

Honorables Magistrados
Tribunal Superior de Bogotá DC
MP: Dra. María Patricia Cruz Miranda
Bogotá DC
E-MAIL: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE MAYOR CUANTÍA.
DEMANDANTE: SALAZAR FERRO INGENIEROS SAS
DEMANDADOS: INTEGRANTES DEL CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL-CONSOL-: CSS CONSTRUCTORES S.A. -CSS-, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL- CNO-, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.- EPISOL.
RADICADO: 110013103006201900652 01
ASUNTO: Sustentación recurso de apelación contra sentencia - inciso 3º del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022

JOSE ARTURO MORALES FERIA, mayor de edad y vecino de Bogotá D.C., me dirijo a los Honorables Magistrados para manifestarle que, como apoderado de Estudios y Proyectos del Sol S.A.S (en adelante “Episol”) y CSS Constructores S.A. (en adelante “CSS”), preciso los reparos a la sentencia sobre la base de los siguientes argumentos.

CONTEXTO DEL POR QUÉ ESTÁN VINCULADOS EPISOL Y CSS EN EL PROCESO:

1. Previo a exponer las razones de los reparos debemos enfatizar que, tanto Episol como CSS, nunca tuvieron o han tenido un vínculo comercial con la sociedad demandante, ni con sus socios o directivos. En realidad, los demandados están vinculados a la pasiva de este proceso por haber sido integrantes del CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL (en adelante “CONSOL”).
2. CONSOL estaba integrado por La Constructora Norberto Odebrecht S.A.S. hoy en liquidación (en adelante “CNO”) con el 62.01% de participación, Episol con el 33% de participación y CSS con el 4.99%. El Consorcio tenía como objeto ejecutar el contrato EPC o llave en mano suscrito con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. para la construcción de Las obras asociadas al Proyecto Ruta del Sol Sector II.
3. CONSOL tenía plena autonomía, económica, financiera, administrativa, etc., para contratar, entre otros su propio personal, sub contratistas, etc. Es en este contexto que, entre CONSOL y Salazar Ferro S.A.S. se suscribe el contrato de obra EPC –SC –G-014/2015 del que provienen las facturas objeto del presente proceso. Así entonces, Episol y CSS no tuvieron participación alguna en los

actos preparatorios, de desarrollo o liquidación de estos contratos, pues para ello se había constituido el consorcio. Ellos se enteraban del estado general del consorcio por informes generales que llegaban a sus manos por comités o reuniones, también generales.

4. Por lo anterior, los comentarios que hacemos en el presente memorial se hacen sobre la base de información de prensa o la recaudada para contestar esta demanda y en el transcurso del proceso.

SOBRE EL RECURSO:

5. Reintegramos que, pese a que en apariencia las facturas objeto de la presente contienda judicial revisten legalidad, no sucede así con el contrato o presunto contrato del que se derivaron estas facturas¹. Es de anotar que, en principio solo considerábamos que las facturas no cumplían con los requisitos de título ejecutivo complejo porque aún no conocíamos los cuestionamientos que la Fiscalía General de la Nación (en adelante “Fiscalía”) hacía sobre los Contratos suscritos entre CONSOL y Salazar Ferro S.A.S. No obstante, una vez enterados de esta circunstancia, nuestra preocupación más importante, sin olvidar que las facturas no cumplen con el requisito del título ejecutivo complejo, consiste en ser obligados a pagar, aún por vía judicial, unos dineros que de acuerdo a lo dicho por la Fiscalía **podrían** ser parte los pagos ilícitos pactados por Odebrecht.
6. En efecto, la Fiscalía, en documento puesto en conocimiento a las partes por auto del 8 de octubre de 2020 del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, el Contrato Obra EPC –SC –G-014/2015 suscrito entre CONSOL y Salazar Ferro S.A.S., del que se derivan las facturas que se pretenden ejecutar, está siendo investigado por, presuntamente, hacer parte de los contratos utilizados para hacer pagos a particulares y servidores públicos realizados por la Constructora Odebrecht, para gestionar u obtener ventajas en distintos procesos contractuales desarrollados en Colombia (...)

Al interior del Grupo de Tareas Especiales para el caso Odebrecht creado por el señor Fiscal General de la Nación se encuentra radicada la investigación con el CUI No. 110016099095201800022 dentro de la cual se indaga por los pagos efectuados a particulares y/o servidores públicos realizados por la Constructora Odebrecht para gestionar u obtener ventajas en distintos procesos contractuales desarrollados en Colombia, sumas de dinero que eran pagadas a través de contratos. Entre los contratos que son objeto de indagación se encuentra el Subcontrato de Obra No. EPC-SC-G-014/2015 del 13 de octubre de 2015 suscrito entre SALAZAR FERRO INGENIEROS S.A. y CONSOL.

7. Esta noticia del ente acusador generó en Episol y CSS dudas sobre la validez o legalidad del contrato, y especialmente, la incertidumbre de si el Contrato Obra EPC –SC –G-014/2015 hace parte del entramado en el que particulares y funcionarios públicos recibieron dineros en forma fraudulenta.

¹ Ver excepciones y recurso de reposición propuestos.

8. Esta noticia, puesta en nuestro conocimiento en octubre del 2020, no nos permitió al momento de contestar la demanda de este proceso atacar la validez o legalidad del contrato. No obstante, no se le puede restar credibilidad e importancia a las investigaciones que está llevando a cabo la Fiscalía, según las cuales, las facturas que se pretenden cobrar en este proceso, provienen de un contrato que está siendo investigado por presuntos actos fraudulentos.
9. Es necesario anotar que aún para el 26 de julio de 2022, dos días antes de que se proferiera la sentencia de primera instancia de este proceso ejecutivo, la Fiscalía reiteró que el contrato EPC –SC –G-014/2015 se encuentra en investigación en forma separada del contrato EPC –SC –G-018/2015.

ASUNTO: Su oficio 756 del 21 de junio de 2022

Respetada Doctora.

Conforme a su misiva elevada ante este Despacho, recibida el día de hoy 6 de los corrientes mes y año, mediante el cual solicita información relacionada con el CUI 110016099095201800022, me permito indicarle que mediante decisión del 15 de febrero hogaño se dispuso la compulsas de copias para investigar por separado lo relacionado con las presuntas conductas penales derivadas del contrato EPC-SC-018 de 2015 en las que intervienen entre otros, el señor Andres Salazar Ferro, como también lo relacionado con el contrato EPC-SC-014/2015 suscrito entre Salazar Ferro Ingenieros S.A. y CONSOL el 13 de octubre de 2015, circunstancia que dio lugar a la generación del CUI 110016000102202200036, actuación ésta que se adelanta actualmente bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004, y se encuentra en etapa de indagación preliminar, sin que se haya formulado imputación de cargos contra el indiciado Salazar Ferro.

10. También tiene relevancia el hecho de que, según lo dice la Fiscalía, el señor Andrés Salazar Ferro, quien suscribió los contratos EPC –SC –G-014/2015 y EPC –SC –G-018/2015, aceptó cargos respecto de actos fraudulentos desconocidos para nosotros, respecto del contrato EPC –SC –G-018/2015, que guarda bastante similitud, incluso en su objeto, con el contrato EPC –SC –G-014/2015, objeto del presente proceso judicial.

1. Radicado 11001609909520180002.

Los hechos que se investigan bajo este radicado se relacionan con el pago de 4.6 millones de dólares a particulares y/o servidores públicos efectuado por la Constructora Odebrecht para gestionar u obtener ventajas en distintos procesos contractuales desarrollados en Colombia, sumas de dinero que eran pagadas a través de contratos simulados o ficticios.

Dentro de este radicado se formuló imputación en contra del señor ANDRES SALAZAR FERRO por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, habiéndose allanado a los cargos formulados en la mencionada audiencia, lo que dio lugar a la ruptura de la unidad procesal con Radicado No. 110016000000201902131.

(...)

Los hechos corresponden a los indicados en el numeral primero de esta respuesta, limitándolos al subcontrato EPC-SC-G018-2015 del 26 de diciembre de 2015, suscrito entre el GRUPO MUNDIAL DE INGENIEROS ASOCIADOS SAS y CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL, por valor de UN MIL DOSCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS (\$1.220.000.000), cuyo objeto era la construcción de Caisson de concreto excavado a mano, fundido en sitio, de la Transversal Rio de Oro – Aguacalara – Gamarra, proyecto vial Ruta del Sol Sector “, no ejecutado por GRUPO MUNDIAL DE INGENIEROS ASOCIADOS SAS y a través del cual se realizaron pagos ilícitos.

11. Reiteramos que desconocemos las razones que tiene la Fiscalía para indagar aspectos tan relevantes del contrato Obra EPC –SC –G-014/2015 como la posibilidad de que se haya utilizado para infringir la ley, lo que implica que, de llegar a confirmarse la sentencia, podríamos estar obligados a realizar los pagos a que hace referencia el ente investigador. De tal forma que es menester revocar la sentencia o al menos suspender sus efectos, hasta tanto la Fiscalía concluya la investigación del contrato EPC –SC –G-014/2015.
12. Si bien formalmente no se cumplen los requisitos para obtener la prejudicialidad, es evidente la incertidumbre sobre el resultado final al que llegue la Fiscalía, que bien podría ser el que el contrato 014 de 2015, tuvo la misma suerte que el 018 de 2015, y en este último caso sería catastrófico confirmar la sentencia.

No existe norma expresa de derecho en la que se pueda sustentar la revocatoria de la sentencia, y tampoco existe un asunto similar en el que se pueda hallar solución al planteamiento de la presente apelación, sin embargo, es necesario general derecho, crear derecho, frente a nuevas situaciones, desconocidas, como la que cursa en este proceso. Para solucionar el asunto, el Tribunal podría extender la interpretación sobre la teoría relativa a que “los autos ilegales [no] vinculan al Juez. La Corte Suprema de Justicia, en varias ocasiones ha decretado la insubsistencia de la actuación procesal cuando se ha advertido la presencia de irregularidad evidente y ostensible, que no pueda encuadrarse en algunas de las causales de nulidad previstas en el Código General del Proceso o en el antiguo Código de Procedimiento Civil. En efecto, mediante el auto del 13 de julio de 2000, expediente 17.583, se expresó:

*“¿Se pregunta la Sala qué debe hacer el juzgador **ante un error judicial evidente**, dentro del mismo proceso que se adelanta, cuando está contenido en una providencia que no es la objeto de su revisión?
“Si se recurriese en forma exclusiva al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, sin articularlo con todo lo demás previsto en el ordenamiento jurídico, la respuesta sería que no se podría hacer nada,*

porque, según ese canon, el ad quem sólo tiene competencia sobre la materia apelada, salvo que encuentre causales procesales de nulidad. Pero, si se tiene en cuenta el siguiente principio de legalidad la conclusión es distinta, porque el juez está llamado a declarar la verdad real.

*En efecto Según la Constitución “Los jueces, como autoridades de la República, “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares” (inciso final art. 2); Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (art. 29); Las actuaciones “de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (art. 83); En las decisiones de la justicia “prevalecerá el derecho substancial” “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares en la actividad judicial” (art. 228). Además “Según el Código de Procedimiento Civil “El juez, al interpretar la ley procesal, deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4). “Es deber del juez “Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal” (art. 37, numeral 3). “Desde otro punto de vista, el de la jurisprudencia, **la irregularidad continuada no da derecho.** (Destacado fuera de texto)*

Respecto de las providencias ilegales no solo la Corte Suprema de Justicia, sino también el Consejo de Estado han llegado a la conclusión de que estas no atan al Juez. Se ha dicho que:

“que la actuación irregular del juez en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo ⁽²⁾; que el error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores ⁽³⁾.

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de marzo de 1981. Sala de Casación Civil. Reitera lo dicho en otras providencias, que pueden verse en la Gaceta Judicial LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330. Proceso Enrique A. Fuentes contra Herederos de José Galo Alzamora.

³ Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Auto de febrero 4 de 1981. Proceso abreviado suscitado por Juan de la Cruz Acevedo contra Magnolia Rosa Gómez. Consejo de Estado. Sección Tercera. Autos: a) de 8 de octubre de 1987. Exp. 4686. Actor: Sociedad Blanco y Cía. Ltda. Demandado: Municipio de Funza. b) de 10 de mayo de 1994. Exp. 8.237. Actor: Comunidad Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

13. En el presente caso, encontramos que se atentaría contra la justicia material y se incurriría en error si se dicta una sentencia, sin conocer el resultado final de la investigación que la Fiscalía respecto del contrato EPC –SC –G-014/2015.

Por lo expuesto, solicito al Honorable Tribunal, ordene la revocatoria de la sentencia o la suspensión de sus efectos hasta tanto la Fiscalía se pronuncie en forma definitiva respecto de la investigación que adelanta del contrato EPC –SC –G-014/2015.

Envío este memorial a las siguientes direcciones electrónicas: Demandantes y apoderado demandante: juan.perez@lois.com.co - notificaciones@lois.com.co - asalazar@salazarferro.com, Demandados: CSS Constructores notificaciones@css-constructores.com.

De los Honorables Magistrados,

JOSE ARTURO

MORALES FERIA

Firmado digitalmente por JOSE
ARTURO MORALES FERIA
Fecha: 2022.10.24 14:26:52 -05'00'

JOSE ARTURO MORALES FERIA

CC. 14.243.569

T.P. 63.572 del C.S. de la J

Apoderado Especial de Episol y CSS.

Señor

TRIBUNAL SUPERIOR DE LA SALA CIVIL DE BOGOTA D.C, JUZGADO DE ORIGEN TREINTA Y CINCO (35) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.

E. S. D.

Proceso. REALIZACIÓN GARANTÍA REAL, Radicado. 1100131030335 - 2019 – 00046 - 01, Demandante. DIEGO SANABRIA MONROY Y OTROS, Demandados. MIRTHA INGRID ROCIO PINZON RODRIGUEZ.

FEDERICO DIAZ QUINTERO, identificado civilmente con la cedula de ciudadanía numero 19.446.036 de la ciudad de Bogotá D.C, y portando la tarjeta profesional número 82.761 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la parte DEMANDADA en el proceso de referencia, me permito sustentar el recurso que fue admitido en su debida forma, por el auto del trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022), del cual me pronuncio de la siguiente forma.

PROCEDENCIA

Teniendo en cuenta el articulo 31 del Código General del Proceso.

“Los tribunales superiores de distrito judicial conocen, en sala civil:

1. De la segunda instancia de los procesos que conocen en primera los jueces civiles de circuito. (...)”

Teniendo en cuenta el articulo 328 del Código General del Proceso.

“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. (...)”

OPORTUNIDAD

En razón a que, el juzgado treinta y cinco civil (35) del circuito de Bogotá D.C, ordeno por secretaria el tramite de la alzada presentada por el apoderado de la parte demandada del auto registrado de fecha del doce (12) de septiembre del año dos mil veintidós (2022), siendo

admitido en efecto devolutivo el recurso de apelación contra la sentencia, del cual se notifico por estado el día dieciocho (18) de octubre de dos mil veintidós (2022) del auto registrado bajo fecha del catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Por tal motivo, me encuentro en el término legal para la sustentación adecuada del recurso de apelación de conformidad al artículo 12 de la ley 2213 de 2022, *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. (...)”*.

A R G U M E N T A C I O N

1.- PRIMER REPARO - PAGO PARCIAL DE LA OBLIGACION.:

Teniendo en cuenta la presentación de las excepciones de mérito, se hizo hincapié en lo referente al pago parcial de la obligación, en la que se indicaron los abonos que se presentaron de la siguiente forma

Abonos entre el 15 de mayo de 2017 a diciembre de 2018:

(I) El 06 de abril de 2017 por la suma de \$5'200.000 (II) El 15 de mayo de 2017 por la suma de \$5'250.000; (III) El 15 de junio por valor de \$6'300.000 (IV) El 15 de noviembre de 2017 por la suma de \$ 350.000 (V) El 11 de abril de 2018 por la suma de \$ 18'060.000 (VI) El 16 de agosto de 2018 por la suma de \$ 6'940.000 (VII) El 14 de diciembre de 2018 por la suma de \$ 18'060.000

Con respecto, a las consideraciones que se indicaron por parte de la jueza treinta y cinco (35) civil del circuito de Bogotá D.C, en su numeral cuarto, indico la existencia de actas de desembolso, que quedaron plasmados como material probatorio, de tal forma, el mismo despacho judicial, confirma de la existencia de los pagos parciales.

Al tenor del literal del artículo 424 del Código General del proceso que plasma de tal forma.

“Si la obligación es de pagar una cantidad líquida de dinero e intereses, la demanda podrá versar sobre aquella y estos, desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se efectúe. (...)”

En consecuencia, al hacer un análisis al literal de la disposición normativa, cabe en precisar que a la hora de establecer lo que conforma las obligaciones de pagar sumas de dinero, hablamos en su carácter genérico de la existencia de un capital y los intereses que son de carácter accesorio, pero vitales, por lo tanto, según desarrollo jurisprudencial de la CSJ, sala Civil, del 25 de febrero de 1937, indica de la siguiente forma.

“(…) El interés no es otra cosa que el precio que se paga por la disponibilidad del capital, dentro de los factores de la oferta y la demanda del capital disponible, se halla determinado por el tiempo que se preste (…)”

En el caso en concreto, existieron pagos parciales para saldar los intereses causados en razón al título valor.

2.- SEGUNDO REPARO - FALTA DE VALORACION SOBRE LAS PRUEBAS PRACTICADAS.:

Bajo la normativa jurídica de la sección tercera del régimen probatorio, son las pruebas, el móvil por el cual se llevará consigo a una plena certeza derivada de la valoración probatoria del juez, a través de la sana crítica, bajo tal perspectiva, se debe rescatar los elementos de valoración que debe tener en cuenta el juez al momento de fallar en derecho, es decir que la prueba deba ser considerada pertinente, conducente y útil (artículo 164, 168 del Código General del Proceso)

Igualmente, a través del desarrollo jurisprudencial que tenemos dentro de las fuentes de producción normativa, es de vital importancia que se tenga en cuenta el desarrollo de las sentencias, que son indiscutiblemente relevantes para la aplicación de los casos en concreto, por tal motivo me gustaría que se tenga en cuenta, lo que el Consejo de Estado en su sección Quinta, con numero de radicado 11001-03-28-000-2020-00049-00, del 19 de octubre de 2020, con Magistrada Ponente Rocío Araujo Oñate indico.

*“... La **conducencia** consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La **pertinencia**, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso. La **utilidad**, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba*

no debe estar ya demostrado con otro medio probatorio. Finalmente, las pruebas, además de tener estas características, deben estar permitidas por la ley.”

En el caso en concreto, fueron aportadas con la contestación de la demanda los actos de desembolso, indicando expresamente los pagos parciales que se realizaron sobre la obligación pendiente de naturaleza dineraria, dejando en claro, que estos desembolsos si existieron de conformidad a la valoración misma del documento como prueba irrefutable que demostraba el hecho alegado a través de la excepción de merito propuesta, en consecuencia, seria un injusto total que no se optara por respetar los pagos efectuados por la parte demandada, en tanto que, la aceptación por parte del demandante conforme al vínculo jurídico da razón a que se prevalezca el respeto de los pagos efectuados, en razón a la voluntad de los sujetos inmersos.

De la misma forma, dejo en consideración al alto tribunal, la falta de valoración que se tuvo sobre el documento allegado del estado de salud en la que se encontró la señora Mirtha Ingrid Roció Pinzón Rodríguez.

3.- TERCER REPARO - LA SENTENCIA FUE PROFERIDA POR FUERA DE LOS TÉRMINOS CONSAGRADOS EN EL C.G.P.:

El artículo 121 del C.G.P. establece los términos a los que están sujetos los jueces para proferir sus providencias: “salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada”. De manera excepcional, y previo a vencerse este plazo, se puede extender el término por seis (6) meses más, dando como resultado un plazo máximo de un año y medio para proferir sentencia. “SERÁ NULA DE PLENO DERECHO la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia”. Según consta en el expediente, mi cliente fue notificada el 29 de agosto de 2019, por lo tanto, el término de un año para dictar la correspondiente sentencia venció el 29 de agosto de 2020. No se decidió prorrogar este término por uno adicional de 6 meses, como lo permite el artículo, pero aún si se hubiese prorrogado el término, la señora Juez contaba hasta el 28 de febrero de 2021 para proferir dicha providencia (un año más seis meses después de la notificación personal del mandamiento de pago).

En concordancia con los términos perentorios establecidos en el artículo 121, el artículo 373 del mismo C.G.P. establece que: “Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral, el juez deberá dejar constancia expresa de las razones concretas e informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En este evento, el juez deberá anunciar el sentido de su fallo, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes, sin que, en ningún caso, pueda desconocer el plazo de duración del proceso previsto en el artículo 121”.

El Código General del Proceso es muy claro en ese sentido. La audiencia de instrucción y juzgamiento se celebró el 25 de febrero de 2022, y no obstante con que se cuenta con un término de 10 días para proferir la sentencia escrita, la sentencia fue publicada más de dos (2) meses y medio después de la audiencia oral. Por lo tanto, se incumplen los términos perentorios establecidos en los artículos 121 y 373 del C.G.P. La decisión, al ser proferida por fuera de estos términos, es nula de pleno derecho, porque su Señoría dejó de ser competente.

4.- CUARTO REPARO - FALTA DE COMPETENCIA:

En consecuencia, de lo anterior, su Señoría actuó con carencia de competencia al momento de dictar sentencia. En efecto, desde el mes de febrero de 2021 ya no tenía competencia en este proceso, y por obligación legal, debía remitir el expediente al juez del circuito que sigue en turno, sin necesidad de reparto, en informar de ello al C.S. de la J. Dado que no es un deber o función de las partes poner de presente este hecho, no se puede argumentar que se saneó o que se desistió la oportunidad de alegar tal falencia.

5.- QUINTO REPARO: INOBSERVANCIA DE LO ESTABLECIDO EN EL ART. 373:

El numeral 5 del C.G.P. establece que, si no es posible dictar la sentencia dentro de la audiencia, el Juez deberá anunciar el sentido del fallo, anunciar una breve exposición de motivos y proferir el correspondiente fallo dentro de los 10 días siguientes. Estos tres imperativos fueron violentados por parte de su Señoría, ya que, en primer lugar, no se anunció el sentido del fallo, en segundo lugar, no se hizo una exposición de motivos; en tercer lugar, no se dictó el fallo escrito dentro de los 10 días hábiles siguientes, sino que fue proferido

hasta casi tres (3) meses después. El Juez debe ser el primer llamado a cumplir a cabalidad con el estatuto procesal, este artículo es muy claro, y fue notoriamente inobservado, por lo que la consecuencia de esto debe ser la de revocar el fallo.

6.- SEXTO REPARO - INCONGRUENCIA ENTRE LA PARTE MOTIVA Y LA PARTE RESOLUTIVA:

En la parte motiva, la señora Juez escribe que: “De tal modo las cosas, es dable indicar que la ejecución ha de continuar, pero también impone que se condene en costas a la demandante, atendiendo la previsión del artículo 361 y el numeral 1° del artículo 365 (...)”. No obstante, y en evidente contradicción, en la parte resolutive punto quinto resuelve: “CONDENAR en costas al demandado. Al efecto, téngase como agencias en derecho la suma de \$3.000.000, oo. Líquidense por secretaria”. Hay una incongruencia interna, entre la parte motiva y la resolutive, por lo que procede es modificar el referido punto quinto en el sentido de condenar en costas a la parte demandante.

7.- SEPTIMO REPARO: Dicho recurso lo sustento debido a que la honorable Juez dentro de la correspondiente sentencia emitida, en primera instancia dentro de la audiencia oral, no proyectó ningún sentido del fallo y por el contrario, indicó que dictaría la sentencia por escrito. Además de ello, hay que precisar que dicha sentencia no tenía una complejidad de la decisión judicial, es decir, se hubiera podido dictar dentro de la misma audiencia oral. De otro lado, debe precisarse que dicha sentencia, emitida por la señora Juez, carece de fundamentación jurídica que toda sentencia debe tener para un buen ejercicio del derecho y de las partes.

Claramente está demostrado que no expuso un conjunto de razones en la audiencia oral que sirvieran de sustento a esta decisión que está emitida en la sentencia, ya que en ambos contextos una decisión judicial es un proceso de elección de alternativas en atención a lo que los intervinientes en el proceso siempre elevan, es decir, proposiciones en las que se solicitan que se apliquen determinada disposición, se interpreten de determinada manera, se determine que determinado medio de convencimiento, por ende, siempre debe establecerse si la disposición elegida con fundamento en los argumentos es la adecuada o si la disposición elegida debe ser interpretada y si estas interpretaciones suministradas a la disposiciones invocadas en los fundamentos de derecho, jurídico y probatorios es la adecuada.

Es decir, que para que la señora Juez dicte la correspondiente sentencia lo primero que debe realizar es la problemática, luego la identifica y luego expone a la decisión a la quiere llegar y posteriormente, exterioriza el razonamiento realizado mediante razonamiento justificatorios, los cuales tiene como propósito mostrar que la elección asumida no es un acto unilateral o arbitrario sino el producto de un juicio racional.

En el caso concreto, vemos cómo la sentencia adolece de todas estas justificaciones, ya que la señora juez no realizó ningún análisis de fondo de las excepciones de mérito presentadas en su oportunidad, como lo fueron el pago parcial de la obligación, el cobro de lo no debido, el cobro indebido de intereses, la fuerza mayor o caso fortuito para el no pago de la obligación, excepciones que se plantearon con su sustento jurídico y pruebas de lo allí planteado.

Además de ello, la señora juez no hizo un análisis a la conclusión de alegatos presentada en la correspondiente audiencia oral y en la cual se le expresó con fundamento jurídico por qué debían prosperar las excepciones de mérito.

S O L I C I T U D

Solicito de manera respetuosa, que sea tomada en cuenta la argumentación presentada, siendo así, su honorable tribunal tenga por favorable los intereses del demandado, y emita sentencia favorable a mi prohijado.

De manera subsidiaria, solicito que se MODIFIQUE el numeral 5 de la parte resolutive en el sentido de condenar en costas a la parte demandante tal como se expone en la parte motiva.

Cordialmente.

FEDERICO DIAZ QUINTERO

FEDERICO DÍAZ QUINTERO

T.P. 82.761 del C.S.J

C.C. 19.4460.36

Teléfono 3173799976

federicodiazjuridico@hotmail.com

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. GALVIS VERGARA RV: Sustentación del recurso de apelación (Rad. 11001319900120201667101)

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 25/10/2022 11:30 AM

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. GALVIS VERGARA

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: David Toro Ochoa <dtoroo@archilaabogados.com>

Enviado: martes, 25 de octubre de 2022 11:27 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; jrubio@rubioescobar.com <jrubio@rubioescobar.com>

Asunto: Sustentación del recurso de apelación (Rad. 11001319900120201667101)

Bogotá D.C., 25 de octubre de 2022

Doctora

RUTH HELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.- SALA CIVIL

La Ciudad

Referencia: Acción de competencia desleal promovida por Comunicación Celular S.A. contra Avantel S.A.S. y Partners Telecom Colombia S.A.S.

Radicado: 11001319900120201667101

Asunto: Sustentación del recurso de apelación interpuesto por Comunicación Celular S.A. en contra de la sentencia del 7 de septiembre de 2022 proferido por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio

Estimada doctora:

David Toro Ochoa, actuando como representante legal para asuntos judiciales de Archila Abogados Ltda., apoderada especial de Comunicación Celular S.A., tal y como consta en el poder especial y en los certificados de existencia y representación legal que ya obran en el expediente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, y encontrándome dentro del término allí previsto¹, procedo a sustentar el recurso de apelación presentado por Comcel.

Del presente memorial se copia a la contraparte. Se advierte además que el memorial remitido anteriormente tenía un error en el radicado.

--

David Toro Ochoa

Archila Abogados Ltda.

Calle 90 No.19 - 41 Oficina 301, Bogotá - Colombia

Tel: (571) 6181697 - 755 9665 - 755 9667

Cel: 311 3181502

www.archilaabogados.com



Síguenos en Redes Sociales:

 [facebook social](#)  [tw](#)

Emilio José Archila Peñalosa
Rubén Silva Gómez
Adriana Marcella Saetta del Castillo
Dionisio Manuel de la Cruz Camargo
David Toro Ochoa
Jessica Paola Solano Pineda

www.archilaabogados.com

+571 618 1697 / 755 9667
Calle 90 no. 19-41, oficina 301
Bogotá D.C. Colombia

David Augusto Segura Olaya
Manuel Moreno Cabeza

Bogotá D.C., 25 de octubre de 2022
DT-MM-1 969-22

Doctora
RUTH HELENA GALVIS VERGARA
Magistrada
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.- SALA CIVIL
La Ciudad

Referencia: Acción de competencia desleal promovida por Comunicación Celular S.A. contra Avantel S.A.S. y Partners Telecom Colombia S.A.S.
Radicado: 11001319900120201667101
Asunto: Sustentación del recurso de apelación interpuesto por Comunicación Celular S.A. en contra de la sentencia del 7 de septiembre de 2022 proferido por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio

Estimada doctora:

David Toro Ochoa, actuando como representante legal para asuntos judiciales de Archila Abogados Ltda., apoderada especial de Comunicación Celular S.A., tal y como consta en el poder especial y en los certificados de existencia y representación legal que ya obran en el expediente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, y encontrándome dentro del término allí previsto¹, procedo a sustentar el recurso de apelación presentado por Comcel el día 12 de septiembre del año en curso, en contra de la sentencia del 7 de septiembre de 2022.

I. Peticiones

Primera principal: Que se revoque integralmente la parte resolutive de la sentencia del 7 de septiembre de 2022, por virtud del cual se niega la deslealtad de las conductas denunciadas en el escrito de demanda por parte de Comcel contra Partners Telecom Colombia y Avantel.

¹ El auto que admitió el recurso de apelación y corrió traslado para sustentar el recurso fue notificado por estados del 18 de octubre de 2022. Considerando que la citada norma concede un término de 5 días para ese efecto, el termino para presentar la sustentación vence el 25 de octubre de 2022.

Segunda principal: Que, como consecuencia, se decida favorablemente la declaratoria de competencia desleal por los actos de violación de normas, desviación de clientela, y cláusula de prohibición general de competencia y se acojan las demás pretensiones de la demanda.

Lo anterior, teniendo presente los siguientes:

II. Fundamentos de hecho y de derecho

1. Existen suficientes elementos materiales probatorios que demuestran el acto de violación de normas

1.1. Valoración equivocada de pruebas: sí se probó la violación de normas

El Despacho incurrió en una indebida valoración de las pruebas obrantes en el expediente, que dan lugar a la materialización de la violación de normas. En el presente caso, la empresa Avantel incurrió en la conducta desleal de violación de normas al soslayar lo contenido en el artículo 11 de la ley 1341 de 2009. El precitado artículo establece expresamente que el acceso al uso del espectro radioeléctrico estará supeditado a la autorización previa y expresa del MinTIC, permiso el cual se obtendrá –por regla general– a través del concurso de un proceso de selección objetiva. Al tenor de lo establecido en el precitado artículo, se señala:

“(…) El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la cobertura, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa...”. (subrayado fuera del texto)

Se señaló adicionalmente que Avantel al desplegar su actuar desleal, incurrió en la violación de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 64 de la ley 1341 de 2009, el cual a su tenor señala que:

“(…) Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes: (...)

2. Proveer redes y servicios o realizar telecomunicaciones en forma distinta a lo previsto en la ley.

3. Utilizar el espectro radioeléctrico sin el correspondiente permiso o en forma distinta a las condiciones de su asignación.

4. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las concesiones, licencias, autorizaciones y permisos”. (subrayado fuera del texto).

El Despacho mencionó que no existe prueba del uso del espectro reconociendo que no hay evidencia de que existe comercialización del servicio ofrecido por Avantel a través de la banda de 700 MHz. Para llegar a reconocer como en efecto se probó el uso del espectro, es necesario hacer unas presiones previas sobre lo que esto implica.

Sobre este aspecto, conforme el literal c del Art 2 de la resolución 330 del 2020 del MINTIC era obligación de Partners “asumir por cuenta y riesgo la explotación del espectro, cuyo permiso fue asignado como resultado de la subasta.” Así, Respecto a la naturaleza de “los Acuerdos mediante los cuales se contrató a PTC para la provisión de la capacidad necesaria de transmisión a través de la red de PTC”, se considera pertinente resaltar que, en virtud de lo establecido por el artículo 11 de la ley 1341 de 2009, reafirmado en el artículo 11 de la resolución 330 de 2020 del MinTIC –por medio de la cual se le otorgó a Partners la licencia para el uso de la banda 700 MHZ–, la cesión del derecho al uso del espectro que le ha sido asignado previamente a un operador, podrá ser cedido únicamente bajo el presupuesto de haber obtenido autorización previa del MinTIC para la celebración de la cesión, por lo tanto, **cualquier tipo de acto o contrato de naturaleza privada que permita el acceso y uso del espectro radioeléctrico de otro operador, simplemente prueba el uso ilegal y clandestino del espectro.**”

Esto, atendiendo al contenido del artículo 64 del mismo cuerpo normativo, en el cual a su tenor se señala que: “[c]ualquier proveedor de red o servicio que opere sin previo permiso para uso del espectro será considerado como clandestino y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos”.

Considerado lo recién citado, para la realización de la conducta denunciada no es necesario que exista una cesión total del espectro, o que haya un desplazamiento total del uso del espectro. Por el contrario, únicamente se requiere de la probanza del acceso y utilización del espectro. En ese sentido, la posición del Despacho según la cual para la prueba del uso del espectro requiere en una política de explotación comercial del espectro por parte de Avantel es errada. Basta con demostrar que en el caso concreto los usuarios finales de Avantel vieron cursada su señal a través de la banda de 700MHZ, lo cual supuso, que más allá de una táctica publicitaria manifiesta, existió un aprovechamiento comercial en la mejora de señal a los usuarios sin que estos fuese necesariamente informados.

1.2. Sí se probó el uso ilegal del espectro

El Despacho reconoció que hubo acceso a la banda de 700 MHZ como parte del acuerdo de capacidad de red, pero no encontró que esto deviniera en un uso particular. Con esa consideración, se procede de forma puntual a indicar como se probó este segundo punto.

Es importante explicar la manera en que funciona la conexión de dispositivos móviles a las bandas asignadas a los operadores de telefonía móvil para demostrar su uso. En palabras del técnico experto “. La red móvil tiene una arquitectura en la cual la comunicación entre un dispositivo móvil y otro dispositivo móvil se realiza a través de unos elementos de red que concentran todas las llamadas de una zona y los llevan hasta la zona donde se está buscando llamar a ese otro dispositivo móvil entonces (...) la llamada que usted hace se enruta a través de la estación base más cercana que es a la que usted va a estar como tal inscrito con su celular”².

La forma en que se identifican los usuarios de telecomunicaciones que acceden a las llamadas se reconoce de la siguiente manera: “la red móvil tiene esa característica que es que el bloque de frecuencias que se le otorga en el Ministerio (MinTic) está ligado también a un código, entonces cuando un dispositivo móvil o como la instrumentación que nosotros usamos, de alguna manera entra a la red y la escanea, digámosle a ese verbo escanear, es como revisar, ahí sobre la red y empezar a mirar este espectro y estás llamadas de

² Testimonio de José Heriberto Martínez, 0:13:27.

ARCHILA ABOGADOS

quien son, obviamente sin demodular las comunicaciones que ese ya es otro tema, ahí es donde nosotros vemos que el espectro, el bloque de frecuencia siempre va a estar asociado a un código, y esa es la forma de identificar el espectro por quien está siendo usado³. En el uso del espectro existe un código de países, de telefonías y de celulares, que hace inconfundible el hecho de saber que dispositivos están usando el espectro y bajo que frecuencia.

Estos códigos son relevantes porque permiten conocer a ciencia cierta cual es el histórico de llamadas y conexiones dentro de un espectro determinado: “El Mobile Network Code, que es el código del operador, y hay otro que es el MCC que es el Mobile Country Code, el country viene siendo Colombia (...) por ejemplo el de Avantel viene siendo 732”⁴.

Con base en esa información, lo que los estudios técnicos demostraron es que ese código asignado a Avantel, seguía apareciendo en la banda asignada a Partners de 700 MHZ en tres estaciones base de telecomunicaciones en Bogotá, arrojando como resultado el siguiente: “nosotros pasamos a verificar de quien eran esos códigos, o sea qué códigos estaban como tal de alguna manera identificando ese espectro y eso fue lo que encontramos, que ese bloque tenía la identificación 732 pues que se va a encontrar, porque es una identificación única para el país Colombia pero estaba el 130 que el 130 es el que la CRC le asignó al PRCT Avantel SAS.”

Lo anterior no da lugar a equívocos. Frente a la pregunta que le hicieron al testigo José Heriberto Martínez acerca de cómo sabía que en efecto se trataban de equipos de Avantel y no de Partners, este respondió lo siguiente: “Por la demodulación como tal que se hace del contenido, de la información de los identificadores de red que van cursando a través de ese espectro radioeléctrico, la instrumentación con la que nosotros contamos nos permite en ese caso identificar un bloque de frecuencias a qué, en este caso, operador se encuentra, (...) o sea el bloque de frecuencia en este caso tras sus códigos una vez son demodulados determina códigos de operador y el código nacional de operador móvil, el MCC que es el 732 y el MNC que en este caso es el que está asignado por la CRC al operador móvil, en este caso a Avantel, ¿y qué se evidenció? Que, de esas antenas, que estaban ubicadas como se menciona en el informe, estaban generando emisiones en el espacio en ese bloque de frecuencias, una vez esas ondas el receptor de telecomunicaciones móviles realiza toda la descompresión de esa onda y ve qué información es la que esta se evidencia que en efecto los códigos de red asociados a ese espectro pertenecen al operador Avantel SAS y no al operador Partners SAS.”

Este Acuerdo Piloto por el cual se pacta un supuesto acuerdo de capacidad de red, no es un acuerdo que sea enteramente ajeno o libre de afectación a los usuarios. La misma representante legal de Avantel a la que se le preguntó si el acuerdo afectaba usuarios finales mencionó lo siguiente: “Si, si la pregunta tiene que ser de sí o no **pues sí claro, puede afectar a los usuarios finales**”⁵.

La prueba que da lugar a dar por comprobado el uso, y no únicamente el acceso tal y como es descrito por el testigo Heriberto Martínez, es la comprobación técnica realizada y presentada en este proceso como documento 1.11. y 1.12 del escrito de demanda. El equipo técnico de Comcel realizó el día 10 de agosto de 2020 una comprobación técnica que derivó en la prueba de que Avantel por lo menos desde esa fecha, hizo

³ Ibid.

⁴ Ibid.

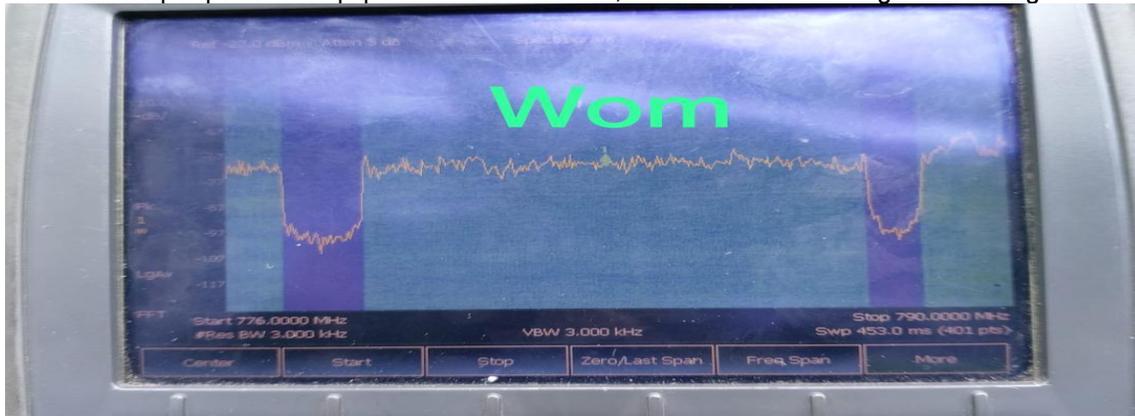
⁵ Declaración de parte de Avantel en la audiencia inicial, minuto [01:28:39].

ARCHILA ABOGADOS

uso del espectro radioeléctrico asignado a Partners. Al respecto, los ingenieros que realizaron la verificación indicaron:

1. El día de hoy 10 Agosto de 2020, a las 7 AM en las oficinas de Claro en la Torre 1 Plaza Claro, se validó en el analizador de espectro el rango de espectro 700MHz asignado a Claro y se encuentra la porción derecha asignada a PARTNERS en subasta apareciendo activa una portadora de ancho de banda 10Mhz.
2. Se procede entonces a validar qué tipo de móviles usan esta portadora activa, se va a una tienda Avantel en el Centro Comercial Salitre Plaza y se adquiere una Sim Card prepago comercial.
3. Luego de 20 minutos de adquirida, según recomendación del vendedor, se inserta nueva Sim Card en móvil libre y se procede a usar el servicio de datos sobre red Avantel. Luego de varias pruebas con herramienta Speed Test y abriendo el software G Net Track para corroborar la información de celda servidora, se evidencia una portadora fuera del espectro asignado a Avantel (Banda 4 - AWS 2100MHz).
4. Ante la duda anterior se revisa en <https://www.cellmapper.net/arfcn?lang=es> el ARFCN 9460 de la portadora de Avantel (MNC 130) y efectivamente se encuentra la misma portadora identificada en punto 1, con frecuencia central downlink en 783MHz asignado al operador PARTNERS⁶.

Lo sostenido por parte del equipo técnico de Comcel, se evidencia en las siguientes imágenes:

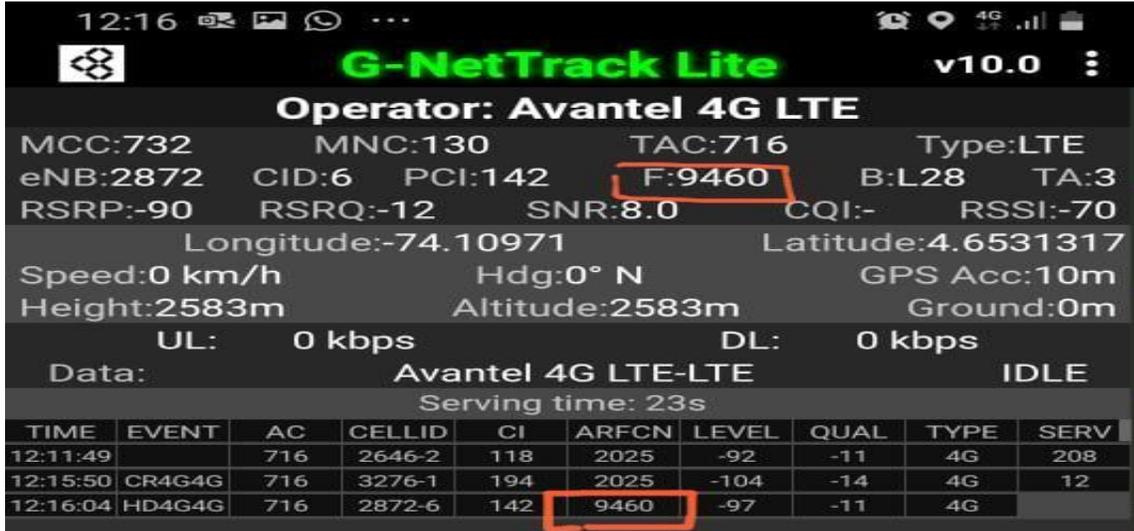


(imagen 1)

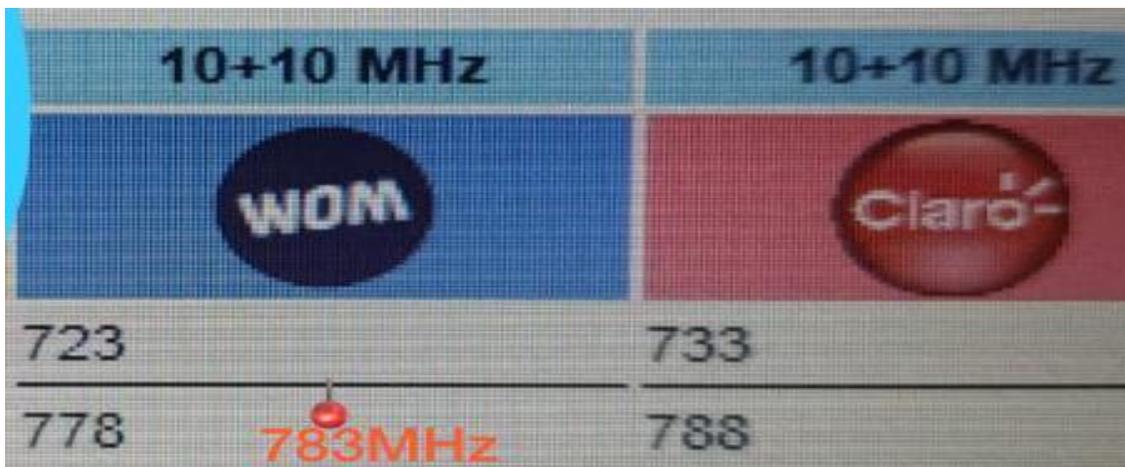
TIME	EVENT	AC	CELLID	CI	ARFCN	LEVEL	QUAL	TYPE	SERV
12:11:49		716	2646-2	118	2025	-92	-11	4G	208

⁶ Este procedimiento se encuentra explicado en el documento anexo "PROCEDIMIENTO PARA ENCONTRAR BANDA DE FRECUENCIA DE OPERACIÓN MOVIL.pdf".

(imagen 2)



(imagen 3)



(imagen 4)

El especialista en el área de tecnología y comunicaciones celulares Andrés Carrascal explicó los hallazgos encontrados respecto del estudio realizado. A él se le preguntó si ese estudio que realizó comprando una sim card en una tienda oficial de AvanteL implicaba entonces el uso inmediato del espectro de Partners. Ante ello, Andrés respondió lo siguiente: “Nosotros lo que queríamos era ver eso, si realmente era algo de prueba -porque puede ser- o era algo que comercialmente ya estuviese habilitado. Y ahí hay una diferencia bastante grande, de pronto tenía permiso para hacer pruebas piloto o algo por estilo, pero no, fuimos como cualquier usuario va a un centro comercial, esperamos incluso hasta que abrieran la tienda, la compramos, a los 30 minutos nos dijo el asesor que quedaba activa, efectivamente a los 30 minutos prendimos el móvil y subió el servicio y sorpresa que lo estaban utilizando con el código de AvanteL, es decir los usuarios de AvanteL usando el espectro que en teoría era de otra compañía”⁷.

⁷ Ver testimonio de Andrés Carrascal, minuto 2:00:41.

La prueba de que se estaba usando el espectro de Partners vino con la misma evidencia que sugirió el funcionario de la ANE, pues indicó que se hizo con la validación de los códigos propios de cada operador de redes móviles:

“Hay algo muy sencillo y es un código que se le da a cada uno de los operadores. Es el MLC, ese código es el que siempre validamos, sobre todo ahorita que hay portaciones de un lado para el otro, que realmente el móvil esté utilizando el espectro de cada uno de los operadores. Entonces es muy fácil ver en ese software o en cualquier equipo de ingeniería que el código realmente no sea del operador de la simcard, eso nunca lo habíamos visto (...) entonces si vemos que alguien está usando un espectro que no debería tener, es muy sencillo, es decir, saber que está usando una banda 700 una empresa que, por decir Movistar, nunca adquirió banda 700. Entonces algo tan sencillo prender un móvil y ver un móvil de Movistar enganchado a una portadora de 700 es como muy sencillo de identificar para uno. (...) Nosotros en Avantel, por ejemplo, cuando hacíamos pruebas de Avantel en 4G para mirar los BENCHMARK a ver cómo estaban ellos respecto a nosotros, ellos siempre tenían sus portadores, todo el mundo lo sabe, eso es público también; no, cómo ellos operaban la parte del espectro de AWS, que es 2100 MHz, y que resulte operando en banda 28 (mirar imagen dos previa en el recuadro señalado de B:L28) que es la de 700 MHz se nos hizo demasiado extraño”⁸.

Esto resulta en la prueba de lo denunciado, en el sentido en que logró demostrarse que cualquier usuario de Avantel que pasara por la región de incidencia de la antena base ubicada en Maloka, vería cursada su señal a través del espectro de 700 MHz. Adicional a esta antena, se demostró que por el informe técnico de la ANE que al menos otras dos antenas tenían la misma configuración de red. Lo anterior demuestra que la incidencia no es menor. Por el contrario, tiene la consecuencia de afectar numerosos usuarios de servicios de móviles de telecomunicaciones a lo largo de la ciudad de Bogotá.

1.3. Sí se probó la efectiva realización de la ventaja competitiva

Como el a quo no encontró probado el uso del espectro, en consecuencia, no encontró probada ninguna ventaja competitiva. Habiendo solicitado que sean reexaminados los hechos a la luz de la evidencia presentada, se procede a explicar por qué la comprobación de dicha violación si supone una ventaja competitiva.

En cuanto al elemento de la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva, la jurisprudencia de la Autoridad señaló que, será entendido como ventaja competitiva “[a]quella que procura un empresario a través de la ejecución de conductas concurrenciales que tienden a la captación y conquista de clientes, mediante el ofrecimiento de bienes o servicios que, desde luego, no debe ser potencial sino efectiva, esto es, comprobable en el segmento de mercado específico”⁹.

Consecuentemente, respecto a la realización de la conducta en el mercado, la doctrina ha sido enfática en indicar que “[m]ientras la infracción a una norma jurídica no trascienda al mercado, no podrá haber una competencia desleal, y esto puede tener dos razones: i) la norma cuya infracción se analiza no otorga una ventaja competitiva, ya que no es de aquellas que regule la actuación concurrencial de los agentes en el mercado o, ii) que el infractor no traslade la ventaja obtenida a su actividad concurrencial frente a los

⁸ Ibid, minuto 2:06:54

⁹ Sentencia 12 del 20 de octubre de 2009. Superintendencia de Industria y Comercio.

consumidores y contra los competidores, siendo entonces neutra para el mercado”¹⁰. Por lo cual, en cuanto a la violación de normas como infracción al régimen de competencia desleal, debe indicarse que la misma se configura como un tipo que requiere de un resultado originado de esa infracción, es decir que debe existir un nexo de causalidad entre la norma violada y la ventaja competitiva que se logró obtener.

En este sentido, más recientemente, en la sentencia del caso de UBER la Autoridad afirmó:

“Además de la violación de las normas que mencioné, también aparece claro que Uber BV obtuvo una ventaja competitiva significativa con ocasión de la violación de esas normas. En efecto, el servicio público de transporte, en la modalidad de taxi, cuenta con una fuerte regulación a la que voluntariamente Uber BV ha decidido no someterse por considerar que tales normas no le resultan aplicables. Esto le ha permitido la prestación del mismo servicio que prestan las empresas legalmente habilitadas, pero sin el obstáculo de tener que cumplir con las estrictas normas contenidas en la regulación del sector”. (subrayado fuera del texto)

Así, en lo que respecta a la ventaja competitiva significativa, si bien comúnmente suele relacionarse o identificarse con el hecho de ofrecer mejores precios o el generar condiciones más favorables al consumidor, estas no se configuran como la única forma en que el criterio de la significatividad de la conducta se puede acreditar. Esto en la medida que de conformidad con la jurisprudencia de la SIC, el hecho de saltarse ilegalmente barreras de entrada o no cumplir con los requisitos para el acceso a un mercado determinado, implica a su vez una ventaja competitiva significativa consistente en no tener que incurrir en un desplazamiento patrimonial de la misma magnitud que aquel Agente que ingresa al mercado y desarrolla su actividad comercial sin obtener una ventaja ilegal con ocasión de la infracción a la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior y para el caso que nos atañe, la ventaja competitiva obtenida por Avantel en gracia de la violación del artículo 11 y los numerales 2, 3 y 4 del artículo 64 de la ley 1341 de 2009, comprende dos dimensiones: en primer lugar, la ventaja competitiva alcanzada por Avantel al poder prestar servicios de telecomunicaciones de manera clandestina e ilegal y por ello sin incurrir en ninguna contraprestación a cambio, es decir, a través de un espectro radioeléctrico que no le fue asignado; en segundo lugar, Avantel está prestando –sin incurrir en un desplazamiento patrimonial– un servicio de una mayor calidad del que puede prestar por medio del espectro radioeléctrico que tiene asignado, en tanto las “...características de propagación de la banda de 700 MHz bajo redes de cuarta generación facilitan y promueven el despliegue de infraestructura, porque esta banda ofrece una cobertura mayor por estación comparada con las demás bandas actualmente asignadas en Colombia [incluyendo las bandas en las frecuencias 1.710 MHz a 1.725 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.125 asignadas a Avantel], para la prestación del servicio móvil terrestre en la operación de las Telecomunicaciones Móviles Internacionales (IMT), así como un uso más eficiente del espectro respecto a tecnologías de segunda y tercera generación” (subrayado fuera de texto).

En las preguntas que realizó el mismo despacho al ingeniero Andrés Carrascal, este explicó que desde el punto de vista técnico y económico existe una gran diferencia entre pagar por el uso de una banda de 700 MHz respecto de otras bandas: “nosotros tenemos una clasificación de unas bandas depende de la frecuencia es un poco más fuerte o más débil la cobertura, la señal. Entonces estas bandas de 700 o las bandas de 850 son consideradas bandas fuertes, es decir, tiene cobertura más lejana, pueden penetrar mucho mejor los obstáculos, es decir, mejor cobertura en interiores, en las casas, por el mismo hecho de banda de esa frecuencia, alcanza a entrar un poco mejor y a cubrir mucho más lejos que las otras bandas que son consideradas las altas, que son 1900, 2600 AWS, esas bandas son más débiles, por lo tanto

¹⁰ Cruz, Dionisio. La Competencia Desleal en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2014. P.208.

técnicamente necesitamos instalar más infraestructura para tener una cobertura similar. (...) es obvio que son más costosas esas bandas (las de 700 MHz) que las otras bandas¹¹”.

Lo anterior guarda plena relación con los hechos presumidos como ciertos durante el proceso, como el 5.1. de la demanda: “Avantel, al utilizar de manera clandestina e ilegal el espectro radioeléctrico asignado exclusivamente a Partners –operando en forma clandestina y sin autorización del MinTIC la banda 700 MHz licenciada a Partners para prestar sus servicios en el mercado colombiano–, obtuvo como resultado la posibilidad de brindar servicios de mejor calidad; debido a las características propias de la banda 700 MHz en términos de cobertura, eficiencia y reducción de costos para la prestación de servicios de telecomunicaciones”

En este mismo sentido, el MinTIC a través del documento de consulta pública “ Proceso de selección objetiva para asignación de espectro radioeléctrico en las bandas 700 MHz (Dividendo Digital), 900 MHz, 1.900 MHz y 2.500 MHz para servicios móviles terrestres” señaló, respecto a las ventajas de utilizar la banda 700 MHz en comparación con las demás que: “...esta porción de espectro permite llegar con cobertura de Internet a zonas rurales y apartadas del territorio nacional, así como la implementación de redes y servicios de telecomunicaciones eficientes a bajo costo”; este menor costo, añade, se debe a que en frecuencias bajas como la banda 700 MHz, “...los costos de infraestructura son menores porque las ondas se propagan a una mayor distancia (menor número de antenas por área geográfica); en contraste, en frecuencias altas [por medio de las cuales Avantel se encuentra autorizado para prestar sus servicios] (por encima de 1 GHz) las ondas tienen un menor alcance”, por lo que requiere de una mayor cantidad de antenas.

Aquí es relevante hacer una distinción entre el uso y el acceso al espectro. Mediante el acceso se posibilita la entrada a la utilización de cierta banda determinada. Los usuarios de telecomunicaciones acceden al espectro. De otro lado está el uso, que implica el aprovechamiento comercial del espectro mediante el uso, y tal y como lo define el MinTic es regulado y restringido a los operadores reconocidos en el proceso de subasta¹².

Tal como se reconoció las pruebas con usuarios de telecomunicaciones son de extrema cautela¹³, de forma que no es posible excusarse ligeramente ante la incidencia que pueda tener a los consumidores las pruebas, por cuanto efectivamente pueden repercutir de forma actual y real en la prestación del servicio y dar lugar a la materialización de una ventaja competitiva. Esto, si se reconoce que en tres estaciones de Bogotá se dio esa utilización de espectro, y que dicha utilización implicó según el informe técnico de Comcel que cualquier usuario de Avantel incidido dentro del rango de esas antenas accedía a la banda de 700 MHz.

De suerte que resulta claro que el gasto en el que deja de incurrir Avantel, que es un gasto significativo, le supuso para la época de los hechos la utilización de una frecuencia de banda muy superior a un precio que no tuvo que pagarle al Estado.

1.4. Y la ventaja realizada ilegalmente fue significativa

Se equivocó el a quo al establecer como necesidad de prueba de la significatividad de la ventaja es necesario materializar planes o promociones o estrategias distintas a las que se hubieran desarrollado sin la ventaja

¹¹ Ver testimonio de Andrés Carrascal, minuto 1:56:51

¹² Ver audiencia de declaración de parte, 0:26:51.

¹³ Audiencia de práctica de testimonios, 2:00:41.

obtenida ilegalmente. Argumentó el Despacho que las meras reducciones de costos con ocasión de una ventaja no daban cuenta de su significatividad.

Sobre esto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá¹⁴ ha considerado que las meras ganancias o utilidades derivadas de la violación de una norma jurídica constituyen en sí mismas una ventaja competitiva, independientemente de si se utilizan para competir o no, o simplemente para enriquecerse. Explicó el Tribunal que, en su lectura de la norma, a pesar de que se imponga la obligación procesal de acreditar la ocurrencia de la ventaja, en ninguna parte se precisa la finalidad que debe darse a los recursos que se obtengan con la misma y menos que deban utilizarse concretamente para competir. En lo referente a la significatividad que debe caracterizar la ventaja competitiva, sostuvo el Tribunal que, para su configuración, debe estar probada la creación de un desequilibrio entre los competidores, en tanto que aquellos que actuaron conforme a la ley recibieron menores ganancias que aquellos que lo hicieron apartándose de la misma, sin que interese si esa marginalidad fue o no intencional.

Es bajo los anteriores términos que se puede afirmar que la ventaja competitiva obtenida por parte de Avantel fue de tal entidad o significatividad que generó un desequilibrio injustificado. Lo anterior, teniendo en cuenta que: (i) Avantel no tuvo que realizar ningún desplazamiento patrimonial para poder prestar servicios de telecomunicaciones a través de un espectro que no se le había asignado; (ii) Avantel utilizó ilegalmente la banda 700 MHz que le fue asignada exclusivamente a Partners, esto es, operándola de manera ilegal y sin haber pagado los millonarios costos para la asignación y autorización de su uso por parte de cada operador –como es el caso de Comcel y Partners–¹⁵.

Así, frente al primer punto recién reseñado, la única prueba de un desplazamiento patrimonial siquiera cercano refirió a dos facturas que no están remotamente cercanas a lo que tienen que pagar los operadores de telecomunicaciones. Si se compara todo lo que Avantel dejó de incurrir con los pagos de los operadores de telefonía, vemos una ventaja reconocida en el ahorro de ese dinero. Según la resolución 330 de 2020 Partners tuvo que pagar 380.000.000.000 COP por el uso de la banda de 700 MHz, Colombia Móvil tuvo que pagar 967.500.000.000 COP por el uso de la banda de 700 MHz en el bloque de 713 a 723 y 768 a 778 MHz y otros 380.000.000.000 COP por el uso de los bloques de 703 a 713 MHz¹⁶, Comcel tuvo que pagar 379.257.348.108 COP por el bloque de frecuencias de 733 a 743 y 788 a 798 MHz¹⁷. De suerte que los demás competidores del sector, no solo Comcel, han tenido que incurrir en esos gastos para competir en el mercado de forma óptima y eficiente, resultando en que al ahorro patrimonial de Avantel afecta la propia configuración del ofrecimiento de servicios en el mercado.

Anudado a lo anterior, y frente a la significatividad de la ventaja que genera prestar servicios de telecomunicaciones a través de la banda 700 MHz del espectro, debe reiterarse que Avantel se procuró la posibilidad de prestar adicionalmente servicios con una mayor calidad de la que hubiera podido ofrecer de hacerlo a través de las frecuencias que tiene asignadas para desarrollar su actividad económica, tal y como

¹⁴ Tribunal Superior de Bogotá D.C., Sala Primera Civil de Decisión, sentencia del 6 de diciembre de 2016, exp 001-2015-47764-03

¹⁵ Los costos de asignación se describen en las resoluciones 325 a 333 de 2020 del MinTic. Y se recuerda además que al no adjuntar comprobante que acreditara un gasto significativo respecto del uso que Avantel hizo de ese espectro, se confirma lo que se solicitó como presunción en la exhibición de documentos, y esto que no hay validez o existencia del acuerdo marco y por sustracción de materia alguna contraprestación.

¹⁶ Ver resoluciones 332 y 333 de 2020 del MinTic.

¹⁷ Ver resolución 331 de 2020.

se demostró en los hechos probados y en los testimonios de Andrés carrascal y Heriberto Martínez¹⁸. Lo anterior, ya que la banda 700 MHz presenta a diferencia de las bandas altas –como las bandas por medio de las cuales Avantel se encuentra autorizado para prestar legalmente sus servicios–, ventajas en términos de mayor cobertura, eficacia en la utilización del espectro y un impacto positivo en la reducción de costos para prestar el servicio de telecomunicaciones.

Consecuentemente se afirmó en las consideraciones de la resolución 3078 de 2019, en donde a diferencia de las demás bandas del espectro, la banda 700 MHz resulta ser una banda atractiva para los operadores de telecomunicaciones, dado “...las potencialidades que presenta para la masificación de la cobertura a zonas rurales y apartadas, así como para el aumento de la capacidad de todas las redes; circunstancias que permiten un mayor avance en el cierre de la brecha digital”.

En este mismo sentido, el MinTIC a través del documento de consulta pública “ Proceso de selección objetiva para asignación de espectro radioeléctrico en las bandas 700 MHz (Dividendo Digital), 900 MHz, 1.900 MHz y 2.500 MHz para servicios móviles terrestres” señaló, respecto a las ventajas de utilizar la banda 700 MHz en comparación con las demás que: “...esta porción de espectro permite llegar con cobertura de Internet a zonas rurales y apartadas del territorio nacional, así como la implementación de redes y servicios de telecomunicaciones eficientes a bajo costo”; este menor costo, añade, se debe a que en frecuencias bajas como la banda 700 MHz, “...los costos de infraestructura son menores porque las ondas se propagan a una mayor distancia (menor número de antenas por área geográfica); en contraste, en frecuencias altas [por medio de las cuales Avantel se encuentra autorizado para prestar sus servicios] (por encima de 1 GHz) las ondas tienen un menor alcance”, por lo que requiere de una mayor cantidad de antenas.

Dentro del recuento hecho recordamos entonces que la significatividad implica que se origine un cambio en la esfera decisoria del consumidor, la cual puede estar relacionada con la posibilidad de ofrecer mejores precios, mejor servicio, o condiciones comerciales. Considerado eso tenemos que el costo aproximado por la utilización de bandas en el espectro de 700 MHz es de alrededor de 380.000.000.000 COP que no es algo menor¹⁹, y que la calidad del servicio en dicho espectro es significativamente superior a las recién definidas “bandas altas”, por lo que es claro que Avantel dejó de incurrir en un gasto millonario en el que si incurrieron muchas otras competidoras del sector, y que su utilización si supone una mejora del servicio y en definitiva por la no incursión en ese precio no tiene necesidad de trasladar ese costo de ninguna forma a los consumidores finales en los productos que ofrece.

2. Fue probada en debida forma la realización del acto de desviación de la clientela

Indicó la Delegatura que “conforme a esta pretensión se indicó que su finalidad va encaminada a que se evite o que se evite a Avantel la realización del acto de desviación de la clientela. No obstante, en cuanto a que no se probó ninguna irregularidad en el comportamiento de Avantel frente a la ley 1341 de 2009, por las razones que fueron expuestas al momento de analizar el acto de violación de normas, no hay elementos de prueba, que al menos con carácter de potencialidad, se pueda desviar clientela a favor de la demandada.”

¹⁸ En estos se detalló que “la diferencia grande entre una banda alta y una banda baja es cuánto alcanzamos nosotros logramos llegar a cubrir mucho más, y les hacía, más o menos la explicación, de que necesitaríamos muchas más repetidoras, muchas más antenas, para cubrir la misma zona bandas altas, que con unas frecuencias más bajas, Tendríamos que colocar menos inversión para cubrir las mismas zonas (...) Entonces las bandas 28 y las bandas 5, son bandas bajas, que son con espectros en el orden de los 700, 850 megahertz, así que son muy apetecidas a nivel mundial (Andrés Carrascal: 2:16:10).

¹⁹ Si se ven la resoluciones 325 a 333 de 2020 del MinTic se aprecia que la asignación de 20 MHz dentro del espectro de 700 MHz cuesta en promedio esa cifra.

El proceso por el cual se descartó el acto de desviación de la clientela y para esos efectos los demás actos derivados del uso ilegal del espectro, refirió a que los hechos para dar por probados los actos de violación de normas y desviación de clientela son los mismos. En ese sentido, argumentó el despacho que si no se encuentran probados los hechos no hay lugar a la comisión de ninguno de los dos.

Sobre esta conducta en particular, la Superintendencia ha indicado que “(...) lo que debe establecerse en este caso no es si la accionada desvió o no la clientela de su competidora, sino si tal desviación se produjo mediante el empleo de medios que fueron contrarios a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”²⁰ .

En el mismo sentido, en concepto de la doctrina, “(...) para establecer la deslealtad de este comportamiento se deben analizar los medios que se utilizan para la desviación de la clientela y no el objeto o el efecto del comportamiento, ya que, al ser el propósito de la competencia y motor para la innovación, sencillamente convertiría todos los actos mercantiles en desleales. Desviar la clientela es la finalidad de todo aquel que inicia o se encuentra desarrollando una actividad económica. Todas las estrategias se dirigen a captar la atención de los clientes –potenciales y actuales-, a lograr su aceptación y, finalmente, su fidelidad. La clientela, siempre se encuentra a disposición de todo aquel que la pretenda, de allí que en su libertad de decisión se encuentra la esencia de la competencia”²¹.

Continúa la doctrina explicando que la desviación de clientela “obliga a que para su tipificación se deba tener una referencia concreta del o de los clientes que se pudieron haber desviado o que efectivamente se hayan desviado del demandante hacia el demandado. Desde esta perspectiva, la desviación de la clientela es más estricta que todos los restantes actos desleales, (...) así las cosas, la desviación es casi física, concreta, ya que son maniobras que desbordan los comportamientos que se esperan de los agentes en el mercado”²² . Y por objeto, “en el comportamiento de desviación de clientela debe probarse que la conducta tiene la potencialidad para desviar, apartar, alejar a alguien del camino que seguía, en este caso el competidor demandante”²³ .

En este sentido, para el caso que nos ocupa, la conducta desleal desplegada por Avantel tiene toda la potencialidad de desviar la clientela no solo de Comcel, sino de otros operadores de telefonía móvil que concurren al mercado a prestar sus servicios. Desviación que sería el resultado no de un comportamiento probo y leal esperado de cualquier competidor que busca atraer clientela por medio de una mejor oferta o servicio, pues dicha desviación resultaría de conductas contrarias a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial o comercial

²⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 3297 de 2012. Citada en: De la Cruz Camargo Dionisio Manuel, La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2014; En el mismo sentido Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 366. Expediente 7040975, 6 de febrero de 2013: “(...) la ocurrencia del presente acto desleal, es indispensable demostrar, de un lado, que la clientela de los productos de PIT se abstuvo, efectiva o potencialmente, de adquirirlos para luego obtener los comercializados por alguna de las sociedades demandadas y, del otro, que lo anterior se hubiese logrado de manera contraria al principio de la buena fe comercial o a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial y comercial, esto es, que la parte demandada contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara clientes que de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen preferido la oferta mercantil de la actora” (negrilla fuera de texto).

²¹ De la Cruz Camargo Dionisio Manuel, La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2014

²² Ibid.

²³ Ibid.

ARCHILA ABOGADOS

Pues bien, como se explicó en el acápite anterior, se encuentra plenamente probado que existió una explotación indebida del espectro de 700 MHz por parte de Avantel. Bajo esa consideración probatoria que no es necesario reiterar frente al presente acto, la conducta desleal desplegada por Avantel tuvo toda la potencialidad de desviar la clientela no solo de Comcel, sino de otros operadores de telefonía móvil que concurren al mercado a prestar sus servicios. Desviación que sería el resultado no de un comportamiento probo y leal de cualquier competidor que busca atraer clientela por medio de una mejor oferta o servicios, pues dicha desviación resultaría contraria a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial o comercial

Lo anterior, bajo el entendido que Avantel, al no someterse a la autorización previa del MinTIC para el uso, o cesión del espectro radioeléctrico asignado exclusivamente a Partners, prestó sus servicios como operador de telefonía móvil de manera clandestina y no autorizada tal y como se reconoció con la aceptación de los hechos 5.1., 8.8. y 7.1:

(i) Por conducto de un espectro radioeléctrico que no le fue asignado, espectro frente al cual no pago una contraprestación a favor de la Nación por el permiso, cesión o licenciamiento de su uso, el cual para la asignación de la banda 700 MHz –la cual es la utilizada ilegalmente por Avantel²⁴– correspondía a millonarias sumas que debieron ser pagadas en su momento por los demás competidores que deseaban prestar sus servicios a través de dicha red, como es el caso de Partners, que con ocasión del proceso de selección que le concedió el uso de la banda 700 MHz debió pagar a favor de la nación la suma de \$380.000.000.000,00 COP²⁵;

(ii) Brindando un mejor servicio por medio del uso de la banda 700 MHz –que no se encuentra dentro de las bandas asignadas a Avantel–, siendo una banda que representa “ventajas en la propagación de la señal que esta banda de frecuencias ofrece,[por lo que] ha sido visto a nivel mundial como una oportunidad para ampliar la cobertura de los servicios de banda ancha, promoviendo la reducción de la “brecha digital”, uso que por lo tanto “permite ampliar la cobertura de internet a zonas rurales y dispersas y permite la implementación de redes y servicios de telecomunicaciones eficientes a bajo costo”, y

(iii) Trasladar esos menores costos a los que ilegalmente no incurrió para prestar sus servicios como operador de telefonía móvil, a la posibilidad de presentarle al consumidor una oferta con un menor valor, dado que sus costos operacionales serán inferiores en comparación con que debe incurrir los demás operadores que en apego a la ley operan la banda 700 MHz para prestar sus servicios en el mercado de telecomunicaciones.

Dicho actuar es contrario a la buena fe comercial y a las sanas costumbres de acuerdo con la jurisprudencia de la Superintendencia. De acuerdo con esta autoridad dentro de los estándares de buena fe y sanas costumbres “el legislador no hizo referencia a la costumbre como fuente de derecho, sino a aquellas prácticas orientadas por principios éticos y morales que se exigen para la realización de cualquier actividad, la competencia mercantil.²⁶” Conforme a esa concepción se obliga al Delegado “a proteger también los intereses particulares de las partes, además de los intereses comunes de los consumidores y – por supuesto

²⁴ Ver en las conclusiones del documento trasladado de la ANE acerca del uso del espectro de 700 MHz.

²⁵ Ver resolución 330 de 2020.

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 16 de 2011.

- del orden económico, pues establece deberes objetivos de conducta para quienes acuden al mercado, buena fe, sanas costumbres mercantiles o usos honestos”²⁷.

Bajo esos parámetros es que se ha entendido que la protección al acto de desviación a la clientela tiene múltiples focos protección, y en consecuencia le representan al comerciante, en este caso a Avantel y Partners un especial cuidado frente a sus competidores, frente a los consumidores, y en general frente al orden económico en el mercado dado. Hecha esa consideración es evidente que, Avantel procuró un uso de banda que tal como se explicó es mucho mejor a la que tiene disponible aún hoy, y ello le supuso una mejora en la prestación de sus servicios de telecomunicaciones que en definitiva pueden incidir en la decisión del consumidor al notar la mejora en su red.

Adicionalmente, el ahorro que le supone no incurrir en los gastos que por ley debe pagar para poder usar la banda de 700 MHZ implica que la prestación del servicio que ofrece Avantel es necesariamente más económica que la de los competidores que si incurren en esos gastos. Esto reporta como consecuencia que Avantel pudiera ofrecer planes económicos a todos los usuarios de telecomunicaciones sin tener que incurrir en los gastos propios de la prestación de los mismos y en consecuencia no trasladar de ninguna forma los costos habituales de prestación del servicio de telecomunicaciones en esas condiciones en los que si incurren otras telefonías competidoras. Ello se representa como objetivamente idóneo para incidir en la decisión del consumidor que no advierte los costos comerciales en que incurren las empresas y ve guiada su decisión por la relación precio-calidad del producto ofrecido.

3. No existe prejudicialidad en competencia desleal: las autoridades judiciales deben formar su propio criterio en materia de uso del espectro

3.1. La prejudicialidad en materia de competencia desleal

Adicionalmente, se advierte que sobre los tipos regulados en la ley 256 de 1996 de competencia desleal, y puntualmente sobre el artículo 18 no existe prejudicialidad, por lo que es posible para el juez de competencia, en este caso el Tribunal Superior de Bogotá, formarse su propio criterio. En el caso que en operador jurídico que deba velar por la observancia de la norma “subyacente” no lo haga, o no lo haga a tiempo, o no se pronuncie, el juez de competencia desleal podrá hacerlo. Y, como bien lo ha entendido ese Despacho, no existirá prejudicialidad para que esa Autoridad deba esperar al pronunciamiento de ese encargado antes de proceder con las facultades derivadas de las normas de competencia desleal, tal y como lo reiteró en la sentencia 1228 de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Como consecuencia se reconoce que nada obsta a la SIC para valorar la violación normativa invocada a la luz de las pruebas presentes en este caso y con los argumentos expuestos por Comcel y por las demandadas.

Para la verificación de los requisitos sustanciales para la configuración de la prejudicialidad el Consejo de Estado ha mencionado que es necesario “analizar si la decisión que debe tomarse en un determinado asunto depende de la que deba adoptarse en otro, lo que ameritaría, entonces, que la toma de la decisión se suspenda hasta que se resuelva ese otro aspecto que tiene incidencia directa y necesaria sobre el fallo que se va a dictar [...]”²⁸. Lo anterior de conformidad con la aplicación del artículo 161 del CGP que habla de la

²⁷ Ibid.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de julio de 2020. Rad.: 25000-23-24-000-2011-00664-01, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez.

suspensión del proceso por prejudicialidad en los procesos en que la sentencia del proceso en curso dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso.

Desde la ley y la jurisprudencia vigente la lectura que los jueces de competencia desleal han hecho, se desprende que el juez de competencia desleal siempre podrá pronunciarse sobre si en un caso concreto hubo o no violación de la “otra norma”, sin que para el efecto deba supeditar su decisión a que, primero, haya un pronunciamiento de otra autoridad²⁹.

Mediante resolución 25418 de 2002 la Superintendencia sostuvo que “no sólo la dependencia de uno y otro proceso entre sí es criterio único para resolver tal cuestión. Adicionalmente, ha de entenderse que la influencia del otro proceso sea necesaria. [...] para esta superintendencia es claro que, cuando se requiere la verificación de la infracción de la norma jurídica, una prueba válida será la declaratoria que la autoridad competente haga respecto de ellos, **sin embargo existen otras pruebas idóneas y contundentes [...] Para el caso que nos ocupa, y acorde con la doctrina y la jurisprudencia analizada, el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 establece como elemento esencial para la configuración de esa conducta de competencia desleal una infracción de una norma jurídica. Nótese que en ningún lado se exige una sentencia para determinar la infracción de la norma, sino el pleno convencimiento del juez que ésta se cometió.** Y no es que el juez de instancia, en este caso la Superintendencia, tenga la capacidad de valorar motu proprio todo tipo de normas (civiles, laborales, penales, agrarias, etc.), **sino que debe contar con elementos probatorios suficientes que determinen la infracción de la norma”**.

En conclusión, se ha entendido que existe en cabeza de la Superintendencia la posibilidad de realizar sus propias valoraciones frente a los casos en que otras autoridades hayan resuelto o estén resolviendo. Por lo anterior, la legalidad o no de las conductas denunciadas por una infracción a las normas de telecomunicaciones, no redundan necesariamente, a su vez, en la legalidad o no de la sanción que pudiese reconocer la ANE.

3.2. El a quo debió formar su propio criterio

Es necesario hacer claridad respecto de la resolución que fue reconocida en este expediente como prueba trasladada, en la que la ANE resolvió revocar la sanción que había sido impuesta a Avantel por la utilización indebida del espectro eléctrico asignado a Partners. Dicha resolución resultó ser central en la decisión de del a quo, que encontró desvirtuadas las presunciones legales de confesión por falta de contestación de los hechos en debida forma con la parte resolutive de la decisión. Frente a dicha situación es necesario hacer las siguientes precisiones.

Si bien es cierto que los hechos objeto de ese proceso son tocantes a la utilización compartida del espectro radioeléctrico asignado a Partners por parte de Avantel, la resolución en cuestión no tiene que ver sustancialmente con la utilización del mismo; se trata de una decisión revocatoria de una sanción fundamentalmente por graves vicios procedimentales que no son objeto de este proceso, que dieron lugar a la violación al debido proceso y al derecho de defensa respecto de las pruebas con las que se contó para la decisión y no se pudo acceder por parte del investigado en dicho proceso. Así, el despacho resolvió en esa resolución revocar la sanción por uso de espectro “como consecuencia de las evidentes y graves

²⁹ De la Cruz Camargo Dionisio Manuel, La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley. Bogotá D.C. Ver también en “El “juez deferente” y el “juez integrador”: prejudicialidad en la aplicación del artículo 18 de la ley de competencia desleal”, de Camilo Pabón Almanza.

vulneraciones a la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política”. Esto con la consideración adicional que citar apartes de la resolución como prueba rompe con los criterios probatorios de inmediación con la prueba, pues el a quo no hace una valoración de los documentos presentados en el proceso, únicamente transcribe la posición de otra autoridad.

Dichos errores graves se materializaron en distintas etapas procesales que dieron como consecuencia que el Director General de la ANE no pudiera confirmar una sanción con base en tales falencias. Se menciona en la resolución que se celebró la audiencia de “control de legalidad” de la actuación hasta ahí surtida, sin la presencia del afectado, quien por supuesto no se le corrió traslado de dicha providencia” que también viciarían la decisión. Continúa diciendo la decisión que la “Subdirección de Vigilancia y Control estimó presurosamente como “la posible existencia de un aprovechamiento ilegal del espectro radioeléctrico” sin siquiera pedir una explicación al investigado” sugiriendo una vulneración al derecho de defensa.

Se evidencia entonces que los presupuestos procesales por los cuales en primera instancia se llegó a una decisión, se debieron a aseveraciones que el Director General consideró apresuradas en la valoración de las pruebas por cuanto supusieron en su concepto un atropello al derecho de defensa y al debido proceso, más no a una valoración profunda del uso del espectro. Por el contrario, en el presente proceso, tanto Partners como Avantel han tenido posibilidad de presentar todas las pruebas y plantear todas las excepciones pertinentes del caso. Reconocida esta posibilidad, los demandados no allegaron el Acuerdo Piloto que justificaría tal uso, y el único documento que pretenden que de validez son dos facturas que no atienden a las condiciones de modo, tiempo y lugar en que el supuesto acuerdo se pactó. A esto se le suma el elemento adicional de que el acervo probatorio presente en este caso es único y el Tribunal cuenta con pruebas adicionales, incluidos testimonios técnicos, que dan cuenta de una probanza muy superior a la efectuada en el proceso que se adelantó ante la ANE.

Por esa misma razón, es importante reconocer adicionalmente que el informe técnico N° 7316 también allegado a este proceso como prueba trasladada no se sujeta a la decisión del proceso originario del que proviene, máxime si se trata de debates jurídicos en el ámbito del derecho a la defensa. El informe técnico, como recién fue citado, utilizó los equipos técnicos disponibles más avanzados para calcular y saber que operadores usaron el espectro de 700 MHZ en las bandas fijadas para los días 12 y 13 de agosto de 2020. Así lo ratificó el señor Heriberto Martínez cuando se lo interrogó de la efectividad en la medición que tenían dichos equipos. Este es un informe cuyo objeto es reconocer elementos comprobables y medibles respecto del uso del espectro y debe ser valorado en su conjunto con las demás pruebas del proceso, tal como lo indica el principio de unidad de la prueba.

Según el principio de unidad de prueba, “se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad”³⁰. De suerte que en los procesos no solo se recauda o valora una prueba, sino que surge la necesidad de valorarla como un todo a fin de lograr la verdad procesal³¹.

4. Sí existió una violación de la prohibición general de competencia desleal por parte de Partners

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-830 de 2022.

³¹ Manual de Derecho Probatorio, Jairo Parra Quijano. Universidad Externado de Colombia, Pág. 9.

ARCHILA ABOGADOS

Frente a este acto de competencia desleal denunciado en contra Partners mencionando que no existían pruebas que dieran lugar a que en efecto hubo violación de los principios de buena fe comercial y las sanas costumbres mercantiles. Frente a este punto en particular es importante poner de presente que, a lo largo del proceso, Partners no procuró en ningún momento desmentir las afirmaciones faltas a la verdad realizadas y de las cuales se presentó evidencia.

Reconociendo que el grueso de las audiencias evacuadas y de los esfuerzos procesales estuvo en la probanza del uso ilegal del espectro, tanto el a quo como el demandado omitieron reconocer las pruebas obrantes en el expediente que dan lugar a probar dichas afirmaciones.

Así, como se enrostró en el acápite de hechos, resulta reprochable, desde los criterios y parámetros de la buena fe y las sanas costumbres mercantiles, no solo el hecho de que Partners permitiera –a sabiendas de la ilegalidad de la conducta, en tanto las condiciones para el acceso, uso y cesión del espectro son de pleno dominio de Partners al ser un agente calificado– el uso ilegal y clandestino de su espectro, sino también lo es el hecho de manifestar, contrario a la realidad que revelan los hechos, que Comcel como operador establecido incurre en un “abuso de su posición dominante” para ejercer un “matoneo contra la libre y justa competencia”, añadiendo que “...llegará el momento en que Claro y su aliado menor, Tigo, dejen de abusar y sea viable competir en el campo comercial en beneficio de la gente”. Lo anterior, haciendo alusión respecto de las negociaciones sobre los acuerdos de roaming e interconexión que se estaban llevado a cabo entre Comcel y Partners.

Adicionalmente, consideramos relevante hacer hincapié en lo reprochable que ha sido la conducta desplegada por Partners desde el momento en el que ingresó al mercado colombiano, en donde de manera simulada y contraria a la ley –en coalición con Avantel– han distorsionado la competencia efectiva y honesta del mercado de telecomunicaciones, a su tenor se indicó por parte de la empresa que:

“(…)Partners se refiere a los operadores establecidos como el “el lado oscuro (Dark side)”, cuando en realidad la llegada de Partners ha estado rodeada de hechos oscuros como:

1. Incumplir al Estado colombiano el pago de uno de los bloques de frecuencias que fueron asignados por un monto de \$1,7 billones, generando una afectación a los ingresos del erario nacional.

2. Pretender tener los beneficios de operador entrante después de haber comprado un operador establecido a través de integración oculta sin autorización del Gobierno Nacional, siendo que este operador cuenta con clientes, frecuencias y red a nivel nacional.

3. Permitir el uso ilegal y clandestino del espectro que le fue asignado a Avantel sin pedir aprobación de las autoridades.

4. Estas investigaciones ya se vienen cursando por parte Gobierno Nacional en contra de Partners (...)

De lo anterior obran en el expediente las piezas publicitarias en donde circuló esa información mediante los anexos 1.17 y siguientes del escrito de demanda. Adicionalmente es importante mencionar que la Delegatura en la audiencia inicial reconoció como ciertos los hechos 8.5.,8.5.1, 8.5.2 y 8.5.3. en donde se resaltaron hechos que contenían precisamente las citadas “aseveraciones tendientes a cuestionar y acusar la lealtad y buena fe con la que Comcel concurre a competir en el mercado, lo cual afecta gravemente a nivel reputacional a mi representada”. Dicha presunción no fue desvirtuada y en consecuencia debe ser materializada en la declaratoria de competencia desleal por el artículo denunciado

5. No se desvirtuaron las presunciones reconocidas dentro del proceso

ARCHILA ABOGADOS

Desde el inicio del proceso fueron reconocidos como ciertos los hechos debidamente citados en el numeral primero del escrito de alegatos de conclusión. Con esa consideración es importante reconocer que el marco desde el que parte el juez es la presunción de la realización de los actos de competencia desleal denunciados. Estos se presumen como ciertos de acuerdo al numeral segundo del artículo 97 del CGP.

La consecuencia es que la carga probatoria recae en las demandadas, que tienen que entrar a desvirtuar dicha presunción con las pruebas que aportaron más allá de lo que la demandante haya logrado probar. Esto no sucedió, pues ni siquiera adjuntaron el acuerdo piloto que supuestamente valida su actuar alrededor de la banda de 700 MHz.

Puntualmente, debe recordarse que se presumieron como ciertos los siguientes hechos:

“8.5.1. El director ejecutivo de Partners, el señor Cris Bannister, ha indicado en entrevista con Dinero que el cronograma interno de la compañía se ve afectado por “los inconvenientes los hemos encontrado con los actuales operadores del mercado que han puesto en marcha diferentes acciones para afectar nuestro ingreso”.

8.5.2. En este sentido, agregó en el marco de la entrevista que, tanto Comcel (Claro) y Tigo “...han venido postergando bastante [las negociaciones respecto a la interconexión y roaming] y lo que demuestra es la dominancia que tiene en el mercado. Es ese lado oscuro del sector, que lo que está haciendo es evitar que llegue esa competencia que dará dinamismo al mercado, y generando consecuencias negativas en temas de competitividad al país.

8.5.3. Añade Bannister, respecto a Comcel, que percibe “...la actitud de Claro como la del niño que hace bullying en el colegio, en donde lo que busca es prevenir o retrasar el ingreso de un nuevo operador en el país”, agregando que “[e]l abuso de posición dominante del “Dark side” [haciendo referencia a Comcel como operador establecido] pone en riesgo la inversión y el empleo ... Sin embargo, estoy convencido de que las autoridades van a continuar ofreciendo todas las garantías para que este lado oscuro y dominante, no pueda continuar con su matoneo contra la libre y justa competencia. Ya llegará el momento en que Claro y su aliado menor, Tigo, dejen de abusar y sea viable competir en el campo comercial en beneficio de la gente”.

Lo anterior se realizó sin evidencia de ningún tipo, por cuanto no existe dentro de este proceso o de ningún otro ante cualquier autoridad alguna prueba de dichas afirmaciones. Partners no presentó ningún sustento que pudiese dar lugar a darle suelo a los comentarios malintencionados recién citados. Es más, no existe una justificación siquiera sumaria en la contestación de la demanda, en los alegatos de conclusión o en cualquier otro memorial que el demandado haya allegado al proceso.

Con esa consideración debe tenerse en cuenta entonces que al no ser desvirtuados los hechos mediante pruebas que obren en el expediente, los siguientes hechos reconocidos como ciertos tiene plena validez probatoria y deben dar lugar a la sanción:

“8.8. Partners, contrarió a los comportamientos leales y probos que se esperan de un agente en el mercado, **ha emitido afirmaciones –falsas– respecto del actuar de Comcel en el mercado de telecomunicaciones, afirmaciones que en vez de estar ceñidas a la ocurrencia verdadera de los hechos, especialmente los términos en los que la negociación en torno al roaming y la interconexión**

ARCHILA ABOGADOS

se ha realizado, busca exteriorizar una falsa realidad que distorsiona el comportamiento leal y probo de Comcel tanto en el mercado de telecomunicaciones, como en la negociación de los cargos por roaming e interconexión, generándole un alto riesgo reputacional”.

Adicionalmente, debe recordarse que dentro de la audiencia de alegatos y fallos fue reconocida una renuencia: “Se tendrá como confeso el hecho de que, abro comillas Avantel accedió a la red y frecuencia adjudicada a Partners por parte del MINTIC de forma ilegal, sin que mediara una autorización por parte de la autoridad competente para asignar el uso del espectro radioeléctrico en la frecuencia 700 MHZ” cierre comillas, por ser un hecho que admitía prueba de confesión (...) Y se tendrá como indicio en contra de Avantel, lo que corresponde al hecho de la ausencia de existencia y validez del contrato denominado acuerdo piloto que se pretendía probar, pues esta manifestación no es susceptible de confesión”³².

Esto debe ser de especial objeto de atención del ad quem, pues las consecuencias procesales no advertidas en la sentencia de primera instancia refieren a que las presunciones rigen y aplican hasta tanto estas logren ser desvirtuadas. Y, tal y como se explicó en las páginas precedentes, ni Partners ni Avantel demostraron con claridad el contenido, alcance o existencia del supuesto Acuerdo Piloto que desde su defensa justificaría su conducta.

Por todo lo anterior, le ruego al Honorable Tribunal que acoja las peticiones del recurso sustentado.

De la Honorable Magistrada,



DAVID TORO OCHOA

C.C. 1.039'449.029 de Sabaneta, Antioquia

T.P. 229.490 del C. S. de la J.

Representante Legal para Asuntos Judiciales

ARCHILA ABOGADOS LTDA.

³² Audiencia de alegatos de conclusión, minuto 1:58:38.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. YAYA PEÑA RV: RECURSO DE REPOSICION

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 27/10/2022 16:48

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. YAYA PEÑA

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: eliana sanchez <elianasanchez63@hotmail.com>

Enviado: jueves, 27 de octubre de 2022 4:46 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RECURSO DE REPOSICION

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA SEXTA DECISION CIVIL

RADICACION: 11001319900320210357101

PROCESO: ACCION DE PROTECCION CONSUMIDOR FINANCIERO

DEMANDANTE: DAVID TOVAR MADRIGAL

DEMANDADO: BANCO DE BOGOTA

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO QUE DECLARA DESIERTO RECURSO DE APELACION

Buenas tardes, memorial sustentación recurso de reposición contra auto que declara desierto el recurso de apelación de acción de protección al consumidor financiero.

ATENTAMENTE,

ELSY ELIANA SANCHEZ ACUÑA

C.C. No. 51.597.824 de Bogotá

T.P. No. 63.697 del C.S. de la J.

Teléfono: 3112400730

Bogotá, octubre 27 del 2022

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

DOCTOR: OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICACION No. 110013199003202103571

DEMANDANTE: DAVID TOVAR MADRIGAL

DEMANDADO: BANCO DE BOGOTA

ACCION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICION CONTRA AUTO QUE DECLARA DESIERTO RECURSO APELACION

ELSY ELIANA SANCHEZ ACUÑA, mayor de edad, domiciliada y domiciliada en la ciudad de Bogotá, abogada en ejercicio e identificada con el numero de cedula 51.697.824 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 63.697, actuando como apoderada judicial del señor DAVID TOVAR MADRIGAL, demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito me permito interponer recurso de REPOSICION contra el AUTO del 24 de octubre del 2022 **“AUTO DECLARA DESIERTO RECURSO DE APELACIÓN”**, notificado por estado (página web el día 24 de octubre del 2022), invocando el artículo 318 del C.G.P., teniendo en cuenta los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

I. AUTO RECURRIDO

“Como quiera que el demandante no sustentó su recurso en la oportunidad que consagra el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022 (que se computo a partir de la ejecutoria del auto de 07 de octubre del año que Avanza, mediante el cual admitió el recurso vertical, el suscrito Magistrado DECLARA DESIERTA la alzada que interpuso contra la sentencia que, en primera instancia, se profirio en el proceso de la referencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta las previsiones del inciso final del artículo 322 del C.G.P., por cuya virtud, “el juez de segunda instancia declaró desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICION:

Si se revisa detalladamente el expediente se evidencia que como representante de la parte actora, presento los reparos concretos de la sentencia recurrida, en el mismo momento de la notificación de esta, tambien manifestos que los reparos advertidos los iba a complementar dentro del termino legal para ello; escrito que sustenté con un amplio desarrollo de los argumentos que dieron paso al reproche de la sentencia, dentro de los tres días subsiguientes ante el Juez de primera instancia el día 27 de septiembre del 2022 ante el Juez Delegado de la Super Intendencia Financiera.

Dicha particularidad también fundamenta el presente recurso y su prosperidad, puesto que, considero viable que el Despacho acceda a la admission de este, aplicando el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, pues si bien, el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, hace alusión al traslado para sustentar, en estricto

sentido ya lo había hecho y ante el A Quo, solo se iba a manifestar que se ratificaba lo expuesto.

Se tiene que el inciso 2 numeral 3º del artículo 322 del C.G.P, dispone: Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada. Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentada.

III. CONSIDERACIONES.

La suscrita quiere manifestar el total desacuerdo con el auto de fecha octubre 24 del 2022, en el entendido que se está violando el debido proceso, derecho a la igualdad y acceso a la administración de justicia al DECLARAR DESIERTO EL RECURSO DE APELACIÓN, que en su momento procesal se interpuso contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juez delegado de la SUPER INTENDENCIA FINANCIERA, el recurso de apelación fue interpuesto en la Audiencia de fallo de manera virtual, en la que se manifestó el desacuerdo con el esta, manifestando que, interphone el recurso de apelación contra la sentencia proferida, señalando los reparos, advirtiendo que serían fundamentados y sustentados en debida forma, el cual fue sustentando ante el Juez de primera instancia en debida forma.

Entonces no entiende la presente profesional del derecho y abogada litigante cómo es posible que en esta segunda instancia se solicite nuevamente sustentar el recurso de apelación.

En segunda medida resalta la suscrita que el Despacho no puso en conocimiento vía correo electrónico el momento procesal cuando avocó conocimiento del proceso de la referencia, para que el profesional del derecho tuviera la claridad y plena certeza del Despacho judicial al cual se tenía que dirigir y en donde se procedería a desarrollar la segunda instancia.

IV. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

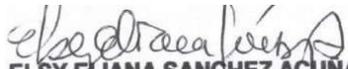
El Magistrado Ariel Salazar Ramírez, trajo a colación La sentencia T-449 de 2004 de la Corte Constitucional que intenta relacionar con el artículo 322 del CGP, en esta la Corte expone que las normas procesales deben interpretarse de manera que se privilegie el acceso a la administración de justicia y los presupuestos que orientan el debido proceso, por lo que se debería adoptar la interpretación más favorable teniendo en cuenta que lo que se busca con la sustentación del recurso ante el superior es que este conozca los argumentos, pero si este los puede conocer a través de los reparos hechos ante el juez de primera instancia, exigir otra sustentación, sin la cual se declararía desierto el recurso, dice el magistrado, ***sería un exceso de ritualismo.***

Así entonces, la discusión sigue abierta, porque se puede decir que una es la posición de la Corte Suprema de Justicia y otra la de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta la conexión que hace el Magistrado con la sentencia citada. La conclusión a la que se puede llegar con todo lo anterior es que adoptar una u otra postura depende de los principios a los que se les dé más valor.

Como complemento de lo anterior no se comparte lo señalado en el auto de fecha 24 de octubre del 2022, por lo que reitero mi solicitud de revocarlo y en su defecto admitir el recurso de apelación interpuesto y sustentado en debida forma.

De usted, señor magistrado(a)

Atentamente,


ELSY ELIANA SANCHEZ ACUNA
C.C. No. 51.697.824 de Bogotá
T.P. No. 63.697 del C.S de la J.
Correo electrónico elianasanchez63@hotmail.com

ANEXO: RECURSO DE APELACION.

Bogotá septiembre 27 del 2022

Señor:

**JUEZ SUPER INTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGADA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES-PROTECCION AL
CONSUMIDOR FINANCIERO.**

**ACCION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO-ARTICULOS 57 y 58
de la ley 1480 del 2011 y Ley 1328 del 2009.**

RADICACION: 2021186689-031-000

EXPEDIENTE: 2021-3571

DEMANDANTE: DAVID TOVAR MADRIGAL

DEMANDADO: BANCO DE BOGOTA

ASUNTO: APELACION CONTRA SENTENCIA

ELSY ELIANA SANCHEZ ACUÑA, mayor de edad, domiciliada y residenciada en la ciudad de Bogotá, identificada con el número de cédula 51.697.824 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 63.697 del C.S. de la J., actuando en calidad de apoderada judicial del señor DAVID TOVAR MADRIGAL parte demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito y oportunamente, me permito interponer recurso de APELACION contra la sentencia, proferida por el señor Juez delegado Doctor HECTOR ORLANDO MEDINA GAITAN en la cual negó las pretensiones de la demanda, el día 22 de septiembre del 2022.

RAZONES DE INCONFORMIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 322 numeral 1 inciso 2 y numeral 3 del C.G.P, me permito presentar las inconformidades que le asisten a mi poderdante respecto al fallo del 22 de septiembre del 2022 por el señor Juez delegado de la Super Intendencia Financiera de Colombia doctor HECTOR ORLANDO MEDINA GAITAN.

Las inconformidades básicamente se encuentran sustentadas en la interpretación errónea de las pruebas documentales y periciales que les otorgo el ad quo, para proferir la sentencia.

Atendiendo las mentadas pruebas el ad quo dedujo de forma errónea que el Banco de Bogotá, no había ejercido posición dominante e incurrido en prácticas abusivas ni ilegales contra el consumidor financiero, situación que claramente configura un yerro procesal en el fallo emitido en primera instancia, contrariando el estatuto del consumidor financiero Ley 1328 del 2009 y Ley 1480 del 2011.

VIOLACION DIRECTA A LA LEY DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR FINANCIERO:

1. ABUSO DE POSICION DOMINANTE.

Se configura con la imposición de valores no pactados en el contrato de LEASING inicial, suscrito entre mi poderdante y CORFICOLOMBIANA; por parte del Banco de Bogotá, como cesionario de la obligación, en contra del consumidor financiero en este caso el señor DAVID TOVAR MADRIGAL, aplicando valores diferentes a los pactados, desconfigurando el crédito inicial, imponiendo unos supuestos valores de pre- insolvencia por **\$115.901.550.00** y de post- insolvencia por **\$309.261.162.00**.

Estos valores no coinciden con lo argumentado por el señor perito **HERNAN GUILLERMO TORRES SUESCUN** en el dictamen pericial, el cual manifiesta:

“En La AMPLIACION DEL DICTAMEN PERICIAL: NUMERAL 3. Liquidación leasing inmobiliario 00000456041005 desde el 31 de diciembre de 2018 al 11 de marzo del 2020 en Banco de Bogotá. Considerando que, a 31 de diciembre de 2018, el Banco de Bogotá recibe la cesión de una obligación de Corficolombiana no por su saldo insoluto sino por el saldo de capital de \$333.838.665. y como se puede observar entre la última fecha de liquidación del punto 2, el 31 de diciembre del 2018 y el 11 de marzo del 2020, han transcurrido cerca de 14 meses, en los cuales el Banco de Bogotá según anexo 5 PDF presenta una proyección teórica a realizar, en el cual se observa que el día 11 de marzo del 2020, se aplicó abono a capital por \$309.261.162.oo con un saldo remanente a esa fecha de \$24.577.503., valor este ultimo que no se entiende cual será su forma y plazo de recaudo, tampoco se evidencio en los documentos analizados cual fue la decisión de la entidad respecto a este monto restante”.

Lo anterior deja en evidencia la posición dominante del Banco de Bogotá en contra del señor DAVID TOVAR, yendo en contra de los derechos del consumidor financiero de disponer información sobre las características de los productos y servicios con TRANSPARENCIA, CLARIDAD, OPORTUNIDAD, VERACIDAD, COMPARABILIDAD Y DE FACILIDAD DE COMPRESION.

2. CLAUSULAS ABUSIVAS EXHORBITANTES.

Estas se configuraron con la imposición de sanciones excesivas (multas, penas. Sanciones) denominadas “MORAS”, aplicadas a la cuota mensual desde marzo del 2021 a septiembre del 2021. **Al fin de cuentas lo que caracteriza las cláusulas abusivas es la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes y en el presente caso están determinadas por los valores o supuestas “MORAS” cobradas por el Banco de Bogotá en los periodos de marzo del 2021 a septiembre del 2021, a continuación, me permito referenciar lo aducido, teniendo en cuenta los extractos de los meses referidos así:**

EXTRACTO	AÑO		
MARZO	2021	\$1.329.214.50	
ABRIL	2021	\$5.774.936.14	
MAYO	2021	\$3.753.570.22	
JUNIO	2021	\$5.634.320.98	
JULIO	2021	\$4.122.473.33	
AGOSTO	2021	\$3.615.425.76	
SEPTIEMBRE	2021	\$3.407.430.oo	
OCTUBRE	2021	¿???????????????	
		\$27.637.368.oo	

Cabe aducir que estos valores APARECIERON en los extractos de los meses referidos y por más que el señor DAVID TOVAR MADRIGAL, preguntaba personalmente en las sucursales del Banco de Bogotá y por medio de Derechos de petición, nunca tuvo una respuesta valedera justificando dichos cobros; pero extraña a esta defensa que apenas se inició esta acción el día 27 de agosto del 2021, admitida el 02 de septiembre del 2021; de manera inexplicable para el mes de octubre del mismo año desaparecieron los cobros de los respectivos extractos y al día de hoy mi poderdante desconoce las causas que generaron esos cobros que tanto le causaron daños y perjuicios, que a la postre fueron los que generaron la iniciación de esta acción.

Respecto a lo anterior, en el dictamen pericial inicial apenas el experto, hace una vaga mención de la penalidad cobrada en el mes de marzo por respuesta a tutela, pero deja de analizar lo referente a los meses subsiguientes.

Esto demuestra nuevamente que al señor TOVAR MADRIGAL, no se le han respetado sus derechos al consumidor financiero como los de INFORMACION TRANSPARENTE, CLARA, OPORTUNA, VERAZ, COMPARABLE Y DE FACIL COMPRENSIÓN; ni mucho menos la debida diligencia en la prestación de servicios para la resolución de Derechos de Petición, Tutelas y reclamos.

3. ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO:

La parte demandada rompe el equilibrio económico del demandante y configura posición dominante, no sólo al inventar valores injustificados, sanciones excesivas y exorbitantes, sin sustento legal ni financiero, pues como lo menciona el perito a partir del primero de septiembre de 2020, empiezan las diferencias significativas que arroja la diferencia de más de \$25.000.000, sin justificación alguna, afirmación corroborada en el dictamen pericial inicial, por el señor perito nombrado por la SUPER FINANCIERA, situación que el experto explica y sustenta concluyendo que “a partir de entonces el saldo a capital con base en el cual se liquida la obligación difiere significativamente y arroja esta diferencia amplia entre las dos liquidaciones comparadas”, reseñando un valor a favor de mi poderdante de \$25.456.545.68. así:

En el siguiente cuadro se presenta un resumen de los valores imputados conforme se describió en la liquidación del perito, y la comparación con los valores imputados por el Banco Bogotá, Finalmente, se observa; que, según la liquidación del perito.

Existe al 27 de mayo de 2022 un saldo a favor de Banco de Bogotá de **\$171'699.463,5**

8. Concepto	Naturaleza	Liquidación SFC	Banco Bogotá	Diferencia
Saldo Inicial		309,261,162.00	309,261,162.00	
Total, recaudado		215,699,463.58	215,699,463.58	
Corrección Monetaria	(+)	0.00		0.00
Honorarios/otros	(-)	6,320,000.00	6,320,000.00	0.00
Seguros Imputados	(-)	9,579,743.17	9,579,743.17	0.00

Intereses de Mora	(-)	895,939.64	3,456,689.91	-2,560,750.27
Intereses Corrientes	(-)	60,654,958.50	83,550,753.91	-22,895,795.41
Reconocimientos	(+)	0.00	0.00	0.00
Capital	(-)	138,248,822.27	112,792,276.59	25,456,545.68
Total, Aplicado		215,699,463.58	215,699,463.58	
Diferencia Aplicación		0.00	0.00	
Saldo Final	(S.I-(C+R))		171,012,339.73	196,468,885.41
Diferencia en Saldos			-25,456,545.68	

Teniendo en cuenta el cuadro referenciado, se nota que el BANCO DE BOGOTA, ha aplicado erróneamente los pagos efectuados por el señor TOVAR, dando como resultado una diferencia en el saldo final del contrato; configurándose así flagrantemente las cláusulas abusivas exorbitantes en contra de mi cliente.

El saldo final referido por el auxiliar de la justicia a fecha mayo de 2022, por valor de \$171.012.339.73 se aproxima con la proyección de pagos del contrato inicial suscrito con CORFICOLOMBIANA, saltando a la vista que existe hasta esa fecha un saldo a favor del señor TOVAR de \$25.456.545.68.

Con lo anterior se configura por parte del Banco de Bogotá, la violación directa al estatuto del consumidor financiero contra mi poderdante señor DAVID TOVAR MADRIGAL, consagrada en las leyes 1328 del 2009, 1480 del 2011, sobre protección al consumidor financiero, pues las liquidaciones del BANCO DE BOGOTA, no son COMPARABLES con el dictamen pericial.

Además, el Banco de Bogotá vulnera los principios del consumidor financiero así:

Principios vulnerados.

- 1) Desviación del principio de la Buena fe contractual
- 2) Desequilibrio contractual
- 3) Un perjuicio o detrimento contra el deudor
- 4) Una atribución exorbitante en favor del Banco de Bogotá del esquema contractual.
- 5) Un enriquecimiento sin justa causa a favor del Banco y en contra de mi poderdante.

Derechos vulnerados por el BANCO DE BOGOTA EN CONTRA DEL SEÑOR DAVID TOVAR:

- 1) Derecho a la disposición de Publicidad e información sobre las características de los productos y servicios con TRANSPARENCIA, CLARIDAD, OPORTUNIDAD, VERACIDAD, COMPARABILIDAD Y DE FACILIDAD DE COMPRENSION.
- 2) Derecho a exigir la debida diligencia en la prestación de servicios por parte de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

- 3) Derecho a la recepción de parte de las entidades vigiladas productos con estándares de seguridad y calidad de acuerdo con las CONDICIONES OFRECIDAS y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas.

Siguiendo la senda de lo planteado es importante mencionar que la prueba pericial fue decretada de oficio por el señor Juez delegado de la Super Intendencia Financiera, para lo cual solicitó apoyo ante el Grupo de Apoyo Pericial y Técnico de la Delegatura para Riesgo de Crédito de la Super Intendencia Financiera de Colombia, señor HERNAN GUILLERMO TORRES SUESCUN.

Esto atendiendo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, institución que ha pregonado la facultad de decretar (pruebas de oficio) en un (poder deber) del juzgador, más que una posibilidad a la cual puede acudir a mero título discrecional; tal esta caracterizado como una actividad del Estado que esta enderezada a la realización del derecho, ya que mediante aquellas (se propende por expedición de sentencias acordes con la legalidad, la justicia y la verdad, presupuestos axiológicos basilares que son menester en aras de atender el impostergable y sempiterno deber de dar integra y global preeminencia al derecho sustancial (C.S.J. STC, 3 de julio 2013, rad 00059-1), este determina las falencias en la aplicación del crédito leasing por parte del Banco de Bogotá en contra de mi poderdante.

Lo propio a fin de que la justicia no se torne en letra yerma de la mano de la dejación de funciones que a cada servidor judicial le corresponde dentro de la orbita de sus atribuciones legales. Al efecto, la Sala ha señalado que:

[E] Se poder del Juez, caracterizado como se encuentra según se ha dicho, de un razonable grado de discrecionalidad se trueca, en algunas hipótesis claramente definidas en el aludido estatuto, en un verdadero deber, despejado, por consiguiente, de aquel cariz potestativo, manifestándose, entonces como una exigencia del juzgador como director del proceso.

En razón de todo lo mencionado en los párrafos anteriores, se puede evidenciar que el ad quo, incurrió en varios yerros procesales durante el tramite del proceso, esto en lo relativo a la valoración del material probatorio aportado con la demanda y el aportado por la parte demandada, configurándose con este actuar el llamado "**Defecto Factico por omisión y valoración defectuosa del material probatorio**", concepto desarrollado preponderantemente por parte de la Corte Constitucional de Colombia, en diferentes providencias ante las que se encuentran las sentencias **T-006 de 2008**, la cual cita a la sentencia **C-1270 de 2000**, providencias por medio de las cuales se esboza que "***el defecto factico, ha sido entendido por esta Corte como una anomalía protuberante y excepcional que puede presentarse en cualquier proceso judicial y se configura cuando***" el apoyo probatorio que se basó el Juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.

Además de lo antes mencionado, también se debe tener en cuenta que defecto factico se puede presentar en dos dimensiones, **una positiva y una negativa**, dimensiones que se establecen de la siguiente manera:

La primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por "**completo equivocada**", o **fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello**. Esta dimensión implica la evaluación de errores en la apreciación del hecho o de la prueba que se presentan cuando el juzgador se equivoca: i) al fijar el contenido de la misma, porque la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica y hace que produzca efectos que objetivamente no se establecen de ella; o ii) porque al momento de otorgarle

mérito persuasivo a una prueba, el juez se aparta de los criterios técnico-científicos o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, es decir, no aplica los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria “Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado y/o juez puedan analizar la prueba (ya sea de pruebas documentales, peritos, de inspección judicial) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 041 de 2018. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Febrero 16 de 2018.

En cuanto a la segunda dimensión del defecto factico: La negativa, se produce cuando el juez **omite o ignora la valoración de una prueba determinante** o no decreta su práctica sin justificación alguna. Esta dimensión comprende las omisiones en la apreciación de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Es del caso de mi poderdante en el que el Juez no valoro el acervo probatorio en su totalidad.

Con fundamento en lo esbozado anteriormente, podemos evidenciar que la a quo, claramente incurrió en el llamado defecto factico por la dimensión positiva, esto debido a que en el caso que nos ocupa el Juez delegado valoró de forma errónea el material probatorio allegado al proceso, dándole a las pruebas aportadas un alcance probatorio insignificante al que efectivamente demostraban, tal es el caso de los extractos bancarios mencionados de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre del 2021 de mi poderdante, documentos que certifican los cobros abusivos realizados por el banco de Bogotá, así como no tuvo en cuenta el peritaje aportado por la oficina de apoyo técnico de la Super Intendencia, el cual da cuenta de las inconsistencias presentadas por el banco, ya que como se ve no hay correlación entre lo cobrado por el banco y lo presentado por el Perito de la Super Intendencia, lo dedujo de forma errónea el Juez en primera instancia al momento de emitir el fallo objeto del recurso de apelación que se sustenta con el presente escrito.

PETICION

Con fundamento en lo manifestado, solicito dar curso al recurso de apelación incoado (en su interposición, apelación y sustentación) y, desde ya, ruego a los honorables Magistrados **REVOCAR** la sentencia de primer grado, atendiendo a las afirmaciones recogidas en la alzada en su unidad fáctica y jurídica.

Que se declare que el BANCO DE BOGOTA, ejerció su posición dominante e incurrió en cláusulas abusivas exorbitantes y cobros abusivos excesivos en los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre del 2021.

Que se declare que el BANCO DE BOGOTA vulnero a mi poderdante el derecho al usuario y consumidor financiero y el estatuto del consumidor financiero.

Que por consiguiente se ordene al BANCO DE BOGOTA efectuar la devolución de los valores cobrados de más en la aplicación de la cesión del crédito leasing objeto de este debate y en las cuotas mensuales cobradas en exceso.

DERECHO

Invoco como fundamento de derecho los artículos 322, 323, 324, 325, 326, 327 y 328 del C.G.P, Ley 1328 del 2009, Ley 1480 del 2011

PRUEBAS

Ruego tener como pruebas las aportadas a la demanda por el demandante y la demandada, como el Dictamen pericial.

ANEXOS

Me permito anexar copia del presente escrito para archivo del juzgado.

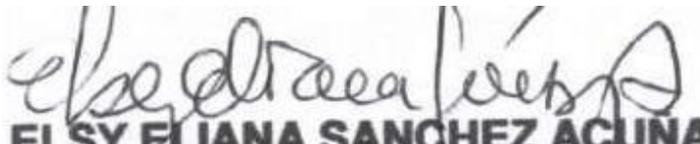
COMPETENCIA

Es usted competente señor Magistrado. La competencia invocada es la correcta, tratándose de ser el superior orgánico de quien *llevó a cabo el proceso de primera instancia y que profirió la decisión apelada.*

NOTIFICACIONES

A la suscrita en la carrera 60 No. 22-99 Torre 1 oficina 1003, correo electrónico elianasanchez63@hotmail.com Teléfono 3112400730

Atentamente,


ELSY ELIANA SANCHEZ ACUNA
C.C. No. 51.697.824 de Bogotá
T.P. No. 63.697 del C.S de la J.
Correo electrónico elianasanchez63@hotmail.com

Mensaje nuevo Responder Eliminar Archivo Mover a

- Favoritos
- Carpetas
 - Bandeja de ... 12959
 - Correo no des... 103
 - Borradores 131
 - Elementos enviados
 - Elementos elimin... 1
 - Archivo
 - Notas
 - Historial de conver...
 - Trash 743

Crear carpeta nueva

Grupos

RV: RECURSO APELACION ACCION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO

ES

eliana sanchez

Para: jurisdiccionales@superfi

Mar 27/09/2022 4:22 PM

APELACION SENTENCIA SUP... 372 KB

PROCESO: ACCION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO

RADICADO: 2021186689-003-000

EXPEDIENTE: 2021-3571

DEMANDANTE: DAVID TOVAR MADRIGAL

DEMANDADO: BANCO DE BOGOTA

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

Buenas tardes, encontrándome dentro del término procesal oportuno me permito enviar escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia del 22 de septiembre del 2022, emanada por el Juez delegado de la Super Intendencia Financiera dentro del proceso de la referencia. Gracias,

ELSY ELIANA SANCHEZ ACUÑA
C.C. No. 51.697.824 de Bogotá
T.P. No. 63.697 del C.S. de la J.
Teléfono: 3112400730

De: eliana sanchez

Enviado: martes, 27 de septiembre de 2022 4:15 p. m.

Para: super@superfinanciera.gov.co

<super@superfinanciera.gov.co>

Asunto: RECURSO APELACION ACCION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO

RV: RECURSO APELACION ...

(Sin asunto)

X

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. YAYA PEÑA RV: RECURSO DE SUPLICA- SERGIO ALEJANDRO AYALA MANGA Y ADRIANA MARIA CULMA TIMOTE

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 28/10/2022 11:54

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. YAYA PEÑA

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: EXTRATEGIA LEGAL SAS <extrategialealsas@gmail.com>

Enviado: viernes, 28 de octubre de 2022 10:46 a. m.

Para: Despacho 06 Sala Civil Tribunal Superior - Bogota - Bogota D.C.

<des06ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; IRVING AYALA <ayalairving@yahoo.com>; Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; secsctsupbta@notificacionesrj.gov.co <secsctsupbta@notificacionesrj.gov.co>

Asunto: RECURSO DE SUPLICA- SERGIO ALEJANDRO AYALA MANGA Y ADRIANA MARIA CULMA TIMOTE

Bogotá D.C, 28 de Octubre de 2022

Honorable Señoría

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

SALA SEXTA CIVIL DE DECISIÓN- TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

E. S. D.

Referencia: Recurso de Súplica.

Recurrentes: Adriana María Culma Timote & Sergio Alejandro Ayala Manga.

Radicado: 11001 22 03 000 2022 02128 00

Cordial saludo.

Por medio del presente correo electrónico, y estando en los términos procesales correspondientes, remito para su conocimiento y fines procesales pertinentes, RECURSO DE SUPLICA instaurado por parte de mis poderdantes, ADRIANA MARIA CULMA TIMOTE Y SERGIO ALEJANDRO AYALA MANGA, contra la providencia de su despacho que efectuó el rechazo del recurso extraordinario de revisión presentado.

Atentamente,

FELIPE HERNANDEZ HERNANDEZ.

ESTRATEGIA LEGAL ASOCIADOS S.A.S

EXTRATEGIALEGALSAS@GMAIL.COM

57 313 2136960 - 57 312 4466364 - 3008667252

OFICINA CALLE 44 No. 8-33 BOGOTA

Honorable Señoría

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

SALA SEXTA CIVIL DE DECISIÓN- TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

E. S. D.

Referencia: Recurso de Súplica.

Recurrentes: Adriana María Culma Timote & Sergio Alejandro Ayala Manga.

Radicado: 11001 22 03 000 2022 02128 00

Cordial Saludo.

FELIPE HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, mayor de edad y ciudadano en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, por medio del presente escrito, en calidad de **APODERADO JUDICIAL ESPECIAL** de los señores **ADRIANA MARÍA CULMA TIMOTE Y SERGIO ALEJANDRO AYALA MANGA** respectivamente, por medio del presente documento, y estando dentro de los términos procesales correspondientes, me permito instaurar de manera respetuosa y comedida ante su despacho **RECURSO DE SÚPLICA**, contra la providencia proferida por parte de su despacho en fecha veinticuatro (24) de Octubre de la actual calenda, por medio de la cual se procedió al **RECHAZO** del Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto contra la sentencia judicial proferida por parte del Juez 6 Civil Municipal en fecha 30 de Septiembre de 2020, por medio de la cual se falló un proceso de carácter ejecutivo en contra de mis poderdantes.

Sustento el presente recurso en las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico que a continuación se esbozan de la siguiente manera:

1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS DEL RECURSO DE SÚPLICA

- 1) En fecha 29 de Septiembre de 2022, se efectuó por mi parte, como **APODERADO JUDICIAL ESPECIAL** de los señores **ADRIANA MARÍA CULMA TIMOTE y SERGIO ALEJANDRO AYALA MANGA**, la radicación del Recurso Extraordinario de Revisión en el Tribunal Superior de Bogotá.
- 2) En dicha fecha, el recurso interpuesto fue abonado por reparto a la Sala Sexta Civil de Decisión, correspondiendo a su despacho el trámite del mismo.
- 3) En fecha 03 de Octubre de 2022, fue **INADMITIDO** el recurso extraordinario de revisión para su correspondiente subsanación, providencia judicial que fue notificada por medio de estado de la misma fecha.
- 4) Estando dentro de los términos procesales conferidos (5 días hábiles para subsanación) presente escrito de subsanación del recurso extraordinario de revisión el día 11 de Octubre de la actual calenda.
- 5) En fecha 12 de Octubre de 2022 el proceso pasa al despacho para proveer.
- 6) En fecha 24 de Octubre de 2022, el despacho **RECHAZA** el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por mi parte, y lo notifica mediante Estado de la misma fecha; las razones por las cuales se presentó el rechazo del recurso son las siguientes:

“1. Pese a que en el proveído inadmisorio que precedió se ordenó la señalización del domicilio “de todas las personas naturales que hacen parte del proceso donde se dictó la sentencia impugnada”, la parte actora no dio cumplimiento a esa exigencia.

En efecto, obsérvese que ni en la demanda inicial, ni tampoco en el memorial de subsanación se satisfizo esa exigencia legal (n. 1o artículo 90, en concordancia con el n. 2o del artículo 82 del C. G. del P.)

A diferencia de lo que pareciera entender el recurrente en revisión, para suplir tal exigencia (núm. 2o del art. 82 del C. G. del P.), no es bastante con aludir, en forma tangencial, al lugar donde dichos sujetos procesales podrían recibir notificaciones personales y menos a sus correos electrónicos.

No en vano se ha dicho que, el domicilio es “la residencia, acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella” (art. 76 C.C.) y la residencia es el lugar donde vive, habita o mora una determinada persona. En palabras de la Corte Suprema de Justicia¹, mientras uno (el domicilio) hace relación al asiento general de los negocios de un sujeto (es decir, “indica la relación jurídica entre una persona y determinada circunscripción territorial”²), el otro (dirección de notificaciones), corresponde al lugar donde con mayor facilidad se le puede ubicar para efectos de la comunicación o notificación personal.

2. Tampoco se dio estricto cumplimiento a lo ordenado subsanar en punto a la reformulación de las tres acusaciones con sujeción a las pautas y solemnidades inherentes a la naturaleza extraordinaria y formal del recurso extraordinario.

2.1. Así, a manera de ejemplo, el suscrito Magistrado resalta que el memorial de subsanación ningún esfuerzo se hizo orientado a salvar el entremezclamiento e interdependencia en que en la demanda inadmitida se incurrió, por la forma en que se formularon las acusaciones primera, fincada en la causal séptima, con la segunda (que se soportó en la causal octava), concerniente a la incidencia que, en el criterio de los recurrentes, ofrecía la primera (nulidad por falta de notificación del mandamiento de pago a la señora Culma Timote respecto de la suerte de la segunda (nulidad originada en la sentencia recurrida en revisión).

2.2. Y con relación al tercer cargo, nada concreto en el fallido intento de subsanación se hizo para ilustrar sobre la factibilidad de la adecuación de esa acusación a la norma que contempla el numeral 9o del mismo artículo 355 del C. G. del P., que condiciona la invocación de esa causal, entre otras cosas: a) a

¹ CSJ, Auto SC- 3762016 de enero 29 de 2016, rad. 11001020300020150254700.

² DERECHO CIVIL. Tomo I. Parte general y personas. Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. Editorial Temis, Bogotá, año 2016. Decimoctava edición, pág. 483.

que el “recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem” y b) a “haber ignorado la existencia de dicho proceso”.

En efecto, en rigor, ni en el memorial de subsanación, ni tampoco en la demanda inadmitida se planteó, frente a esta causal, la figuración del curador ad litem que representara a los hoy recurrentes en revisión.

Y sobre el otro tema, de la exposición de los hechos de la demanda es ostensible que los recurrentes no hacen referencia, ni con mucho, a que no hubieran tenido conocimiento de la existencia del proceso en el que se profirió la sentencia que atacan en revisión.

Es más, los recurrentes relataron que intervinieron directamente en ese proceso en el que se dictó la sentencia atacada (de restitución, seguido de la fase ejecutiva), lo cual hace que el acoplamiento del ataque a la causal invocada sea apenas aparente.

Ante situaciones semejantes, ha precisado la Honorable Sala de Casación Civil que el gravamen que el ordenamiento jurídico impone al demandante en revisión para que indique “la causal invocada y los hechos concretos que le sirven de fundamento” (núm. 4o, arts. 382, C. de P. C., que en lo medular reprodujo el artículo 357, C. G. del P.), “lleva ínsita para el reclamante una ‘carga cualificada’, consistente en ‘formular una acusación precisa con base en enunciados fácticos que guarden completa simetría con la causal de revisión que se invoca, al punto que pueda entenderse que la demostración de esos supuestos, en principio, haría venturoso el ataque”, y que “de tolerarse la mera enunciación de unos ‘hechos’, sin ponderarse su ‘concreción’, ‘simetría’ e ‘idoneidad’, seguramente que ‘tendría que adelantarse una actuación judicial que, a buen seguro, ningún resultado arrojaría, máxime si se tiene en cuenta que por la dispositividad del recurso y por la importancia que para el ordenamiento tiene el principio de la seguridad jurídica, el juez de la revisión no puede hacer pronunciamientos officiosos, ni salirse del preciso marco de referencia planteado por el censor”³

3. Por último, cabe anotar que tampoco la parte demandante acreditó que hubiera enviado copia de la demanda inicial y del memorial de subsanación a su contraparte, al correo electrónico respectivo.

Tal actuación, como viene de resaltarse, se ordenó en el auto inadmisorio (numeral 5o) con soporte en el artículo 6 de la Ley 2213 de 2022.”

2. FUNDAMENTOS DE ORDEN JURÍDICO DEL RECURSO DE SÚPLICA

Con respecto a las razones esbozadas por parte de su despacho con respecto al recurso de revisión presentado, el suscrito profesional del derecho se permite indicar las siguientes razones de la siguiente manera:

³ CSJ., Auto de 2 de diciembre de 2009, Exp. 2009-01923-00, citado en auto de 27 de febrero de 2012, Exp. 2012, 00117.

2.1) Respeto de la falta de enunciación del Domicilio de las partes.

Con respecto a lo enunciado por parte de su despacho, el suscrito profesional del derecho se permite indicar de manera comedida y respetuosa, que si bien se atiende al criterio doctrinal presentado por parte del despacho en la providencia de rechazo respecto a la conceptualización del domicilio en la legislación colombiana, se hace completamente necesario atender al precepto legal contenido en el numeral 2 del artículo 82 del C.G.P. (Requisitos de la Demanda) que en su numeral 2 indica:

“El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce.(...)” (Subrayado y negrilla propias).

En la providencia de rechazo del recurso extraordinario de revisión se aduce que, ni en la demanda inicial consistente del recurso extraordinario de revisión ni tampoco en el escrito de subsanación se indicó la dirección del domicilio de mis poderdantes, pero la verdad de los hechos, es que, contrario sensu, se indicó en todo momento la dirección de las partes en la cual pueden ser notificadas, ya que se ha indicado la dirección del suscrito profesional del derecho, y se indicó que se desconoce la dirección del demandado René Ochoa, pero se indicó la dirección de su apoderado.

Respecto al numeral 10 del artículo 82, hay que aducir de manera puntual, precisa y respetuosa, que sí se encuentra indicada en ambos escritos la dirección electrónica del suscrito profesional del derecho y, como se encuentra acreditada en ambos libelos procesales, no habría motivo o razón aparente para rechazar el recurso por esta causal, por cuanto el domicilio si está acreditado debidamente en cumplimiento del artículo 82 del C.G.P. citado en líneas precedentes.

2.2) De la reformulación de las causales del recurso extraordinario de revisión.

2.2.1) Con respecto a la reformulación de la causal primera del recurso extraordinario de revisión presentado.

Respecto a la reformulación de la causal primera del recurso extraordinario de revisión, el despacho indicó en su proveído que *“el memorial de subsanación ningún esfuerzo se hizo orientado a salvar el entremezclamiento e interdependencia en que en la demanda inadmitida se incurrió, por la forma en que se formularon las acusaciones primera, fincada en la causal séptima, con la segunda (que se soportó en la causal octava), concerniente a la incidencia que, en el criterio de los recurrentes, ofrecía la primera (nulidad por falta de notificación del mandamiento de pago a la señora Culma Timote respecto de la suerte de la segunda (nulidad originada en la sentencia recurrida en revisión).”*

Sin embargo, en criterio del suscrito profesional del derecho, dicha circunstancia NO ES CIERTA, por cuanto en el memorial de subsanación del recurso extraordinario de revisión que milita en el expediente, se indicó de manera estricta y por demás restrictiva a su despacho, que el hecho puntual y generador de la causal séptima es nada más ni nada menos que la falta de notificación del mandamiento ejecutivo de pago a mi poderdante ADRIANA MARÍA CULMA TIMOTE, quien estando en términos de contestación de una demanda, que por demás le fue informada tardíamente por parte del apoderado de la parte demandante por medio electrónico, no tuvo oportunidad de siquiera ser contestada, toda vez que el despacho, antes de que el término de la misma se venciese dictó sentencia anticipada del proceso. En el escrito de subsanación del

recurso extraordinario de revisión se indicó que en relación a los términos de la contestación de la demanda para mi poderdante, ADRIANA MARÍA CULMA TIMOTE se presentó la siguiente situación de tipo fáctico:

ACTUACIÓN JURÍDICA REALIZADA	FECHA DE NOTIFICACIÓN	TÉRMINOS CONFERIDOS	FECHA VENCIMIENTO DE TÉRMINOS
NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA-NOTIFICACIÓN PERSONAL	22/09/2020	10 DÍAS HÁBILES (Art. 391 CGP)	06 DE OCTUBRE DE 2020

La sentencia de carácter ANTICIPADO que dictó el despacho en el marco del proceso ejecutivo, se efectuó en fecha 30 de Septiembre de 2020, hecho por el cual no hubo forma alguna de que hubiese siquiera defensa alguna contra la demanda, por ende lo prescrito en la causal séptima se encuentra perfecta y cabalmente cumplido y no habría motivo de rechazo por este concepto.

2.2.2) Con respecto a la reformulación de la causal segunda del recurso extraordinario de revisión presentado.

Respecto a lo concerniente a la causal segunda del recurso extraordinario de revisión el despacho ha indicado, reiterando el párrafo de la providencia anteriormente precitado en líneas precedentes, que no hubo separación de argumentos respecto de la causal séptima y octava, pero la realidad de lo acaecido en el marco de la subsanación del recurso extraordinario de revisión presentado es que **SÍ SE CLARIFICÓ** lo concerniente a la nulidad de la sentencia proferida en el marco del proceso ejecutivo, puesto que, en dicho momento, se indicó al despacho que, respecto a la causal 8º, durante el trámite del proceso ejecutivo deprecado, el despacho debía realizar una audiencia, la correspondiente AUDIENCIA DE JUICIO, en la cual debían practicarse pruebas, presentarse todos los argumentos y alegatos de las partes en el proceso, pero el despacho, considero de manera unívoca y sin consideración alguna respecto de las partes, omitir la realización de la misma, con lo cual se cometió por parte del despacho una **NULIDAD ABSOLUTA NO SANEABLE** lo cual está directamente enmarcado con lo estipulado en el artículo 133 (causales de nulidad), que establece que en el numeral 6 “Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para subsanar un recurso o descorrer su traslado” .

Dicha nulidad se presenta cuando el juez, pese a haber fijado una audiencia de juicio, la cual se había programado tres veces por parte del juez, opta luego por no realizarle, omitiendo con ello toda posibilidad de permitirle a las partes se efectúen alegatos de conclusión, como es el caso de mi poderdante el señor SERGIO ALEJANDRO AYALA MANGA, generando con ello una nulidad absoluta insaneable, la cual genera por supuesto, una completa nulidad del fallo proferido y recurrido mediante el recurso extraordinario presentado.

Con los anteriores razonamientos se hizo claridad respecto de posibles “oscuridades” o “argumentos confusos” que pudiesen generar carencia de sostén para la causal aducida, por tanto no considero como profesional del derecho que el argumento de entremezclamiento de argumentos se encuentre presente y se genere el rechazo del recurso interpuesto.

2.2.3) Con respecto a la reformulación de la causal tercera del recurso extraordinario de revisión presentado.

Con respecto a la reformulación de la causal tercera, o tercer cargo como lo denomina el despacho, en la providencia de rechazo del recurso se ha indicado lo siguiente: *“Y con relación al tercer cargo, nada concreto en el fallido intento de subsanación se hizo para ilustrar sobre la factibilidad de la adecuación de esa acusación a la norma que contempla el numeral 9o del mismo artículo 355 del C. G. del P., que condiciona la invocación de esa causal, entre otras cosas: a) a que el “recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem” y b) a “haber ignorado la existencia de dicho proceso”.*

En efecto, en rigor, ni en el memorial de subsanación, ni tampoco en la demanda inadmitida se planteó, frente a esta causal, la figuración del curador ad litem que representara a los hoy recurrentes en revisión.”

Respecto del precitado razonamiento, el suscrito profesional del derecho, indica que no se hizo un “fallido intento de subsanación” porque ello implicaría, en franca lid, gramaticalmente hablando, que el memorial presentado no se efectuó en los términos procesales correspondientes; contrario sensu a dicha circunstancia, el suscrito profesional del derecho en su memorial de subsanación indicó con suma claridad que en el marco del proceso ejecutivo adelantado y cuya sentencia se deprecó mediante el recurso extraordinario de revisión, no podía, respecto de mi poderdante la señora ADRIANA MARÍA CULMA TIMOTE, aplicarse la figura del curador ad litem por cuanto la misma, como bien es sabido, se aplica exclusiva y totalmente cuando se han agotado las demás formas de notificación al interior de un proceso judicial, conforme a las reglas que desde antaño contenía el antiguo C.P.C. (hoy C.G.P.) y en el caso sub examine que nos ocupa, no se llegó a tal estadio procesal en ningún momento, por cuanto nunca se nombró por parte del juez de conocimiento del proceso, ni tampoco se llegó a tal etapa procesal por cuanto no se permitió siquiera efectuar una debida contestación de la demanda.

Respecto a la ignorancia del proceso, para mi poderdante ADRIANA MARÍA CULMA TIMOTE, hay que aducir, en aras de hacer una claridad al respecto, que la demanda ejecutiva presentada no le fue informada debidamente a tiempo para poder presentar los descargos debidos en las etapas procesales correspondientes, conforme a lo estipulado en la legislación colombiana, máxime cuando su notificación de la demanda se presentó al final del proceso cuando la sentencia anticipada del mismo acaeció en el interior del mismo, por tanto no es de recibo alguno el motivo indicado por parte del despacho en donde indica que, como ambos poderdantes fueron partes en un proceso de restitución de bien inmueble, por extensión tenían que saber la existencia del proceso ejecutivo, por cuanto bien ha quedado claro, el proceso ejecutivo no fue una fase de continuación del proceso de restitución, sino un nuevo proceso, indebidamente acumulado en donde se solicita cánones de arrendamiento adeudados pero no reconocidos en la sentencia del proceso de restitución, por tanto se presentaría cosa juzgada respecto de los mismos, por tanto no hay “ataque aparente” sino verdaderos argumentos para sostener la causal aducida.

Finalmente hay que aducir que respecto a la figura de la cosa juzgada, hay identidad de partes, identidad de pretensiones (por cuanto se solicitó en la demanda de restitución y ejecutiva cánones de arrendamiento, la cual fue denegada en el proceso de restitución de bien inmueble arrendado presentado) e identidad de juez del proceso, por tanto, hay motivos de sobra para poder aducirse que sí hay lugar a la sustentación de la causal aducida en el recurso extraordinario de revisión presentado.

2.2.4) Del envío de la demanda de revisión al demandado.

Con respecto a este reparo del despacho, el suscrito profesional del derecho nada tiene que argumentar, por cuanto en efecto no se realizó el envío de la demanda de revisión al demandado en los términos de ley indicados, sin embargo, considera que esta situación no altera de fondo el recurso de revisión presentado, es subsanable y por tanto no es causal de rechazo del recurso de revisión presentado y se solicita comedida y respetuosamente, se permita subsanar dicho yerro procesal, en caso de que sea favorablemente aceptado el recurso de súplica presentado, para poder seguir adelante con el trámite del recurso propuesto.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamento de derecho los Artículos 331 y 332 del Código General del Proceso.

4. PRUEBAS

Solicito tener como pruebas la actuación surtida en el recurso extraordinario de revisión.

5. ANEXOS

Me permito anexar copia del presente escrito para archivo del Tribunal.

6. COMPETENCIA

Es de competencia de esta Alta Corporación, Sala Civil, por encontrarse aquí el trámite del recurso de revisión referido y además por la misma naturaleza del recurso de revisión referido y además por la misma naturaleza del recurso de súplica por proceder contra un auto que por su esencia sería apelable, dictado por el Magistrado ponente, tal como lo describe el artículo 331 y 332 del Código General del Proceso

7. NOTIFICACIONES

Las notificaciones serán recibidas en las direcciones anotadas en el escrito de recurso de revisión.

Del Honorable Magistrado.

Cordialmente,



FELIPE HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

C.C 79.959.433 de Bogotá

T.P. 155177 del Consejo Superior de la Judicatura

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. GARCIA SERRANO RV: Rad:
11001319900320200153901**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 25/10/2022 15:23

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. GARCIA SERRANO

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Andrea Ruiz Rodríguez <aruiz@arrlegal.com>

Enviado: martes, 25 de octubre de 2022 3:13 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: des2ctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co <des2ctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Rad: 11001319900320200153901

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
MP. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
E. S. D.

Proceso: VERBAL
Número de Radicación: 11001319900320200153901
Demandantes: GIOVANNA CAROLINA TORO GÓMEZ y otros.
Demandado: ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y otros.
Asunto: **SUSTENTACION RECURSO DE APELACION**

La suscrita, **ANDREA CAROLINA RUIZ RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía N.º 52.396.718 de Bogotá y Tarjeta Profesional N.º 145.668 del C. S. J., actuando en calidad de apoderada judicial de los beneficiarios de área del **FIDECOMISO GIOCO**, dentro del término legal establecido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 del Código de General del Proceso, respetuosamente adjunto archivo de **SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACION** en contra de la Sentencia del 10 de agosto de 2022, notificada por estado fijado el 11 de agosto de 2022.

Atentamente, con el acostumbrado respeto,

ANDREA CAROLINA RUIZ RODRÍGUEZ
C.C. 52.396.718 DE BOGOTÁ
T.P. 145.668 C. S. J.

--

Andrea Ruiz Rodríguez

E aruiz@arrlegal.com

T +57(318)7127776

W arrlegal.com



Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
M. P. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
E. S. D.

Proceso: VERBAL
Número de Radicación: 11001319900320200153901
Demandantes: GIOVANNA CAROLINA TORO GÓMEZ y otros.
Demandado: ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y otros.
Asunto: **SUSTENTACION RECURSO DE APELACION**

La suscrita, **ANDREA CAROLINA RUIZ RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía N.º 52.396.718 de Bogotá y Tarjeta Profesional N.º 145.668 del C. S. J., actuando en calidad de apoderada judicial de los beneficiarios de área del **FIDECOMISO GIOCO**, dentro del término legal establecido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 del Código de General del Proceso, respetuosamente manifiesto que presento **SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACION** en contra de la Sentencia del 10 de agosto de 2022, notificada por estado fijado el 11 de agosto de 2022, en los siguientes términos:

I. SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION CONTRA LA DECISIÓN PROFERIDA EN PRIMERA INSTANCIA

1. Si resulta relevante para el caso, la argumentación relacionada con las unidades canjeables por el lote y su implicación en el conteo de las vinculaciones, así como también resulta de suma importancia analizar el impacto que tuvieron en el proyecto el valor de los pagos realizados a través del Fideicomiso Gioco por concepto del pago del lote, basados en un avalúo del lote que no responde a las dinámicas del mercado para ese entonces.

Dentro de las gestiones que debe ejercer la Fiduciaria como un buen hombre de negocios, que permita que se contabilice el lote por \$13.749 millones de pesos dentro del Fideicomiso, pero a la vez tenga conocimiento que el valor del lote no se ha pagado a los aportantes del mismo y que el pago se hará con la transferencia de futuras unidades del proyecto inmobiliario.

2. Las matrices de riesgo aportadas como prueba por la parte pasiva, no contemplan todos los riesgos asociados a un proyecto inmobiliario, y sobre esto la juez no se pronunció.

Recordemos que de cara al análisis de la responsabilidad del fiduciario, la Circular Básica señala que *“(...) la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, así como el alcance del negocio fiduciario a celebrar, debe aplicar sus procedimientos de control interno para determinar si está en capacidad de evaluar, valorar y verificar aspectos tales como: Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto (...)”* y *“Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores”*.

3. No es verdad que el crédito para el proyecto inmobiliario no se requería para el momento de la certificación de aprobación de las condiciones de giro.

La sentencia de primera instancia señala claramente en la página 29, lo siguiente:

“(...) 11. En aras de acreditar las condiciones de giro, el fideicomitente gerente presentó una carta de aprobación de un crédito propio emitida por un fondo Internacional RIBT por valor de 53 millones

975.955 euros, de los cuales destinaría la suma de cuarenta mil quinientos millones de pesos al fideicomiso GIOCO para desarrollo de la etapa operativa del proyecto.”

En la página 41 de la sentencia del ad-quo se reitera:

“Adicionalmente, se evidencia por la Delegatura que conforme a las pruebas allegadas al plenario, el fideicomitente presentó su proyección con un flujo de caja y prefactibilidad de proyecto, pues de ello da cuenta el documento allegado punto 9-44 prueba documental del derivado 29 “pruebas documentales 2”. “Fuentes y Usos”, en el que visualiza que, para el momento de la acreditación de las condiciones de giro, el proyecto contaba con dos fuentes de financiación: una directa asociada a la carta de aprobación del fondo extranjero y el lote y otra indirecta, proveniente de los aportes de los beneficiarios de área”

Veamos:

- Lo primero que señala la Delegatura es que el objetivo era ACREDITAR LAS CONDICIONES DE GIRO.
- Se habla explícitamente que una parte del crédito sería utilizado PARA DESARROLLO DE LA ETAPA OPERATIVA DEL PROYECTO.
- Señala que la carta de aprobación del fondo extranjero era una FUENTE DE FINANCIACION DEL PROYECTO.

Del mismo modo se rescata el testimonio del señor Urquijo de la sociedad Alianza Fiduciaria, en el cual indicó lo siguiente:

“El modelo financiero con el que se acreditó las condiciones de giro – era razonable, si tenía suficientes beneficiarios de área – tenía recursos de los adquirentes, tenía permiso de enajenación, licencia de construcción, un crédito aprobado

(...)

Es así que se avalúa el flujo que es una de las variables de ingreso mes a mes – durante el proyecto proveniente de los beneficiarios y que cumplan con el plan de pagos y otra es la financiación, la cual en el presente caso se había dado por el crédito de RBIT”

De a conclusion del juez de primera instancia de señalar el crédito del fondo internacional como una fuente de financiación directa y del testimonio del funcionario de Alianza Fiduciaria, se deduce que la Fiduciaria era consciente que el Proyecto requería de un crédito, una fuente de financiación, necesidad que incluso estaba planteada en el modelo financiero presentado a dicha entidad para acreditar el cumplimiento de las condiciones de giro.

En este punto es importante retomar lo que señala el contrato fiduciaria en lo que respecta a las Condiciones de Giro:

“5. La aprobación de un crédito por parte de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, si de acuerdo con la planeación financiera del Proyecto, dicho crédito se requiere.”

Nuevamente veamos:

- La disposición contractual no hace referencia al destinatario del crédito.
- No se refiere a un crédito constructor, sino simplemente a un crédito entendido éste simplemente como una fuente de financiación.
- Se establece que el crédito debe ser aprobado por una entidad supervisada por la SFC.

Entonces me pregunto, ¿Cómo es posible concluir que los recursos provenientes del fondo internacional se pueden asimilar a recursos propios del fideicomitente gerente, siendo que los recursos que supuestamente iba a aportar no se encontraban en cuentas bancarias o productos financieros propios sino que eran una mera expectativa¹? ¿Si el Proyecto requería evidentemente de financiación y que el desinatario del crédito fuera el Fideicomitente Gerente, cambia la exigencia planteada en el contrato fiduciario de exigir que el mismo provenga de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia?

La financiación del Proyecto era tan necesaria para el Proyecto, que 6 meses después de aprobadas las condiciones de giro por parte de la Fiduciaria, se concretó un crédito con Bancolombia.

En este punto retomemos el testimonio del señor Urquijo (derivado 244), al hacer referencia al cambio del crédito del fondo internacional al de Bancolombia, a saber:

“se generó al darse cuenta de los costos indirectos del mismo, como comisiones, conversiones, fluctuación de la moneda prestada (Euros) y otros, pudo verificar que este crédito salía demasiado costoso al proyecto en la forma en que sería castigado”.

Vuelvo y me pregunto, ¿Si el crédito era para el fideicomitente gerente, porque estos costos iban a impactar al Fideicomiso Gioco?

Ahora bien, sobre este mismo hecho del cambio del crédito, la representante legal de Alianza Fiduciaria en su interrogatorio expresó que el crédito del fondo internacional se sustituyó por el crédito otorgado por Bancolombia, lo cual ratifica enfáticamente que el Proyecto nació necesitando financiación y que para dar cumplimiento a esta condición de giro, se requería que el crédito fuera otorgado por una entidad vigilada por la SFC.

Resulta evidente que la Fiduciaria a lo largo de todo el proceso judicial ha buscado acomodar la versión de los hechos a su conveniencia, con el fin de encubrir la realidad que no cumplió de manera diligente con la obligación de verificar que al momento de efectuar los desembolsos a la sociedad fideicomitente, ésta contara con un crédito aprobado por una entidad vigilada por la SFC para la ejecución de la obra, debiendo acotar que la mera existencia de una carta en la que se certificara que se iban a aportar recursos propios, no resulta suficiente para tener por cumplida tal actividad, a sabiendas que existía la posibilidad que el desembolso de los recursos por el fondo internacional nunca se diera, tal y como sucedió.

De acuerdo con todo lo anterior, es menester indicarle al Despacho que se presentó una violación a las disposiciones contractuales relacionadas con la acreditación del punto de equilibrio extendiéndose a las responsabilidades del fiduciario como administrador de recursos en el fideicomiso.

4. Si el riesgo por la devaluación del peso colombiano era un tema de vital importancia para la viabilidad financiera del proyecto, como bien lo establece la juez de primera instancia, no es posible afirmar que para el momento de la certificación de aprobación de las condiciones de giro, la Fiduciaria analizó todos los riesgos.

¹ No es posible afirmar, como lo hace el apoderado de Alianza Fiduciaria en el escrito de contestación de la demanda (página 27) que “el Fideicomitente Gerente tenía recursos propios provenientes de una financiación directa”. Recordemos que el contrato de mutuo solo se perfecciona con el desembolso de los recursos, y al momento de decretarse el cumplimiento de las condiciones de giro por parte de Alianza Fiduciaria para el Proyecto Gioco, el Fideicomitente Constructor no contaba con esos recursos pues el crédito aprobado por la entidad extranjera no había sido desembolsado.

Pongo de presente al Despacho, que de acuerdo con la declaración realizada por la representante legal de la sociedad fiduciaria (derivado 238 del expediente de la SFC) se encuentra probado que la Fiduciaria no realizó un análisis encaminado a establecer los riesgos de tasa de cambio para el Proyecto.

El testimonio señala: “que se le hicieron evaluaciones de riesgo en materia de Sarlaft, tributaria, cuyo resultado fue bajo”

Las matrices de riesgo aportadas (derivado 249 punto 8) tampoco dan cuenta de la elaboración de una matriz de riesgo en el aspecto cambiario.

De acuerdo con el testimonio del señor Urquijo (derivado 244), testimonio que se transcribió en este mismo escrito anteriormente, el análisis de los riesgos cambiarios solo se vino a dar cuando se cambió la fuente de financiación del crédito del fondo internacional por el de Bancolombia.

Resulta determinante poner de presente al Despacho, que dado que tan solo cuando se reúnan los requisitos financieros, técnicos, jurídicos y administrativos del proyecto inmobiliario se podrá cumplir la finalidad de la fiducia mercantil.

Sea esta la oportunidad para advertir al Despacho que la Delegatura no elaboró un estudio integrado de todos los elementos fácticos y probatorios para juzgar las conductas de la demandada, sino que, incluso, entrando en el terreno de la contradicción, juzga de manera distinta las mismas actuaciones de la demandada dependiendo de las consecuencias jurídicas que intenta aplicar.

5. La juez de primera instancia no analizó el impacto del cambio de un crédito otorgado en primera instancia solo al Fideicomitente y posteriormente al Fideicomiso, con lo cual se vio expuesto el proyecto inmobiliario al hipotecar el inmueble sobre el cual se iba a construir el mismo.

Considero respetuosamente que el análisis de la delegatura resulta superfluo, pues no contempló las implicaciones de la hipoteca del lote sobre el cual se iba a desarrollar el Proyecto, frente a un posible incumplimiento.

La realidad a hoy es que los beneficiarios de área, entre los que se encuentran mis representados, se vieron perjudicados por ese cambio de crédito, pues frente al incumplimiento presentado, Bancolombia inició el proceso judicial hipotecario correspondiente y es el titular actual del terreno, dejando sin activos el Fideicomiso Gioco, activo que podría servir para revivir el Proyecto.

Claro que las implicaciones de ese cambio son inmensas, y el juez de primera instancia no se percató de ello.

6. Lo que denota la carta de aprobación del crédito de Bancolombia, no es la viabilidad financiera del proyecto, tal y como lo establece la juez, sino por el contrario, que el proyecto si o si necesitaba financiación.

Dentro del informe presentado por el perito financiero, señor José María del Castillo Hernández, economista de la Universidad del Rosario, se ratificó que el crédito era necesario como esquema de financiación.

7. No se logró demostrar a lo largo de todo el proceso judicial en primera instancia, que los inconvenientes en la excavación hubieran sido verdad.

Las afirmaciones que sobre el tema de las condiciones geológicas del suelo presentadas por el representante legal de Avi Strategic Investments en el testimonio rendido dentro del proceso del asunto, no pudieron ser probadas dentro del mismo.

La conclusión a la cual llegó el Despacho para declarar como probada esta excepción, solo se fundamentó en el testimonio del señor Avilés, y no en un dictamen pericial.

Por lo anterior, es procedente solicitar al Tribunal que se decreten y practiquen las pruebas que se señalan más adelante.

8. No es posible afirmar que los giros del Fideicomiso “contaban con el visto bueno del interventor de la obra previo a sus informes”, pues el Interventor solo presentó unos pocos informes.

En la Rendición de Cuentas del periodo del 1° de noviembre de 2016 al 30 de abril de 2017, se informa que se solicitó el informe de Interventoría el 9 de noviembre de 2016 y la Rendición de Cuentas fue enviada con posterioridad al 30 de abril de 2017, es decir casi 6 meses después de no recibir los informes de la Interventoría.

Ninguno de los hechos mencionados a lo largo de todo el proceso, así como la ausencia de informes de la Interventoría e innumerables comunicaciones de los propios beneficiarios de área del Proyecto Gioco remitidas a la Fiduciaria, llamaron la atención de Alianza Fiduciaria.

De suerte que la suspensión de los giros no se debió en ningún momento a una alerta derivada de los mecanismos de control interno propios de Alianza Fiduciaria, frente a hechos tan evidentes como los señalados en el inciso anterior, sino meramente a la ausencia de recursos dentro del Fideicomiso.

Quedo en evidencia dentro del testimonio rendido por la representante legal de Alianza Fiduciaria, que la Fiduciaria no desplegó dentro de la administración del Fideicomiso Gioco, ninguna actividad de control interno tendiente a proteger los recursos depositados por los beneficiarios de área del Proyecto Gioco Kids Club House.

Por otro lado, tal y como se señala en el escrito de ampliación y complementación del Dictamen Pericial Financiero en la página 18, se encuentra una diferencia no explicada por \$9.956 millones de pesos.

En comunicación remitida por Jorge Solano Londoño, asistente senior de negocios fiduciarios de Alianza Fiduciaria, de fecha 31 de agosto de 2017 con destino al representante legal de AVI Strategic Investments, comunicación reposa en el expediente, se le solicita al Fideicomitente Gerente legalizar \$1.744 millones de anticipos efectuados, así como la certificación semestral a la que se refiere la CBJ. La parte demandada a lo largo del proceso, nunca demostró que tal certificación hubiera llegado a sus oficinas.

Resulta necesario por lo tanto, solicitar al Tribunal que se decreten y practiquen las pruebas que se señalan mas adelante.

9. No es verdad que el cumplimiento del deber de información se materializa en únicamente en las rendiciones de cuentas, pues hay hechos de tan alto impacto para los involucrados que deben informarse de forma inmediata.

Reiterada jurisprudencia ha señalado que el Fiduciario debe honrar rigurosamente un deber –calificado- de información:

“Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte

del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato”².

10. No es posible afirmar que la sociedad fiduciaria actuó de forma diligente.

Desde la demanda misma se limitó el objeto de la litis al incumplimiento de las obligaciones de administración que eran del resorte exclusivo de la Fiduciaria.

Del Fiduciario, como profesional en la materia, se espera el estricto cumplimiento de los deberes generales y particulares propios de su ramo de negocios y, por ello, su comportamiento durante todo el iter contractual se mide por un especial rasero que se superpone al tradicional buen padre de familia (artículo 63 del Código de Comercio). En virtud de su profesionalismo, se le exige una especial diligencia, que estricto sensu, debe ser la de un buen hombre de negocios (SC 5430-2021, 7 oct.), bajo el entendido de que su actividad supone obligaciones de administración y prestación de servicios financieros, en los que, por lo demás, va inmerso un profundo interés público (artículo 335 de la Constitución) y la confianza del ciudadano que entrega sus recursos gracias al respaldo con que cuenta la entidad fiduciaria, dada su idoneidad y su profesionalismo, entre otros.

De las pruebas obrantes al expediente, de la demanda y de la contestación, es claro que la discusión materia del presente litigio se encuentra situada en el espacio de tiempo en el cual la demandante entregó unos recursos a Alianza Fiduciaria sin el cumplimiento de las condiciones de giro y adicional a lo anterior, estos recursos no se encausaron al desarrollo del Proyecto, porque de haberse destinado para el Proyecto, existiría en el lote algo mas que un simple hueco.

Con base en lo anteriormente expuesto, se debe resaltar que se encuentra acreditada la responsabilidad contractual de la fiduciaria demandada, tanto por la administración de los recursos transferidos por los beneficiarios de área, como por ausencia de controles internos, y por incumplimiento de los deberes fiduciarios establecidos en el ordenamiento legal colombiano.

II. DECRETO DE PRUEBAS

De manera respetuosa, solicito al Despacho decretar y practicar las siguientes pruebas en el presente proceso, de conformidad con el artículo 327 del Código de General del Proceso numerales 2 y 3:

1. Auditoria Contable al Fideicomiso Gioco
2. Auditoria Contable a AVI Strategic Investment S.A.S.
3. Auditoria Contable a la Interventoría del Proyecto Gioco Kids Club House.

La anterior solicitud encuentra sustento, por cuanto en la ampliación y complementación del Dictamen Pericial Financiero rendido por el señor Jose Maria del Castillo Hernández el día 8 de marzo de 2021, se hace mención a la necesidad de practicarse tales pruebas, y en atención a que la suscrita apoderada hizo la solicitud para que se decretara de oficio por parte de la Delegatura para Funciones

² CE.029/14: Parte II, Título II, Capítulo I, art. 2.2.1.2.1. En el mismo sentido, la Ley 1328 de 2009 establece que las entidades financieras están en la obligación de procurar «una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen las entidades vigiladas, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos» (lit. f, art. 3o, y con similar orientación, lit. c *ib.*, y art. 9).

Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia y la misma fue negada, se le manifiesta al Tribunal la necesidad de estas pruebas.

Con lo anterior, se tendrá claridad y se logrará probar la dinámica contable del Fideicomiso Gioco, se identificará la relación o justificación de los pagos efectuados en virtud del Proyecto Gioco y adicionalmente, se probará la relación de causalidad de los soportes documentales de cada uno de los pagos.

Con las pruebas mencionadas se busca justamente probar el daño causado a mi apoderada, por cuanto no hay certeza absoluta que los recursos administrados en el Fideicomiso Gioco hayan tenido como destino final el proyecto inmobiliario respectivo, y se podrá establecer el verdadero efecto financiero.

En consecuencia, le solicito al Despacho que para poder tomar una decisión en derecho y ajustada a la normatividad, se decreten y practiquen las pruebas antes señaladas.

III. SOLICITUD

Por todo lo anteriormente expuesto, de manera respetuosa solicito al honorable Magistrado se sirva REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se sirva declarar no probadas todas las excepciones presentadas por la demandada y en consecuencia revocar el fallo de primera instancia, en lo pertinente, accediendo en íntegro a las pretensiones de la demanda.

IV. NOTIFICACIÓN

La suscrita apoderada recibirá notificaciones en el correo electrónico: aruiz@arrlegal.com

Atentamente, con el acostumbrado respeto,



ANDREA CAROLINA RUIZ RODRÍGUEZ
C.C. 52.396.718 DE BOGOTÁ
T.P. 145.668 C. S. J.

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LOZANO RICO RV: Rad.
11001310300420190075901**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 25/10/2022 15:37

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LOZANO RICO

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: Abogado Oscar Pinzon Ramirez <oscarprcienciasjuridicas@hotmail.com>

Enviado: martes, 25 de octubre de 2022 3:34 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Rad. 11001310300420190075901

Buenas Tardes.

Con mi acostumbrado respeto, remito SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION, dentro del proceso:

Rad. 11001310300420190075901.

Dte. Nathaly Sánchez Sánchez.

Ddo. Jeffer Oswaldo Cruz Medina.

Ref. Sustentación Recurso de Apelación

Contra Sentencia de Primera Instancia

Parte Demandante.

*Dando cumplimiento a la **Ley 2213 de 2022**, remito copia a la parte demandada por medio de su apoderada, al correo electrónico franciaguerrero@yahoo.com.*

Favor confirmar el Recibido en 32 Folios.

Abogado Especializado

OSCAR PINZÓN RAMIREZ

Oficina: Carrera 11 No. 14-14 Oficina 305

Edificio Meditropoli 1 Sogamoso Boyaca.

Celular: 314 400 29 72

Correo Electrónico: asistencialegalopr@gmail.com

oscarprcienciasjuridicas@hotmail.com

DOCTORA.
AIDA VICTORIA LOZANO RICO
Honorable Magistrada
Sala Civil Tribunal Superior
Bogotá D.C.
E. S. D.

Rad. 11001310300420190075901.
Dte. Nathaly Sánchez Sánchez.
Ddo. Jeffer Oswaldo Cruz Medina.
Ref. Sustentación Recurso de Apelación
Contra Sentencia de Primera Instancia
Parte Demandante.

Oscar Pinzón Ramírez, abogado en ejercicio con T.P. No.39.855 del C. S. de la J, identificado con C.C.No.19.316.013 de Bogotá D.C, con oficina 305 de la Carrera 11 No.14-14 del municipio de Sogamoso Boyacá, celular 3144002972, correo electrónico oscarprecienciasjuridicas@hotmail.com, obrando como apoderado de la señora **Nathaly Sánchez Sánchez**, identificada con cedula de ciudadanía No.53.119.200 de Bogotá D.C, en calidad de demandante en el proceso de referencia y demás condiciones civiles conocidas en el proceso, por medio del presente, estando dentro del término establecido en el Art.12 de la Ley 2213 de Junio del año 2022, y una vez proferido el auto que niega la solicitud de pruebas de fecha 14 de octubre del año 2022, publicado mediante estado de fecha 18 de octubre del año 2022, por medio del presente y con mi acostumbrado respeto procedo a **Sustentar el Recurso de Apelación**, admitido.

SUSTENTACION Y ARGUMENTACIÓN DE LOS REPAROS.

EN CUANTO AL PRIMER REPARO, en razón al **falso juicio de identidad, en la valoración de las pruebas en sentencia**, se expuso la existencia de pruebas documentales plenas y fehacientes, que prueban que el demandado Jeffer Oswaldo Cruz Medina, **si tenía una relación sentimental**, convivencia en unión marital de hecho, y en sociedad patrimonial, al momento de la compra de los bienes motivo de donación, conforme **lo declaro a)** En documento escritura pública de compra No.7.316 de fecha 21 de diciembre del año 2011, de adquisición de los bienes inmuebles. **b)** En la contestación de la demanda y de su reforma en los hechos 1,2,3,4,5 y 6. **c)** Los registros civiles de nacimiento de los menores N.C.S quien nació el 03 de septiembre del año 2010, y V.C.S que nació el 10 de octubre del año 2012, lo que prueba la relación sentimental, unión marital de hecho antes, y sociedad patrimonial, durante la compra del apartamento, depósito y garaje. **d)** de la contestación al Hecho 19 de la demanda

y de su reforma donde en la contestación confiesa el demandado “*se inventariaron todos los bienes que para el momento formaban el haber de la sociedad conyugala) el apartamento 604,deposito 244 y garaje 462,no se incluyeron como partida en la escritura que liquidación la sociedad conyugal porque previamente a celebrarse este acto fue objeto de donación por parte del señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina*” es una manifestación en la que admite que el apartamento, depósito y garaje pertenecían a la sociedad conyugal *antes a la donación*, y que el único que dono fue Jeffer Oswaldo Cruz Medina. e) Lo que se confirma y se acepta en la contestación del hecho 23 “*los inmuebles objeto de la donación no tenían por qué incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal por cuanto para el momento en que esta se llevó a cabo, los bienes ya no formaban parte del haber e insistimos...*” d) De la contestación del hecho 20, dice textualmente “*... la demandante... al aceptar y en consecuencia suscribir la escritura Está renunciando al derecho a lo que podría haberle correspondido dentro de la sociedad conyugal*” se acepta y se reconoce que la señora Nathaly Sanchez Sánchez, tenía derecho legítimo sobre los bienes donados, por haber comprado junto con su esposo como aparece en la escritura de compra, con la claridad, que los bienes hacían parte de la sociedad conyugal, donde a Nathaly le correspondía 50% y que no dono.

FUNDAMENTO JURÍDICO Y SUSTENTO DEL PRIMER REPARO:

El yerro recae por error sustantivo, sobre las pruebas documentales.

a) Escritura pública N° 7.316 de compra de fecha 21 de diciembre 2011, donde el mismo Jeffer Oswaldo Cruz Mena, quien *reconoce y declara “de estado civil soltero con unión marital de hecho por más de 2 años” Folio 22...* de la escritura de compra, cuando el notario indaga en cumplimiento de la Ley 258 de 1996 la parte *COMPRADORA HIPOTECANTE* manifiesta al notario “que es de estado civil soltero con Unión marital de hecho por más de 2 años que no posee ningún otro inmueble afectado a vivienda familiar y presente *Nathaly Sánchez Sánchez* mayor de edad identificada con cédula de ciudadanía número 53 119 200 de Bogotá *cónyuge del comprador* y que de común acuerdo no afectan a vivienda familiar.

Folio 24...”Firmo NATHALY SANCHEZ SANCHEZ C.C. 53.119.200.

b) En la *contestación de la reforma de la demanda*, el demandado acepto los hechos 1,2,3,4,5 y 6, como aparece, a *Folio 329 -342 del cuaderno digital (01 expediente digitalizado)*, **fueron** contestados Contestaron Así:

I. A LOS HECHOS:

Respecto a los hechos enunciados como fundamento factico de la demanda en el proceso de la referencia, me permitiré hacer los siguientes pronunciamientos:

Los hechos **1, 2, 3, 4, 5 y 6** son ciertos.

Acceptaron.

“convivencia en unión marital de hecho en la ciudad de Bogotá D.C, desde el 01 de abril de 2010, de forma permanente bajo el mismo techo, compartiendo como esposos. convivencia en unión marital de hecho en la ciudad de Bogotá D.C, desde el 01 de abril de 2010, de forma permanente bajo el mismo techo, compartiendo como esposos.”

*“Junto a la unión marital de hecho, mantuvieron **una sociedad patrimonial** y dentro de esta, la demandante Nathaly Sánchez Sánchez, y el demandado Jeffer Oswaldo Cruz Medina, **adquirieron** mediante escritura pública No.7316 de fecha 21 de diciembre del año 2011 de la Notaria 32 de la ciudad de Bogotá D.C, un apartamento seiscientos cuatro (604). Y un GARAJE cuatrocientos sesenta y dos 462,*

con matrículas inmobiliarias Números. 50C-1829990 y 50C-1829913, ubicado en el piso seis del interior siete de la pradera club residencial etapa dos en la carrera 77 número 19-35 de la ciudad de Bogotá.”

*“Dentro de la escritura pública No.7316 de fecha 21 de diciembre del año 2011, de compra de los inmuebles apartamento seiscientos cuatro (604), y el GARAJE cuatrocientos sesenta y dos (462), se dice el estado civil que ostenta el comprador hoy demandado, donde se dice, “soltero **con unión marital de hecho.....**” (Lo resaltado fuera del texto).”*

*En otro de sus apartes de la escritura No.7316 de fecha 21 de diciembre del año 2011, de compra de los inmuebles, se dice. “...que no posee ningún otro bien afectado a vivienda familiar y presente **NATHALY SANCHEZ SANCHEZ**, mayor de edad, identificada con la C.C.No.53.119.200 de Bogotá D.C, **conyugue del comprador** y que de común acuerdo no afectan a vivienda familiar, el inmueble objeto de este contrato.” (Lo resaltado fuera del texto).”*

*“Estando en unión marital de hecho, continuaron seguidamente en sociedad conyugal de derecho, **a partir del día primero (01) de Junio del año 2013**, fecha en que contrajeron Matrimonio Católico, **hasta 15 de febrero de 2016** fecha de la cesación de los efectos civiles del matrimonio, ante la notaria tercera del circuito de Sogamoso Boyacá.”*

*“Dentro de la convivencia y sociedad que establecieron, los aquí demandante y demandado en su condición de esposos, procrearon a los menores **Nicolás y Victoria Cruz Sánchez** de 9 y 7 años en la actualidad.”*

c) De La declaración extra proceso a Folio 78 del cuaderno digital (01 expediente digitalizado) de fecha 13 de octubre del año 2015, compareció la señora LILIA ALCIRA MEDINA VARGAS, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No. 33.448.836, manifiesta.

*“...SEGUNDO: Que conozco de vista, trato y comunicación a los señores NATHALY SANCHEZ SANCHEZ y JEFFER OSWALDO CRUZ MEDINA, desde hace aproximadamente 7 años a NATHALY.....” a la fecha de la declaración lo que **prueba** que los conoció desde el año 2009.*

d) Del reporte del ICBF, de fecha 20/09/2017, a Folio 260 del cuaderno digital (01 expediente digitalizado), Informe de Visita Social, se realiza visita atendida por la Señora Lilia Alcira Medina Vargas, en el acápite **ANTECEDENTES FAMILIARES; Manifiesta la señora Lilia Alcira Medina Vargas progenitora del hoy demandado Jeffer Oswaldo Cruz Medina, “..La señora Lilia quien es entrevistada informa que el señor Jeffer, su hijo, se**

*conoce con la señora Nathaly..... **al mes de iniciar dicha relación la señora Nathaly quedo en estado de embarazo, tras ese hecho, el señor Jeffer decide asumir la responsabilidad de sus hijos y conformar un hogar, conviven año y medio, deciden casarse bajo la unión católica...*** (lo resaltado fuera del texto), *lo que **prueba** que tenían una relación sentimental, un **hogar, en convivencia año y medio, y que después deciden casarse bajo la unión católica.***

e) Registro civil de nacimiento de los menores, donde consta las fechas de nacimiento del hijo mayor N.C.S fecha de nacimiento de fecha 03 de septiembre del año 2010, y la hija menor V.C.S. fecha de nacimiento 10 de octubre del año 2012.

El *mérito* que se le otorgó en la sentencia con las pruebas documentales, es totalmente equivocado a una interpretación contraria, **vulnerando** los postulados de las reglas de la **sana crítica** ART.176 del C.G del P “*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*”

El desvío radica, en no haberse hecho una adecuada interpretación y valoración de las pruebas documentales, **error sustancial**, que probaban el derecho legítimo que le asiste a la demandante, para instaurar la acción, ya que los inmuebles **apartamento, depósito y garaje**, objeto de la donación fueron adquiridos **a)** durante la relación sentimental afectiva, **b)** en **convivencia** entre Nathaly Sanchez Sánchez y Jeffer Oswaldo Cruz Medina, **c)** con sociedad patrimonial, Nathaly haciendo aportes significativos en la compra de los bienes, previamente apartándolos, aportes en las cuotas, y aportes en el pago del crédito hipotecario, después del matrimonio.

La trascendencia del error, frente a la ley sustancial, es la negación del derecho legítimo que le asiste a la demandante en los bienes donados, en su condición de esposa en una relación sentimental afectiva que continua en sociedad de conyugal en un patrimonio universal.

Por el cual implica exponer los argumentos por los que el fallo de fecha 23 de febrero del 2022, debe modificarse, la censura es determinante el *falso juicio de identidad*, en la valoración de las pruebas en sentencia, el reproche es en cuanto a la decisión y del mérito probatorio asignado en el fallo que se le otorgó en la sentencia, no construye verdaderas reglas de la experiencia, al contrario ha probado que se han infringido en el proceso de valoración probatoria efectuado por el Juzgado Cuarto Civil Del Circuito, las inconsistencias son trascendentales en cuanto no se le dio la credibilidad del

documento escritura donde se adquirieron los bienes apartamento, depósito y garaje, por los esposos Jeffer Oswaldo Cruz Medina y Nathaly Sánchez Sánchez en unión marital de hecho, en una relación sentimental real y patrimonial declarada en la escritura pública de compra de fecha 21 de diciembre del año 2011 de la notaría 32 de Bogotá.

De manera concreta y siendo tanto demandante, como demandado quienes han manifestado en la reforma de la demanda, como en la contestación de la demanda, que de la unión marital de hecho llevaba dos años y el nacimiento de su hijo mayor N.C.S para cuando **compraron el apartamento, depósito y garaje** mediante escritura pública N°7.316 de fecha 21 de diciembre del año 2011 de la Notaria 32 de la ciudad de Bogotá, para el año 2012 nació su otra hija V.C.S, y que posteriormente el 01 de junio del año 2013 contrajeron matrimonio por rito católico, **reforzando la unidad familiar, con un patrimonio Universal.**

Se echa de menos por el Juzgado en la sentencia, la declaración de la unión marital de hecho, declaración esta de la unión marital de hecho, que aparece por el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, quien mediante escritura pública N°7.316 de fecha 21 de diciembre del año 2011 de la Notaria 32 de la ciudad de Bogotá, manifestó:

Folio 2,13. “estado civil *soltero con unión marital de hecho por más de 2 años*”

Folio 22. Ley 258 de 1996 indagada la parte COMPRADORA HIPOTECANTE por el Notario manifiesta que es de estado civil soltero con Unión marital de hecho por más de 2 años que no posee ningún otro inmueble afectado a vivienda familiar y presente **Nathaly Sánchez Sánchez** mayor de edad identificada con cédula de ciudadanía número 53 119 200 de Bogotá **cónyuge del comprador** y que de común acuerdo no afectan a vivienda familiar.

Folio 24...” Firmo NATHALY SANCHEZ SANCHEZ C.C. 53.119.200.

Si quienes conforman una unión marital de hecho, **sin existir solución de continuidad**, contraen matrimonio **esto no es causal** de disolución y liquidación de la respectiva sociedad patrimonial, precisó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en **Sentencia STC-7194/2018.**

Lo anterior en virtud del artículo 5° de la Ley 54 de 1990, con la modificación que le introdujo el artículo 3° de la Ley 979 del 2005, pues ello tiene lugar únicamente por el consentimiento o el mutuo acuerdo de los convivientes, por la muerte de uno o de ambos compañeros permanentes o por sentencia judicial.

Al no existir solución de continuidad tanto en el campo personal como en materia de sociedad patrimonial y de sociedad conyugal, disuelta esta última se trata de **un mismo patrimonio universal** separado en dos niveles temporalmente, **gobernado bajo unas mismas reglas**, aunque con los matices que les son propios a cada una, sin interrupciones de tiempo.

De otra parte, dada la similitud entre el matrimonio y la unión marital, entre sociedad de gananciales y sociedad patrimonial, desde la perspectiva de principios y valores por la que aboga la Constitución de 1991, **no pueden**

prohijarse interpretaciones restrictivas, discriminatorias y extintivas entre quienes como pareja han convivido como casados, faltándoles únicamente el rito solemne.

Por tal razón, en la respectiva liquidación se debe incluir todo lo adquirido por la pareja tanto en la unión marital como en el vínculo matrimonial, pues no existe razón jurídica válida para proceder de forma diferente (M.P. Luis Armando Tolosa). C.S.J Sala Civil, Sentencia STC-71942018 (11001020300020180103000), jun. 05/18. *(lo resaltado fuera del texto)*.

EN CUANTO AL SEGUNDO DE LOS REPAROS, en el falso juicio en la omisión en las pruebas en sentencia, que el juzgado *no valoro a) la violencia económica, patrimonial, física, psicológica del demandado contra la demandante, previo a la donación, durante y después con pruebas documentales referidas- Capítulo V Pruebas documentales No 2. nuevas a la reforma, que prueban*” el miedo que la demandante le tenía al demandado, quien después de la donación continua agrediéndola físicamente ***con incapacidades de 15 días de médico legal***, a lo cual el juzgador no asigno valor probatorio, pese a existir en pruebas documentales, violencia ratificada en el interrogatorio que absolvió la demandante, quien señaló y dijo en sus distintas respuestas a las preguntas, de manera inequívoca la forma como el demandado la empezó agredir, inicialmente ***1) con el traslado de la familia de la ciudad de Bogotá, al municipio de Sogamoso Boyacá, 2) con la donación del patrimonio conseguido en pareja, quien con su violencia le exigió, le impuso, que debía firmarle la donación en representación de sus hijos, y la posterior cesación de los efectos civiles del mismo, como esta en pruebas concretas que debieron ser consideradas por el fallador, sin que el sentenciador diera “valor probatorio” a los documentos.***

FUNDAMENTO JURÍDICO Y SUSTENTO DEL SEGUNDO REPARO:

La administración de justicia esta llamada, no solo resolver un conflicto interpartes, sino a poner solución efectiva y que sus pronunciamientos contengan unas razones fácticas, en principio de proteger los derechos de los ciudadanos.

Es importante y así lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia STC15780-2021, M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, a las mismas partes e intervinientes de este proceso, Nathaly Sánchez Sánchez, y Jeffer Oswaldo Cruz Medina.

La Corte Suprema de Justicia, exhorta a los Jueces a:

PAG. 14 (4.2) Tratándose de la administración de justicia, es pacífico que se configura un escenario de discriminación, entre otros eventos, cuando: [L]os estereotipos se reflejan o se encuentran inmersos en el derecho, como en las premisas implícitas de la legislación y las implicaciones del razonamiento y lenguaje usados por jueces y juezas.

Cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole la fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad. (...). Cuando un Estado legitima así un estereotipo de género, provee un marco legal para facilitar la perpetuación de la discriminación en el tiempo y a través de diferentes sectores de la vida y la experiencia sociales.

Así, la labor judicial no puede estar aislada del reconocimiento de tal circunstancia, pues desde luego, poner frente a todo mecanismo de discriminación, en procura del cumplimiento del principio de igualdad, **es responsabilidad de los jueces**, de ahí la necesidad de **aplicar la perspectiva de género** en sus decisiones, y en general, en todas las etapas del proceso que se encuentra bajo su dirección; pues esta tiene como función optimizar el sistema jurídico para permitir evidenciar y abordar dimensiones de protección de derechos y libertades de los seres humanos.

La **perspectiva de género** no es una “teoría”, mucho menos una “ideología”, sino (...) nada más (...) **“una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres** y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural”

Por tal Razón. (...) ***juzgar con perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que, ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad- deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa.***

(...) “Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el **«enfoque diferencial»** es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar.

“Discriminación de género, entonces, es acceso desigual a la administración de justicia originada por factores económicos, sociales, culturales, geográficos, psicológicos y religiosos, y la Carta Política exige el acceso eficiente e igualitario a la administración de justicia; por tanto, si hay discriminación se crea una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el conocimiento, ejercicio y goce de los derechos del sujeto vulnerado y afectado, lo que origina en muchas ocasiones revictimización por parte del propio funcionario jurisdiccional.

“Es muy común encontrar problemas de asimetría y de desigualdad de género en las sentencias judiciales; empero, no se puede olvidar que una sociedad democrática exige impartidores de justicia comprometidos con el derecho a la igualdad y, por tanto, demanda investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas no solo a la Constitución sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales aceptados por Colombia.

Honorable Magistrada, no podemos negar que el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, ejerció contra la demandante Nathaly Sánchez Sánchez, violencia económica, patrimonial, moral, violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, Violencia Verbal, basada en Género, y fue declarado culpable de la Ruptura De La Unidad Familiar por las **causales 2º,3º del Art 154. C.C.**

En Sentencia STC15780-2021, M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, de fecha veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) “, (...) Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos”

➤ **Por cuanto es cierto que el Bien inmueble Apartamento y garaje lo compraron los esposos, en unión marital de hecho, y que posteriormente siguió como bien**

común de los esposos a causa del matrimonio católico entrando a pertenecer a la sociedad conyugal y al patrimonio Universal, y que lo adquirieron a crédito con préstamo hipotecario, el cual fue cancelado y pagado hasta junio del año 2015, por los conyugues.

- *Es cierto que es el mismo demandado, quien, de manera voluntaria, declara en documento público escritura pública N°7.316 de fecha 21 de diciembre del año 2011 de la Notaria 32 de la ciudad de Bogotá, manifestó, y hace la declaración de la unión marital de hecho con su esposa, desde hace más de 02 años al momento de la compra al apartamento.*
- *Es cierto que el hoy demandado ni demandante hicieron capitulaciones al contraer matrimonio católico.*
- *Que el crédito hipotecario se tomó en diciembre del año 2011 y solo se pagó hasta el mes de junio del año 2015, como aparece en los certificados de libertad y tradición documento esta aportado con la demanda y su reforma.*
- *Que la titularidad de los bienes inmuebles reposaba en cabeza únicamente del señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, por ser un hombre Machista y violento, quien a pesar de que la señora Nathaly hizo aportes económicos para la compra del apartamento y garaje, con dineros propios de ahorros, cesantías, y la liquidación cuando su esposo le prohibió seguir trabajando para que se dedicara al Hogar, concedores los declarantes o testimonios que fueron negados, en primera instancia y segunda instancia.*
- *Ahora estando dedicada la señora Nathaly Sánchez Sánchez, a las labores del hogar téngase en cuenta lo establecido mediante fallos de la Honorable Corte Suprema de Justicia en **SC963-2022**. “Que señala que las labores del hogar sí contribuyen a la construcción del patrimonio y deben tenerse en cuenta en la repartición de bienes”*

“El trabajo doméstico es para la Corte Suprema de Justicia una labor productiva que, en caso de separación, debe incluirse dentro del proceso de divorcio. El pronunciamiento de la sala civil se realizó tras analizar el caso de un hombre que dijo que a quien fuera su esposa no le correspondía nada porque nunca trabajó”

“El trabajo doméstico vale y el trabajo doméstico también es productivo, y el trabajo doméstico también sirve. Lo que pasa es que como el trabajo doméstico se hace de puertas para dentro”, señaló la Magistrada Hilda González, presidenta de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, al explicar la decisión”

*“Según la magistrada, en este caso hubo **“violencia económica:** como yo soy*

el proveedor, yo soy el que manejo la plata, yo soy el que mando”.

*“También se evidenció algo más, que el esposo realizó una **venta simulada** a su hermano para aparentar que no tenía bienes”*

*En esta sentencia sin duda, se pone de presente, con un **enfoque de género**, el importantísimo papel que desempeñan las amas de casa que suelen ser discriminadas”, resaltó el experto en derecho civil Doctor Hárold Eduardo Hernández Albarracín. “Con este tipo de decisiones, la corte protege a las mujeres, protege sus derechos económicos, reconoce el trabajo del cuidado **como aporte significativo** y con eso contribuye a la superación de estereotipos de discriminación en nuestra contra”, agregó Lida Cabrera, presidenta de Sisma Mujer.*

Es cierto que el apartamento, garaje y deposito, se pagó con un crédito hipotecario, durante 04 años, de forma mensual en el banco con aportes de ambos esposos, la señora Nathaly Sanchez Sánchez, pagaba la cuota mensual con parte del arriendo del mismo apartamento que ella tenía para sus gastos, y con el aporte que hacía como ama de casa y los aportes del señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina.

Es cierto que la señora **Nathaly Sánchez Sánchez**, fue víctima de una golpiza física además del abuso sexual y verbal, intensificado en el año 2015, para el mes de septiembre del mismo año, tuvo una **valoración médica de E.P.S, debido a los golpes que lesiono su oído izquierdo, que fueron causadas por Jeffer Oswaldo Cruz Medina**, o sea menos de dos meses antes a la firma de la escritura de Donación de los bienes a favor de sus menores hijos, lo que prueba que la señora Nathaly Firmo cohesionada, hostigada y maltratada como lo relata en su interrogatorio, es que su vida estaba en riesgo, y la de sus hijos que para la época tenían 5 y 3 años.

Es cierto que el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, llevo ante la Notaria Tercera de Sogamoso Boyacá, a su tía Marleny de Jesús Medina Vargas Y a su Progenitora Lilia Alcira Medina Vargas, a mentir en cuanto a que la pareja tenía más bienes para su propia subsistencia, cuando no tenían más bienes, así como lo confiesa el mismo demandado en interrogatorio de parte llevado a cabo ante el Aquo, con fecha 23 de febrero del año 2022. Manifiesta Asi....

*21:28 Gracias Señor Juez **Preguntado Señor Jeffer***

21:28 manífestele a este despacho si para el día 14 de noviembre del año 2015 usted poseía algunos otros bienes inmuebles diferentes a los de La Donación.

Contesta Jeffer Oswaldo Cruz Medina

21: 50 NO

21:52 Igualmente preguntado señor Jeffer la señora Nathaly Sánchez Sánchez poseía algún bien inmueble diferentes a los donados para el día 14 de noviembre del 2015.

22:03 hasta mi entender NO señor.

- *Es cierto que el valor establecido en avalúo comercial para el año 2015, del apartamento y garaje, que presento Jeffer Oswaldo Cruz Medina, ante la notaria no era el real, incluso es menor el avalúo, ante el valor en que se compró los bienes en el año 2011, lo cual es imposible.*
- *Es cierto que el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, **instrumentalizó** a sus hijos menores para defraudar los bienes y patrimonio de la señora Nathaly Sánchez Sánchez.*
- *Es cierto que la violencia de género y la violencia económica padecida por la señora Nathaly Sánchez Sánchez, a manos del señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, tenía como una de las causales la infidelidad por la relación paralela extramatrimonial que sostenía con la compañera de trabajo Viviana Paola Bastidas Gualteros.*
- *Es cierto que a solo dos meses de transcurrido el acto notarial de la Donación, el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, llevo a cabo el divorcio con su esposa la señora Nathaly Sánchez Sánchez, quien fue obligada a firmar con múltiples golpizas, y actos de violencia.*
- *Es cierto que posterior a este acto la siguió revictimizando, sustrayéndose la cuota alimentaria de sus menores hijos hasta que consiguió obtener la custodia de los menores, como lo estableció el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Sentencia de fecha 05 de febrero del año 2019*

Esta sentencia apelada, de primera instancia, se desbordan los defectos, no se tiene en cuenta una verdad y no se analiza desde la **perspectiva de género**, cuando el señor demandado en múltiples oportunidades ha ejercido una violencia atroz y cruel, en contra de la madre de sus hijos, «*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*» y uno de los tantos actos de violencia esgrimidos por las sentencias ya referidas, es la afectación a su patrimonio la **violencia económica**.

*“En casos de violencia contra la mujer las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. **De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.**”*

Cuando la Honorable Corte Suprema de Justicia, Insta al Honorable Tribunal Superior de Familia, a:

- 6.1. Evaluar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo

criterios de interseccionalidad.

6.1.1. El concepto de género alude a los «roles, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad, en una época determinada, considera apropiados para hombres y mujeres.

Y el Honorable Tribunal estableció en Sentencia de fecha 04 de febrero del año 2022.

*“Pues bien, en el caso en comento, considera la Sala que se cumple con el primer criterio del test referido, ya que de las pruebas recaudadas puede verse que **el rol que desempeñaba doña NATHALY en el hogar conformado con el demandado, se limitaba al cuidado de los hijos y de las cosas del hogar, mientras que don JÉFFER, por ser la persona que devengaba un salario mensual, tenía el poder económico y, en esa medida, tomaba las decisiones que afectaban al núcleo familiar.**(lo resaltado fuera del texto)*

*De lo anterior, resulta claro que **la capacidad de la actora para decidir aspectos relevantes que involucraban a su núcleo familiar estaba limitada, prueba de esto es que en el año 2015, el demandado trasladó el domicilio de la pareja y sus hijos a Sogamoso (Boyacá), comportamiento que aceptó en el interrogatorio, aunque lo justificó aduciendo que los recursos económicos habían disminuido, porque se había quedado sin trabajo, razón por la cual buscó reducir los gastos familiares con un costo de vida más bajo que encontraba en la citada ciudad, explicación que resultó desvirtuada con la certificación que expidió BAKER HUGHES DE COLOMBIA, el 8 de abril de 2016, en la que indica que don JÉFFER estuvo vinculado mediante contrato de trabajo, a término indefinido, en el cargo Tech Supp Eng Gen desde el 12 de julio de 2006 hasta el 8 de abril de 2016 (fol. 186 cuad. 1), lo que significa que para el año 2015, época en la que se presentó el cambio de domicilio marital, no estaba desempleado, de modo que dicho actuar no encuentra otra explicación diferente a **la decisión unilateral de separar a doña NATHALY de su lado y del apoyo moral que le brindaban sus familiares en la ciudad de Bogotá.** (lo resaltado fuera del texto)***

*Igualmente, está acreditado otro de los elementos identificadores de las **relaciones asimétricas**, esto es, el que **tiene que ver con el nivel educativo**, pues quedó claro que **el demandado es profesional universitario y se desempeña como ingeniero de petróleos, mientras que la demandada no cuenta con educación superior**, pues cuando inició su relación con don JÉFFER cursaba estudios de contaduría en la Universidad de la Salle, posteriormente, ingresó a la Facultad de Psicología y luego a la de Derecho, aunque, hasta el momento, según lo manifestaron los testigos oídos en esta instancia, no ha culminado alguna de dichas carreras. (lo resaltado fuera del texto)*

*Lo anterior permite concluir que **la relación de los contendientes era asimétrica, no solo porque estaba marcada por el rol de género, sino porque había dependencia económica con el demandado, superioridad en el nivel educativo y ausencia de participación en las decisiones que concernían a la familia** (lo resaltado fuera del texto)*

Igualmente, obra dentro del expediente constancia de la consulta médica a la que asistió la demandante el 21 de septiembre de 2015, en el Centro Médico Colmédica, porque presentaba un dolor de oído, con 2 días de evolución, cuya causa fue “traumatismo contundente ‘cachetada’ sobre oído izquierdo” (fols. 276 y 277 cuad. 1), documento que analizado en conjunto con la fotografía de la demandante en la que se observa que tiene hematomas en los antebrazos y con el interrogatorio que se le practicó en esta instancia al demandado, en el que reconoció que tomó a la actora fuertemente de las muñecas, durante una discusión que tuvieron después de haber firmado la cesación de efectos civiles de su matrimonio, se puede concluir que, desde antes, aquel agredía físicamente a doña NATHALY, pues las reglas de la experiencia indican que las mujeres que han sido maltratadas en el hogar y deciden mantener la convivencia con su agresor, no hacen públicos, en las más de las veces, los malos tratos que reciben de su consorte, los que, desafortunadamente, se repiten en el tiempo y aún después de la separación, situación ésta última que aceptó don JÉFFER.

*Así las cosas, no hay duda de que los hechos que la demandante invocó como el origen de los perjuicios, sí tienen relación causal con **la violencia que padeció por razón de su género** y, en esa medida, se abre paso el estudio de las pretensiones invocadas, independientemente de que la vía para discutir la culpabilidad del demandado en la ruptura matrimonial sea otra, pues la administración de justicia con enfoque de género, en esta oportunidad, busca hacer efectiva la protección de los derechos y libertades de la demandante que se vio afectada durante la relación conyugal. (lo resaltado fuera del texto)”*

EN CUANTO AL TERCERO DE LOS REPARO, en cuanto a que, el juzgador **le viola el debido proceso Art.29 C.P.** y el derecho de defensa material en el interrogatorio a la demandante, al no permitir **aportar las pruebas documentales** de sus repuestas en el interrogatorio, que no tuvo en su momento la demandante, a pesar de la insistencia como aparece en

registro en el interrogatorio, se niega y desconoce las pruebas de la demandante que no fueron, tachadas, ni negadas por el demandado.

FUNDAMENTO JURÍDICO Y SUSTENTO DEL TERCER REPARO:

*El juzgado en el auto que cita para audiencia inicial art.372, no advirtió el decreto y la práctica de pruebas en esta etapa, por el cual la parte demandante fue sorprendida, si bien es cierto que **el numeral 9 del art.372**, indica que el juez dictara “Sentencia, Salvo que se requiera la práctica de otras pruebas”, trae su excepción “en caso se requería las practica de otras pruebas”, como las testimoniales que se hacían necesarias, el juzgado en vez de decretar, las negó, cuando de los hechos faticos de la demanda, de las prestaciones y de los hechos aceptados por el demandado, era evidente la existencia de la relación sentimental, convivencia y la sociedad patrimonial, donde se habían adquirido los bienes **apartamento, depósito y garaje**, con hipoteca constituida en la sociedad patrimonial de hecho, y la que continua en el matrimonio, llevado a cabo el **primero de junio del 2013, pagando el** apartamento, depósito y garaje, después del matrimonio, tal y cual como se venía haciendo antes del matrimonio, la demandante continua haciendo **a) aportes en dinero b) y en su lecho** contribuyo a la construcción del patrimonio con sus labores domésticas en el hogar como esposa como lo venía haciendo, en las atenciones en los deberes como esposa a su marido y crianza de los hijos, lo que prueba que hubo una desatención al norma por el juzgado, en la negación de pruebas que traía la demándate para reforzar y demostrar su **derecho legítimo** a incoar la acción y el reclamos de las pretensiones.*

Con esta negación, existe por el juzgado una aprobada violación a lo normado y al deber de la administración de justicia, de buscar la verdad, para fallar con justicia como es el deber de ser de todo funcionario judicial, que de haberse hecho sin esta violación los resultados hubieran sido diferentes, el encontrar que la demandante si cuenta con legitimidad para incoar las pretensiones de la demanda, lo que resulta una fragante violación al Art.29 C.P, al debido proceso y al derecho de defensa de la demandante.

El Art. 372 N°11 del C.G del P, párrafo único, advierte que, “Cuando se advierta que **la práctica de pruebas es posible** y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, **decretará las pruebas** en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373 del C.G del P.

Situación que no fue advertida en el auto que fija fecha y hora para la audiencia inicial, lo que denota de entrada que existe una violación por el *Aquo* a la norma procedimental, era deber del funcionario, si así lo considero oficiosamente de practicar las pruebas en la audiencia inicial y terminar el proceso en esta audiencia con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373, debería haberlo indicado en el auto que fijo fecha de la audiencia inicial.

Con este proceder existe una violación al trámite de lo regulado en los Art 372 y 373 C.G.P, de igual forma se le sorprendió a la demandante incurriendo el funcionario en una violación directa al Art. 29 C.P, con una violación al debido proceso y al derecho de defensa, lo que conlleva a la ***nulidad de la audiencia inicial***, llevada a cabo el 23 de febrero del año 2022, por violación directa al **Art.29 C.P.**

Nulidad que se sustenta, conocemos por diferentes tratadistas y así sea pública, que una nulidad procesal es aquella condición que afecta un proceso judicial, que de no corregirse o sanearse, conlleva precisamente a la nulidad del proceso, en este caso a que sea declarada la nulidad de la audiencia llevada a cabo el día 23 de febrero del año 2022, como se establecido en numerosas Sentencias y así sea publicado que el código general del proceso contiene los principios y procedimientos que se deben seguir para garantizar el debido proceso en todo proceso judicial, y cuando se omiten ciertos procedimientos o se incurre en determinadas conductas, se genera una nulidad.

EN CUANTO AL CUARTO REPARO, además de lo que se sustente en la *apelación*. se precisa ***el falso juicio de identidad***, en la valoración de las pruebas en sentencia, cuando de las pruebas documentales se prueba que el demandado Jeffer Oswaldo Cruz Medina, compro los bienes donados a los menores con su esposa, estando en unión marital de hecho, como aparece en el documento escritura el cual es plena fehaciente, que prueban que el demandado Jeffer Oswaldo, estando en unión marital de hecho tenía sociedad patrimonial, conforme lo declaro **a)** en documento escritura pública de compra No.7.316 de fecha 21 de diciembre del año 2011, de compra de los inmuebles. **b)** en contestación de la demanda y de la reforma en los hechos 1,2,3,4,5 y 6. **c)** de la contestación al Hecho 19 de la demanda donde en la contestación confiesan “*se inventariaron todos los bienes que para el momento formaban el haber de la sociedad conyugala) el apartamento 604,deposito 244 y garaje 462,no se incluyeron como partida en la escritura que liquida la sociedad conyugal porque previamente a celebrarse este acto fue objeto de donación por parte del señor Jeffer Cruz Medina*” **d)** es una confesión al admitir que apartamento y garaje pertenecían a la sociedad conyugal antes a la donación, y

que el único que dono fue Jeffer Oswaldo Cruz Medina, sin haber donado la demandante, e) con los registros civiles de nacimiento de los menores N.C.S quien nació el 03 de septiembre del año 2010, y V.C.S que nació el 10 de octubre del año 2012 lo que prueba la unión marital de hecho antes y durante la compra del apartamento y garaje. e) lo que se confirma y se confiesa en la contestación del hecho 23 “*los inmuebles objeto de la donación no tenían por qué incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal por cuanto para el momento en que esta se llevó a cabo, los bienes ya no formaban parte del haber e insistimos...*” d) de la contestación del hecho 20, dice textualmente “... *la demandante... al aceptar y en consecuencia suscribir la escritura Está renunciando al derecho a lo que podría haberle correspondido dentro de la sociedad conyugal*” reconocen que Nathaly tenía derechos sobre los bienes donados por ser compradora como se prueba con la escritura, pero con la claridad que la demandante no dono su 50%. Aunados a esto, es el propio demandado y su apoderada, que insisten en que la demandante conocía y consintió la donación y en los mismos términos refiere el señor juez en los considerandos de la sentencia, indicando que no es el escenario para solicitar la declaración de la unión marital de hecho, concluyendo que el demandado compro los bienes donados antes al matrimonio católico, desconociendo que la compra además de estar viviendo en unión marital de hecho, la demandante también es compradora, y quien pago igualmente parte del precio de lo cual dan fe las declaraciones negadas y las pruebas que se negó a recibir el señor juez en el interrogatorio de la demandante, sin embargo, se dice que la demandante **carece de legitimidad** en la causa en la presente acción, de donde resulta **el falso juicio de identidad**, en la valoración de las pruebas, la violación a los derechos fundamentales al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a la igualdad.

FUNDAMENTO JURÍDICO Y SUSTENTO DEL CUARTO REPARO:

Ningún valor probatorio tuvo para el señor Juez, incurriendo en Defecto Factico.

1. *Escritura Pública de compra de los Bienes objeto del Proceso, N°7.316 de fecha 21 de diciembre del año 2011 de la Notaria 32 de la ciudad de Bogotá, manifestó:*

Folio 2,13. “estado civil soltero con unión marital de hecho por más de 2 años”

Folio 22.” Ley 258 de 1996 indagada la parte COMPRADORA HIPOTECANTE por el Notario manifiesta que es de estado civil soltero con Unión marital de hecho por más de 2 años que no posee ningún otro inmueble afectado a vivienda familiar y presente **Nathaly Sánchez Sánchez** mayor de edad identificada con cédula de ciudadanía número 53 119 200 de Bogotá **cónyuge del comprador** y que de común acuerdo no afectan a vivienda familiar.

Folio 24...” Firmo NATHALY SANCHEZ SANCHEZ C.C. 53.119.200

2. *El certificado de tradición y libertad donde da cuenta que el apartamento junto con el garaje, se adquirieron por los esposos con crédito hipotecario*

y que se terminó de cancelar hasta el mes de junio del año 2015, lo que quiere decir que no solo fue adquirido por los esposos, sino que mancomunadamente con el aporte de cada uno de los esposos, sino que durante su convivencia en unión de hecho y posteriormente en matrimonio pagaron más del 70% del apartamento.

EN CUANTO AL QUINTO DE LOS REPAROS, de la legitimación de la demandante se adiciona y se precisa, es un hecho cierto y de certeza, contrario a lo que se dice por el juzgado en sentencia, que la demandante carece de legitimidad en la causa en la presente acción, cuando **a)** *quando existió unión marital de hechos por más de dos años al momento de la compra de los bienes donados, (sin embargo el demandado falta a la verdad en el interrogatorio), b)* *La compra de los bienes la hacen demandado y demandante donde se les pregunta a los compradores, por el Notario, “.....manifiestan que es de estado civil soltero con unión marital de hecho por más de 2 años, que no posee ningún otro inmueble afectado a vivienda familiar y presente NATHALY SANCHEZ SANCHEZ mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía número 53.119.200 de Bogotá D.C, conyugue del comprador y que de común acuerdo NO afectan a vivienda familiar, ...” (clausula cuarta escritura) c)* *la demandante en escritura de compraventa parte final de la escritura firma como compradora, así aparece en la escritura. d) en* *contestación de la demanda y su reforma el demandado acepta los hechos 1,2,3,4,5 y 6, de la demanda y de su reforma el demandado y apoderada insisten en que la demandante reconoce, acepto la donación y firmo, lo que prueba la causa de efecto a causa, se acredita la legitimidad de la demandante, no es carente de legitimidad, aunado a ello en cuanto al requisito de insinuación el juzgado lo refiere reconoce que los bienes tenían un valor superior de los 50 salarios, requiere del requisito de insinuación, y omite que el trámite de este requisito no se cumplió cuando el Art. 1742. C.C, ordena que “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley.”*

FUNDAMENTO JURÍDICO Y SUSTENTO DEL QUINTO REPARO:

*El matrimonio llevado a cabo el 01 de junio del año 2013, por el contrario, a lo dicho por el juzgado primigenio, la convivencia entre los conyugues inicio en diciembre del año 2009, **refrenda, fortalece, formaliza**, expresamente el deseo de los compañeros de seguir manteniendo la comunidad de vida permanente y singular, que tiene como uno de sus efectos económicos, con la continuidad del Patrimonio Universal.*

“Valga explicar que la necesidad de liquidar y repartir el patrimonio social, surge a su vez de la necesidad de obtener la entrega de los bienes o activos que lo integran y que le corresponderían a cada compañero, la cual es evidente que no surge cuando los compañeros contraen matrimonio entre sí, pues se reitera, el matrimonio, contrario a los hechos previstos por el artículo 8 de la Ley 54 de 1990, no le pone fin a la comunidad de vida, al querer de los compañeros de convivir conformando una familia, con todas sus consecuencias o efectos, incluidos los económicos, sino que por el contrario la refrendan (...).”

- *Al existir la continuidad temporal, tanto en el campo personal, como en materia de sociedad patrimonial que se transforma en sociedad conyugal, **se trata de un mismo patrimonio universal**, separado en dos niveles temporalmente, Así:
“Relación sentimental, convivencia, sociedad patrimonial que INICIA en diciembre del año 2009, continuando el día 01 de junio del año 2013, en que contrajeron matrimonio católico.” gobernado bajo unas mismas reglas, y la conformación de un Patrimonio Universal.*
- *Se ha precisado STC-7194/2018, que en el caso se hallan presentes dos universalidades jurídicas sucesivas, no simultáneas, la primera con un vínculo jurídico gestado en los hechos, consistente en la sociedad patrimonial, entidad, que luego, por voluntad de los convivientes, dio paso a una ligadura de derecho, nacida del contrato solemne; sin que, tal cual se advirtió, hayan sido simultáneas, **sino encadenadas**; pero, sin que respecto de la mutación de la primera haya acontecido a la segunda, como patrimonio conyugal Universal.*
- *Recuérdese que el matrimonio ulterior a la unión marital fue entre los mismos consortes, y no en relación con terceros, ni tampoco hubo separación material concluyente de los compañeros, ni mucho menos acaeció la muerte como hecho jurídico aniquilante de aquella convivencia, ni hubo interrupción del tiempo, fue continuo.*
- *En todo caso, dada la similitud entre matrimonio y la unión marital, entre sociedad de gananciales y la sociedad patrimonial, desde la perspectiva de principios, valores y derechos por los que aboga y defiende la Carta de 1991, con venero en el artículo 42 de la misma, **no pueden prohijarse interpretaciones restrictivas, discriminatorias y extintivas**, entre quienes como pareja han convivido como casados, faltándoles únicamente el rito solemne; primero, al abrigo de la unión*

marital, y luego, sin solución de continuidad, en las mismas condiciones materiales y sociales bajo el manto del matrimonio, como acto jurídico solemne, sin interrupciones temporales ni brechas afectivas, familiares, sociales y económicas, siendo continuadores de la familia como pareja monógama.

***LEGITIMIDAD DE LA DEMANDANTE NATHALY SANCHEZ SANCHEZ
en la Comunidad Patrimonial o Patrimonio Universal.***

*De lo cual resulta inicialmente que la **Relación Sentimental Afectiva** entre Nathaly Sánchez Sánchez, demandante y el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina demandado, nace a **inicios del mes de septiembre del año 2009**, cuando se conocieron y que, a consecuencia de quedar en estado de embarazo para el mes de diciembre del año 2009, empieza la convivencia de Nathaly Sánchez Sánchez, y Jeffer Oswaldo Cruz Medina, en casa materna de Nathaly Sánchez Sánchez.*

Estando en esta convivencia, sin interrupciones de tiempo deciden vivir en el apartamento de la progenitora del señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, en el sector de salitre en Bogotá y para el mes de abril del año 2010, estando en esta convivencia y como resultado de la misma surge **la comunidad patrimonial** con la compra de bienes muebles y enseres y compra del (i) Apartamento No. 604, ubicado en el piso seis del interior siete de la pradera club residencial etapa dos en la carrera 77 número 19-35 de la ciudad de Bogotá D.C, Deposito 244 y (ii) Garaje No. 462, inscritos a Folios de Matricula Inmobiliarias números 50C-1829990 y 50C-1829913 de la oficina de instrumentos públicos y privados de la ciudad de Bogotá D.C.

Nathaly Sánchez Sánchez, producto de su trabajo como Coordinadora Nacional de Visitadores de Megalinea S.A, filial del Banco de Bogotá, inicialmente separa el apartamento en octubre 16 del año 2010, pagando inicialmente con la suma de Dos Millones de Pesos...\$2.000.000, y en noviembre 5 del año 2010, la suma de Tres Millones de Pesos...\$3.000.000, apartamento que se compró sobre planos.

Habiendo estipulado con la constructora Amarilo, que los esposos deberían pagar el 30% del valor total o sea \$72.600.000, pactado en 12 cuotas por valor de \$5.670.000 y las dos últimas por valor de \$5.220.000 y \$5.680.000, quedando pago a diciembre del año 2011, este 30% del valor de los inmuebles, dineros pagados, 50% la demandante y 50% el demandado, pago que hizo la señora Nathaly Sanchez Sánchez, apporto el 100% de su liquidación, cesantías y ahorros, que tenía ahorrados, producto

de sus trabajos, habiendo sido testigos directos, la señora Diana del Pilar Sanchez Sarria, Edgar Libardo Sanchez Romero padres de la demandante, y Wendy Vannesa Sánchez Sánchez, hermana de la demandante, personas solicitadas como testimonios en la Demanda, de lo cual estas **pruebas fueron negadas en primera instancia**.

El 70% equivalente a \$169.750.000, los esposos tomaron un crédito hipotecario con Bancolombia, donde quedo únicamente a nombre de Jeffer Oswaldo Cruz Medina, en razón a que en el banco exigían como garantía además del apartamento que el deudor demostrara capacidad de pago y para esa época el demandado trabajaba en Baker Hughes de Colombia, por lo cual quedo como comprador y deudor de la hipoteca.

De conformidad a los establecido en STC15780-2021, "(...) Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes.

Por lo general, esta clase de abusos son desconocidos por la mujer pues se presentan bajo una apariencia de colaboración entre pareja. El hombre es el proveedor por excelencia. No obstante, esa es, precisamente, su estrategia de opresión. La mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar, así como está en la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él, ella no podría sobrevivir.

Es importante resaltar que los efectos de esta clase [sic] violencia se manifiestan cuando existen rupturas de relación, pues es ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos, pero, como sucedió a lo largo de la relación, es el hombre quien se beneficia en mayor medida con estas particiones. De alguna forma, la mujer "compra su libertad", evitando pleitos dispendiosos que en muchos eventos son inútiles." (CC T-012/16, reiterada en SU201/21).

Una vez aprobado el crédito hipotecario por valor de \$169.750.000, y pagado el 30% a la constructora Amarilo por \$72.600.000, se firma escritura pública de compra N°7316 de fecha 21 de diciembre del año 2011, por los esposos Nathaly Sánchez Sánchez hoy Demandante y el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina Demandado, donde la demandante quedo como lo que era la cónyuge en unión marital de hecho por más de 2 años, como se manifestó en la escritura, **así**.

Folio 2,13 "estado civil soltero con unión marital de hecho por mas de 2 años"

Folio 22 "Ley 258 de 1996 indagada la parte COMPRADORA HIPOTECANTE por el Notario manifiesta que es de estado civil soltero con Unión marital de hecho por más de 2 años que no posee ningún otro inmueble afectado a vivienda familiar y presente Nathaly Sánchez Sánchez mayor de edad identificada con cédula de ciudadanía número 53 119 200 de Bogotá **cónyuge del comprador** y que de común acuerdo no afectan a vivienda familiar.

Folio 24, "Firma NATHALY SANCHEZ SANCHEZ C.C. 53.119.200.." (lo resaltado fuera del texto)

En diciembre 30 del año 2011, la constructora Amarilo, hace entrega material del apartamento 604, deposito 244 y garaje 462 de la Pradera Club Residencial Etapa Dos Ubicados En La Carrera 77 No. 19-35 de la ciudad de Bogotá D.C. haciéndose cargo Nathaly Sánchez Sánchez, quien desde esta fecha diciembre 30 del año 2011, quien compra el piso de todo el apartamento, (ya que lo entregaron sin pisos), contrata estucado con veneciano las paredes de la sala, y de la alcoba principal, y le coloca cortinas, con sus propios recursos, y en el mes de mayo del año 2012, lo arrienda Nathaly Sánchez Sánchez mediante póliza de arrendamiento con Mapfre.

Las cuotas del crédito hipotecario, se iniciaron a pagar en enero del año 2012, Nathaly Sánchez Sánchez, aportando a los pagos del crédito hipotecario con la suma de \$1.000.000 mensuales, producto de la renta que obtenía y tenía del apartamento, y también contribuyo a la construcción del patrimonio con sus labores domésticas en el hogar, y en las atenciones en los deberes como esposa a su marido y crianza de los hijos.

SC963-2022, “Que señala que las labores del hogar sí contribuyen a la construcción del patrimonio y deben tenerse en cuenta en la repartición de bienes”

“El trabajo doméstico es para la Corte Suprema de Justicia una labor productiva que, en caso de separación, debe incluirse dentro del proceso de divorcio. El pronunciamiento de la sala civil se realizó tras analizar el caso de un hombre que dijo que a quien fuera su esposa no le correspondía nada porque nunca trabajó”

“El trabajo doméstico vale y el trabajo doméstico también es productivo, y el trabajo doméstico también sirve. Lo que pasa es que como el trabajo doméstico se hace de puertas para dentro”, señaló la Magistrada Hilda González, presidenta de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, al explicar la decisión”

“Según la magistrada, en este caso hubo “violencia económica: como yo soy el proveedor, yo soy el que manejo la plata, yo soy el que mando”.

“También se evidenció algo más, que el esposo realizó una venta simulada a su hermano para aparentar que no tenía bienes”

En esta sentencia sin duda, se pone de presente, con un enfoque de género, el importantísimo papel que desempeñan las amas de casa que suelen ser discriminadas”, resaltó el experto en derecho civil Doctor HÁROLD EDUARDO HERNÁNDEZ ALBARRACÍN. “Con este tipo de decisiones, la corte protege a las mujeres, protege sus derechos económicos, reconoce el trabajo del cuidado como aporte significativo y con eso contribuye a la superación de estereotipos de discriminación en nuestra contra”, agregó Lida Cabrera, presidenta de Sisma Mujer.

Para el **10 de octubre del año 2012**, los esposos tienen a su segunda hija V.C.S. y en **febrero del año 2013**, en sociedad patrimonial adquieren los esposos el vehículo camioneta Dodge Durango modelo 2012, de placas NEP 921, la cual en la adjudicación que se llevó a cabo por escritura Notarial de fecha 15 de febrero del año 2016, vehículo inventariado y adjudicado al señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, a folio 55 – 66 del (expediente 01 digitalizado), la que también fue adquirida por crédito, y terminada de pagar hasta el año 2015.

Se prueba que los bienes adquiridos por los esposos antes de la celebración del rito católico, en **Comunidad Patrimonial** o el **Patrimonio Universal**,

y que el vehículo aun adquirido antes del matrimonio en sociedad patrimonial, y el que había quedado a nombre del demandado, es fue inventariado y adjudicado al demandado Jeffer Oswaldo Cruz Medina.

Iguales condiciones tenían los inmuebles, **apartamento, depósito y garaje**, adquiridos dentro la relación sentimental, convivencia y en sociedad patrimonial, el que no queda inventariado, porque previamente Jeffer Oswaldo Cruz Medina los *dona* los menores, sacando los bienes de la sociedad conyugal, defraudando a su esposa Nathaly Sanchez Sanchez.

Donación que llevo a cabo presentando declaraciones falsas de los testigos **madre y tía de Jeffer Oswaldo Cruz Medina**, donde se hicieron manifestaciones falsas en cuanto a que existían más bienes y que Nathaly Sánchez Sánchez, y que contaba con los medios para su subsistencia, cuando no era cierto, como el mismo Jeffer Oswaldo Cruz Medina, lo reconoce en declaración de interrogatorio llevado a cabo en este mismo Juzgado 4 civil del circuito de Bogotá, y que se presenta un avalúo de los bienes inmuebles amañado que no correspondía al valor real comercial de los bienes, donde no se tiene, ni avalúo catastral, ni siquiera por lo que se había comprado los bienes inmuebles, **Hecho probado** con la misma escritura de compra obrante en el proceso, que el juzgado **omitió su valoración** ya que el juzgado estimo que se trataba de una situación de derecho y no analiza ninguna prueba, que de haberse analizado la decisión hubiere sido diferente, reconociendo que Nathaly Sanchez Sanchez, tenía legitimidad, para actuar como demandante el proceso.

No se cumple, con el requisito de insinuación, ni el notario verifico la existencia de otros bienes y que se contaba los medios de subsistencia por parte de Nathaly, y es como el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina consigue que el notario autorice la escritura de donación.

Donación que firmo Nathaly en representación de sus hijos, en contra de voluntad, con hechos de violencia como lo determino la Corte Suprema de justicia en sentencia SCT17580/2021 de fecha 24 de noviembre del año 2021 y con sentencia de fecha 4 de febrero del 2022 del Honorable Tribunal de Bogotá, donde se declara a Jeffer responsable de las causales 2 y 3 del art.154 del C.C.

Téngase en cuenta, Sentencia STC-71942018 M.P. Luis Armando Tolosa. "...Si quienes conforman una unión marital de hecho, sin existir solución de continuidad, contraen matrimonio esto no es causal de disolución y liquidación de la respectiva sociedad patrimonial.

Lo anterior en virtud del Artículo 5° de la Ley 54 de 1990, con la modificación que le introdujo el artículo 3° de la Ley 979 del 2005, pues ello tiene lugar únicamente por el consentimiento o el mutuo acuerdo de los convivientes, por la muerte de uno o de ambos compañeros permanentes o por sentencia judicial.

Además, al no existir solución de continuidad tanto en el campo personal como en materia de sociedad patrimonial y de sociedad conyugal, disuelta esta última SE TRATA DE UN MISMO PATRIMONIO UNIVERSAL separado en dos niveles temporalmente, gobernado bajo unas mismas reglas, aunque con los matices que les son propios a cada una, sin interrupciones de tiempo.

*De otra parte, dada la similitud entre el matrimonio y la unión marital, entre sociedad de gananciales y sociedad patrimonial, desde la perspectiva de principios y valores por la que **aboga la Constitución de 1991 no pueden prohijarse interpretaciones restrictivas, discriminatorias y extintivas** entre quienes como pareja han convivido como casados, faltándoles únicamente el rito solemne.*

*Por tal razón, en la respectiva liquidación se debe incluir todo lo adquirido por la pareja tanto en la **unión marital como en el vínculo matrimonial**, pues no existe razón jurídica válida para proceder de forma diferente.”*

PRUEBAS que demuestran la **legitimidad** con la que cuenta Nathaly Sánchez Sánchez, para incoar la acción, que no fueron valoradas en primera instancia y que reposan en el expediente.

1. Escritura pública No 7316 de fecha 21 de diciembre del año 2011, de la Notaria 32 de circulo de Bogotá, a Folio 8 del cuaderno digital (01 expediente digitalizado), escritura de compra de los bienes inmuebles apartamento 604, Deposito 244 Garaje 462 identificados con M.I. 50C-1829990 y 50C-1829913, ubicados en la Carrera 77 N° 19-35 Barrio la Felicidad de la ciudad de Bogotá D.C. donde el señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, Manifiesta:

Folio 2,13 “estado civil soltero con unión marital de hecho por más de 2 años”

Folio 22 “Ley 258 de 1996 indagada la parte COMPRADORA HIPOTECANTE por el Notario manifiesta que es de estado civil soltero con Unión marital de hecho por más de 2 años que no posee ningún otro inmueble afectado a vivienda familiar y **presente Nathaly Sánchez Sánchez** mayor de edad identificada con cédula de ciudadanía número 53 119 200 de Bogotá **cónyuge del comprador** y que de común acuerdo no afectan a vivienda familiar.”

Folio 24... Firma NATHALY SANCHEZ SANCHEZ C.C. 53.119.200..” (lo resaltado fuera del texto)

2. La declaración extra proceso a Folio 78 del cuaderno digital (01 expediente digitalizado) de fecha 13 de octubre del año 2015, compareció la señora LILIA ALCIRA MEDINA VARGAS, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No. 33.448.836, manifiesta “...SEGUNDO: Que conozco de vista, trato y comunicación a los señores Nathaly Sánchez Sánchez y Jeffer Oswaldo Cruz Medina, desde hace aproximadamente 7 años a NATHALY.....” a la fecha de la declaración lo que **prueba** que los conoció desde el año 2009.

3. El reporte del ICBF, de fecha 20/09/2017, a Folio 260 del cuaderno digital (01 expediente digitalizado), Informe de Visita Social, se realiza visita atendida por la Señora Lilia Alcira Medina Vargas, en el acápite ANTECEDENTES FAMILIARES; Manifiesta la señora Lilia Alcira Medina Vargas progenitora del hoy demandado Jeffer Oswaldo Cruz Medina, “..La señora Lilia quien es entrevistada informa que el señor Jeffer, su hijo, se conoce con la señora Nathaly..... **al mes de iniciar dicha relación** la señora Nathaly quedo en estado de embarazo, tras ese hecho, el señor Jeffer decide asumir la responsabilidad de sus hijos y **conformar un**

hogar, conviven año y medio, deciden casarse bajo la unión católica.....”(lo resaltado fuera del texto). lo que prueba que tenían un hogar, en convivencia año y medio, y que después deciden casarse bajo la unión católica.

- 4. Registro Civil de Nacimiento de los menores, hijos de los ex cónyuges que fueron procreados y nacidos antes del matrimonio llevado a cabo el 01 de junio del año 2013, el hijo mayor N.C.S nació con fecha 03 de septiembre del año 2010, y V.C.S la hija menor nació el 10 de octubre del año 2012, y fue posteriormente la pareja se casan por el rito católico el primero (01) de junio del año 2013, con el matrimonio reforzando la unión marital de hecho que la pareja venía manteniendo desde septiembre del año 2009, sin solución de continuidad y así sigue con hecho del matrimonio sin ninguna interrupción de tiempo entre la que venía en unión libre y la que sigue en situación de casados. Pruebas documentales que no valoro el juzgado, que demostraban la relación sentimental, convivencia y sociedad patrimonial, ante, en la Comunidad Patrimonial y/o Patrimonio Universal.**
- 5. En la reforma de la demanda a folio 285 del cuaderno digital (01 expediente digitalizado), y la contestación a la Reforma a folio a Folio 329 -342, se aceptaron por el Demandado los siguientes hechos: los siguientes**

En la reforma de la Demanda, en el Acápite de los III HECHOS FACTICOS, en los hechos 1,2,3,4,5,6, los siguientes:

1. La demandante Nathaly Sánchez Sánchez, y el demandado Jeffer Oswaldo Cruz Medina, inicialmente estuvieron en convivencia en unión marital de hecho en la ciudad de Bogotá D.C, desde el 01 de abril de 2010, de forma permanente bajo el mismo techo, compartiendo como esposos. ADMITIDO

2. Junto a la unión marital de hecho, mantuvieron una sociedad patrimonial y dentro de esta, la demandante Nathaly Sánchez Sánchez, y el demandado Jeffer Oswaldo Cruz Medina, adquirieron mediante escritura pública No.7316 de fecha 21 de diciembre del año 2011 de la Notaria 32 de la ciudad de Bogotá D.C, un apartamento seiscientos cuatro (604). Y un GARAJE cuatrocientos sesenta y dos 462, con matrículas inmobiliarias Números. 50C-1829990 y 50C-1829913, ubicado en el piso seis del interior siete de la pradera club residencial etapa dos en la carrera 77 número 19-35 de la ciudad de Bogotá D.C, linderos, ubicación conforme a la escritura citada. (Linderos Art. 83. C.G.P). ADMITIDO

3. Dentro de la escritura pública No.7316 de fecha 21 de diciembre del año 2011, de compra de los inmuebles apartamento seiscientos cuatro (604), y el GARAJE cuatrocientos sesenta y dos (462), se dice el estado civil que ostenta el comprador hoy demandado, donde se dice, “soltero con unión marital de hecho.....” (Lo resaltado fuera del texto). ADMITIDO

4. En otro de sus apartes de la escritura No.7316 de fecha 21 de diciembre del año 2011, de compra de los inmuebles, se dice. “...que no posee ningún otro bien afectado a vivienda familiar y presente NATHALY SANCHEZ SANCHEZ, mayor de edad, identificada con la C.C.No.53.119.200 de Bogotá D.C, conyugue del comprador y que de común acuerdo no afectan a vivienda familiar, el inmueble objeto de este contrato.” (Lo resaltado fuera del texto). ADMITIDO

5. Estando en unión marital de hecho, continuaron seguidamente en sociedad conyugal de derecho, a partir del día primero (01) de Junio del año 2013, fecha en que contrajeron Matrimonio Católico, hasta 15 de Febrero de 2016 fecha de la cesación de los efectos civiles del matrimonio, ante la notaria tercera del circuito de Sogamoso Boyacá. ADMITIDO

6. Dentro de la convivencia y sociedad que establecieron, los aquí demandante y demandado en su condición de esposos, procrearon a los menores **Nicolás y Victoria Cruz Sánchez** de 9 y 7 años en la actualidad. **ADMITIDO**

Esta reforma de la Demanda fue contestada en tiempo, a Folio 329 -342 del cuaderno digital (01 expediente digitalizado), fueron contestados Así:

I. A LOS HECHOS:

Respecto a los hechos enunciados como fundamento factico de la demanda en el proceso de la referencia, me permitiré hacer los siguientes pronunciamientos:

Los hechos **1, 2, 3, 4, 5 y 6** son ciertos.

Pruebas que Omitió y no valoro el Señor Juez De Primera Instancia conforme a lo reglado en los principios de la sana critica. Art. 176 del C.G del P, sobre el cual se presenta una ausencia total de motivación al omitir el estudio de las pruebas documentales que se trataba un aspecto tan importante para la resolución del asunto, se hizo de manera deficiente al punto de que resulta imposible identificar su fundamento, por la omisión.

Que, de haberse valorado las pruebas, los resultados hubieran sido totalmente diferente, en este caso ***Negando la excepción de falta de legitimidad*** en la demandante. Y es acá donde está el ***yerro*** en que incurre el juzgado ***por la omisión y no valoración de las pruebas en error sustancial*** el cual es resorte del juzgador y que se dejó de hacer. Y que es la razón del recurso de alzada, en que se ***revoque*** la sentencia de fecha 23 de febrero del año 2022, negando la excepción de falta de legitimación en la causa de la demandante, que tuvo el Juez de primera instancia, y reconociendo que la demándate Nathaly Sánchez Sánchez si contaba y cuenta con ***legitimidad para*** incoar la acción.

PERSPECTIVA DE GENERO

Se estableció por la Honorable Corte Suprema de Justicia, que la labor Judicial no puede aislarse de Juzgar con Perspectiva de Género. ***STC15780-2021***, Magistrado ponente AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, donde se evidencio que la señora Nathaly Sanchez Sanchez, fue víctima de Violencia ejercida por el Señor Jeffer Oswaldo Cruz Medina, se insta a los Jueces, a Juzgar con perspectiva de Género.

4.1. De forma particular, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, conceptúa como discriminatorio ***«toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».***

Trasluce, según la noción de marras, que ***la discriminación puede*** tener como fuente las diferenciaciones, prerrogativas, ***excepciones, rechazos, negativas, limitación*** o reducción, siempre que satisfagan los siguientes presupuestos: ***(I) están basadas en el sexo; y (II) tengan por propósito o como resultado menoscabar el reconocimiento o los derechos de la mujer.***

Tales creencias, ha dicho la Sala, se convierten en **«categorías monopolizadoras»**, que **vician o comprometen los criterios de imparcialidad judicial y sana crítica en la valoración probatoria** puesto que «no asumen una postura crítica y sin pensarlo, las pruebas que se recaudan en el marco de ese imaginario son bienvenidas y valoradas como **las ideales; las contrarias, o las que allega el juicio la persona**, el grupo o la pareja discriminada son desechadas acriticamente».

Por ejemplo, criticando algunas dinámicas de las relaciones familiares en torno a que la mujer es mejor cuidadora de los hijos, esta colegiatura ha manifestado que esa *«interpretación es sexista y estereotipada, pues no es cierto que la progenitura responsable sólo pueda predicarse respecto de la madre, atendiendo a su condición de mujer, como tampoco lo es que el padre, por su género masculino, sea menos capaz de asumir su rol como ascendiente de una manera adecuada (...)»*, pues funda tal creencia en el género de los progenitores como base para cercenar o ignorar sus derechos frente a la descendencia común (CSJ,SC3728- 2021).

4.2. **Tratándose de la administración de justicia**, es pacífico que se configura un escenario de discriminación, entre otros eventos, **cuando [L]os estereotipos se reflejan o se encuentran inmersos en el derecho**, como en las premisas implícitas de la legislación y las implicaciones del razonamiento y lenguaje usados por jueces y juezas.

Cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole la fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad. (...). Cuando un Estado legitima así un estereotipo de género, **provee un marco legal para facilitar la perpetuación de la discriminación en el tiempo** y a través de diferentes sectores de la vida y la experiencia sociales.

Así, la labor judicial no puede estar aislada del reconocimiento de tal circunstancia, pues desde luego, poner frente a todo mecanismo de discriminación, en procura del cumplimiento del principio de igualdad, es responsabilidad de los jueces, de ahí la necesidad de aplicar la perspectiva de género en sus decisiones, y en general, en todas las etapas del proceso que se encuentra bajo su dirección; pues esta tiene como función optimizar el sistema jurídico para permitir evidenciar y abordar dimensiones de protección de derechos y libertades de los seres humanos.

En términos de esta Corporación: (...) **juzgar con perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad**, aprendiendo a manejar **las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria**, como sería cuando se está frente a **mujeres**, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que, ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad- deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa.

(...) **“Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar** si existe algún tipo de **estereotipo de género** o de prejuicio que **puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final**, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; **que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial** o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar.

“Discriminación de género, entonces, es acceso desigual a la administración de justicia originada por factores económicos, sociales, culturales, geográficos, psicológicos y religiosos, y la Carta Política exige el acceso eficiente e igualitario a la administración de justicia; por tanto, si hay discriminación se crea una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el

conocimiento, ejercicio y goce de los derechos del sujeto vulnerado y afectado, lo que origina en muchas ocasiones revictimización por parte del propio funcionario jurisdiccional.

“Es muy común encontrar problemas de asimetría y de desigualdad de género en las sentencias judiciales; empero, no se puede olvidar que una sociedad democrática exige ***impartidores de justicia comprometidos con el derecho a la igualdad*** y, por tanto, demanda investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas no solo a la Constitución sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales aceptados por Colombia que los consagran.

...analizar con perspectiva de género los casos concretos donde son parte mujeres afectadas o víctimas: i) no implica una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su independencia e imparcialidad y ii) ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género discriminatorios, y; iii) ***en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un abordaje multinivel***, pues, el conjunto de documentos internacionales que han visibilizado la temática en cuestión - constituyan o no bloque de constitucionalidad- son referentes necesarios al construir una interpretación pro fémina, esto es, ***una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer***. Se trata por tanto de, utilizar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos junto con el derecho interno, para buscar la interpretación más favorable a la mujer víctima. (CC SU080/20)

La mujer, quien ha estado sometida a un histórico contexto de discriminación y desigualdad, también ha sido objeto de especial protección contra todas las formas de violencia por razón del género, en específico, la Convención de Belém Do Pará define este flagelo como «una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres».

De allí que la Corte Constitucional haya establecido unas cargas, en cabeza del funcionario judicial, para asegurar el acceso a una justicia con perspectiva de género, a saber:

- i) *Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres.*
- ii) ***Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;***
- iii) ***No tomar decisiones con base en estereotipos de género;***
- iv) ***Evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;***
- v) ***Flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;***
- vi) *Considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;*
- vii) *Efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;*

viii) *Evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;*

ix) *Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. (C.C T – 878 de 2014)*

Repárese, entonces, que el enfoque de género comprende una revisión diferencial **(I) en la construcción de los hechos, (II) en el recaudo de las pruebas, (III) la valoración de las pruebas, e incluso (IV) en la resolución de las pretensiones.**

*Honorable Magistrada, **No se puede aislar la labor judicial**, de juzgar con **perspectiva de Género**, cuando se evidencia, y se ha citado por la demandante que fue víctima de violencia, en este caso concreto una violencia económica y violencia patrimonial, física, verbal y Psicológica Basada en Género, por parte de su ex esposo Jeffer Oswaldo Cruz Medina, al no permitirle tener en cabeza de la mujer la titularidad de los Bienes, hoy en disputa, y discriminarla aislándola por carecer de legitimidad según manifiesta el Aquo, cuando hay suficiente material probatorio que demuestra que el bien si fue comprado durante la relación sentimental, convivencia de hecho, y en sociedad patrimonial, que mantenía la pareja, bajo la convivencia adquieren inicialmente los bienes y enceres, y compran los bienes inmuebles apartamento, depósito y garaje, en planos, aportando Nathaly inicialmente la cuota inicial de \$5.000.000, que pago en dos contados de sus propios recursos, el restante en cuotas el 30% donde Nathaly aporto el 50%, y que a consecuencia del crédito hipotecario el 70% que pago la pareja, y seguidamente el primero de junio del año 2013, continua la hipoteca, que Nathaly continua aportando dineros y contribuyo a la construcción del patrimonio con sus labores domésticas en el hogar, y en las atenciones en los deberes como esposa a su marido y crianza de los hijos.*

Y de la adquisición de vehículo camioneta a crédito que, si fue inventariado en la escritura de cesación de los efectos civiles, las mismas condiciones tenían los bienes inmuebles apartamento, depósito y garaje.

*Hipoteca que se terminó de pagar en **junio del año 2015** estando casados y es cuando Jeffer con fecha **noviembre 14 del mismo año 2015** dona a sus hijos, ya que su plan era el divorcio meses después en **febrero 15 del año 2016**, a los tres meses de la donación, que consiguió con violencia, igual que la donación.*

El apartamento que se pagó con crédito que estuvo a lo largo de la vida en común, que los aportes de la hoy demandante se establecieron tanto económicos, como desde su labor como ama de casa, y de ninguna manera se puede aislar la perspectiva de género.

ERROR DE DERECHO en la fijación del litigio

Habiéndose comprado los bienes apartamento, deposito y garaje en sociedad marital de hecho como aparece en el documento escritura pública, y debidamente aceptado por el demandado en la contestación de la reforma en los hechos,1,2,3,4,5,6,hecho 19 donde acepta que efectivamente había una sociedad patrimonial, los bienes inmuebles vienen en línea sin equivocaciones de una **compra en convivencia** y pasa sin ninguna interrupción a la **continuación de la convivencia** por el hecho del matrimonio religioso, si el demandado consideraba que los bienes apartamento, deposito y garaje no hacían parte de la sociedad conyugal **era su deber haber hecho exclusión de bienes o CAPITULACIONES**, para que no hieran parte del haber, por ser el demandado quien alega que lo compro y si creía tener legitimidad para la exclusión del bien por capitulaciones antes del matrimonio religioso y no a la demandante esa carga. Por el contrario, los documentos que no se sometieron por el juzgado a ser evaluados, supuestamente por ser una situación de derecho, **que no lo es** y es acá el error factico, cuando era evidente ese sometimiento de las pruebas, a una interpretación y valoración conforme a la sana y juiciosa de acuerdo a los principios de la sana critica, y no proceder con la violación al debido proceso y vulneración a los derechos fundamentales de la demandante en garantizar ese derecho a la defensa y al debido proceso, de acceder a la justicia en pie de igualdad.

Lo que conlleva a que el problema jurídico planteado por el juzgado para falla en una situación derecho, **que no lo es**, por existir pruebas documentales, que indicaban lo contrario a la situación de derecho y **testimoniales no decretados**, hacen prueba fehacientemente que los bienes inmuebles, tanto en la sociedad patrimonial de hecho, como en la sociedad conyugal por motivo del matrimonio es un bien social, no existe diferencia entre un bien que se compra en sociedad de hecho y continua en sociedad conyugal en ambos eventos los bienes hacen parte del haber, la línea de adquisición del bien en los dos eventos (unión marital de hecho y matrimonio) no se rompe, por el contrario en el tiempo la línea se hace más fuerte y se afianza, en este caso, como un bien que adquieren en cominidad, realmente los que inicialmente vivían en sociedad de hecho, con aportes de ambos conyugues y posteriormente

reafirman con el acto del matrimonio, tanto así, que el crédito hipotecario se pagó después del matrimonio, estado la pareja en sociedad conyugal.

Es equivocada la interpretación que hace el señor juez en primera instancia en pretender resolver una situación que en debate probatorio, y pretender fijarlo como una situación de derecho, que se liquidara una sociedad de hecho, sin que esta se hubiese disuelto, si así lo creía el demandado era el quien debía haberla liquidado, y como no lo hizo, como tampoco existe capitulaciones o la exclusión, y ahora el demandado no puede alegar su propia torpeza, si ello fuera así, como voy a liquidar lo que yo no he disuelto, si él demandado lo pretendía así lo hubiera hecho, nunca los esposos tuvieron la intención de **DISUELVEN UNA SOCIEDAD DE HECHO**, ni fue interrumpida, por el contrario la afianzaron con el matrimonio, cuando *para disolver, romper y liquidar la sociedad de hecho, no existía causal, ni siquiera de mutuo acuerdo, lo que prueba que la situación no es derecho si no de prueba, error que se enmienda reconociendo que la demandante le asiste la legitimación para incoar la acción en los bienes que donados por el demandado conforme a las pretensiones alegadas en la demanda con fundamento en los hechos y pruebas solicitadas.*

NULIDAD POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO ARTICULO 29 CONSTITUCION POLITICA

*El juzgado en el auto, que cita para audiencia inicial art.372, no advirtió el decreto y la práctica de pruebas en esta etapa, por el cual la parte demandante fue sorprendida, si bien es cierto que **el numeral 9 del art.372**, indica que el juez dictara "Sentencia. "Salvo que se requiera la práctica de otras pruebas", trae su excepción "caso se requería las practica de otras pruebas", como la testimoniales que se hacían necesarias, el juzgado en vez de decretar las negó, cuando de los hechos faticos de la reforma de la demanda, de las pretensiones, y de los hechos aceptados por el demandado, era evidente la existencia de la relación sentimental, convivencia y la sociedad patrimonial, donde se habían adquirido los bienes inmuebles **apartamento, depósito y garaje**, con hipoteca constituida en la sociedad patrimonial de hecho, y la que continua en el matrimonio, llevado a cabo el **primero de junio del 2013, pagando el** apartamento, depósito y garaje, después del matrimonio, tal y cual como se venía haciendo antes del matrimonio, la demandante Nathaly continua haciendo **a) aportes en dinero b) y en su lecho** contribuyo a la construcción del patrimonio con sus labores domésticas en el hogar como esposa, como lo venía haciendo, en las atenciones, en los deberes como esposa a su marido, y en la crianza de los hijos, lo que prueba que hubo una desatención al norma por el juzgado, en la negación de pruebas que traía*

la demádate para reforzar y demostrar su derecho legítimo a incoar la acción y el reclamos de las pretensiones.

Con esta negación existe por el juzgado una aprobada violación a lo normado y al deber de la administración de justicia de buscar la verdad, para fallar con justicia como es el deber de ser de todo funcionario judicial, que de haberse hecho sin esta violación los resultados hubieren sido diferentes, el encontrar que la demandante contaba con legitimidad para incoar las pretensiones de la reforma de la demanda, lo que resulta una fragante violación al Art. 29 CP, al debido proceso y al derecho de defensa de la demandante.

El Art. 372 N°11 parágrafo único del C.G del P, advierte que, “Cuando se advierta que *la práctica de pruebas es posible* y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, *decretará las pruebas* en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373.

Situación que no fue advertida en el auto que fija fecha y hora para la audiencia inicial, lo que denota de entrada que existe una violación por el *Aquo* a la norma procedimental, era deber del funcionario, si así lo considero oficiosamente de practicar las pruebas en la audiencia inicial y terminar el proceso en esta audiencia con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373, debería haberlo indicado en el auto que fijo la audiencia inicial.

Con este proceder existe una violación al trámite de lo regulado en los Art. 372 y 373 C.G.P, de igual forma se le sorprendió a la demandante incurriendo el funcionario en una violación directa al Art. 29 P.C, con una violación al debido proceso y al derecho de defensa, lo que conlleva a la nulidad de la audiencia inicial, por violación directa al Art. 29 P.C

Nulidad que se sustenta, conocemos por diferente tratadistas que una nulidad procesal es aquella condición que afecta un proceso judicial, que de no corregirse o sanearse, conlleva precisamente a la nulidad del proceso, en este caso a que se decrete la *nulidad* de la audiencia llevada a cabo el día 23 de febrero de 2022, como conocemos por varias sentencias, y así sea publicado que el código general del proceso contiene los principios y procedimientos que se deben seguir para garantizar el debido proceso en todo proceso judicial, y cuando se omiten ciertos procedimientos o se incurre en determinadas conductas, se genera una nulidad.

CONTROL DE LEGALIDAD DE NULIDAD

Se proceda en esta instancia al ***control de legalidad de nulidad***, en el trámite procedimental desarrollado por el señor juez en primera instancia, en cuanto al procedimiento que debió cumplir determinado en el *Art.372, numeral 11* párrafo único del C.G del P, advierte “Cuando se advierta que *la práctica de pruebas es posible* y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, *decretará las pruebas* en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373.

Situación que *no fue advertida* en el auto que fija fecha y hora para la audiencia inicial, conlleva a la violación procedimental por el *Aquo* a la norma procedimental, deber del funcionario, si así lo considero *“oficiosamente de practicar las pruebas en la audiencia inicial y terminar el proceso en esta audiencia con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373”*, debería haberlo indicado en el auto que fijo la audiencia inicial.

Conforme al artículo 132 del código general del proceso, es obligación de la juez una vez agotada una etapa procesal realizar un control sobre el proceso para evitar nulidades.

Para ello deberá sanear los vicios que las generen o que causen cualquier otra ***irregularidad*** en el proceso; ***vicios e irregularidades*** que no podrán ser alegadas en etapas siguientes.

El mismo juez tiene la obligación de comunicar a la parte afectada la existencia de alguna nulidad, para que se haga lo necesario para *sanearla*. No es otro el escenario y la oportunidad, si no en esta segunda instancia para aplicar el ***control de legalidad*** en garantía del debido proceso y el derecho de defensa, con lo cual se corregirá el error procedimental, más aún cuando el error es vencible mediante el control de legalidad, declarando la nulidad de la audiencia llevada a cabo el día 23 de febrero del 2022, control de legalidad previo a resolver el recurso de alzada, y en aras a la protección al derecho fundamental al debido proceso Art.29 C.P.

Que era la oportunidad para el *Aquo*, decretara y se practicara las pruebas solicitadas con la demanda, Omisión esta de lo cual no le asistía al fallador,

para no haber decretado las pruebas, si su determinación era agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373, de oficio o a petición de parte, *decretará las pruebas* en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373, es que se omita la práctica de pruebas que de acuerdo con la ley era obligatoria decretarla y más, aun cuando se pretendía decidir si la demandante tenía legitimidad para incoar la acción y la única forma era ordenando y practicando las pruebas, sin embargo el juzgado equivocadamente considero que lo que se iba resolver era una situación de derecho, exigiendo la declaratoria de la sociedad de hecho y con el argumento equivocado que por ser titular el demandado de los bienes tenía la condición para donar, cuando de presente en los hechos facticos y en las pretensiones, se advertían los vicios en proceso de la donación. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omita la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

Por lo cual es de recibo resolver inicialmente la nulidad y/o control de legalidad.

O en su defecto en los anteriores términos, dejo Sustentado el Recurso de Apelación, solicitando repetidamente a la Honorable Corporación, se **REVOQUE** la sentencia de fecha 23 de febrero del año 2022, **negando la excepción de falta de legitimación** en la causa de la demandante, que tuvo el Juez de primera instancia y reconociendo que la demandante Nathaly Sánchez Sánchez, contaba y cuenta con la **legitimidad** para incoar la acción.

Y en su defecto se declaren probadas las pretensiones de la parte demandante, y/o vuelva el expediente al despacho de origen para proseguir con el trámite el proceso, conforme a los Art. 372 y 373 del C.G.P.

De la Honorable Magistrada.


OSCAR PINZÓN RAMÍREZ

T.P. No.39.855 del C. S. de la J.

C.C. No.19.316.013 de Bogotá D.C.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA RV: RAD: 1-2017-98492 01 REF:
SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DICTADA EN CONTRA HOTEL
DANN CARLTON MEDELLÍN S.A.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 12/10/2022 16:37

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA

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: Jorge Alonso Garrido <asociacionoga2017@gmail.com>

Enviado: miércoles, 12 de octubre de 2022 4:17 p. m.

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

Asunto: RAD: 1-2017-98492 01 REF: SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DICTADA EN CONTRA HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A.

Doctora

CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA

Sala Civil Tribunal superior de Bogotá

E.S.D.

**REF: SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DICTADA EN
CONTRA HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A.**

RADICADO. 1-2017-98492 01

FOLIOS: 20

De conformidad con lo señalado en el CGP, me permito presentar la sustentación de la Apelación que fuera admitida por el Tribunal, y cuyos reparos concretos fueron presentados oportunamente.

Realizaré la sustentación en el mismo orden y con la misma nomenclatura en que se presentaron dichos Reparos, así:

1. Frente al pronunciamiento realizado por el subdirector de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, cuando señala que dicta ese fallo " administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:", me permito presentar

reparos concretos, porque dicho funcionario no puede administrar justicia por autoridad de la ley, en consideración a que el Gobierno Nacional, del cual, depende la Dirección Nacional de Derecho de Autor a la cual pertenece la dependencia que tomó la decisión impugnada, **no ha cumplido con la condición impuesta por la Corte Constitucional en la parte Resolutiva de la sentencia C-436 de 2.013, para poder ejercer esas funciones jurisdiccionales.**

Luego entonces, si el Estado o Gobierno Nacional, no cumplió con las condiciones expresadas en la parte resolutiva condicional de esa jurisprudencia, para poder ejercer esas funciones, significa que la subdirección de asuntos Jurisdiccionales de la dirección Nacional de Derecho de autor, no pueden estar administrando justicia en nombre de la República de Colombia, lo que simplemente hace del fallo, un ejercicio ilegal de la función judicial, una decisión absolutamente ilegal y violatoria del debido proceso.

2.Frente al numeral Primero, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió declarar que en las habitaciones del establecimiento de comercio HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN, propiedad de la sociedad DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., identificada con NIT 811.012.295-1 se han ejecutado públicamente obras musicales y fonogramas cuyos titulares son representados por las sociedades de autores y compositores de Colombia, sayco, y por la Asociación colombiana de intérpretes y productores fonográficos, Acinpro, mandantes ambos de la Organización sayco acinpro, OSA, desde el 1 de enero de 2.016, hasta el 30 de noviembre de 2017, sin haber obtenido la autorización previa y expresa, ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Primero, de la parte Resolutiva de la Sentencia, me permito argumentar en su contra que

a) La principal prueba en la que se fundamentó la DNDA, para la decisión Apelada, fue obtenida con violación del debido proceso probatorio, primero, porque el subdirector de asuntos jurisdiccionales de la DNDA, incorporó una inspección judicial extraprocesal practicada en el Hotel Dann de Medellín, en agosto de 2.017, antes de la oportunidad procesal para hacerlo como era la audiencia Inicial a la que se refiere el art. 372 CGP, cercenado la etapa probatoria que estaba obligado a respetar.

Como si lo anterior fuera de poca importancia procesal, el mencionado funcionario le otorgó a dicha prueba sumaria el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación, situación que fue objeto de un recurso que fue negado. En Derecho, esa prueba extra procesal nunca había sido controvertida en ningún proceso judicial, razón por la que debió decretarse en el momento procesal oportuno y sin embargo, fue incorporada como plena prueba al proceso, sin haber sido decretada por el Despacho.

De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público, razón por la cual, solicito al Tribunal, pronunciarse sobre las eventuales nulidades.

Debe recordarse que la mencionada prueba de inspección judicial extraprocesal era definitiva procesalmente, porque supuestamente demostraba que el Hotel objeto de la inspección, comunicaba públicamente obras musicales sin autorización del demandante, prueba determinante en un proceso donde la materia del mismo giraba alrededor de dicha utilización indebida de obras musicales pues sobre ellas recaen los Derechos de Autor supuestamente violados.

b) Se presentó una gravísima afectación del derecho al debido proceso de la parte demandada, en la medida que no decretó las pruebas documentales aportadas por el demandante pronunciándose sobre su admisión, sino que se limitó a incorporarlas informalmente al proceso y valoradas, en abierta violación de lo dispuesto por los artículos 173 y 174 CGP.

Precisamente, la prueba de inspección judicial extra procesal practicada en agosto de 2017 al demandado, nunca fue practicada válidamente en un proceso por lo que debió surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas, como era el que se escenificó en contra de este demandado ante la DNDA.

c) La decisión de señalar que valoraría las pruebas en la sentencia, sin haberlas incorporado pronunciándose expresamente sobre su admisión, tal como actuó quien tomó la decisión, es una actuación que viola el debido proceso, porque se trata de normas procesales, consideradas como de orden público por el artículo 13 CGP, que no pueden ser obviadas por el juzgador, so pena de nulidad.

d) Se negó a suspender el proceso, tal como lo exigía el artículo 33 del Tratado modificadorio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, el cual, señala que en los procesos que no tengan apelación en el derecho interno, es obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial de dicho tribunal. Tal proceso, por lo menos cuando se admitió, era de única instancia, debiendo suspenderlo de inmediato el operador judicial, tal como ordena la norma comunitaria.

Efectivamente, cuando se admitió la demanda, se hizo como proceso verbal sumario de única instancia, lo cual, obligaba a solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, porque así lo exigía el inciso final del artículo 32 del Tratado Modificadorio del tribunal de la CAN.

La citada norma comunitaria, dispone:

“ Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.” (negrillas, fuera del texto)

En consecuencia, se violó el procedimiento exigido por la ley supranacional para este tipo de procesos, pues la DNDA, se negó a suspender el proceso cuando se lo solicitó la parte demandada.

e) Se violó el debido proceso al señalar que a pesar que el demandado, había alegado que no existía prueba de la representación de sayco, respecto de los titulares de las obras musicales que se había constatado estaban siendo comunicadas a través de los canales de audio de Direct Tv, el despacho, señaló que existía una presunción que señalaba que por el hecho de presentar los estatutos de la entidad demandante, se presumía que representaba a dichos titulares, sin señalar qué norma o en cuál legislación, se encontraba tan llamativa presunción. Dicha decisión, no tiene soporte de derecho ninguno, porque dicha presunción, no existe en el orden jurídico.

La supuesta Presunción que alegó el funcionario que dictó la sentencia, no existe legalmente, porque el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1.993, régimen común andino en materia de Derechos de Autor y Conexos, establece que la legitimidad de las sociedades de gestión colectiva (mandantes del Demandante), para ejercer los derechos a ellas confiados, resulta de los términos de los contratos de reciprocidad celebrados con sociedades del extranjero.

La citada norma comunitaria, manifiesta:

“ 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.”

De dicha norma comunitaria se entiende que la legitimidad a la que alude es expresa, porque resulta de dichos documentos o contratos. Allí no se alude a ninguna presunción con la cual se pueda amparar la orfandad probatoria de representación de las obras supuestamente comunicadas por el demandado y que fueron fundamento determinante de la Sentencia.

Es notorio que el demandante no aportó ningún contrato de reciprocidad con las sociedades del exterior que supuestamente representaban dichas obras, pues se limitó a decir en una certificación que tenía celebrados esos contratos, que no es lo mismo que exhibirlos o aportarlos, pues de sus términos es que se entiende el alcance del ejercicio de derechos que representan, según señala tajantemente esa norma comunitaria.

f) Se tramitó el proceso como verbal, después de haberlo iniciado como de única instancia, sin ajustarse a lo señalado en los artículos 19,20 y 390 CGP, sobre competencia para ventilar procesos de esa naturaleza.

3.Frente al numeral Segundo, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió declarar que la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., identificada con NIT al cual ya hicimos referencia, infringió el derecho patrimonial de comunicación pública de los titulares de las obras musicales representados en este caso por la

organización Sayco Acinpro, OSA, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia. Como consecuencia de lo anterior

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Segundo de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar en su contra:

a) Las pruebas en las cuales se fundamentó para tal decisión, fueron obtenidas con violación del debido proceso probatorio, primero, porque el subdirector de asuntos jurisdiccionales de la DNDA, incorporó una inspección judicial extraprocesal practicada en el Hotel san Fernando Plaza de Medellín, en agosto de 2.017, antes de la oportunidad procesal para hacerlo como era la audiencia Inicial a la que se refiere el art. 372 CGP, cercenando la etapa probatoria que estaba obligado a respetar y sin dándole a dicha prueba el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación. De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público.

Como si lo anterior fuera de poca importancia procesal, el mencionado funcionario le otorgó a dicha prueba sumaria el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación, situación que fue objeto de un recurso que fue negado. En Derecho, esa prueba extra procesal nunca había sido controvertida en ningún proceso judicial, razón por la que debió decretarse en el momento procesal oportuno y sin embargo, fue incorporada como plena prueba al proceso, sin haber sido decretada por el despacho. De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público, razón por la cual, solicito al Tribunal, pronunciarse sobre las eventuales nulidades.

Debe recordarse que la mencionada prueba de inspección judicial extraprocesal era definitiva procesalmente, porque supuestamente demostraba que el Hotel objeto de la inspección, comunicaba públicamente obras musicales sin autorización del demandante, prueba determinante en un proceso donde la materia del mismo giraba alrededor de dicha utilización indebida de obras musicales.

b) Se presentó una gravísima afectación del derecho al debido proceso de la parte demandada, en la medida que no decretó las pruebas documentales aportadas por el demandante pronunciándose sobre su admisión, sino que se limitó a incorporarlas informalmente al proceso y valorarlas, en abierta violación de lo dispuesto por los artículos 173 y 174 CGP.

Precisamente, la prueba extra procesal practicada en agosto de 2017 al demandado, nunca fue practicada válidamente en un proceso por lo que debió surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas, como era el que se escenificó en contra de este demandado ante la DNDA.

c) La decisión sobre infracción a los derechos objeto del litigio, se tomó sin considerar que quien estaba emitiendo, es decir, comunicando las emisiones donde se encontraban los canales de audio musicales donde se estaban exhibiendo las obras musicales en cuya comunicación se fundamentó la decisión, estaba siendo realizada por Direct Tv y no, por el hotel. Tal apreciación no está en consonancia con

la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre ejecución pública de obras musicales en establecimientos hoteleros.

Está claro que si Direct TV, había pagado ya los derechos de autor y conexos a los mandantes del demandante, no tenía por qué volver a pagarlos el hotel pues al no estar emitiendo esas señales no se estaba realizando un acto de comunicación pública causante de derechos patrimoniales de autor y conexos.

d) La decisión sobre infracción a los derechos objeto del litigio, se tomó sin considerar que existía prueba documental a través de certificación emanada de la empresa de televisión satelital, Direct TV, en el sentido que los derechos de autor y conexos causados por las emisiones de su señal, habían sido pagados a sayco y acinpro. De hecho, haber presentado esa demanda para el pago de unos derechos que ya habían sido pagados, es un injustificado y abusivo ejercicio del derecho, porque suponía un doble cobro de lo ya remunerado o autorizado, que fue refrendado por la sentencia impugnada.

Está claro que si Direct TV, había pagado ya los derechos de autor y conexos a los mandantes del demandante, no tenía por qué volver a pagarlos el hotel pues al no estar emitiendo esas señales no se estaba realizando un acto de comunicación pública causante de derechos patrimoniales de autor y conexos.

e) Las obras musicales que se escuchaban en los canales musicales que arbitrariamente se sintonizaron en los televisores de esas habitaciones, tienen relación directa con lo afirmado por la apoderada de Sayco Acinpro, donde se refiere a la respuesta que Direct Tv le dio a la petición que fue aportada como prueba documental, fechada de octubre 3 de 2.017, donde una de las solicitudes era que direct tv le informara a qué sociedades de gestión colectiva le pagaba las licencias o autorizaciones por derechos de autor. Se trata de aplicar una norma de carácter supranacional que es el régimen Común Andino en la materia y por lo tanto, prevalente sobre nuestra legislación interna.

f) La decisión no tiene soporte jurídico, porque el demandante no podría reclamar el pago u oponerse a la comunicación de interpretaciones autorizadas a direct tv, pues se lo impediría el mandato del art. 34 de la decisión andina 351 de 1.993, por cuanto las emisiones de audio de direct tv, constituyen por si mismas una ejecución radiodifundida en la medida que esta empresa de tv satelital es un organismo de radiodifusión que emite señales al público, señales que, según señala la mencionada norma comunitaria, cuando han sido autorizadas por los artistas intérpretes o ejecutantes, a su comunicación posterior no pueden oponerse aquellos. Por tanto, solicito la aplicación de la mencionada norma de la Decisión andina 351.

Se trata de aplicar una norma de carácter supranacional que es el régimen Común Andino en la materia y por lo tanto, prevalente sobre nuestra legislación interna.

g) Los canales musicales que arbitrariamente se sintonizaron en los televisores de esas habitaciones, son en esencia, obras audiovisuales, porque Direct Tv y los canales que comunica en su señal, son los productores de la obra audiovisual y por tanto, gozan de la presunción de cesión respecto de las obras, interpretaciones y producciones musicales incorporadas en aquellos, establecida en el artículo 98 de la ley 23 de 1.982, declarado exequible por Sentencia C-276 de 1.996 de la corte

Constitucional, siendo absolutamente claro que la entidad privada demandante no podía aducir que representaba a los titulares de las obras incorporadas en esas obras musicales, mientras no desvirtuara tal presunción.

Tal connotación legal, implicaba que el demandante debió desvirtuar la aludida presunción constituida en favor del productor de la obra audiovisual, situación que nunca realizó en el proceso, razón por la cual se debió presumir que el titular no era el supuestamente representado por los mandantes del demandante, sino el organismo de radiodifusión que emitía la obra audiovisual donde se incorporaba la obra musical radiodifundida.

4.Frente al numeral Tercero, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió ordenar a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., identificada con el NIT 811.012.295-1 ya mencionado anteriormente, que cese la comunicación al público de las obras que sean parte del repertorio de la sociedad de autores y compositores de Colombia, sayco, en tanto no adquiera la respectiva licencia que le permiten llevar a cabo dicha utilización de las obras.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Tercero de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar como argumento en contra de la decisión:

La decisión tomada es imposible de cumplir y arbitraria, porque quien está emitiendo dichas obras es direct tv a través de los canales de audio musicales que difunde en las emisiones que satelitalmente envía a los televisores instalados en el hotel y en cuya comunicación, se fundamentó la sentencia. De hecho, el titular de los derechos sobre dichas emisiones es la mencionada empresa prestadora de servicios de tv satelital, pues el productor de obras audiovisuales como es esta empresa, goza de una Presunción de Cesión de derechos, consagrada en el artículo 98 de la ley 23 de 1982, presunción nunca desvirtuada por la parte Demandante.

En ese contexto, el glosario del artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, señala que Emisión es la Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público, lo cual, solo puede ser realizado por el emisor de la obra audiovisual que para este caso era el operador de televisión satelital contratado por el hotel demandado. De hecho, no está probado que el hotel emitiera dichas señales sino que las retransmitía, situación que hace imposible el cumplimiento de este aparte del fallo pues no emite ninguna señal.

5. Frente al numeral Cuarto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió condenar a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A, identificada con el NIT ya referido a pagar a la organización sayco acinpro, osa, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del presente fallo la suma de dieciocho millones setecientos sesenta y tres mil quinientos nueve pesos moneda corriente por concepto de la comunicación al público de obras y de fonogramas de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral cuarto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar como argumento de esta apelación:

La decisión tomada es incongruente e incoherente, porque la demanda no tenía relación directa con el juramento estimatorio que se realizó por parte del demandante, porque en la pretensión Segunda, se solicitó que se declarara que el demandado debía pagar al demandante el valor de los derechos patrimoniales de autor y derechos patrimoniales conexos generados por la comunicación pública de las obras musicales administradas por sayco y acinpro, **pero en ningún momento se solicitó que se declarara un pago de perjuicios en favor del demandante.** De hecho, se trató de un fallo extra petita, que le era prohibido expedir al operador judicial, quien señaló que en el numeral segundo de las pretensiones del demandante, si se solicitaba el pago de perjuicios, lo cual, no es cierto.

Es absolutamente claro que la ley procesal no contempla en este tipo de procesos que se profiera una sentencia más allá de lo pedido por el demandante, pero así hizo quien la dictó contrariando los principios de congruencia y proporcionalidad del fallo.

6. Frente al numeral quinto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió negar las excepciones propuestas por el demandado

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral quinto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que en dicha decisión que existió una violación al debido proceso al negar las excepciones en consideración a que:

- a) EXISTÍA INEPTITUD DE LA DEMANDA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN PREVIA EXTRAJUDICIAL.

No se está agotando el requisito de procedibilidad de Conciliación Previa, exigido por la Ley, porque a pesar del Demandante estar aportando un Acta de Audiencia de Conciliación, emitida por el centro de Conciliación de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, dicho documento da cuenta que en dicha audiencia asistió la Organización sayco Acinpro, pero no los representantes legales de las sociedades Sayco y Acinpro, quienes estaban obligados a comparecer a dicha reunión porque son las personas jurídicas cuyos derechos estaban en comprometidos en este proceso, al punto que la entidad demandante confesó en los hechos ser mandatario de esas sociedades. Es tan claro lo anterior que, en los hechos de la demanda el demandante confiesa pretender cobrar los derechos de esas sociedades.

En ese contexto, por ser las partes representantes de los derechos de autor / sayco) y deechos conexos (Acinpro), representantes de los derechos en disputa, en la conciliación se debió cumplir con la exigencia del artículo 620 CGP, que modificó el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 60 de 2001, señalando que las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. **De hecho, la Organización sayco Acinpro, no podría fungir como parte en este proceso, porque tal como se confiesa en los hechos, no es una sociedad de autores, sino mandataria de esas sociedades, que si pueden disponer de sus derechos, característica esencial de una Parte procesal.**

En efecto, la D.N.D.A., es absolutamente conocedora que la naturaleza jurídica de la entidad privada demandante, es la de estar constituida a través de contrato de mandato, suscrito en 1.999, entre Sayco y Acinpro, en calidad de Mandantes y la Organización sayco Acinpro, como mandataria de esas dos sociedades de gestión colectiva. No podría entonces señalar el despacho, que se agotó el requisito de procedibilidad, por haber

comparecido a dicha Audiencia de Conciliación en nombre de sus dos mandantes, porque la mencionada norma del Código General del proceso, que modificó el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 640 de 2001, obligaba a la asistencia personal de los representantes de Sayco y Acinpro, que son las Partes procesales. De hecho, es tan claro lo anterior que en los hechos Nos.3,5,6,8,10 11, de esta demanda, la entidad demandante se refiere a que el demandado está supuestamente comunicando obras musicales de afiliados a Sayco y acinpro (sus mandantes), de donde es lógico concluir que está compareciendo como Mandataria que es de esas personas jurídicas a efecto de propugnar por el reconocimiento de los derechos de aquellas.

En consecuencia, la admisión de la demanda sin el cumplimiento del mencionado requisito de procedibilidad, porque a la misma , solo compareció el mandatario de Sayco y Acinpro, pero no esas sociedades, constituye una vía de hecho de carácter sustantivo, lo que afecta el derecho fundamental al Debido Proceso del Demandado, como que para podersele demandar, el accionante, debió acreditarle al despacho, el agotamiento de dicho requisito, lo cual, se echa de menos en la demanda.

b) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN ENTRE LA PARTES

Quedó demostrado que entre el demandante y el demandado no existía ningún contrato y que no podía la DNDA, condenar al pago de una tarifa unilateralmente impuesta por el demandante, pues contravenía lo dispuesto en el parágrafo del artículo 73, ley 23 de 1.982 y en la sentencia C-519 de 1999 de la Corte Constitucional que declaró exequible la mencionada norma legal.

El mencionado parágrafo, señala:

“En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán, las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares.”

La mencionada norma se violó al condenar al hotel al pago de una tarifa unilateralmente impuesta por el demandante a través de unos manuales de tarifas que por más aprobados que estuvieran por la DNDA, debieron concertarse con el hotel como materialización del mandato de la citada norma, situación ratificada por la Corte constitucional en la aludida jurisprudencia, donde señala que esa concertación es una norma de orden público.

Sobre el particular, la misma Corte, señaló en sentencia C-833 de 2007, que el derecho exclusivo de los autores está regulado por normas de orden público como el parágrafo del artículo 73 de la ley 23 de 1982, , es decir, tal derecho no es tan exclusivo pues su ejercicio está intervenido por el Estado.

En tal sentido, señaló el aparte 3.4. de las consideraciones de la mencionada jurisprudencia:

“ Paralelamente a esa gestión netamente privada, el ordenamiento jurídico, tanto interno como internacional, ha ido desarrollando diferentes instrumentos de protección, no sólo mediante el diseño de tipos contractuales que responden específicamente a los requerimientos de la gestión de la propiedad intelectual, sino a través de un conjunto de previsiones que buscan dar respuesta a una realidad que se ha mostrado como muy diversa y dinámica y que presenta complejidades de distinto orden, que, con frecuencia, muestran la insuficiencia de las posibilidades puramente privadas de gestión de los derechos.

Una de las mayores fuentes de la complejidad a la que se ha hecho alusión es la creciente masificación en la difusión de las obras protegidas, que incluye su internacionalización. En ese fenómeno cabe distinguir, entre otras, dos aristas particularmente relevantes, por un lado, el interés público, ya no netamente privado, en la difusión y la accesibilidad generalizada del producto del talento humano, y, por otro, la imposibilidad práctica, particularmente en ciertos ámbitos como el musical, de adelantar una gestión individual o netamente privada de los derechos de autor y los derechos conexos.

Así, por ejemplo, tratándose de la comunicación pública de una obra musical, pueden confluir en un solo acto comunicativo, entre otros, los intereses del compositor, los del intérprete, los del editor del fonograma, los de la emisora de radiodifusión o el establecimiento abierto al público y los de la audiencia. A todo lo cual se agrega la posibilidad de que uno o varios de los titulares de los derechos en juego sean extranjeros.

Esa situación hizo imperativo que para hacer efectivo el mandato constitucional de protección a la propiedad intelectual y conciliar los distintos intereses en juego, el legislador, de la mano de lo que sobre la materia se ha dispuesto en el ámbito internacional, acudiera a medidas regulatorias que, en ciertos aspectos, marcan distancias con una gestión netamente privada de los derechos de autor y conexos.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C- 519 de 1999 manifestó que “[e]l recaudo de los derechos que corresponden a los autores por concepto de ejecución, representación, exhibición, uso o explotación de las obras generadas en su creatividad o concepción artística o intelectual, que representan una forma de propiedad constitucionalmente protegida, no puede librarse a la voluntad puramente contractual, al acuerdo o al convenio entre quien explota el material al que se refieren aquéllos y el autor correspondiente o quien sus derechos representa, sino que, a juicio de esta Corte, involucra necesariamente la actividad estatal e implica la

consagración de normas de orden público no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales.”

Entre tales medidas de orden público cabe mencionar, por vía de ejemplo, la regulación especial del derecho exclusivo de los autores con la previsión de que “en los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo ...”[13] o la consagración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes, en ciertas condiciones, como un derecho de remuneración de acuerdo con una tarifa única cuya distribución entre éstos y el productor del fonograma está prevista en la misma ley.[14]” (negrillas, fuer del texto)

c) FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA, porque La Organización Sayco Acinpro, es una persona jurídica que está impedida legalmente de recibir poderes para representar judicialmente a sus Mandantes y porque, no podía legitimar su actividad procesal como Mandataria ante la jurisdicción, con base a un simple contrato de Mandato.

Tal como soporta en los hechos 3,5,6,8,10 y 11, de esta demanda y en los anexos de la misma, la actuación procesal de la Demandante, se sustenta en su calidad de persona jurídica Mandataria de otras dos entidades, lo que significa que no actúa a nombre propio, situación más que obvia, porque no se trata de una sociedad de autores que pueda afiliar a titulares de derechos, sino que interviene como mandataria de las asociaciones que si afilian a esos titulares, esto es, de Sayco y Acinpro.

Entendiendo que la ley procesal autoriza extender poder o ser representado judicialmente por otras personas jurídicas, como lo es la Organización sayco Acinpro, debe señalarse que esta persona jurídica, no cumple con los requisitos que establece el inciso 1 del artículo 75 CGP, para otorgar poder a personas jurídicas, como que según esa norma, se puede otorgar poder a aquellas que tengan por objeto social principal el de prestar servicios jurídicos, exigencia que no cumple la Organización sayco Acinpro, porque su objeto social principal es el cobro y recaudación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.

Como si lo anterior fuera de poca monta, esa norma procesal exige a la persona jurídica que pretenda representar procesalmente a otra persona, haber inscrito en su certificado de existencia y representación a cualquier profesional del derecho que realice esos eventuales servicios, exigencia con la que no cumple la Organización sayco Acinpro,, para cuya confirmación de mi afirmación, basta revisar su registro de existencia y representación suscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá.

El mencionado mandato legal, deja en evidencia una situación que hace más ilegal la actividad judicial cumplida por esta entidad, como que por razón de ser su objeto social principal el recaudo de derechos patrimoniales de autor, jamás podría recibir poderes para representar a sus asociados en los estrados judiciales, razón más que suficiente para solicitar al operador judicial competente, investigar disciplinariamente a su directora

y a los abogados que eventualmente han realizado actividades judiciales en nombre de esa persona jurídica de derecho privado ante este Despacho.

La Organización Sayco Acinpro, no puede legitimar su actividad procesal como Mandataria ante la jurisdicción, con base a un simple contrato de Mandato.

De lo expuesto en los hechos de la demanda y los documentos anexos a la misma, es claro que el demandante Organización Sayco Acinpro, actúa en este proceso como un Mandatario de otras dos entidades, porque expresa textualmente que pretende cobrar derechos patrimoniales de autor y derechos patrimoniales conexos de titulares afiliados a las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, sus mandantes (hechos 1,2, 3,5,11 y Fundamentos de derecho). Según comprueban esos anexos, se concluye que se trata de tres personas jurídicas distintas: dos mandantes y un mandatario que tiene por especial característica, tener una razón social que combina las siglas de sus dos Mandantes.

En ese orden de ideas, la demanda fue presentada por una persona jurídica que dice ser Mandatario de las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, actuación para la que no acreditó un acto de apoderamiento judicial de esos Mandantes, es decir, no presentó un poder general o especial que legitimara a ese Mandatario para actuar judicialmente en nombre de sus Mandantes, única forma de representarlos en este proceso. De hecho, como

demuestran los anexos de la demanda, el demandante no es una sociedad de autores o sociedad de gestión colectiva, sino un Mandatario y recaudador de los derechos representados por esas sociedades de gestión, que son sus Mandantes Sayco y Acinpro. A pesar de semejante vicio procesal, se admitió la Demanda.

Siendo el demandante, una persona jurídica que actúa como mandatario de otras dos personas jurídicas, debió actuar con base a poderes especiales o generales, pero no con el contrato de Mandato por Representación con que legitiman su actuación, porque éste, por sí solo, no sirve como acto de apoderamiento. De hecho, Sayco Acinpro, no puede actuar como mandatario de otras personas jurídicas ante autoridades judiciales, porque su objeto social principal no es la prestación de servicios jurídicos, lo que contraviene la autorización otorgada a las personas jurídicas para actuar como apoderados de terceros, consagrada en el inciso 1 del artículo 75 del CGP.

Ciertamente, la actuación procesal del Demandante, fue legitimada porque presentó ante el Despacho, un simple Contrato de Mandato (Folio 9 y s.s. y documento probatorio No. 4) que había celebrado en 1.999, con sus mandantes, las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, donde en el literal c, de la cláusula Primera, dice que tal Mandatario, podrá "representar" a sus asociadas ante las autoridades judiciales, manifestación que no tiene el

potencial de suplir el poder que se necesita para representar ante un juzgado, a sus Mandantes Sayco y Acinpro, , por más que su razón social lleve el mismo nombre de aquellos. Y todo, porque el artículo 73 y s.s. del CGP, señala que para poder representar judicialmente a un tercero, se necesita de un poder, que no es lo mismo que un contrato de Mandato, conforme señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional que cito a continuación.

En efecto, según señaló la Corte Constitucional en el numeral 3 de las Consideraciones de la Sentencia C-11871 de 2.001, que declaró exequible el artículo 69 del anterior CGP,

así:

“ Como es sabido el contrato de mandato es uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste, de conformidad con los artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio, en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella. En tanto el apoderamiento es un acto unilateral, que puede ser aceptado o no, en virtud del cual una persona autoriza a otra para actuar a su nombre y representación.

Ahora bien, lo que ordinariamente ocurre es que el contrato de gestión precede y genera el acto de apoderamiento, pero esta íntima relación no permite confundir los efectos de uno y otro, porque mientras el acto de apoderamiento es oponible a quienes por causa del mismo se relacionan con el poderdante y con el apoderado, el contrato de gestión rige las relaciones internas entre estos de manera preferente al acto de apoderamiento, pero sin trascender a quienes se vinculan con el apoderado y el poderdante por razón de la representación, porque con respecto de aquellos el contrato de gestión viene a ser res inter alios acta.

Además, el contrato de mandato, aunque de ordinario regula las relaciones internas entre poderdante y apoderado, no es el único idóneo para el efecto, porque el apoderado bien puede estar vinculado con el poderdante mediante un contrato de trabajo, de prestación de servicios, a causa de una situación legal o reglamentaria o solo en razón del acto de apoderamiento -es el caso, por ejemplo, de quien otorga el poder a aquel que le indica la firma de abogados, con la cual tiene vigente un contrato de asesoría, inclusive sin conocerlo-.

Así las cosas, el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no regula el contrato de mandato que eventualmente puede existir entre el abogado y su cliente, sino el acto de apoderamiento que le permite a un sujeto procesal o a un interviniente en juicio, ser técnicamente representado. Representación que requiere de una especial regulación, dada sus particularidades.

De otra parte, los negocios de gestión, en cuanto regulan internamente las relaciones entre poderdante y apoderado, están desprovistos del interés público que conlleva el ejercicio del derecho de defensa en juicio -bajo la modalidad de la autodefensa, o de la asistencia de un tercero-, toda vez, que con prescindencia del convenio que puede dar lugar al acto de apoderamiento, lo esencial de la intervención del letrado consiste en que el vinculado al juicio sea asistido en la proyección de su defensa en juicio, para que el debido proceso se realice efectivamente -artículo 29 C.P.-. ”

De lo señalado por la Corte, es absolutamente claro que el contrato de mandato que presentó quien funge como Demandante, sirve para determinar las relaciones internas entre sus mandantes y esa entidad mandataria, pero no, para representar judicialmente a sus Mandantes Sayco y Acinpro, ante este Despacho judicial. Precisamente, el acto de apoderamiento que le permite a un sujeto procesal o a un interviniente en juicio, ser técnicamente representado, se realiza a través de Poder especial o General, provisto del interés público que conlleva el ejercicio del derecho de defensa en juicio -bajo la modalidad de la autodefensa, o de la asistencia de un tercero.

Ahora bien, no se debe confundir el poder con el que actúa el apoderado de la entidad Mandataria que solicita las medidas, con el poder que necesita esa entidad para actuar

judicialmente en nombre de sus mandantes Sayco y Acinpro. Es que, valga la aclaración, esa entidad mandataria, posee casi el mismo nombre o razón social de sus Mandantes Sayco y Acinpro; pero no son las mismas, son tres personas jurídicas distintas. De allí, que tal situación, induzca en error al operador judicial, quien cree que se trata de las mismas

entidades. De hecho, la entidad demandante es una mandataria de terceros cuyos derechos son los que están en litigio, como que no se trata de una asociación de autores, sino de un Mandatario de esas asociaciones de autores, que son sus Mandantes.

Queda claro entonces que el mencionado Contrato de mandato, no es un acto de apoderamiento para actuar ante un Juez de la República; como que la ley procesal señala que para poder representar a otro en un proceso judicial, se necesita un requisito de orden público, ad substantiam actus, como es el PODER, el cual, no se aportó a la Demanda. Cabe señalar que, las sociedades de gestión colectiva que son mandantes del Demandante, tendrían que otorgar un poder por separado para que este demandante mandatario pudiera actuar en su nombre, pues el contrato de Mandato, no sirve para representarlos judicialmente.

7. Frente al numeral sexto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió condenar en costas a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral sexto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que son arbitrarios en la medida que se sustentan en un fallo que violó el debido proceso del demandado.

8. Frente al numeral séptimo, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió fijar como agencias en derecho el 5% de lo concedido como fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, un millón ciento ochenta y nueve mil novecientos sesenta y ocho pesos moneda corriente

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral séptimo de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que es un porcentaje arbitrario en la medida que se sustentan en un fallo que violó el debido proceso del demandado.

Que se tenga como prueba el expediente y las Audiencias realizadas.

Solicito que si encuentran que si existen las nulidades que se denuncian en estos reparos, sean decretadas por el Tribunal.

Por todo lo anterior, respetuosamente solicito la revocación del fallo impugnado y que, en su lugar se nieguen las pretensiones y se condene en costas al Demandante.

Cordialmente,

JORGE ALONSO GARRIDO ABAD
Apoderado del Demandando

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA RV: ARCHIVO PDF- FIRMADO-RAD: 2017 98492 02-TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA CIVIL-

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 13/10/2022 8:41

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA

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: Jorge Alonso Garrido <asociacionoga2017@gmail.com>

Enviado: miércoles, 12 de octubre de 2022 6:18 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Clara Urazan Dpto Juridico <juridica@saycoacinpro.org.co>

Asunto: ARCHIVO PDF- FIRMADO-RAD: 2017 98492 02-TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA CIVIL-

Doctora

CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA

Sala Civil Tribunal superior de Bogotá

E.S.D.

REF: SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DICTADA EN CONTRA HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A.

RADICADO. 1-2017-98492 01

FOLIOS: 20

De conformidad con lo señalado en el CGP, me permito presentar la sustentación de la Apelación que fuera admitida por el Tribunal, y cuyos reparos concretos fueron presentados oportunamente.

Realizaré la sustentación en el mismo orden y con la misma nomenclatura en que se presentaron dichos Reparos, así:

1.Frente al pronunciamiento realizado por el subdirector de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, cuando señala que dicta ese fallo " administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:", me permito presentar reparos concretos, porque dicho funcionario no puede administrar justicia por autoridad de la ley, en consideración a que el Gobierno Nacional, del cual, depende la Dirección Nacional de

Derecho de Autor a la cual pertenece la dependencia que tomó la decisión impugnada, **no ha cumplido con la condición impuesta por la Corte Constitucional en la parte Resolutiva de la sentencia C-436 de 2.013, para poder ejercer esas funciones jurisdiccionales.**

Luego entonces, si el Estado o Gobierno Nacional, no cumplió con las condiciones expresadas en la parte resolutiva condicional de esa jurisprudencia, para poder ejercer esas funciones, significa que la subdirección de asuntos Jurisdiccionales de la dirección Nacional de Derecho de autor, no pueden estar administrando justicia en nombre de la República de Colombia, lo que simplemente hace del fallo, un ejercicio ilegal de la función judicial, una decisión absolutamente ilegal y violatoria del debido proceso.

2.Frente al numeral Primero, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió declarar que en las habitaciones del establecimiento de comercio HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN, propiedad de la sociedad DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., dentificada con NIT 811.012.295-1 se han ejecutado públicamente obras musicales y fonogramas cuyos titulares son representados por las sociedades de autores y compositores de Colombia, sayco, y por la Asociación colombiana de intérpretes y productores fonográficos , Acinpro, mandantes ambos de la Organización sayco acinpro, OSA, desde el 1 de enero de 2.016, hasta el 30 de noviembre de 2017, sin haber obtenido la autorización previa y expresa, ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Primero, de la parte Resolutiva de la Sentencia, me permito argumentar en su contra que

a) La principal prueba en la que se fundamentó la DNDA, para la decisión Apelada, fue obtenida con violación del debido proceso probatorio, primero, porque el subdirector de asuntos jurisdiccionales de la DNDA, incorporó una inspección judicial extraprocesal practicada en el Hotel Dann de Medellín, en agosto de 2.017, antes de la oportunidad procesal para hacerlo como era la audiencia Inicial a la que se refiere el art. 372 CGP, cercenado la etapa probatoria que estaba obligado a respetar.

Como si lo anterior fuera de poca importancia procesal, el mencionado funcionario le otorgó a dicha prueba sumaria el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación, situación que fue objeto de un recurso que fue negado. En Derecho, esa prueba extra procesal nunca había sido controvertida en ningún proceso judicial, razón por la que debió decretarse en el momento procesal oportuno y sin embargo, fue incorporada como plena prueba al proceso, sin haber sido decretada por el Despacho. **De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público, razón por la cual, solicito al Tribunal, pronunciarse sobre las eventuales nulidades.**

Debe recordarse que la mencionada prueba de inspección judicial extraprocesal era definitiva procesalmente, porque supuestamente demostraba que el Hotel objeto de la inspección, comunicaba públicamente obras musicales sin autorización del demandante,

prueba determinante en un proceso donde la materia del mismo giraba alrededor de dicha utilización indebida de obras musicales pues sobre ellas recaen los Derechos de Autor supuestamente violados.

b) Se presentó una gravísima afectación del derecho al debido proceso de la parte demandada, en la medida que no decretó las pruebas documentales aportadas por el demandante pronunciándose sobre su admisión, sino que se limitó a incorporarlas informalmente al proceso y valoradas, en abierta violación de lo dispuesto por los artículos 173 y 174 CGP.

Precisamente, la prueba de inspección judicial extra procesal practicada en agosto de 2017 al demandado, nunca fue practicada válidamente en un proceso por lo que debió surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas, como era el que se escenificó en contra de este demandado ante la DNDA.

c) La decisión de señalar que valoraría las pruebas en la sentencia, sin haberlas incorporado pronunciándose expresamente sobre su admisión, tal como actuó quien tomó la decisión, es una actuación que viola el debido proceso, porque se trata de normas procesales, consideradas como de orden público por el artículo 13 CGP, que no pueden ser obviadas por el juzgador, so pena de nulidad.

d) Se negó a suspender el proceso, tal como lo exigía el artículo 33 del Tratado modificadorio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, el cual, señala que en los procesos que no tengan apelación en el derecho interno, es obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial de dicho tribunal. Tal proceso, por lo menos cuando se admitió, era de única instancia, debiendo suspenderlo de inmediato el operador judicial, tal como ordena la norma comunitaria.

Efectivamente, cuando se admitió la demanda, se hizo como proceso verbal sumario de única instancia, lo cual, obligaba a solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, porque así lo exigía el inciso final del artículo 32 del Tratado Modificadorio del tribunal de la CAN.

La citada norma comunitaria, dispone:

“ Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.” (negrillas, fuera del texto)

En consecuencia, se violó el procedimiento exigido por la ley supranacional para este tipo de procesos, pues la DNDA, se negó a suspender el proceso cuando se lo solicitó la parte demandada.

e) Se violó el debido proceso al señalar que a pesar que el demandado, había alegado que no existía prueba de la representación de sayco, respecto de los titulares de las obras musicales que se había constatado estaban siendo comunicadas a través de los canales de audio de Direct Tv, el despacho, señaló que existía una presunción que señalaba que por el hecho de presentar los estatutos de la entidad demandante, se presumía que representaba a dichos titulares, sin señalar qué norma o en cuál legislación, se encontraba tan llamativa presunción. Dicha decisión, no tiene soporte de derecho ninguno, porque dicha presunción, no existe en el orden jurídico.

La supuesta Presunción que alegó el funcionario que dictó la sentencia, no existe legalmente, porque el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1.993, régimen común andino en materia de Derechos de Autor y Conexos, establece que la legitimidad de las sociedades de gestión colectiva (mandantes del Demandante), para ejercer los derechos a ellas confiados, resulta de los términos de los contratos de reciprocidad celebrados con sociedades del extranjero.

La citada norma comunitaria, manifiesta:

“ 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.”

De dicha norma comunitaria se entiende que la legitimidad a la que alude es expresa, porque resulta de dichos documentos o contratos. Allí no se alude a ninguna presunción con la cual se pueda amparar la orfandad probatoria de representación de las obras supuestamente comunicadas por el demandado y que fueron fundamento determinante de la Sentencia.

Es notorio que el demandante no aportó ningún contrato de reciprocidad con las sociedades del exterior que supuestamente representaban dichas obras, pues se limitó a decir en una certificación que tenía celebrados esos contratos, que no es lo mismo que exhibirlos o aportarlos, pues de sus términos es que se entiende el alcance del ejercicio de derechos que representan, según señala tajantemente esa norma comunitaria.

f) Se tramitó el proceso como verbal, después de haberlo iniciado como de única instancia, sin ajustarse a lo señalado en los artículos 19,20 y 390 CGP, sobre competencia para ventilar procesos de esa naturaleza.

3.Frente al numeral Segundo, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió declarar que la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., identificada con NIT al cual ya hicimos referencia, infringió el derecho patrimonial de comunicación pública de los titulares de las obras musicales representados en este caso por la organización Sayco Acinpro, OSA, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia. Como consecuencia de lo anterior

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Segundo de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar en su contra:

a) Las pruebas en las cuales se fundamentó para tal decisión, fueron obtenidas con violación del debido proceso probatorio, primero, porque el subdirector de asuntos jurisdiccionales de la DNDA, incorporó una inspección judicial extraprocesal practicada en el Hotel san Fernando Plaza de Medellín, en agosto de 2017, antes de la oportunidad procesal para hacerlo como era la audiencia Inicial a la que se refiere el art. 372 CGP, cercenando la etapa probatoria que estaba obligado a respetar y sin dándole a dicha prueba el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación. De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público.

Como si lo anterior fuera de poca importancia procesal, el mencionado funcionario le otorgó a dicha prueba sumaria el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación, situación que fue objeto de un recurso que fue negado. En Derecho, esa prueba extra procesal nunca había sido controvertida en ningún proceso judicial, razón por la que debió decretarse en el momento procesal oportuno y sin embargo, fue incorporada como plena prueba al proceso, sin haber sido decretada por el despacho. De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público, razón por la cual, solicito al Tribunal, pronunciarse sobre las eventuales nulidades.

Debe recordarse que la mencionada prueba de inspección judicial extraprocesal era definitiva procesalmente, porque supuestamente demostraba que el Hotel objeto de la inspección, comunicaba públicamente obras musicales sin autorización del demandante, prueba determinante en un proceso donde la materia del mismo giraba alrededor de dicha utilización indebida de obras musicales.

b) Se presentó una gravísima afectación del derecho al debido proceso de la parte demandada, en la medida que no decretó las pruebas documentales aportadas por el demandante pronunciándose sobre su admisión, sino que se limitó a incorporarlas informalmente al proceso y valorarlas, en abierta violación de lo dispuesto por los artículos 173 y 174 CGP.

Precisamente, la prueba extra procesal practicada en agosto de 2017 al demandado, nunca fue practicada válidamente en un proceso por lo que debió surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas, como era el que se escenificó en contra de este demandado ante la DNDA.

c) La decisión sobre infracción a los derechos objeto del litigio, se tomó sin considerar que quien estaba emitiendo, es decir, comunicando las emisiones donde se encontraban los canales de audio musicales donde se estaban exhibiendo las obras musicales en cuya comunicación se fundamentó la decisión, estaba siendo realizada por Direct Tv y no, por el hotel. Tal apreciación no está en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre ejecución pública de obras musicales en establecimientos hoteleros.

Está claro que si Direct TV, había pagado ya los derechos de autor y conexos a los mandantes del demandante, no tenía por qué volver a pagarlos el hotel pues al no estar emitiendo esas señales no se estaba realizando un acto de comunicación pública causante de derechos patrimoniales de autor y conexos.

d) La decisión sobre infracción a los derechos objeto del litigio, se tomó sin considerar que existía prueba documental a través de certificación emanada de la empresa de televisión satelital, Direct TV, en el sentido que los derechos de autor y conexos causados por las emisiones de su señal, habían sido pagados a sayco y acinpro. De hecho, haber presentado esa demanda para el pago de unos derechos que ya habían sido pagados, es un injustificado y abusivo ejercicio del derecho, porque suponía un doble cobro de lo ya remunerado o autorizado, que fue refrendado por la sentencia impugnada.

Está claro que si Direct TV, había pagado ya los derechos de autor y conexos a los mandantes del demandante, no tenía por qué volver a pagarlos el hotel pues al no estar emitiendo esas señales no se estaba realizando un acto de comunicación pública causante de derechos patrimoniales de autor y conexos.

e) Las obras musicales que se escuchaban en los canales musicales que arbitrariamente se sintonizaron en los televisores de esas habitaciones, tienen relación directa con lo afirmado por la apoderada de Sayco Acinpro, donde se refiere a la respuesta que Direct Tv le dio a la petición que fue aportada como prueba documental, fechada de octubre 3 de 2.017, donde una de las solicitudes era que direct tv le informara a qué sociedades de gestión colectiva le pagaba las licencias o autorizaciones por derechos de autor. Se trata de aplicar una norma de carácter supranacional que es el régimen Común Andino en la materia y por lo tanto, prevalente sobre nuestra legislación interna.

f) La decisión no tiene soporte jurídico, porque el demandante no podría reclamar el pago u oponerse a la comunicación de interpretaciones autorizadas a direct tv, pues se lo impediría el mandato del art. 34 de la decisión andina 351 de 1.993, por cuanto las emisiones de audio de direct tv, constituyen por si mismas una ejecución radiodifundida en la medida que esta empresa de tv satelital es un organismo de radiodifusión que emite señales al público, señales que, según señala la mencionada norma comunitaria, cuando han sido autorizadas por los artistas intérpretes o ejecutantes, a su comunicación posterior no pueden oponerse aquellos. Por tanto, solicito la aplicación de la mencionada norma de la Decisión andina 351.

Se trata de aplicar una norma de carácter supranacional que es el régimen Común Andino en la materia y por lo tanto, prevalente sobre nuestra legislación interna.

g) Los canales musicales que arbitrariamente se sintonizaron en los televisores de esas habitaciones, son en esencia, obras audiovisuales, porque Direct Tv y los canales que comunica en su señal, son los productores de la obra audiovisual y por tanto, gozan de la presunción de cesión respecto de las obras, interpretaciones y producciones musicales incorporadas en aquellos, establecida en el artículo 98 de la ley 23 de 1.982, declarado exequible por Sentencia C-276 de 1.996 de la corte Constitucional, siendo absolutamente claro que la entidad privada demandante no podía aducir que representaba a los titulares de las obras incorporadas en esas obras musicales, mientras no desvirtuara tal presunción.

Tal connotación legal, implicaba que el demandante debió desvirtuar la aludida presunción constituida en favor del productor de la obra audiovisual, situación que nunca realizó en el proceso, razón por la cual se debió presumir que el titular no era el supuestamente representado por los mandantes del demandante, sino el organismo de radiodifusión que emitía la obra audiovisual donde se incorporaba la obra musical radiodifundida.

4.Frente al numeral Tercero, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió ordenar a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., identificada con el NIT 811.012.295-1 ya mencionado anteriormente, que cese la comunicación al público de las obras que sean parte del repertorio de la sociedad de autores y compositores de Colombia, sayco, en tanto no adquiera la respectiva licencia que le permiten llevar a cabo dicha utilización de las obras.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Tercero de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar como argumento en contra de la decisión:

La decisión tomada es imposible de cumplir y arbitraria, porque quien está emitiendo dichas obras es direct tv a través de los canales de audio musicales que difunde en las emisiones que satelitalmente envía a los televisores instalados en el hotel y en cuya comunicación, se fundamentó la sentencia. De hecho, el titular de los derechos sobre dichas emisiones es la mencionada empresa prestadora de servicios de tv satelital, pues el productor de obras audiovisuales como es esta empresa, goza de una Presunción de Cesión de derechos, consagrada en el artículo 98 de la ley 23 de 1982, presunción nunca desvirtuada por la parte Demandante.

En ese contexto, el glosario del artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, señala que Emisión es la Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público, lo cual, solo puede ser realizado por el emisor de la obra audiovisual que para este caso era el operador de televisión satelital contratado por el hotel demandado. De hecho, no está probado que el hotel emitiera dichas señales sino que las retransmitía, situación que hace imposible el cumplimiento de este aparte del fallo pues no emite ninguna señal.

5. Frente al numeral Cuarto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió condenar a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A, identificada con el NIT ya referido a pagar a la organización sayco acinpro, osa, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del presente fallo la suma de dieciocho millones setecientos sesenta y tres mil quinientos nueve pesos moneda corriente por concepto de la comunicación al público de obras y de fonogramas de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral cuarto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar como argumento de esta apelación:

La decisión tomada es incongruente e incoherente, porque la demanda no tenía relación directa con el juramento estimatorio que se realizó por parte del demandante, porque en la pretensión Segunda, se solicitó que se declarara que el demandado debía pagar al demandante el valor de los derechos patrimoniales de autor y derechos patrimoniales conexos

generados por la comunicación pública de las obras musicales administradas por sayco y acinpro, **pero en ningún momento se solicitó que se declarara un pago de perjuicios en favor del demandante.** De hecho, se trató de un fallo extra petita, que le era prohibido expedir al operador judicial, quien señaló que en el numeral segundo de las pretensiones del demandante, si se solicitaba el pago de perjuicios, lo cual, no es cierto.

Es absolutamente claro que la ley procesal no contempla en este tipo de procesos que se profiera una sentencia más allá de lo pedido por el demandante, pero así hizo quien la dictó contrariando los principios de congruencia y proporcionalidad del fallo.

6. Frente al numeral quinto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió negar las excepciones propuestas por el demandado

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral quinto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que en dicha decisión que existió una violación al debido proceso al negar las excepciones en consideración a que:

- a) EXISTÍA INEPTITUD DE LA DEMANDA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN PREVIA EXTRAJUDICIAL.

No se está agotando el requisito de procedibilidad de Conciliación Previa, exigido por la Ley, porque a pesar del Demandante estar aportando un Acta de Audiencia de Conciliación, emitida por el centro de Conciliación de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, dicho documento da cuenta que en dicha audiencia asistió la Organización sayco Acinpro, pero no los representantes legales de las sociedades Sayco y Acinpro, quienes estaban obligados a comparecer a dicha reunión porque son las personas jurídicas cuyos derechos estaban en comprometidos en este proceso, al punto que la entidad demandante confesó en los hechos ser mandatario de esas sociedades. Es tan claro lo anterior que, en los hechos de la demanda el demandante confiesa pretender cobrar los derechos de esas sociedades.

En ese contexto, por ser las partes representantes de los derechos de autor / sayco) y deechos conexos (Acinpro), representantes de los derechos en disputa, en la conciliación se debió cumplir con la exigencia del artículo 620 CGP, que modificó el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 60 de 2001, señalando que las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. **De hecho, la Organización sayco Acinpro, no podría fungir como parte en este proceso, porque tal como se confiesa en los hechos, no es una sociedad de autores, sino mandataria de esas sociedades, que si pueden disponer de sus derechos, característica esencial de una Parte procesal.**

En efecto, la D.N.D.A., es absolutamente concedora que la naturaleza jurídica de la entidad privada demandante, es la de estar constituida a través de contrato de mandato, suscrito en 1.999, entre Sayco y Acinpro, en calidad de Mandantes y la Organización sayco Acinpro, como mandataria de esas dos sociedades de gestión colectiva. No podría entonces señalar el despacho, que se agotó el requisito de procedibilidad, por haber comparecido a dicha Audiencia de Conciliación en nombre de sus dos mandantes, porque la mencionada norma del Código General del proceso, que modificó el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 640 de 2001, obligaba a la asistencia personal de los representantes de Sayco y Acinpro, que son las Partes procesales. De hecho, es tan claro

lo anterior que en los hechos Nos.3,5,6,8,10 11, de esta demanda, la entidad demandante se refiere a que el demandado está supuestamente comunicando obras musicales de afiliados a Sayco y acinpro (sus mandantes), de donde es lógico concluir que está compareciendo como Mandataria que es de esas personas jurídicas a efecto de propugnar por el reconocimiento de los derechos de aquellas.

En consecuencia, la admisión de la demanda sin el cumplimiento del mencionado requisito de procedibilidad, porque a la misma , solo compareció el mandatario de Sayco y Acinpro, pero no esas sociedades, constituye una vía de hecho de carácter sustantivo, lo que afecta el derecho fundamental al Debido Proceso del Demandado, como que para podersele demandar, el accionante, debió acreditarle al despacho, el agotamiento de dicho requisito, lo cual, se echa de menos en la demanda.

b) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN ENTRE LA PARTES

Quedó demostrado que entre el demandante y el demandado no existía ningún contrato y que no podía la DNDA, condenar al pago de una tarifa unilateralmente impuesta por el demandante, pues contravenía lo dispuesto en el parágrafo del artículo 73, ley 23 de 1.982 y en la sentencia C-519 de 1999 de la Corte Constitucional que declaró exequible la mencionada norma legal.

El mencionado parágrafo, señala:

“En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán, las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares.”

La mencionada norma se violó al condenar al hotel al pago de una tarifa unilateralmente impuesta por el demandante a través de unos manuales de tarifas que por más aprobados que estuvieran por la DNDA, debieron concertarse con el hotel como materialización del mandato de la citada norma, situación ratificada por la Corte constitucional en la aludida jurisprudencia, donde señala que esa concertación es una norma de orden público.

Sobre el particular, la misma Corte, señaló en sentencia C-833 de 2007, que el derecho exclusivo de los autores está regulado por normas de orden público como el parágrafo del artículo 73 de la ley 23 de 1982, , es decir, tal derecho no es tan exclusivo pues su ejercicio está está intervenido por el Estado.

En tal sentido, señaló el aparte 3.4. de las consideraciones de la mencionada jurisprudencia:

“ Paralelamente a esa gestión netamente privada, el ordenamiento jurídico, tanto interno como internacional, ha ido desarrollando diferentes instrumentos de protección, no sólo mediante el diseño de tipos contractuales que responden específicamente a los requerimientos de la gestión de la propiedad intelectual, sino a través de un conjunto de

previsiones que buscan dar respuesta a una realidad que se ha mostrado como muy diversa y dinámica y que presenta complejidades de distinto orden, que, con frecuencia, muestran la insuficiencia de las posibilidades puramente privadas de gestión de los derechos.

Una de las mayores fuentes de la complejidad a la que se ha hecho alusión es la creciente masificación en la difusión de las obras protegidas, que incluye su internacionalización. En ese fenómeno cabe distinguir, entre otras, dos aristas particularmente relevantes, por un lado, el interés público, ya no netamente privado, en la difusión y la accesibilidad generalizada del producto del talento humano, y, por otro, la imposibilidad práctica, particularmente en ciertos ámbitos como el musical, de adelantar una gestión individual o netamente privada de los derechos de autor y los derechos conexos.

Así, por ejemplo, tratándose de la comunicación pública de una obra musical, pueden confluir en un solo acto comunicativo, entre otros, los intereses del compositor, los del intérprete, los del editor del fonograma, los de la emisora de radiodifusión o el establecimiento abierto al público y los de la audiencia. A todo lo cual se agrega la posibilidad de que uno o varios de los titulares de los derechos en juego sean extranjeros.

Esa situación hizo imperativo que para hacer efectivo el mandato constitucional de protección a la propiedad intelectual y conciliar los distintos intereses en juego, el legislador, de la mano de lo que sobre la materia se ha dispuesto en el ámbito internacional, acudiera a medidas regulatorias que, en ciertos aspectos, marcan distancias con una gestión netamente privada de los derechos de autor y conexos.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C- 519 de 1999 manifestó que “[e]l recaudo de los derechos que corresponden a los autores por concepto de ejecución, representación, exhibición, uso o explotación de las obras generadas en su creatividad o concepción artística o intelectual, que representan una forma de propiedad constitucionalmente protegida, no puede librarse a la voluntad puramente contractual, al acuerdo o al convenio entre quien explota el material al que se refieren aquéllos y el autor correspondiente o quien sus derechos representa, sino que, a juicio de esta Corte, involucra necesariamente la actividad estatal e implica la consagración de normas de orden público no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales.”

Entre tales medidas de orden público cabe mencionar, por vía de ejemplo, la regulación especial del derecho exclusivo de los autores con la previsión de que "en los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo ..."[13] o la consagración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes, en ciertas condiciones, como un derecho de remuneración de acuerdo con una tarifa única cuya distribución entre éstos y el productor del fonograma está prevista en la misma ley.[14] " (negrillas, fuer del texto)

c) FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA, porque La Organización Sayco Acinpro, es una persona jurídica que está impedida legalmente de recibir poderes para representar judicialmente a sus Mandantes y porque, no podía legitimar su actividad procesal como Mandataria ante la jurisdicción, con base a un simple contrato de Mandato.

Tal como soporta en los hechos 3,5,6,8,10 y 11, de esta demanda y en los anexos de la misma, la actuación procesal de la Demandante, se sustenta en su calidad de persona jurídica Mandataria de otras dos entidades, lo que significa que no actúa a nombre propio, situación más que obvia, porque no se trata de una sociedad de autores que pueda afiliar a titulares de derechos, sino que interviene como mandataria de las asociaciones que si afilian a esos titulares, esto es, de Sayco y Acinpro.

Entendiendo que la ley procesal autoriza extender poder o ser representado judicialmente por otras personas jurídicas, como lo es la Organización sayco Acinpro, debe señalarse que esta persona jurídica, no cumple con los requisitos que establece el inciso 1 del artículo 75 CGP, para otorgar poder a personas jurídicas, como que según esa norma, se puede otorgar poder a aquellas que tengan por objeto social principal el de prestar servicios jurídicos, exigencia que no cumple la Organización sayco Acinpro, porque su objeto social principal es el cobro y recaudación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.

Como si lo anterior fuera de poca monta, esa norma procesal exige a la persona jurídica que pretenda representar procesalmente a otra persona, haber inscrito en su certificado de existencia y representación a cualquier profesional del derecho que realice esos eventuales servicios, exigencia con la que no cumple la Organización sayco Acinpro,, para cuya confirmación de mi afirmación, basta revisar su registro de existencia y representación suscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá.

El mencionado mandato legal, deja en evidencia una situación que hace más ilegal la actividad judicial cumplida por esta entidad, como que por razón de ser su objeto social principal el recaudo de derechos patrimoniales de autor, jamás podría recibir poderes para representar a sus asociados en los estrados judiciales, razón más que suficiente para solicitar al operador judicial competente, investigar disciplinariamente a su directora y a los abogados que eventualmente han realizado actividades judiciales en nombre de esa persona jurídica de derecho privado ante este Despacho.

La Organización Sayco Acinpro, no puede legitimar su actividad procesal como Mandataria ante la jurisdicción, con base a un simple contrato de Mandato.

De lo expuesto en los hechos de la demanda y los documentos anexos a la misma, es claro que el demandante Organización Sayco Acinpro, actúa en este proceso como un Mandatario de otras dos entidades, porque expresa textualmente que pretende cobrar derechos patrimoniales de autor y derechos patrimoniales conexos de titulares afiliados a las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, sus mandantes (hechos 1,2, 3,5,11 y Fundamentos de derecho). Según comprueban esos anexos, se concluye que se trata de tres personas jurídicas distintas: dos mandantes y un mandatario que tiene por especial característica, tener una razón social que combina las siglas de sus dos Mandantes.

En ese orden de ideas, la demanda fue presentada por una persona jurídica que dice ser Mandatario de las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, actuación para la que no acreditó un acto de apoderamiento judicial de esos Mandantes, es decir, no presentó un poder general o especial que legitimara a ese Mandatario para actuar judicialmente en nombre de sus Mandantes, única forma de representarlos en este proceso. De hecho, como

demuestran los anexos de la demanda, el demandante no es una sociedad de autores o sociedad de gestión colectiva, sino un Mandatario y recaudador de los derechos representados por esas sociedades de gestión, que son sus Mandantes Sayco y Acinpro. A pesar de semejante vicio procesal, se admitió la Demanda.

Siendo el demandante, una persona jurídica que actúa como mandatario de otras dos personas jurídicas, debió actuar con base a poderes especiales o generales, pero no con el contrato de Mandato por Representación con que legitiman su actuación, porque éste, por sí solo, no sirve como acto de apoderamiento. De hecho, Sayco Acinpro, no puede actuar como mandatario de otras personas jurídicas ante autoridades judiciales, porque su objeto social principal no es la prestación de servicios jurídicos, lo que contraviene la autorización otorgada a las personas jurídicas para actuar como apoderados de terceros, consagrada en el inciso 1 del artículo 75 del CGP.

Ciertamente, la actuación procesal del Demandante, fue legitimada porque presentó ante el Despacho, un simple Contrato de Mandato (Folio 9 y s.s. y documento probatorio No. 4) que había celebrado en 1.999, con sus mandantes, las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, donde en el literal c, de la cláusula Primera, dice que tal Mandatario, podrá "representar" a sus asociadas ante las autoridades judiciales, manifestación que no tiene el potencial de suplir el poder que se necesita para representar ante un juzgado, a sus Mandantes Sayco y Acinpro, , por más que su razón social lleve el mismo nombre de aquellos. Y todo, porque el artículo 73 y s.s. del CGP, señala que para poder representar judicialmente a un tercero, se necesita de un poder, que no es lo mismo que un contrato de Mandato, conforme señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional que cito a continuación.

En efecto, según señaló la Corte Constitucional en el numeral 3 de las Consideraciones de la Sentencia C-11871 de 2.001, que declaró exequible el artículo 69 del anterior CGP, así:

“ Como es sabido el contrato de mandato es uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste, de conformidad con los artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio, en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o

actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella. En tanto el apoderamiento es un acto unilateral, que puede ser aceptado o no, en virtud del cual una persona autoriza a otra para actuar a su nombre y representación.

Ahora bien, lo que ordinariamente ocurre es que el contrato de gestión precede y genera el acto de apoderamiento, pero esta íntima relación no permite confundir los efectos de uno y otro, porque mientras el acto de apoderamiento es oponible a quienes por causa del mismo se relacionan con el poderdante y con el apoderado, el contrato de gestión rige las relaciones internas entre estos de manera preferente al acto de apoderamiento, pero sin trascender a quienes se vinculan con el apoderado y el poderdante por razón de la representación, porque con respecto de aquellos el contrato de gestión viene a ser *res inter alios acta*.

Además, el contrato de mandato, aunque de ordinario regula las relaciones internas entre poderdante y apoderado, no es el único idóneo para el efecto, porque el apoderado bien puede estar vinculado con el poderdante mediante un contrato de trabajo, de prestación de servicios, a causa de una situación legal o reglamentaria o solo en razón del acto de apoderamiento -es el caso, por ejemplo, de quien otorga el poder a aquel que le indica la firma de abogados, con la cual tiene vigente un contrato de asesoría, inclusive sin conocerlo-.

Así las cosas, el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no regula el contrato de mandato que eventualmente puede existir entre el abogado y su cliente, sino el acto de apoderamiento que le permite a un sujeto procesal o a un interviniente en juicio, ser técnicamente representado. Representación que requiere de una especial regulación, dada sus particularidades.

De otra parte, los negocios de gestión, en cuanto regulan internamente las relaciones entre poderdante y apoderado, están desprovistos del interés público que conlleva el ejercicio del derecho de defensa en juicio -bajo la modalidad de la autodefensa, o de la asistencia de un tercero-, toda vez, que con prescindencia del convenio que puede dar lugar al acto de apoderamiento, lo esencial de la intervención del letrado consiste en que el vinculado al juicio sea asistido en la proyección de su defensa en juicio, para que el debido proceso se realice efectivamente -artículo 29 C.P.-. "

De lo señalado por la Corte, es absolutamente claro que el contrato de mandato que presentó quien funge como Demandante, sirve para determinar las relaciones internas entre sus mandantes y esa entidad mandataria, pero no, para representar judicialmente a sus Mandantes Sayco y Acinpro, ante este Despacho judicial. Precisamente, el acto de apoderamiento que le permite a un sujeto procesal o a un interviniente en juicio, ser técnicamente representado, se realiza a través de Poder especial o General, provisto del interés público que conlleva el ejercicio del derecho de defensa en juicio -bajo la modalidad de la autodefensa, o de la asistencia de un tercero.

Ahora bien, no se debe confundir el poder con el que actúa el apoderado de la entidad Mandataria que solicita las medidas, con el poder que necesita esa entidad para actuar judicialmente en nombre de sus mandantes Sayco y Acinpro. Es que, valga la aclaración, esa entidad mandataria, posee casi el mismo nombre o razón social de sus Mandantes Sayco y Acinpro; pero no son las mismas, son tres personas jurídicas distintas. De allí, que tal situación, induzca en error al operador judicial, quien cree que se trata de las mismas

entidades. De hecho, la entidad demandante es una mandataria de terceros cuyos derechos son los que están en litigio, como que no se trata de una asociación de autores, sino de un Mandatario de esas asociaciones de autores, que son sus Mandantes.

Queda claro entonces que el mencionado Contrato de mandato, no es un acto de apoderamiento para actuar ante un Juez de la República; como que la ley procesal señala que para poder representar a otro en un proceso judicial, se necesita un requisito de orden público, ad substantiam actus, como es el PODER, el cual, no se aportó a la Demanda. Cabe señalar que, las sociedades de gestión colectiva que son mandantes del Demandante, tendrían que otorgar un poder por separado para que este demandante mandatario pudiera actuar en su nombre, pues el contrato de Mandato, no sirve para representarlos judicialmente.

7. Frente al numeral sexto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió condenar en costas a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral sexto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que son arbitrarios en la medida que se sustentan en un fallo que violó el debido proceso del demandado.

8. Frente al numeral séptimo, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió fijar como agencias en derecho el 5% de lo concedido como fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, un millón ciento ochenta y nueve mil novecientos sesenta y ocho pesos moneda corriente

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral séptimo de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que es un porcentaje arbitrario en la medida que se sustentan en un fallo que violó el debido proceso del demandado.

Que se tenga como prueba el expediente y las Audiencias realizadas.

Solicito que si encuentran que si existen las nulidades que se denuncian en estos reparos, sean decretadas por el Tribunal.

Por todo lo anterior, respetuosamente solicito la revocación del fallo impugnado y que, en su lugar se nieguen las pretensiones y se condene en costas al Demandante.

Cordialmente,

JORGE ALONSO GARRIDO ABAD
Apoderado del Demandando

Doctora
CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA
Sala Civil Tribunal superior de Bogotá
E.S.D.

REF: Sustentación de Apelación contra la Sentencia dictada en contra HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A.

Radicado. 1-2017-98492 01

FOLIOS: 20

De conformidad con lo señalado en el CGP, me permito presentar la sustentación de la Apelación que fuera admitida por el Tribunal, y cuyos reparos concretos fueron presentados oportunamente.

Realizaré la sustentación en el mismo orden y con la misma nomenclatura en que se presentaron dichos Reparos, así:

1.Frente al pronunciamiento realizado por el subdirector de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, cuando señala que dicta ese fallo “ administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:”, me permito presentar reparos concretos, porque dicho funcionario no puede administrar justicia por autoridad de la ley, en consideración a que el Gobierno Nacional, del cual, depende la Dirección Nacional de Derecho de Autor a la cual pertenece la dependencia que tomó la decisión impugnada, **no ha cumplido con la condición impuesta por la Corte Constitucional en la parte Resolutiva de la sentencia C-436 de 2.013, para poder ejercer esas funciones jurisdiccionales.**

Luego entonces, si el Estado o Gobierno Nacional, no cumplió con las condiciones expresadas en la parte resolutiva condicional de esa jurisprudencia, para poder ejercer esas funciones, significa que la subdirección de asuntos Jurisdiccionales de la dirección Nacional de Derecho de autor, no pueden estar administrando justicia en nombre de la República de Colombia, lo que simplemente hace del fallo, un ejercicio ilegal de la función judicial, una decisión absolutamente ilegal y violatoria del debido proceso.

2.Frente al numeral Primero, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió declarar que en las habitaciones del establecimiento de comercio HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN, propiedad de la sociedad DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., dentificada con NIT 811.012.295-1 se han ejecutado públicamente obras musicales y fonogramas cuyos titulares son representados por las sociedades de autores y compositores de Colombia, sayco, y por la Asociación colombiana de intérpretes y productores fonográficos , Acinpro, mandantes ambos de la Organización sayco acinpro, OSA, desde el 1 de enero de 2.016, hasta el 30 de noviembre de 2017, sin haber obtenido la autorización previa y expresa, ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Primero, de la parte Resolutiva de la Sentencia, me permito argumentar en su contra que

- a) La principal prueba en la que se fundamentó la DNDA, para la decisión Apelada, fue obtenida con violación del debido proceso probatorio, primero, porque el subdirector de asuntos jurisdiccionales de la DNDA, incorporó una inspección judicial extraprocesal practicada en el Hotel Dann de Medellín, en agosto de 2.017, antes de la oportunidad procesal para hacerlo como era la audiencia Inicial a la que se refiere el art. 372 CGP, cercenado la etapa probatoria que estaba obligado a respetar.

Como si lo anterior fuera de poca importancia procesal, el mencionado funcionario le otorgó a dicha prueba sumaria el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación, situación que fue objeto de un recurso que fue negado. En Derecho, esa prueba extra procesal nunca había sido controvertida en ningún proceso judicial, razón por la que debió decretarse en el momento procesal oportuno y sin embargo, fue incorporada como plena prueba al proceso, sin haber sido decretada por el Despacho. **De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público, razón por la cual, solicito al Tribunal, pronunciarse sobre las eventuales nulidades.**

Debe recordarse que la mencionada prueba de inspección judicial extraprocesal era definitiva procesalmente, porque supuestamente demostraba que el Hotel objeto de la inspección, comunicaba públicamente obras musicales sin autorización del demandante, prueba determinante en un proceso donde la materia del mismo giraba alrededor de dicha utilización indebida de obras musicales pues sobre ellas recaen los Derechos de Autor supuestamente violados.

- b) Se presentó una gravísima afectación del derecho al debido proceso de la parte demandada, en la medida que no decretó las pruebas documentales aportadas por el demandante pronunciándose sobre su admisión, sino que se limitó a incorporarlas informalmente al proceso y valoradas, en abierta violación de lo dispuesto por los artículos 173 y 174 CGP.

Precisamente, la prueba de inspección judicial extra procesal practicada en agosto de 2017 al demandado, nunca fue practicada válidamente en un proceso por lo que debió surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas, como era el que se escenificó en contra de este demandado ante la DNDA.

- c) La decisión de señalar que valoraría las pruebas en la sentencia, sin haberlas incorporado pronunciándose expresamente sobre su admisión, tal como actuó quien tomó la decisión, es una actuación que viola el debido proceso, porque se trata de normas procesales, consideradas como de orden público por el artículo 13 CGP, que no pueden ser obviadas por el juzgador, so pena de nulidad.
- d) Se negó a suspender el proceso, tal como lo exigía el artículo 33 del Tratado modificadorio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, el cual, señala que en los procesos que no tengan apelación en el derecho interno, es obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial de dicho tribunal. Tal proceso, por lo menos cuando se admitió, era de única instancia, debiendo suspenderlo de inmediato el operador judicial, tal como ordena la norma comunitaria.

Efectivamente, cuando se admitió la demanda, se hizo como proceso verbal sumario de única instancia, lo cual, obligaba a solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, porque así lo exigía el inciso final del artículo 32 del Tratado Modificadorio del tribunal de la CAN.

La citada norma comunitaria, dispone:

“ Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.” (negrillas, fuera del texto)

En consecuencia, se violó el procedimiento exigido por la ley supranacional para este tipo de procesos, pues la DNDA, se negó a suspender el proceso cuando se lo solicitó la parte demandada.

- e) Se violó el debido proceso al señalar que a pesar que el demandado, había alegado que no existía prueba de la representación de sayco, respecto de los titulares de las obras musicales que se había constatado estaban siendo comunicadas a través de los canales de audio de Direct Tv, el despacho, señaló que existía una presunción que señalaba que por el hecho de presentar los estatutos de la entidad demandante, se presumía que representaba a dichos titulares, sin señalar qué norma o en cuál legislación, se encontraba tan llamativa presunción. Dicha decisión, no tiene soporte de derecho ninguno, porque dicha presunción, no existe en el orden jurídico.

La supuesta Presunción que alegó el funcionario que dictó la sentencia, no existe legalmente, porque el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1.993, régimen común andino en materia de Derechos de Autor y Conexos, establece que la legitimidad de las sociedades de gestión colectiva (mandantes del Demandante), para ejercer los derechos a ellas confiados, resulta de los términos de los contratos de reciprocidad celebrados con sociedades del extranjero.

La citada norma comunitaria, manifiesta:

“ 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.”

De dicha norma comunitaria se entiende que la legitimidad a la que alude es expresa, porque resulta de dichos documentos o contratos. Allí no se alude a ninguna presunción con la cual se pueda amparar la orfandad probatoria de representación de las obras supuestamente comunicadas por el demandado y que fueron fundamento determinante de la Sentencia.

Es notorio que el demandante no aportó ningún contrato de reciprocidad con las sociedades del exterior que supuestamente representaban dichas obras, pues se limitó a decir en una certificación que tenía celebrados esos contratos, que no es lo mismo que exhibirlos o aportarlos, pues de sus términos es que se entiende el alcance del ejercicio de derechos que representan, según señala tajantemente esa norma comunitaria.

- f) Se tramitó el proceso como verbal, después de haberlo iniciado como de única instancia, sin ajustarse a lo señalado en los artículos 19,20 y 390 CGP, sobre competencia para ventilar procesos de esa naturaleza.

3.Frente al numeral Segundo, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió declarar que la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., identificada con NIT al cual ya hicimos referencia, infringió el derecho patrimonial de comunicación pública de los titulares de las obras musicales representados en este caso por la organización Sayco Acinpro, OSA, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia. Como consecuencia de lo anterior

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Segundo de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar en su contra:

- a) Las pruebas en las cuales se fundamentó para tal decisión, fueron obtenidas con violación del debido proceso probatorio, primero, porque el

subdirector de asuntos jurisdiccionales de la DNDA, incorporó una inspección judicial extraprocesal practicada en el Hotel san Fernando Plaza de Medellín, en agosto de 2.017, antes de la oportunidad procesal para hacerlo como era la audiencia Inicial a la que se refiere el art. 372 CGP, cercenado la etapa probatoria que estaba obligado a respetar y sin dándole a dicha prueba el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación. De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público.

Como si lo anterior fuera de poca importancia procesal, el mencionado funcionario le otorgó a dicha prueba sumaria el carácter de prueba trasladada, sin darle oportunidad a la parte demandada de controvertirla y negándose a declarar la nulidad de semejante actuación, situación que fue objeto de un recurso que fue negado. En Derecho, esa prueba extra procesal nunca había sido controvertida en ningún proceso judicial, razón por la que debió decretarse en el momento procesal oportuno y sin embargo, fue incorporada como plena prueba al proceso, sin haber sido decretada por el despacho. De hecho, no tuvo en cuenta los pronunciamientos, solicitudes y recursos que en tal sentido presentaron la parte Demandada y la representante del Ministerio Público, razón por la cual, solicito al Tribunal, pronunciarse sobre las eventuales nulidades.

Debe recordarse que la mencionada prueba de inspección judicial extraprocesal era definitiva procesalmente, porque supuestamente demostraba que el Hotel objeto de la inspección, comunicaba públicamente obras musicales sin autorización del demandante, prueba determinante en un proceso donde la materia del mismo giraba alrededor de dicha utilización indebida de obras musicales.

- b) Se presentó una gravísima afectación del derecho al debido proceso de la parte demandada, en la medida que no decretó las pruebas documentales aportadas por el demandante pronunciándose sobre su admisión, sino que se limitó a incorporarlas informalmente al proceso y valorarlas, en abierta violación de lo dispuesto por los artículos 173 y 174 CGP.

Precisamente, la prueba extra procesal practicada en agosto de 2017 al demandado, nunca fue practicada válidamente en un proceso por lo que

debió surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas, como era el que se escenificó en contra de este demandado ante la DNDA.

- c) La decisión sobre infracción a los derechos objeto del litigio, se tomó sin considerar que quien estaba emitiendo, es decir, comunicando las emisiones donde se encontraban los canales de audio musicales donde se estaban exhibiendo las obras musicales en cuya comunicación se fundamentó la decisión, estaba siendo realizada por Direct Tv y no, por el hotel. Tal apreciación no está en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre ejecución pública de obras musicales en establecimientos hoteleros.

Está claro que si Direct TV, había pagado ya los derechos de autor y conexos a los mandantes del demandante, no tenía por qué volver a pagarlos el hotel pues al no estar emitiendo esas señales no se estaba realizando un acto de comunicación pública causante de derechos patrimoniales de autor y conexos.

- d) La decisión sobre infracción a los derechos objeto del litigio, se tomó sin considerar que existía prueba documental a través de certificación emanada de la empresa de televisión satelital, Direct TV, en el sentido que los derechos de autor y conexos causados por las emisiones de su señal, habían sido pagados a sayco y acinpro. De hecho, haber presentado esa demanda para el pago de unos derechos que ya habían sido pagados, es un injustificado y abusivo ejercicio del derecho, porque suponía un doble cobro de lo ya remunerado o autorizado, que fue refrendado por la sentencia impugnada.

Está claro que si Direct TV, había pagado ya los derechos de autor y conexos a los mandantes del demandante, no tenía por qué volver a pagarlos el hotel pues al no estar emitiendo esas señales no se estaba realizando un acto de comunicación pública causante de derechos patrimoniales de autor y conexos.

- e) Las obras musicales que se escuchaban en los canales musicales que arbitrariamente se sintonizaron en los televisores de esas habitaciones, tienen relación directa con lo afirmado por la apoderada de Sayco Acinpro, donde se refiere a la respuesta que Direct Tv le dio a la petición que fue aportada como prueba documental, fechada de octubre 3 de

2.017, donde una de las solicitudes era que direct tv le informara a qué sociedades de gestión colectiva le pagaba las licencias o autorizaciones por derechos de autor. Se trata de aplicar una norma de carácter supranacional que es el régimen Común Andino en la materia y por lo tanto, prevalente sobre nuestra legislación interna.

- f) La decisión no tiene soporte jurídico, porque el demandante no podría reclamar el pago u oponerse a la comunicación de interpretaciones autorizadas a direct tv, pues se lo impediría el mandato del art. 34 de la decisión andina 351 de 1.993, por cuanto las emisiones de audio de direct tv, constituyen por si mismas una ejecución radiodifundida en la medida que esta empresa de tv satelital es un organismo de radiodifusión que emite señales al público, señales que, según señala la mencionada norma comunitaria, cuando han sido autorizadas por los artistas intérpretes o ejecutantes, a su comunicación posterior no pueden oponerse aquellos. Por tanto, solicito la aplicación de la mencionada norma de la Decisión andina 351.

Se trata de aplicar una norma de carácter supranacional que es el régimen Común Andino en la materia y por lo tanto, prevalente sobre nuestra legislación interna.

- g) Los canales musicales que arbitrariamente se sintonizaron en los televisores de esas habitaciones, son en esencia, obras audiovisuales, porque Direct Tv y los canales que comunica en su señal, son los productores de la obra audiovisual y por tanto, gozan de la presunción de cesión respecto de las obras, interpretaciones y producciones musicales incorporadas en aquellos, establecida en el artículo 98 de la ley 23 de 1.982, declarado exequible por Sentencia C-276 de 1.996 de la corte Constitucional, siendo absolutamente claro que la entidad privada demandante no podía aducir que representaba a los titulares de las obras incorporadas en esas obras musicales, mientras no desvirtuara tal presunción.

Tal connotación legal, implicaba que el demandante debió desvirtuar la aludida presunción constituida en favor del productor de la obra audiovisual, situación que nunca realizó en el proceso, razón por la cual se debió presumir que el titular no era el supuestamente representado por los mandantes del demandante, sino el organismo de radiodifusión que

emitía la obra audiovisual donde se incorporaba la obra musical radiodifundida.

4.Frente al numeral Tercero, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió ordenar a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A., identificada con el NIT 811.012.295-1 ya mencionado anteriormente, que cese la comunicación al público de las obras que sean parte del repertorio de la sociedad de autores y compositores de Colombia, sayco, en tanto no adquiera la respectiva licencia que le permiten llevar a cabo dicha utilización de las obras.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral Tercero de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar como argumento en contra de la decisión:

La decisión tomada es imposible de cumplir y arbitraria, porque quien está emitiendo dichas obras es direct tv a través de los canales de audio musicales que difunde en las emisiones que satelitalmente envía a los televisores instalados en el hotel y en cuya comunicación, se fundamentó la sentencia. De hecho, el titular de los derechos sobre dichas emisiones es la mencionada empresa prestadora de servicios de tv satelital, pues el productor de obras audiovisuales como es esta empresa, goza de una Presunción de Cesión de derechos, consagrada en el artículo 98 de la ley 23 de 1982, presunción nunca desvirtuada por la parte Demandante.

En ese contexto, el glosario del artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, señala que Emisión es la Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público, lo cual, solo puede ser realizado por el emisor de la obra audiovisual que para este caso era el operador de televisión satelital contratado por el hotel demandado. De hecho, no está probado que el hotel emitiera dichas señales sino que las retransmitía, situación que hace imposible el cumplimiento de este aparte del fallo pues no emite ninguna señal.

5. Frente al numeral Cuarto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió condenar a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A, identificada con el NIT ya referido a pagar a la organización sayco acinpro, osa, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del presente fallo la suma de dieciocho millones setecientos sesenta y tres mil quinientos nueve pesos moneda corriente por concepto de la comunicación al público de obras y de

fonogramas de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral cuarto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar como argumento de esta apelación:

La decisión tomada es incongruente e incoherente, porque la demanda no tenía relación directa con el juramento estimatorio que se realizó por parte del demandante, porque en la pretensión Segunda, se solicitó que se declarara que el demandado debía pagar al demandante el valor de los derechos patrimoniales de autor y derechos patrimoniales conexos generados por la comunicación pública de las obras musicales administradas por sayco y acinpro, **pero en ningún momento se solicitó que se declarara un pago de perjuicios en favor del demandante**. De hecho, se trató de un fallo extra petita, que le era prohibido expedir al operador judicial, quien señaló que en el numeral segundo de las pretensiones del demandante, si se solicitaba el pago de perjuicios, lo cual, no es cierto.

Es absolutamente claro que la ley procesal no contempla en este tipo de procesos que se profiera una sentencia más allá de lo pedido por el demandante, pero así hizo quien la dictó contrariando los principios de congruencia y proporcionalidad del fallo.

6. Frente al numeral quinto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió negar las excepciones propuestas por el demandado

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral quinto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que en dicha decisión que existió una violación al debido proceso al negar las excepciones en consideración a que:

- a) EXISTÍA INEPTITUD DE LA DEMANDA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN PREVIA EXTRAJUDICIAL.

No se está agotando el requisito de procedibilidad de Conciliación Previa, exigido por la Ley, porque a pesar del Demandante estar aportando un Acta de Audiencia de Conciliación, emitida por el centro de Conciliación de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, dicho documento da cuenta que en

dicha audiencia asistió la Organización sayco Acinpro, pero no los representantes legales de las sociedades Sayco y Acinpro, quienes estaban obligados a comparecer a dicha reunión porque son las personas jurídicas cuyos derechos estaban comprometidos en este proceso, al punto que la entidad demandante confesó en los hechos ser mandatario de esas sociedades. Es tan claro lo anterior que, en los hechos de la demanda el demandante confiesa pretender cobrar los derechos de esas sociedades.

En ese contexto, por ser las partes representantes de los derechos de autor / sayco) y deechos conexos (Acinpro), representantes de los derechos en disputa, en la conciliación se debió cumplir con la exigencia del artículo 620 CGP, que modificó el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 60 de 2001, señalando que las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. **De hecho, la Organización sayco Acinpro, no podría fungir como parte en este proceso, porque tal como se confiesa en los hechos, no es una sociedad de autores, sino mandataria de esas sociedades, que si pueden disponer de sus derechos, característica esencial de una Parte procesal.**

En efecto, la D.N.D.A., es absolutamente concedora que la naturaleza jurídica de la entidad privada demandante, es la de estar constituida a través de contrato de mandato, suscrito en 1.999, entre Sayco y Acinpro, en calidad de Mandantes y la Organización sayco Acinpro, como mandataria de esas dos sociedades de gestión colectiva. No podría entonces señalar el despacho, que se agotó el requisito de procedibilidad, por haber comparecido a dicha Audiencia de Conciliación en nombre de sus dos mandantes, porque la mencionada norma del Código General del proceso, que modificó el parágrafo 2o del artículo 1o de la Ley 640 de 2001, obligaba a la asistencia personal de los representantes de Sayco y Acinpro, que son las Partes procesales. De hecho, es tan claro lo anterior que en los hechos Nos.3,5,6,8,10 11, de esta demanda, la entidad demandante se refiere a que el demandado está supuestamente comunicando obras musicales de afiliados a Sayco y acinpro (sus mandantes), de donde es lógico concluir que está compareciendo como Mandataria que es de esas personas jurídicas a efecto de propugnar por el reconocimiento de los derechos de aquellas.

En consecuencia, la admisión de la demanda sin el cumplimiento del mencionado requisito de procedibilidad, porque a la misma , solo compareció

el mandatario de Sayco y Acinpro, pero no esas sociedades, constituye una vía de hecho de carácter sustantivo, lo que afecta el derecho fundamental al Debido Proceso del Demandado, como que para podersele demandar, el accionante, debió acreditarle al despacho, el agotamiento de dicho requisito, lo cual, se echa de menos en la demanda.

b) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN ENTRE LA PARTES

Quedó demostrado que entre el demandante y el demandado no existía ningún contrato y que no podía la DNDA, condenar al pago de una tarifa unilateralmente impuesta por el demandante, pues contravenía lo dispuesto en el párrafo del artículo 73, ley 23 de 1.982 y en la sentencia C-519 de 1999 de la Corte Constitucional que declaró exequible la mencionada norma legal.

El mencionado párrafo, señala:

“En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán, las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares.”

La mencionada norma se violó al condenar al hotel al pago de una tarifa unilateralmente impuesta por el demandante a través de unos manuales de tarifas que por más aprobados que estuvieran por la DNDA, debieron concertarse con el hotel como materialización del mandato de la citada norma, situación ratificada por la Corte constitucional en la aludida jurisprudencia, donde señala que esa concertación es una norma de orden público.

Sobre el particular, la misma Corte, señaló en sentencia C-833 de 2007, que el derecho exclusivo de los autores está regulado por normas de orden público como el párrafo del artículo 73 de la ley 23 de 1982, , es decir, tal derecho no es tan exclusivo pues su ejercicio está intervenido por el Estado.

En tal sentido, señaló el aparte 3.4. de las consideraciones de la mencionada jurisprudencia:

“ Paralelamente a esa gestión netamente privada, el ordenamiento jurídico, tanto interno como internacional, ha ido desarrollando diferentes instrumentos de protección, no sólo mediante el diseño de tipos contractuales que responden específicamente a los requerimientos de la gestión de la propiedad intelectual, sino a través de un conjunto de previsiones que buscan dar respuesta a una realidad que se ha mostrado como muy diversa y dinámica y que presenta complejidades de distinto orden, que, con frecuencia, muestran la insuficiencia de las posibilidades puramente privadas de gestión de los derechos.

Una de las mayores fuentes de la complejidad a la que se ha hecho alusión es la creciente masificación en la difusión de las obras protegidas, que incluye su internacionalización. En ese fenómeno cabe distinguir, entre otras, dos aristas particularmente relevantes, por un lado, el interés público, ya no netamente privado, en la difusión y la accesibilidad generalizada del producto del talento humano, y, por otro, la imposibilidad práctica, particularmente en ciertos ámbitos como el musical, de adelantar una gestión individual o netamente privada de los derechos de autor y los derechos conexos.

Así, por ejemplo, tratándose de la comunicación pública de una obra musical, pueden confluir en un solo acto comunicativo, entre otros, los intereses del compositor, los del intérprete, los del editor del fonograma, los de la emisora de radiodifusión o el establecimiento abierto al público y los de la audiencia. A todo lo cual se agrega la posibilidad de que uno o varios de los titulares de los derechos en juego sean extranjeros.

Esa situación hizo imperativo que para hacer efectivo el mandato constitucional de protección a la propiedad intelectual y conciliar los distintos intereses en juego, el legislador, de la mano de lo que sobre la materia se ha dispuesto en el ámbito internacional, acudiera a

medidas regulatorias que, en ciertos aspectos, marcan distancias con una gestión netamente privada de los derechos de autor y conexos.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C- 519 de 1999 manifestó que “[e]l recaudo de los derechos que corresponden a los autores por concepto de ejecución, representación, exhibición, uso o explotación de las obras generadas en su creatividad o concepción artística o intelectual, que representan una forma de propiedad constitucionalmente protegida, no puede librarse a la voluntad puramente contractual, al acuerdo o al convenio entre quien explota el material al que se refieren aquéllos y el autor correspondiente o quien sus derechos representa, sino que, a juicio de esta Corte, involucra necesariamente la actividad estatal e implica la consagración de normas de orden público no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales.”

Entre tales medidas de orden público cabe mencionar, por vía de ejemplo, la regulación especial del derecho exclusivo de los autores con la previsión de que “en los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo ...”[13] o la consagración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes, en ciertas condiciones, como un derecho de remuneración de acuerdo con una tarifa única cuya distribución entre éstos y el productor del fonograma está prevista en la misma ley.[14] “ (negrillas, fuer del texto)

- c) FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA, porque La Organización Sayco Acinpro, es una persona jurídica que está impedida legalmente de recibir poderes para representar judicialmente a sus Mandantes y porque, no podía legitimar su actividad procesal como Mandataria ante la jurisdicción, con base a un simple contrato de Mandato.

Tal como soporta en los hechos 3,5,6,8,10 y 11, de esta demanda y en los anexos de la misma, la actuación procesal de la Demandante, se sustenta en su calidad de persona jurídica Mandataria de otras dos entidades, lo que significa que no actúa a nombre propio, situación más que obvia, porque no se trata de una sociedad de autores que pueda afiliar a titulares de derechos, sino que interviene como mandataria de las asociaciones que si afilian a esos titulares, esto es, de Sayco y Acinpro.

Entendiendo que la ley procesal autoriza extender poder o ser representado judicialmente por otras personas jurídicas, como lo es la Organización sayco Acinpro, debe señalarse que esta persona jurídica, no cumple con los requisitos que establece el inciso 1 del artículo 75 CGP, para otorgar poder a personas jurídicas, como que según esa norma, se puede otorgar poder a aquellas que tengan por objeto social principal el de prestar servicios jurídicos, exigencia que no cumple la Organización sayco Acinpro, porque su objeto social principal es el cobro y recaudación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.

Como si lo anterior fuera de poca monta, esa norma procesal exige a la persona jurídica que pretenda representar procesalmente a otra persona, haber inscrito en su certificado de existencia y representación a cualquier profesional del derecho que realice esos eventuales servicios, exigencia con la que no cumple la Organización sayco Acinpro,, para cuya confirmación de mi afirmación, basta revisar su registro de existencia y representación suscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá.

El mencionado mandato legal, deja en evidencia una situación que hace más ilegal la actividad judicial cumplida por esta entidad, como que por razón de ser su objeto social principal el recaudo de derechos patrimoniales de autor, jamás podría recibir poderes para representar a sus asociados en los estrados judiciales, razón más que suficiente para solicitar al operador judicial competente, investigar disciplinariamente a su directora y a los abogados que eventualmente han realizado actividades judiciales en nombre de esa persona jurídica de derecho privado ante este Despacho.

La Organización Sayco Acinpro, no puede legitimar su actividad procesal como Mandataria ante la jurisdicción, con base a un simple contrato de Mandato.

De lo expuesto en los hechos de la demanda y los documentos anexos a la misma, es claro que el demandante Organización Sayco Acinpro, actúa en este proceso como un Mandatario de otras dos entidades, porque expresa textualmente que pretende cobrar derechos patrimoniales de autor y derechos patrimoniales conexos de titulares afiliados a las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, sus mandantes (hechos 1,2, 3,5,11 y Fundamentos de derecho). Según comprueban esos anexos, se concluye que se trata de tres personas jurídicas distintas: dos mandantes y un mandatario que tiene por especial característica, tener una razón social que combina las siglas de sus dos Mandantes.

En ese orden de ideas, la demanda fue presentada por una persona jurídica que dice ser Mandatario de las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, actuación para la que no acreditó un acto de apoderamiento judicial de esos Mandantes, es decir, no presentó un poder general o especial que legitimara a ese Mandatario para actuar judicialmente en nombre de sus Mandantes, única forma de representarlos en este proceso. De hecho, como demuestran los anexos de la demanda, el demandante no es una sociedad de autores o sociedad de gestión colectiva, sino un Mandatario y recaudador de los derechos representados por esas sociedades de gestión, que son sus Mandantes Sayco y Acinpro. A pesar de semejante vicio procesal, se admitió la Demanda.

Siendo el demandante, una persona jurídica que actúa como mandatario de otras dos personas jurídicas, debió actuar con base a poderes especiales o generales, pero no con el contrato de Mandato por Representación con que legitiman su actuación, porque éste, por sí solo, no sirve como acto de apoderamiento. De hecho, Sayco Acinpro, no puede actuar como mandatario de otras personas jurídicas ante autoridades judiciales, porque su objeto social principal no es la prestación de servicios jurídicos, lo que contraviene la autorización otorgada a las personas jurídicas para actuar como apoderados de terceros, consagrada en el inciso 1 del artículo 75 del CGP.

Ciertamente, la actuación procesal del Demandante, fue legitimada porque presentó ante el Despacho, un simple Contrato de Mandato (Folio 9 y s.s. y documento probatorio No. 4) que había celebrado en 1.999, con sus mandantes, las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro, donde en el literal c, de la cláusula Primera, dice que tal Mandatario, podrá "representar" a sus asociadas ante las autoridades judiciales, manifestación que no tiene el

potencial de suplir el poder que se necesita para representar ante un juzgado, a sus Mandantes Sayco y Acinpro, , por más que su razón social lleve el mismo nombre de aquellos. Y todo, porque el artículo 73 y s.s. del CGP, señala que para poder representar judicialmente a un tercero, se necesita de un poder, que no es lo mismo que un contrato de Mandato, conforme señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional que cito a continuación.

En efecto, según señaló la Corte Constitucional en el numeral 3 de las Consideraciones de la Sentencia C-11871 de 2.001, que declaró exequible el artículo 69 del anterior CGP, así:

“ Como es sabido el contrato de mandato es uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste, de conformidad con los artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio, en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella. En tanto el apoderamiento es un acto unilateral, que puede ser aceptado o no, en virtud del cual una persona autoriza a otra para actuar a su nombre y representación.

Ahora bien, lo que ordinariamente ocurre es que el contrato de gestión precede y genera el acto de apoderamiento, pero esta íntima relación no permite confundir los efectos de uno y otro, porque mientras el acto de apoderamiento es oponible a quienes por causa del mismo se relacionan con el poderdante y con el apoderado, el contrato de gestión rige las relaciones internas entre estos de manera preferente al acto de apoderamiento, pero sin trascender a quienes se vinculan con el apoderado y el poderdante por razón de la representación, porque con respecto de aquellos el contrato de gestión viene a ser res inter alios acta.

Además, el contrato de mandato, aunque de ordinario regula las relaciones internas entre poderdante y apoderado, no es el único idóneo para el efecto, porque el apoderado bien puede estar vinculado con el poderdante mediante un contrato de trabajo, de prestación de servicios, a causa de una situación legal o reglamentaria o solo en razón del acto de apoderamiento -es el caso, por ejemplo, de quien otorga el poder a aquel que le indica la firma de abogados, con la cual tiene vigente un contrato de asesoría, inclusive sin conocerlo-.

Así las cosas, el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no regula el contrato de mandato que eventualmente puede existir entre el abogado y su cliente, sino el acto de apoderamiento que le permite a un sujeto procesal o a un interviniente en juicio, ser técnicamente representado. Representación que requiere de una especial regulación, dada sus particularidades.

De otra parte, los negocios de gestión, en cuanto regulan internamente las relaciones entre poderdante y apoderado, están desprovistos del interés público que conlleva el ejercicio del derecho de defensa en juicio -bajo la modalidad de la autodefensa, o de la asistencia de un tercero-, toda vez, que con prescindencia del convenio que puede dar lugar al acto de apoderamiento, lo esencial de la intervención del letrado consiste en que el vinculado al juicio sea asistido en la proyección de su defensa en juicio, para que el debido proceso se realice efectivamente –artículo 29 C.P.-. “

De lo señalado por la Corte, es absolutamente claro que el contrato de mandato que presentó quien funge como Demandante, sirve para determinar las relaciones internas entre sus mandantes y esa entidad mandataria, pero no, para representar judicialmente a sus Mandantes Sayco y Acinpro, ante este Despacho judicial. Precisamente, el acto de apoderamiento que le permite a un sujeto procesal o a un interviniente en juicio, ser técnicamente representado, se realiza a través de Poder especial o General, provisto del interés público que conlleva el ejercicio del derecho de defensa en juicio -bajo la modalidad de la autodefensa, o de la asistencia de un tercero.

Ahora bien, no se debe confundir el poder con el que actúa el apoderado de la entidad Mandataria que solicita las medidas, con el poder que necesita esa entidad para actuar judicialmente en nombre de sus mandantes Sayco y Acinpro. Es que, valga la aclaración, esa entidad mandataria, posee casi el mismo nombre o razón social de sus Mandantes Sayco y Acinpro; pero no son las mismas, son tres personas jurídicas distintas. De allí, que tal situación, induzca en error al operador judicial, quien cree que se trata de las mismas entidades. De hecho, la entidad demandante es una mandataria de terceros cuyos derechos son los que están en litigio, como que no se trata de una asociación de autores, sino de un Mandatario de esas asociaciones de autores, que son sus Mandantes.

Queda claro entonces que el mencionado Contrato de mandato, no es un acto de apoderamiento para actuar ante un Juez de la República; como que la ley

procesal señala que para poder representar a otro en un proceso judicial, se necesita un requisito de orden público, ad substantiam actus, como es el PODER, el cual, no se aportó a la Demanda. Cabe señalar que, las sociedades de gestión colectiva que son mandantes del Demandante, tendrían que otorgar un poder por separado para que este demandante mandatario pudiera actuar en su nombre, pues el contrato de Mandato, no sirve para representarlos judicialmente.

7. Frente al numeral sexto, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió condenar en costas a la sociedad HOTEL DANN CARLTON MEDELLÍN S.A.

En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral sexto de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que son arbitrarios en la medida que se sustentan en un fallo que violó el debido proceso del demandado.

8. Frente al numeral séptimo, de la parte Resolutiva de la Sentencia:

El mencionado numeral, resolvió fijar como agencias en derecho el 5% de lo concedido como fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, un millón ciento ochenta y nueve mil novecientos sesenta y ocho pesos moneda corriente

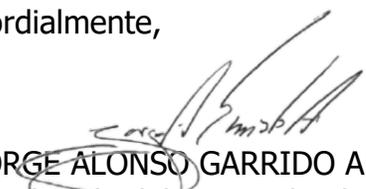
En consecuencia, frente a lo expresado en el numeral séptimo de la parte Resolutiva del fallo, me permito precisar que es un porcentaje arbitrario en la medida que se sustentan en un fallo que violó el debido proceso del demandado.

Que se tenga como prueba el expediente y las Audiencias realizadas.

Solicito que si encuentran que si existen las nulidades que se denuncian en estos reparos, sean decretadas por el Tribunal.

Por todo lo anterior, respetuosamente solicito la revocación del fallo impugnado y que, en su lugar se nieguen las pretensiones y se condene en costas al Demandante.

Cordialmente,



JORGE ALONSO GARRIDO ABAD
Apoderado del Demandando

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA RV: SUSTENTACION RECURSO APELACION PROCESO RAD.110013199005-2017-984920-20

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 21/10/2022 8:34

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Director Juridica <director.juridica@saycoacinpro.org.co>

Enviado: viernes, 21 de octubre de 2022 8:03 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: garridoabad2017@gmail.com <garridoabad2017@gmail.com>; Clara Urazan

<asesor.juridico@saycoacinpro.org.co>

Asunto: SUSTENTACION RECURSO APELACION PROCESO RAD.110013199005-2017-984920-20

Honorable Magistrada:

Dra. CLARA INES MARQUEZ BULLA

Sala Civil TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

E. S. D.

Honorable Magistrada:

Por medio del presente, me permito aportar Sustentación del Recurso de Apelación, interpuesto por la Organización Sayco Acinpro, en contra del fallo surtido el 11 de julio de 2019, dentro del Proceso No. 110013199005201798492020

- Demandante ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO en contra de la SOCIEDAD HOTEL DANN CARTLON MEDELLIN SA.

Atentamente;

CLARA EUGENIA URAZAN ARAMENDIZ

Apoderada ORGANIZACION SAYCO ACINPRO

Bogotá, D C 21 de octubre de 2020

Honorable Magistrada

Dra. CLARA INÉS MARQUÉZ BULLA

Sala Civil TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. D.A

E. S. D.

Referencia: Proceso Verbal

Demandante: **ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO**

Demandados: **HOTEL DANN CARLTON MEDELLIN S.A**

RADICADO No. 11001319900520179849202

Respetada Magistrada:

CLARA EUGENIA URAZÁN ARAMÉNDIZ, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula No.51.712.564 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional No. 127.412 del C. S. de la J, obrando en calidad de apoderada general de la Organización Sayco Acinpro, en calidad de Demandante, me permito sustentar el RECURSO DE APELACION interpuesto en audiencia de instrucción y juzgamiento el 11 de julio de 2019, en los siguientes términos:

Para el caso que nos ocupa, está probado que en las áreas comunes como, **LOBBY – BAR, SALONES DE RECEPCIONES y, RESTAURANTE** existen mecanismos para la comunicación pública de la música, tales como **TELEVISOR, CONSOLAS DE SONIDO Y BLAFES**, todo ellos, fueron evidenciados en la Prueba Anticipada de inspección judicial realizada el 3 de agosto de 2017, en donde se puede leer:

“ **1. Áreas Comunes:**

- **Lobby – Bar**

El establecimiento inspeccionado cuenta con un Lobby –Bar en el cual se observó un (1) Televisor conectado un codificador de prestador de servicio DIRECTV.

Dentro de los Canales de televisión que se sintonizaron en el televisor señalado, se pudo acceder a una serie de obras musicales las cuales quedaron relacionadas en la grabación la cual consta en un CD que hace parte de la presente acta.

- **Salones**

(...) se pudieron revisar 2 de estos, en los cuales se evidenciaron instalaciones de sonido (parlantes), ...

Valga agregar que se revisaron la fuente de sonido ubicado en la recepción del hotel, allí se en encontraron una serie de consolas y aparatos que, según la persona a cargo, sirven para comunicaciones y perifoneo, ...

- **Restaurante**

... se pudo verificar la existencia de sonido (parlantes y una consola), las cuales, según el personal que atendió la diligencia tienen como uso principal el perifoneo del hotel.”

De lo anterior es claro concluir que en el **HOTEL DANN CARTLON** realiza la comunicación pública de la música, no solo en las habitaciones, sino, además, en las diferentes áreas del Hotel.

En ningún momento, el demandado probó que dichos dispositivos fueran única y exclusivamente para PERIFONEO. Tal como consta en el Acta de la Inspección Judicial, y quien atendió la diligencia manifestó que dichos dispositivos estaban “*como uso principal el perifoneo del hotel*”, pero no que fueran de uso exclusivo para ello. Y más aún cuando, se evidenció que el Televisor instalado en el Lobby – Bar, canales musicales a través del servicio de DIRECTV. Como se sustentó en los alegatos de conclusión, es claro deducir que, con la existencia de los aparatos de televisión o radio en un establecimiento abierto al público, constituye un hecho suficiente para suponer su utilización pública y continua, no siendo necesario que dichos aparatos se encuentren encendidos permanentemente, ya que lo importante en principio es la posibilidad de acceso mediante ellos a los programas radiodifundidos, protegidos por los derechos de autor.

No existe duda alguna, que el televisor ubicado en el Lobby – Bar del **HOTEL DANN CARTLON**, como quedó evidenciado en el marco de la ***prueba anticipada de inspección judicial*** no solo está para que a través de él se pueda ver el noticiero y transmisiones deportivas. Ni tampoco fue demostrado que las consolas, parlantes y demás mecanismos sean para uso exclusivo de perifoneo e información. Le correspondía a parte demandada, en virtud del principio de la carga de la prueba, hacerlo.

Además y, para el caso presente, si solo existieran los televisores en el Lobby – Bar, restaurante, y salones tal y como quedo demostrado y, como quiera que ellos son mecanismos por el cual se realiza la efectiva **comunicación pública de obras musicales**, y además, de no existir norma que diga que el derecho se causa cuando se demuestra que hay un uso efectivo de ella; ya que el hecho causante del pago, no es la existencia de un televisor, un equipo de sonido, una videorockola, un computador, etc., sino el hecho mismo de que la música se puede hacer haga sonar –por cualquier medio - dentro del establecimiento de manera que el público la perciba.

Así las cosas, quien posee y utiliza un televisor en un establecimiento abierto al público, realiza a través de él no solo la ejecución pública de obras musicales, sino además otros derechos como la comunicación de obras audiovisuales, entre otros, y que requieren la autorización y el consecuente pago por concepto de derechos de autor y conexos (Art. 15 literal f) de la Decisión Andina 351 de 1993).

Quien posee y utiliza un televisor en un establecimiento abierto al público, realiza a través de él, **la comunicación pública de fonogramas en video clips o videos musicales**. Los fonogramas musicales están presentes, como música incidental o como fonogramas sincronizados, en todo tipo de programaciones televisivas, **incluyendo las telenovelas, y más hoy en día cuando la música está presente en todas ellas; como ejemplo, tenemos la de Diomedes Díaz, Niche, entre otras**. De hecho, los canales deportivos, que no ponen música en el desarrollo de un partido de fútbol, la utilizan como cortina de sus programas, como acompañamiento a videos deportivos, como parte de la publicidad, etc. **Esto mismo sucede con los canales noticiosos, tan es así, que ellos identifican al terminar su programación, el pago de derechos de autor y derechos conexos a SAYCO y ACINPRO** (Art. 15 literal f) de la Decisión Andina 351 de 1993).

Al respecto debemos hacer alusión a lo dispuesto en el **artículo 15 Decisión Andina 351 de 1993, el cual a su letra reza:** “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:**”, debe tenerse en cuenta para el desarrollo y decisión del presente recurso, que la definición de comunicación pública no se limita a la ejecución pública efectiva de una obra artística, sino por el contrario, habilita a una eventual comunicación pública de las mismas al tener incluido la palabra **pueda** derivado del verbo poder, el cual dentro de sus definiciones se configura la **posibilidad de que algo pueda suceder**, máxime en el caso concreto los medios dispuestos para ello son idóneos, de fácil acceso y, sin restricción de uso ya sea por un huésped o por el administrador del hotel, o de terceros que llegan al hotel, ya sea solo para realizar un actividad diferente a la de pernotar.

La mencionada Decisión Andina 351 en el artículo antes citado, respecto a este asunto, establece las posibilidades de emisión de obras protegidas por derecho de autor y, conexos en especial:

“d) *La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;*

e) *La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;*

f) ***La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;***

g) *La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;*

h) *El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas;*

i) *En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.” (resaltado fuera de texto).*

Este Asunto no solo se encuentra regulado de manera supranacional en la Norma descrita, sino que, a su vez, ha sido objeto en el Tribunal de Justicia Andina, en el proceso 9IP-99 al hacer una interpretación sobre este artículo, respecto a la comunicación pública, al determinar

“LA ejecución es considerada abusiva siempre que, sin la necesaria autorización del autor alguien proporcione a terceros la recepción de una obra transmitida por radio o televisión con finalidad de lucro directo o indirecto”

“El lucro indirecto se caracteriza por una utilización aparentemente sin ánimo de lucro, que torna el ambiente más agradable, más alegre o más sereno, pero que crea una ventaja en relación a locales semejantes que no dispongan de aparatos para la recepción de las transmisiones;”

“El progreso tecnológico en la transmisión de sonidos o imágenes y sonidos no puede dar lugar a la apropiación del trabajo ajeno y de la propiedad intelectual, merecedora de la protección jurídica, ni proporcionar un enriquecimiento sin causa.”

La connotada tratadista de la materia de derechos de autor, Dra. Delia Lipszyc, en su obra Derechos de Autor y Derechos Conexos, en la página 183, expresa: *“La comunicación se considera pública, cualesquiera que fueren 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.”* Asimismo, establece que la comunicación pública no solo cubre la comunicación pública directa, conocida como la comunicación en vivo, sino también, la comunicación indirecta, esto es las fijaciones como fonogramas, cintas, bandas magnéticas o un agente de difusión como la radiodifusión o la transmisión satelital o cableada, a lo cual debe agregar en palabras de la doctrinante, *“los distintos actos de comunicación publica permite advertir que el derecho de autor también cubre toda actividad que posibilite que la obra llegue a un publico en distinto de aquel al que se dirige la comunicación pública”.*

En este orden de ideas, la consideración del Subdirector al manifestar que no se probó la comunicación pública de obras musicales a través de los diferentes medios idóneos para esta, y dispuestos en los áreas diferentes a las habitaciones, es desconocer la protección al derecho de autor y conexos sobre las obras artísticas y, el soporte que permite su ejecución, más aun cuando, de la Diligencia de Inspección Judicial como prueba anticipada se pudo concluir la materialización del derecho, y la posibilidad del uso es latente y con ello la obtención de una licencia, es obligatoria como corresponde a una justa remuneración.



organización sayco-acinpro

Personería Jurídica Res. No. 291 DNDA 18/10/2011

Por lo expuesto, solicito respetuosamente a ese Honorable Despacho, apelar la sentencia de primera instancia y con ello, declarar que existió la comunicación pública de la musca, representada por las mandantes de la Organización Sayco Acinpro, a través de los medios tales como, televisores, parlantes y consolas de sonido, dispuestos en las zonas comunes de las instalaciones del **HOTEL DANN CARLTON** y, con ello la obligación de adquirir una licencia de uso y cancelar una contraprestación.

Sin otro asunto,

CLARA EUGENIA URAZAN ARAMENDIZ

C.C. No. 51.712.564 de Bogotá

T.P No. 127.412 del C. S del J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA RV: SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION. RADICACION 110013103037 2020 00347 01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 24/10/2022 10:56

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: hugo moreno <hmoreno@morenoygarciaabogados.com>

Enviado: lunes, 24 de octubre de 2022 10:49 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: williamquiroga1965@gmail.com <williamquiroga1965@gmail.com>; Juan Camilo Ayala

<impuestos@brinks.com.co>; juan pablo araujo <jparaujo5@hotmail.com>; notificaciones

<notificaciones@segurosbolivar.com>; recepcion <recepcion@emasesoires.com.co>

Asunto: SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION. RADICACION 110013103037 2020 00347 01

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Honorable Magistrada

CLARA INÉS MARQUEZ BULLA

Sala 003 Civil

E. S. D.

HUGO HERNANDO MORENO ECHEVERRY, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.345.876 de Bogotá, portador de la T. P. No. 56.799 del C. S de la J., obrando en mi condición de apoderado especial de la parte demandante, dentro del término legal, procedo a SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN.

--

Cordialmente,

HUGO H. MORENO ECHEVERRY

ABOGADO

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ –
SALA CIVIL

Honorable Magistrada:

CLARA INÉS MARQUEZ BULLA

E.

S.

D.

RADICADO No. 11001 3103 037-2020-00347-01

PROCESO DECLARATIVO POR RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL.

DEMANDANTES: MARGARITA EMILCE SANCHEZ HERNÁNDEZ
Y OTROS

DEMANDADOS: WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA Y
OTROS

HUGO H. MORENO ECHEVERRY, abogado titulado, identificado como aparezco al firmar, en mi condición de apoderado especial de la parte demandante, dentro del término legal, procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** oportunamente interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso de la referencia.

Para el efecto, resulta menester sujetarnos a los reparos concretos que frente a la sentencia fueron precisados por el suscrito mandatario judicial en anterior oportunidad procesal; lo cual procedo a desarrollar, así:

1.- PROBLEMA JURÍDICO

Toda vez que la sentencia que confutamos tiene como estribo el reconocimiento de la EXCEPCIÓN PARCIAL DE CAUSA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, por ello, se ha de determinar si de las pruebas recogidas en la instrucción y las arrimadas por la parte actora como por la pasiva, se puede inferir si el señor WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA faltó el deber objetivo de cuidado o logró romper el nexo causal entre el hecho generador y el daño y/o si se dan los presupuestos de la presunción de responsabilidad de acuerdo con el art. 2356, en tratándose del ejercicio de actividades peligrosas y si concurren los requisitos de la IRRESISTIBILIDAD, la IMPREVISIBILIDAD y la EXTERIORIDAD que son consustanciales con la causa extraña para el caso, la CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

Solicito, respetuosamente, a la Honorable Sala del Tribunal auscultar y determinar si las conclusiones del *a quo* lograron enervar la obligación de indemnización por el advenimiento o prueba, PARCIALMENTE, de la causal extraña de CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA y si esta quedó efectivamente demostrada con el caudal probatorio invocado en el fallo de primera instancia.

Auscultemos pues los requisitos, exigidos por la jurisprudencia, para dar por sentado o no la EXCEPCIÓN PARCIAL DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA:

2.- REQUISITOS DE LA CAUSA EXTRAÑA DENOMINADA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Pasemos pues a desentrañar los requisitos exigidos por el derecho colombiano para que se dé esta causa extraña y se rompa así el nexo de causalidad; entre los requisitos que campean en la doctrina nacional tenemos LA IRRESISTIBILIDAD, LA IMPREVISIBILIDAD Y LA EXTERIORIDAD.

2.1.- LA IRRESISTIBILIDAD

La jurisprudencia ha señalado con respecto a la CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA en sentencia SC1230-2018 Radicación **08001-31-03-003-2006-00251-01**, a **Mag. Ponente LUIS ALONSO RICO PUERTA**

*“... que ella atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso imprevisto y sus consecuencias no obstante los medios empleados para contrarrestarlo o sobreponerse a él y a su desenlace o en otros términos cuando en las mismas condiciones del demandado y atendiendo la naturaleza del hecho ninguna otra persona hubiere podido enfrentar sus efectos perturbadores, en tales condiciones no sería viable deducir responsabilidad pues nadie es obligado a lo imposible; **la imposibilidad relativa por tanto o viabilidad de que con algún esfuerzo de quien enfrenta la situación se supere el resultado lesivo descarta la irresistibilidad**”.*

“Por lo mismo, no podrá reconocerse la eximente cuando el soportante de la acción indemnizatoria pudo prever y eludir el hecho, pues según se tiene establecido, no impedir el resultado dañoso estando en posibilidad y en el deber de hacerlo, equivale a producirlo”.

Al decir de la Corte Suprema, si el hecho puede ser prevenido o resistido por el demandado, éste deberá sufrir los efectos de la imputación que le asiste; al estar descartada la irresistibilidad se descarta por contera la culpa exclusiva de la víctima.

Líneas abajo demostraremos que el demandado, señor WILLIAM OMAR QUIROGA, a la postre conductor del vehículo de placas BWL 462 pudo y estuvo en capacidad de resistir y eludir el hecho que cobró la vida de STEVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ (q.e.p.d.).

2.2.- LA IMPREVISIBILIDAD

La imprevisibilidad, según la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha de entenderse como la irrupción súbita de un suceso imposible de eludir, a pesar de la diligencia y cuidado observados con tal fin, para cuya evaluación en cada caso concreto, deberán tenerse en cuenta criterios como:

- 1) El referente a la normalidad o frecuencia.
- 2) El atinente a la probabilidad de su realización.
- 3) El concerniente a su carácter inopinado excepcional y sorpresivo.

Igualmente, sobre las causales de exoneración de responsabilidad, se ha pronunciado la C.S.J. en sentencia del 29 de abril del 2009 (Mag. Ponente Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO), este se cumple siempre que el hecho que se alega, como fundamento de la causa extraña no esté ligado al agente, a su persona; **en este caso debe el demandado probar que la actuación de la víctima es la única y exclusiva causa del daño** y que su actuación ha sido meramente pasiva o instrumental pues de lo contrario estará obligado a soportar de manera solidaria la indemnización; es decir que el demandado debe demostrar que NO TUVO NINGÚN GRADO DE PARTICIPACIÓN en el evento dañoso.

Igualmente, como lo veremos líneas abajo, está más que demostrado que la actuación de la víctima no fue la única y exclusiva causa del daño; en el resultado dañino, fue partícipe el demandado, señor QUIROGA SALAMANCA por conducir su vehículo a exceso de velocidad en una zana urbana, comercial y residencial y el haber avistado al peatón con 100 metros de antelación y no tomar las medidas necesarias para evitar el accidente, tal como el de haber frenado el vehículo y no DESACELERARLO como lo confesó pues entre frenar y desacelerar hay una gran diferencia, al paso que en el primero,

el vehículo no continúa rodando es decir DETIENE SU MARCHA al paso que en el segundo el vehículo sigue su recorrido avanzando varios metros, metros que pudieron ser la diferencia entre la vida y la muerte, este primer punto nos indica la impericia con el aumento del deber objetivo de cuidado .

2.3.- LA EXTERIORIDAD

Para que el demandado pueda liberarse plenamente de la obligación indemnizatoria, se requiere que su proceder reúna los requisitos de toda causa extraña, esto es, *“que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad”*, y por ende sea causa exclusiva del reclamante o de la víctima. CSJ SC 23 de noviembre de 1990 G.J. CCIV, página 69.

Teniendo como mira los tres (3) requisitos de la causa extraña – CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA -, es menester abordar su estudio para concluir si los mismos se dan en la sentencia cuestionada y si las pruebas fueron valoradas y tasadas en su rigor con los lineamientos de la sana crítica y si dicha valoración alcanzó su cometido para desembocar en la EXCEPCIÓN PARCIAL DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA y por consiguiente eximir de responsabilidad a la demandada.

Para lograr dicho cometido, es necesario hacer un ponderado y pormenorizado análisis de la sentencia de primera instancia y por supuesto de las pruebas que militan en el expediente y si ellas fueron o no tenidas en cuenta o valoradas en su rigor jurídico por el *a quo* para arribar a la conclusión que estamos confutando.

Los yerros de valoración probatoria que se enrostran entonces al fallo recurrido hacen referencia a los siguientes medios de convicción:

3.- LOS ERRORES QUE SE ENROSTRAN A LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

Para esta bancada, el señor Juez de primera instancia, incurrió en claros errores de hecho y de derecho desembocando en una INDEBIDA VALORACIÓN del material probatorio que milita en el expediente.

Las pruebas ínsitas en el expediente y que fueron desoída por el *a quo* son:

3.A.- LA RECONSTRUCCIÓN ANALÍTICA DEL ACCIDENTE DE TRÁNSITO ADELANTADA POR EL INGENIERO NELSON RODRIGUEZ ORTEGA.

No albergamos duda alguna que el exceso de velocidad fue ampliamente probado y reconocido por el señor Juez; menester es recordar que la zona del fatal accidente está limitada por una velocidad máxima de 30 Km/h y el vehículo manejado por el señor WILLIAM OMAR QUIROGA transitaba por encima de la misma, no obstante en la parte RESOLUTIVA esta circunstancia no tuvo el peso suficiente para llevar al señor Juez, a aplicar los requisitos que debe cumplir la causa extraña, arriba explicados como son LA EVITABILIDAD, LA IRRESISTIBILIDAD y LA EXTERIORIDAD, lo cual llevó al *a-quo* a deprecar la EXCEPCIÓN PARCIAL DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, pues del análisis del material probatorio bien pronto se advierte que el accidente era y fue físicamente EVITABLE Y RESISTIBLE para el señor WILLIAM OMAR QUIROGA; el exceso de velocidad jugó un rol importante en la causación del hecho luctuoso.

El *a quo*, a pesar de haber tenido en cuenta el exceso de velocidad, no tuvo en cuenta que dicho exceso tuvo una injerencia sustancial en el resultado dañino que terminó con la vida del joven STEVEN ALEXANDER OSPINA pasó sobre esta probanza sin desentrañar su contenido material, es decir no adelantó raciocinio alguno de si tal conducta, del conductor, hubiese sido suficiente para evitar el fatal accidente, incurriendo con ello en el vicio denominado por la doctrina de **“preterición de la prueba”**, dándole un valor equivocado y, por ende, no le otorgó el poder suasorio que tiene para colegir la indudable imprudencia con que obró el conductor de la camión.

El juez a lo largo de la sentencia pregona el exceso de velocidad por encima de los 30 kilómetros por hora, pero se queda parco en las consecuencias de dicho exceso, pues a la velocidad de los 30 Km/h habría sido absolutamente evitable el accidente, lo que de contera no lo habría llevado a dejar por probado la EXCEPCIÓN PARCIAL DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

3.B.- PRUEBA DE CONFESIÓN DEL SEÑOR WILLIAM OMAR QUIROGA (CONDUCTOR DEL CAMIÓN).

Hubo una inadecuada ponderación de la prueba de CONFESIÓN del señor WILLIAM OMAR QUIROGA (conductor del camión). En

el interrogatorio de Parte vertido por el señor QUIROGA, manifiesta, a una pregunta del suscrito, si antes del impacto había tenido contacto visual con el obitado, contestando que sí, que aproximadamente a cien metros, pues el día era claro y no existía ningún obstáculo visual, pero a pesar de ello, según sus propias palabras, ante el evidente atropellamiento, DESACELERÓ EL CAMIÓN, es decir que NO FRENÓ, que era la conducta prudente que cualquier conductor avezado hubiese hecho, por lo que el vehículo siguió avanzando, conducta que fue determinante en la producción del resultado dañino, pudo, el señor WILLIAM, evitar lo evitable, aun así, el señor juez desoyó e hizo caso omiso de tan elemental pero muy importante medio suasorio que da cuenta de la participación fecunda en la producción del hecho dañino y no obstante, dio por sentado la EXCEPCIÓN PARCIAL DE CULPA EXCLUSIVA.

La anterior CONFESIÓN, fue soslayada, inadvertida, dejada de lado y no apreciada por el señor Juez; una adecuada valoración de esta sola prueba habría transmutado radicalmente el desiderátum de la sentencia y de ahí la trascendencia del error de valoración probatoria que enrostramos al fallo atacado.

3.C.- FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 74 DEL CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO.

El *a quo* incurrió durante el ejercicio de la labor *in judicando* (aplicación del derecho) en el error de derecho consistente en la violación directa, a título de **“FALTA DE APLICACIÓN”** del artículo 74 del Código Nacional de Tránsito Terrestre Automotor (Ley 769 de 2002), cuya elocuencia no deja espacio para la duda, pues el mismo es claro en señalar cuando se debe reducir la velocidad de un vehículo automotor; su tenor literal es el siguiente:

“Art. 74.- Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos:

*En lugares de concentración de personas **y en zonas residenciales.***

En zonas escolares.

Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.

Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.

En proximidad a una intersección” (Negrillas fuera de contexto).

Se podrá decir, que en la sentencia sí se hizo clara alusión al exceso de velocidad, pero igualmente se puede afirmar que esta no fue tomada en cuenta para valorar los tres requisitos de la causa extraña, arriba enunciados; de haberlos tenido en cuenta hubiese llegado a la conclusión que el accidente era evitable y resistible, pues a dicha velocidad muy seguramente el accidente no se hubiese generado o con consecuencias menores y a lo mejor el peatón hubiese podido sortear con éxito el cruce de la calzada.

Al ser previsible y resistible el hecho no se dan los presupuestos de la EXCEPCIÓN PARCIAL DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, pues los requisitos para que opere la causa extraña son LA IMPREVISIBILIDAD, LA IRRESISTIBILIDAD Y LA EXTERIORIDAD, en defecto o ausencia de uno cualquiera de ellos no opera la EXCEPCIÓN PARCIAL DE LA CAUSA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

Con el anterior proceder, la prueba resultó distorsionada, y quedó totalmente aislada del conjunto del caudal probatorio.

Se trata, como viene de verse, de una prueba vertebral en punto del análisis de responsabilidad que se deriva de la determinación del elemento causal.

El irrefragable exceso de velocidad a la que marchaba el conductor de la máquina, suprime cualquier intervención del peatón en el curso causal y determina entonces la inexistencia parcial de la culpa exclusiva de la víctima, dejando incólume la presunción de culpa que gravita en cabeza de la demandada; ya que esta, advertida de estar manejando en un sector residencial y comercial que le indicaba de suyo la presencia de peatones en la vía y, no obstante el “límite” de velocidad permitida, debió disminuir la marcha del vehículo a los 30 Km/h.

3.D.- ERROR EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL INFORME POLICIAL DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO.

En efecto, la anotación, según la cual existiría, al decir del señor Juez, LA EXCEPCIÓN PARCIAL DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, por la hipótesis “*no observar*” antes de cruzar la vía, no pasa de ser una hipótesis de origen apenas imaginario, porque el policía que así lo anota en su informe, no se encontraba en el

sitio y hora del accidente, y por lo tanto no pudo percibir esta situación fáctica.

Por consiguiente, dicha hipótesis, fue obtenida de la mera “imaginación” del agente de tránsito, pues ningún ensayo, experimento, averiguación, medición, investigación, realizó previamente a insertarla en el documento público conocido como informe de accidente de tránsito; se requería pues de un complemento demostrativo que le diera soporte de convicción a dicha hipótesis, a efectos de probar una causa liberatoria de la responsabilidad civil, que genere convencimiento.

En la sentencia, se valoró entonces de manera equivocada el poder de convicción que emana de dicho informe policial, adjudicándole una inteligencia de la cual carece y dicho informe fue crucial en la decisión que hoy confuto.

3.1.- EL INFORME DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO SUSCRITO POR EL PATRULLERO ANDRÉS HINESTROZA

En cuanto el Informe Policial de Accidente de Tránsito (**IPAT**), este fue acogido íntegramente por el señor Juez de primera instancia sin confrontarlo con los demás medios suasorios, veamos:

La causal enrostrada, al peatón, por el agente de tránsito, como HIPÓTESIS la 409 “PASAR SIN OBSERVAR”.

En honor a la verdad es de advertir que el joven STEVEN ALEXANDER OSPINA (q.e.p.d.) atravesó la vía sin hacer uso de los pasos peatonales, uno que estaba quinientos (500) metros arriba y otros a doscientos cincuenta metros (250) abajo, pero es aquí en donde es dable la discusión de sí esta conducta fue suficiente y apta para la generación del accidente y si ello alcanzó para el rompimiento del nexo causal.

La causal 409 “PASAR SIN OBSERVAR” ínsita en el IPAT, no alcanza, *per se*, para enervar la presunción de culpa que pesa sobre la demandada, por cuanto, en primer lugar, dicha causal reseñada por el policial es una HIPOTÉISIS es decir solo es una presunción que tiene que ser materia de prueba o como lo define la Real Academia de la Lengua:

“Suposición hecha a partir de unos datos que sirve de base para iniciar una investigación o una argumentación”.

Amén de lo anterior, es necesario aclarar que el policial no fue testigo presencial del hecho, apareció tiempo después de la

ocurrencia del fatal accidente, así las cosas, nada les consta sobre la afirmación hipotética de si el peatón cruzó o no “sin observar”.

El señor Juez OMITIÓ darle el rigor probatorio a este medio, para él fue suficiente el hecho de no utilización de los pasos peatonales para arribar a la sentencia que hoy confrontamos, sin tener en cuenta que el demandado creó un riesgo jurídicamente desaprobado, al OMITIR el cumplimiento de claras normas del Código Nacional de Tránsito, entre ellas el artículo 74.

A pesar del caudal probatorio, consideramos que el *a quo*, de manera equivocada, NO le otorgó total mérito suasorio al material probatorio que milita en el expediente, descarrilando el mérito de las mismas y dándole paso a la causal de EXCEPCIÓN PARCIAL POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

Honorables Magistrados, no cabe asomo de duda, de que, en el caso en cuestión, el demandado, señor WILLIAM OMAR QUIROGA, creó un riesgo jurídicamente desaprobado al aumentar el riesgo legalmente permitido, presentándose:

“El fenómeno de la elevación del riesgo, que se da cuando una persona con su conducta supera el arisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación del daño” (Sentencia del 7 de diciembre del 2005, radicación 24696).

Si bien es cierto, que el joven STEVEN ALEXANDER OSPINA (q.e.p.d) omitió su deber de pasar la calle sin hacer uso de los pasos peatonales, esta circunstancia no es patente de curso para que a su turno el señor WILLIAM OMAR QUIROGA, quien conducía el camión, exponencialmente más peligroso, por su peso, volumen y velocidad, letalmente dañino, no respetara las normas de velocidad que indicaba el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito de reducir la velocidad legalmente regulada para cuando se transita por un sector urbano, residencial, comercial y turístico.

Solicito a la Honorable Sala del Tribunal, y por supuesto a la Honorable Magistrada Ponente, Dra. CLARA INÉS MARQUEZ BULLA, auscultar y determinar si las conclusiones del *a quo* lograron enervar la obligación de indemnización por el advenimiento o prueba de la causal extraña de EXCEPCIÓN PARCIAL DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, y si con las pruebas arrimadas y omitidas por la *a quo* se dan los requisitos

de la EVITABILIDAD e IRRESISTIBILIDAD y sí esta quedó efectivamente demostrada con el caudal probatorio invocado en el fallo de primera instancia.

Como lo afirma la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia reseñada en líneas liminares:

“... la imposibilidad relativa por tanto o viabilidad de que con algún esfuerzo de quien enfrenta la situación se supere el resultado lesivo descarta la irresistibilidad” (Negrillas y subrayas del suscrito).

“Por lo mismo, no podrá reconocerse la eximente cuando el soportante de la acción indemnizatoria pudo prever y eludir el hecho, pues según se tiene establecido, no impedir el resultado dañoso estando en posibilidad y en el deber de hacerlo, equivale a producirlo”.

En un caso de similar linaje, al revocar una sentencia absolutoria por una causa extraña, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia con ponencia de la Honorable Magistrada, Dra. LIANA AIDA LIZARAZO VACA, Radicación 110013103004 2017 00 57703 de septiembre del 2019, concluyó:

“... pues como lo tiene dicho la jurisprudencia, en materia de responsabilidad por actividades peligrosas, al autor del daño no le es dable exonerarse de responsabilidad con la demostración de la culpa exigible, es decir con la ausencia de culpa, adicionalmente tampoco estaban dadas las condiciones para que el a quo descartara de plano, el exceso de velocidad en la conducción del automotor siniestrado pues lo cierto es que hacen parte del expediente elementos probatorios que permiten inferir que el vehículo se desplazaba a mayor velocidad de aquella que se señaló como permitida para este tramo, tramo vial, según el testimonio de Cristian Briceño, el límite de velocidad permitido en La Curva en la que ocurrió el accidente era de 30 Kilómetros por hora, no obstante la magnitud del siniestro y las afectaciones sufridas por el vehículo y los pasajeros ponen en evidencia que el autobús se desplazaba a mayor velocidad...”.

En cuanto a la irresistibilidad, en la misma Sentencia, la Honorable Magistrada Dra. LIANA AIDA LIZARAZO VACA, arguye:

“Finalmente, en cuanto a la irresistibilidad, no se encontró probada, en la medida en que los demandados no allegaron al proceso los medios de prueba que dieran cuenta de que, a

pesar de los medios o diligencia empleada, **para contrarrestar los efectos del hecho del tercero, estos se hubieran producido**. En este punto aparece relevante que, como lo ha sostenido la doctrina nacional, lo irresistible deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo (Cita tomada del Tratadista Javier Tamayo Jaramillo, Contrato de Transporte Edición 1996), aclaración que resulta particularmente relevante en el presente caso, por cuanto si bien evitar el suceso, en gracia de discusión, pudiera ser considerado excesivamente complejo por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el accidente, no es menos cierto que respecto de los efectos no se demostró que el ejercicio de la actividad peligrosa por los demandados no hubiera contribuido al resultado dañoso, máxime cuando se encontró acreditado que el suceso fatal fue consecuencia del accidente de tránsito. Sobre esta última cuestión, esta Corporación se distancia del criterio acogido por el a quo, respecto de que la prueba del exceso de velocidad o cualquier otra circunstancia que denota un aumento del riesgo permitido debía ser acreditada por los demandantes, pues es sabido que en el ejercicio de una actividad peligrosa es al demandado a quien le corresponde demostrar el hecho que resquebraja el nexo de causalidad y lo exonera de responsabilidad, **carga dentro de la que se encuentra también la de demostrar las medidas y diligencias empleadas para evitar los efectos del siniestro**” (Negrillas fuera de contexto).

En el caso de marras, fue nulo, por no decir inane, el esfuerzo probatorio de la pasiva **“de demostrar las medidas y diligencias empleadas para evitar los efectos del siniestro”**; no hay una sola prueba al respecto, que pueda predicarse, en beneficio del señor OMAR WILLIAM QUIROGA.

Clara alusión hace el Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia que sirve de pivote a este recurso de alzada, en torno a los últimos planteamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en materia del derecho de daño, el cual se ha denominado como *favor víctima o progranato*, principio este que hace prevalecer las soluciones más favorables a la víctima de un daño injusto; en palabras del Tribunal Superior:

“... constituyendo una de sus manifestaciones la de servir como criterio hermenéutico que hace prevalecer las soluciones más favorables a la víctima de un daño

*injusto, en palabras de la Corte Suprema, conforme dicho principio, las dudas que pueden surgir a la hora de establecer la dimensión de la reparación han de resolverse en beneficio de quien injustamente sufrió el daño, de tal manera, que en el presente caso la aplicación de dicha pauta supondría que la duda debe favorecer al afectado en cuanto a la consecución de la reparación a sus intereses lesionados, **por lo que al existir vacíos probatorios sobre la efectiva ocurrencia de una causa extraña** estos deben dar lugar a que sea despachado desfavorablemente el reconocimiento de las excepciones en que ella se fundan” (Negrillas me pertenecen).*

4.- EN CUANTO A LA CONCURRENCIA DE CULPAS O CONCAUSAS Y LA GRADUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN CABEZA DE LOS IMPLICADOS EN ACCIDENTE

En torno a este punto, es el propio juez de primera instancia, en la parte CONSIDERATIVA, quien manifiesta el grado de responsabilidad que recae en cabeza del conductor del camión así:

*“El hecho de que hubiere excedido la velocidad permitida, colocó al entorno al peligro, exponiéndolo a un siniestro y consecuencias fatales como las que acá acontecieron, de manera que **la imprudencia del peatón fallecido no fue la única causa determinante**, sino también el superar el límite de velocidad por parte del conductor demandado, influyó en la ocurrencia del insuceso” (Subrayas y negrillas fuera de contexto).*

En el evento tal de que el Honorable Tribunal determine la CONCURRENCIA DE CULPAS O CONCASUSAS, consideramos que el 20% de graduación de la responsabilidad en cabeza del señor WILLIAM OMAR QUIROGA, quien fue más que determinante en la producción del hecho dañoso pues no cabe duda de la peligrosidad que entraña el conducir un camión de aproximadamente de veinte (20) toneladas, que lo hace exponencialmente más peligroso, por su peso y velocidad, razón por la cual las medidas extremas de seguridad que deben tomar los conductores al ejercitar una actividad, denominada por la doctrina y la jurisprudencia, de peligrosa lo que entraña el haber manejado el rodante sobre los límites de velocidad legalmente

reglamentados en el sector del siniestro, pues como bien lo anota el despacho del señor Juez “*la imprudencia del peatón fallecido no fue la única causa determinante*”, así las cosas nos apartamos de la calificación o distribución de responsabilidades en un 20% en cabeza del conductor y en un 80% en cabeza del peatón.

Como bien lo anota la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 2017-2018 M.P. Dr. LUIS ARMANDO VILLABONA, que el censor ha de detenerse a escrutar la causa eficiente del accidente si la misma prima sobre la víctima o el victimario; soy reiterativo en reseñar que el señor WILLIAM OMAR tuvo la oportunidad de advertir con antelación la presencia del peatón, a 100 metros antes del accidente, por lo que tuvo el espacio y el tiempo suficiente de evitar el accidente frenando el vehículo NO DESACELERANDOLO y de guiar a la derecha y no a la izquierda que era lo aconsejable para un profesional del volante, de ahí que se pueda predicar que la conducta del conductor fue DETERMINANTE en la producción del hecho dañoso.

Señala la Honorable Corte en la sentencia referenciada:

“Hay que ponderar el grado de incidencia causal de los comportamientos desplegados por la víctima y victimario en la producción del daño”.

Así las cosas, cuando la actuación de quien sufre el menoscabo no es motivo exclusivo o concurrente del percance que él mismo padece, tal situación carecerá de eficacia para desestimar la responsabilidad civil del autor o modificar el quantum indemnizatorio” .

En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la parte que, en últimas, tuvo oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo (CLII, 109. - Cas. 17 de abril de 1991) (Negrillas del suscrito)

5.- PETICIONES DE LA PARTE APELANTE

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho a través de las cuales se controvierten los fundamentos y conclusiones del fallo apelado, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal:

1.- SE SIRVA REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, EN CUANTO DECLARÓ PROBADA LA EXCEPCIÓN PARCIAL DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

2.- COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, CONDENAR DE MANERA PLENA A LOS DEMANDADOS, AL PAGO DE LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES, PROCEDIENDO A TASAR LOS MISMOS, TENIENDO EN CUENTA LAS SUMAS DEPRECADAS EN EL CAPÍTULO DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA, Y EN CONSONANCIA CON LA JURISPRUDENCIA VIGENTE SOBRE LA MATERIA.

3.- PETICIÓN SUBSIDIARIA: EN CASO DE QUE EL TRIBUNAL CONSIDERE QUE EL PEATÓN, STEVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ, TUVO UN GRADO DE INCIDENCIA EN LA PRODUCCIÓN DEL HECHO, SE CALIFIQUE AL CONDUCTOR CON EL 80% DE RESPONSABILIDAD O CONDENE A CADA UNO AL 50% DE LOS PARTICIPES EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO.

De los Honorables Magistrados, atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HUGO H. MORENO ECHEVERRY', with a long horizontal flourish extending to the right.

HUGO H. MORENO ECHEVERRY
C.C. No. 19.345.876 de Bogotá
T.P. No.56.799 del C.S.J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA RV: SUSTENTACIÓN - RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Rad. 110013103037 2020 00347 01

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

Lun 24/10/2022 16:22

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA

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: recepcion <recepcion@emasesores.com.co>

Enviado: lunes, 24 de octubre de 2022 4:14 p. m.

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

Cc: hugo moreno <hmoreno@morenoygarciaabogados.com>; jparaujo5@hotmail.com
<jparaujo5@hotmail.com>; notificaciones <notificaciones@segurosbolivar.com>; Juan Camilo Ayala
<impuestos@brinks.com.co>; williamquiroga1965@gmail.com <williamquiroga1965@gmail.com>;
sanchezhernandezvalentina7@gmail.com <sanchezhernandezvalentina7@gmail.com>;
marilop007@hotmail.com <marilop007@hotmail.com>; Juan Pablo Araujo <jaraujo@araujoabogados.co>

Asunto: SUSTENTACIÓN - RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Rad. 110013103037 2020 00347 01

Doctora

Clara Inés Márquez Bulla

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA 003 CIVIL

Ref. SUSTENTACIÓN - RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Proceso declarativo de responsabilidad civil de MARGARITA EMILCE SANCHEZ HERNANDEZ y otros
Contra WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA, BRINKS DE COLOMBIA SA y SEGUROS COMERCIALES
BOLIVAR

Rad. 110013103037 2020 00347 01

Elvira Martínez de Linares, identificada como aparece al pie de mi firma en mi condición de apoderada de la sociedad **Brinks De Colombia y William Omar Quiroga**, encontrándome dentro de término del traslado respectivo me permito sustentar ante su Despacho el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones del documento adjunto.

De los Honorables Magistrados

ELVIRA MARTINEZ DE LINARES
C.C. No. 40.912.020 de Riohacha
T.P. NO. 57.202 del C.S.J.



DIANA PAULINA SABOGAL CARVAJAL
Emasesores & Cía. S.AS.

Carrera 13 # 29-41 Oficina 204-205 Parque Central Bavaria Manzana 1
Teléfono: 3015210115-3002185088-2105239

CONSENTIMIENTO PARA CORREOS ELECTRÓNICOS

Este mensaje y sus archivos adjuntos van dirigidos exclusivamente a su destinatario pudiendo contener información confidencial sometida a secreto profesional. No está permitida su reproducción o distribución sin la autorización expresa de ELVIRA MARTINEZ ASESORES Y CIA S.A.S.. Si usted no es el destinatario final por favor elimínelo e infórmenos por esta vía. De acuerdo con la Ley Estatutaria 1581 de 2012 de Protección de Datos y sus normas reglamentarias, el Titular presta su consentimiento para que sus datos, facilitados voluntariamente, pasen a formar parte de una base de datos, cuyo responsable es ELVIRA MARTINEZ ASESORES Y CIAS.A.S. , cuyas finalidades son prestar el servicio de asesorías jurídicas y procesales.

Puede usted ejercitar los derechos de acceso, corrección, supresión, revocación o reclamo por infracción sobre sus datos, mediante carta dirigida a ELVIRA MARTINEZ ASESORES Y CIA S.A.S. a la dirección de correo electrónico protecciondedatos@emasesores.com.co, indicando en el asunto el derecho que desea ejercitar, o mediante correo postal remitido a CARRERA 13 # 29 – 41 OFICINA 204 BOGOTA.



Doctora
CLARA INES MARQUEZ BULLA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
Magistrada Sala 003 Civil
E. S. D.

REF. SUSTENTACION – RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Proceso Declarativo de (Responsabilidad Civil) de MARGARITA EMILCE SANCHEZ HERNANDEZ Y OTROS Contra WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA, BRINKS DE COLOMBIA S.A. Y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. (ESTA ULTIMA TAMBIEN LLAMADA EN GARANTÍA)

Rad. No. 11001 31 03 037 2020 00347 01

ELVIRA MARTÍNEZ DE LINARES, identificada como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderada de la sociedad **BRINKS DE COLOMBIA S.A.** y el señor **WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA**, mediante el presente escrito me permito Sustentar ante su Despacho el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, emitida el día 24 de agosto de 2022, de acuerdo en las siguientes:

CONSIDERACIONES DE LA RECURRENTE

El señor Juez de Primera Instancia, resolvió en el fallo proferido el día 24 de agosto de 2022, entre otras cosas, declarar probadas parcialmente las excepciones propuestas por los demandados WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA, la compañía BRINKS DE COLOMBIA S.A. Y SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., denominadas "INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL(...) POR CONFIGURARSE RUPTURA DEL NEXO CAUSAL" y "Culpa exclusiva de la víctima, como eximente total de responsabilidad y ausencia de nexo causal" respectivamente, razón por la que declara responsables parcialmente a WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA, LA COMPAÑÍA BRINKS DE COLOMBIA S.A., por los daños causados a los demandantes en el accidente de tránsito ocurrido el 5 de junio de 2017 en donde falleció STIVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ (q.e.p.d.), fundamentando su decisión en que si bien Steven Alexander Ospina Sánchez desconoció las prohibiciones a los peatones para transitar en vías públicas, conforme lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 769 de 2002 modificado por el artículo 8 de la Ley 1811 de 2016, en especial el inciso 2º. Del párrafo 2º. Ibídem que expresa que "dentro del perímetro urbano, el cruce debe hacerse solo por las zonas autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y las bocacalles" violando los artículos 57 y 58 del Código Nacional de Tránsito al atravesar la vía de 6 carriles y en doble sentido de





circulación de la Avenida Villavicencio, circunstancia que por sí sola ponía en peligro su integridad personal y su vida por lo que fue codificado con la hipótesis 409 “cruzar sin observar. No mirar a lado y lado de la vía para atravesarla”

También pone de presente que frente a la conducción de vehículos se ha reconocido como una actividad peligrosa que frente a las jurisprudencias en desarrollo de lo previsto en el artículo 2356 del Código Civil la responsabilidad se juzga bajo el alero de la presunción de culpabilidad de tal forma que cualquier exoneración, debe plantearse en el terreno de la causalidad, mediante la prueba de una causa extraña, entendida como la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito o los hechos de terceros o los hechos de la víctima y la colisión de actividades peligrosas también conocida como neutralización de presunciones.

También cita el artículo 2357 de la misma obra que dispone que la apreciación del daño está sujeta a su reducción, en el evento que se acredite que quien lo sufre se expuso descuidadamente a él o cuando su conducta fue determinante en el resultado, situación que se conoce como la teoría de la compensación de culpas.

Respecto al nexo causal el Despacho inicia resaltando la imputación de la responsabilidad que hace la parte demandante al conductor del vehículo implicado en este asunto y que la parte demandada en sus intervenciones ha sido enfática en que la causa del accidente tiene su génesis en la culpa exclusiva de la víctima.

En efecto, en el informe de accidentes el agente de tránsito que conoció los hechos atribuyó la causa del siniestro exclusivamente al occiso, bajo las hipótesis 409, es decir, que el peatón debió prever si su intención era cruzar la calle utilizar el cruce seguro para tal fin y al no hacerlo actuó de tal manera que puso en peligro su integridad física violando de esta manera varias normas de tránsito, en especial los artículos 57 y 58 del Código Nacional de Tránsito, relacionado con respetar las señales de tránsito al no cerciorarse de que no existiera peligro, invadir una zona destinada a vehículos y cruzar la vía atravesando el tráfico vehicular aun cuando existen pasos peatonales.

Es así que concluye la responsabilidad el Despacho que tanto el comportamiento del conductor demandado, al exceder en un promedio aproximado de 5 kilómetros por hora, la falta de precaución y cuidado extremo para maniobrar el automotor dadas sus dimensiones, peso y las condiciones particulares de la vía, como el peatón Steven Alexander Ospina Sánchez (q.e.p.d) al exponerse imprudentemente al riesgo por tratar de atravesar una vía principal de 6 carriles en doble sentido de circulación.

Que vale la pena resaltar, que tanto en el informe de tránsito como las fotografías aportadas con los dictámenes periciales, el testimonio del patrullero que elaboró el reporte y las declaraciones rendidas por los demandados el límite de velocidad en la zona donde ocurrió el insuceso es de 30 kilómetros por hora, dato visible para los conductores por estar demarcado en el pavimento para la época de los hechos conforme se deduce de las fotografías y el relato de algunos de los peritos que acudieron al proceso.

Que el representante legal de Brinks de Colombia señaló que de acuerdo a reportes internos de su empresa el automotor se desplazaba a 35 kilómetros por hora corroborándose lo conceptuado por el peritaje de reconstrucción del siniestro aportado por la parte demandante, quien dictaminó que el rodante iba a una velocidad de 35 a 40 kilómetros por hora.





Por lo anterior, el Despacho decide dar aplicación al artículo 2357 del Código civil en donde se atribuye al conductor del vehículo un 20% y a la víctima un 80% de responsabilidad en la producción del daño, teniendo en cuenta que el occiso tuvo mayor participación, dada la gravedad de las conductas desplegadas y la puesta inminente de peligro a que se sometió imprudentemente, quien tuvo en su poder la posibilidad de cambiar el fatídico resultado, pues, si hubiese optado por tomar otra vía o medio peatonal para atravesar la Avenida como lo establece la normatividad de tránsito, el daño no se hubiera realizado.

Decisión que no comparte esta apoderada, teniendo en cuenta, que si bien parece normal para los demandantes y los testigos que llevaron los demandantes al proceso, hacer el cruce por lugares no permitidos como si fuera lo correcto y no hacerlo por los lugares obligatorios simplemente porque según ellos era lejos de ese lugar, ello simplemente denota el irrespeto a las normas de tránsito por parte del occiso quien hasta ahora había atravesado solo 3 carriles de una calzada y se disponía a atravesar los otros tres carriles que tiene la calzada de la Avenida Villavicencio, sentido Bogotá Villavicencio y no lo hizo de manera pacífica sino de manera rápida e intempestiva, siendo esto la causa eficiente de la ocurrencia del accidente, que pese a la maniobra evasiva que hizo el conductor del vehículo no logró evitar el accidente por la fuerza que le imprimió el peatón hoy occiso a su recorrido al hacerlo de manera rápida y que por lo voluminoso y pesado el vehículo que conducía el señor WILMER OMAR QUIROGA, no pudo evitar la colisión, lo que constituye una culpa exclusiva de la víctima, es cierto que lo divisó unos metros antes, pero eso no le indicó la conducta que pensaba desplegar el peatón en el preciso instante en que pasaba por el lugar cuando se tira el peatón a la vía de manera intempestiva.

Es por ello que, en el informe de accidentes el agente de tránsito que conoció los hechos atribuyó la causa del siniestro exclusivamente al occiso, bajo la hipótesis 409, es decir, que el peatón al no transitar la avenida por un cruce seguro para tal fin y al no hacerlo actuó de tal manera que puso en peligro su integridad física violando de esta manera varias normas de tránsito, en especial los artículos 57 y 58 del Código Nacional de Tránsito, relacionado con respetar las señales de tránsito al no cerciorarse de que no existiera peligro, invadir una zona destinada a vehículos y cruzar la vía atravesando el tráfico vehicular aun cuando existen pasos peatonales.

Respecto a la velocidad, no es cierto que esté demostrado que el conductor del vehículo transitara a 35 kilómetros y menos que el perito de la parte actora lo corrobore según el Juzgado quien señala que él indica que va de 35 a 40 kilómetros por hora.

Si bien, la velocidad del sector para la fecha de los hechos era de 30 kilómetros por hora, no es cierto, que esté demostrado que el conductor del vehículo transitara a una velocidad superior, puesto que el perito de la parte actora NELSON RODRIGUEZ ORTEGA, en su cálculo de velocidad en ningún momento plasmó un dato real del accidente, todo lo hizo con base en la plataforma google muchos años después de la ocurrencia de los hechos y eso no es real, esto a juicio de esta apoderada no es un peritaje serio porque no dijo nada respecto a una técnica científica utilizada, no dio detalles de ninguna fórmula puesto que según él existe una norma que mencionó como el artículo 415 sin saber de

Carrera 13 No. 29-41 - Buffetes 204-205 - Parque Central Bavaria-Manzana 1

PBX: (601) 210 50 14- Celular: (57) 300 218 50 88

Email: recepcion@emasesores.com.co

www.emasesores.com.co

Bogotá, D.C.





qué código o ley se trata, que según él, no lo obliga a mostrar el desarrollo de la fórmula que utilizó y eso es porque no tiene un soporte fáctico real, luego ese valor de velocidad señalado por él, no es real, no está probado que el conductor transitara a una velocidad superior a los 30 kilómetros por hora y no debió ser tenido en cuenta.

De otra parte, hay un peritaje en el cuaderno de la Fiscalía emitido por la física CELINA MONCADA FUENTES de la Policía Nacional, dirección de tránsito y transporte Seccional Bogotá, quien tuvo para su análisis las evidencias recaudadas por la Fiscalía e indicó que respecto a la velocidad no es posible determinarla porque no se tiene evidencia del lugar donde el conductor inició el proceso de detención.

Por último, Seguros Comerciales Bolívar aportó un peritaje suscrito por Cesvi Colombia quien indica que el vehículo en el momento del accidente no iba a velocidad superior a 8 kilómetros por hora.

Teniendo en cuenta que las pruebas científicas no han probado la velocidad, mucho menos podemos decir que esté probado por algún otro medio.

Luego con base en lo expuesto, está probada en su totalidad la culpa exclusiva de la víctima quien desafortunadamente, debido a su imprudencia al lanzarse a la vía en el preciso instante en que cruza el vehículo genera los hechos que se debaten en este proceso por lo que queda probada la excepción de INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR CONFIGURARSE LA RUPTURA DEL NEXO CAUSAL POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA, desvirtuándose así la existencia de una **CONCURRENCIA DE CULPAS** como lo señala el Despacho.

Respecto a los perjuicios

De acuerdo con la excepción antes descrita debe quedar sin piso también el valor de la indemnización de los posibles perjuicios cuya base de la cual partió el Despacho para tasar los perjuicios morales y sacar los porcentajes es elevada porque el Despacho tuvo en cuenta únicamente el valor total solicitado por los demandantes, es decir el 100% de la pretensión, esto es \$70.000.000.00 para la madre y cada uno de los hermanos y \$30.000.000 para la abuela y para ello también se debe tener en cuenta la participación de la víctima porque nadie puede alegar su propia turpitud, puesto que si bien esta tasación es a criterio del señor Juez, debe hacerse de manera muy juiciosa y debe también ponderarse de acuerdo a lo que está probado en el Proceso con base en las pruebas legalmente allegadas.

Tampoco habría lugar, al pago de los perjuicios a la vida de relación por las razones anteriores, máxime que los demandantes sobre todo la abuela fue clara al señalar que si bien como es natural han estado muy tristes con la pérdida, ya habían vuelto a tomar el rumbo. Todo para indicar que se encuentra probada la **excepción de cobro de lo no debido**.

En ese orden de ideas, presento la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia atacada proferida el día 24 de agosto de 2022 por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, y ruego a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial





de Bogotá – Sala Civil-, se sirvan revocar la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, y en su lugar se acceda a decretar la prosperidad de las excepciones **INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ROMPIMIENTO DEL NEXO CAUSAL – CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, COBRO DE LO NO DEBIDO y eventualmente la Excepción Genérica** si hay lugar a ello, sin lugar a condena en costas y agencias en derecho en contra de mis representados.

De los Honorables Magistrados,


ELVIRA MARTÍNEZ DE LINARES
C.C. No. 40.912.020 de Riohacha
T.P. No. 57.202 del C.S. de la J.



MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA RV: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN - RADICADO: 11001310303720200034701 - Demandante: Margarita Emilce Sánchez y otros.

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

Mar 25/10/2022 14:44

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. MARQUEZ BULLA

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: Juan Pablo Araujo <jparaujo5@hotmail.com>

Enviado: martes, 25 de octubre de 2022 2:42 p. m.

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

Cc: williamquirolga1965@gmail.com <williamquirolga1965@gmail.com>; Juan Camilo Ayala <impuestos@brinks.com.co>; notificaciones <notificaciones@segurosbolivar.com>; recepcion <recepcion@emasores.com.co>; hmoreno@morenoygarciaabogados.com <hmoreno@morenoygarciaabogados.com>; recepcion <recepcion@emasores.com.co>

Asunto: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN - RADICADO: 11001310303720200034701 - Demandante: Margarita Emilce Sánchez y otros.

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Doctora CLARA INES MARQUEZ BULLA

Magistrada ponente

E. S. D.

Proceso:	<i>Declarativo de responsabilidad civil de mayor cuantía.</i>
Demandante:	<i>Margarita Emilce Sánchez y otros.</i>
Demandado:	<i>Brinks de Colombia S.A., Seguros Comerciales Bolívar S.A. y otro.</i>
Llamada en Garantía:	<i>Seguros Comerciales Bolívar S.A.</i>
Radicado:	<i>110013103037-2020-00347-01</i>

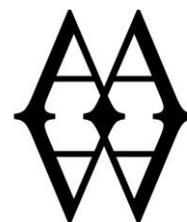
JUAN PABLO ARAUJO ARIZA, actuando en nombre y representación de la compañía **SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.** me permito presentar escrito de sustentación del recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia emitida el 24 de agosto

de 2022 por el Juzgado 37° civil del circuito de Bogotá D.C., notificada por estado No. 29 de 25 de agosto de 2022.

Agradezco dar acuse de recibo del presente correo.

Cordialmente,

Juan Pablo Araujo Ariza
Apoderado



AraujoAbogados

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Doctora CLARA INES MARQUEZ BULLA

Magistrada ponente

Correo electrónico: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Proceso: *Declarativo de responsabilidad civil de mayor cuantía.*

Demandante: *Margarita Emilce Sánchez y otros.*

Demandado: *Brinks de Colombia S.A., Seguros Comerciales Bolívar S.A. y otro.*

Llamada en Garantía: *Seguros Comerciales Bolívar S.A.*

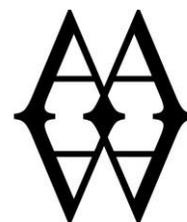
Radicado: *110013103037-2020-00347-01*

Asunto: *Sustentación del recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia.*

JUAN PABLO ARAUJO ARIZA, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.173.355 de Valledupar y portador de la tarjeta profesional No. 143.133 del Consejo Superior de la Judicatura, con correo electrónico registrado en el Consejo Superior de la Judicatura jparaujo5@hotmail.com, actuando en nombre y representación de la compañía **SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.** (en adelante BOLIVAR), por medio de este escrito me permito sustentar el recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia emitida el 24 de agosto de 2022 por el Juzgado 37° civil del circuito de Bogotá D.C., notificada por estado No. 29 de 25 de agosto de 2022.

I. CONSIDERACIONES DEL RECURRENTE

Muy respetuosamente solicito que se modifique la sentencia emitida por el *a quo* y en su defecto se exonere completamente a los demandados WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA, a la empresa BRINKS DE COLOMBIA S.A. y a mi representada SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., por los siguientes argumentos:



1. La sentencia desconoce la teoría de la causalidad adecuada al momento de determinar el nexo causal en el presente caso.

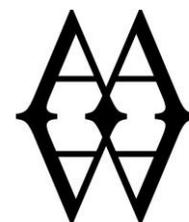
El nexo causal es la relación que debe existir entre la conducta dolosa o culposa de la persona que genera el daño y el daño mismo. Para definir este proceso lógico jurídico se han elaborado varias teorías que precisamente buscan facilitar la determinación de este elemento de la responsabilidad.

Inicialmente, se aplicó en Colombia la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual, “en la concurrencia de factores no es posible distinguir entre las varias condiciones que concurren para producir un daño, cuál es más causa que otra (...). Será causa de un perjuicio cuanto acontecimiento concurra a su realización; todos desde el punto de vista de la responsabilidad son equivalentes; no hay porque distinguir entre ellos; unos no se deben considerar como causa y otros no.”^[1].

Esta teoría se dejó de aplicar en Colombia porque llevaba al juez a buscar responsable hasta al infinito y por las siguientes razones que expresa el Consejo de Estado:

“Hoy día la mayor parte de los autores han abandonado la teoría de la equivalencia de condiciones: ellos no admiten que todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño sean la causa de tal daño desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Parece, en efecto, que para ser retenido como causa desde el punto de vista de la responsabilidad civil, es decir, para ser susceptible de comprometer la responsabilidad civil de su autor, el acontecimiento debe haber jugado un papel preponderante en la realización del daño. Pero los jueces serán libres de apreciar si el acontecimiento ha jugado o

^[1] VELASQUEZ Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2009.



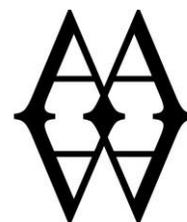
no un papel suficiente en la producción del daño para ser retenido como causa del daño.”^[2]

El Maestro Tamayo Jaramillo explica la teoría de la equivalencia de las condiciones con sus inconvenientes, y enuncia la teoría de la causalidad adecuada que es la que actualmente se aplica en nuestro país.

“Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y “la teoría de la causalidad adecuada”. De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño...”^[3]

Es claro, entonces, que en Colombia para determinar si existe nexo causal entre la conducta del demandado y el daño sufrido por la víctima se aplica actualmente la teoría de la causalidad adecuada, según la cual “un acontecimiento no puede considerarse causa de un perjuicio por la mera circunstancia de haberse comprobado que, sin ese acontecimiento, el perjuicio no se habría realizado. Entre los acontecimientos que concurren a la realización de un perjuicio o que condicionan ese perjuicio, no todos son su causa desde el punto de vista de la responsabilidad: no todos obligan a su autor a reparar. Solo se podrán considerar como causas de un perjuicio los acontecimientos que normalmente deben producirlo: se requiere que la relación entre el acontecimiento y el perjuicio sea adecuada y no meramente fortuita.”^[4]

El nexo causal se puede romper por varias causas: porque el daño es causado por una fuerza extraña (fuerza mayor o caso fortuito), por el hecho exclusivo de un tercero o por el hecho exclusivo de la víctima. Los eventos mencionados se conocen

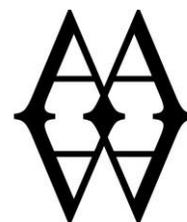


Araujo*Abogados*

^[2] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 2007. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gomez.

^[3] TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2ª edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.

^[4] VELAZQUEZ OBDULIO. Ob. Cit. Página 463.



como causa extraña, figura jurídica definida por el Maestro Tamayo Jaramillo como “aquel efecto imprevisible e irresistible cuyo origen no es imputable a la esfera jurídica del deudor.”^[5]

Los eventos enunciados constituyen causales de exoneración de responsabilidad, precisamente porque rompen el nexo de causalidad y en consecuencia, desaparece uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil.

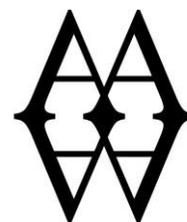
En el caso en cuestión, no existe nexo causal entre el daño sufrido por el señor STEVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ (Q.E.P.D) como víctima directa, ni de sus familiares aquí demandantes, y la conducta del conductor del vehículo de placa BWL462, porque el perjuicio fue causado por el hecho exclusivo de la víctima.

La relación de causalidad es uno de los requisitos fundamentales para que nazca el derecho a ser indemnizado. Se trata de establecer una conexión o relación jurídica entre el hecho lesivo de un presunto exceso de velocidad de 35 Km/h por parte del vehículo de placa BWL 462 y el daño.

Para que exista un nexo causal, en cada caso en concreto, la relación entre la acción u omisión y el resultado no debe dejar lugar a dudas. Sin embargo, la relación de causalidad en el caso que nos ocupa es clara y procede a concretarse únicamente en cabeza del señor STEVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ (Q.E.P.D), víctima directa del accidente ocurrido el 5 de junio de 2017.

Varias pruebas que obran en el expediente, demuestran la culpa exclusiva de la víctima, tal y como se explicará a continuación:

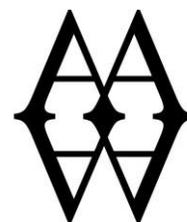
- i. El vehículo de transporte de valores de placa BWL 462, conducido por el señor WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA, inició un viaje en ejercicio de sus labores alrededor de las 6:00 A.M. Estando a la altura de la avenida Villavicencio con calle 84 Sur, sentido occidente a oriente, encontró un semáforo peatonal, aproximadamente 200 metros antes del lugar de la



Araujo*Abogados*

ocurrencia del accidente y desde ahí observó la presencia de un peatón (señor STEVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ ((Q.E.P.D)) en el separador vehicular de la vía de un total 6 carriles.

^[5] Ob. Cit. TAMAYO JARAMILLO, Tratado de responsabilidad civil. Tomo II.



- ii. El conductor del vehículo de placa BWL 462, observa sorpresivamente que de un momento a otro el peatón se lanza hacia la vía, por lo que intenta desacelerar el vehículo o disminuir la velocidad del rodante y realizar una maniobra evasiva girando el vehículo hacia la derecha para impedir chocar de frente al peatón. Posteriormente gira la cabrilla nuevamente a izquierda para retornar a su carril. Lo dicho, demuestra la diligencia y cuidado del conductor del vehículo referido.
- iii. No obstante la maniobra evasiva realizada por el conductor del vehículo, se golpea al peatón con el guardabarro delantero izquierdo y con la puerta del conductor, generando el accidente de tránsito y los hechos que dan base a la acción. Prueba de ello, es la revisión realizada al vehículo de placa BWL 462 el 23 de junio de 2017 y que obra en el expediente de la Fiscalía dentro de la investigación penal.
- iv. En cuanto al actuar del peatón STEVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ (Q.E.P.D), está absolutamente probado en este proceso su imprudencia, porque se atravesó o lanzó a la vía por un sitio por el cual no estaba permitido el cruce de peatones, incumpliendo fatídicamente con las normas de tránsito.
- v. Según el Informe policial de accidente de tránsito No. 000605077, el peatón STEVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ (Q.E.P.D) fue codificado con la causal 409, que corresponde a *“Cruzar sin observar. No mirar al lado y lado de la vía para atravesarla”*.
- vi. No menos importante, es señalar la existencia irrefutable del semáforo peatonal a tan solo 150 metros aproximadamente del lugar del accidente.

El material probatorio aportado, recaudado y practicado a lo largo del proceso, da cuenta que el actuar negligente de la víctima fallecida, dio origen y constituye la causa única y definitiva que generó el daño, porque las reglas de la experiencia indican que por más que un vehículo transite a 35km/h de velocidad en una vía



principal, no es esperable que por esa sola razón se cause un accidente como el que nos ocupa en este proceso.

Lo que sí es esperable según las reglas de la experiencia, es que si un peatón cruza la calle por un lugar prohibido e incumpliendo las normas de tránsito, sufra un accidente mortal como el que infortunadamente ocurrió en este caso.

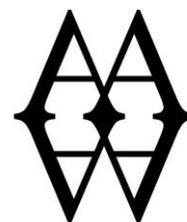
Vale recordar en este punto que los eximentes de la responsabilidad civil, o las causales de exoneración, son aquellas circunstancias que impiden transferir las consecuencias perjudiciales de un accidente o de un evento dañoso del patrimonio de la víctima al patrimonio del agente; en otras palabras, tales causales frustran la consolidación de la obligación indemnizatoria a cargo del supuesto causante del daño por la introducción de un elemento externo a su voluntad o control.

Se reitera y debe aceptarse que el actuar del peatón STEVEN ALEXANDER OSPINA SÁNCHEZ (Q.E.P.D.) y los daños padecidos indirectamente por sus familiares jamás habrían ocurrido si el joven OSPINA no hubiera incumplido sus deberes como peatón y no se hubiera expuesto imprudentemente al peligro, lanzándose a la vía en sitio no permitido para el cruce peatonal.

El actuar del peatón fallecido es la causa adecuada e irrefutable del daño. En este caso, quien sufrió el daño directo se expuso imprudentemente a él, situación que demuestra que en este caso estamos frente a una culpa exclusiva de la víctima, que exonera de toda responsabilidad a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.

2. La sentencia de primera instancia no valoró las pruebas legalmente practicadas en el proceso.

El artículo 167 del Código General del Proceso, estipula “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”



Araujo*Abogados*

En el presente caso hay certeza y claridad sobre la inexistencia de responsabilidad de nuestro asegurado y por tanto, de Seguros Comerciales Bolívar.

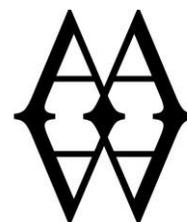
Si se analiza el material probatorio aportado, recaudado y practicado a lo largo del proceso, se tiene que concluir que lo procedente en este caso, es exonerar completamente de responsabilidad al extremo pasivo de la litis respecto al daño y los perjuicios sufridos por la parte demandante, porque si el peatón STEVEN ALEXANDER OSPINA SANCHEZ (Q.E.P.D) no hubiera violado las normas de tránsito, consagradas en los artículos 57 y 58 del Código Nacional de Tránsito, y por el contrario, hubiera actuado diligentemente, atravesando la vía por un cruce peatonal, seguramente el accidente no se hubiera producido.

El informe de accidente de tránsito en este caso es absolutamente concluyente en demostrar que la única causa del accidente es la culpa exclusiva de la víctima. No obstante, la sentencia de apelada no lo otorga la importancia y el peso que tiene la mencionada prueba.

II. SOLICITUD.

De conformidad con lo expuesto, solicito respetuosamente que se revoque la sentencia emitida el 24 de agosto de 2022 por Juzgado 37° civil del circuito de Bogotá D.C., notificada por estado No. 29 de 25 de agosto de 2022 y, como consecuencia de lo anterior, se ABSUELVA a los demandados WILLIAM OMAR QUIROGA SALAMANCA, a la empresa BRINKS DE COLOMBIA S.A. y a mi representada SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., de todas las pretensiones presentadas por la parte demandante.

De los Honorables Magistrados,



Araujo*Abogados*

JUAN PABLO ARAUJO ARIZA
C.C. No. 15.173.355
T.P. No. 143.133 del C.S. de la J.



Christian Camilo
Lozano Chaparro
ABOGADO

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

M.P. Dra. Ruth Elena Galvis Vergara

E. S. D.

Asunto: Sustentación de recurso de apelación
Proceso: Verbal – Responsabilidad civil extracontractual
Demandantes: Gloria Lucía Guerrero Mayorga
Demandados: Gloria Diomar López Téllez
Radicación: 110013103-036-2019-00255-00

CHRISTIAN CAMILO LOZANO CHAPARRO, mayor de edad identificado con la cédula de ciudadanía número 1.013.626.862 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No 272.364 del C. S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado judicial de la demandada dentro del proceso de la referencia, concuro ante su Despacho dentro del término de ley, con el fin de sustentar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia proferida el día 20 de septiembre del 2022, para efectos de lo cual solicito que la providencia sea revocada, en consideración a los siguientes,

ARGUMENTOS

- 1) La sentencia se relevó del estudio del elemento de la culpa con base en una sentencia penal no solicitada como prueba o incorporada oportunamente al proceso.**

La sentencia objeto de alzada indicó en forma genérica que le era vedado abordar el estudio de fondo de la culpa de mi representada en la ocurrencia del daño debatido dentro del proceso, dada la existencia de un pronunciamiento penal que ya había abordado el estudio de la responsabilidad del conductor del vehículo, habiéndolo declarado responsable penalmente por el delito de lesiones personales.

Sin embargo, la sentencia incurrió en una evidente falta de motivación, pues allí no se indicó siquiera en forma tangencial la naturaleza de la prueba con base en la cual se determinó lo anterior. Nótese que en la demanda solamente se allegó como prueba un documento de

318 279 6302



criloz10@gmail.com



Cra. 40A N° 10-43 sur
Bogotá D.C.





“acusación”, mas no la referida sentencia, y en el auto de fecha 5 de octubre del 2020 mediante el cual el despacho decretó pruebas dentro del proceso, nada se adujo sobre la incorporación de dicho medio de prueba, luego a nuestro juicio, la conclusión a la que arribó el despacho carece de fundamento probatorio, o en su defecto, se encuentra fundada en pruebas que no fueron legal y formalmente incorporadas al proceso.

Al respecto, el artículo 164 del C.G.P. determina que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas **regular y oportunamente** allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*, punto en el que se resalta que, son requisitos sine qua non para la validez de las pruebas, el que su incorporación al proceso sea *oportuna*, es decir, dentro de los términos establecidos perentoriamente para el efecto, y además, que se efectúe en forma *regular*, esto es, conforme a los procedimientos para su solicitud, decreto, práctica y contradicción.

Dentro del presente asunto, como se dijo, al margen de la naturaleza de dicha prueba, la sentencia penal aducida por el Despacho como fundamento de la responsabilidad de mi representada – proceso en el que dicho sea de paso, no fue vinculada -, carece del elemento de la regularidad en su incorporación, siendo que, como advertí líneas atrás, nunca se trató de una prueba decretada como tal a favor de la demandante, razón esta por la que consideramos que la sentencia de primer grado deberá ser revocada, al haberse fundado en una prueba ilegalmente incorporada al proceso.

2) Los perjuicios morales y el daño a la vida de relación que fueron objeto de reconocimiento en la sentencia carecen de prueba idónea.

En la sentencia se reconocieron a la demandante perjuicios por daño moral y daño a la vida de relación, los que, si bien en materia se encuentran sometidos al principio de libertad probatoria, dentro del proceso de la referencia consideramos que no se podían presumir derivados del dictamen pericial con fundamento en el cual se dedujo su existencia.

En efecto, del referido dictamen la juez a quo la existencia de algunas secuelas físicas permanentes en la demandante, producto del accidente de tránsito generador del daño, y

318 279 6302



criloz10@gmail.com



Cra. 40A N° 10-43 sur
Bogotá D.C.





derivadas de éstas presumió la existencia de un daño moral cuya indemnización cuantificó en la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, en cuanto tiene que ver con los daños morales, la parte demandante no presentó medios de prueba adicionales que, aunado al dictamen pericial – que dio cuenta de las secuelas físicas de su accidente -, arrojará luces sobre la naturaleza o manifestaciones psíquicas externas del daño moral sufrido por su mandante.

Al respecto, la experticia practicada dentro del proceso se reitera, se centró en las secuelas físicas del accidente, haciendo referencias tangenciales al estado anímico de la demandante, lo que per se no es prueba de la existencia del daño moral reconocido en la sentencia.

Igual consideraciones merece el reconocimiento que se le dio al daño en la modalidad de “vida en relación”, fundadas en el testimonio de la ex pareja sentimental de la demandante, sin ningún otro medio de prueba similar o de mayor entidad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que, aun cuando el daño moral es susceptible de ser indemnizado, *“ello no significa que para que haya lugar a su reparación, esté eximida la exigencia de que el mismo sea cierto, esto es, que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta”*¹, y dentro del presente trámite, se reitera, no se acreditó mediante algún medio de prueba la naturaleza o especificidad de las lesiones morales sufridas por la demandante, las que no son presumibles *per se* por la simple naturaleza de sus lesiones físicas, punto en el que la carga de la prueba de la apoderada demandante recaía en traer al proceso evidencia palpable de la exteriorización del daño moral sufrido por su representada, verbigracia, a través de testimonios familiares, dictámenes psicológicos, o de otra índole; lo cierto es que el dictamen pericial pocas luces arrojó sobre esta particular modalidad de daño, razón por la que consideramos que la condena producida contra mi representada por los conceptos de perjuicio moral y daño a la vida de relación no fueron debidamente probados, por lo que solicito respetuosamente a este Tribunal se revoque la providencia de primer grado, para en su lugar absolver a mi representada por falta de prueba del daño moral.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3255 de 2021, Radicación n.º 23001-31-03-003-2014-00116-01, cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021). M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

318 279 6302



criloz10@gmail.com



Cra. 40A N° 10-43 sur
Bogotá D.C.





3) La sentencia efectuó una errónea valoración probatoria sobre la condición de guardián o controlante del bien causante del daño que se le atribuyó a la demandada.

La juez de primer grado determinó que la presunción de guardián del bien que en materia de responsabilidad civil extracontractual se le atribuye a su propietario no fue desvirtuada, pues la manifestación de la demandada sobre la cesión a título de arrendamiento del vehículo no era creíble, por la carencia de otros medios de prueba, y por la “reticencia” y falta de espontaneidad de la demandada al rendir su interrogatorio.

Sin embargo, consideramos que sobre el particular había otros elementos de prueba incorporados al proceso que no fueron siquiera abordados por el Despacho, pues nótese que se encontraba demostrado sin lugar a dudas que el taxi causante del accidente se encontraba afiliado a una empresa de taxis, circunstancia que fue reconocida expresamente por la demandante desde la demanda inicial – al punto que dirigió su acción directamente contra la empresa de transporte -, y esta última al contestar la demanda, reconoció también en forma expresa dicha afiliación, aunque cuestionó el actuar del conductor al transitar sin “tarjeta de operación”.

Con todo, lo cierto es que a pesar que se desistió de la demanda contra la empresa de transporte, las pruebas por ella incorporadas al proceso no pierden validez – al tenor de lo previsto en el artículo 316 del C.G.P. -; ello, sumado a la confesión de la demandante sobre la relación jurídica entre la empresa de transportes y el vehículo, de manera que la juez pretermitió valorar las pruebas sobre la falta de control de mi representada respecto del vehículo causante del daño, lo que, como se indicó en los alegatos formulados por el suscrito, la hubiera llevado a la conclusión de que mi representada carecía de la calidad de controlante o guardián del bien al momento del accidente.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en providencia SC1084 del 2021, precisó que *“la posición de guardian de la actividad desarrollada con un rodante causante de daños en accidente de tránsito se predica de las empresas de transporte, entre otras personas, no solo porque obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la*

318 279 6302



criloz10@gmail.com



Cra. 40A N° 10-43 sur
Bogotá D.C.





Christian Camilo
Lozano Chaparro
ABOGADO

actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control..."

Dentro del presente trámite, la demandante decidió de manera unilateral desistir de su demanda contra la empresa de transportes a la cual estaba afiliado el automotor, a pesar de que dicha empresa era la controlante del vehículo causante del daño, vinculación que en todo caso permitió traer al proceso la prueba de que, efectivamente, la demandante conocía quien era la controlante del vehículo, de tal suerte que a mi representada no puede imponérsele condena alguna, habida cuenta que carecía del control de las operaciones del vehículo, que por norma le corresponde coordinar y ejecutar a la empresa de transportes, por ser la autorizada por el Estado para tal efecto, motivo por el que solicito al Tribunal se revoque la sentencia de primer grado, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, siendo que mi representada carecía de la condición de guardián del bien causante del daño.

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de alzada formulado contra la sentencia de primer grado proferida dentro del proceso de la referencia.

Respetuosamente,

CHRISTIAN CAMILO LOZANO CHAPARRO

T.P 272.364 C.S. de la J.

318 279 6302



criloz10@gmail.com



Cra. 40A N° 10-43 sur
Bogotá D.C.



Honorables Magistrados:

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

Dra. **RUTH ELENA GALVIS VERGARA**

E.

S.

D.

Ref.: **PROCESO VERBAL – RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
NO. 1100131030-36-2019-00255-00** de **GLORIA LUCIA GUERRERO
MAYORGA** contra **GLORIA DIOMAR LÓPEZ TÉLLEZ.**

Asunto: **RECURSO DE APELACION.**

MARCELA GAONA GARRIDO, vecina de esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.745.803. de Bogotá, Abogada en ejercicio y portadora de la Tarjeta Profesional No. 238.238. Del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada de la señora **GLORIA LUCIA GUERRERO MAYORGA**, me permito sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN**, en contra de la sentencia emitida el día 20 de septiembre de 2022, teniendo en cuenta que por auto de fecha 14 de octubre de 2022, ordenan correr el traslado para sustentar el recurso, entonces encontrándome dentro del término legal, me permito sustentar así:

INCONFORMIDADES

1.- La Inconformidad, en cuanto al daño del lucro cesante, aunque medicina legal solo haya determinado 140, días de incapacidad medico legal, eso no quiere decir que solo hayan sido 140 días de incapacidad, porque mi poderdante tuvo mas incapacidades que emitió la EPS.

LUCRO CESANTE CAUSADO O CONSOLIDADO: Es por ello, que considero como lucro cesante causado hasta la fecha, suma de **DIECISIETE MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL DE PESOS MCTE** (\$17.132.000.00). O EL MAYOR VALOR QUE SE PRUEBE DENTRO DEL PROCESO, por los dineros que ha dejado de percibir, por la imposibilidad de cumplir con sus dos trabajos que tenía para la fecha de los hechos, situación que produjo grandes perjuicios económicos.

1.- certificación emitida por **JHOAN PAN LTDA**, Panadería Pastelería, con Nit. 900.207.773-1, mi poderdante devengan el salario mínimo que para el año 2015, estaba en la suma de (\$644.350.00), entonces se liquida desde el 01 de Julio de 2015, a 31 diciembre de 2015, siendo 180 días, por el valor de (\$3.866.000.00) y por el año 2016 el salario esta por el valor de (\$689.455.00), liquidando 230 días, por el valor de (\$5.286.000.00), para un total de **NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL PESOS MCTE** (\$9.152.000.00). Certificados.

2.- Certificación **PASTELERIA Y PANADERIA LA MAYORGA**, certifica que mi poderdante laboro con ellos desde 01 de diciembre de 2014, hasta el 01 de Julio de 2015, por turnos de 5 días a la semana, por el valor del turno de (\$30.000), Es decir trabajaba 20 días al mes. Mi poderdante trabajo hasta el 01 de Julio de 2015, y su retiro fue por el accidente de tránsito. Mi poderdante tiene 13 meses de

incapacidad por el valor devengado por mes de (\$600.000.00), dejado de devengar el valor de SIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL DE PESOS MCTE (\$7.980.000.00).

Es por ello no me encuentro de acuerdo que solo se le haya “**La cantidad de \$3.217.456 mcte M/Cte a título de lucro Cesante**”. Para esta tasación no se tuvo en cuenta las incapacidades medicas y menos las certificaciones laborales. Debemos recordar que para la fecha de los hechos 01 de julio de 2015, mi poderdante la **GLORIA LUCIA GUERRERO MAYORGA**, se encontraba con dos trabajos uno en la **JHOAN PAN LTDA**, donde tenía contrato de trabajo y en **PASTELERIA Y PANADERIA LA MAYORGA**, donde trabajaba por turnos.

2.- **EN CUANTO AL LUCRO CESANTE FUTURO**, de este no se hablo dentro del fallo emitido por el Juez de primera instancia, donde se solicita se haga una idea a indemnizar la costumbre jurídica es determinarla como perdida de disfunción mental al 80% y su valor a indemnizar seria por la restante edad de su vida útil de la víctima, teniendo a la fecha del accidente contaba con 33 años. Su vida útil promedio es de 60 años lo que le restaría serian 27 años de pleno trabajo. Lo que debe ser indemnizado que seria 324 meses a razón del salario mínimo legal mensual vigente por (\$828.116) para un gran total a indemnizar de **DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS MCTE (\$268.309.584)**. o tener en cuenta el dictamen que emitió Medicina Legal, donde determino lo siguientes:

- 1.- Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.
- 2.- Deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente.
- 3.- Perturbación funcional de órgano – sistemas nerviosos central de carácter permanente, que condiciona secuelas 4,5,6 y da sustrato estructural y orgánico para posibles secuelas neuropsicológicas.
- 4.- Perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter permanente.
- 5.- Perturbación funcional de órgano - sistema de la locomoción de carácter permanente.
- 6.- perturbación funcional de órgano – sistema nervioso periférico de carácter permanente.

El perito, hace la siguiente acotación que considera pertinente:

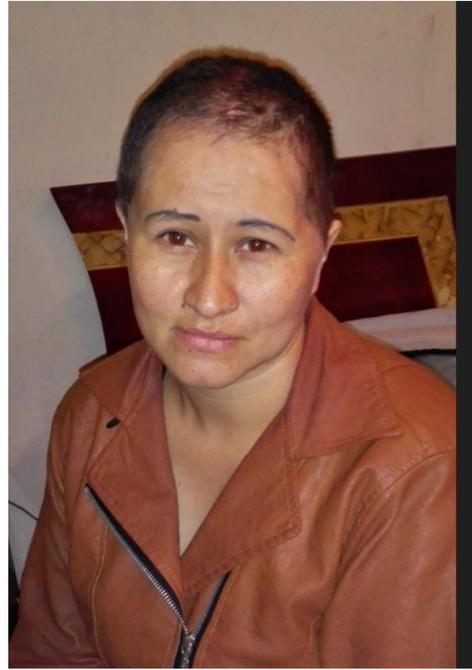
- 1.- Las lesiones sufridas pusieron en riesgo la vida de la examinada es decir de la señora **GLORIA LUCIA GUERRERO MAYORGA**.
2. con fechas 27 de agosto 2019, 22 de abril de 2021 se indico a la examinada que debería realizar valoración por neuropsicología.

En cuanto al dictamen de calificación, se puede evidenciar que las lesiones sufridas en la humanidad de mi poderdante son lesiones que son permanentes y que esto afecta en su diario vivir, que además no existe recuperación a largo tiempo. Es necesario que sea valoración de manera que se le reconozca a mi poderdante una indemnización justa.

Mi poderdante no es la misma mujer productiva como era antes del 01 de julio de 2015, porque efectivamente le afecto en gran magnitud en la humanidad. Veamos una foto.



Antes



después



En la actualidad.

En su rostro y cabeza quedo la parte izquierda sumida (como un balón), esto le afecta psicológicamente en su presentación y de acuerdo al testimonial del señor Albeiro quien era para la época del accidente su compañero permanente, a raíz del accidente él se separó, porque ella perdió toda motivación y para el quedo mal físicamente.

3.- **PERJUICIOS MORALES.** En la demanda se solicita que se fijen cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

El Despacho, tan solo fijo veinticinco (25), Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes. Los cuales creo que son muy bajitos para las lesiones que recibió mi poderdante en su humanidad.

1.- Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

2.- Deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente.

3.- Perturbación funcional de órgano – sistemas nerviosos central de carácter permanente, que condiciona secuelas 4,5,6 y da sustrato estructural y orgánico para posibles secuelas neuropsicológicas.

- 4.- Perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter permanente.
- 5.- Perturbación funcional de órgano - sistema de la locomoción de carácter permanente.
- 6.- perturbación funcional de órgano – sistema nervioso periférico de carácter permanente.

Es pertinente que se valore las lesiones recibidas en la humanidad de mi poderdante.

4.- **PERJUICIOS DE DAÑO EN LA VIDA EN RELACIÓN O PERJUICIOS FISIOLÓGICOS.** En la demanda se solicita que se fijen cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

Mi poderdante raíz del accidente de tránsito, quedo mal físicamente y esto afecto en su vida en relación, en su relación tenían planes de tener un hijo y no se pudo por el estado de salud de la víctima.

Además, quedo demostrado, que su compañero permanente se separó por verla así, porque para el quedo en mal. Además de que ella no quería arreglarse y salir a compartir con su esposo y que ella descuido su hogar.

De acuerdo a las pruebas a llegadas al plenario, no se hizo una valoración completa, teniendo en cuenta que mi poderdante quedo con una deformidad que afecta el cuerpo de carácter permanente y que eso no se puede recuperar con ninguna cirugía. Por lo menos lo que afecta el rostro es una condición que afecta psicológicamente, porque el rostro va descubierto todo el tiempo. Además de eso explica el perito que le puede afectar en cuanto infecciones, pero que esa lesión es permanente y definitiva.

- **EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD**, es responsable solidariamente la señora **GLORIA DIOMAR LÓPEZ TÉLLEZ**, porque era la dueña del vehículo de placas **SXO-794**, de servicio público, inscrito a la empresa Radio Taxi aeropuerto. El vehículo estaba siendo conducido por el señor **JOSE GREGORIO PACHECO ESPITIA**, quien en audiencia manifestó que en ese momento manejaba el vehículo como empelado de la propietaria del vehículo. Además, el conductor fue condenando por el **Juzgado 12 Penal Municipal Con Función de conocimiento de Bogota**, bajo el radicado 110016000023201509496, numero interno 319969. Por ser el responsable del accidente y causarle lesiones de carácter permanente.

Ahora bien, la demandada la señora **GLORIA DIOMAR LÓPEZ TÉLLEZ** alega, que ella no tenía el vehículo, bajo su guarda y manifiesta que se encontraba arrendado, situación que no demostró que el vehiculó se encontraba en arriendo, además de esto no contesto la demanda y que en el interrogatorio de parte fue renuente a contestar las preguntas se le hicieron y se escuchó que fueron dirigidas las respuestas porque se escucharon voces que le manifestaban que debía contestar.

Por otro lado, debe quedar claro que la demandada vendió el vehículo en el trascurso del proceso penal. Esto con el fin de no responder a la víctima.

LA RESPONSABILIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DAÑO Y LOS PERJUICIOS.

Principales elementos de la responsabilidad

Respecto de la responsabilidad, el Consejo de Estado se ha pronunciado a propósito de la discusión sobre el deber del Estado de responder patrimonialmente por el daño ocasionado, bien por el ejercicio de funciones, como por acción u omisión:

Responsabilidad civil extracontractual: *tiene como una de las razones principales que haya una culpa, la Corte ha “insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código Civil viene impregnada de las tesis subjetivas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad”.*

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia (2000) plantea que deben estar presentes otros dos factores que se encuentran íntimamente constituidos y que tienen que converger para que pueda existir validez en la respectiva reclamación que se esté desarrollando: por tratarse de una acción de responsabilidad civil extracontractual, su prosperidad demanda la convergencia de los tres elementos que la configuran, a saber: daño, culpa y relación causal entre uno y otra.

Obligaciones de medio y obligaciones de resultado:

Otro de los elementos que tiene que estar presente es saber comprender las diferencias respecto de las obligaciones de medio. Para Rozo (1999), estas son las que el deudor se responsabiliza de actuar bajo la debida prudencia y diligencia, siempre y cuando se encuentre obligado legalmente.

En contraposición, las obligaciones de resultado tienen su base en el contrato, en el cual el deudor debe comprometerse a una acción específica:

La diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado es una diferencia entre dos distintos objetos de la prestación. Precisamente, en las primeras la prestación debida prescinde de un particular resultado positivo de la actividad que le corresponde.

Al contrario, en las segundas lo que es debido es el resultado, y para cumplir exactamente la obligación el deudor debe realizar dicho resultado. Si el resultado no se realiza, la obligación se considera incumplida, aunque el deudor se haya comportado diligentemente (Rozo, 1999, p. 139).

Caracterización del daño

La Corte Suprema de Justicia subraya que el daño es ante todo un perjuicio o menoscabo que sufre la víctima, el cual puede ser de carácter patrimonial (afectación) o personal. Esto significa que el daño tiene como una de sus exigencias que se deba y pueda probar por la víctima.

Asimismo, esta Corte advierte de la existencia de un nexo causal entre el hecho culposo y el daño causado, luego si no lo hay o se logra probar que no existe tal nexo, el juez está en condiciones de negar las pretensiones solicitadas como consecuencia de una responsabilidad civil, bien sea de carácter contractual o extracontractual.

No obstante, debe destacarse que cuando se está frente a una responsabilidad de medios es dable que pueda determinarse una responsabilidad de resultados, lo que se puede dar v. gr. en los casos de las empresas de seguridad privada, en los cuales una responsabilidad de medios, cuidar un conjunto de apartamentos, se transforma en una responsabilidad de resultados cuando dicha empresa no acata los protocolos definidos previamente y en consecuencia, a ese fallo se genera una responsabilidad que no puede catalogarse de medios.

Es importante subrayar que quien cause un daño a otro, de inmediato contrae un deber, en contraposición a la víctima que obtiene un derecho.

En el primero, en el causante del daño, surge el deber de indemnizar o reparar a la víctima, luego se hace deudor, en tanto que el otro se hace acreedor, tal como se determina en las obligaciones.

Ahora, esta indemnización, en el marco de las obligaciones, se denomina prestación, de ahí que se diga que la responsabilidad es ante todo una obligación de indemnizar, cuya

causa se encuentra en el perjuicio a otra persona. Asimismo, la prestación y la obligación en el marco de la responsabilidad es la indemnización.

El concepto técnico de daño o lesión, a efecto de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto del titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona. Según se ha visto, la condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo (García & Fernández, 1993, p. 63).

Señalan enseguida estos autores que se debe precisar sobre las diferencias entre perjuicio justo e injusto, el cual depende “de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio.

La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto” (García & Fernández, 1993, p. 63).

Imputabilidad y causalidad del daño: La imputabilidad hace referencia a un “fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño, con base en la relación existente entre aquel y este” (García & Fernández, 1993, p. 83).

De igual forma, la causalidad ha sido definida por la doctrina como causalidad material o física, la cual corresponde al fenómeno de efecto físico en el que se plantea que ante un antecedente se genera un resultado. No es lo mismo con la imputación, que es ya la atribución jurídica de un daño, el cual ha sido causado por una persona, de ahí que se dé una imputación.

Conclusiones: Podemos concluir que la mejor interpretación que se le puede brindar a un estudioso del derecho de daños o de responsabilidad civil sobre la distinción entre el daño y el perjuicio está en que el daño, en sí mismo considerado, es la lesión al bien jurídico tutelado, mientras que el perjuicio es la afectación de ese bien jurídico tutelado en la realidad, el cual se caracteriza por ser cuantificable ya sea en su valor material o en su valor inmaterial, medido por medio de la intensidad del daño sufrido.

Un ejemplo de lo anterior, sería la vida. La vida es un bien jurídicamente tutelado, pero si la vida, se pierde (daño) como consecuencia de un accidente de tránsito, entonces hablamos del perjuicio que se causó por la pérdida de esa vida. El daño es la vulneración al bien jurídico tutelado, y el perjuicio será la afectación que causó la pérdida de la vida, ya sea a sus herederos o deudores, según el caso.

El mismo Consejo de Estado en documento ordenado mediante acta No. 23, del 25 de septiembre de 2013, la cual recopila la línea jurisprudencial y establece los criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales, documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014, fijó unas tablas o baremos para cuantificar los daños, entiéndase: perjuicios inmateriales, haciendo una relación entre los grados de parentesco de consanguinidad y de afinidad, así como la intensidad del perjuicio que va de un porcentaje superior o igual al 1 %, hasta un equivalente superior o igual al 50 %, para calcular el monto indemnizable, el cual asciende hasta 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No debe perderse de vista que la indemnización del daño debe obedecer al principio de valoración de daños, contemplado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual menciona que: “Dentro de cualquier proceso que surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Como tampoco el hecho que se puede hacer gala del bloque de constitucionalidad, en virtud del cual se puede aplicar por ejemplo un fallo proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un caso análogo dentro del territorio, para pretender una indemnización por concepto de indemnización de perjuicios.

Así las cosas, el jurista que pretenda la indemnización del daño, cuenta con varios caminos que le permitirán lograr su cometido en las pretensiones que formule.

Por otro lado, y en relación con la responsabilidad civil extracontractual, debemos mencionar que el elemento subjetivo, es decir, la culpa, se está quedando rezagada en atención al mismo daño. Poco importa si se actuó con culpa o sin ella, lo que importa es que se indemnice el perjuicio causado, a menos que exista una causa extraña, como eximente de responsabilidad y, en consecuencia, de resarcir por el daño causado.

Diferente circunstancia, si hablamos de la responsabilidad civil contractual, la cual por expresa disposición legal, contenida en el artículo 1604 del Código Civil, se presume la culpa del deudor, y será este quien deba demostrar que actuó con diligencia y cuidado para lograr un eximente de responsabilidad, ya que, de lo contrario, será obligado a pagar las indemnizaciones a que hubiere lugar, según el tipo de obligación incumplida.

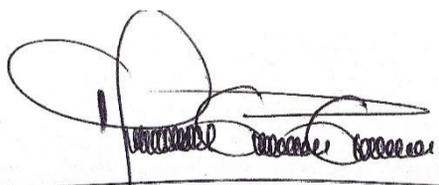
Finalmente, es importante recordar siempre —como lo mencionaba reiteradamente Hernán Fabio López Blanco en sus intervenciones académicas: “El que alega, prueba; y el que prueba, gana”— demostrar los elementos que estructuran la responsabilidad civil: el factor de atribución, el nexo causal y el daño es tan importante como demostrar que el daño es cierto, personal y directo.

El éxito de las pretensiones en un proceso de responsabilidad civil, en el cual se solicita el reconocimiento de daños y la indemnización de perjuicios, se encuentra en las pruebas que se aporten al proceso, y la acuciosa fundamentación de hermenéutica jurídica que permita traer a colación las últimas tendencias en derecho de daños.

SOLICITUD

De acuerdo a lo expuesto, me permito solicitar al Despacho, se modifique la sentencia de acuerdo a lo expuesto en cada una de las conformidades, porque no nos encontramos de acuerdo a la condena que se emitió por la primera instancia ya que la víctima quedo con una deformidad que afecta el cuerpo de carácter permanente.

Atentamente,



MARCELA GAONA GARRIDO
C.C. No 52.745.803 de Bogotá
T.P. No. 238.238 del C.S. de la J.