorancia de las normas que rigen la materia, y además se realizó sin el apoyo de un profesional en la profesión contable.

8.2. Aunado a esto, cuestionó en que la sentencia de primera instancia fue *citra petita* y afectó el principio de congruencia, toda vez que la Superintendencia de Sociedades no resolvió las excepciones de mérito formuladas por el demandado.

8.3. Adicionalmente, se arguyó que hubo un defecto factico por la apreciación de la prueba ilícita del informe de auditoría realizado por KROLL ASSOCIATES COLOMBIA SA.

8.4. De otro lado, destacó que se desconocieron los medios defensivos relativos a la carencia de legitimación en la causa y a la falta de aplicación de la teoría de los actos propios frente al uso del esquema de compensación flexible, los cuales habrían impedido la condena impuesta en su contra, en razón a que se valoraron pruebas ilícitas y se dejaron de apreciar pruebas de refutación.

8.5. De la misma manera, censuró que motivó indebidamente el fallo apelado respecto a la supuesta extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR SAS, en atención a que se probó que la junta directiva había ratificado las tarifas en todas las fases del “*Proyecto Murray*” durante el año 2016, lo cual consta en diferentes actas de las reuniones celebradas en las que se resaltó la importancia del cliente, los riesgos existentes por la no realización de ese proyecto, lo que, en suma, demostró que se suministró la información necesaria al órgano social, lo que implicó que debió darse la aplicación a la regla de deferencia de la discrecionalidad empresarial.

8.6. Finalmente, alegó que a la demandante se le debe imponer la condena establecida en el artículo 206 del Código General del Proceso, comoquiera que no probó ninguno de los daños alegados en la demanda, pues, reiteró, estos se encontraban soportados en un dictamen pericial que carecía de licitud e idoneidad.

9. Por su parte, CARBOSAN LTDA. solicitó que se revocara parcialmente la sentencia de segundo grado, para que, en su lugar, se accediera integralmente a las pretensiones de la demanda y se condenara al demandado a la indemnización integral de los perjuicios, para lo cual expuso:

9.1. El contrato con OPL CARGA SAS sí constituyó una violación de los deberes fiduciarios del accionado por el conflicto de intereses que existía con el representante legal de aquella empresa, dado que: (i) el señor SUÁREZ RAMÍREZ recibió del señor PRADA SÁNCHEZ prebendas económicas por aproximadamente \$400.000.000, a través de operaciones simuladas que involucraron la expedición de dos facturas expedidas por

CI PRADAZ por cuenta de unos servicios que no fueron prestados a CARBOSAN LTDA.; (ii) existía una relación estrecha de amistad y complicidad entre los señores SUÁREZ RAMÍREZ y PRADA SÁNCHEZ; (iii) el accionado participó activamente en cada una de las etapas del proceso contractual para el cargue y transporte con OPL CARGA SAS; y (iv) la junta directiva de la actora no aprobó la celebración del contrato en cuestión, pese a que los estatutos sociales exigían la autorización de aquella por superar el límite de cuantía.

9.2. Frente a la instalación de los sensores de peso, se indicó que el demandado violó sus deberes al autorizarlos y pagar por ellos a OPL CARGA SAS, aumentar la tarifa de tales sensores, realizar pagos pese a que no entraron en funcionamiento, recibir beneficios económicos irregulares por su amistad íntima con el señor JAVIER PRADA y no haber contado con la autorización respectiva de la junta directiva.

9.3. Igualmente, con relación a las sanciones ambientales impuestas a CARBOSAN LTDA., se reprochó que el accionado conocía las visitas de la ANLA por el incumplimiento al Plan de Manejo Ambiental y que no tomó los correctivos necesarios para evitar la imposición de sanciones por parte de esa autoridad ambiental y que solamente informó esa situación a la junta directiva cuando se ordenó la suspensión de actividades.

9.4. En lo atinente a la violación de los deberes del convocado en el marco del “*Proyecto Murray*” se adujo que aquel no tenía la autorización de la junta directiva de la empresa demandante, suministró información incompleta, falsa y distorsionada, y dilató la invitación a otras compañías para seleccionar a los transportadores.

9.5. Para rematar, el extremo actor expresó que el accionado realizó pagos no autorizados a SEGURCOL LTDA. y RISK SOLUTIONS GROUP LTDA., los cuales excedieron la cuantía establecida en los estatutos sociales sin que se precediera a tales pagos la aquiescencia del órgano social con esa función.

10. En el término del traslado, la demandante solicitó que se confirmara la providencia recurrida en lo concerniente a los aspectos que fueron desfavorables a la parte pasiva, para lo cual adujo que: (1) el *a quo* no cometió los defectos procedimentales que alegó el demandado, pues se valoraron adecuadamente las pruebas documentales ratificadas por KROLL ASSOCIATES COLOMBIA SAS, el dictamen pericial reunió todos los requisitos de legalidad y licitud, y no se incurrió en la incongruencia que invocó su contraparte; (2) frente a la apropiación de recursos sociales a través del esquema de compensación flexible se probaron los hechos que fundamentaron ese reclamo de la demanda, pues el convocado incurrió en conductas ilegales que contrariaron el ordenamiento societario y perjudicaron a CARBOSAN LTDA.; (3) el accionado cometió infracciones en la renegociación de tarifas del “*Proyecto Murray*”; y (4) es improcedente la imposición de sanciones por el juramento estimatorio.

11. A su turno, el demandado se pronunció respecto a la alzada de su contraparte expresando: (a) se desvirtuaron todos los supuestos de hecho y de derecho de la demanda y, en efecto, las pretensiones deben negarse por completo; (b) los denominados “*informes de auditoria forense*” aportados por la demandante son documentos sin valor probatorio; (c) el dictamen pericial de daños y perjuicios de la actora no cumple con los mínimos requisitos exigidos por la ley y es una prueba ilícita; (d) inexistencia de conflicto de interés entre el demandado y el señor JAVIER PRADA; (e) el proceso de selección de TSP y su alianza con OPL como transportistas logísticos de CNR SAS se cumplió en debida forma; (f) no hubo ninguna situación de conflicto de interés del accionado por facturas presuntamente espurias; (g) no existe reproche alguno imputable al convocado por la instalación de sensores de peso la prestación de servicios de seguridad en la empresa actora; (h) no hubo ninguna extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR SAS; e (i) no existe reproche alguno imputable al demandado por la prestación de servicios de seguridad en la accionante.

IV. CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con las inconformidades formuladas por ambas partes, la sentencia de segunda instancia se centrará en analizar si, de conformidad con el acervo probatorio, se acreditó que el demandado es civilmente responsable por el incumplimiento de sus deberes como administrador por hechos relacionados con la celebración de operaciones viciadas por conflictos de intereses, la indebida apropiación de recursos sociales a través de facturas tildadas como espurias, la extralimitación de funciones en materia de ajustes tarifarios, la negligencia en materia de las sanciones impuestas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y control de la instalación de sensores de peso, y la extralimitación en la contratación de servicios de vigilancia.

2. En primer lugar, es necesario advertir al extremo pasivo que carece de asidero la solicitud de “*Control de legalidad de la sentencia*” con relación a la falta de pronunciamiento sobre la concesión del recurso de apelación interpuesto contra el auto del 7 de febrero de 2022, por el cual la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades negó una petición de control de legalidad y nulidad presentada, puesto que este Tribunal solamente es competente para resolver los recursos de apelación contra la sentencia del *a quo*, de conformidad con los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, de manera que no es procedente que el *ad quem* se pronuncie frente a una cuestión que no ha sido objeto de alzada.

Sumado a esto, es relevante advertir a la parte pasiva que los medios de impugnación verticales contra el fallo de primer grado fueron admitidos en el efecto suspensivo, de modo que “*la competencia del juez de primera instancia se suspenderá desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obedecimiento a lo resuelto por el superior*”, al tenor del numeral primero del canon 323 del estatuto adjetivo.

3. La responsabilidad civil de los administradores societarios.

3.1. La acción impetrada por la parte actora correspondió a la acción social de responsabilidad prevista en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, el cual dispone lo siguiente en su primer inciso:

La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

En relación con ese mecanismo judicial, la doctrina nacional ha explicado que se trata de aquella “*que de manera directa le corresponde ejercer a la sociedad contra sus administradores, cuando quiera que por sus actuaciones y en violación a la ley o los estatutos se causen perjuicios*”¹. Es por ello por lo que se ha considerado que se trata de “*una acción de carácter indemnizatorio que pretende el resarcimiento de los daños sufridos por la sociedad como consecuencia de la actuación de los administradores*”².

Igualmente, se ha reconocido que los antecedentes de la acción de responsabilidad social se encuentran en el derecho societario del *common law*³, en el que son definidas como “*aquellas acciones presentadas por uno o más accionistas, con el propósito de que se resarza o prevenga un daño a la sociedad*”⁴, esto es, como remedios de carácter eminentemente indemnizatorio. Lo mismo sucede en España, país con una regulación casi idéntica a la colombiana⁵, en el que la acción social de responsabilidad tiene por finalidad “*reintegrar al patrimonio social los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado*”⁶.

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de que, a la luz del derecho colombiano, ese tipo de procesos tienen por objeto la indemnización, a la persona jurídica que la depreca, de los perjuicios que le han sido causados por la acción u omisión de sus administradores. En consecuencia, el resultado de la prosperidad de dicho remedio, una vez

¹ Jorge Hernán Gil Echeverry, *La especial responsabilidad del administrador societario* (Bogotá, Temis, 2015), p. 647.

² José Vicente Barreto Rodríguez (Ed.), *Responsabilidad de los administradores de sociedades* (Bogotá, Legis, 2002), p. 79.

³ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, Segunda Edición (Bogotá, Temis, 2013), p. 607.

⁴ Robert W. Hamilton, citado por: Reyes Villamizar, op. cit., p. 607.

⁵ Reyes Villamizar, op. cit., p. 608.

⁶ Alberto Bercovitz, “*La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada*”, en *Revista Foro Derecho Mercantil* N°:21, oct.-dic./2008, p. 49-69.

constatados los requisitos que esta demanda, no puede ser otro que la orden dirigida a que se repare a la sociedad demandante de los perjuicios debidamente acreditados en el proceso.

3.2. Ahora bien, el artículo 200 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, dispone que los *“administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”*, empero *“[n]o estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten”*, y que *“[e]n los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador”*.

A su turno, el canon 23 de la citada Ley 222 de 1995 preceptúa que los *“administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”*, por lo que deberán cumplir estas funciones:

1. *Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
2. *Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
3. *Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
4. *Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
5. *Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
6. *Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
7. *Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

Adicionalmente, frente al alcance de los deberes fiduciarios de obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

Deber de buena fe: se trata de un módulo rector de la conducta de toda persona, que por su importancia está consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política. En materia mercantil su trascendencia la remarca el artículo 871, que exige su aplicación en la celebración y ejecución de los contratos.

En el marco de los deberes de los administradores de sociedades, la ley erige la buena fe como un deber fiduciario autónomo, que corresponde, según lo ha destacado la Superintendencia de Sociedades en una de sus Circulares Externas, que es de carácter administrativo y no jurisdiccional, a que “los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad, y de los negocios que ésta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande”.

(...) Deber de lealtad: aunque emparentado con el deber de obrar de buena fe, en el contexto de la taxonomía de los deberes, el de lealtad tiene entidad propia, que consiste en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal o fiel, que implica que en desarrollo de las facultades que le son propias, no las utilice para fines que son distintos para los que han sido otorgadas. Además, el deber de lealtad acarrea guardar secreto sobre los asuntos propios de su cargo, con las salvedades propias producto de lo establecido en la ley y de lo ordenado por autoridades judiciales o administrativas. Consustancial también a este deber de fidelidad, es la adopción del representante de todas aquellas medidas indispensables para que no se den situaciones estructurantes de conflictos de intereses.

(...) Deber de diligencia de un buen hombre de negocios: La connotación que destaca este deber, es que se trata de una obligación general, cuya satisfacción no exige una conducta concreta, sino la adecuación de las tareas o compromisos propios del administrador, con arreglo a un estándar o modelo de comportamiento específico, esto es, el de un “buen hombre de negocios”, diferente, como ya se dijo, al patrón medio para evaluar la conducta en el derecho común, referido al buen padre de familia.

La ley, de esta manera, entiende que no es posible detallar cada uno de los supuestos necesarios para reputar el actuar de un administrador como de diligente, habida cuenta de las innumerables situaciones a las que se ve enfrentado quien está a cargo de los destinos de una compañía.

Por lo mismo, se ha señalado que el deber de diligencia resultar ser, en últimas, una cláusula residual que incorpora un patrón de comportamiento, al

que han de ajustar su desempeño los administradores, so pena de verse incurso ante un eventual reclamo de responsabilidad patrimonial.

Ese patrón o modelo de comportamiento que marca cómo ha de ser o de qué manera puede evaluarse si un acto de administración fue diligente o no, es en palabras de la ley, el de un “buen hombre de negocios”, frase que encierra la consagración de una diligencia superior a la del hombre medio, valga anotar, la de un profesional en el manejo de los asuntos de la empresa, pues, el legislador no se limitó a exigir el actuar que tiene cualquier negociante en el desempeño de sus responsabilidades, sino aquél que es característico de los “buenos hombres de negocios”.⁷

Respecto al régimen de responsabilidad subjetiva del administrador y carga de la prueba, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado frente a las disposiciones contenidas en el artículo 200 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995:

*La ley 222 de 1995 articula el régimen especial de responsabilidad de los administradores atendiendo el esquema tradicional de la responsabilidad subjetiva o por culpa, al establecer con total claridad en el artículo 24, que “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”; lo cual significa que, para el buen suceso de una reclamación por tal vía, se deben cumplir los presupuestos tradicionales de toda responsabilidad fundada en la culpa, esto es: (i) la acción u omisión de un administrador contraria a los deberes **legales, estatutarios o contractuales** de su cargo, imputable a título de dolo o negligencia; (ii) un daño, y (iii) el nexo causal que enlaza la conducta reprochada del administrador y el daño concreto provocado.*

*En la lógica de ese esquema cabe predicar que, en línea de principio, es del resorte del demandante en la correspondiente acción social o individual, acreditar el cumplimiento de cada uno de esos presupuestos, incluida la culpa, excepción hecha -lo destaca la propia normativa en el artículo 24-, “En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos”, y “cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia”, donde se **“presume la culpa”**.*

(...)

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

De manera, pues, que cuando se está en presencia de alguno de esos eventos concretos que hacen operante la referida presunción, por ejemplo, cuando se afirma que el daño cuya reparación se persigue proviene de un acto u omisión del administrador violatorio de un mandato legal, el actor queda eximido de la carga de probar el dolo o negligencia del demandado, por expresa voluntad legislativa.

Por lo mismo, correrá para el administrador accionado, ante la presunción iuris tantum que pesa en su contra, la carga de demostrar la ausencia de dolo o culpa en su actuar o abstención profesional, o que concurre a su caso alguna de las hipótesis de exclusión de la responsabilidad, esto es, no haber tenido conocimiento de la acción u omisión, o haber votado en contra de ella absteniéndose de ejecutarla (art. 24, inc. 2°). Además, por supuesto, de todas las otras que autoriza el derecho común en temas de responsabilidad.⁸ (Énfasis en el texto original).

4. Ahora bien, con relación a los reproches planteados por la parte pasiva, atinentes a la declaración de responsabilidad como administrador societario por infringir sus deberes por la utilización ilegítima del esquema de compensación flexible y la extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR SAS, así como frente a la falta de aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, la Sala expone lo siguiente:

4.1. En lo referente al mérito probatorio de los “*Informes de auditoría forense*” elaborados por KROLL ASSOCIATES COLOMBIA SA, se advierte que, contrario a lo señalado por la parte pasiva, el representante legal de esa sociedad ratificó el contenido del informe de auditoría del 28 de diciembre de 2017, el memorando de octubre de 2018 y el reporte de investigación del 8 de octubre de 2019⁹. Por ende, existe certeza de la persona que los elaboró, máxime que se cumplió con la exigencia prevista en el artículo 262 del Código General del Proceso, esto es, que el tercero ratificó los documentos privados de contenido declarativo. En consecuencia, sí podían ser apreciados como documentos incorporados al acervo probatorio, los cuales debían ser valorados en conjunto con los demás elementos de convicción, según las reglas de la sana crítica, tal como lo impone el canon 176 del estatuto adjetivo.

⁸ Sala de Casación Civil, sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

⁹ Archivo digital denominado “1 Kroll - Ratificación de informes” de cuaderno principal.

4.2. Respecto al decreto de oficio de una prueba pericial de daños y perjuicios, la cual, en criterio del demandado, constituyó un defecto procedimental por falsa motivación, infracción del procedimiento aplicable para su práctica, incumplimiento de los requisitos mínimos contenidos en el artículo 226 del Código General del Proceso, se observa que, frente al decreto de pruebas de oficio, la Corte Suprema de Justicia ha dicho esto:

Consolidado es el pensamiento de la Corte sobre el decreto oficioso de pruebas, en el sentido que es una potestad conferida a los juzgadores para que acerquen “la verdad procesal a la real”, y por ese sendero, adopten las decisiones que sean “acordes con la legalidad, la justicia y la verdad”. Pero si bien ese loable propósito, que es ínsito a las pruebas de oficio, también se ha dicho que el deber de acudir a ellas no es absoluto,

“(…) puesto que él goza de una discreta autonomía en la instrucción del proceso, circunstancia por la que no siempre que se abstenga de utilizar tal prerrogativa equivale a la comisión de su parte de un yerro de derecho. Fuera de lo anterior, no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador...”.

(...)

“[E]xceptuando aquellos eventos donde la práctica de determinada prueba ésta prevista como un imperativo legal concreto, conviene precisar que si bien el juez tiene la facultad-deber de decretar pruebas de oficio, la misma no puede interpretarse como un mandato absoluto o fatalmente impuesto en todos los casos, dado que aquél sigue gozando de una discreta autonomía en la instrucción del proceso y en esa medida, no siempre que se abstenga de utilizar dicha prerrogativa, incurre en un yerro de derecho. Ello, porque hay eventos en los cuales la actitud pasiva, de la parte sobre quien pesa la responsabilidad de demostrar determinado supuesto de hecho, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones o de las defensas o excepciones, por haber inobservado su compromiso al interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador, particularmente en aquellos asuntos en los que la controversia versa sobre derechos disponibles. Bajo esas consideraciones, para que a través del recurso extraordinario de casación pueda acusarse eficazmente una sentencia de haber incurrido en error de derecho respecto de una prueba y, más concretamente, por no haber decretado alguna de oficio dentro de la discrecionalidad que le es propia al juzgador, es requisito inexcusable su

existencia o que de ella se tenga conocimiento en el expediente y que su falta de evacuación no sea imputable a manifiesta negligencia de la parte a cuyo cargo se halla...”¹⁰.

Pues bien, pese a que es cierto el reparo del demandante referente a que la facultad-deber del juzgador de decretar pruebas de oficio no puede suplir la omisión en la actividad probatoria de una de las partes en el proceso, lo cierto es que esa situación no ocurrió en el presente caso, dado que el dictamen pericial presentado por JORGE ARANGO VELASCO no tenía por objeto la acreditación del elemento estructural del daño para la prosperidad de la acción de responsabilidad societaria, sino la cuantificación de tales perjuicios, los cuales debían estimarse necesariamente en este litigio si el fallador de primera llegaba a considerar en la sentencia que se debía imponer una condena indemnizatoria al extremo pasivo, en atención a que el artículo 283 del Código General del Proceso exige que la *“condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados”*.

Aunado a esto, el señor ARANGO VELASCO acreditó que es profesional en Finanzas y Relaciones Internacionales, que ha adelantado otros estudios de posgrado en Finanzas, Gestión Financiera Avanzada y Dirección de Empresas, que tiene experiencia como especialista y gerencia en banca de inversión y que está registrado ante la Corporación Autorregulador Nacional de Avaluadores en la categoría de intangibles especiales, en la que se encuentran el *“Daño emergente, lucro cesante, daño moral (...) y demás derechos de indemnización o cálculos compensatorios”*, de manera que el experto sí era idóneo para presentar la pericia. Adicionalmente, en la experticia adosada se explicó la metodología aplicada, la información utilizada, el análisis de flujos diferenciales, la metodología de actualización de valores según el IPC y las respuestas al cuestionario formulado relativo a los cálculos de los perjuicios que habría sufrido la parte actora por (i) la diferencia de tarifas en el proceso de cargue, manejo y transporte de carbón contratado con OPL y TSP desde noviembre de 2015 hasta agosto de 2016, (ii) la

¹⁰ Sala de Casación Civil, sentencia SC4232-2021 del 22 de septiembre de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

diferencia de tarifas en el proceso de cargue, manejo y transporte de carbón en el proyecto Murray abril de 2016 hasta agosto de 2016, (iii) el pago de sensores de peso en el alcance del contrato de servicios con OPL, (iv) los pagos realizados por el incumplimiento del Plan de Manejo Ambiental y (v) el uso indebido del programa de compensación flexible y la falta de soporte y fidelidad de los gastos reportados como compensación flexible¹¹. A lo anterior se añade que, si bien el perito efectuó un cálculo de los perjuicios reclamados con base en el interés bancario corriente (IBC), también realizó una actualización monetaria con fundamento en el índice de precios al consumidor (IPC), sin que adicionara tales operaciones al resultado final, motivo por el cual no puede colegirse que se incurrió en anatocismo, en particular porque el *a quo* solamente acogió los resultados obtenidos con la corrección monetaria por el IPC para las indemnizaciones que sí se declararon en primera instancia.

En consecuencia, es ostensible que sí se cumplieron los parámetros establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso para la apreciación del peritaje decretado oficiosamente, el cual contuvo información clara, precisa, exhaustiva y detallada frente a los perjuicios reclamados por el extremo activo.

4.3. Con relación al defecto procedimental absoluto por infracción a la regla de congruencia por la falta de pronunciamiento sobre las excepciones formuladas por la parte pasiva, se encuentra que en el fallo del *a quo* sí se estudiaron los medios defensivos del demandado. En efecto, (a) respecto a la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva frente a la supuesta apropiación de recursos del demandado mediante el sistema de compensación flexible, se efectuó el análisis correspondiente al contrato de *back office* y la relación laboral del accionado con SPSM SA; (b) se examinaron las actuaciones del exadministrador de CARBOSAN LTDA. frente a las posibles infracciones que se le endilgaron frente al contrato celebrado con OPL CARGA SAS, la apropiación de recursos a través del sistema de compensación flexible, la implementación de ajustes tarifarios con CNR SAS, la imposición de sanciones por la ANLA, los cuestionamientos a los pagos hechos a OPL

¹¹ Archivo digital denominado "Anexo-AAA" de cuaderno principal.

CARGA SAS por la instalación de tres sensores de peso y a SEGURCOL LTDA. y RISK SOLUTIONS GROUP LTDA. por prestación de servicios de seguridad; (c) el juzgador de primera instancia señaló que no se había acreditado con suficiencia que la demandante hubiera vulnerado el principio de *venire contra factum proprium non valet*; (d) se estudió en cuáles eventos era procedente la indemnización de perjuicios por el cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad del administrador societario; y (e) se reconoció la prescripción respecto a los reclamos por la aplicación del sistema de compensación flexible; y (f) mala fe y abuso del derecho de CARBOSAN LTDA.

Bajo esta perspectiva, resulta ostensible que no se vulneró el principio de congruencia previsto en el artículo 281 de la codificación adjetiva, debido a que la sentencia de primer grado estuvo en consonancia con las excepciones que aparecieron probadas, tal como se expuso anteriormente.

4.4. En lo concerniente a la utilización ilegítima del esquema de compensación flexible, que habría dado paso a la apropiación indebida de recursos sociales, se advierte entre la SOCIEDAD PORTUARIA DE SANTA MARTA SA –SPSM SA– y la OPERADORA DE CARBÓN DE SANTA MARTA SA –CARBOSAN SA– se suscribió un contrato de *back office*, en el cual la primera prestaría a la segunda “servicios referentes a las actividades gerenciales, administrativas, operacionales y estratégicas”¹², en virtud de lo cual la remuneración de los directivos no estaba a cargo de la aquí demandante.

Al respecto, es pertinente indicar que el demandado confesó, en el interrogatorio de parte que se le realizó en la audiencia inicial del 24 de septiembre de 2020, que del sistema de compensación flexible él recibía dineros que salían directamente de la sociedad actora para pagar su remuneración y que había presentado cuentas de cobro por un valor aproximado de \$684.000.000, por “viajes, gastos, por parte de mi cuenta de compensación flexible” (mins. 2:30 a 2:31)¹³.

¹² Archivo digital denominado “188AnexoAAA AporteDocumentos2021-01-066936” de cuaderno principal.

¹³ Archivo digital denominado “30VideoAudiencia20200924” de cuaderno principal.

No obstante, de acuerdo con un informe rendido por Migración Colombia, el demandado no realizó viajes internacionales en los meses de febrero, agosto y septiembre de 2016, y en abril de esa anualidad solamente registró un viaje a Ciudad de Panamá¹⁴, pese a que fueron cobrados por cuenta de FROSCH INTERNATIONAL TRAVEL, INC.

Además, el testigo JOSÉ IGNACIO DÍAZ GRANADOS declaró que el demandado era beneficiario del sistema de compensación flexible como lo fueron *“la inmensa mayoría o todos los ejecutivos de la compañía, la Sociedad Portuaria de Santa Marta”* (min. 1:14)¹⁵. Esa circunstancia, a saber, que la SPSM SA era la que tenía el esquema de compensación flexible, también fue corroborado por los terceros LUISA AARÓN y ÁLVARO GÓNGORA. Por su parte, el señor JAVIER MORELLI manifestó que *“Carbosan no tenía remuneración flexible (...) nunca hubo, nunca ha existido remuneración flexible”* (min. 4:59)¹⁶. De otro lado, el testigo ERNESTO FORERO, quien fue un antiguo vicepresidente jurídico de la actora, indicó que *“Carbosán no tenía la calidad de empleador nuestro y, en consecuencia, no, no hubiera podido hacerlo [girarle recursos por concepto de compensación flexible]”* (min. 6:03)¹⁷.

Por consiguiente, contrario a lo argüido por el extremo pasivo, no existen pruebas que demuestren indudablemente que CARBOSAN LTDA. había implementado un esquema de compensación flexible y, en cambio, sí se acreditó que el accionado se apropió injustificadamente de recursos de la sociedad actora a través de ese sistema. En esa medida las quejas del convocado sobre el desconocimiento de la teoría de los actos propios caen en la orfandad probatoria, puesto que, se reitera, esa persona no probó que ese sistema de compensación flexible fuera utilizado por la empresa ante la cual hizo valer diversas cuentas de cobro, lo que legitimó a la parte actora para que reclamara apropiación indebida de recursos sociales por el uso ilegítimo del esquema de compensación flexible.

¹⁴ Archivo digital denominado “157AnexoAAA MovimientosMigratorios2021-01-029355” de cuaderno principal.

¹⁵ Archivo digital denominado “195VideoAudiencia20210310” de cuaderno principal.

¹⁶ Archivo digital denominado “195VideoAudiencia20210310” de cuaderno principal.

¹⁷ Archivo digital denominado “195VideoAudiencia20210310” de cuaderno principal.

4.5. Respecto a la extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR SAS, en primer término, se observa que en los estatutos sociales de CARBOSAN LTDA. se estableció, en su artículo 29, literal I, que le compete a la junta directiva “[d]ecidir respecto de las tarifas que se cobren a los usuarios por concepto de prestación de servicios comprendidos en el objeto social. Esta decisión requerirá el voto favorable de cuando menos CUATRO (4) de los miembros de la Junta Directiva”¹⁸.

En ese sentido, es pertinente advertir que, al tenor del artículo 200 del Código de Comercio, sustituido por el canon 24 de la citada Ley 222 de 1995, los “*administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros*” y que en “*los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador*”.

Ahora bien, en criterio del *a quo*, el demandado tomó decisiones sobre el cobro de tarifas sin autorización estatutaria, por lo que se había extralimitado en su funciones y, en efecto, era responsable por tales hechos.

Sin embargo, sobre ese asunto es necesario realizar un análisis exhaustivo de las pruebas obrantes en el plenario y de la actuación procesal de las partes. En primer lugar, se encuentra que en el hecho 51 de la demanda se hace referencia al “*Proyecto Murray*”, cuyo memorando contentivo se aportó en inglés, sin que fuera traducido al idioma castellano, tal como lo exige el artículo 251 del Código General del Proceso. Empero, en la contestación de la demanda el señor SUÁREZ RAMÍREZ reconoció que era cierto ese hecho “*conforme a lo contenido en el acuerdo*”. En ese orden, es relevante señalar que, según el libelo introductor, el acuerdo fue promovido por el exadministrador “*con Murray Energy Corporation—accionista controlante de CNR S.A.S.—el 15 de diciembre de 2015 para sustituir el transporte terrestre por barcazas y así reducir la tarifa integral cobrada por Carbosan Ltda. a CNR S.A.S.*”, situación que, ante el expreso

¹⁸ *Ibidem*.

reconocimiento por parte del demandado, demuestra la existencia del mentado memorando en los términos señalados.

Igualmente, la existencia de ese memorando se desprende del contenido del acta n.º 195 del 27 de enero de 2016 de la Junta Directiva de la sociedad demandante, en la que se registró que el demandado, en su calidad de presidente, informó a ese órgano que:

*(...) asistió el pasado 15 de diciembre de 2015 a una reunión en las oficinas de Murray (propietario de CNR) en la que se presentó el esquema operativo, así como las tarifas que podrían aplicar para dicho esquema. Informó que el señor Murray, quien atendió personalmente la reunión, le gustó mucho el esquema y solicitó suscribir un memorando de entendimiento con las bases del negocio, (...) en el cual se establecieron las condiciones marco operativas y económicas discutidas, las cuales en todo caso están sujetas a ratificación de la Junta Directiva.*¹⁹

Frente a los cuestionamientos por ese memorando de entendimiento o *memorandum of understanding* (MOU) por el Proyecto Murray, el extremo pasivo alegó que se trató de una decisión adoptada por la sociedad actora, la cual está protegida por la regla de la deferencia empresarial, en virtud de la cual se debe establecer si un administrador actuó de manera diligente y prudente.

Pues bien, en el acta n.º 192 del 25 de junio de 2015 de la Junta Directiva, la parte pasiva informó a ese organismo:

*(...) sobre las condiciones de renovación del contrato de CNR que fueron revisadas conjuntamente, y sometió a su consideración la aprobación de la firma del Otrosí a dicho contrato, el cual inicialmente tenía previsto un plazo de 4 meses que finaliza el próximo 30 de junio, y que se sería prorrogado a partir del 1 de julio y hasta el mes de diciembre de 2015 para un volumen ToP de 150.000 toneladas mensuales, manteniendo la misma tarifa pactada de USD \$9,48 y aplicando el Top a partir de la extensión, es decir, a partir del segundo semestre de 2015, y con opción de prórroga para el año 2016. **La Junta Directiva aprobó unánimemente la suscripción del Otrosí al contrato con CNR según las condiciones de renovación expuestas.** (Sombreado fuera del texto original)²⁰.*

¹⁹ Archivo digital denominado "195" de la carpeta "215AportaNuevamenteDocumentosAnexos2021-01-138757" del cuaderno principal.

²⁰ Archivo digital denominado "192", *ibidem*.

En el acta n.º 193 del 27 de agosto de 2015 de la Junta Directiva, el señor SUÁREZ RAMÍREZ expuso a ese órgano social que CNR había sido adquirida por Murray Energy Corp. e insistió en la necesidad de prorrogar ese contrato:

El 13 de agosto se anunció también que Murray Energy Corp. y Javelin Global Commodities Holdings han llegado a un acuerdo de largo plazo con exclusividad para la comercialización de toda la producción de Murray en Colombia (Murray Colombian Resources). El CEO de Javelin es Peter Bradley, ex Goldman Sachs, con quien se encuentra programada una reunión con el fin de negociar la prórroga del contrato que se tiene con CNR hasta diciembre de 2015²¹.

En el acta n.º 194 del 11 de noviembre de 2015 de la Junta Directiva, el demandado manifestó que:

(...) se reunió con CNR/Murray, quienes expresaron que tenían un acuerdo con Drummond en virtud del cual este último aceptaría prestarle servicios a aquél para exportar su carbón, a cambio de que CNR/Murray le permita a Drummond utilizar la capacidad ociosa del tren a que tiene derecho.

El señor Murray informó que no obstante tener acuerdos y ser amigo del señor Drummond, le preocupa que su negocio dependa de Drummond. Por esta razón, en la reunión se discutió cómo podría mejorarse la operación que hoy realiza en el puerto de CNR y en el Puerto de Santa Marta. Se planteó la posibilidad de realizar el transporte de carbón desde el Puerto de CNR hasta el Puerto de Santa Marta por barcazas. Con posterioridad a la reunión, los equipos técnicos de ambas empresas se reunieron en el Puerto de Santa Marta para evaluar esta alternativa. De manera general, se planteó la posibilidad de que se recibieran las barcazas en el Muelle 5 del Puerto de Santa Marta, en el cual se instalaría unos equipos de descargue de carbón, el cual sería conducido hasta el Patio Ancón. Actualmente se encuentran adelantando los estudios y análisis de esta opción²².

En el acta n.º 195 del 27 de enero de 2016 de la Junta Directiva se registró lo siguiente frente al memorando de entendimiento y los ajustes tarifarios:

²¹ Archivo digital denominado “193”, *ibidem*.

²² Archivo digital denominado “194”, *ibidem*.

El Presidente de la Sociedad informó que el contrato de prestación de servicios que tenía Carbosán con CNR terminaba en el mes de diciembre pasado, fecha en la cual CNR había anunciado que se iría del Puerto ya que estaba en conversaciones con Drummond para la exportación de su carbón. Para conservar el cliente, se requería hacer económicamente viable su operación, la cual es impactada gravemente por el transporte de carbón por camiones. En aras de disminuir el impacto del costo que implica el transporte del carbón en camiones, se planteó el transporte marítimo por barcas encapsuladas, y el incentivo para el cliente era ofrecer una tarifa competitiva desde marzo.

(...) informó que asistió el pasado 15 de diciembre de 2015 a una reunión en las oficinas de Murray (propietario de CNR) en la que se presentó el esquema operativo, así como las tarifas que podrían aplicar para dicho esquema. Informó que el señor Murray, quien atendió personalmente la reunión, le gustó mucho el esquema y solicitó suscribir un memorando de entendimiento con las bases del negocio, (...) en el cual se establecieron las condiciones marco operativas y económicas discutidas, las cuales en todo caso están sujetas a ratificación de la Junta Directiva. El Presidente expresó que este es un Proyecto muy importante para Carbosán, ya que si el mismo no se logra concretar estaría en entredicho la continuidad de la empresa, ya que quedaría operando únicamente 1,0 MTA.

El Presidente presentó las diferentes etapas en la (sic) que se ejecutaría el Proyecto [a saber, las fases I, II y III con las tarifas de USD \$7,45, \$5,74 y \$5,37 por tonelada métrica] (...)

La Junta Directiva deliberó en relación con el Proyecto, sobre el cual expresó que la operación presentada es una operación interesante, aunque la misma debe estructurarse, organizarse y presentarse muy bien por los riesgos que la misma implica. (...)

Luego de deliberar en relación con el Proyecto, la Junta Directiva por unanimidad resolvió:

1. Realizar un análisis integral de todos los riesgos asociados al Proyecto Murray para cada una de las etapas, así como de las medidas para mitigar tales riesgos (sic), buscando llevar a cero la exposición al riesgo por parte de Carbosán;

(...)

5. Autorizar a la administración para continuar con las negociaciones, la estructuración y análisis del Proyecto, para lo cual se designó (sic) una comisión que acompañará a la administración en el análisis del mismo (...)²³.

²³ Archivo digital denominado "195", *ibidem*.

En el acta n.º 196 del 19 de febrero de 2016 de la Junta Directiva expresó su acuerdo con la tarifa que había sido establecida en el memorando de entendimiento para la fase I del Proyecto Murray

La Junta Directiva deliberó extensamente en relación con la conveniencia de ratificar la tarifa de USD \$7,45 por tonelada para la Fase I del Proyecto Murray, incorporada en el MOU suscrito entre CNR y Carbosán el 15 de diciembre de 2015. En atención a que el MOU suscrito está sujeto a la aprobación de la Junta Directiva, el Presidente propuso a la Junta Directiva aprobar la tarifa de USD \$7,45 por tonelada para la Fase I del Proyecto Murray, mientras se termina de estructurar el Proyecto. La aprobación de las tarifas para las fases siguientes del Proyecto, se considerarían una vez tales fases se encuentren estructuradas. La Junta Directiva aprobó por unanimidad la tarifa de USD \$7,45 por tonelada, correspondiente a la Fase I del Proyecto de que trata el MOU suscrito con CNR, la cual se estructuró con una TRM de \$3,100, y con base en una estructura de costo de USD \$6,7 por tonelada, y siempre y cuando la Sociedad Portuaria de Santa Marta apruebe realizar la colaboración empresarial explicada antes²⁴.

Ahora, si bien en las actas n.º 197 y 198 del 2 y 28 de marzo de 2016, respectivamente, la Junta Directiva señaló que solamente había aprobado “la tarifa para la primera fase establecida en el MOU relacionada con el Proyecto Murray” y que no las había aprobado para la fase II²⁵, lo cierto es que en el acta n.º 199 del 1.º de abril de 2016, se registró que el demandado había informado que “el Sr. Murray no había aceptado la propuesta de Carbosán, y pidió que se confirmara si Carbosán está dispuesta a mantener los términos del Memorando”, insistió en que se debía analizar “bajo qué circunstancia Carbosán podría mantener las tarifas para la Fase II, y de esa manera mantener a CNR como cliente, lo cual es fundamental para el futuro de Carbosán”, para lo cual expresó nuevamente cuál era “la mecánica contractual de acuerdo con el Memorando de Entendimiento (MOU) suscrito actualmente entre Carbosan y CNR”, con base en una diapositiva en la que expuso las “Estrategias para Desarrollar el Negocio” con la tarifa de USD \$5,74, es decir, una reducción de USD \$1,71 respecto a la fase I. Frente a esta propuesta, la Junta Directiva decidió:

²⁴ Archivo digital denominado “196”, *ibidem*.

²⁵ Archivos digitales denominados “197” y “198”, *ibidem*.

1. Aprobar las tarifas para las Fases 2 y 3 del Proyecto Murray, de acuerdo con los términos del MOU suscrito en el mes de diciembre de 2015, sujeto que (sic) se acepten las modificaciones al mismo discutidas en la presente reunión y que se explican a continuación;

2. Autorizar al representante legal para proponer y suscribir el documento necesario mediante el cual se ajuste el MOU, en el sentido de incluir:

a. Dividir la responsabilidad de cada una de las partes (Carbosán y CNR) respecto de las actividades a su cargo para poner en funcionamiento la operación marítima en el mes de noviembre de 2016, así:

i. En caso de que por culpa de los permisos o actividades a cargo de Carbosán no se tenga en funcionamiento la operación marítima en el mes de noviembre, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tario (sic) entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación, con un límite máximo de USD \$2,0 millones.

(...)

iii. En caso de que por culpa de los permisos a cargo de Carbosán fueran negados, entonces deberá asumir el 100% del diferencial tario (sic) entre abril y hasta que esté en funcionamiento la operación, con un límite máximo de USD \$2,0 millones.²⁶ (Sombreado fuera del texto original).

Con relación a la tarifa de la fase II del memorando de entendimiento o *memorandum of understanding* (MOU) se indicó que era de USD \$5,74²⁷, valor que fue reiterado por el señor SUÁREZ RAMÍREZ a la Junta Directiva en esa misma reunión del 1.º de abril de 2016, así como en el anterior encuentro de la junta del 27 de enero de 2016, en la que quedo consignada en la citada acta n.º 195 que en la fase II la tarifa sería de “US\$5,74 por tonelada métrica” desde el “1/04/2016 - Hasta que inicie la Fase III”. De manera que el valor aprobado correspondió a USD \$5,74, puesto que así se indicó cuando se hizo referencia a que las tarifas eran las señaladas en el memorando de entendimiento y que la reducción de ese valor tendría un tope de dos millones de dólares estadounidenses.

²⁶ Archivo digital denominado “199”, *ibidem*.

²⁷ Archivo digital denominado “01Demanda2019-01-396972”, *ibidem*.

Ahora bien, en el acta n.º 200 del 27 de abril de 2016, después de estudiar la contrapropuesta de Murray, que incluía aplicar una fórmula para el incremento de la *“tarifa de prestación de servicios (...) una vez se hubiere cubierto, con el incremental de la tarifa de acuerdo a la presente fórmula, el valor de USD \$1,71 por tonelada movilizada en exceso al límite de USD 2,0 millones fijado por Carbosán por el diferencial de la tarifa desde el 1 de abril hasta que inicie la operación marítima”*, la Junta Directiva *“estudió largamente en relación con la fórmula planteada”* y *“[l]uego de deliberar en relación con el Proyecto, los términos de la modificación y la fórmula de ajuste tarifario por incremento de precio al carbón, la Junta Directiva **por unanimidad aprobó la modificación del Memorando de Entendimiento suscrito con Murray/CNR en los términos explicados, así como la fórmula de ajuste tarifario**”*²⁸ (sombreado fuera del texto original).

De hecho, en esa misma reunión la vicepresidenta financiera Luisa Aarón explicó al mencionado órgano cómo sería el presupuesto con *“Tarifa Desde Abril: USD 5,74/Ton”*. Por ende, era claro ese organismo social había aprobado la tarifa diferencial de USD \$1,71 para la fase II desde abril de 2016, es decir, se había reducido a USD \$5,74 por tonelada, hasta un tope de dos millones de dólares estadounidenses, con el fin de mantener al cliente CNR.

Adicionalmente, en el acta n.º 204 del 6 de julio de 2016, la vicepresidenta financiera Luisa Aarón reiteró esa circunstancia a la Junta Directiva, dado que se le explicó que *“con el diferencial tarifario que comenzó a aplicarse desde abril, la tarifa pasó de USD \$7,45 a USD \$5,74, dando una diferencia de USD \$1,71 dólares (sic) hasta un tope de USD \$2,0 millones”*²⁹. Más adelante, ese órgano societario decidió *“incorporar en el contrato todas las opciones y alternativas con las condiciones de cada una, y **trabajar en la forma de recuperar los USD 2,0 millones invertidos a través del diferencial tarifario**”* (sombreado fuera del texto original), según el acta n.º 207 del 8 de agosto de 2016³⁰, lo que reafirmaba

²⁸ Archivo digital denominado “200”, *ibidem*.

²⁹ Archivo digital denominado “204”, *ibidem*.

³⁰ Archivo digital denominado “207”, *ibidem*.

que se había cobrado desde abril de esa anualidad la tarifa reducida en USD \$1,71 por tonelada métrica de carbón.

Por último, en las actas 209 y 210 del 30 de septiembre y 20 de octubre de 2016, respectivamente, la Junta Directiva aprobó que *“en la negociación del contrato definitivo que se llegue a suscribir se discuta la inclusión de la posibilidad de ajustar la tarifa por variaciones del dólar”* y que en la negociación con Murray debía plantearse en dos fases, en la primera *“a la tarifa actual de transporte terrestre se le fija a la administración como piso para negociar con Murray una tarifa de USD8.59 atendiendo la opción presentada según documento único, buscando siempre una recuperación de un (1) dólar por tonelada como meta”* y en la segunda fase se *“compartir[ía] parte de la eficiencia que genere el negocio con B - Train con CNR partiendo de una tarifa de USD7.20 para ganar un (1) dólar”*³¹.

Inclusive, el testigo JOSÉ IGNACIO DÍAZ GRANADOS, miembro de la Junta Directiva de la empresa demandante, en la audiencia de 10 de marzo de 2021, expresó que *“en relación con el Proyecto Murray (...) la Junta tomó las decisiones que debía tomar con las informaciones que le fueron puestas de presente y en aras de, digamos, conservar un cliente que era importante para Carbosán, porque era el cliente que mayor carga movilizaba y, por supuesto, mayores aportes hacía a las rentas del negocio de Carbosán”* (mins. 1:05 y 1:06; énfasis propio), y que se había hecho una *“apuesta”* por ese negocio con un tope de *“hasta dos millones de dólares”* y que *“Carbosán lo que decía era: nosotros hacemos el esfuerzo por tratar, digamos, de darnos estos meses y operar, prestar el servicio con la expectativa de tener un contrato de largo plazo, que pudiéramos recuperar esta inversión que hacemos o apuesta que hacemos en este tema”* (min. 55), lo cual *“se consiguió finalmente, por fortuna, mejorar esa tarifa y poder recuperar ese diferencial tarifario”* (min. 54), por lo que señaló que la apuesta se *“pudo recuperar”* (min. 56)³². De modo que con ese testimonio se corroboró el cobro de la tarifa diferencial durante la fase II

³¹ Archivos digitales denominados “209-ACTA” y “210-ACTA”, *ibidem*.

³² Archivo digital denominado “195VideoAudiencia20210310” del cuaderno principal.

del Proyecto Murray, la cual se limitó hasta el límite de dos millones de dólares estadounidenses, y que, más adelante, fueron recuperados por la sociedad actora.

A partir del recuento detallado de las reuniones de la Junta Directiva de CARBOSAN LTDA., así como de la declaración que rindió uno de los miembros de ese órgano social, se extraen estas conclusiones probatorias: (i) desde el año 2015 el demandado MAURICIO SUÁREZ RAMÍREZ había informado a la empresa que era necesario prorrogar el contrato con COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I (CNR) SAS hasta diciembre de ese año, lo cual fue autorizado por la Junta Directiva; (ii) en noviembre de esa anualidad el accionado había comunicado a ese órgano social que CNR/Murray estaba en conversaciones con Drummond para la prestación de servicios para la exportación de carbón; (iii) en enero de 2016, la parte pasiva enteró a la Junta Directiva que había suscrito el 15 de diciembre de 2015 un memorando de entendimiento o *memorandum of understanding* (MOU) con las tarifas ajustadas para mantener a ese cliente, dado que era importante para la compañía, frente a lo cual la Junta Directiva expresó que era interesante el Proyecto y que se haría una valoración del mismo; (iv) en febrero de 2016 el organismo societario aprobó la tarifa de USD \$7,45 por tonelada para la Fase I del Proyecto Murray; (v) a pesar de que en marzo del año referido, la Junta Directiva manifestó su desacuerdo con los ajustes tarifarios para las fases siguientes de ese proyecto, en el mes de abril de 2016 aprobó la reducción tarifaria de USD \$1,71, lo que daba un valor de USD \$5,74 desde abril de 2016, con la modificación de que esa disminución tarifaria se aplicaría hasta que se llegara al tope de USD \$2.000.000, como una apuesta a largo plazo dado que era trascendental mantener a CNR como cliente para CARBOSAN LTDA.; y (vi) desde el segundo semestre del año 2016, la Junta Directiva empezó a buscar mecanismos para recuperar los dos millones de dólares estadounidenses que se invirtieron por las diferencias tarifarias aplicadas a través de la negociación del contrato definitivo con CNR, los cuales fueron recuperados a la postre, tal como lo señaló el testigo JOSÉ IGNACIO DÍAZ GRANADOS, miembro de la Junta Directiva.

Con base en los anteriores elementos probatorios no se puede colegir válidamente que la parte pasiva, en su condición de administrador de CARBOSAN LTDA., se extralimitó en sus funciones al establecer ajustes tarifarios en la relación comercial que aquella empresa tenía con COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I (CNR) SAS, puesto que la Junta Directiva de la sociedad demandante aprobó las tarifas señaladas en el memorando de entendimiento o *memorandum of understanding* (MOU) que el demandado suscribió con CNR, junto con las modificaciones que se efectuaron durante el año 2016, como lo fue el establecimiento de un tope de dos millones de dólares por la tarifa diferencial que se cobró durante la fase II.

Por ende, dadas las expresiones de voluntad de la Junta Directiva en diversos momentos sobre la aprobación de las tarifas que se cobrarían en el Proyecto Murray, es improcedente inferir que el señor SUÁREZ RAMÍREZ usurpó las funciones de ese órgano social y, en consecuencia, no es dable la aplicación de la presunción de culpa prevista en el inciso tercero del artículo 200 del Código de Comercio, subrogado por el precepto 24 de la Ley 222 de 1995, máxime que no se desvirtuó la presunción del “*business judgment rule*” a favor del exadministrador, dado que las decisiones tarifarias finalmente fueron tomadas por la Junta Directiva de CARBOSAN LTDA., como se expuso ampliamente, motivo por el cual, como lo señala la doctrina, ese principio “*protege a los administradores cuando actúan de manera colectiva, esto es, como junta directiva*”³³, el cual ha empezado a ser adoptado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁴.

De otro lado, aunque el juzgador de primera instancia sostuvo que el exadministrador había suministrado información falsa, incompleta y distorsionada para obtener los cambios tarifarios, con fundamento en que

³³ Suescún De Roa, F., *The business judgment rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva*, 127 Vniversitas, 341-371 (2013). Consultado en la página de internet: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/8404/6817>.

³⁴ En la sentencia SC2749-2021 de la Sala de Casación Civil, MP Álvaro Fernando García Restrepo, se expresó que “[t]odo lo que se ha dicho sobre el deber general fiduciario de diligencia, ha de matizarse en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocios, donde el estándar del ‘buen hombre de negocios’ se entiende cumplido, cuando ellas se han adoptado de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento idóneo. Esto, siguiendo orientaciones desarrolladas primero en la jurisprudencia del derecho anglosajón y luego asimiladas positivamente en el derecho continental europeo, por la vía de aceptar la regla conocida como ‘the bussines (sic) judgement rule’”.

no era cierto que CNR podía usar el puerto de Drummond, pues el Consejo de Estado, Sección Primera, mediante decisión del 26 de noviembre de 2015 en el proceso n.º 2015-00201-00, confirmó la decisión de suspender provisionalmente la Resolución n.º 2272 del 6 de agosto de 2014 del Ministerio de Transporte, que permitía a puertos privados, como el de Drummond, movilizar carga perteneciente a terceros; esa circunstancia no implicó que el accionado hubiera actuado con mala fe, en razón a que no se demostró que esa persona hubiera conocido esa información y la hubiera ocultado con malicia a la Junta Directiva.

Inclusive, frente a ese aspecto el único argumento probatorio que esgrimió la parte actora consistió en que el testigo ERNESTO FORERO, quien fue designado como presidente encargado en reemplazo del demandado en el año 2016, refirió que CARBOSAN LTDA. había presentado una acción de nulidad contra la decisión del Ministerio de Transporte que fue suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado (min. 5:00)³⁵; empero, según los documentos aportados por el mismo extremo activo, el demandante del proceso que se surtió ante el Consejo de Estado era Javier Ramírez Gómez y no la sociedad aquí demandante³⁶, a lo que se agrega que el testigo mencionado *“en un congreso (...) Mauricio se encontró, se reunió, pues, con la gente de Murray y le planteó la posibilidad de por qué no exploraban la posibilidad de que en lugar de transportar el carbón por carretera, se hiciera por barcazas, y eso pudiera implicar una reducción importante de costos”* (min. 5:01), es decir, esa persona nunca mencionó que el señor GARCÍA RAMÍREZ conociera la existencia de la decisión de la jurisdicción contenciosa administrativa y la ocultara de mala fe a la sociedad.

De igual modo, los cuestionamientos frente a la falta de autorización de las empresas TRANSPORTES SÁNCHEZ POLO SA y OPL CARGA SAS para el transporte marítimo, la prohibición de usar barcazas para el transporte de carbón y los errores en los cálculos de los gastos para la operación, la Sala advierte que dichas circunstancias no se relacionan directamente con la extralimitación de funciones del demandado en la

³⁵ Archivo digital denominado “171VideoAudiencia20210210” del cuaderno principal.

³⁶ Archivo digital denominado “01Demanda2019-01-396972” de cuaderno principal.

fijación de tarifas, que corresponde al fundamento jurídico de la pretensión formulada en ese sentido, máxime que, se reitera, la Junta Directiva de la sociedad demandante aprobó los ajustes tarifarios con la finalidad de mantener la relación comercial con el cliente CNR.

Por consiguiente, es ostensible que no se acreditó que el demandado se hubiera extralimitado en sus funciones estatutarias al efectuar un acuerdo tarifario, comoquiera que contó con la autorización sobreviniente de la Junta Directiva respecto a esa materia, lo que impedía presumir la culpa en contra de la parte pasiva, en particular porque las decisiones que adoptó aquel órgano societario entrañaban los riesgos propios de los negocios comerciales, que finalmente fueron conjurados con la recuperación posterior de los dos millones de dólares que supuso la reducción tarifaria durante el año 2016, con lo que resulta palmario que el supuesto daño económico no se concretó.

En consecuencia, el fallo del *a quo* tendrá que ser revocado parcialmente en lo concerniente a la declaración de responsabilidad del extremo pasivo por la supuesta extralimitación de funciones y la condena que se profirió como consecuencia y, en su lugar, se denegarán las pretensiones sobre esa materia.

4.6. Con relación a la falta de aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el canon 13 de la Ley 1743 de 2014, se advierte que es improcedente en este asunto porque no se cumplieron los presupuestos fácticos establecidos en esas disposiciones normativas para la imposición de la consecuencia jurídica allí prevista.

En ese orden, se encuentra que el inciso cuarto del artículo referido señala que “[s]i la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada”.

No obstante, en este juicio sí se demostraron los perjuicios reclamados por la parte actora en los rubros de la utilización ilegítima del esquema de compensación flexible, para lo cual solamente se tuvieron en cuenta los desembolsos efectuados con posterioridad al 1.º de noviembre de 2014, y la extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR SAS, sin que aquellos excedieran en un 50 % a las sumas estimadas bajo juramento en la demanda.

En este punto, es pertinente señalar que aquella sanción no se aplica para las pretensiones indemnizatorias que fueron denegadas por el *a quo* a causa del incumplimiento de los requisitos de la responsabilidad del administrador societario, dado que en tales eventos no ocurrió una falta de demostración de los daños reclamados. De manera que no se puede afirmar que las cantidades estimadas por las restantes súplicas indemnizatorias excedieron a las que resultaron probadas, pues, se itera, dichas reparaciones pecuniarias no se concedieron por no demostrarse la responsabilidad del administrador societario.

Por lo tanto, no es procedente la imposición de la sanción contemplada en el párrafo tercero del artículo 206 del Código General del Proceso a la parte actora.

5. De otro lado, respecto a las inconformidades propuestas por la parte actora, esta Colegiatura advierte:

5.1. Con relación al conflicto de intereses en la celebración de operaciones entre el demandado, como representante legal de CARBOSAN LTDA., y OPL CARGA SAS, el apelante adujo que no se valoró adecuadamente la estrecha relación de amistad que se extendía más allá de relaciones comerciales con el representante legal de la última sociedad mencionada. Frente a ello, se arguyó que fue errada la valoración probatoria respecto del trato recibido por el señor SUAREZ RAMÍREZ en el viaje a Costa Rica el cual no se enmarcó como una simple relación de negocios. Agregó que se desconoció completamente la relación que tuvieron los señores PRADA y SUÁREZ en un viaje realizado en el año

2013 a Cartagena, cuya cercanía se demostró a través de un intercambio de correos. Finalmente, argumentó que la colaboración del señor PRADA con el peritaje del demandado, al suministrarle al auxiliar información reservada, era una prueba clara de su estrecha amistad.

Ahora bien, de la revisión del plenario, la Sala encuentra que los hechos relacionados con la celebración del contrato de transporte del 13 de abril de 2015 no se probaron, debido a que el accionado no suscribió el convenio respecto del cual se alegó la supuesta existencia de un conflicto de intereses entre la parte pasiva y el señor JAVIER ENRIQUE PRADA SÁNCHEZ, representante legal de OPL CARGA SAS. Igualmente, pese a que se aportaron múltiples mensajes de datos entre esas personas, estos resultaron insuficientes para determinar que efectivamente había una relación de cercanía que pudiera afectar el juicio objetivo del señor SUÁREZ RAMÍREZ en su rol de administrador. De la misma manera, tampoco se acreditó que el señor PRADA SÁNCHEZ hubiera organizado y patrocinado el viaje a Costa Rica que realizó el convocado, en razón a que solamente se probó que un familiar del señor PRADA SÁNCHEZ tuvo ciertas atenciones durante la estadía del demandado en dicho país; lo que no demuestra una estrecha relación de amistad, ya que, por el contrario, esa conducta debe ser apreciada como una forma de fortalecer los lazos comerciales o de negocios. Adicionalmente, no se comprobó que la unión de las empresas TRANSPORTE SÁNCHEZ POLO SA y OPL CARGA SAS fuera impuesta por el accionado, pues el representante legal de la primera compañía mencionada expresó a la junta directiva de CARBOSAN LTDA. que esa unión había surgido por motivos puramente comerciales.

A propósito de esta temática, resulta pertinente traer a colación el concepto de amistad íntima que ha desarrollado por vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia al momento de resolver impedimentos que se fundan en aquella causal, puesto que, por analogía, es posible aplicarlo para el caso concreto. Sobre el particular se ha dicho que:

(...) obedece a sentimientos subjetivos integrantes del fuero interno del individuo, por lo que no es necesario acompañarla con elementos de prueba que respalden su configuración. No obstante, también se ha precisado que es insoslayable, para auscultar su eventual concurrencia, la presentación de

*argumentos consistentes que permitan advertir que el vínculo de amistad -o enemistad de ser el caso-, cuenta con una entidad tal que perturba el ánimo del funcionario judicial para decidir de manera imparcial el asunto sometido a su conocimiento, en atención a circunstancias emocionales propias al ser humano y aptas para enervar su ecuanimidad.*³⁷

Así las cosas, aunque el demandante aportara sendas cadenas de mensajes de correos electrónicos para probar la estrecha y cercana relación entre los señores SUÁREZ RAMÍREZ y PRADA SÁNCHEZ, la cual, en su sentir, vició el juicio del demandado para desarrollar su papel de administrador, lo cierto es que, como lo señaló el *a quo*, resulta insuficiente para arribar a la conclusión que pretende el convocante.

Lo anterior se debe a que tal interacción epistolar no prueba nada diferente a que compartieron un viaje juntos a Cartagena y que el trato propiciado por el señor PRADA SÁNCHEZ en Costa Rica fuera resultado de la cortesía de SUÁREZ RAMÍREZ a través de sus familiares residentes en ese país. En todo caso, es significativo puntualizar que esas circunstancias no demuestran inequívocamente que la pretendida amistad hubiera viciado en modo alguno el juicio del accionado en el ejercicio de sus funciones como administrador y que, con ello, a su vez, quisiera beneficiar al señor PRADA SÁNCHEZ.

En adición, se debe tener en cuenta que por fundarse los argumentos en un hecho que solo depende del fuero interno de los involucrados –una estrecha relación de amistad– no basta un sucinto intercambio de correos o haber compartido un viaje juntos para demostrar la intimidad y estrechez que se endilga a su trato, debido a que, en efecto, no se aprecia nada distinto a una relación de cortesía y camaradería, sin que de ello se desprenda y evidencie un vínculo inusual que sea distinto al que se construye en el mundo de los negocios, máxime que el reparo del extremo actor se fundó exclusivamente en un viaje a Cartagena y las atenciones brindadas en Costa Rica, y no, por ejemplo, en que aquellas personas compartieran los ámbitos familiares o personales o que se vieran

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 42698, 20 de noviembre de 2013, citado en ATC5815-2016 y reiterado en ATC 2020-03450-00.

involucrados recíprocamente en situaciones de la esfera privada de cada uno de ellos.

Por lo tanto, no existen elementos probatorios que permitan colegir, sin atisbo de duda, que el demandado hubiera incumplido sus deberes como administrador por hechos relacionados con la celebración de operaciones que estarían viciadas por un conflicto de interés de estrecha amistad, dado que los supuestos fácticos de ese reproche no se acreditaron en debida forma.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las presuntas prebendas recibidas por el encartado provenientes de CI PRADAZ, lo cierto es que no se acreditó, en debida forma, que las facturas correspondieran a un hecho simulado y que no obedecían a la prestación efectiva de servicios a CARBOSAN. Lo anterior de atender que, como lo dijo el *a quo*, aquella situación no fue comprobada ante una autoridad judicial; ello, no porque la Superintendencia de Sociedades no ostente esa condición, como erradamente lo interpretó la inconforme, sino porque la declaración de simulación se obtiene luego de adelantar y agotar, con plena observancia del debido proceso, el procedimiento judicial para tal fin. Aunado a lo anterior, según lo dicho por la demandante, todo ello tuvo origen en la estrecha relación entre los señores PRADA SÁNCHEZ y SUÁREZ RAMÍREZ, la que, huelga reiterar, no se verificó en este litigio. En consecuencia, al igual que todos los reproches que se sustentan en esa situación, adolece de apoyo probatorio para su prosperidad.

5.2. En cuanto a la responsabilidad del demandado en los sobre costos asociados a las sanciones impuestas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, la Sala encuentra que en el concepto técnico 1761 de esa autoridad realizado en el año 2016, se determinó que se debía imponer una medida preventiva de suspensión inmediata de las operaciones de recibo, almacenamiento y cargue de carbón, hasta tanto CARBOSAN LTDA. cumpliera con unas obligaciones definidas en el Plan de Manejo Ambiental³⁸, lo cual ocurrió en la

³⁸ Archivo digital denominado “01Demanda2019-01-396972” de cuaderno principal.

Resolución n.º 0505 del 12 de mayo de 2016³⁹. Sin embargo, esa medida preventiva fue levantada por ANLA mediante la Resolución n.º 0574 del 3 de junio de 2016⁴⁰.

Ahora bien, a pesar de que la ANLA, en la visita citada en el párrafo anterior, expresara que se habían realizado otras *“los días 22 de enero, 01 de febrero y 08 de marzo de 2016, las cuales fueron acompañadas por representantes de la empresa; en dichas visitas se realiza recorrido por las áreas operativas del puerto, evidenciando, que la empresa, aunque gradualmente ha implementado mejoras, no está cumpliendo con las medidas de manejo ambiental definidas en el Plan de Manejo Ambiental”*, y además de que los testigos declararan que el accionado conocía los problemas relacionados con las cuestiones ambientales, dichas circunstancias no implican que esa persona hubiera actuado con dolo o culpa frente a esos problemas, tal como es exigido en el artículo 200 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995.

Lo anterior se debe a que esos elementos probatorios no señalan claramente una acción u omisión del exadministrador que hubiese conducido a la imposición de esa sanción, dado que la gestión ambiental, así como la operación de cargue y descargue, estaba confiada a otros empleados de la empresa actora, por lo que no se podía exigir que tuviera que supervisar todos los pormenores de la operación de la compañía.

Inclusive, es destacable la medida preventiva de suspensión inmediata de las operaciones de recibo, almacenamiento y cargue de carbón fue levantada en un plazo inferior a un mes, puesto que, según la Resolución n.º 0574 del 3 de junio de 2016 de la ANLA, el 1.º de junio de esa anualidad se emitió un concepto técnico en el que se estableció que CARBOSAN LTDA. había superado las circunstancias que dieron origen a esa medida preventiva, lo que demuestra que esa organización empresarial atendió con celeridad el requerimiento de la autoridad ambiental.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

En consecuencia, es improcedente endilgar culpa al señor SUÁREZ RAMÍREZ, en razón a que no se probó con suficiencia que hubiera actuado con culpa en la imposición de la medida preventiva por parte de la ANLA, lo que impide estructurar una responsabilidad societaria por tales hechos.

5.3. Por otra parte, sobre la instalación de sensores de pesaje y los incrementos en su tarifa, señaló la demandante que esa situación fue precedida por la intervención del demandado en la negociación, toda vez que este abogó por el aumento que le fue solicitado y que, para salvaguardar la responsabilidad que le atañía, optó por delegar la firma final de los contratos.

En cuanto a este punto, la Colegiatura observa que la compra de los prenombrados sensores obedeció a las instrucciones que sobre el particular impartió CARBOSAN LTDA. con destino a OPL CARGA SAS; no obstante, no se acreditó, de manera concluyente y sólida, que las fallas de aquellos sensores o la demora en su instalación hubiera causado perjuicios a la empresa demandante y que, en dado caso, esos daños fueran ocasionados por la actuación culposa o dolosa del accionado.

Adicionalmente, según el testimonio rendido por JOSÉ MANUEL POVEDA en la audiencia de 8 de abril de 2021, *“los sensores de peso no fueron los que fallaron (...) lo que fallaba en sí eran los cargadores que tenían el sensor de peso adherido”* (mins. 44 y 45)⁴¹. De hecho, esta circunstancia fue corroborada con el mensaje de correo enviado por esa misma persona el 7 de abril de 2016, en el que se indicó que se debían *“colocar los tres cargadores con sus sensores operativos para evitar que tengamos retrabajos en patios”*.

Esto implica que no se probó que la falla fuera atribuible exclusivamente al sistema de sensores proporcionado por OPL CARGA SAS, ni que la compra e incremento en el costo obedeciera a la amistad entre los señores SUÁREZ RAMÍREZ y PRADA SÁNCHEZ, por cuanto esas situaciones habrían obedecido a las operaciones propias de la

⁴¹ Archivo digital denominado “213VideoAudiencia20210408” de cuaderno principal.

empresa y a la ocurrencia de unos sobrecostos que no fueron contemplados en el contrato pactado inicialmente.

Finalmente, se insiste, en que, al no haberse acreditado, en debida forma, la relación de amistad y cercanía entre los señores SUÁREZ RAMÍREZ y PRADA SÁNCHEZ, cayó en el vacío el argumento de que fue en virtud de aquel vínculo estrecho que tuvo lugar la celebración del contrato ahora cuestionado y que condujo al advenimiento de las demás vicisitudes que se consideraron transgresoras de los intereses de la demandante. En suma, no se probaron los elementos axiológicos de la responsabilidad del administrador societario por las circunstancias fácticas aquí examinadas.

5.4. En lo referente a la extralimitación en la contratación de servicios de vigilancia, se precisa, de entrada, que lo realmente cuestionado son los pagos desembolsados a las empresas SEGURCOL LTDA. y RISK SOLUTIONS GROUP LTDA., los cuales excedieron el límite de 100 s.m.l.m.v. para la celebración de operaciones, y no la celebración de esos negocios jurídicos.

En esa medida, es menesteroso señalar que en los estatutos sociales de CARBOSAN LTDA. se estipuló, en el literal b del artículo 35, que era una función del representante legal “[c]elebrar y ejecutar los actos, negocios y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen con la existencia y funcionamiento de la sociedad. Todos aquellos cuya cuantía exceda la suma de CIEN (100) salarios mínimos mensuales legalmente vigente (sic), requerirán de la previa autorización de la Junta Directiva”.

No obstante, si bien esa disposición estatutaria imponía el deber al representante legal de solicitar previamente la autorización para realizar actos que superaran el límite de los 100 s.m.l.m.v., también es cierto que la desatención de las obligaciones contractuales adquiridas con las empresas de vigilancia habría implicado que el administrador desatendiera su deber de asegurar el adecuado desarrollo del objeto social de la

empresa, es decir, en uno u otro caso el representante legal habría resultado responsable por aquellos hechos.

Por este motivo, en virtud del principio de la preferencia del sentido de una cláusula que produce efectos, contenido en el artículo 1620 del Código Civil, no se puede atribuir una responsabilidad al demandado por el aseguramiento de la prestación del servicio de seguridad para CARBOSAN LTDA., que a fin de cuentas permitió que esa persona jurídica pudiera desarrollar adecuadamente su objeto social, máxime que no se acreditó cuál fue el perjuicio económico que se causó a esa compañía por el suministro del servicio de seguridad por parte de SEGURCOL LTDA. y RISK SOLUTIONS GROUP LTDA.

Al respecto, es oportuno mencionar que resultaría contradictorio que se exija a un administrador societario que obtenga la autorización de un órgano social tanto para la celebración de un contrato como para la realización de los actos de cumplimiento de las obligaciones derivadas de ese contrato, puesto que, se itera, se debe interpretar la disposición estatutaria en el sentido que produzca efectos y que, adicionalmente, permita el adecuado desarrollo del objeto social de la empresa. De modo que no es dable inferir responsabilidad del exadministrador por unos hechos respecto de los cuales no se demostró que hubieran generado perjuicios a la compañía, de acuerdo con el artículo 200 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995.

5.5. Por último, llama la atención de esta Corporación que el extremo activo hubiera formulado reparos relacionados con la responsabilidad societaria del demandado por el “*Proyecto Murray*”, en razón a que las pretensiones sobre esa materia fueron concedidas por el *a quo*, en otras palabras, la demandante apeló un asunto del cual resultó favorecida en la sentencia de primer grado, lo que, de plano, demuestra que es superfluo e inane abordar tales reproches. No obstante, se advierte que esa temática fue planteada por la parte pasiva, quien sí estaba legitimada para controvertir la decisión de la Superintendencia de Sociedades, cuyo examen realizó esta Sala en el acápite 4.5. de esta providencia.

6. Corolario de las consideraciones precedentes, únicamente las inconformidades de la parte pasiva relacionadas con la extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I (CNR) SAS tienen vocación de prosperidad, por lo que (a) se revocará parcialmente la sentencia apelada, en punto a los numerales tercero y cuarto de su parte resolutive, correspondientes a la declaración y condena sobre esa materia, y se denegarán las pretensiones correspondientes, (b) se confirmará en lo restante esa providencia y (c) se condenará en las costas de esta instancia al extremo activo, por la falta de éxito del recurso interpuesto por aquel.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, adicionada el 31 de enero de 2022, por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en lo referente a los numerales tercero y cuarto de su parte resolutive, para, en su lugar, **DENEGAR** las pretensiones sobre infracción al régimen de deberes fiduciarios de los administradores sociales con ocasión de la supuesta extralimitación de funciones por ajustes tarifarios al contrato de CNR SAS.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en las costas de esta instancia a la parte actora.

CUARTO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al despacho de origen.

La Magistrada Ponente señala como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Código de verificación: **d54d85cd7219401d420560eaf5c70c5ad922246fc20093a7030272f8f089c885**

Documento generado en 07/10/2022 08:55:32 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

FLOR MARGOTH GONZÁLEZ FLÓREZ
Magistrada Ponente

Radicación: 11001-31-99-002-2021-00156-01

Discutido y Aprobado en Sala de Decisión de 22 y 28 de septiembre de dos mil veintidós (2022). Actas Nos. 38 y 39.

Bogotá D.C., siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Se deciden los recursos de apelación interpuestos en oposición a la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, por el Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles, dentro del proceso verbal de resolución de controversias entre accionistas y de nulidad de actos celebrados en conflicto de interés adelantado por la Zywei Digital S.A.S. contra Hartmut Karl Bock Irigoyen Esdinamico Cía. Ltda. y Esdinamico S.A.S.

I. ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.¹ La parte actora formuló las siguientes reclamaciones:

1.1.- Primera principal. Declarar que los acuerdos efectuados entre Esdinamico Cía. Ltda. y Esdinamico S.A.S., para la prestación de servicios de infraestructura tecnológica y asistencia técnica de facturación electrónica, representó un conflicto de interés para Hartmut Karl Bock Irigoyen, en los

¹Carpeta: Supersociedades. CuadernoPrincipal: archivo 02 Demanda.

términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Consecuencialmente, decretar la nulidad absoluta y extinguir el derecho al cobro de las siguientes facturas: No. 39290 por de USD \$2.038; No. 39291 por USD \$2.996; No. 39292 por USD \$2.875,67; No. 39293 por USD \$38.750,61; No. 39294 por USD \$28.339,93; No. 39295 por USD \$1.502,07; No. 39325 por USD \$142,03. Y emitir las órdenes para cumplir las decisiones que se profieran.

1.2.- Segunda Principal. Decidir que Hartmut Karl Bock Irigoyen no tenía la representación legal de Esdinamico S.A.S. después de agosto de 2018, época en la que este firmó el referido contrato, razón por la cual, el negocio no fue suscrito por el representante de la mencionada empresa.

Finalmente, requirió la condena en costas.

2. Sustento fáctico.² Se refirieron los siguientes hechos relevantes:

Esdinamico S.A.S. es una empresa colombiana cuya actividad principal es la prestación de servicios de facturación electrónica. Su composición accionaria la integra la participación de Zywei Digital S.A.S. con el 33,40%, Cyrius de Centroamérica Ltda. con el 25.67%, Esdinamico Cía. Ltda. con el 11%, Leonardo Esteban Galarza Andrade con el 27,72% y Sara Daniela Quiñones Espinosa con el 2.21%. Mediante acta 002 de la reunión del 27 de octubre de 2016, se nombró a Hartmut Karl Bock Irigoyen como representante legal, funciones que desempeñó hasta el 13 de julio de 2018; en su reemplazo se eligió a Ismary Lara Rodríguez según acta No. 10 de la sesión del 10 de julio de 2018.

² Carpeta: Supersociedades. CuadernoPrincipal: archivo 02 Demanda.

Esdinamico Cía. Ltda. fue constituida de conformidad con las leyes de Ecuador, su actividad principal es el suministro de acceso a internet por los operadores de la infraestructura de telecomunicaciones inalámbricas y la prestación de servicios agregados. Para el año 2018, su composición accionaria la integraban los aportes de Hartmut Karl Bock Irigoyen con 360.000, David Francisco Garcés Jaramillo con 20.000 y Pedro Ponce Ponce con 20.000.

Desde inicios de 2018 y hasta finales de 2019, Esdinamico Cía. Ltda. le prestó servicios de infraestructura tecnológica y asistencia técnica de facturación electrónica a Esdinamico S.A.S. Ello fue concertado en el 2018 de manera verbal entre las gerencias, época en la cual Hartmut Karl Bock Irigoyen era el representante de la compañía colombiana.

El señor Bock a pesar de contar con interés económico dada su condición de accionista mayoritario de Esdinamico Cía. Ltda., no surtió la autorización prevista en la Ley 222 de 1995 para participar en los acuerdos que dieron lugar al anterior vínculo jurídico. Además, durante el tiempo que representó a Esdinamico S.A.S. no efectuó contrato escrito que diera cuenta de los términos y condiciones para la prestación de los servicios.

Una vez el mentado gerente fue removido del cargo y reemplazado por Ismary Lara, se iniciaron conversaciones entre las gerencias de Esdinamico S.A.S. y Esdinamico Cía. Ltda. para elaborar un acuerdo que formalizara la relación comercial. Después de intercambiar correos electrónicos en los que se hicieron ajustes al borrador, la compañía ecuatoriana remitió en físico, el 21 de septiembre de 2018, un contrato firmado por Rodrigo Sandoval en representación de esa sociedad y por Hartmut Karl Bock Irigoyen por Esdinamico S.A.S. prefechado el 21 de enero de 2018, en el cual incluyeron modificaciones que no

habían sido discutidas. Sin embargo, dada la necesidad se continuó recibiendo los servicios hasta finales del año 2019.

Con fundamento en el referido acuerdo, Esdinamico Cía. Ltda. facturó sumas por servicios que no le prestó a Esdinamico S.A.S., por ende, en mayo de 2020, se acordó que la compañía ecuatoriana las reversaría, lo cual efectuó; sin embargo, el 18 y 26 de agosto de 2020, emitió cuentas por conceptos casi idénticos. La gerencia de Esdinamico S.A.S. rechazó las nuevas facturas, y en la reunión ordinaria del 2021 de la asamblea general de accionistas, Hartmut Karl Bock Irigoyen en representación de Esdinamico Cía. Ltda., insistió en su cobro.

3. Trámite Procesal. El Superintendente en auto del 11 de noviembre de 2021, admitió la demanda y dispuso correr traslado al extremo pasivo³. Esdinamico Cía. Ltda. a pesar de haberse notificado no concurrió al proceso.

3.1- El apoderado de Esdinamico S.A.S.⁴ dio por ciertos los hechos de la demanda, salvo el No. 7. Explicó que presentaron denuncia en contra del señor Hartmut Karl Bock Irigoyen por la presunta falsificación ideológica en el contrato y en documento privado, toda vez que se atribuyó una calidad que para la fecha real de suscripción no tenía, y efectuó el cobro de unas facturas que carecen de sustento. Presentó las excepciones de ausencia de responsabilidad y falta de legitimación en la causa por pasiva. Al respecto, adujo que debía excluirse a Esdinamico S.A.S. de cualquier responsabilidad pues no podía responder por hechos de terceros que afectaron sus intereses.

3.2.-El mandatario del señor Hartmut Karl Bock Irigoyen se opuso a las pretensiones y presentó excepciones

³ Carpeta: Supersociedades. CuadernoPrincipal: archivo 06AutoAdmisorio.

⁴ Carpeta: Supersociedades. CuadernoPrincipal: archivo26Contestacióndela Demanda.

referidas a la inexistencia de conflicto de interés, al conocimiento de los servicios prestados por Esdinamico Cía. Ltda., la falta de liquidez de Esdinamico S.A.S., abuso del derecho, ausencia de nulidad, prohibición de ir en contra de sus propios actos y de enriquecimiento sin causa.

Al respecto, explicó que los servicios que Esdinamico Cía. Ltda. suministró a Esdinamico S.A.S., no fueron consecuencia del supuesto acuerdo celebrado a inicios de 2018, pues este no existió y, por ende, tampoco el conflicto de interés del señor Bock. Preciso que los mismos se derivaron del *“Contrato de inversión para el desarrollo del negocio de facturación electrónica y productos relacionados en Colombia”*, suscrito en el 2016 con Satelco S.A., Cyrius de Centroamérica Ltda., Leonardo Esteban Galarza Andrade, Hartmut Karl Bock Irigoyen, David Francisco Garcés Jaramillo y Sara Daniela Espinosa, con el fin de aumentar el capital y la emisión de acciones de Esdinamico S.A.S., época para la cual, el señor Bock no era el representante legal de la compañía colombiana.

Así entonces, anotó que el mentado contrato fue producto de las obligaciones pactadas en el 2016 por los socios de la época. Preciso que Cyrius de Centroamérica es la compañía titular de los derechos y de toda la propiedad intelectual asociada a la plataforma de facturación electrónica comercializada bajo la marca “Esdinamico” en Ecuador y Perú, y que la infraestructura y asistencia prestada a Esdinamico S.A. eran vitales para su objeto social, lo que se reflejó en el hecho de que a pesar de que Hartmut Bock terminó su período como gerente, la compañía colombiana continuó con los servicios de la sociedad ecuatoriana y, por ende, se expidieron facturas hasta junio de 2020. Igualmente, advirtió que la asamblea de accionistas siempre estuvo enterada, pues además de plasmarse

en el contrato de inversión, en el presupuesto y en los estados financieros, se establecía una partida para realizar los pagos.

Preció que si bien en julio de 2018, se efectuaron conversaciones para elaborar un contrato, no es cierto que se buscara formalizar la relación comercial, pues ya estaba pactada en el acuerdo de inversión, y lo pretendido fue dar mayor estructura y detalle; además, resaltó que esta circunstancia deja sin base el supuesto conflicto de interés, pues demuestra que la nueva gerente dio validez fáctica y legal a la prestación de los servicios que eran necesarios. Aclaró que Hartmut Bock decidió firmar el documento, pues en parte se refería a un período en el que él fue el representante, razón por la cual se fechó con el 1 de enero de 2018.

En cuanto a las facturas, anotó que la demandante no indicó cuáles fueron los servicios no suministrados ni allegó prueba. Además, que en cualquier caso, ello no le compete a la Superintendencia pues es un asunto de responsabilidad contractual. Asimismo, anotó que lo realmente pretendido con la nulidad de estas, es cumplir con los indicadores financieros de liquidez pedidos por la DIAN, toda vez que el demandante quien tiene la condición de socio mayoritario de Esdinamico S.A.S, para no efectuar una inversión de capital, decidió iniciar la presente acción para lograr eliminar los aludidos pasivos, abusando así del derecho.

De otra, precisó que el señor Bock en reunión de accionistas aceptó la anulación de las facturas como un gesto para vender la compañía a “Acepta y Asegura”, sin embargo, como no se formalizó la opción de compra del tercero, Esdinamico S.A.S. emitió nuevamente las cuentas que habían sido reversadas, y se adicionaron dos más, toda vez que se continuó con la prestación del servicio de soporte técnico

3.3.-Resolución excepciones previas⁵. Agotado el trámite de traslado, el Superintendente Delegado mediante auto del 12 de octubre de 2021 negó las excepciones de clausula compromisoria, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y falta de jurisdicción y competencia, formuladas por el apoderado de Hartmut Karl Bock Irigoyen.

Sobre la existencia de cláusula compromisoria, precisó que si bien, el extremo activo como socio mayoritario alega tener un interés en la invalidación de los actos jurídicos en conflicto y, en atención a que se trata de un contrato respecto del cual se pide su nulidad, las partes contractuales, Esdinamico Cía. Ltda. y Esdinamico S.A.S. se encuentran cobijados por la cláusula compromisoria prevista en el negocio jurídico pues las asintieron directamente, sin embargo, ello no ocurre respecto al demandante quien no es suscriptor, y a pesar que consintió dicha estipulación dentro de los estatutos sociales en la cual se encuentra prevista, ésta no es la determinante para efectos de declarar la nulidad de un convenio distinto. El fallador no emitió más consideraciones sobre los medios exceptivos propuestos.

Instruido el asunto y agotadas las etapas previstas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, el Superintendente profirió sentencia el 2 de febrero de 2022, parcialmente desfavorable a las pretensiones del demandante.

4. Fallo acusado de primera instancia⁶. El juzgador concedió parcialmente las pretensiones al desestimar el conflicto de interés y declarar que el contrato objeto de la controversia no fue suscrito por el representante legal de Esdinamico S.A.S., pues para la fecha el señor Bock no tenía dicha condición. Al respecto,

⁵Carpeta: Supersociedades. CuadernoPrincipal: archivo73AutoResuelveExcepcionesPrevias.

⁶Carpeta: Supersociedades. Cuaderno Principal: archivo107Audeiencia / 113ActadeAdiencia.

argumentó que las negociaciones que dieron lugar a la prestación de los servicios discutidos, se derivaron del acuerdo de inversión efectuado para el desarrollo del convenio de facturación electrónica y productos relacionados en Colombia, perfeccionado el 24 de septiembre del 2016, en el cual, Cyrius se comprometió a aportar los derechos del software, lo que se materializó el 27 de octubre de 2016 cuando ésta se convirtió en accionista de la compañía colombiana, oportunidad en la que entregó la plataforma para operar.

Anotó que las relaciones comerciales entre las compañías comenzaron en el 2016 y no en el 2018 como se indicó en la demanda, afirmación que reforzó con los testimonios de Magda Fonseca ex contadora y de Ismary Lara representante legal de Esdinamico SAS, las cuales dieron cuenta que la empresa ecuatoriana le prestaba los servicios de facturación con anterioridad al 2018. Además, enfatizó que en el acta 002 de la junta directiva del 15 de noviembre del 2017, se observaron ventas y órdenes de compra con lo cual se concluye que para esa data la sociedad colombiana ya operaba.

En lo referido a la condición de representante legal de Hartmut Karl Bock Irigoyen para agosto de 2018, precisó que, revisado el certificado histórico de Esdinamico S.A.S, se constató que para entonces no ocupaba el cargo. Igualmente, en cuanto a la suscripción del contrato, aseveró que, si bien se registró como fecha el 1 de enero de 2018, quedó probado que se firmó con posterioridad a la data en la que el sr Bock ocupó la gerencia, tal como fue reconocido por él mismo en audiencia. Finalmente, manifestó que no condenaría en costas dada la prosperidad parcial de las pretensiones

5. Apelación. Contra la anterior providencia, el extremo activo y el apoderado de Hartmut Karl Bock Irigoyen formularon

recursos de apelación, aceptados en audiencia⁷, y admitidos en efecto suspensivo mediante auto del 8 de abril de 2022⁸.

5.1- Sustentación de la parte activa.⁹. La apoderada dirigió su inconformidad a la desestimación del conflicto de interés, y solicitó revocar el numeral primero de la providencia.

En lo atinente, refutó que Esdinamico Cía. Ltda. no participó ni se adhirió al contrato de inversión para el desarrollo del negocio de facturación electrónica y productos relacionados, efectuado en el 2016 entre la Sociedad Anónima de Telecomunicaciones S.A., Cyrius de Centroamérica Ltda., Hartmut Karl Bock Irigoyen y otros, del cual la Delegatura derivó la ejecución del acuerdo controvertido; explicó entonces que a la par de los principios de la personificación jurídica independiente y la relatividad contractual, no era posible afirmar que dicha compañía consintió la prestación de servicios con fundamento en un vínculo del que no fue parte.

Resaltó que el aludido contrato tenía como fin regular las inversiones que harían los futuros accionistas de Esdinamico S.A.S. en dicha sociedad para la operación del negocio, razón por la cual, se estableció que Cyrius de Centroamérica Ltda. daría un aporte en especie a cambio de acciones en aquella; lo cual se materializó el 28 de septiembre de 2016 cuando le transfirió la titularidad de la plataforma que le permitiría a la compañía colombiana ser proveedora de los servicios de facturación.

En hilo de lo anterior, advirtió que no era posible equiparar el anterior negocio en especie con el controvertido en la presente causa, el cual corresponde a la prestación de servicios por parte de Esdinamico Cía. Ltda. a Esdinamico S.A.S. para que esta

⁷ Carpeta: Supersociedades. Cuaderno Principal: archivo107Audeiencia.

⁸CuadernoTribunal: 06Admiteapelación.

⁹ CuadernoTribunal 05Apelación.

desarrollara el aludido objeto en Colombia a cambio de una contraprestación mensual

De otra parte, censuró el desconocimiento de las pruebas las cuales demostraban que los servicios se comenzaron a prestar de manera verbal en enero del 2018 y la primera factura se recibió en febrero de ese año, época en la que el señor Bock se desempeñaba como representante legal de Esdinamico S.A.S., y quien los pactó sin contar con la autorización del máximo órgano de la compañía.

En gracia de discusión, agregó a lo expuesto, que de admitirse que los servicios se facturaron por primera vez en junio de 2017, no se debe desconocer que, para esa fecha, el señor Bock se encontraba en el cargo de representante legal, el cual ejerció entre el 21 de noviembre de 2016 y el 13 de julio de 2018 y, además, tenía la calidad de accionista de Esdinamico Cía. Ltda., razón por la cual, aun así, se configura el conflicto de interés.

Finalmente, resaltó que el juzgador omitió pronunciarse sobre los efectos de la no contestación de la demanda y la inasistencia injustificada de Esdinamico Cía. Ltda. a la audiencia inicial; es decir, no expuso las razones por las cuales consideró desvirtuadas las presunciones de veracidad sobre los hechos objeto de confesión, especialmente, aquellos relacionados a la fecha de la concertación de los acuerdos para la prestación de los servicios controvertidos, la cual se expuso, tuvo lugar a inicios del año 2018.

5.2- Sustentación del extremo pasivo¹⁰. El defensor apeló el numeral segundo de la providencia, en el cual se declaró que Bock Irigoyen no tenía la representación de Esdinamico para agosto de 2018 y, en consecuencia, el contrato objeto de controversia no fue suscrito por el representante de la sociedad.

¹⁰ Carpeta04Apelación: archivo05Sustentación.

En lo concerniente, aseveró que la Delegatura accedió a dos pretensiones respecto de las cuales carece de competencia, pues se demandó la resolución de controversias entre accionistas y administradores para tramitarlas bajo el literal b del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso y, en relación con dicha facultad, la Superintendencia ha indicado que la expresión '*resolución de conflictos societarios*' necesariamente se refiere a los conflictos afines con las reglas que componen el régimen societario.

Censuró que a pesar de lo anterior, en la sentencia se efectuaron declaraciones enmarcadas en aspectos "*de los contratos y obligaciones mercantiles*" y "*de las obligaciones en general*" que encuentran sustento jurídico en los artículos 832 y 834 del Código de Comercio que no corresponden al régimen societario, y las cuales se citaron en la demanda.

De otra parte, alegó el desbordamiento del objeto del litigio, el cual debía limitarse al examen del conflicto de interés, es decir, al sustento de la demanda; explicó que si bien, en el libelo se adujo que el señor Bock firmó el contrato sin tener condición de representante legal, lo decidido sobre este aspecto no implicó tutela sustancial, ni fue coincidente con consecuencias jurídicas de supuestos normativos. Además, al tenerse que la referida compañía inició operaciones en el 2017, la suscripción del negocio en el 2018 es un asunto que rebosó la *causa petendi*, pues la Superintendencia se limitó a atender lo pretendido y olvidó proferir un fallo adecuado a los hechos expuestos.

5.3- Traslado del recurso de la parte activa¹¹. El defensor del señor Bock advirtió que en el presente asunto no existió contraposición entre los fines del administrador y los de la sociedad, pues la prestación de los servicios fue pactada en el

¹¹ Carpeta0Tribunal: archivo 11DescorretrasladoApelación.

acuerdo de inversión, tal y como lo expuso Juan Manuel Ordóñez, quien explicó que se trató de una negociación entre los grupos Ardila y de Hartmut Bock, en el que Cyrius de Centroamérica, sociedad de inversión, compareció formalmente por el conglomerado de Bock.

En consecuencia, adujo que para la litis no tienen relevancia los principios de la personificación jurídica independiente y de la relatividad de los negocios, pues el hecho de que Esdinamico Cía. Ltda. no hubiese sido la sociedad del grupo de Hartmut Karl Bock Irigoyen que firmó el acuerdo de inversión, ello no fue óbice para que desde la concepción del mismo se pactara que esta prestaría el servicio a la compañía colombiana, hasta el punto que se concertó la carga prestacional del personal ecuatoriano.

5.4- Traslado del recurso de la parte pasiva¹². El extremo activo expuso que dentro de las reglas que componen el régimen societario, se incluyen el artículo 22 y siguientes de la Ley 222 de 1995 referidas a los administradores. Por ende, a la par de esta normativa, la Delegatura tiene competencia para pronunciarse sobre quiénes ostentan tal condición, máxime, cuando acorde con el literal b) del numeral 5 del artículo 24 del C.G.P., este proceso se orientó a resolver controversias derivadas de la conducta del señor Bock Irigoyen en su calidad de antiguo gerente de Esdinamico S.A.S., como la suplantación de la identidad del representante legal de la compañía.

En cuanto al desconocimiento del objeto del litigio, arguyó que no es cierto que la declaración controvertida no conlleva tutela sustancial, toda vez que la decisión de la Superintendencia implicó el reconocimiento judicial de la aludida conducta.

¹² Carpeta0Tribunal: archivo 11DescorretrasladoApelación.

II CONSIDERACIONES

Revisado el trámite del asunto, y de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del párrafo 3 del artículo 24 del Código General del Proceso, esta Corporación es competente al ser la autoridad superior funcional del juez que hubiese conocido de haberse tramitado la primera instancia ante la jurisdicción, acorde con lo estipulado en el numeral 4 de la disposición 24 *ejusdem*.

Así entonces, observado que los presupuestos procesales se encuentran reunidos, sin que concurra causal de nulidad que invalide lo actuado, es procedente emitir pronunciamiento de mérito a la par de lo regulado en el artículo 328 del C.G.P, limitado a las censuras presentadas por los apelantes, de las cuales, la Sala deriva los siguientes problemas jurídicos:

1.- De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, establecer el alcance del contrato de inversión para el desarrollo del negocio de facturación electrónica y productos relacionados en Colombia, como fuente obligacional del acuerdo entre Esdinamico Cia. Ltda. y Esdinamico S.A.S. para la prestación de los servicios controvertidos en la presente causa, así como la fecha en la que inició su ejecución y, si a la par de estas circunstancias, se configuró un conflicto de interés para Hartmut Karl Bock Irigoyen, y hay lugar a la declaración de nulidad de los cobros aludidos en la demanda.

2.- Definir si el Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles de conformidad con la normatividad vigente, tenía competencia para pronunciarse sobre la calidad de representante legal de Esdinamico S.A.S. del señor Hartmut Karl Bock Irigoyen y declarar que el contrato de servicios de infraestructura tecnológica y asistencia técnica de facturación

electrónica no fue suscrito por el representante legal de la alusiva sociedad. Igualmente, si al decidir sobre los referidos asuntos desbordó el objeto del litigio.

3.- Determinar la incidencia en la omisión del fallador al no pronunciarse sobre los efectos de la no contestación de la demanda y la inasistencia injustificada de Esdinamico Cía. Ltda. a la audiencia inicial, en relación con la presunción de veracidad de los hechos del libelo objeto de confesión.

De este modo para articular la motivación del pronunciamiento, el estudio de las controversias jurídicas formuladas se abordará en el orden expuesto.

1.- Conflicto de interés de Hartmut Karl Bock Irigoyen.

Sobre la regulación de las sociedades en el ordenamiento jurídico interno, la Corte Constitucional explicó que con la expedición de la Ley 222 de 1995, el legislador adecuó esta normativa al marco del Estado Social de Derecho que introdujo la Constitución de 1991, el cual otorgó a los particulares una participación ágil en las distintas fases de la actividad económica, y estatuyó las empresas como función social y base del desarrollo¹³. En este orden de ideas, dicha ley asignó a los administradores de las sociedades un régimen especial de responsabilidad civil, con el fin de lograr un íntegro cumplimiento de su labor, y en el canon 23 enlistó las siguientes obligaciones:

“ARTÍCULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-123/06 del 14. Mg.P. Clara Inés Vargas Hernández

1. *Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
2. *Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
3. *Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
4. *Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
5. *Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
6. *Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
7. *Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia al referirse a dicha normativa¹⁴, adujo que además de estatuir las reglas sustantivas, previó tres deberes fiduciarios generales: buena fe, lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. Respecto a la lealtad, citó la Circular Externa 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades en la que se definió como “*el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de sus intereses se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios*”.

¹⁴ CSJ. Civil. Sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021. Mg. P. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

Así, explicó que actuar con lealtad implica que en el desempeño del cargo no se utilicen las facultades en fines distintos para los cuales le fueron otorgadas, y además, se guarden los secretos sobre los asuntos propios de la sociedad. Anotó que en desarrollo de este mandato, el administrador debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se estructure un conflicto de intereses, al respectó advirtió: *“De manera que, con el deber de lealtad, los directores deben, principalmente, trabajar con la mira puesta en el mejor interés de la sociedad, y trazar una línea demarcatoria que separe sus intereses personales de los intereses de la compañía, caso, por ejemplo, como el de utilizar el nombre de ella en búsqueda de su beneficio particular.”*¹⁵

Ahora bien, es importante apuntar que en la legislación citada y, en general, en la regulación del sistema colombiano, no se halla una definición que determine cuándo se configura un conflicto de intereses en el escenario societario, en consecuencia, ante la existencia de este vacío jurídico, le corresponde al juez establecer las circunstancias que en el caso concreto pueden materializar la conducta contenida en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Al respecto, en reciente pronunciamiento¹⁶, la Corte Suprema citó la Circular Externa No. 100-006 de 2008, expedida por la Superintendencia de Sociedades en su función de supervisión, en la que al interpretar el contenido normativo en mención, señaló que la disposición exige para su estructuración:

“Una conducta transparente y una actividad que vaya más allá de la diligencia ordinaria porque la ley exige un grado de gestión profesional, caracterizada por el compromiso en la solución de los problemas actuales y en el aprovechamiento de las

¹⁵ Ibídem. Fl. 21

¹⁶ CSJ. Civil. Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021. Mg. P. Hilda González

oportunidades en curso, por el análisis de la información contable de la compañía y por el diagnóstico del futuro de los negocios sociales, procurando en cada caso satisfacer las exigencias de los mismos, actuando siempre con lealtad y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o los de terceros”.

En esta oportunidad, el Alto Tribunal trajo a colación a los tratadistas Halperin Isaac y Brunetti Antonio para explicar que la presencia del conflicto afecta la legitimidad del ejercicio del poder de representación del administrador, pues supone la coexistencia de intereses contrapuestos, escenario en el que se privilegia el beneficio propio o de un tercero en desmedro de la sociedad:

“2.1. El conflicto de intereses -explicó un connotado tratadista del derecho societario- afecta el poder de representación orgánica del administrador. Se presenta como “un impedimento para el desarrollo normal de la relación representativa. El que actúa en conflicto queda privado del ejercicio del poder representativo, por incompatibilidad con el fin por el que le ha sido conferido”.¹⁷

Lo anterior entraña un peligro o riesgo razonable de daño para la sociedad, el cual, explica el autor, “no se determina en relación con las consecuencias patrimoniales del acto por sí mismas, sino con referencia a la ilegitimidad del ejercicio del poder”.¹⁸

En tales eventos, la satisfacción del interés propio del administrador o de los terceros a quienes pretende beneficiar, se materializa “en sacrificio del interés social”¹⁹, de modo que no se garantiza la independencia o autonomía de cada uno de los procesos de formación y validación de las voluntades negociales concernidas”²⁰.

En hilo de lo anterior y siguiendo a la doctrinante española, Carmen Alborch Bataller expuso unos elementos principales que se han identificado como parte de la estructura interna del conflicto:

¹⁷ BRUNETTI, Antonio. Sociedades mercantiles. Tomo 2 - Sociedad Anónima. Serie Clásicos del derecho societario. San José: Editorial Jurídica Universitaria, 2002, p. 429. Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ HALPERIN, Isaac. Sociedades anónimas. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 21. Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021.

²⁰ CSJ. Civil. Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021. Mg. P. Hilda González

“a. La existencia de una situación antagónica entre intereses diversos.

b. Un interés concreto y particular del asociado que puede ser propio o ajeno.

c. Un nexo causal entre el interés particular o extra societario del asociado y el perjuicio del interés societario.

d. El carácter patrimonial de ese interés.

e. La irrelevancia de la intención del socio de causar perjuicio a la sociedad.²¹

*La colisión de intereses normalmente contrapuestos ocasiona que uno pretenda prevalecer sobre el otro, relación de contrapeso en el que la consecución de uno de ellos implica la afectación del otro²², de ahí que algunos autores **consideren el riesgo real y actual de daño a la sociedad** como un presupuesto definidor del conflicto, reclamando que este pueda detectarse a partir de datos objetivos al momento de estimarse la existencia del enfrentamiento del interés propio o ajeno que persigue el administrador y el del ente social.²³ (Resaltado fuera del texto).*

Del anterior estudio, se extrae que el conflicto de intereses previsto en la normatividad aludida es un problema de legitimidad de las decisiones del administrador, dada la existencia de un objetivo particular extra societario incompatible con las labores propias del cargo, el cual entraña un peligro o riesgo razonable de causar daños a la sociedad. En consecuencia, ante la confluencia de fines particulares no conciliables con el beneficio social, capaces de afectar el deber de lealtad, se le impide al conflictuado que se ocupe por sí mismo del asunto y se exige la autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas, en las condiciones allí previstas, la cual otorga validez a la actuación.

²¹ ALBORCH BATALLER, Carmen. El derecho de voto del accionista. Madrid: Editorial Tecnos, pág. 262. Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021.

²² ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles. El deber de fidelidad de los administradores – el conflicto de interés administrador -sociedad, en: ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Coord.). El gobierno de las sociedades cotizadas, Madrid, 1999, p. 447-492. Citada en la Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021

²³ SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital. Revista Derecho de Sociedades. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, págs. 151-152. Citada en la Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021

Así, la autorización es una medida que pretende con la exteriorización del conflicto, garantizar la transparencia y lealtad del administrador e impedir que se causen daños a la sociedad.

En estas condiciones, llegado al punto de estudio del caso concreto y revisada la providencia recurrida se precisa que no se encuentran reparos en la valoración probatoria y en los argumentos aducidos para negar la existencia del conflicto de interés de Hartmut Karl Bock Irigoyen, tal como se explica a continuación.

Pues bien, el juzgador desestimó la pretensión al considerar que las negociaciones que dieron lugar a la prestación de los servicios discutidos se originaron en el contrato de inversión suscrito el 24 de septiembre del 2016²⁴, en el cual, Cyrius se comprometió a aportar los derechos del software, fecha en la que se iniciaron las relaciones comerciales.

En avenencia con lo sostenido por el fallador de primera instancia, la Sala advierte que de las pruebas que obran en el proceso no puede llegarse a otra conclusión, pues del mismo acuerdo de inversión refulge tal situación, negocio jurídico en el que Cyrius de Centroamérica Ltda., Leonardo Esteban Galarza Andrade, Hartmut Karl Bock Irigoyen, David Francisco Garcés Jaramillo, Sara Daniela Espinosa y Satelco S.A pactaron capitalizar la naciente Sociedad Esdinamico S.A.S. y establecieron los términos para su gerencia y gestión.

En la Sección 2.01 se estableció como objeto del contrato:

“(...) el desarrollo del negocio de la factura electrónica en Colombia, así como el desarrollo de otros productos asociados a la misma. (b) Por otra parte, las Partes también desean establecer los términos y condiciones que regirán la administración y gestión de la sociedad, y las relaciones entre los

²⁴ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal: archivo40AportaPrueba.

*Accionistas y de estos frente a la Sociedad, para lo cual han llegado a un Acuerdo de Accionista contenida en el Anexo No. 01 del presente contrato (...)*²⁵

Para la ejecución del fin señalado, se precisó que en el negocio jurídico Cyrius de Centroamérica Ltda. actuaba como titular de los derechos de autor, morales y económicos de toda la propiedad intelectual asociada a la plataforma de facturación electrónica comercializada bajo la marca “Esdinamico” en Ecuador y Perú²⁶, y que era la sociedad controlante de todas las personas jurídicas que explotan la plataforma en otros países por fuera de Colombia²⁷.

Igualmente, se estipuló que Hartmut Karl Bock Irigoyen tenía la calidad de accionista de la alusiva compañía y de Esdinamico Cía. Ltda.²⁸, constituida bajo las leyes de la República de Ecuador identificada con Registro Único de Contribuyente No. 179.188.978.900-1²⁹. Manifestaciones que evidencian que, desde el mismo momento de constitución de la compañía y formalización de los términos negociales, se tenía clara la calidad en la que el señor Bock intervenía, por lo que no resulta válido manifestar que se ocultó dicha situación.

En lo atinente, resulta importante traer a colación el dicho de señor Bock³⁰, al explicar que se acordó que Cyrius aportaría el *know-how* para la operación del negocio y la certificación de la compañía colombiana, y que esta sociedad establecida en Costa Rica fue el vehículo que los socios ecuatorianos convinieron utilizar para la inversión en Colombia, pero todos los

²⁵ *Ibídem.*

²⁶ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal: archivo40AportaPrueba- *literal b de la consideraciones.*

²⁷ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal: archivo40AportaPrueba -Sección 5.01- literal d “Propiedad Intelectual sobre la Plataforma” literal I

²⁸ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal: archivo40AportaPrueba - *literal c de la consideraciones*

²⁹ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal: archivo40AportaPrueba - *literal Sección 1.01 Definiciones.*

³⁰ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal:archivo82Audiencia.

participantes conocían que la plataforma y los servicios los iba a aportar Esdinamico Cía. Ltda. de Ecuador.

Agregó el deponente, que incluso el señor Juan Manuel Ordoñez, quien intervino como asesor en la estructuración del negocio por parte de Satelco, viajó a Ecuador y estuvo en las oficinas de Esdinamico Ltda. pues Cyrius no tiene instalaciones físicas, ni ofrece servicios; además, agregó que la relación de él con la sociedad ecuatoriana sin duda quedó establecida en el *due diligence* efectuado. También, precisó que el accionista demandante siempre estuvo al tanto que ellos prestarían la asistencia y respaldo, y que los garantizaron desde el momento en el que se inició la operación, pues eran esenciales para el funcionamiento de la empresa colombiana.

Por su parte, Juan Manuel Ordoñez en su testimonio³¹, expresó que viajó a Ecuador ya iniciadas las operaciones, y fue a las instalaciones de Esdinamico Cía. Ltda., conoció al equipo y observó cómo operaba la infraestructura de la plataforma; precisó que no tenía dudas que Bock era accionista de aquella, y que Cyrius claramente era una sociedad de inversión del mencionado y, por ende, no tenía la capacidad de prestar los servicios, pero sí estaba claro que Esdinamico Cía. Ltda. era parte del equipo. A este tenor, ante la exhibición del acta 002 del 15 noviembre de 2017 de la Asamblea de Accionista de Esdinamico S.A.S.³², explicó que en un momento al prever que existía una dependencia de Ecuador, dada la importancia del respaldo proporcionado, se pensó en fusionar las compañías Esdinamica colombiana y ecuatoriana y pasar la participación al Holding, pero no se concretó dada la renuencia del señor Bock.

³¹ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal:archivo107Audiencia.

³² CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal:archivo33AportaContrato- folios 68-65.

En este punto, resulta importante resaltar que en el referido acuerdo de inversión, se dispuso que en la etapa preoperativa de la capitalización, Cyrius permitiría a Esdinamico S.A.S el uso y explotación de la plataforma electrónica a fin de lograr los permisos regulatorios de la DIAN, y una vez esta obtuviera la habilitación para facturar, aquella debía suscribir a su favor un contrato de cesión de derechos patrimoniales sobre el software de facturación desarrollado en **Ecuador por esta y sus filiales**³³ ; cláusula de la que se colige, además, la relación de la compañía Costarricense con Esdinamico Cía. Ltda.

Lo antes expuesto se confirma con la ejecución de dicha obligación de cesión de los recursos tecnológicos, de lo cual se dejó constancia en el Acta No. 015 de la Reunión Extraordinaria de la Asamblea de Accionista del 17 de abril de 2020 en donde se indicó que Esdinamico S.A.S recibió de Cyrius de Centroamérica y de Esdinamico Cía. Ltda. todos los soportes para que la sociedad colombiana operara de manera libre en su calidad de propietaria de todos los desarrollos tecnológicos y propiedad industrial relacionados con el negocio de facturación, y se anotó que se suscribiría un acta de recibido por parte de las sociedades mencionadas y Zyvei Digital S.A.S³⁴.

Asimismo, en el negocio de inversión se estableció a favor de Cyrius una carga prestacional en los siguientes términos:

Sección 3.06. “Aporte y facturación durante el segundo período”
 “(...) (ii) *el aporte en especie de Cyrius, entendidos como aquellos desarrollos previsibles de la plataforma, todos los cuales se capitalizarán tomando como base la Valoración Post Money del Primer Período, los cuales se han cuantificado en 33.500 USD más, un soporte mensual cuantificadas por un valor de MIL QUINIENTOS DÓLARES DE LOS E.E.U.U. (1.500 USD) **más cuarenta por ciento de lo anterior por carga prestacional en***

³³ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal: archivo40AportaPrueba - Sección 3.03- literal b. Sección 3.05 “Descripción de los aportes a la Sociedad durante el Primer Período”. Sección 5.01- literal d “Propiedad Intelectual sobre la Plataforma”

³⁴ Supersociedades. CuadernoPrincipal: archivo: 66AprotaPruebas: Folio 34

Ecuador, mensualmente. Este monto se cobrará a la Sociedad a partir del cuarto mes a la fecha en que Cyrius haya realizado su Aporte en los términos del Artículo III, es decir una vez hayan finalizado los tres (3) meses posteriores a la fecha del Segundo Pago. Sobre los montos no correrán intereses de ningún tipo, entre el momento de su causación y su capitalización en forma de aporte en industria. (f) **cualquier mayor valor por soporte que se requiera será pagado por la Sociedad como servicio, sin perjuicio de que la Asamblea de Accionistas de la Sociedad apruebe que se capitalice.**” (Resaltado fuera del texto)

Sobre la anterior disposición, el demandado Bock precisó que en el acuerdo quedó establecido que proveerían el servicio, se fijó el cobro de estos y una carga prestacional del 40% para asumir la remuneración de los trabajadores de Esdinamica Cía. Ltda. de Ecuador, lo cual encuentra asidero en los alusivos términos en los que se adoptó el anterior compromiso.

En lo concerniente, es importante resaltar que en el testimonio de Milton Abril, Representante Legal de Zyzei Digital³⁵ S.A.S, se le puso de presente el acta No. 010 de 29 de junio de 2018 de la Asamblea de Accionista³⁶ en la que participó y en la cual se aprobó la capitalización de la sociedad colombiana mediante la emisión de acciones con el fin de saldar una deuda que tenían con la referida compañía ecuatoriana, acta que reposa en el expediente y que da cuenta de lo establecido en el literal f de la estipulación mencionada, al pagar el pasivo de dicho modo; situación que evidencia, además, que era la empresa de Ecuador quien con pleno asentimiento de la demandante garantizó las obligaciones adquiridas en el acuerdo de inversiones.

A la par, y frente a los compromisos adquiridos por Cyrius, en el ítem del pacto de inversión denominado “condición de pago de los aportes” de la Sección 3.07 se dejó sentado que si la autorización no era otorgada por la DIAN debido a las fallas de la plataforma o por cualquier motivo atribuible a dicha sociedad, se

³⁵ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal:archivo107Audiencia.

³⁶ Supersociedades: Cuaderno Principal: Archivo43AportaPruebas- folio 48-57

entendería incumplido el contrato; es decir, se le impuso la carga de responsabilizarse por la habilitación legal para que la compañía colombiana pudiera desarrollar su objeto, obligación que efectivamente ejecutó el señor Bock en su condición de gerente de Esdinamico S.A.S, gestión en la cual fue esencial la implementación de la plataforma y los servicios de soporte para su operación prestados Esdinamico Cía. Ltda.

Lo anterior, se refleja en las manifestaciones de la Representante Legal de Esdinamico S.A.S., Ismary Lara Rodríguez³⁷, quién reconoció que el señor Bock en su condición de gerente trabajó articuladamente para obtener la certificación ISO 27001 necesaria para operar, y aseveró que los servicios proporcionados por Esdinamico Cía. Ltda. eran indispensables para el desarrollo de su objeto social, por ende, la compañía ecuatoriana los prestó desde el inicio de la operación y desde antes de enero de 2018. Señaló que el cobro de los mismos se inició en enero de 2018, y que existen unas facturas del año 2019 las cuales fueron reconocidas por prestaciones recibidas entre el 2018 y 2019, y hay otras que no han aceptado pues no fueron sustentadas.

Además, en el Acuerdo de Accionista, documento anexo que hace parte del negocio de inversión³⁸, se plasmó en el acápite de principios rectores, el deber de Hartmut Karl Bock Irigoyen de gestionar y liderar la operación de la sociedad colombiana mediante su mejor esfuerzo para cumplir con los esquemas operativos propuestos, y efectuar su administración “*bajo los mismos estándares operativos, financieros y legales de Esdinamico Ecuador*”, mandato que evidencia el compromiso de dirigir la sociedad constituida con las mismas pautas de calidad de su equivalente ecuatoriana. Misión demostrada en las líneas

³⁷ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal:archivo107Audiencia.

³⁸ CarpetaSuperSociedades: CuadernoPrincipal: archivo40AportaPrueba.folios 21-40.

anteriores, en las que vale resaltar, como lo hizo el señor Bock en su declaración, al advertir que era tan clara la relación de las dos compañías, que se manejaron como si fueran una sola, al punto que tienen el mismo nombre.

Ante la situación descrita queda totalmente demostrado que los servicios que Esdinamico Cía. Ltda. prestó a Esdinamico S.A.S corresponde a una obligación que se derivó del contrato de inversión efectuado en el año 2016, el cual, si bien, no fue directamente suscrito por aquella, sino por la sociedad Cyrius de Costa Rica, en las referidas disposiciones del pacto y de la ejecución de los compromisos, refule que la persona jurídica que realmente prestó los servicios pactados y adelantó la gestión necesaria para lograr la habilitación de la empresa colombiana para desarrollar su objeto social fue la compañía Ecuatoriana.

Caba agregar que, las circunstancias aducidas fueron claramente conocidas por Satelco al momento de suscribir el acuerdo, pues así se desprende: i) de los términos del mismo en donde quedó establecida la condición de accionista del señor Bock tanto de Cyrius como de Esdinamico Cía. Ltda.; ii) del dicho de su asesor que intervino en la estructuración del contrato de inversión y visitó las instalaciones de la compañía Ecuatoriana; iii) en sana lógica y por las reglas de la experiencia del *due diligence* que sin duda realizaron para transar las acciones con Hartmut Karl Bock Irigoyen, pues no es aceptable pretender aducir que un trato de tal magnitud se efectúe sin el pleno conocimiento de las capacidades y condiciones del inversor, máxime cuando su aporte aludía al *Know-How* para implementación de un nuevo negocio.

Asimismo, vale precisar que el Representante Legal de la demandante Zyyei Digital S.A.S, señor Milton Abril, adujo que al momento de adquirir las acciones de Satelco reconoció que en el contrato de inversión se hizo referencia a la sociedad Esdinamico

Cía. Ltda., y que para el momento en el que se emitieron acciones a favor de aquella para saldar una deuda de la compañía colombiana, no tenía duda sobre la calidad del señor Bock.

En consecuencia, para el caso en estudio, no es dable la teoría expuesta por la apelante, según la cual, Esdinamico Cía. Ltda. al no suscribir el contrato de inversión, en atención a los principios de la personificación jurídica independiente y la relatividad contractual, no podía consentir la prestación de unos servicios con fundamento en un vínculo del que no fue parte, pues es evidente que la compañía directamente y de manera voluntaria en atención a la estrecha relación con la sociedad de inversión Cyrius, la cual además se irradia en el texto del mencionado convenio, desarrolló las obligaciones plasmadas en el negocio de inversión, pues era esta sociedad la que realmente tenía la infraestructura y el *How-Know* para la operación.

También, la participación de Esdinamico Cía. Ltda., se ratifica con el acta definitiva que dio cuenta de la entrega de la plataforma y de todos los servicios que le permitieran a la sociedad colombiana operar de manera autónoma, en la que se dejó constancia que aquella había efectuado las transferencias de los mismos; además, precítese que su actuación y soporte en ningún momento fue rechazada por los accionista de Esdinamica S.A.S, por el contrario, en varias disposiciones del acuerdo de inversión y de accionistas, se aludió a la misma, e incluso, se estableció como un modelo rector de la administración de la sociedad colombiana.

Además, tampoco es de recibo el argumento en el cual se alega que la transferencia de la titularidad de plataforma a la compañía colombiana para implementar la facturación electrónica era un negocio totalmente diferente del controvertido en la presente causa, y el cual corresponde a la prestación de servicios por parte de Esdinamico Cía. Ltda. a Esdinamico S.A.S. en

asistencia técnica, soporte de la infraestructura tecnológica y cumplimiento de normas y requerimientos de la entidades para que pudiera operar, pues de las declaraciones antes expuestas y de las disposiciones del contrato de inversión antedichas, se evidencia que estos servicios eran complementarios y esenciales para el funcionamiento de la sociedad colombiana.

En lo atinente, se anota que tal era la importancia de los servicios discutidos en la presente causa, que el testigo Juan Manuel Ordoñez, quien intervino en la estructuración del negocio por parte de Satelco, manifestó que en cierta ocasión dada la importancia de las actividades proporcionados y dependencia que ello ocasionaba, la demandante propuso fusionar las compañías y pasar la participación a un Holding; en consecuencia, queda acreditado que los acuerdos en los que se pactó tal prestación tienen su origen en el referido contrato y que los mimos se proporcionaron pues eran indispensables para el desarrollo del objeto social de la sociedad colombiana.

Ahora, si bien, de las documentales que obran en el expediente está probado que el señor Hartmut Karl Bock Irigoyen ejerció como administrador de Esdinamico S.A.S entre el 21 de noviembre de 2016 y el 13 de julio de 2018³⁹, período durante el cual efectuó acuerdos verbales de prestación de servicios y soportes técnicos con la sociedad Esdinamico Cía. Ltda. de la cual era el socio mayoritario y, en virtud de los cuales, se emitieron sendos cobros, algunos reconocidos y otros no, lo cierto es que su actuación se dio en virtud de los compromisos preestablecidos en el *“Contrato de inversión para el desarrollo del negocio de facturación electrónica y productos relacionados en Colombia”*, suscrito el 21 de septiembre de 2016, el cual tenía como objetivo el desarrollo del negocio de la factura electrónica en Colombia y la adopción de los términos y

³⁹ Supersociedades: CuadernoPrincipial:02Demanda2021-folios 78-79.

condiciones que regirán la administración de la sociedad constituida. Compromisos adquiridos incluso antes de que este fuera nombrado gerente de la compañía colombiana, y aprobados por la Asamblea General de Accionista, tal como se observa en las actas 001 del 28 de septiembre de 2016 y 002 del 27 de octubre de 2016⁴⁰.

En consecuencia, no se advierte velo de mala fe o actuaciones oscuras que enturbien el deber de lealtad del demandado hacia Esdinamico S.A.S., pues la relación demostrada entre este y Esdinamico Cia. Ltda., fue conocida por los demás socios, debidamente informada en el contrato de inversión y aludida como referente en el acuerdo de inversionistas. Además, como se evidenció, el señor Bock durante su gestión cumplió con la obligación de obtener la habilitación de la sociedad colombiana para operar, y los servicios ofrecidos mediante los controvertidos acuerdos fueron indispensables para tal fin y el desarrollo de su objeto social.

Además, en lo argumentos del extremo activo no se advierte en qué forma o cómo afectó la conducta del demandado a la sociedad Esdinamica S.A.S, pues si bien, adujo que se facturaron algunas prestaciones que no fueron debidamente soportadas y que ello ocasionó algunos inconvenientes entre las partes, también, se anotó que estos cobros no fueron aceptados ni pagados. Además, que debido a ello, se efectuó finalmente la cesión de todos los derechos, servicios e infraestructura tecnológica de facturación electrónica a favor de la compañía colombiana, tal como lo adujo la representante legal en su testimonio y quedó establecido en el Acta No. 015 de la Reunión Extraordinaria de la Asamblea de Accionista del 17 de abril de 2020; por demás, vale precisar que no se probó que los servicios

⁴⁰ 30ContestacióndeDemanda: folios 85-109.

no se prestaron o en qué consistían los mismos, ni cómo dicha situación benefició los intereses particulares del demandado.

De conformidad con lo expuesto se concluye que en efecto, la parte demandante, no logró acreditar la existencia de un conflicto de interés por parte del señor Bock; no puede aceptarse los argumentos que endilgan una conducta ladina que está lejos de los hechos acreditados; no existen pruebas que den cuenta de una posible ardid para obtener beneficios particulares en desmedro de los intereses societarios de Esdinamico S.A.S., por el contrario, quedó demostrado que sus actuaciones atendieron los compromisos adquiridos en el acuerdo de inversiones y en procura de lograr la acreditación y operación de la misma en el negocio de facturación electrónica, lo cual, efectivamente logró.

De esta manera, tal como lo exige la jurisprudencia, no se halla un escenario en el que se contrapongan un fin particular propio o de un tercero con los intereses de la sociedad, por el contrario, se itera que el vínculo entre las compañías de Colombia y Ecuador, nació del acuerdo de inversión y tenía como único fin posicionar a aquella en el negocio de la facturación electrónica. Al respecto, se anota que la jurisprudencia citada es clara al exigir la existencia de un *“interés concreto y particular del asociado que puede ser propio o ajeno”* para estructurar el conflicto y, que de este, se derive un riesgo real de causar un daño a la sociedad, al punto de afectar la legitimidad de las acciones del administrador.

2.- Competencia de la Delegatura. (de acuerdo a la nota devolutiva estimo que aquí se deben hacer unos ajustes) La Superintendencia de Sociedades es una entidad administrativa a la que excepcionalmente le fue atribuido el ejercicio de la función jurisdiccional en ciertas materias predeterminadas por el legislador, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política el cual prevé en el inciso tercero que

"[e]xcepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas". La referida norma constitucional fue concretada en los apartados 8 y 13 de la Ley 270 de 1995, en los cuales se anotó que la disposición que otorgue dichas potestades excepcionales debe señalar las competencias, las garantías al debido proceso, así como las condiciones para garantizar los derechos de las partes.

Así entonces y en armonía con lo expuesto, se advierte que el legislador a través del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, le otorgó las siguientes funciones jurisdiccionales en asuntos societarios:

"(...) 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez.

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de

indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia de garantías mobiliarias.

PARÁGRAFO 1o. Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos.

Cuando las autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales, el principio de inmediación se cumple con la realización del acto por parte de los funcionarios que, de acuerdo con la estructura interna de la entidad, estén habilitados para ello, su delegado o comisionado.

(...) PARÁGRAFO 6o. Las competencias que enuncia este artículo no excluyen las otorgadas por otras leyes especiales por la naturaleza del asunto.”

En consecuencia, se le asignaron potestades jurisdiccionales para conocer de unos asuntos definidos en materia societaria, los cuales le generan competencia a prevención para tramitarlos, lo que implica que esta función coexista con la facultad propia de la justicia ordinaria para decidir en lo atinente

Y así lo entendió la Corte Constitucional al señalar en sentencias de constitucionalidad que el ejercicio jurisdiccional por las autoridades no judiciales implica una excepción al reparto de funciones entre las ramas del poder público, por lo tanto, en garantía de su limitación, el legislador debe determinar de manera concreta los asuntos consentidos y las autoridades facultadas, quienes deben contar con plena independencia e imparcialidad de quien desempeña la función judicial⁴¹.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1071 de 2002 MP Eduardo Montealegre Lynett.

En hilo de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, sobre las normas que conceden potestades judiciales a las autoridades administrativas, indicó que deben ser interpretadas con carácter restrictivo, pues son los jueces a quienes corresponde decidir las disputas que se presenten entre particulares. Al referirse específicamente a los asuntos societarios atribuidos a la Superintendencia, con el objeto de establecer el alcance de lo dispuesto en el literal *b* del numeral 5, manifestó:

*“f.-) Con los elementos normativos, jurisprudenciales y fácticos descritos, la Corte concluye que, verdaderamente, la accionada incurrió en una vía de hecho, pues, **al ser las competencias judiciales de la Superintendencia excepcionales y de interpretación restringida**, no resulta de recibo aceptar que, **dentro del grupo o conjunto de los “conflictos societarios”**, esté incluida una disputa planteada por una persona que, a la fecha de la demanda no era socia, y que, además, no es relativa a un aspecto propio del contrato social, sino que apareja un debate que no es de la esencia de su desarrollo, finalidad u objeto, valga decir, la nulidad absoluta de la venta de unas acciones por carencia de facultades en el mandatario.*

*Adviértase, en este sentido, que el concepto de “conflicto societario”, para los efectos de determinar la competencia atribuida a la Superintendencia de Sociedades en el literal b) del artículo 24 del Código General del Proceso, **de ninguna manera puede ser entendido como un espacio en el que entran todos los temas atinentes a una sociedad, directos o consecuenciales**, toda vez que ello sería tanto como aceptar, que lo excepcionalmente autorizado en el artículo 116 superior, pasó con la nueva reglamentación procesal a ser la regla general.*

*Y si desde esa perspectiva constitucional, restrictiva y limitada, debe ser comprendido el otorgamiento de atribuciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, es imperativo deducir que los “conflictos societarios”, para efectos estrictamente jurisdiccionales y en tratándose de las Sociedades por Acciones Simplificadas, no pueden ser otros que los previstos por el legislador en el artículo 40 de la ley 1258 que las regula, esto es, los concernientes a **“los accionistas entre sí”**, o con la sociedad o con sus administradores, en **“desarrollo del contrato social o del acto unilateral”**, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales”.⁴² (Resaltado fuera del texto)*

Sin embargo, recientemente, el máximo tribunal de cierre anotó a partir de una interpretación sistemática de los cánones

⁴² CSJ. Civil. Sentencia Rad. 2013-00456-01 del 16 de octubre de 2013. Mg. P. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ. Pg. 12-13.

2.2.3.4. y 2.2.3.5 del Decreto 1074 de 2015, que el análisis de los asuntos societarios por conflicto de interés o de competencia, como i) la declaración de responsabilidad de los administradores y ii) la nulidad absoluta de los actos ejecutados con desconocimiento de los deberes previstos en el artículo 7 de la Ley 222 de 1995, implican, además, por parte del juzgador, el estudio de los actos censurados por violación de la “ley” y, de forma consecuente, la reparación de los daños ocasionados o el derecho de retrotraer la situación, respectivamente. Al respecto en la Sentencia SC5509-2021, señaló:

“Se trata de disímiles mecanismos que por virtud de la ley se tramitan en el mismo proceso judicial: la acción dirigida a que se declare la responsabilidad de los administradores con la consecuente reparación de los daños ocasionados, y aquella que persigue la nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de quienes detentan la anotada función.

*Así se desprende de los artículos 4° y 5° del Decreto en cita . La primera disposición a la par que consagra la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios que hayan autorizado expresamente la realización de un acto “respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad” y lesivo de los intereses del ente moral, **prevé la posibilidad de perseguir la “declaratoria de nulidad que pudiese resultar de los actos amparados en tales decisiones por violación de la ley”.***

Con arreglo al segundo precepto, la causa judicial dirigida a “obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos”.

Allí también se podrá condenar al administrador a “indemnizar a quien hubiese causado perjuicios”, e incluso podrá sancionársele con la imposición de “multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar”⁴³.

Así entonces, la anterior providencia, ofrece a los asuntos mercantiles un panorama más amplio para efectuar los

⁴³ CSJ. Civil. Sentencia SC5509-2021 del 15 de diciembre de 2021. Mg. P. Hilda González.

pronunciamientos que le competen, con miras a obtener decisiones integrales de acuerdo a la naturaleza del tema debatido, y siempre que su conocimiento le corresponda por decisión del legislador.

Ahora, en atención al caso particular, se tiene que el juzgador declaró que Hartmut Karl Bock Irigoyen no revestía la calidad de representante de Esdinamico S.A.S. para la fecha real de suscripción del contrato de servicios de infraestructura tecnológica y asistencia técnica de facturación electrónica con Esdinamico Cía. Ltda., de agosto de 2018 y, en consecuencia, no fue firmado por el representante de la compañía colombiana; juicio que censura el recurrente al considerar que no tenía competencia para pronunciarse sobre el asunto.

En estas condiciones, revisada la providencia, se advierte que se confirmará la decisión segunda de la sentencia, pues la Sala no encuentra reparos en los argumentos expuestos por el fallador, quien se limitó a conceder lo estrictamente pretendido sin que hubiera efectuado un análisis sobre la validez o existencia del mencionado contrato; asunto que le compete decidir a la jurisdicción civil.

Pues bien, en lo referido a la calidad o no de representante legal del señor Bock para agosto de 2018, data en la cual confesó que suscribió a nombre de Esdinamico S.A.S. el contrato debatido con la finalidad de formalizar los servicios prestados en virtud de la relación comercial mantenida con Esdinamico Cía. Ltda., para la Sala no hay duda que corresponde a un conflicto societario, pues gira en torno a la determinación de la condición con la que actuó en el mencionado negocio jurídico, el cual tenía por objeto regular la asesoría y soporte técnico que se brindaba por el contratista en el desarrollo del objeto de la compañía.

Bajo la anterior perspectiva, debe precisarse que en las circunstancias particulares expuestas, al demostrarse que para la fecha en mención el demandado no tenía la representación de la sociedad, consecuentemente, el Superintendente debía declarar que en el aludido negocio, este no actuó en tal calidad, decisión que en modo alguno desbordó su competencia, pues la misma no devino de un análisis contractual de la relación que de manera verbal efectuaban con anterioridad, sino de la simple revisión y acreditación de lo contenido en el certificado de representación legal de Esdinamico S.A.S. Además, se itera que el fallador sólo accedió a lo deprecado sin hacer declaraciones concernientes a la existencia y validez del referido vínculo, máxime cuando la pretensión primera principal alusiva a la existencia del conflicto interés fue desestimada.

De otra parte, en cuanto al alegado desbordamiento del objeto del litigio, el cual, en consideración del defensor, debía limitarse al examen del conflicto de interés, pues es la única pretensión que encuentra sustento fáctico y normativo, se advierte que los argumentos expuestos obedecen a un análisis subjetivo ajeno a la interpretación integral que corresponde a la demanda; la cual soportó debidamente las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentaron los pedimentos.

3.-Omisión de pronunciamiento. Finalmente, en cuanto a la censura del extremo activo por la ausencia de pronunciamiento del fallador sobre los efectos de la no contestación de la demanda y la inasistencia injustificada de Esdinamico Cía. Ltda. a la audiencia inicial, al tenor de lo previsto en los artículos 97 y 372 del Código General del Proceso, por lo cual, debió considerar especialmente aquellos hechos relacionados a la concertación y fecha de los acuerdos para la prestación de los servicios controvertidos; se advierte que las referidas disposiciones sólo consagran una presunción legal de

confesión que debe ser valorada acorde con los criterios de la sana crítica, pues tal como lo prevé el artículo 197 del C.G.P. puede ser infirmada a partir de la apreciación conjunta de todos los medios de pruebas que realice el juzgador en atención del principio de libertad probatoria y en ausencia de una tarifa legal⁴⁴. Así entonces, el análisis efectuado en líneas precedentes es suficiente para tener por desvirtuada la confesión ficta que depreca respecto a los aludidos hechos, por lo tanto, la omisión en la referencia a esta situación no tiene para el caso en estudio incidencia respecto a las decisiones proferidas.

En virtud de lo expuesto, y estudiados los elementos necesarios para la solución de los asuntos definidos, se concluye que no les asiste la razón a los recurrentes, por lo cual se confirma la sentencia apelada, con la consecuente imposición de costas a las partes.

III DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022 por el Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante y demandada. La Magistrada Sustanciadora fija el valor de \$800.000.

⁴⁴ Sobre el asunto consultar: CSJ. Civil. Sentencia STC21575-2017 del 15 de diciembre de 2017. Mg P. Luis Armando Tolosa Villabona.

TERCER. DEVOLVER el expediente a su Despacho de origen. Oficiar y dejar las constancias que correspondan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Flor Margoth Gonzalez Florez
Magistrada
Sala Despacho 12 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada
Sala 016 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: **114451ecbafa3d915bc066b4e4690b5df1a289dc2784c8705589d753ee9f753f**

Documento generado en 07/10/2022 04:35:04 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

11001-31-03-015-2016-00812-01

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el día 30 de agosto del año en curso, por el Juzgado Dieciséis Civil Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuenta la aquí apelante para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022. Transcurrido dicho lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tiene, se pronuncie frente a las manifestaciones elevadas por las impugnantes.

En lo atinente a la alzada interpuesta por el curador *ad litem* de las personas indeterminadas, comoquiera que la decisión adoptada por la funcionaria de cognición no resulta desfavorable a quienes representa, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del canon 320 del C. G. del P., el remedio impugnativo invocado se declara **INADMISIBLE**.

Por Secretaría, una vez vencidos los mencionados términos, ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes deberán allegar el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

NOTIFÍQUESE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado

Sala 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: **e5317deb5065609514ff6f32a174e0a5014500eb4b8ad411f1f4fb4af6eb590e**

Documento generado en 07/10/2022 09:21:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá, D.C., siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

11001-31-99-001-2018-29515-01

La interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, agréguese a los autos y póngase en conocimiento de los intervinientes en esta litis para los fines legales pertinentes.

A efectos de continuar con el trámite que corresponde a esta instancia, se **REANUDA** el presente proceso.

En firme la presente decisión, ingresen nuevamente las diligencias al despacho, a fin de resolver lo que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE,

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado.**

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado

Sala 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: **f5af44fdbb6cf1382f40e1352606be4a6ce79a48ff6bb47078e8a3a32b973001**

Documento generado en 07/10/2022 09:20:17 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. SUAREZ OROZCO RV: Oficio 524-S-TJCA-2022 (475-IP-2019)

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 05/10/2022 9:27

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. SUAREZ OROZCO

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Tribunal de Justicia CAN <secretaria@tribunalandino.org>

Enviado: miércoles, 5 de octubre de 2022 9:13 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Oficio 524-S-TJCA-2022 (475-IP-2019)

Señor Doctor

Oscar Fernando Celis Ferreira

Secretario

Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia
Presente.-

De mi consideración:

Adjunto al presente sírvase encontrar en trece fojas útiles, copia certificada de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso de la referencia.

Así también, considerando lo dispuesto en la Interpretación Prejudicial notificada se remite la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4096 de 21 de octubre de 2020 la cual contiene la Interpretación Prejudicial 129-IP-2019 de fecha 7 de octubre de 2020

Sin otro particular, reitero a usted los sentimientos de mi consideración más distinguida distinguida.

Atentamente,

Luis Felipe Aguilar

Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Calle Portete E 11-27 y Gregorio Munga zona El Batán

Quito - Ecuador

(+593) 2 - 3801980 Ext. (5001)

www.tribunalandino.org.ec



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 4 de octubre de 2022
Oficio N° 524-S-TJCA-2022

Doctor

Oscar Fernando Celis Ferreira

Secretario

Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
República de Colombia.

Presente.-

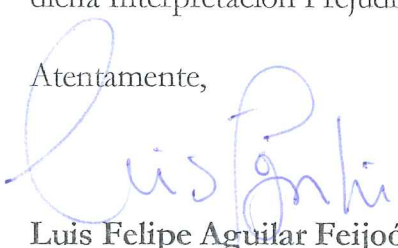
Referencia: 475-IP-2019 (Interpretación Prejudicial solicitada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia, expediente interno: 110013199001201829515 01)

De mi consideración:

Adjunto al presente sírvase encontrar en trece fojas útiles, copia certificada de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso de la referencia.

Por otra parte, en atención a que en el párrafo 5 de la Sección B: Cuestión Previa, de la Interpretación Prejudicial notificada, se establece que la autoridad consultante deberá remitirse a la Interpretación Prejudicial N° 129-IP-2019 de fecha 7 de octubre de 2020 respecto de «la interpretación de los Artículos 55, 81 y 85 de la Decisión 486, y las respuestas a las preguntas (iv), (v), (vi) y (vii)...», remito también la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4096 del 21 de octubre de 2020 en la que fue publicada dicha Interpretación Prejudicial.

Atentamente,


Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario General



Calle Portete E 11-27 y Gregorio Munga, zona El Batán, Quito, Ecuador
Teléfono (593 2) 380 1980 - E-mail: secretaria@tribunalandino.org
www.tribunalandino.org.ec



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 21 de septiembre de 2022

Proceso: 475-IP-2019

Asunto: Interpretación Prejudicial

Consultante: Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia

Expediente de origen: 2018-29515

Expediente interno del Consultante: 110013199001201829515 01

Referencia: Presunta infracción de los derechos de propiedad industrial del modelo de utilidad «FOTOCELDA INTELIGENTE PARA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA»

Norma a ser interpretada: Artículo 51 de la Decisión 486

Tema objeto de interpretación: Las reivindicaciones y el alcance de la protección conferida por una patente

Magistrado Ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano

VISTOS:

El Oficio N° C-3749 del 1 de noviembre de 2019, recibido vía correo electrónico el día 5 del mismo mes y año, mediante el cual la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**) la Interpretación Prejudicial de los Artículos 51 y 55 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la **Decisión 486**), a fin de resolver el proceso interno



Nº 110013199001201829515 01.

El Auto de fecha 5 de mayo de 2022, mediante el cual se admitió a trámite la solicitud de Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandantes: Telemetría Industrial Telemetrik S.A.S.
Oscar Darío Montoya Montoya
Gabriel Jaime Montoya Correa

Demandada: Excelec Internacional S.A.S.

B. CUESTIÓN PREVIA

1. Mediante Oficio N° 1003-101 de 2018 de fecha 28 de marzo de 2019, recibido vía correo electrónico el día 29 del mismo mes y año, el Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia (en adelante, el **Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC**) solicitó a este Tribunal la Interpretación Prejudicial del Artículo 55 de la Decisión 486, en el marco del expediente interno N° 2018-29515, vía consulta facultativa¹.
2. En atención a la referida solicitud, el TJCA emitió la Interpretación Prejudicial N° 129-IP-2019 de fecha 7 de octubre de 2020², en la que además de interpretar la norma solicitada, de oficio se interpretó los Artículos 81 y 85 de la Decisión 486.
3. Tomando en cuenta que se trataba de una consulta facultativa, el Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC no suspendió el trámite del proceso interno y emitió la sentencia de primera instancia el día 11 de junio de 2019, es decir, antes de recibir la Interpretación Prejudicial N° 129-IP-2019 emitida por este Tribunal.
4. Contra la referida sentencia de primera instancia, los demandantes presentaron recurso de apelación, el cual está siendo tramitado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la

¹ De conformidad con lo previsto en los Artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA y 122 de su Estatuto.

² Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 4096 del 21 de octubre de 2020. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204096.pdf>
(Consulta: 12 de septiembre de 2022)



República de Colombia (en adelante, la **autoridad consultante**), la cual formuló una nueva solicitud de Interpretación Prejudicial (obligatoria) que guarda correspondencia con la primera consulta, toda vez que existe identidad en cuanto a las partes del proceso y sobre una de las normas jurídicas solicitadas a interpretación. En esencia, se trata de los mismos asuntos jurídicos controvertidos.

5. De esta manera, la autoridad consultante debe remitirse a la Interpretación Prejudicial N° 129-IP-2019 de fecha 7 de octubre de 2020 respecto de la interpretación de los Artículos 55, 81 y 85 de la Decisión 486³, y las respuestas a las preguntas (iv), (v), (vi) y (vii)⁴, que están vinculadas directamente con el siguiente asunto jurídico controvertido:
 - Si el presunto uso realizado por la sociedad Excelec Internacional S.A.S., sobre la patente de modelo de utilidad «**FOTOCELDA INTELIGENTE PARA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA**» puede ser considerado como un uso de buena fe.
6. Con relación a los demás aspectos que no fueron incluidos en la primera consulta (facultativa), a continuación, se emitirá una nueva Interpretación Prejudicial, a fin de interpretar el Artículo 51 de la Decisión 486 y dar respuesta a las preguntas adicionales formuladas por la autoridad consultante, las cuales están vinculadas con el asunto controvertido planteado por los demandantes en el recurso de apelación.

C. HECHOS RELEVANTES DENTRO DEL PROCESO INTERNO

De conformidad con lo establecido en el Numeral 10.2 del Artículo 10 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales⁵, el Tribunal podrá referirse a los hechos materia del proceso interno cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada. En atención a ello, este Tribunal estima pertinente referirse a lo siguiente:

El Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC determinó, a través de la sentencia de primera instancia de fecha 11 de junio de 2019, que el producto presuntamente infractor ILU PLUS que fabrica y comercializa Excelec Internacional S.A.S. no reproduce todas y cada una de las reivindicaciones esenciales de la patente de modelo de utilidad

³ Ver tema 2 «Uso de un modelo de utilidad de buena fe por parte de un tercero no autorizado antes de la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud», pp. 6 y 7.

⁴ Ver respuestas a las preguntas N° 3.1. a 3.4., p. 7.

⁵ Aprobado por el Acuerdo 08/2017, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3146 del 29 de noviembre de 2017 y modificado por el Acuerdo 04/2018, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3284 del 14 de mayo de 2018.



«**FOTOCELDA INTELIGENTE PARA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA**», toda vez que se habría demostrado, mediante las pruebas aportadas al proceso interno, que el producto ILU PLUS no incluye un «módulo de comunicación IrDA de medición local». En consecuencia, declaró que no existía identidad entre las características del producto presuntamente infractor y la reivindicación ¹⁶, en la que se determina el alcance de protección de la patente presuntamente infringida.

Frente a esa decisión, los demandantes plantearon recurso de apelación y alegaron lo siguiente:

- Es cierto que el producto ILU PLUS que fabrica y comercializa Excelec Internacional S.A.S. no incluye en su composición un «módulo de comunicación IrDA de medición local», y que esta característica o elemento sí está presente en la reivindicación principal de su patente de modelo de utilidad «**FOTOCELDA INTELIGENTE PARA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA**»;
- Sin embargo, la ausencia de dicho módulo de comunicación IrDA de medición local en el producto ILU PLUS no es esencial, por lo tanto, sí existiría infracción a los derechos de propiedad industrial, pues para determinar el carácter esencial de los elementos o características incluidas en un modelo de utilidad debe analizarse la funcionalidad y el grado de incidencia de los mismos en la utilidad, ventaja o efecto técnico conferido por la patente.

D. ASUNTO CONTROVERTIDO

De la revisión de los documentos remitidos por la autoridad consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que el asunto controvertido planteado en la instancia de apelación consiste en determinar el alcance de la protección de las reivindicaciones de la

⁶ «1. Fotocelda inteligente para el control de luminarias LED o Sodio de alta presión para alumbrado público caracterizado porque comprende:

- una carcasa externa (1) que recubre los elementos;
- una fuente de alimentación (2) que suministra la energía al módulo de control;
- un módulo de control principal (3) que corresponde a una unidad de procesamiento central, conectado directamente a los elementos de la fotocelda;
- un medidor de energía;
- un módulo de comunicación RF (5) encargado de comunicarse con otros módulos de control ubicados en luminarias cercanas;
- **un módulo de comunicación IrDA de medición local;**
- una memoria;
- un módulo de sensores;
- un módulo de dimerización; y
- un módulo de control de encendido de luminaria.»

(Negrilla agregada).



patente de modelo de utilidad «**FOTOCELDA INTELIGENTE PARA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA**».

E. NORMA A SER INTERPRETADA

La autoridad consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los Artículos 51 y 55 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Únicamente se interpretará el Artículo 51 de la Decisión 486⁷ por ser pertinente.

No se interpretará el Artículo 55 de la Decisión 486, por las razones expuestas en el Acápite B de la presente Interpretación Prejudicial.

F. TEMA OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Las reivindicaciones y el alcance de la protección conferida por una patente.
2. Respuesta a las preguntas formuladas por la autoridad consultante.

G. ANÁLISIS DEL TEMA OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. **Las reivindicaciones y el alcance de la protección conferida por una patente**
 - 1.1. En atención a que el asunto controvertido dentro del proceso interno consiste en determinar el alcance de la protección de las reivindicaciones de la patente de modelo de utilidad «**FOTOCELDA INTELIGENTE PARA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA**», este Tribunal considera pertinente analizar el presente tema.
 - 1.2. De conformidad con la jurisprudencia uniforme de este Tribunal⁸, uno de los temas de mayor relevancia en el derecho de patentes es la determinación del objeto y el alcance de protección de una patente, cuyas características deben constar en un documento escrito que permita vislumbrar con la suficiente claridad y precisión el producto o el procedimiento al que se hace referencia.
 - 1.3. De esta forma, las reivindicaciones constituyen, jurídicamente hablando, el elemento de mayor importancia dentro de una solicitud de patente,

⁷ Decisión 486

«**Artículo 51.-** El alcance de la protección conferida por la patente estará determinado por el tenor de las reivindicaciones. La descripción y los dibujos, o en su caso, el material biológico depositado, servirán para interpretarlas.»

⁸ Ver Interpretación Prejudicial N° 170-IP-2015 de fecha 12 de noviembre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2635 del 25 de enero de 2016; y, N° 272-IP-2015 del 21 de septiembre de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2842 del 4 de noviembre de 2016.



pues es en ellas en las que la autoridad nacional competente encontrará los elementos necesarios para determinar lo que se pretende patentar. Posteriormente, y con el propósito de evaluar aquello que se considera nuevo y con nivel inventivo, realizará el análisis comparativo entre las reivindicaciones y el estado de la técnica.

- 1.4. Las reivindicaciones contienen o enuncian las características técnicas de la patente para el cual se reclama la protección jurídica mediante la concesión de una patente. Para que cumplan su finalidad deben ser claras y concisas y, además, deben estar soportadas por la descripción (Artículo 30 de la Decisión 486), que en definitiva sirve como parámetro interpretativo de aquellas. Además, es importante resaltar que, a diferencia de las reivindicaciones, la descripción puede estar compuesta por dibujos (Literal d de los Artículos 26 y 28 de la Decisión 486), y complementada con el depósito de material biológico, cuando corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 29 de la Decisión 486. Lo anterior, impone la carga de analizar la solicitud de patente de manera integral y sistemática.
- 1.5. Sobre el contenido de las reivindicaciones, el Manual Andino para el Examen de Patentes establece lo siguiente:

«(...)

4.2 Contenido de las reivindicaciones

Las reivindicaciones, así como la descripción, pueden contener fórmulas químicas o matemáticas, pero no dibujos. Las reivindicaciones pueden contener tablas, pero solo si su contenido hace deseable el uso de tablas.

Asimismo, las reivindicaciones deben contener todas las características técnicas esenciales de la invención. Ellas definen la solución al problema técnico que intenta resolver la invención.

Para efectos del examen, no se toma en cuenta como característica técnica de la invención la inclusión de términos relativos a aspectos no técnicos, como por ejemplo las ventajas comerciales, dado que el resultado o fin alcanzado de la invención no es una característica esencial a estos efectos. Sin perjuicio de ello, la inclusión de elementos no técnicos puede afectar la claridad de la reivindicación.

Una reivindicación debe incluir no solamente una enumeración de elementos, sino también indicar la relación funcional entre los mismos cuando para la persona versada en la materia ello no se desprenda de forma obvia de la misma definición del elemento.»⁹

⁹ Secretaría General de la Comunidad Andina, Manual Andino para el Examen de Patentes, patrocinado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), primera edición, Lima, 2022, p. 184. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/08/Manual_ANDINO_CAN_2022_fv_por_paginas_.pdf (Consulta: 12 de septiembre de 2022).



1.6. De conformidad con lo establecido en el Artículo 51 de la Decisión 486 el alcance de la protección que confiere una patente «estará determinado por el tenor de las reivindicaciones». Este entendimiento debe ser igualmente considerado en el momento de definir el alcance de la protección conferida por una patente de modelo de utilidad¹⁰, el cual estará del mismo modo delimitado por las reivindicaciones que fueron oportunamente aprobadas.¹¹

1.7. Sobre el particular, es pertinente señalar que el primer párrafo del Artículo 69 del Convenio sobre concesión de la Patente Europea (Convenio sobre la Patente Europea de 5 de octubre de 1973) es similar al citado Artículo 51 de la Decisión 486:

«Artículo 69. Alcance de la protección.

1. El alcance de la protección que otorga la patente europea o la solicitud de patente europea estará determinado por las reivindicaciones. No obstante, la descripción y los dibujos servirán para interpretar las reivindicaciones...»

(Subrayado agregado)

1.8. Al respecto, el Protocolo interpretativo del Artículo 69 del Convenio sobre concesión de la Patente Europea, adoptado en fecha 29 de noviembre de 2000¹², dispone lo siguiente:

«2. Protocolo interpretativo del artículo 69 CPE

Artículo 1. Principios generales.

El artículo 69 no deberá interpretarse en el sentido de que el alcance de la protección que otorga la patente europea haya de entenderse según el sentido estricto y literal del texto de las reivindicaciones y que la descripción y los dibujos sirvan únicamente para disipar las ambigüedades que pudieran contener las reivindicaciones. Tampoco debe interpretarse en el sentido de que las reivindicaciones sirvan únicamente de línea directriz y que la protección se extienda también a lo que, en opinión de una persona experta que haya examinado la descripción y los dibujos, el titular de la patente haya querido proteger. El artículo 69 deberá, en cambio, interpretarse en el sentido de que define entre esos extremos una posición que garantiza a la vez una protección equitativa para el solicitante de la patente y un grado razonable de

¹⁰ En lo que fuere pertinente, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 85 de la Decisión 486.

¹¹ *Op. cit.*, p. 221.

¹² Adoptado mediante el Acta de Revisión del Convenio sobre concesión de la Patente Europea (Convenio sobre la Patente Europea) de 5 de octubre de 1973, revisado el 17 de diciembre de 1991, hecho en Munich el 29 de noviembre de 2000. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2000/11/29/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2000/11/29/(2)) (Consulta: 12 de septiembre de 2022).



certidumbre a terceros.

Artículo 2. Equivalentes.

Para determinar la extensión de la protección otorgada por la patente europea, deberá tenerse debidamente en cuenta todo elemento equivalente a un elemento indicado en las reivindicaciones.»

(Subrayado agregado)

- 1.9. De esta manera, resulta evidente que es a partir del contenido de las reivindicaciones que se debe realizar una labor interpretativa para determinar el alcance de la protección de una patente. En aquellos casos en que la autoridad nacional debe resolver una presunta infracción a los derechos de propiedad industrial en materia de patentes de invención, las reglas para efectuar una adecuada interpretación de las reivindicaciones deben ser aplicadas de un modo equilibrado, esto es, realizando una interpretación que permita otorgar una protección suficiente e idónea al titular de la patente; y, a su vez, garantizar la suficiente seguridad y previsibilidad jurídica en favor de terceros.
- 1.10. En este mismo orden de ideas, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se ha pronunciado sobre la importancia de realizar una correcta interpretación de las reivindicaciones, a fin de determinar si la patente cumple con todas las condiciones y requisitos de patentabilidad; o, si podría ser objeto de una infracción a los derechos de propiedad industrial:

«En virtud de la legislación sobre patentes, los derechos exclusivos del titular de una patente dependen completamente de las reivindicaciones de la patente concedida. En caso de discrepancias respecto del alcance de esos derechos exclusivos, compete a los tribunales entender en todas las cuestiones relativas a la interpretación de la patente. Mediante la interpretación de las reivindicaciones de las patentes se procura determinar el sentido y alcance las palabras utilizadas. La interpretación de las reivindicaciones es importante en los litigios sobre patentes ya que permite determinar si la patente cumple todas las condiciones y requisitos de patentabilidad o si es objeto de infracción.»¹³

(Subrayado agregado)

- 1.11. En lo que respecta a la labor interpretativa de las reivindicaciones, la doctrina especializada¹⁴ ha hecho referencia a diversas reglas para

¹³ OMPI, *La P.I. y las empresas: Patentes de calidad: reivindicar lo que importa*. En: Revista de la OMPI, N° 1/2006, 2006.
Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2006/01/article_0007.html
(Consulta: 12 de septiembre de 2022).

¹⁴ Al respecto se puede consultar:



determinar el alcance de protección de la patente, a través del análisis e interpretación de las reivindicaciones.

La primera regla es la denominada «**literalidad o identidad**» de todos los elementos que componen las reivindicaciones. Para analizar si los elementos de un producto presuntamente infractor son idénticos a los elementos de las reivindicaciones de una patente protegida, el experto en la materia deberá confrontar o comparar cada uno de los elementos para determinar si existe o no una coincidencia literal entre ellos.

A modo de ejemplo:

- La patente perteneciente al señor José Rivera reivindica los siguientes elementos: **1a + 2b + 3c + 4d + 5f + 6i.**
- El producto que comercializa el señor Luis Pérez posee los siguientes elementos: **1a + 2b + 3c + 4d + 5f + 6i.**

Como se puede observar, en esta situación la labor del experto en la materia será realizar un examen comparativo para confrontar cada uno de los elementos, tanto de la patente perteneciente al señor José Rivera como de aquellos que forman parte del producto presuntamente infractor que comercializa el señor Luis Pérez, para determinar que efectivamente este último coincide de forma literal en cada uno de los elementos, por lo que se podría concluir que sí existe una infracción a los derechos de propiedad industrial.

En cuanto a la segunda regla, esta se aplica cuando para el experto en la materia no exista propiamente una identidad entre las reivindicaciones, que le permita confirmar o descartar una infracción literal de la patente, por lo que podrá optar por realizar una «**evaluación equivalente**», es decir, un análisis de los elementos de la reivindicación en los que no se presenten diferencias relevantes, para determinar la existencia de una infracción por «equivalencia».

A modo de ejemplo:

Diego F. Ortega Sanabria, *Análisis del alcance de protección de patente bajo una interpretación por equivalencia: la experiencia de la administración peruana*. En: «Simposio sobre el Régimen de Propiedad Industrial Comunidad Andina», agosto, 2015, p. 277.
 Disponible en: https://issuu.com/quioscosic/docs/simposio_versionweb/278
 (Consulta: 12 de septiembre de 2022).

Rosselló Baldo Kresalja, *El alcance de la protección de la patente de invención otorgada por el artículo 51 de la Decisión 486 y la aplicación de la Doctrina de los Equivalentes*. En: «Anuario Andino de Derechos Intelectuales», N° 7, año VII, Lima, 2011, p. 203.
 Disponible en:
<http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario07/art08/ANUARIO%20ANDINO%20ART08.pdf>
 f
 (Consulta: 12 de septiembre de 2022).



La patente perteneciente al señor Carlos Pérez reivindica los siguientes elementos **1a + 2b + 3c + 4d + 5d + 6e**.

- El producto que comercializa el señor Juan Rojas posee los siguientes elementos **1a + 2b + 3c + 4d + z1 + x1**.

En el ejemplo planteado se observa que el producto que comercializa el señor Juan Rojas contiene características que guardan correspondencia con algunos de los elementos de las reivindicaciones de la patente perteneciente al señor Carlos Pérez. Sin embargo, cabe la posibilidad de que, a pesar de estas coincidencias, no todos los elementos resulten idénticos o que no exista una coincidencia literal.

Como es evidente en el caso planteado, al no existir una identidad entre uno o varios de los elementos de las reivindicaciones de la patente y los del producto presuntamente infractor, que determinen la existencia de una infracción literal de dichas reivindicaciones, la autoridad nacional competente podrá aplicar el denominado «test de triple identidad sustancial», que consiste en determinar si los elementos del objeto que es materia de denuncia que son diferentes a uno o varios de los elementos de la reivindicación protegida desempeñan la misma función, a partir de un mismo modo y con idénticos resultados a los que componen el objeto o procedimiento protegido. Así, se considerarán equivalentes a los elementos de las reivindicaciones de la patente protegida, a aquellos que componen el producto o procedimiento denunciado que operen del mismo modo, tengan la misma función y obtengan el mismo resultado.

Así, por ejemplo, si la reivindicación alude a que el producto patentado se encuentra incorporado a un soporte a través de «clavos», por equivalencia habrá identidad si el producto que comercializa un tercero está incorporado a un soporte a través de «tornillos», pues en este ejemplo los clavos y los tornillos operan del mismo modo, tienen la misma función y consiguen el mismo resultado.

- 1.12. En consecuencia, la protección conferida a una patente no debe limitarse al estricto significado literal de las palabras utilizadas para describir sus reivindicaciones¹⁵, pues para determinar el alcance de la protección también podrá tomarse en consideración cualquier elemento que sea equivalente a uno así especificado. Debe tenerse presente que, sea bajo un análisis por identidad o por equivalencia, todos los elementos que

¹⁵ En este mismo sentido la OMPI ha expresado lo siguiente: «[e]l alcance de la protección conferida por una patente puede extenderse más allá de la redacción literal de las reivindicaciones con arreglo a la doctrina de equivalentes.»

OMPI, *La P.I. y las empresas: Patentes de calidad: reivindicar lo que importa*. En: Revista de la OMPI, N° 1/2006, 2006.

Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2006/01/article_0007.html
(Consulta: 12 de septiembre de 2022).



Integran las reivindicaciones de la patente son esenciales.

1.13. Sobre la base de lo expuesto y considerando que la Decisión 486 no hace una referencia específica a la doctrina de la equivalencia para interpretar las reivindicaciones, las autoridades nacionales podrán tomar en consideración, en el momento de realizar el análisis sobre el alcance de protección de una patente para determinar la existencia o no de una infracción a los derechos de propiedad industrial del titular, la aplicación de los siguientes criterios meramente orientativos y no taxativos:

- i. **La realización de un examen literal de las reivindicaciones, es decir, de cada uno de los elementos que las componen:** Si al realizar el análisis de las reivindicaciones coinciden en su literalidad, la autoridad nacional podrá determinar, sobre la base del resultado comparativo, que sí existe infracción a los derechos de propiedad industrial. En este caso, se considerará que existe infracción cuando cada uno de los elementos de las reivindicaciones de la patente se encuentran presentes en su totalidad, caso en el cual, se estará en presencia de una infracción literal.
- ii. **La realización de un examen aplicando la doctrina de los equivalentes:** Si luego de aplicar el primer criterio, la autoridad nacional considera que el examen literal de las reivindicaciones resulta insuficiente y no permite determinar la identidad de los elementos que las componen, la autoridad nacional competente podrá tomar en cuenta y aplicar la doctrina de la equivalencia, a través de la aplicación del «test de triple identidad sustancial».

De esta manera, la autoridad nacional competente podrá establecer si los elementos del objeto que es materia de denuncia que no son idénticos a los de la materia reivindicada por la patente resultan equivalentes, a cuyo efecto deberá analizar si desempeñan la misma función, operan del mismo modo y si cumplen el mismo resultado técnico, caso en el cual se confirmará la existencia de una infracción en aplicación de la doctrina de los equivalentes.

1.14. En esa línea, la autoridad nacional competente debe considerar en el análisis e interpretación de las reivindicaciones, que estas contienen todas las características técnicas de la invención, las cuales definen la solución a un problema técnico, que precisamente se intenta resolver mediante la invención. Así, aun cuando no exista identidad plena entre los elementos que constan en la reivindicación de una patente y aquellos que forman parte del producto o procedimiento supuestamente infractor, en aplicación de los principios de primacía de la realidad, verdad material y justicia material, la autoridad nacional podrá evaluar si existe correspondencia entre las características técnicas en conflicto y la forma



o modo en que esas características permiten solucionar el mismo problema técnico.

- 1.15. Este Tribunal ya se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia en el sentido de que al derecho de propiedad industrial se le aplica el principio de primacía de la realidad¹⁶.
- 1.16. Por virtud del principio de primacía de la realidad, corresponde utilizar la doctrina de las equivalencias al momento de analizar las reivindicaciones y el alcance de la protección conferida por una patente. En tal sentido, el uso de la doctrina de las equivalencias es válido para analizar una infracción a los derechos de propiedad industrial provenientes de una patente, sea esta de invención o de modelo de utilidad.
- 1.17. Por lo tanto, se deberán observar los criterios expuestos en el presente acápite a fin de que la autoridad consultante determine el alcance de la protección de las reivindicaciones de la patente de modelo de utilidad **«FOTOCELDA INTELIGENTE PARA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA»**.

2. Respuestas a las preguntas formuladas por la autoridad consultante

Antes de dar respuesta a las preguntas formuladas por la autoridad consultante, es necesario precisar que este Tribunal no brindará una respuesta que resuelva el caso en concreto ni calificará los hechos materia del proceso. Esta corte internacional se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

2.1. ¿A qué se refiere el Artículo 51 de la Decisión 486 cuando menciona «el tenor de las reivindicaciones», para determinar el alcance de protección conferido a una patente?»

Para dar respuesta a esta pregunta, la autoridad consultante debe remitirse a lo señalado en el Tema 1 del Apartado G de la presente Interpretación Prejudicial.

2.2. ¿Admite el «tenor» mencionado en el Artículo 51 de la Decisión 486 que el alcance de protección de una patente pueda extenderse a elementos equivalentes?

En efecto, el término «tenor» mencionado en el Artículo 51 de la Decisión 486 se extiende a los elementos equivalentes. Para mayor amplitud de la

¹⁶ Ver Interpretaciones Prejudiciales números 434-IP-2016 de fecha 13 de octubre de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2955 del 8 de marzo de 2017; 471-IP-2016 de fecha 11 de mayo de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3319 del 20 de junio de 2018; y, 531-IP-2018 de fecha 26 de febrero de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3632 del 16 de mayo de 2019.

respuesta, la autoridad consultante debe remitirse a lo señalado en el Tema 1 del Apartado G de la presente Interpretación Prejudicial.

2.3. En caso de responder afirmativamente a la pregunta anterior **¿Cuáles son los requisitos para que haya infracción por equivalencia?**

Para dar respuesta a esta pregunta, la autoridad consultante debe remitirse a lo señalado en el Tema 1 del Apartado G de la presente Interpretación Prejudicial.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante al resolver el proceso interno N° **11001319900120182951501**, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que la presente Interpretación Prejudicial ha sido aprobada por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 21 de septiembre de 2022, conforme consta en el Acta 38-J-TJCA-2022.

Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario

Notifíquese a la autoridad consultante y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.





SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

PROCESO 84-IP-2019	Interpretación Prejudicial Consultante: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 11001032400020140022600 Referencia: Signo FIGURATIVO ¹ 2
PROCESO 129-IP-2019	Interpretación Prejudicial Consultante: Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 2018-129515 Referencia: Patente de modelo de utilidad “FOTO CELDA INTELIGENTE PARA LA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA” 17
PROCESO 265-IP-2019	Interpretación Prejudicial Consultante: Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Cuenca de la República del Ecuador Expediente interno del Consultante: 01501-2019-00022 Referencia: Control posterior de las autoridades aduaneras de los Países Miembros 25

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

Quito, 07 de octubre de 2020

Proceso: 129-IP-2019

Asunto: Interpretación Prejudicial

Consultante: Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 2018-129515

Referencia: Patente de modelo de utilidad "FOTO CELDA INTELIGENTE PARA LA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA"

Normas a ser interpretadas: Artículos 55, 81 y 85 de la Decisión 486

Temas objeto de interpretación:

1. Definición de modelo de utilidad. Normas de patentes de invención aplicables a los modelos de utilidad
2. Uso de un modelo de utilidad de buena fe por parte de un tercero no autorizado antes de la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud

Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

VISTOS:

El Oficio N° 1003-101 de 2018 de fecha 28 de marzo de 2019, recibido vía correo electrónico el 29 del mismo mes y año, mediante el cual el Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, solicitó la Interpretación Prejudicial del Artículo 55 de la Decisión





486 de la Comisión de la Comunidad Andina, a fin de resolver el proceso interno N° 2018-129515, y;

El Auto de 16 de julio de 2020, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandantes: TELEMETRIA INDUSTRIAL TELEMETRIK S.A.S.

ÓSCAR DARÍO MONTOYA MONTOYA

GABRIEL JAIME MONTOYA CORREA

Demandado: EXCELEC INTERNATIONAL S.A.S.

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

De la revisión de los documentos remitidos por el Consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que el tema controvertido son los siguientes:

1. Si existió infracción de los derechos sobre la patente de modelo de utilidad "FOTO CELDA INTELIGENTE PARA LA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA" por parte de EXCELEC INTERNACIONAL S.A.S.
2. Si el presunto uso realizado por la sociedad EXCELEC INTERNACIONAL S.A.S. sobre la patente de modelo de utilidad "FOTO CELDA INTELIGENTE PARA LA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA" puede ser considerado como un uso de buena fe.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

El Consultante solicitó la Interpretación Prejudicial del Artículo 55 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina¹, el cual se interpretará por ser pertinente.

Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 55.- Sin perjuicio de las disposiciones sobre nulidad de la patente previstas en la presente Decisión, los derechos conferidos por la patente no podrán hacerse valer contra una tercera persona que, de buena fe y antes de la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud sobre la que se





De oficio se llevará a cabo la interpretación de los Artículos 81 y 85 de la Decisión² antes mencionada con la finalidad de tratar la definición de modelo de utilidad y el tema de las normas aplicables a las patentes de modelo de utilidad

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Definición de modelo de utilidad. Normas de patentes de invención aplicables a los modelos de utilidad.
2. Uso de un modelo de utilidad de buena fe por parte de un tercero no autorizado antes de la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud.
3. Respuesta a las preguntas formuladas por el Consultante.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Definición de modelo de utilidad. Normas de patentes de invención aplicables a los modelos de utilidad
 - 1.1. Como el caso bajo estudio versa sobre un modelo de utilidad, el Tribunal estima necesario determinar qué es el modelo de utilidad y cuáles son las normas que lo regulan en el marco del ordenamiento jurídico comunitario andino.
 - 1.2. El Artículo 81 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina define al modelo de utilidad en los siguientes términos:

"Artículo 81.- Se considera modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto

concedió la patente, ya se encontraba utilizando o explotando la invención, o hubiere realizado preparativos efectivos o serios para hacerlo.

En tal caso, esa persona tendrá el derecho de iniciar o de continuar la utilización o explotación de la invención, pero este derecho sólo podrá cederse o transferirse junto con el establecimiento o la empresa en que se estuviese realizando tal utilización o explotación."

"Artículo 81.- Se considera modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.

Los modelos de utilidad se protegerán mediante patentes."

Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. –

"Artículo 85.- Son aplicables a las patentes de modelo de utilidad, las disposiciones sobre patentes de invención contenidas en la presente Decisión en lo que fuere pertinente, salvo en lo dispuesto con relación a los plazos de tramitación, los cuales se reducirán a la mitad. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo establecido en el artículo 40 quedará reducido a doce meses."





técnico que antes no tenía. Los modelos de utilidad se protegerán mediante patentes.”

1.3. La doctrina sobre el tema expresa:

“Podemos definir al modelo de utilidad como toda forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos de objetos conocidos que se presten a un trabajo práctico, cuando importen una mejor utilización en la función a que estén destinados, sin que la nueva forma o el cambio de forma implique adquisición de un nuevo conocimiento científico”.³

1.4. En términos generales se puede definir al modelo de utilidad como una invención pequeña o menor, que proporciona una utilidad o una ventaja de carácter técnico aplicado sobre algo ya conocido, por lo que se le considera, de menor exigencia inventiva, con respecto a la patente de invención.⁴

1.5. El modelo de utilidad se refiere a invenciones que ofrecen solución a un problema técnico y, al igual que sucede en el caso de las patentes de invención, el registro le otorga a su titular un derecho de uso exclusivo sobre el modelo de utilidad que le significará beneficios de carácter económico. Su diferencia radica en que su exigencia inventiva, y avance tecnológico es menor, debido a que se trata de una ventaja en su empleo o fabricación. En pronunciamientos del Tribunal se ha precisado que sus características fundamentales son:⁵

- a) Se trata de una invención: Aunque el modelo de utilidad es una invención menor, sigue siendo una invención; por lo que de ella puede desprenderse la novedad y la actividad inventiva del autor de la ventaja, beneficio, mejora, utilidad o efecto técnico nuevo que se traduce en un artefacto, instrumento, herramienta o mecanismo que se agrega al objeto ya existente.
- b) Tiene forma definida de un objeto: Se trata de una cosa especialmente delimitada, no de un procedimiento o una sustancia.
- c) Mejora o perfecciona un bien proporcionándole una ventaja o beneficio que antes no tenía: Esa forma adicional debe reportar una ventaja práctica o utilidad nueva que se manifestará en el empleo o en la manufactura del objeto cuya protección se pretende.”

1.6. El modelo de utilidad recae sobre un objeto ya existente, proporcionándole a este una ventaja, beneficio o utilidad que no tenía. Lo anterior es

³ Daniel R. Zuccherino, *Patentes de Invención*, Editorial AD-HOC. S.R.L., 1998, Buenos Aires, p. 66.

⁴ Ver Interpretación Prejudicial N° 73-IP-2011 de fecha 9 de noviembre de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2032 del 22 de marzo de 2012.

⁵ Ver Interpretación Prejudicial N° 43-IP-2001 de fecha 24 de agosto de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 716 del 18 de septiembre de 2001.





sumamente importante, ya que en esto se diferencia de la patente de invención y de ahí se origina que a los modelos de utilidad se los denomine "invenciones menores". Sobre lo anterior Zuccherino ha expresado lo siguiente:

"(...) La patente recae sobre un producto o procedimiento desconocido con anterioridad. El modelo de utilidad protege innovaciones técnicas (conformación, dispositivo, mecanismo, estructura nueva) que afectan siempre a objetos ya conocidos (ya empleados para un uso determinado) con la condición de que les confiera una mayor eficacia o comodidad para desempeñar su fin".⁶

1.7. El Artículo 82 de la Decisión 486 claramente dispone que no podrán ser considerados como modelo de utilidad las obras plásticas, de arquitectura, los objetos que tuvieran exclusivamente un carácter estético, ni tampoco los procedimientos y las materias excluidas de la protección por la patente de invención. (párrafo nuevo para incluir el Artículo 82 de la Decisión 486.

1.8. Ahora bien, el Artículo 85 de la Decisión 486, establece las normas aplicables con relación a la patente de modelo de utilidad, conforme al siguiente enunciado:

"Artículo 85.- Son aplicables a las patentes de modelo de utilidad, las disposiciones sobre patentes de invención contenidas en la presente Decisión en lo que fuere pertinente, salvo en lo dispuesto con relación a los plazos de tramitación, los cuales se reducirán a la mitad. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo establecido en el artículo 40 quedará reducido a doce meses".

1.9. De conformidad con el artículo antes referido, los requisitos de patentabilidad, el procedimiento de concesión y las normas sobre la protección de las patentes de invención son perfectamente aplicables a los modelos de utilidad teniendo en cuenta las particularidades propias, tal como sería el caso de los plazos los cuales se reducirán a la mitad de los establecidos para las patentes de invención.

1.10. En conclusión, el modelo de utilidad constituye una categoría de la propiedad industrial, cuya exigencia inventiva, valor científico y avance tecnológico es menor al de una patente de invención, debido a que más bien se trata de un perfeccionamiento técnico que se traduce en una mejora de tipo práctico o en una ventaja funcional en su empleo o fabricación y/o un efecto beneficioso en cuanto a la aptitud del objeto para satisfacer una necesidad humana.

⁶

Daniel R. Zuccherino, *Patentes de Invención*, Ob. cit., p. 68.





2. Uso de un modelo de utilidad de buena fe por parte de un tercero no autorizado antes de la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud⁷
- 2.1. En atención a que en el proceso interno se alegó el presunto uso de mala fe del modelo de utilidad denominado "FOTO CELDA INTELIGENTE PARA LA GESTIÓN REMOTA Y CONTROL EN SISTEMAS DE ILUMINACIÓN PÚBLICA" por parte de la sociedad EXCELEC INTERNACIONAL S.A.S. corresponde analizar el presente tema.
- 2.2. De conformidad con el Artículo 85 de la Decisión 486, son aplicables a las patentes de modelo de utilidad las normas sobre patentes de invención, razón por la cual a continuación, se procede a desarrollar el marco teórico del uso de buena fe de una patente de invención con el fin de que el juez lo aplique a la figura del modelo de utilidad en lo que fuere pertinente.
- 2.3. El Artículo 55 de la Decisión 486 prevé que, aparte de las disposiciones sobre nulidad de la patente, los derechos conferidos por la patente no podrán hacerse valer contra una tercera persona que, de buena fe y antes de la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud sobre la que se concedió la patente, ya se encontraba utilizando o explotando la invención, o hubiere realizado preparativos efectivos o serios para hacerlo. En tal caso, esa persona tendrá el derecho de iniciar o de continuar la utilización o explotación de la invención, pero este derecho sólo podrá cederse o transferirse junto con el establecimiento o la empresa en que se estuviese realizando tal utilización o explotación.

La doctrina especializada entiende a esta otra figura de derechos de un tercero no autorizado frente a una patente, como el derecho de *pre uso* cuyas características esenciales para que aplique esta excepción, son: la existencia de hechos que den lugar a la aplicación del derecho de uso previo (es decir que con anterioridad a la fecha de la invención o de presentación de la solicitud de patente, un tercero realice actos de explotación de la invención; hechos que deberán ser debidamente probados); el territorio sobre el cual deben haber tenido lugar tales hechos (se entiende corresponde al País Miembro donde existe la controversia, pues la norma habla del "establecimiento o la empresa" que da una delimitación geográfica); la limitación en función de las circunstancias en que hubiera tenido lugar el acceso a la invención por parte del tercero (es decir, la buena fe que se presume, salvo prueba en contrario); la consecuencia del derecho de uso previo (el tercero tiene derecho a continuar realizando el acto, que la norma se refiere como utilizar y explotar la invención. A pesar de la concesión de la patente se autoriza al tercero a utilizar la invención en las necesidades de su negocio); y la transmisión (el

⁷ De modo referencial, ver la Interpretación Prejudicial N° 20-IP-2016 de 11 de mayo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3057 de fecha 06 de julio de 2017.



derecho de *preuso* sólo se puede transferir conjuntamente con el establecimiento o la empresa en la que se utiliza la invención)⁸.

3. Respuesta a las preguntas formuladas por el Consultante

Antes de dar respuesta a las siguientes preguntas formuladas por el Consultante, es necesario precisar que este Tribunal no brindará respuestas que resuelvan el caso concreto, siendo que se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como tampoco calificará los hechos materia del proceso.

3.1. ¿La excepción consagrada en la norma consultada es aplicable a las patentes de modelos de utilidad?

Para dar respuesta a esta pregunta, el Consultante debe remitirse a lo señalado en el Tema 1 del Apartado E de la presente Interpretación Prejudicial.

3.2. ¿Cuáles son los criterios necesarios para considerar que ha existido un uso o explotación anterior?

Para dar respuesta a esta pregunta, el Consultante debe remitirse a lo señalado en el Tema 2 del Apartado E de la presente Interpretación Prejudicial.

3.3. ¿La utilización de buena fe se puede predicar de un tercero que contribuyo en la fabricación de la creación patentada?

Para dar respuesta a esta pregunta, el Consultante debe remitirse a lo señalado en el Tema 2 del Apartado E de la presente Interpretación Prejudicial.

3.4. ¿Cuál es el alcance de concepto de utilidad anterior de la invención que consagra la norma consultada?

Para dar respuesta a esta pregunta, el Consultante debe remitirse a lo señalado en el Tema 2 del Apartado E de la presente Interpretación Prejudicial.

⁸ Vidal-Quadras, Miguel. *El derecho de preuso como excepción a la infracción de una patente: El derecho a seguir haciendo lo que uno venía haciendo o para lo que se había preparado*. Trias de Bes. En:

http://www.ub.edu/centrepatents/pdf/doc_dilluns_CPVidalQuadras_El_derecho_de_preuso_como_excepcion_infraccion_patente.pdf. (Revisado al 22 de julio de 2020.)





En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por el Consultante al resolver el proceso interno N° 2018-129515, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal f) del Artículo Primero de la Resolución 05/2020 de 10 de abril de 2020, certifica que la presente Interpretación Prejudicial fue aprobada con el voto de los Magistrados Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Luis Rafael Vergara Quintero, Hugo R. Gómez Apac y Gustavo García Brito en la sesión judicial de fecha 07 de octubre de 2020, conforme consta en el Acta 18-J-TJCA-2020.

Luis Felipe Aguilar Feijoó
SECRETARIO

Notifíquese al Consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

| PROCESO 129-IP-2019 |



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D. C., siete de octubre de dos mil veintidós

11001 3199 002 2019 00276 02

Ref. Proceso verbal de ejercicio abusivo del derecho de voto de Miguel Ángel Álvarez Martínez y Margarita María Pedroza Vargas frente a Inversiones DIN S.A., Inversiones Rinde S.A.S., sociedad de Inversiones Macros S.A.S., sociedad de Inversiones Calma S.A.S., Marlies Álvarez Geb Bruegger, Maria Cristina Álvarez Bruegger, Miguel Ángel Casalins Álvarez y Miller René Méndez Almario.

Se resuelve la apelación que formularon quienes integran el extremo pasivo del litigio (salvedad hecha de Miguel Ángel Casalins Álvarez), contra el auto de 3 de noviembre de 2021 (modificado según auto de 24 de mayo de 2022), mediante el cual la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades aprobó la liquidación de costas en el proceso verbal de la referencia, en la suma de \$3'511.212 (por concepto de agencias en derecho).

La apelación se asignó por reparto al suscrito Magistrado el 15 de septiembre de 2022.

Alegaron los inconformes que, por mandato del numeral 4° del artículo 366 del C. G. del P., era aplicable el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16 - 10554 de 2016, para fijar las agencias en derecho a incluir en la liquidación de costas; que, en virtud del Acuerdo, ha de reconocerse por ese rubro “entre el 3% y el 7.5% de lo pedido”; que el valor de las pretensiones dinerarias alcanzó la suma de \$9'761.812.387, cuyo 3% equivale a \$292'854.387 y que, el monto reconocido en el auto apelado es muy inferior al porcentaje indicado.

Para decidir se CONSIDERA:

1. A partir de lo planteado por los apelantes, vale decir, de lo que se reseñó en los antecedentes de esta providencia, que es lo que marca el ámbito de decisión del juez de segunda instancia (art. 320 del C. G. del P.), en el criterio del suscrito Magistrado, no hay lugar a modificar la liquidación de costas procesales que efectuó el fallador *a quo*, quien, en últimas reconoció como tal la cantidad de \$3'511.212 (4 SMLMV¹).

Aquí es punto pacífico que la liquidación de marras está regulada por el numeral 4° del artículo 366 del C. G. del P., por cuya virtud, la fijación de agencias

¹ 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2020.
OFYP 2019 00276 02

en derecho ha de ceñirse a las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, es decir, el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

La discrepancia entre lo resuelto por el juez accidental *a quo*, y la percepción de los recurrentes recae sobre otro tema: para el primero, la cuantía de esas agencias aquí debía fijarse “entre 1/2 y 4 S.M.M.L.V”, esto en atención a lo que el Acuerdo en mención consagra en sus artículos 3° y 5° (numeral 8°)², al paso que los apelantes defendieron la aplicación de las pautas contenidas en el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, razón por la cual insistieron en un reconocimiento no inferior a \$292’854.387 (3% de la implicación pecuniaria de las pretensiones incoadas con la demanda, \$9’761.812.387).

Contrario a lo sostenido por los recurrentes, no resulta aplicable el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, cuyas pautas están dispuestas para calcular el monto de las agencias en derecho en situaciones disímiles a las que aquí se configuraron, *v. gr.*, cuando el proceso judicial culmina con una sentencia absolutoria, declarativa o condenatoria (ver num. 1° del art. 365 C. G. del P.).

En el asunto de marras, se reitera, se presentó la situación que regulan los artículos 3° y 5° (numeral 8°) del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, pues por auto de 5 de noviembre de 2020 se decretó la terminación del proceso, en tanto que se declaró probada la excepción previa de cláusula compromisoria. Esa fue la única actuación que ofrece incidencia en la tasación de las agencias en derecho.

Por lo anterior, no es factible reconocer el elevado rubro que aquí reclaman los apelantes (\$292’854.387), pues en armonía con el numeral 4° del artículo 366 del C. G. del P., en su reconocimiento el fallador no podrá “exceder el máximo de dichas tarifas”, vale decir, en esta oportunidad las previstas en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 (art. 5° num. 8°).

Ya se anotó que, a los demandados se les reconoció la cantidad de \$3’511.212, equivalente al tope máximo, de 4 SMLMV del año 2020.

² “**Artículo 3°.** Clases de límites. Cuando las agencias en derecho correspondan a procesos en los que se formularon pretensiones de índole pecuniario, o en los que en la determinación de la competencia se tuvo en cuenta la cuantía, las tarifas se establecen en porcentajes sobre el valor de aquellas o de ésta. Cuando la demanda no contenga pretensiones de dicha índole, o cuando se trate de la segunda instancia, de recursos, o de incidentes y de asuntos asimilables a los mismos, las tarifas se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, en delante S.M.M.L.V.”

“Artículo 8°. Las tarifas de agencias en derecho son: **8.** Incidentes y asuntos asimilables, tales como los reseñados en el numeral 1 del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012. Cuando se trate de trámites distintos a los ya regulados dentro de este Acuerdo, entre 1/2 y 4 S.M.M.L.V.”

2. Por lo expuesto, no prospera la alzada en estudio.

DECISIÓN

Así las cosas, el suscrito Magistrado CONFIRMA el auto que el 3 de noviembre de 2021 (modificado por auto de mayo 24 del año en curso), profirió la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

Sin costas del recurso de apelación, por no aparecer justificadas.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen

Notifíquese

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: **79e0bfe07ea30b84fa5b6701cb67f6683a85569836206f8ef43047f558926e2f**

Documento generado en 07/10/2022 02:14:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Declarativo
Demandante: Sayco y Acinpro
Demandados: Auto Fusa S.A.
Rad. 005-2019-45466-02

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., siete de octubre de dos mil veintidós

Se pone en conocimiento de las partes la interpretación prejudicial rendida por el Tribunal Andino de Justicia.

Como quiera que el pronunciamiento fue recibido por esta Corporación el pasado 5 de octubre, desde tal fecha se tiene por reanudado el litigio, con la precisión de que restan 2 meses y 21 días para emitir sentencia de segunda instancia a partir de esa misma fecha, sin perjuicio de la eventual prórroga que faculta el artículo 121 del Código General del Proceso.

Ejecutoriada esta providencia, ingrésese el proceso al despacho para lo pertinente.

Notifíquese,

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Firmado Por:
Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
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: **c3fc0a0e3b2d22e77b64e27175a1cb981df2231ba9875a7af65f893609d613b5**

Documento generado en 07/10/2022 02:00:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. SUAREZ GONZALEZ RV: oficio 527-S-TJCA-2022 (162-IP-2022)

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Miércoles 5/10/2022 2:20 PM

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. SUAREZ GONZALEZ

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Tribunal de Justicia CAN <secretaria@tribunalandino.org>

Enviado: miércoles, 5 de octubre de 2022 1:29 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: oficio 527-S-TJCA-2022 (162-IP-2022)

Señor Doctor

Oscar Fernando Celis Ferreira

Secretario

Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia
Presente.-

De mi consideración:

Adjunto al presente sírvase encontrar en veintidós fojas útiles, copia certificada de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso de la referencia.

--

Secretaría del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Calle Portete E 11-27 y Gregorio Munga zona El Batán

Quito - Ecuador

(+593) 2 - 3801980 Ext. (5001)

www.tribunalandino.org.ec



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 5 de octubre de 2022

Oficio N° 527-S-TJCA-2022

Doctor

Oscar Fernando Celis Ferreira

Secretario

Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

República de Colombia.

Presente.-

Referencia: 162-IP-2021 (Interpretación Prejudicial solicitada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia, expediente interno: 11001319900520194546602)

De mi consideración:

Adjunto al presente sírvase encontrar en veintidós fojas útiles, copia certificada de la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso de la referencia.

Atentamente,

Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario General

Adj. Lo indicado





TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 21 de setiembre de 2022

Proceso: 162-IP-2021

Asunto: Interpretación prejudicial

Consultante: Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 11001319900520194546602

Referencia: Infracción al derecho de autor y derechos conexos de la Organización – SAYCO ACINPRO por el supuesto uso de sus obras musicales y fonogramas

Normas a ser interpretadas: Artículos 3 [conceptos de artista, interprete o ejecutante, fijación, fonograma y productor de fonogramas], 13 Literal b), 15 (Literal f), 34 y 37 (Literal d), 48, 49 y 57 (Literal a) de la Decisión 351

Temas objeto de interpretación:

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción, distribución y comunicación pública de una obra
2. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos)
3. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos
4. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva
5. Las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva
6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de vulneración al derecho

moral a la integridad

Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac

VISTO:

El Oficio N° C-0590 del 28 de julio de 2021, recibido vía correo electrónico en la misma fecha, mediante el cual la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de la República de Colombia solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**) la Interpretación Prejudicial de los Artículos 48, 49 y 57 (Literal a) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **Decisión 351**), a fin de resolver el proceso interno N° 11001319900520194546602; y,

El Auto del 20 de setiembre de 2021, mediante el cual se admitió a trámite la solicitud de interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: Organización – SAYCO ACINPRO

Demandada: Auto Fusa S.A.

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

De la revisión de los documentos remitidos por la autoridad consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que los asuntos controvertidos son:

1. Si Auto Fusa S.A. infringió derechos de autor y derechos conexos, al presuntamente ejecutar públicamente en los vehículos afiliados a la sociedad demandada, sin autorización de los titulares afiliados a la Organización – SAYCO ACINPRO, las obras musicales y fonogramas que forman parte del repertorio que esta última administra.
2. Si la Organización – SAYCO ACINPRO tendría legitimidad activa para cobrar e interponer una demanda de infracción de los derechos de las obras musicales y fonogramas cuya gestión presuntamente se atribuye.
3. Si el monto de las tarifas que exige Organización – SAYCO ACINPRO es o no desproporcionado.



4. Si corresponde o no que la demandada pague a la Organización – SAYCO ACINPRO indemnización por daños y perjuicios.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 48, 49 y 57 (Literal a) de la Decisión 351¹. Procede la solicitud de interpretación por ser pertinente.

De oficio se llevará a cabo la interpretación de los Artículos 3, 13 (Literal b), 15 (Literal f), 34 y 37 (Literal d) de la Decisión 351², para tratar los

¹ Decisión 351.-

«Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.»

«Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.»

«Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

(...))»

² Decisión 351.-

«Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

(...)

- **Artista intérprete o ejecutante:** Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.

(...)

- **Fijación:** Incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.

- **Fonograma:** Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas

(...)

- **Productor de fonogramas:** Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

(...))»

«Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...))»

«Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:



siguientes temas: conceptos [artista, interprete o ejecutante, fijación, fonograma y productor de fonogramas], el derecho exclusivo del autor para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra, la comunicación pública y el acceso de la obra a través de la emisión o transmisión, el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones, el derecho de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la utilización del fonograma.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción, distribución y comunicación pública de una obra.
2. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos).
3. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos.
4. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva.
5. Las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva.
6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de vulneración al derecho moral a la integridad.
7. Respuestas a las preguntas formuladas por la autoridad consultante.

(...)

- f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

(...))»

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

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.»

«Artículo 37.- Los productores de fonogramas tienen del derecho de:

(...)

- d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.



E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción, distribución y comunicación pública de una obra

- 1.1. En el procedimiento interno la demandante afirmó que se ha realizado ejecución pública de obras musicales y fonogramas del repertorio administrado por la Organización – SAYCO ACINPRO, sin autorización previa y expresa de sus titulares o de quien los representa. En virtud de lo anterior, corresponde analizar el tema propuesto.
- 1.2. Teniendo en cuenta el objeto de protección del derecho de autor, corresponde en este punto mencionar aquellos derechos con los que cuenta el autor de una obra, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales.
- 1.3. Al respecto, en este acápite se analizarán únicamente los derechos patrimoniales del derecho de autor, específicamente, el derecho que tiene el titular de una obra para realizar, autorizar o prohibir su reproducción y comunicación pública, toda vez que el caso versa sobre esas presuntas afectaciones.

Derechos patrimoniales

- 1.4. Los derechos patrimoniales protegen la explotación económica a la cual tiene derecho el autor, en relación con sus obras, los cuales se encuentran contemplados en el Capítulo V de la Decisión 351.
- 1.5. Sobre su definición, Alfredo Vega Jaramillo sostiene lo siguiente:

«Los derechos patrimoniales son las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico.

Los derechos patrimoniales son oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor.»³

(Énfasis agregado).

3

VEGA JARAMILLO, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor - Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, Bogotá, 2010, p. 35.



- 1.6. Los derechos patrimoniales, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado, disponibles, expropiables, renunciables, embargables y temporales⁴.
- 1.7. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:
- «a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
 - b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
 - c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
 - d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
 - e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.»

(Subrayado agregado)

- 1.8. De conformidad con el Artículo 17 de la Decisión 351, los Países Miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, diferentes a los contemplados en el Artículo 13 del mencionado cuerpo normativo.
- 1.9. A continuación, se analizará cada una de las figuras antes señaladas en el párrafo 1.3., a fin de que se pueda determinar si existió o no infracción al derecho de autor dentro del procedimiento interno.

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra

- 1.10. Dado que, dentro del proceso interno el demandante alegó que se habría ejecutado públicamente en los vehículos afiliados, administrados, vinculados o adscritos a Auto Fusa S.A., las obras musicales y fonogramas que forman parte de su repertorio sin su autorización corresponde analizar el presente acápite
- 1.11. El Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier



⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, p. 395.

medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes, tal como se puede apreciar a continuación:

«**Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...)»

1.12. Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351.

1.13. Sobre la noción de comunicación pública, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

«Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (...).⁵

(Subrayado agregado)

1.14. Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de una obra protegida por el derecho de autor, de manera indebida: (i) el primero, el que un tercero, que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra, la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) el segundo, que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas⁶. Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se

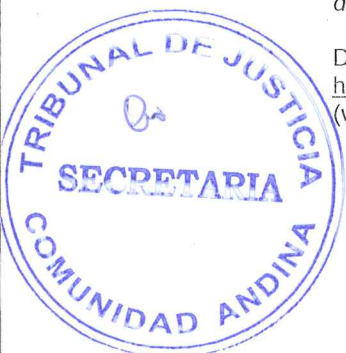
⁵ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 183.

⁶ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organizado por la OMPI conjuntamente con la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Documento preparado por Emilia Aragón. *Contenido del Derecho Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones*, p. 13.

Disponible en:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_23.pdf

(visitado el 31 de agosto de 2022)



produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.⁷

- 1.15. Asimismo, el Artículo 15 de la Decisión 351, adicionalmente al supuesto indicado en el párrafo anterior, contempla una lista enunciativa de las formas de comunicación pública de una obra. Dichas modalidades han sido desarrolladas por este Tribunal mediante Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 398-IP-2016 del 5 de abril de 2017, donde se ha manifestado que son las siguientes:

- a) **Representación y ejecución pública.-** Constituye uno de los procedimientos para hacer comunicar las obras artísticas y literarias a varias personas, a través de medios distintos de la distribución de ejemplares. Sus principales requisitos consisten en la inexistencia de un vehículo material para que se pueda acceder a la obra y en la destinación de la comunicación a una pluralidad de personas calificadas como “público”.

La noción estricta de representación se refiere a las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, comunicadas a través de la escenificación.

- b) **Recitación o declamación.-** Hablamos de dicho derecho cuando se hace la lectura de obras literarias, en alta voz, para un público presente o con la utilización de procedimientos diferentes de la radiodifusión, sin que medie la previa distribución de ejemplares.

Las obras comunicadas al público en forma oral, expresamente mencionadas en el Convenio de Berna (Artículo 2.1), también están protegidas por el derecho de autor: las conferencias, alocuciones, sermones y otras de la misma naturaleza, inclusive las clases que se dictan, en el marco de las actividades docentes.

- c) **Exhibición o proyección cinematográfica.-** Entre las modalidades del derecho de comunicación pública indirecta se encuentra la facultad reservada al autor de autorizar o prohibir la proyección o exhibición públicas de las obras cinematográficas, asimiladas a éstas las obras expresadas por un proceso análogo a la cinematografía, así entendidas las secuencias de imágenes y/o sonidos grabados en toda clase de soportes materiales, para proyección ante un público presente.

- d) **Exposición.-** El derecho de exposición de las obras de arte plásticas es un derecho similar al derecho de representación.

Ver Interpretación Prejudicial N° 33-IP-1999 de fecha 22 de marzo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 565 del 12 de mayo de 2000.



El acceso público a las obras, o a una copia de la obra, puede darse de forma “**directa**”, denominada genéricamente de “**exposición**”, o “**indirecta**” mediante la utilización de un dispositivo que puede ser una película, un dispositivo, presentado por lo general en una pantalla. Con la aparición de nuevas técnicas que utilizan medios electrónicos, la forma indirecta de presentación de las obras de arte y fotografías ha adquirido importancia creciente, poniendo de relieve la necesidad de una protección expresa y efectiva, en salvaguardia de los derechos exclusivos del autor.

- e) **Transmisión.**- «Se entiende por transmisión el acto de enviar a distancia obras, datos, informaciones o la representación, ejecución o recitación de la obra, sin trasladarla materialmente, por medios idóneos, alámbricos o inalámbricos».⁸

En ese sentido, la transmisión se puede hacer por **radiodifusión**, que se entiende a la comunicación a distancia de sonidos y/o imágenes para su recepción por el público en general por medio de ondas radioeléctricas, a través de la radio, la televisión, o de un satélite⁹; y, por cable **distribución**, el cual consiste en la distribución de señales portadoras de imágenes y/o sonidos, para el público a través de hilo, cable, fibra óptica, entre otros¹⁰. (Artículo 15 Literal f) Decisión 351).

- 1.16. En consecuencia, dentro del proceso interno se deberá determinar si existió una vulneración del derecho patrimonial por parte de Auto Fusa S.A., respecto de las obras musicales y fonogramas administrados por el demandante, tomando en consideración lo analizado en el presente acápite.

2. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos)

- 2.1. En el procedimiento interno la demandante argumentó en su demanda que Auto Fusa S.A. autorizó la presunta ejecución pública de obras musicales y fonogramas del repertorio administrado por la Organización – SAYCO ACINPRO en los vehículos afiliados a la sociedad demandada, sin contar con autorización previa y expresa de sus titulares o de quien los representa. En ese sentido, el Tribunal interpretará el presente tema.

⁸ X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, (del autor, el artista y el productor) 1ra. Edición, noviembre 29 a diciembre 2 de 1995, Quito, página 77, 78, 79 y 80.

⁹ Ver Interpretación Prejudicial N° 33-IP-1999 de fecha 22 de marzo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 565 del 12 de mayo de 2000.

¹⁰ *Ibidem*.



- 2.2. El Capítulo X de la Decisión 351 denominado «De los derechos conexos» reconoce, entre otros, a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes los derechos patrimoniales de comunicación al público, fijación y reproducción, tal como lo establece el Artículo 34 de la referida norma andina:

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

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.»

(Subrayado agregado)

- 2.3. De la norma citada se aprecia el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes de autorizar o prohibir la comunicación al público, en cualquier forma, de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

Otro derecho es el referido a autorizar la fijación y reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Tratándose de interpretaciones o ejecuciones radiodifundidas o interpretaciones o ejecuciones fijadas, en ambos casos previamente autorizadas¹¹ por los artistas intérpretes o ejecutantes, estos no pueden oponerse a la comunicación pública de tales interpretaciones o ejecuciones, pues, como se ha señalado, ya habían autorizado con anterioridad su fijación o el que fuesen radiodifundidas.

- 2.4. Resulta pertinente diferenciar los siguientes escenarios contemplados en la norma andina:

- (i) Cuando las interpretaciones o ejecuciones no han sido fijadas.
- (ii) Cuando las interpretaciones o ejecuciones constituyen por sí mismas una ejecución radiodifundida o han sido fijadas, en ambos casos previa autorización del artista intérprete o ejecutante.¹²

¹¹ Una ejecución radiodifundida puede ser autorizada tácitamente, dependiendo del contexto y las circunstancias, como sería el caso, por ejemplo, de una ejecución realizada en un set o estudio de televisión.

¹² El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece en el Literal c) de su Artículo 2, la siguiente definición del término fijación: «...la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo».

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en el Literal b) del Artículo 2 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, la fijación audiovisual es: «...la



- 2.5. En el primer escenario, las interpretaciones y ejecuciones no se encuentran fijadas o grabadas, es decir, son ejecutadas por los propios artistas intérpretes o ejecutantes en tiempo real o «en vivo». En este caso, y de acuerdo con la interpretación de la norma citada, se mantiene incólume la titularidad, goce y ejercicio pleno de los derechos patrimoniales de exclusiva de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.
- 2.6. En el segundo escenario, los artistas intérpretes o ejecutantes, previamente han autorizado que sus interpretaciones o ejecuciones sean fijadas o grabadas (o previamente han autorizado que sean radiodifundidas), luego de lo cual no pueden oponerse a la comunicación pública de las mencionadas interpretaciones o ejecuciones.

En este segundo escenario, y centrándonos en las interpretaciones o ejecuciones fijadas, en primer lugar, se autoriza la fijación de la interpretación o ejecución; y, en segundo lugar, con la fijación, se cede el derecho de comunicación pública (patrimonial) a favor de un tercero, que bien puede ser el productor de una obra o de un fonograma de la cual formen parte las interpretaciones o ejecuciones fijadas. La finalidad de dicha autorización radica en que la persona natural o jurídica autorizada por el titular de los derechos patrimoniales correspondientes, tenga la facultad de efectuar la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas —las cuales pueden formar parte o no de una obra audiovisual o de un fonograma—, las veces que considere necesario. Todo ello con el propósito de evitar recurrir al artista intérprete o ejecutante todas las veces en las que se vaya a efectuar una comunicación o puesta a disposición al público¹³ de dichas interpretaciones o ejecuciones fijadas.

- 2.7. Como se puede apreciar, si bien en el segundo escenario se produce la cesión o autorización de un derecho patrimonial exclusivo, mediante un pago producto de dicha cesión a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, y, en consecuencia, no se requiere la autorización recurrente de estos para comunicar públicamente sus interpretaciones o ejecuciones previamente fijadas, debe tomarse en cuenta que los

incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo».

¹³ Si bien el derecho de «puesta a disposición al público» no está reconocido en la Decisión 351, tomando en cuenta el principio de progresividad de los derechos, muchas legislaciones, tanto de los Países Miembros como a nivel mundial, incluyen este nuevo derecho que se deriva de todos los actos de explotación y acceso directo e indirecto de las obras audiovisuales a través de medios alámbricos o inalámbricos (como radio, televisión, internet, entornos digitales, interactivos, electrónicos, *streaming*, entre otros). Se trata de transmisiones interactivas de las obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, que se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que ella misma elija.



artistas intérpretes o ejecutantes podrían tener a su favor el reconocimiento —en las legislaciones nacionales de los Países Miembros— del derecho a una remuneración por cada uno de los actos de comunicación o disposición al público que se haga de sus interpretaciones o ejecuciones previamente fijadas. El cobro de esos derechos puede ser gestionado colectivamente de acuerdo con las características desarrolladas en la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, así como por la legislación de los Países Miembros.

- 2.8. Es importante resaltar que la Decisión 351 establece un contenido mínimo esencial de derechos patrimoniales. En consecuencia, nada impide que los Países Miembros, a través de sus legislaciones nacionales, amplíen el contenido y alcance de dicha protección y reconozcan otros derechos de autor y derechos conexos de carácter patrimonial, tal como establece el Artículo 17 de la Decisión 351¹⁴.

3. Productores de fonogramas como titulares de derechos conexos: concepto, regulación y derechos

- 3.1. Dado que la demandante — en su calidad de sociedad de gestión colectiva de derechos conexos — cuestionó el hecho de que el demandado no le haya reconocido el pago de remuneraciones devengadas por los actos de presunta comunicación pública de fonogramas que se encontrarían bajo su administración efectuados por Auto Fusa S.A, corresponde analizar el tema propuesto.

Definición

- 3.2. El Artículo 3 de la Decisión 351 define al productor de fonograma como la «[p]ersona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos».
- 3.3. Los productores de fonogramas, al igual que los artistas intérpretes y ejecutantes y los organismos de radiodifusión, son titulares de derechos conexos, los cuales se definen como aquellos que confieren protección a quienes, sin ser autores, colaboran con su creatividad, técnica, habilidad, organización, o distribución en el proceso por el cual se pone a disposición del público una obra determinada¹⁵.

¹⁴

Decisión 351.-

«Artículo 17.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de carácter patrimonial.»

Ver la Interpretación Prejudicial N° 371-IP-2017 de fecha 8 de febrero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3188 del 13 de febrero de 2018.



- 3.4. La normativa andina reconoce a los productores de fonogramas derechos de carácter patrimonial, por cuanto se sustenta en el esfuerzo e inversión realizada por estos titulares para difundir sus fonogramas al público. Entiéndase como **fonograma** a «[t]oda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.»¹⁶
- 3.5. Siendo ello así, el Artículo 37 de la Decisión 351 establece específicamente que los productores de fonogramas cuentan con los siguientes derechos exclusivos:

«(...)

- a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;
- b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular;
- c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y,
- d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.»

(Énfasis agregado)

- 3.6. En esa misma línea, el Artículo 10 de la Convención de Roma establece que los productores de fonogramas gozarán de la facultad de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas¹⁷.
- 3.7. Teniendo en cuenta lo anterior, ninguna persona puede reproducir —sea de forma directa o indirecta—, importar y distribuir fonogramas sin contar con la autorización del productor del mismo. Asimismo, este percibirá una remuneración única por cada utilización de sus fonogramas o copias con fines comerciales.

¹⁶ Definición desarrollada en el Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

¹⁷ Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.-

«ARTICULO 10

[Derecho de reproducción de los productores de fonogramas]

Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.»



Sobre este último punto, referido al pago de una remuneración por cada uso o copia de un fonograma protegido, el Artículo 12 de la Convención de Roma ha dispuesto lo siguiente:

«ARTÍCULO 12

[Utilización secundarias de los fonogramas]

Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La Legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que efectuará la distribución de las remuneraciones»

- 3.8. En ese sentido, la norma es clara al imponer a quien utilice un fonograma publicado con fines comerciales o cuando la reproducción de ese fonograma se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación, el pago de una remuneración equitativa y única. Dicho pago será abonado a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes o a los productores de fonogramas o atribuírselo a la vez a ambos.
- 3.9. Cabe precisar que el pago que se le otorga a los productores fonográficos por el uso de sus fonogramas es denominado por la normativa como *Remuneración Equitativa y Única*, más no como *Remuneración Devengada*.
- 3.10. Lo señalado en párrafos anteriores se encuentra debidamente concordado con lo dispuesto en el Artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT o TOIEF por sus siglas en español), el cual dispone que las partes contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deberá ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos¹⁸.

¹⁸ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)

«Artículo 15

Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público

- 1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.
- 2) Las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos. Las Partes Contratantes pueden establecer legislación nacional que, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, fije los términos en los que la remuneración equitativa y única



3.11. Del mismo modo, la normativa andina condiciona el pago antes señalado a los siguientes requisitos:

- Que el fonograma haya sido publicado con fines comerciales.

Es decir, no se encontrarán contemplados en este supuesto aquellos fonogramas que no se publiquen con el propósito de obtener un beneficio comercial.

- Que el fonograma sea utilizado única y directamente para: (i) la radiodifusión; o, (ii) cualquier forma de comunicación al público.

Entiéndase como comunicación pública al acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso al fonograma.

3.12. Resulta necesario precisar que la protección analizada podrá ser ampliada —mas no reducida— por las legislaciones nacionales. No obstante, en aplicación al principio del complemento indispensable la legislación de los Países Miembros podrá determinar las condiciones o montos en lo que se efectuará la distribución de la referida remuneración.

3.13. Asimismo, resulta necesario indicar que los productores de fonogramas pueden efectuar la defensa, así como la recaudación económica de sus derechos conexos por sí mismos (gestión individual) o confiar su administración a una sociedad de gestión colectiva.

3.14. En consecuencia, una sociedad de gestión colectiva válidamente autorizada por la Autoridad competente podrá administrar los derechos conexos de sus asociados. Su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los productores fonográficos, siempre y cuando su misión esté en armonía con las disposiciones legales.

4. Legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva

4.1. En el procedimiento interno, Auto Fusa S.A. cuestionó la legitimación activa de la Organización — SAYCO ACINPRO como sociedad de gestión colectiva para interponer la demanda por presunta infracción del derecho de autor, y afirmó que no tendría la representación para reclamar los derechos patrimoniales de autor sobre las obras musicales y fonogramas cuya gestión presuntamente le fueron encomendadas. Por tal motivo, el Tribunal interpretará el presente tema.

4.2. La legitimidad para obrar activa es la facultad con la que cuenta una persona natural o jurídica para activar válidamente un procedimiento

será compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.»



administrativo (como peticionante) o un proceso judicial (como demandante).

4.3. El Artículo 49 de la Decisión 351 establece lo siguiente:

«**Artículo 49.**- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.»

4.4. La norma antes citada confiere a las sociedades de gestión colectiva la legitimidad para obrar activa bajo dos supuestos¹⁹:

- a) Bajo los términos de sus propios estatutos.
- b) Bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras, para el ejercicio de los derechos encomendados a ellas para su administración, y para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y proceso judiciales.

4.5. Toda sociedad de gestión colectiva debe tener estatutos debidamente aprobados por la autoridad competente y celebrar contratos con las personas a las que representa, en los cuales se le autorice para que, en nombre de ellas, pueda iniciar las acciones necesarias en defensa de sus derechos, sea en la vía administrativa o la judicial²⁰.

4.6. Por otro lado, en relación con la legitimidad procesal de una sociedad de gestión colectiva, mediante Interpretación Prejudicial 165-IP-2015, este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

«...para que una sociedad de gestión colectiva ejerza a nombre y en representación de los titulares las acciones legales encaminadas a la protección de los derechos de autor, debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio afiliado (mandato voluntario), por mandato estatutario o por imperio de la ley, a través de una presunción legal.

(...)

[artículo 49]

...la citada norma andina establece una presunción relativa, iuris tantum, de representación o legitimación procesal, tanto en la fase administrativa como en la judicial, en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecidas en el territorio andino⁷. Esta presunción de representación o legitimación procesal vuelve más eficiente el sistema de

¹⁹ Ver Interpretación Prejudicial N° 519-IP-2016 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3154 del 11 de diciembre de 2017.

²⁰ *Ibidem.*



gestión de derechos de autor y derechos conexos, y facilita su defensa y protección, que, de lo contrario, en muchos casos, no sería posible por cuenta del propio derecho-habiente...».

(Subrayado agregado).

- «7 De conformidad con la presente interpretación prejudicial, véase, por ejemplo, el artículo 20.4) de la Ley de Propiedad Intelectual de España, que establece la presunción de afiliación a una sociedad de gestión colectiva; el artículo 53 de la Ley sobre Derechos de autor de Francia, que establece una presunción de gestión de derechos en favor de las sociedades de gestión colectiva; el artículo 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, que establece una presunción de legitimación respecto de autores residentes en México; la primera parte del artículo 147 del Decreto Legislativo 822 del Perú, que establece una presunción relativa (*iuris tantum*) con respecto a la legitimación de las entidades de gestión colectiva, estando a cargo de la denunciada acreditar lo contrario, pues de no hacerlo, se tendrá por válida dicha presunción legal».²¹

- 4.7. La presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva lo que busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de estos derechos.

Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tenga que demostrar la representación de todo su repertorio como condición para protegerlo ante una autoridad y recaudar así el derecho de sus asociados, ello significaría la asunción de costos excesivos por parte de dicha sociedad, lo que haría inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

Más aún si se tiene presente que el repertorio de obras administradas por una sociedad de gestión colectiva puede variar constantemente y que la incorporación de nuevos asociados puede efectuarse en cualquier momento, lo que haría difícil o hasta imposible que estas sociedades de puedan demostrar en tiempo real todo el repertorio que se encuentra bajo su administración al momento de iniciar la defensa de los derechos de sus asociados o al momento de efectuar la recaudación patrimonial correspondiente. Por tal razón se justifica que una sociedad de gestión colectiva no se encuentre obligada a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o por cada requerimiento de pago efectuado a un tercero. Así es como funciona esta presunción de legitimidad que la Decisión 351 ha reconocido a favor de las sociedades de gestión colectiva.



- 4.8. No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario; es decir, que en un caso en concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva, deberá demostrar que el titular del derecho sobre la obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva, o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca.

5. Las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva

- 5.1. En el procedimiento interno, Auto Fusa S.A. sostuvo que el monto de las tarifas que exige la Organización – SAYCO ACINPRO es desproporcionado, en consecuencia, corresponde desarrollar el presente tema.

- 5.2. La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva. Sirve, como se advirtió anteriormente, para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad; además, genera igualdad de trato en todos los usuarios del repertorio administrado por la institución²².

- 5.3. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características²³:

5.3.1. Deben estar consignadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva (Literal g del Artículo 45).

5.3.2. Las tarifas generales por el uso de los derechos de sus afiliados deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio de amplia circulación (Literal h del Artículo 45).

5.3.3. Deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, salvo que la normativa interna de los Países Miembros establezca algo diferente (Artículo 48)²⁴.

5.4. Uno de los pilares básicos del sistema comunitario de protección de los

²² Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*, p. 285.

²³ Ver Interpretación Prejudicial N° 119-IP-2010 de fecha 8 de abril de 2011, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1949 del 3 de junio de 2011.

²⁴ Las tarifas, por cierto, deben guardar correspondencia con el volumen de repertorio que administra la sociedad de gestión colectiva en el territorio del País Miembro de la Comunidad Andina, lo que significa que si dicha sociedad representa a un porcentaje pequeño o mínimo de las obras que se utilizan en el referido territorio, no podría cobrar tarifas como si representara a la mayor parte de las obras (por ejemplo, un repertorio prácticamente universal) que se utilizan en el mencionado territorio.



derechos de autor es la libre disposición de los derechos patrimoniales de autor por parte de los titulares de los mismos, salvo ciertas excepciones expresamente consagradas. De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciabiles y temporales. Son derechos exclusivos, lo que significa que nadie puede explotar el objeto protegible sin la respectiva autorización de su titular. El Artículo 54 de la Decisión 351 es una consecuencia de lo anterior, ya que establece que, para la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica, emisión de la radiodifusión, o prestación de apoyo para su utilización, se debe contar siempre con la autorización previa y expresa del titular del derecho o su representante y, por lo tanto, nadie puede autorizar su utilización sin este requisito esencial²⁵.

5.5. En ese mismo sentido, conforme al mismo Artículo 54 de la Decisión 351, para que una persona natural o jurídica, incluso una autoridad, pueda autorizar la utilización, interpretación, producción fonográfica, radiodifusión de una obra, deberá contar con la autorización expresa por parte del titular del derecho o de su representante; caso contrario podrá ser solidariamente responsable²⁶.

5.6. Lo anterior está en consonancia con el manto de exclusividad que cubre el derecho de autor, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular lo autorice. Salvo excepciones expresamente consagradas, la explotación sin autorización previa y expresa constituiría una infracción a los derechos de autor y daría lugar a trámites administrativos e interposición de acciones judiciales para el cese de la actividad ilícita y la búsqueda de una reparación. Es lógico, pues, que el titular de los derechos de autor esté interesado en autorizar la utilización y acordar los términos de la misma²⁷.

6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de vulneración al derecho moral a la integridad

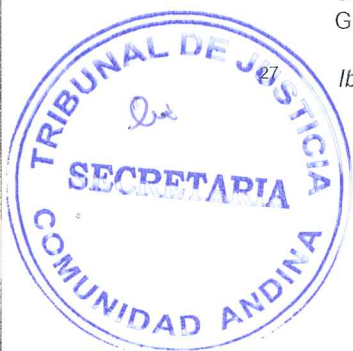
6.1. Dado que en el presente proceso la demandante solicitó el pago de indemnizaciones por perjuicios al no haber percibido el valor que debía haber pagado el demandado por la ejecución pública de obras musicales y fonogramas que forman parte de su repertorio, de acuerdo con las tarifas publicadas y registradas en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, corresponde analizar el presente tema.

6.2. El Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Ver Interpretación Prejudicial N° 154-IP-2015 de fecha 24 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3045 del 26 de junio de 2017.

²⁷ *Ibidem*.



«Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; (...))»

- 6.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.²⁸
- 6.4. La doctrina sostiene que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la víctima. En tal sentido, se habla de daño emergente cuando un bien económico sale efectivamente de la esfera patrimonial de la víctima.
- 6.5. El lucro cesante es el conjunto de ganancias que la víctima habría obtenido en caso de no haberse realizado la afectación, lo que equivale a decir que es aquella parte del patrimonio que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la afectación.
- 6.6. Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial es la afectación a aquellos bienes que son difíciles de valorar en dinero y que están relacionados directamente con la vida personal y afectiva de cada persona, tales bienes pueden ser la libertad, la intimidad, la tranquilidad, entre otros.
- 6.7. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 6.8. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que *“la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño”*.²⁹
- 6.9. Corresponde a los Países Miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los

²⁸ Véase las Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 07-IP-2014 del 3 de julio de 2014 y 124-IP-2014 del 10 de abril de 2015.

²⁹ PERÉZ FUENTES, Gisela María. *El Daño Moral en Iberoamérica*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. México, 2006, p. 205.



daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.

7. Respuestas a las preguntas formuladas por la autoridad consultante

Antes de dar respuestas a las preguntas formuladas por la autoridad consultante, es necesario precisar que este Tribunal no brindará una respuesta que resuelva el caso en concreto, siendo que se limitará a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como tampoco calificará los hechos materia del proceso.

- 7.1. «¿Cuál es el alcance y límites de la legitimación consagrada en este precepto a favor de las sociedades de gestión colectiva – representadas en este proceso a través de la entidad recaudadora– en consonancia con los hechos y actuaciones de este proceso judicial? En especial: ¿corresponde a la sociedad de gestión colectiva o su mandatario para el recaudo de remuneraciones acreditar que la totalidad de artistas intérpretes relacionados en la demanda están representados por aquella?»**

Para dar respuesta a la pregunta que antecede la autoridad consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 4 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

- 7.2. «¿La reparación o indemnización adecuada a favor del titular del derecho infringido –consagrada en el Artículo 57– puede consistir en el monto de la tarifa mensual fijada por la entidad de gestión colectiva?»**

Para dar respuesta a la pregunta que antecede la autoridad consultante deberá remitirse a lo señalado en el Tema 6 del Apartado E de la presente interpretación prejudicial.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante al resolver el proceso interno **N°11001319900520194546602**, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que la presente interpretación prejudicial ha sido aprobada por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara



Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 21 de setiembre de 2022, conforme consta en el Acta 38-J-TJCA-2022.



Luis Felipe Aguilar Feijoó
SECRETARIO

Notifíquese a la autoridad consultante y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., siete de octubre de dos mil veintidós

11001 3199 003 2021 03571 01

Ref. proceso verbal de David Tovar Madrigal frente al Banco de Bogotá S.A.

Se admite el recurso de apelación que interpuso la parte demandante la sentencia que, el 22 de septiembre de 2022 profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el proceso de la referencia.

En su momento, **la secretaría controlará el surtimiento de los traslados de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.**

Las partes tendrán en cuenta que los memoriales con destino a este proceso serán remitidos al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para lo que haya lugar.

Notifíquese

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: **0e92f97aacd55d38d6b66514fcb73c34c08459f92335124b0a07e09d263440da**

Documento generado en 07/10/2022 03:26:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Expropiación
Demandante: ANI
Demandados: Parroquia Niño de Jesús de Chinauta
Rad. 006-2022-00039-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D. C., siete de octubre de dos mil veintidós

En el efecto devolutivo, se admite el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia. Por secretaría contrólense los términos pertinentes.

Notifíquese,

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Firmado Por:
Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
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: **0cdb442d4d02a7cf79ad49a5537cb2dbc11adfddc7cd1472c4c2622adc368127**

Documento generado en 07/10/2022 01:59:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Proceso	:	Revisión
Demandante	:	Luz Karina Puentes Ospina
Demandado	:	Jaime Giovanni Obregón Agudelo

Teniendo en cuenta que la parte actora no dio cumplimiento al requerimiento efectuado en los términos del núm. 1º del art. 317 del C.G.P. mediante auto de 11 de agosto de 2022, el despacho,

RESUELVE

Primero: DAR por terminado el recurso extraordinario de revisión instaurado por Luz Karina Puentes Ospina en calidad de propietaria del establecimiento de comercio Luz Karinms Banquetes y eventos respecto de la sentencia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio el 7 de diciembre de 2021, en la acción de protección al consumidor No. 20-427364 que adelantó en su contra Jaime Giovanni Obregón Agudelo, por desistimiento tácito.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Se ordena el archivo del expediente dejando las constancias de rigor. Informar esta decisión a la Superintendencia de Industria y Comercio con devolución del expediente digital.

Notifíquese y cúmplase,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	:	NÉLSON DARÍO ORTÍZ RUBIO a nombre propio y en representación de los menores NICOLAS DARÍO Y PAULA DANIELA ORTÍZ HUERTAS
DEMANDADO	:	EMPRESA COOPERATIVA DE TRANSPORTES PENSILVANIA, JESÚS ALFREDO CASTELLANOS CASTILLO Y NIDIA ISABEL PAEZ FAJARDO.
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL- Responsabilidad civil
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 327 del Código General del Proceso, norma aplicable teniendo en cuenta la fecha de formulación de los recursos de apelación, se señala como hora y fecha para que tenga lugar la audiencia de sustentación y fallo, las **8:30 a.m. del 20 de octubre de 2022**, que se realizará de manera presencial en la sede de este Tribunal.

NOTIFIQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : Anulación Laudo
DEMANDANTE : Compañía Celular Line Tecnología
Celular S.A.
DEMANDADO : Compañía Celular Comcel S.A.

Se aprueba la liquidación de costas elaborada por la secretaría en la suma de \$7 000 000.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO : Ordinario
DEMANDANTE : Servihoteles S.A.
DEMANDADO : Isagen S.A. E.S.P. y Grupo ICT II
S.A.S.

Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Superior en providencia de 17 de marzo de 2022, mediante la cual declaró INADMISIBLE el recurso de casación que instauró la sociedad demandante en contra de la sentencia proferida el 23 de julio de 2021, por esta Corporación.

En cuanto a la solicitud elevada por la parte actora referente a que se elabore y apruebe la liquidación de costas causadas en segunda instancia, se advierte que esta actuación se encuentra a cargo del *a quo* según lo previsto en el num. 1º del art. 365 del C.G.P.

En firme este auto, por secretaría devuélvanse las diligencias al despacho de origen.

Notifíquese y cúmplase,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., siete de octubre de dos mil veintidós

11001 3103 012 2016 00598 01

Ref. proceso verbal de pertenencia de Nubia Stella Bejarano Garzón frente a Adriana
Londoño (y otros)

El suscrito Magistrado DENIEGA la solicitud de suspensión del proceso de la referencia que, por prejudicialidad penal, elevó la acá demandante, con soporte en el “estudio documentológico al contrato de administración de bienes inmuebles” proveniente de la Fiscalía 105 Seccional de Bogotá.

A partir del texto del numeral 1° del artículo 161 del C. G. del P. solo hay lugar a disponer la suspensión del proceso por prejudicialidad, cuando sea ostensible la necesidad de esperar a que sea resuelto, de fondo, el otro juicio, en este caso de naturaleza penal.

Aquí, en rigor, no hay siquiera prueba de que esté cursando un proceso penal, respecto del cual deducir la dependencia de la que trata la norma en mención.

Por el contrario, lo que refleja la “Consulta de casos registrados en la base de datos del Sistema Penal Oral Acusatorio – SPOA”, es que la noticia criminal N° 110016000049201117103 y que cursa en la Fiscalía 105 Seccional, se encuentra inactiva por lo siguiente: “Archivo por conducta atípica art.79 c.p.p.”.

En firme este proveído, reingrese el expediente al Despacho.

Notifíquese

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: **762f49f3c937c29c33f33ec98a395928158ae517c8f99ac8f69080a4c044fe1a**

Documento generado en 07/10/2022 04:09:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá D. C., siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-031-2019-00323 01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **MARISOL MALDONADO BARRIOS**
DEMANDADO : **LUIS CARLOS RUIZ MALDONADO Y OTRO**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, frente a la sentencia proferida el 22 de junio del año en curso, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. La parte interesada, por intermedio de apoderado, deprecó, de manera principal, “[q]ue se declare la nulidad absoluta por falta de objeto en el negocio jurídico contenido en el contrato suscrito entre *LUÍS CARLOS RUIZ MALDONADO* y *MARISOL MALDONADO BARRIOS* elevado a escritura pública No. 2.759 del 11 de octubre de 2011, de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá mediante el cual se protocolizó la compraventa del lote de terreno denominado *EL PARAISO*, jurisdicción del municipio de San Antonio del Tequendama Departamento de Cundinamarca”. En consecuencia, se condene a los demandados a **i)** “la plena reparación de daños, comprensiva de las compensaciones relativas a las pérdidas o disminución efectiva de los bienes (*damnum emergens*) y a la privación de las ganancias o aumentos patrimoniales (*lucrum cessans*) esperados por la perjudicada, las cuales no se habrían

producido de no haber ocurrido el incumplimiento contractual [Daño emergente \$97.685.656.00 y Lucro Cesante: \$2.796.965.214.00.]"; ii) "a indemnizar a la demandante por la pérdida total del predio adquirido [\$1.767.043.502.00] por la inutilización del mismo debido a que por la falta de licencia no fue posible llevar a cabo el proyecto para el cual fue adquirido"; iii) "a la reparación de los restantes daños sufridos en virtud la nulidad de contrato, los cuales deben ser determinados de acuerdo a la justa tasación"; iv) "a pagar los daños morales [100 SMLMV] por la afectación sufrida al tener que dejar el terreno adquirido y verse sin de donde obtener su sustento y el de su familia." Subsidiariamente, solicitó "[q]ue se declare RESUELTO el contrato de compraventa del lote de terreno denominado EL PARAISO, jurisdicción del municipio de San Antonio del Tequendama Departamento de Cundinamarca suscrito entre LUÍS CARLOS RUIZ MALDONADO y MARISOL MALDONADO BARRIOS elevado a escritura pública No. 2.759 del 11 de octubre de 2011, de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá por falta de objeto". En consecuencia, se condene a los convocados a: **i)** "a que salgan al saneamiento del inmueble y del negocio contratado por las partes"; **ii)** "a pagar a la demandante, (...) la indemnización compensatoria por el lucro cesante y daño emergente a partir del momento en que se tornó improductiva la granja [Daño emergente \$97.685.656.00 y Lucro Cesante: \$2.796.965.214.00]"; **iii)** "a la reparación de los restantes daños sufridos en virtud de que se ha hecho la cosa impropia para su natural destinación y el fin previsto que llevó a la realización del contrato enunciado en el numeral 1º de este petitum"; **iv)** "a pagar las demás indemnizaciones a que haya lugar y que serán estimadas en forma justa por las partes o a través de peritación".

Como sustento de sus pretensiones, dejó expresado que "[s]egún escritura pública No.2.759 otorgada en la Notaría 3ª del Círculo de Bogotá, entre los señores LUÍS CARLOS RUIZ MALADONADO y MARISOL MALDONADO BARRIOS se celebró un negocio jurídico, consistente en la compra venta de un lote de terreno ubicado en la zona rural del Municipio de San Antonio del Tequendama – Vereda de Zaragoza, denominada 'FINCA EL PARAISO', en donde, según la demandante, los demandados tenían de algún tiempo atrás, aproximadamente cuatro años, una explotación porcícola y avícola; aclarando que primero fue la avícola y posteriormente la porcícola."

Reseñó que "[t]al lote fue adquirido por el señor LUÍS ANTONIO RUIZ HEREDIA simulando la compraventa del 50% de dicha finca, inicialmente a nombre de su hijo LUÍS CARLOS RUIZ MALDONADO y de mi mandante; habiendo adquirido posteriormente el 50%, tal como figura en las escrituras públicas Nos.

722 del 27 de abril de 2005 de la Notaría Única de La Mesa y 5.013 del 23 de diciembre de 2008 de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá, por lo que existe la denominada figura determinada por la Sala de Casación Civil –Familia –Agraria de la Corte Suprema de Justicia como COLIGAMIENTO DE ESCRITURAS, dada la conexidad o articulación que existe entre las mismas con un mismo fin.”

Anotó que “(...) recibió este lote, con inclusión de la granja que allí funcionaba, como producto de un arreglo a que se llegó entre ella y su exesposo LUÍS ANTONIO RUIZ HEREDIA, el cual consta en documento suscrito entre ellos y sus respectivas apoderadas, con el objeto de terminar el proceso ordinario 110-0510 que cursaba en el Juzgado Décimo de Familia, demandante MARISOL RUIZ MALDONADO, donde se buscaba la Nulidad de Partición y Acuerdo Conciliatorio y lesión enorme.”

Sostuvo “(...) que la intención de las partes al celebrar el contrato de compraventa llevado a cabo mediante escritura pública No. 2.759 otorgada en la Notaría 3ª del Círculo de Bogotá, fue el de continuar con la explotación de la granja agrícola que de tiempo atrás venía explotando el demandado, para así poder proveer su sostenimiento y el de su familia.”

Destacó que “[t]ranscurrido aproximadamente un tiempo de un año y medio de haberse realizado el trámite anteriormente descrito, con sorpresa (...) recibió notificación de procedimientos abiertos tanto en la CAR como en la Secretaría de Desarrollo Rural y Económico y Secretaría de Planeación y obras Públicas del municipio de San Antonio del Tequendama sobre el inicio de un proceso sancionatorio.”

Relató que “(...) en esos procedimientos pudo darse cuenta (...) que el USO DE SUELO dispuesto por el E.O.T del Municipio no permite en la Granja la explotación porcícola y avícola, de lo cual tenía conocimiento el demandado LUIS ANTONIO RUIZ, situación que ocultó a la demandante, según información de ésta, ya que si a él lo dejaron funcionar en esos proyectos fue pagando para mantener en silencio la situación en razón a que allí en el procedimiento se enteró (...) que el EOT venía rigiendo desde el año 2000 con la expedición del Acuerdo No. 29 de dicha calenda.”

Precisó que “[l]os procedimientos iniciados por la Alcaldía de San Antonio del Tequendama finalizaron con multa (...) y CIERRE DEFINITIVO de la granja, impuesta por la Inspección Municipal de Policía de San Antonio del Tequendama en audiencia celebrada el catorce (14) de febrero del presente año.”

Afirmó que "(...) se encuentra en derecho para solicitar la nulidad del negocio jurídico demandado por falta de objeto al no poder desarrollar el proyecto agropecuario para el cual adquirió las tierras descritas en la escritura pública No. 2.759 que contiene no sólo la voluntad sino la intención de las partes al suscribir el negocio jurídico en ella contenido, por la imposibilidad de obtener la licencia en razón a que el uso del suelo no lo permite para su desarrollo y de llevarse a cabo sería un acto ilícito."

Apuntaló que "(...) se encuentra en derecho de iniciar acción redhibitoria, constituida por vicios ocultos en el inmueble adquirido que no estaban a la vista ni era posible conocerlo y una vez sobrevenido hizo imposible su uso, por lo que el vendedor está en la obligación de salir al saneamiento de la cosa vendida una vez conocido el defecto (...), teniendo en cuenta que dicho vicio la hace impropia para el uso para el que fue adquirida. Además de la correspondiente indemnización de perjuicios."

2. A su turno, Luís Carlos Ruiz Maldonado y Luís Antonio Ruiz Heredia se opusieron a las súplicas de su contraparte, proponiendo, para el segundo, la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA POR PASIVA", y para ambos las defensas rotuladas: "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REDHIBITORIA POR VICIOS OCULTOS"; "INEXISTENCIA DE NULIDAD INSANABLE POR OBJETO ILÍCITO"; "AUSENCIA DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ART 1915 DEL CÓDIGO CIVIL"; "MALA FE Y TEMERIDAD DE LOS DEMANDANTES"; "INEXISTENCIA DE PRUEBA QUE ACREDITE EL VALOR DE LOS PREJUICIOS RECLAMADOS"; "EXCEPCIÓN GENÉRICA".

II. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Agotado el trámite de rigor, el director del proceso, para desestimar las pretensiones de la demanda, consideró lo siguiente:

1. Frente a la pretensión de invalidación del contrato de compraventa celebrado entre Maldonado Barrios y Luís Carlos Ruiz Maldonado, recordó el contenido de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, para precisar que en la demanda se pidió declarar la nulidad absoluta por falta de objeto del contrato, pero al acudir al deber consagrado en el artículo 42, numeral 5, del C.G.P., interpretó que la demandante alude a la ilicitud del mismo, dado que adquirió el predio como una unidad de explotación económica, destinada a la cría de aves y

cerdos, pero por decisión de autoridad territorial se clausuró. Al alegar de conclusión, la apoderada de la actora invocó el error en cuanto a la sustancia o calidad del objeto, con sustento en el artículo 1511, *ibidem*, pero si se entendiera que ese es el motivo de nulidad alegado, se encontraría que no está concebido como causal de nulidad absoluta. Podría dar lugar a nulidad relativa, porque ese error de hecho sobre el objeto vicia el consentimiento y el 1741, citado, alude a que esos otros vicios del convenio generan nulidad relativa. Son institutos distintos y, por ello, deben ser planteados particularmente, porque se violaría el principio de congruencia si no se le plantea al juez, quien no puede entrar a examinar la nulidad relativa cuando se invocó una absoluta, y así se defendió el demandado.

1.1. Anotó que también, en los alegatos, se hizo referencia a un objeto ilícito, pero en la demanda eso no se planteó, nada se dijo que la compraventa tuviera un vicio de esa naturaleza. El despacho interpreta que eso surgió porque la explotación económica del inmueble no podía llevarse a cabo, ya que el uso del suelo lo impedía, al estar esa zona destinada al ecoturismo, sin que en el libelo se hubiere indicado expresamente la razón del objeto ilícito. Aunque yendo a la escritura pública donde se vertió el contrato, se tiene que el objeto de la venta es el derecho de dominio sobre el lote de terreno El Paraíso, predio rural, es decir, que en ese tenor contractual no se dice por qué sería ilícito, pese a que la demandante buscaba el aprovechamiento económico, y que no pudo hacerlo, pero nada indica que la compra radicaba en la explotación que allí operaba, solo se habló, en la escritura, de un inmueble.

1.2. Agregó que el artículo 1521, *ejusdem*, contempla los motivos que hacen ilícito un objeto, pero el predio materia de la venta aquí cuestionada no se encuadra en alguna de esas circunstancias para considerarlo ilícito, sumado a que no se alegó en la demanda, pese que a en el inmueble vendido funcionó una granja, pero para la época de adquisición se indicó que estuvo abandonada un tiempo. Al apreciar las declaraciones extraprocesales traídas por la demandante, cuya ratificación no fue pedida por los demandados, según el art. 222 del C.G.P., se advierte que sí había un interés en que en ese predio funcionara con fines

avícolas o porcícolas, pero no aparece que ese hubiera sido el fin esencial el contrato. Y frente a esa circunstancia, al tener el predio una limitación en el POT, el legislador consagra acciones para restablecer el equilibrio de los contratantes, pero no por vía de nulidad, máxime si no se vendió un establecimiento como tal, y cuando se vendió el predio ya no estaba operando la actividad pecuaria perseguida. Si la demandante al adquirir el inmueble quería seguir explotándolo, debió verificar si el POT lo permitía.

2. En cuanto a las pretensiones subsidiarias, entendió que se estaba solicitando una rescisión por vicio oculto. De ahí que, con fundamento en los artículos 1893 y 1915, así como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no encontró configurado el vicio alegado, porque en la escritura pública se vendió un predio rural y no una explotación económica, pese a que se tuvo interés en ella, pero no hay prueba de que esencialmente ese haya sido el fin de la venta, que fuera para explotar la granja agrícola, pues eso no quedó incorporado en el contrato de compraventa. Si la demandante quería seguir dicha actividad, necesitaba las licencias, y esa granja operó entre 2006 a 2008, por eso no se estructura el vicio oculto, ya que éste debe recaer sobre el objeto de la compraventa y sobre el predio no se dice en la demanda, no concurren los presupuestos del artículo 1915 del C.C.

2.1. Sostuvo que la convocante en su alegato de conclusión aludió a su situación de inferioridad en el proceso de partición, ello daría lugar a aplicar perspectiva de género, dada la circunstancia de cómo estaba conformado el hogar. Tal circunstancia permitiría flexibilizar la apreciación de las pruebas, pero, en este caso, no se dan las condiciones para aplicar perspectiva de género, porque la partición de bienes fue anterior a este negocio jurídico y en la demanda nada se dice que, en la compraventa, por esa inferioridad, no se incluyó la unidad productiva como esencial del contrato, pese a no desconocer la concepción machista de nuestra sociedad y que pudo haber desventaja en la partición, pero aquí no se planteó. Y es que no se le vendió la unidad productiva, porque ya no existía para la época de la venta, situación que el ICA lo certificó, por lo que no hay elementos para hacer una interpretación distinta, so pena de infringir el principio de congruencia.

III. LA IMPUGNACIÓN

1. En desacuerdo con esa determinación, la mandataria judicial de la parte actora, en armonía con el artículo 322 del C.G.P., presentó los motivos de su impugnación, que sustentó oportunamente,¹ en una exposición intrincada conceptualmente, que admite compendiarse en dos ejes refutatorios, a saber:

i) El concerniente a la interpretación de la demanda, tarea que, según la recurrente, no hizo el juez de conocimiento para entender la clase de nulidad realmente invocada en el informativo, por error en el objeto, generador del vicio del consentimiento presentado al aceptar la convocante el contrato de compraventa llevado a cabo, porque Luís Carlos Ruiz Maldonado le hizo creer que si renunciaba a los gananciales al disolverse la sociedad conyugal, *“adquiriría una presunta granja legal para explotación porcícola y avícola, la cual sería fructífera”*, pero Luís Carlos Ruiz Maldonado, en connivencia con su padre, sabía que *“el predio no podía ser usufructuado o explotado de esta forma debido a que él sí conocía la prohibición de esta actividad en la granja por estar expresamente prohibida por el POT del Municipio”*; punto en el que juzgador además omitió inteligir que se invocó la acción por vicios ocultos de tal gravedad que se asimilan a la inutilización de la cosa y a la falta de entrega, y, por consiguiente, a incumplimiento de obligación; dando también lugar dicho engaño a la causal señalada en el numeral 3º del artículo 1502 del Código Civil Colombiano que prevé: *“Que el objeto del contrato sea lícito, es decir que el fin perseguido sea permitido por las normas”*.

ii) La exagerada fijación de las Agencias en Derecho en \$100.000.000,00, pues no se tuvo en cuenta la actora es una mujer de escasos recursos.

2. En la etapa de que trata el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, la recurrente insistió en las mismas argumentaciones esbozadas ante el juez de cognición, pero introdujo las siguientes inconformidades:

¹ En sus escritos impugnativos y sustentatorio pidió declarar *“la Nulidad procesal, a partir del auto admisorio de la demanda, para no hacer inocho el derecho que asiste a la demandante, tal y como lo señala en su argumentación el Ad quo y poder darle así la calificación adecuada a la demanda”*, solicitud denegada por el Magistrado Ponente, de conformidad con el artículo 135 del C.G.P.

i) "Falta de objetividad en la valoración de la prueba", pues, en sentir de la apelante, el *a quo* dio por demostrado, sin estarlo, que en el predio objeto de venta funcionó la granja sólo durante los años 2006 a 2008, ya que realmente estuvo en pleno funcionamiento hasta el día en que fue entregado el inmueble.

ii) "Inadecuada interpretación del Contrato", porque, según la recurrente, efectuó la labor hermenéutica para *"establecer (...) que la intención de las partes, tanto demandante como demandado, era la de transferir el dominio de una granja y no de un simple terreno como lo expresa el AD QUO en su decisión."*

iii) "Prevalencia del derecho sustancial como mandato constitucional", ya que *"la sentencia recurrida se ciñó tanto al formalismo procesal que escapó al análisis de las reales circunstancias que rodearon la negociación; no obstante la serie de pruebas allegadas con la demanda de cuyo estudio y recorrido de cada actuación que contiene cada una de ellas, se llega a la conclusión inequívoca que todas las acciones realizadas por los demandados estuvieron siempre encaminadas a viciar el consentimiento de la demandante, lo que a la postre dio como resultado el convencerla de algo que no existía."*

iv) "Falta de aplicación de Perspectiva de Género en la sentencia impugnada", porque *"el señor Juez de primera instancia omitió aplicar el derecho de igualdad en la decisión impugnada al no introducir el enfoque diferencial para disminuir la violencia de género, pues denótese que mientras el demandado es una persona con estudios básicos y profesionales y amplia experiencia en los trabajos agrícolas, la demandante es una mujer sin estudios básicos ni profesionales trabajadora del campo, la cual fue, violentada en su voluntad y buena fe contractual, pues creyendo adquirir un terreno de uso agrícola para su sustento mínimo vital y económico de su familia, recibió un terreno que no le implica ninguna productividad."*

3. Al descorrer el traslado de la sustentación presentada por su contraparte, el extremo demandado solicitó la ratificación de la decisión censurada, toda vez que: **i)** no se probó *"una nulidad relativa (que no fue alegada [en la demanda]), por un vicio en el consentimiento derivado de un error en el objeto."*; **ii)** *"En el decurso del proceso no se demostró la configuración de la nulidad absoluta del contrato y tampoco es procedente la obligación de saneamiento por la configuración del término de prescripción."*; **iii)** *"La parte*

demandante no probó que el fin principal de la celebración del negocio fuera la de continuar una explotación agrícola”; iv) “Imposibilidad de aplicar el criterio de perspectiva de género”, porque “Marisol Maldonado Barrios NO es una persona de escasos recursos o en situación de debilidad”; y v) “Las costas y agencias en derecho fueron tasadas conforme a lo que establece el acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura y el numeral 4 del artículo 366 del CGP.”.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y no advirtiéndose vicio que invalide la actuación, se hace necesario anotar, de manera preliminar, que esta Sala se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desacuerdo demarcados por la parte opugnadora, acatando los lineamientos de los incisos 1º de los cánones 320 y 328 del Código General del Proceso, quedando al margen del escrutinio del Tribunal los reparos no formulados ni sustentados oportunamente, comoquiera que, por tal omisión, no integran la pretensión impugnativa que *“marca las fronteras que debe observar el juez del escenario en la segunda instancia, para efectos de su competencia funcional decisoria”,² restricción procesal cuya inobservancia se traduce en “[o]tra modalidad de incongruencia [que] corresponde al exceso en que incurre el funcionario judicial de segunda instancia al decidir el recurso de apelación desbordando los temas objeto de la alzada”;³ pues “está vedado al ad quem pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente”.⁴*

2. Clarificado lo anterior, comporta recordar que el juzgador de primer orden negó las pretensiones de la parte reclamante, básicamente por no hallar acreditado que la compraventa debatida tuviera objeto ilícito, ni tampoco estructurado la afectación redhibitoria alegada, ya que se vendió un predio rural y no una explotación económica, sin que se demostrara que ésta haya sido el fin esencial de la enajenación. Decisión que rebate la actora porque el *a quo* debió interpretar la

² CSJ. SC2351-2019, rad. 41298-31-03-002-2012-00139-01.

³ CSJ. SC5473-2021, rad.11001-31-99-001-2017-40845-01.

⁴ CSJ. SC3148-2021, reiterada en SC1303-2022.

demanda para entender que se buscó declarar la nulidad relativa, por error en el objeto, y no la absoluta, y, en esa senda, también advertir el grave vicio oculto que genera incumplimiento contractual, aunado a que considera exagerada la fijación de las agencias en derecho.

3. Delimitado de esta forma el escenario dialéctico, dígame de una vez que la sentencia será confirmada, por las siguientes razones:

3.1. En primer lugar, observa esta Corporación que el fallador de conocimiento, aplicando el artículo 42, numeral 5, del C.G.P., sí interpretó la demanda para deducir que a pesar de fundarse la súplica de nulidad absoluta en ausencia de objeto, realmente se cimentó en la ilicitud del mismo, pero no encontró reunidos los presupuestos establecidos en el canon 1521 del Código Civil, sin que fuera atendible la manifestación de la demandante en sus alegatos de conclusión sobre la existencia de una nulidad relativa, porque se iría contra el postulado de la consonancia, consagrado en el precepto 281 de la cita codificación adjetiva.

Razonamiento decisonal que se observa enteramente acertado y que, de entrada, da al traste con el embate elevado por la apelante, porque en el libelo genitor claramente fue pedido, de manera principal, que *“se declare la nulidad absoluta por falta de objeto en el negocio jurídico”*, ruego del que se defendió el extremo demandado con la exceptiva intitulada *“INEXISTENCIA DE NULIDAD INSANABLE POR OBJETO ILÍCITO”*, por lo que no es de recibo el ejercicio exegético deprecado en el memorial impugnativo, dado que la interpretación de la demanda, impuesta como un deber judicial por el referido numeral 5 del artículo 42, tiene que *“respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia”*; marco procedimental donde el sentenciador *“(…) no puede reemplazar ni cambiar la demanda, estándole vedado ‘moverse ad libitum o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una causa petendi o un petitum, pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte y, por demás, el fallo resultaría incongruente.”*⁵

⁵ CSJ. Cas. Civil. Sentencias de 26 de junio de 1986, 28 de febrero de 1992 y 23 de septiembre de 2004, S-114-2004 [7279], CCXVI, p. 520, reiteradas en sentencia de 27 de agosto de 2008, exp. 11001-3103-022-1997-14171-01.

Desde esa óptica, ciertamente el entendimiento del escrito introductor propuesto por la actora se traduce en un proceder confutatorio totalmente reprochable, opuesto al deber de las partes y sus apoderados contemplado en numeral 1 del artículo 78, *ejusdem*, que se percibe inobservado desde la súbita variación argumentativa introducida por la apoderada de la convocante en sus alegatos de conclusión, al invocar una nulidad relativa inicialmente no planteada, pues aceptar tal mutación discursiva sorprendería a la parte llamada a juicio por no haber tenido espacio para pronunciarse al respecto, conducta jurisprudencialmente censurada, porque “(...) se evidencia un repentino cambio de postura o actitud frente al litigio, como quiera que tales giros desconocen la buena fe y lealtad que ha de presidir una contienda, a la vez que infringen el derecho de defensa, en la medida en que introducen elementos y argumentos ajenos a los extremos originales del pleito, frente a los cuales, por razones obvias, la contraparte no ha contado con una adecuada oportunidad para contradecirlos o cuestionarlos (...).”⁶

En esas condiciones, resultaba completamente inviable hacer el laborío intelectual sobre el escrito incoativo propuesto por la promotora de la actuación, debido a los rasgos diferenciadores que la codificación civil, a partir del artículo 1741 y ss, atribuye a cada tipo de nulidad, en cuanto a causales, declaratoria, saneamiento, prescripción, etc., y, en esa medida, a voces de la Sala de Casación Civil, “(...) la aplicación de las sanciones de invalidez del negocio jurídico que consagran los citados cánones 1743 del Código Civil y 900 del Código de Comercio, no procede de oficio, sino que requiere alegación de parte. Por ende, los jueces deben ser cuidadosos al asignar a pretensiones diversas el significado de la anulabilidad o nulidad relativa, porque, salvo hipótesis excepcionales, ajenas a este litigio, esa alteración puede traducirse en una improcedente infracción de las reglas que gobiernan dicha institución. Así lo estableció la Corte, en un caso de contornos similares a este: «(...) no es posible reconocer la nulidad relativa o anulabilidad del acto, por no haber sido solicitada en las pretensiones de la demanda, ya que, siguiendo el derrotero del artículo 1743 del Código Civil, aplicable al asunto por la unión regulatoria del precepto 822 del estatuto mercantil, 'La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las

⁶ Criterio reiterado por la Sala de Casación Civil en sentencia de 30 de enero de 2007, exp. 1100131030262000-24326-01.

*leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes'» (CSJ SC451-2017, 25 ene.)."*⁷

3.2. Ahora, en el evento de tenerse por superada la anterior dificultad procesal, tampoco se avista evidenciado vicio alguno perturbador del consentimiento, ni de naturaleza redhibitoria, que la recurrente hace consistir en que no fue informada de restricciones en el inmueble adquirido sobre *"uso de suelos no era apto"*, situación que impidió explotar *"la granja"* avícola y porcina que allí funcionaba.

Sin embargo, la inconforme no acreditó el supuesto de hecho en que basilarmente fincó tanto sus pretensiones principales y subsidiarias, como su recurso, esto es, el *"engaño y error a que fue llevada por los demandados"*, pese a ser de su resorte, en los términos del artículo 167 del C.G.P., demostrar, de un lado, frente al *"error en el objeto"* invocado, que *"los móviles para contratar (...) [fueron] alterados o 'infectados bajo una influencia perniciosa'⁸ el impulso del mecanismo de [su] voluntad [fue] defectuoso"*,⁹ puesto que, *"[e]n criterio de la jurisprudencia, en el caso de error sobre la especie del acto o contrato, o respecto de la identidad del objeto, se produce el desconocimiento de aquel por vicio del consentimiento, porque se parte de la base de que 'el contratante no habría contratado ni se hubiera equivocado sobre la naturaleza del contrato o la identidad del objeto y porque considera que esa equivocación neutralizó su voluntad, la cual no pudo, por ello mismo, crear un acto jurídico válido' (CSJ SC, 28 Feb 1936, G.J. t, XLIII, 534)"*.¹⁰ O, del otro, a la actora le incumbía probar que el vendedor, con ese ocultamiento, incumplió su obligación de enajenante, porque, en su carácter de compradora, cuando *"pagó el precio, lo hizo con la intención de adquirir una cosa que tuviera las cualidades que le fueron ofrecidas y que le fuera completamente útil y servicial; de suerte que si hubiera, conocido las deficiencias de que adolecía el bien, es casi seguro que no la habría comprado, o hubiera pagado por ella un precio menor."*¹¹

Pero el material suasorio acopiado en el expediente informa que la demandante conocía o pudo conocer el estado en que adquirió el

⁷ CSJ. SC3724-2021, rad. 20001-31-03-004-2015-00204-01.

⁸ Josserand, L. Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Puebla: Edit. José M. Cajica Jr. 1946, p. 45.

⁹ CSJ. SC11331-2015, rad. 11001-31-03-036-2006-00119-01.

¹⁰ CSJ, *idem*.

¹¹ CSJ SC, 16 dic. 2013, rad. 1997-04959-01, reiterada en SC4454-202, rad.11001-31-03-021-2013-00703-01.

bien enajenado, sin que se hubiere constatado que la compra recayó sobre una “granja” destinada a la avicultura y a la porcicultura.

En efecto, nótese primeramente que, no obstante que el fallador de primer nivel, en la etapa de fijación de hechos y pretensiones, tuvo como hecho probado que “*la transferencia del derecho de dominio del referido predio y mediante la citada escritura, se hizo en desarrollo al acuerdo a que llegaron los señores Marisol Maldonado Barrios y Luís Antonio Ruiz Heredia, para el desistimiento de la demanda que se había promovido por parte de la señora Marisol Maldonado Barrios contra el señor Luís Antonio Ruiz Heredia ante el Juzgado 10 de Familia de Bogotá*”, no emerge evidenciado en el plenario que la demandante hubiere comprado la reclamada explotación económica, toda vez que no aparece una enajenación de esas características en el instrumento notarial No. 2759 de 20 de octubre de 2011 de la Notaría 3ª del Círculo de Bogotá, suscrita por Luís Carlos Ruiz Maldonado, como vendedor, y Marisol Maldonado Barrios, como compradora, pues allí se describe, en la estipulación primera: “**OBJETO.- EL VENDEDOR**, por medio del presente instrumento público transfiere a título de compraventa real y efectiva a **LA COMPRADORA** el derecho de dominio, propiedad y posesión que tiene y ejerce sobre el siguiente inmueble: Lote de terreno denominado EL PARAISO, junto con la construcción sobre el levantada ubicado en la vereda Zaragoza, jurisdicción del municipio de SAN ANTONIO DE TEQUENDAMA, Departamento de Cundinamarca, con cabida o extensión superficial aproximada de seis mil cuatrocientos metros cuadrados (6.400.00 M2), comprendido dentro de los siguientes linderos y medidas tomados del título de adquisición. (...).”

A más de eso, la impulsora de estas diligencias, en la demanda y en su interrogatorio de parte, admitió que cuando le fue entregado el inmueble, en octubre de 2011, “*la granja*” no se encontraba en funcionamiento, “*estaba bastante deteriorada*”, y aunque negó saber las razones exactas de tal abandono, su desconocimiento no resulta muy creíble, considerando que Marisol Maldonado Barrios ya había participado en adquisiciones anteriores realizadas sobre el comentado bien raíz, pues en el escrito iniciático aseveró que “*el lote fue adquirido por el señor **LUIS ANTONIO RUIZ HEREDIA** simulando la compraventa del 50% de dicha finca, inicialmente a nombre de su hijo **LUÍS CARLOS RUIZ MALDONADO y de mi mandante**; habiendo adquirido posteriormente el 50%, tal como figura en las*

escrituras públicas Nos. 722 del 27 de abril de 2005 de la Notaría Única de La Mesa y 5.013 del 23 de diciembre de 2008 de la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá¹²; afirmación que guarda directa correspondencia con la cláusula segunda de la escritural 2759 de 20 de octubre de 2011, que a su tenor reza: "**TRADICION:** El inmueble antes descrito fue adquirido por **EL VENDEDOR** junto con **MARISOL MALDONADO BARRIOS**,¹³ por compraventa efectuada a **BERTHA XIMENA MARTÍNEZ ROMERO y JOSÉ ISMAEL TIBADUIZA AVELLANEDA**, mediante Escritura Pública número setecientos veintidós (722) de fecha veintisiete (27) de abril de dos mil cinco (2.005), otorgada en la Notaria Única de la Mesa y posteriormente adquirió el otro cincuenta por ciento (50%) por compraventa efectuada a **LUÍS ANTONIO RUIZ**, mediante Escritura Pública número cinco mil catorce (5.014) de fecha veintitrés (23) de diciembre de dos mil ocho (2.008), otorgada Tercera (3º) del círculo de Bogotá, inscrita en la Oficina de Registro de instrumentos Públicos de la Mesa al Folio de Matricula Inmobiliaria 71828."

Y es que, realmente, no fue demostrado que el móvil esencial para aceptar la compraventa de marras haya sido el ofrecimiento por parte de los demandados de la operación exitosa, o al menos en buena marcha, de la mentada crianza avícola y porcícola, tendiendo en cuenta que la demandante manifestó, en su declaración, que la escritura de venta y entrega de la finca "El Paraíso" se hizo en octubre de 2011, que la conciliación para desistir de las pretensiones en el juzgado de familia se celebró en febrero de 2012, que en "el 2013 comencé con la explotación de cerdos", la cual mantuvo por "7 años. Del 2013 al 2019, que me cerraron, porque me tocó cerrar", por órdenes de autoridades administrativas "la CAR y planeación" de San Antonio de Tequendama, cuyos requerimientos comenzaron "finalizando el 2013" y "2016 y 2018", respectivamente.

Facticidad sobre la que llama la atención que la señora Maldonado Barrios no se hubiera cerciorado de solicitar los permisos y autorizaciones oficiales del caso, averiguación que pudo haber emprendido con ayuda de su compañero, de quien sostuvo "montamos la granja con mi actual pareja", porque ella no tenía experiencia en dicha explotación económica, pero él sí, pues trabajó con pollos en "La Condesa", fue jefe de personal. Y a la pregunta de "usted manifestó que le dijo a su exesposo

¹² Negrillas resaladas fuera de texto.

¹³ Negrillas resaladas fuera de texto.

que no firmaba nada si no le arreglaba la finca, pero indicó que usted firmó ese acuerdo en febrero de 2012. ¿Entonces, su esposo le cumplió con los arreglos de la finca?”, contestó que “no, la totalidad de los arreglos no”. Cuando se le pidió que dijera “¿por qué firmó ese acuerdo?”, respondió “porque yo aún no había montado la granja. O sea, yo me di cuenta después de que monté la granja de que el uso del suelo no era apto.” Al indagársele si con los demandados “¿se habló de que esa granja tenía que tener ese permiso o licencia, eso se habló y si se dejó consignado en algún documento?”, señaló: “No, no señor”.

Ubicada de ese modo la situación litigiosa, salta de bulto que la omisión de la demandante puesta de presente, sin duda desdibuja el engaño alegado por falta de información, que, en su sentir, es constitutivo de “*error en el objeto*”, puesto que, pese a insistirse en que para la actora el aludido desarrollo empresarial pecuario habría sido “*el principal motivo para contratar*”, no hay prueba de que ese móvil haya sido “*conocido de la otra parte*”, generándose, así, una divergencia entre los acordantes, con aptitud para viciar el consentimiento, a la letra del artículo 1511, inciso 2, del Código Civil. Descuido que también deja sin piso la configuración del acusado vicio redhibitorio, por no concurrir la condición de “[n]o haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio”, como lo previene el canon 1915, numeral 3, *ibidem*.

4. En punto al reproche atinente a la cuantificación de las agencias en derecho, sea suficiente, para su desestimación, recordar que esta no es la vía para cuestionar dicha tasación, comoquiera que el artículo 366, numeral 5, del C.G.P. dispone que “[l]a liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.”

5. El orden argumentativo que se trae respalda la confirmatoria de la sentencia de primer grado, con la consecuente condena en costas de esta instancia a cargo de la parte demandante. (artículo 365, regla 1ª, del C.G. del P.).

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio del año 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto del epígrafe.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. El Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho, la suma de \$1'000.000,00. Tásense de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO.- En oportunidad, por Secretaría, ofíciase al Despacho de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de esta providencia, para que haga parte de la actuación respectiva.

NOTIFÍQUESE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(031201900323 01)

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado
(031201900323 01)

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado
(031201900323 01)

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado
Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **a0852c3bd01063979fab523ad66bf7f35f26f2834f0adb52e4610bea8fa7adce**

Documento generado en 07/10/2022 04:21:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso verbal de **H3 ARQUITECTURA S.A.S.** contra **AVINTIA COLOMBIA S.A.S.**. (Apelación de sentencia). **Rad.** 11001-3103-018-2020-00220-01.

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

CONCEDER al apelante el término de cinco (5) días, contados a partir del día siguiente a la notificación por estado de esta providencia, para que sustente por escrito la alzada ante esta instancia, la que se debe sujetar a desarrollar los reparos concretos expuestos ante la autoridad de primera instancia (artículo 322 numeral 3 incisos 2 y 3 del Código General del Proceso), **so pena de que se declare desierto el recurso vertical.**

ORDENAR a la Secretaría de la Sala que, si se presenta la sustentación, se corra traslado, por el término de cinco (5) días a la parte no impugnante y, vencido el mismo, se dejen las constancias correspondientes, a efectos de proferir por escrito la sentencia, la cual se notificará a través de los estados electrónicos.

ADVERTIR que de conformidad con lo previsto en el inciso 4 del artículo 109 del Código General del Proceso, los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente, si son recibidos en el horario laboral establecido para este Distrito Judicial.

Se les pone de presente a los intervinientes que todos los *emails* deben ser remitidos de **manera exclusiva** a la siguiente dirección de correo electrónico: **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**.

Cumplidas las órdenes impartidas y vencidos los términos otorgados, secretaría ingresará el expediente al despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 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: **f7eff04f6fe16e30ad5032c8dc396b4cee185eae18149d6a582596658bbc3626**

Documento generado en 07/10/2022 04:14:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso abreviado de impugnación de actas de **ACOCIVILES S.A.** contra **SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A.**. (Apelación de sentencia). **Rad.** 11001-3103-027-2006-00526-03.

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Obedézcase y cúmplase lo resuelto por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia (inciso primero, artículo 329 del Código General del Proceso).

Por la Secretaría de la Sala, si aún no se ha hecho, dese cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021¹, por esta Corporación. Oficiese y déjense las constancias a que haya lugar. Las costas, se liquidarán por el *a quo* en la forma prevista en el inciso primero del canon 366 *ejúsdem*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 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: **cb1eca7d968e07cd63ee2e9e4e0ca8e84ab56c3a5f966a4eff483832871eab40**

Documento generado en 07/10/2022 04:09:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ Archivo "09 Sentencia Segunda Instancia" del "05 Cuaderno Tribunal Apelación Sentencia".

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

En virtud de la condena en costas a los recurrentes se fija el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho, de conformidad con el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUMPLASE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado