

Honorable
MAGISTRADA Dra. HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil
E.S.D.

REF. PROCESO CIVIL No. 110013103027201300086-01
DEMANDANTE: LUIS FRANCISCO RINCÓN SAENZ
DEMANDADOS: NURY LILIANA OJEDA PARDO, JUAN ENRIQUE
BEDOYA ESCOBAR y LIBERTY SEGUROS S.A.
ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

DUMAR JAVIER MENDEZ RODRIGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.700.277 expedida en Bogotá, Abogado con tarjeta profesional número 130.572 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de los doctores NURY LILIANA OJEDA PARDO y JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR, dentro del término legal consagrado en el decreto 806 de 2020 artículo 14, procedo sustentar RECURSO DE APELACION contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 50 Civil del Circuito.

1. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.1. INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

El presente recurso de apelación se fundamenta en primera medida en la indebida valoración probatoria que realizó la juez *a-quo* sobre las pruebas aportadas y practicadas en el proceso que la condujeron a fallar en contra de mis representados, constituyendo una violación indirecta de la ley sustancial, por errores de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria y por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de las pruebas.

Se omitió analizar que en el presente caso se configura la causal de culpa de exclusiva de la víctima como quiera que el demandante con su actuar fue decisivo para la producción del daño, a más de que fue determinante y exclusivo en su producción, es decir, fue la propia conducta de la víctima la

que originó el resultado, entonces su conducta no fue parcial sino total no pudiéndose hablar de concausa que admitiría una reducción de la indemnización sino que fue total. Ahora bien, la primera instancia en clara indebida valoración de la prueba trasladada no analizó en lo más mínimo la participación de la víctima en el hecho ya que de haberlo realizado se hubiese llegado a la conclusión de que efectivamente estamos frente a un claro caso y eximente de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido reiterativas en el sentido de indicar que los elementos de la responsabilidad son el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre la culpa y el daño. En este orden de ideas, si falta uno, no puede el despacho declarar probada la responsabilidad del demandado por cuanto no existiría responsabilidad.

Tradicionalmente se ha establecido que la causa extraña exonera de responsabilidad a quien aparece como presunto responsable, dado que el daño producido debe considerarse como causa de un fenómeno exterior a la actividad del agente.

En el caso *sub judice* desde el primer momento y la primera autoridad que conoció del hecho, consignó como hipótesis o causas del accidente en el informe de accidente de tránsito, documento público aportado por la misma demandante no tachada de falso por ninguna de las partes:

Hipotesis del accidente: 409 y 410 los cuales conforme al manual para la elaboración de informes de tránsito significan: *"Cruzar sin observar, no mirar a lado y lado de la vía para atravesarla"* *"Cruzar en estado de embriaguez, peatón que por su estado de embriaguez no cruza la vía en forma correcta"*

Pues bien, el a-quo omitió analizar en sana lógica el primer dicho de la señora **YOLANDA ZAPATA ROJAS** registrado en la anamnesis del 25 de julio de 2010 obrante a folio 31 del cuaderno remitido por fiscalía:

"Femenina que se encontraba en estado de embriaguez, cuando por descuido cruzó la vía sin advertir que se aproximaba un vehículo"

Igual omisión se presentó de la versión de la misma deponente obrante a folio 114 del cuaderno de copia del proceso penal con fecha 10 de noviembre de 2010, es decir, a los pocos cuatro meses de acaecido el accidente:

“Eso fue el 25 de julio de 2010, yo me tome dos cervezas y me dijo que fuéramos de amanecida con él, salimos al anden y pasamos el frente para coger el bus hacia Ubaté, del establecimiento salía un taxi y cuando estábamos pasando la calle no me acuerdo más..., luego me desperté en el hospital en Bogotá”

Nada se dijo por parte de la juez de primera instancia, no se analizó en lo más mínimo toda la prueba trasladada del proceso de la fiscalía la cual demostraba fehacientemente la culpa exclusiva del demandante, es palmario que si la Fiscalía hubiese observado alguna imprudencia de mi representado no habría ordenado el archivo del proceso penal.

Ahora bien, como clases de causa extraña la jurisprudencia ha entendido la fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima. Pues bien, el hecho de la víctima con clase de causa extraña se ha definido como un comportamiento activo del perjudicado en la realización del fenómeno¹ siendo causa eficiente en la producción del resultado o daño.

¹Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Legis, 2010 p.60

Por su parte el Consejo de Estado² se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera:

“Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de la responsabilidad – fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima – constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres

son elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad (iii) su exterioridad respecto del demandado"

² consejo de Estado, sección tercera, sentencia proferida el 11 de febrero del 2009, Exp 17.145

Inclusive en el año 2011 en Consejo de Estado³ dio un viraje en ellos requisitos para configurar el hecho exclusivo de la víctima y afirmo:

"No se requiere, para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo".

³ consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril del 2011, Subsección B, Expediente 20.441

Como puede apreciarse de la doctrina y jurisprudencia transcrita, resulta claro que el hecho de la víctima para que tenga alcances exoneratorios de responsabilidad, debe ser un comportamiento activo, decisivo, determinante y exclusivo del perjudicado en la producción del daño y además dicho comportamiento debe ser irresistible, imprevisible y exterior respecto al demandado.

Tal como se planteó desde las excepciones presentadas en la contestación de la demanda, en la hoja de ingreso al hospital y en la historia clínica y valoración forense se registró el estado de ebriedad del demandante y no solo allí, sino también en el informe de la policía, siempre se indico en todos los documentos que el lesionado tenia aliento alcohólico y estaba en estado de alicoramiento, obsérvese el informe de ingreso al Hospital El Salvador del municipio de Ubaté en el acápite de examen físico se consignó: alerta, orientado aliento alcohólico, del mismo modo a folios 16 y 17 cuaderno remitido por la fiscalía reposa el resultado de embriaguez del demandante señor LUIS FRANCISCO RINCON SAENZ informe este que dejo consignado: resumen de los hechos: y la respuesta del señor Rincón Sáenz fue:

"no me acuerdo" 2.10. ojos: Congestión conjuntival: Si hay; estado de embriaguez I, hora del examen 22:00 y el accidente se presentó sobre las 7:20 pm, es decir, que ya había transcurrido más de cuatro horas desde la ocurrencia del accidente a la hora en que le practican el examen de embriaguez al demandante, ello significa que la ingesta alcohólica la cual inicio en horas de la tarde tal como lo reconoció el mismo demandante el grado de alcohol era mucho mayor a reportado sobre las 22:00 horas por cuanto ya había transcurrido más tiempo y la absorción o eliminación del alcohol a más tiempo va disminuyendo; obsérvese como al preguntársele por primera vez por el galeno sobre los hechos la respuesta fue solo una por parte del demandante: "NO ME ACUERDO", y era obvio pues la embriaguez no le permitía ni siquiera poder narrar que fue lo que paso precisamente porque no se acordaba. Posteriormente surge la versión de este que no concuerda con la verdad ya que si no se acordaba lo que sucedió a las pocas horas de ocurrido mucho menos se iba acordar lo que sucedió posteriormente, contrariando lo que sí reconoció su acompañante YOLANDA ZAPATA ROJAS quien también se encontraba en alto estado de embriaguez.

Lo registrado en la anamnesis del 25 de julio de 2010 obrante a folio 31 del cuaderno remitido por fiscalía:

"Femenina que se encontraba en estado de embriaguez, cuando por descuido cruzó la vía sin advertir que se aproximaba un vehículo"

Igual omisión se presentó de la versión de la misma deponente obrante a folio 114 del cuaderno de copia del proceso penal con fecha 10 de noviembre de 2010, es decir, a los pocos cuatro meses de acaecido el accidente:

"Eso fue el 25 de julio de 2010, yo me tome dos cervezas y me dijo que fuéramos de amanecida con él, salimos al andén y pasamos el frente para coger el bus hacia Ubaté, del establecimiento salía un taxi y cuando estábamos pasando la calle no me acuerdo más., luego me desperté en el hospital en Bogotá"

Recuérdese que la señora YOLANDA CECILIA ZAPATA ROJAS no podía ni siquiera coordinar sus movimientos y se tornada agresiva ya que se

encontraba embriagada, no puede desconocerse como lo hizo la primera instancia que en el presente caso se tiene certeza acerca de la ingesta de alcohol, la cual por la hora del examen, el lugar donde se encontraba y el momento debió ser mayor a la registrada; ese consumo de licor produce afectación de las facultades físicas y psíquicas del lesionado, obsérvese que todas las anotaciones según las cuales cuentan sobre el estado de embriaguez al punto que ni siquiera dio versión de lo acaecido.

Todo esto constituyendo indicios acerca del avanzado estado de embriaguez, a lo cual debe sumarse la falta de juicio y prudencia al decidir cruzar una vía de alta circulación, sin hacer uso de un paso peatonal.

Ahora bien, en el *sub lite*, lo que da lugar a que se configure el hecho exclusivo de la víctima, no es únicamente que el lesionado se encontrare bajo los efectos del alcohol, sino fundamentalmente, que actuó con desconocimiento de claras y obligatorias normas de tránsito, al decidir cruzar una avenida sin tomar las debidas medidas de precaución.

En efecto, de acuerdo al croquis del accidente, el señor no se encontraba en la acera esperando para coger un transporte como se afirma en la demanda, sino que ya había empezado a cruzarla, porque el accidente conforme el punto de impacto en el vehículo acaeció en la parte delantera izquierda, es decir, los peatones se encontraban ya en la vía cruzándola de forma repentina, imprudente e intempestiva lo cual indica que violó las normas de tránsito vigentes para la época, esto es, artículos según la cual los peatones al atravesar la vía deben hacerlo por la línea más corta, respetando las señales de tránsito y cerciorándose de que no viene ningún vehículo que ofrezca peligro. Así las cosas, son estas dos circunstancias coincidentes, el estado de alicoramiento y también la violación de las normas de tránsito las que permiten concluir que fue la conducta asumida por el peatón lo que dio lugar a que se presentara el accidente, de manera que no puede reconocerse aquí la existencia de una concausa sino que se tenía que exonerar de toda responsabilidad a mis representados por configurarse una culpa exclusiva de la víctima.

Recuérdese que el hecho acaeció sobre las 7:20 pm sobre el kilometro 2+800 de la vía que de Ubaté conduce a Chiquinquirá, es decir, en zona rural, carente de iluminación artificial sin ninguna señal de tránsito, se estableció que mi representado se desplazaba hacia Ubaté y que en sentido oriente-occidente se desplazaba el demandante, por un lugar donde no se encuentra señalización alguna que autorice el paso peatonal o atravesar la vía, es falso de todo orden lógico que el demandante se encontraba afuera de la vía esperando un transporte, nótese que la vía es de una sola calzada, doble sentido, la trayectoria del vehículo que conducía mi representado era recta y así quedo diagramado en ningún momento se salió de la vía, la forma casi suicida en que el demandante cruza la vía en alto estado de alicoramiento tal como lo termino por reconocer la señora Yolanda Zapata Rojas.

En el caso *sub judice* es evidente entonces que la primera instancia pasó por alto realizar un análisis completo de todas las pruebas por cuanto las mismas demostraban contrario a lo plasmado en la decisión materia de recurso que fue la conducta antirreglamentaria de normas de tránsito la desplegada por el señor LUIS FRANCISCO RINCÓN SAENZ la que desencadeno la causa real y eficiente del accidente, por ello la juez al valorar las pruebas desconoció y desatendió lo ordenado por las normas consagradas en el Código General del Proceso artículo 164, 165 y sobre todo el artículo 174 que hace alusión a la prueba trasladada.

La juez de primera instancia omitió la valoración de la abundante prueba trasladada lo que la condujeron a fallar un proceso con abundantes yerros no realizando una debida valoración, al punto que omitió el análisis de la prueba documental la cual demostraba el estado de embriaguez del demandante señor RINCÓN SAENZ al momento del accidente de tránsito.

La declaración juramentada del demandante esta plagada de mentiras si se analiza en sana lógica:

"Yo salía de un establecimiento aproximadamente entre las 6 y 6:20 de la noche, como lo saben ese es un sitio de prostitución yo fui y tome una cerveza y llame a una señora y contrate la amanecida, en el cual me cobraban una multa

por sacar la muchacha yo pague la multa Sali con ella al frente del negocio nos paramos a esperar la colectiva que nos llevó a Ubaté yo iba a buscar un hotel para quedarme con ella..."

La hora no es acorde a la del accidente como quiera que es precisamente cuando salen en compañía de la señora Zapata en estado de embriaguez del establecimiento de prostitución, ya que si el accidente acaece sobre las 7:20 pm no se entiende como salió sobre las 6:20 pm.

Y más adelante indico:

"...en el sitio me tome una cerveza anterior al llegar al sitio me había encontrado una amistad donde el me una cerveza y yo le brinde otra."

Y concluye sobre el tema de embriaguez:

"Ese día era un domingo, normal, para esa fecha había una sobrina que estaba de cumpleaños y ella vive en Ubate, entonces mi hermana me había llamado días anteriores para que le invitara a algo o le regalara algo a la niña, entonces yo las invite a almorzar, yo me vine de Guachetá como a las once y media de la mañana. Las invite a almorzar a un asadero, comimos pollo y gaseosa, y nos quedamos un rato largo hablando allí, después tipo tres y media fue cuando me encontré la amistad y me brindo una cerveza y yo le brinde otra, hablamos un rato con el después fue cuando me fui al negocio."

Si se observa la declaración en sana lógica y aplicando las máximas de la experiencia, lo que la primera instancia no realizó, se podrá constatar que la ingesta alcohólica del demandante empezó mucho antes del ingreso al establecimiento de prostitución, ya que la primera cerveza la tomo sobre las 3:30 pm de ese domingo, recordemos que al otro día el demandante no laboraba por cuanto era lunes festivo, posterior a ello continua consumiendo licor hasta que sale del establecimiento con la trabajadora sexual, ello significa que el consumo alcohólico fue mucho mayor al señalado por LUIS FRANCISCO RINCÓN SAENZ esa embriaguez sumado a la imprudencia al ser peatón en un vía vehicular en horas de la noche desencadenaron el suceso mediante el cual este resulto lesionado. No se puede obviar que el estado de alicoramiento afecta notablemente las esferas intelectual y

volitiva de la persona, y es por ello que nuestro código de tránsito terrestre ley 769/02 señala:

ARTÍCULO 55. COMPORTAMIENTO DEL CONDUCTOR, PASAJERO O PEATÓN. Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito

ARTÍCULO 59. LIMITACIONES A PEATONES ESPECIALES. Los peatones que se enuncian a continuación deberán ser acompañados, al cruzar las vías, por personas mayores de dieciséis años:

Las personas que padezcan de trastornos mentales permanentes o transitorios.

Las personas que se encuentren bajo el influjo de alcohol, drogas alucinógenas y de medicamentos o sustancias que disminuyan sus reflejos.

Los invidentes, los sordomudos, salvo que su capacitación o entrenamiento o la utilización de ayudas o aparatos ortopédicos los habiliten para cruzar las vías por sí mismos.

Los menores de seis (6) años.

Los ancianos.

ARTÍCULO 57. CIRCULACIÓN PEATONAL. El tránsito de peatones por las vías públicas se hará por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos. Cuando un peatón requiera cruzar una vía vehicular, lo hará respetando las señales de tránsito y cerciorándose de que no existe peligro para hacerlo.

ARTÍCULO 58. PROHIBICIONES A LOS PEATONES. Los peatones no podrán:

Invadir la zona destinada al tránsito de vehículos, ni transitar en ésta en patines, monopatines, patinetas o similares.

Llevar, sin las debidas precauciones, elementos que puedan obstaculizar o afectar el tránsito.

Cruzar por sitios no permitidos o transitar sobre el guarda vías del ferrocarril.

Colocarse delante o detrás de un vehículo que tenga el motor encendido.

Remolcarse de vehículos en movimiento.

Actuar de manera que ponga en peligro su integridad física.

Cruzar la vía atravesando el tráfico vehicular en lugares en donde existen pasos peatonales.

Ocupar la zona de seguridad y protección de la vía férrea, la cual se establece a una distancia no menor de doce (12) metros a lado y lado del eje de la vía férrea.

Subirse o bajarse de los vehículos, estando éstos en movimiento, cualquiera que sea la operación o maniobra que estén realizando.

Transitar por los túneles, puentes y viaductos de las vías férreas.

PARÁGRAFO 1o. Además de las prohibiciones generales a los peatones, en relación con el STTMP, éstos no deben ocupar la zona de seguridad y corredores de tránsito de los vehículos del STTMP, fuera de los lugares expresamente autorizados y habilitados para ello.

PARÁGRAFO 2o. Los peatones que queden incurso en las anteriores prohibiciones se harán acreedores a una multa de un salario mínimo legal diario vigente, sin perjuicio de las demás acciones de carácter civil, penal y de policía que se deriven de su responsabilidad y conducta.

Dentro del perímetro urbano, el cruce debe hacerse sólo por las zonas autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y las bocacalles.

ARTÍCULO 59. LIMITACIONES A PEATONES ESPECIALES. Los peatones que se enuncian a continuación deberán ser acompañados, al cruzar las vías, por personas mayores de dieciséis años:

Las personas que padezcan de trastornos mentales permanentes o transitorios.

Las personas que se encuentren bajo el influjo de alcohol, drogas alucinógenas y de medicamentos o sustancias que disminuyan sus reflejos.

Los invidentes, los sordomudos, salvo que su capacitación o entrenamiento o la utilización de ayudas o aparatos ortopédicos los habiliten para cruzar las vías por sí mismos.

Los menores de seis (6) años.

Los ancianos.

Obsérvese como las anteriores normas del C.N.T. establecen las condiciones para que una persona que se encuentre en estado de embriaguez decida circular por una vía destinada al tráfico automotor, razón por la cual deberá ser acompañada de otra persona que obviamente debe estar sobria por cuanto el licor disminuye los reflejos notoriamente.

La sentencia no analizó este aspecto de la embriaguez del peatón lo cual era de suma importancia para la valoración de responsabilidad o participación del demandante en el acaecimiento del accidente por cuanto el licor produce unos graves efectos ya que mucha gente cree que el alcohol hace efecto mucho tiempo después de haberlo ingerido y eso es falso por cuanto al ser el alcohol una sustancia hidrófila, es decir busca moléculas de agua por la gran afinidad que tiene con ella, y apenas ingresa al organismo pasa al torrente sanguíneo a través de la boca, esófago (5%), estómago (20%) y el intestino delgado (75%) y va a buscar rápidamente los órganos que contienen más agua. Uno de ellos es el cerebro, que además tiene la propiedad de no poder bloquear el ingreso del alcohol. Esto hace que en pocos segundos aparezcan las primeras trazas de este tóxico en él y si sigue consumiendo alcohol se verán afectados sus reflejos, su visión, su equilibrio y su percepción de tiempo y distancia.

Es evidente y nada de eso lo valoro la juez a quo que el alcohol al ser un tóxico que afecta el sistema nervioso central, y que a su vez se encarga de que las acciones sean coordinadas y coherentes, es decir, es un tóxico que al ingresar en el organismo genera en pocos minutos alteraciones en el sistema nervioso central.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció que el límite máximo permitido de alcohol no debería exceder los 0,5 gr/L de sangre y recomienda adoptar límites más bajos aún ya que cuando el alcohol se absorbe en sangre las reacciones y movimientos son más lentos, aumenta la dificultad de concentración, la somnolencia fatiga muscular, los problemas

de coordinación, perturbaciones en la percepción de lo que nos rodea, en la visión y sistema auditivo e impide realizar correctamente el cálculo de las distancias.

Todas estas alteraciones tienen sus consecuencias si la persona como el caso que nos ocupa decide ser peatón en una vía de tránsito vehicular vulnerando las disposiciones de tránsito y poniendo en riesgo la propia vida y la de los demás usuarios, ya que reducen la capacidad de reaccionar y tomar decisiones, provocan exceso de confianza, pérdida de reflejos, desorientación, distracciones, deslumbramiento, visión borrosa y disminución de la fatiga. Todos estos efectos, tanto por el alcohol como por las drogas, se ven potenciados si además la persona necesita gafas y no las porta como paso en el caso *sub judice*.

Por ello la doctrina nacional y extranjera al referirse a los efectos del alcohol enseñan:

“Efectos del alcohol sobre el sistema nervioso central

El grave problema del alcohol radica en dos fenómenos: a) “efecto engaño”, consistente en que, en la misma medida que con cada trago el individuo se siente mejor, más lúcido y más fuerte (al punto que sea aberrante afirmar “cuanto más tomo, mejor manejo” y la irracional noción inconsciente de que los desastres “les pasan a los otros”), pero en realidad está cada vez peor, pues se alteran los umbrales reflexológicos, no percibe correctamente, se equivoca, juzga mal, toma riesgos injustificados y, (apetencia o “craiving”), que estimulan a continuar la ingesta. La consumición de alcohol antes o durante la conducción puede producir fundamentalmente alteraciones sobre la visión, la función psicomotora, el comportamiento y la conducta y la capacidad de manejo del conductor. En lo referido a la visión, lo más destacable es la disminución del campo visual y que por efecto del alcohol puede llegar a la visión túnel, dificultando enormemente una correcta visibilidad.

Finalmente, y de acuerdo a la cantidad ingerida, el alcohol puede provocar alteraciones del comportamiento y de la conducta. A medida que aumenta la concentración de alcohol en sangre aumenta el riesgo de sufrir un accidente de tránsito y específicamente el riesgo de un accidente mortal. Los jóvenes, por distintas circunstancias (conductores inexpertos, consumos elevados los fines de semana, conducta desinhibida, etc.) son particularmente vulnerables. El aumento del riesgo de accidente y por ende de muerte se produce a un ritmo muy superior al del aumento del contenido alcohólico del conductor

Dr. Carlos J. A. Delfino delsor@arnet.com.ar

Por ello es que se reitera en esta sustentación del recurso de alzada, el yerro de la juez de instancia es evidente pues paso por alto realizar un debido y juicioso análisis del estado en el que se encontraba el demandante, ya que con ese volumen de ingesta alcohólica la cual fue por más de tres horas al punto que su estado de conciencia estaba bastante alterado y por ello su dicho de estar esperando un transporte no es creíble, no está acorde a lo reportado por los funcionarios de policía que conocieron del hecho y por el punto de impacto en el vehículo que conducía mi representado el Dr JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR; la juez da pleno crédito al dicho del demandante cuando la realidad demostraba que su estado motriz y mental se encontraban sumamente alterados y no era consciente de sus acciones, todos sus sentidos estaban alterados por la ingesta alcohólica.

Del mismo modo la juez de primera instancia no realizo adecuadamente un juicio de raciocinio incurriendo en contradicciones en su decisión las cuales resultan insalvables conforme a lo verdaderamente probado en el proceso ya que de manera alguna resulta creíble lo expuesto por el demandante Rincón Sáenz cuando manifiesta que se encontraban parados fuera de la vía esperando un transporte hacia Ubaté, de donde se puede concluir que sus explicaciones carecen de la vocación probatoria por cuanto fue la trabajadora sexual la que no solo en la anamnesis tomada por los médicos el día de los hechos, esto es, 25 de julio de 2010, obrante a folio 31 del cuaderno remitido por fiscalía en la cual se consignó *“femenina que se encontraba en estado de embriaguez, cuando por descuido cruzo la vía sin advertir que se aproximaba un vehículo.”* La juez de primera instancia incurriendo en un error de hecho por un falso juicio de identidad sobre la prueba, la terminó obviando u omitiendo haciéndose mayor el yerro cuando dejo de valorar la anamnesis que obra a folio 114 del cuaderno que aporto la fiscalía con fecha del 10 de noviembre de 2010, es decir, cuatro meses después del accidente, cuando la señora Yolanda... Manifestó al galeno: *“Eso fue el 25 de julio de 2010, yo me tome dos cervezas y me dijo que fuéramos de amanecida con él, salimos al andén y pasamos al frente para coger el bus hacia Ubaté, del establecimiento salía un taxi y cuando estábamos pasando la calle no me*

acuerdo más..., luego me desperté en el hospital en Bogotá.” Obsérvese Honorables Magistrados como la deponente terminó ratificando su dicho manifestado desde el mismo día de los hechos, y por esto la juez de primer grado incurrió en yerro mayúsculo restándole credibilidad por cuanto la señora se encontraba aturdida, habla incoherencias, no era consciente, es decir, como si no tuviese certeza de lo que le pasó esa noche, pero, reitero omitió analizar la ratificación de los hechos que dio cuatro meses posteriores a los hechos.

Es por ello por lo que los errores de la juez de primera instancia al valorar indebidamente las pruebas recayeron sobre los siguientes elementos de pruebas que demostraban que estamos frente a un caso de culpa exclusiva de la víctima:

Interrogatorio vertido por la demanda Dra NURY LILIANA OJEDA PARRA la cual fue reiterativa y coincidente en su dicho cuando señalo:

PREGUNTADO: Indique al despacho razones por las cuales no se ha hecho indemnización al precitado señor CONTESTO: porque considero que no tenemos ninguna responsabilidad en los hechos que ocurrieron. Por qué pienso que hubo culpa exclusiva de la víctima mi esposo venía manejando nosotros salimos de Bucaramanga porque estábamos dejando a mis hijas en Bucaramanga porque épocas de vacaciones y él es muy prudente, veníamos bien como a 50 - 60 Km más o menos cuando antes de llegar a Ubaté a eso de las 7:00 o 7:30 de la noche, ya estaba de noche dos personas, yo lo sentí cuando el vehículo nos golpeó, veníamos en la carretera veníamos para Bogotá, salieron dos personas corriendo, presumo yo, cuando yo sentí, porque estaba al lado del conductor sentí el golpe en el vehículo, concretamente al lado izquierdo del vehículo en la parte de adelante, obviamente quede ofuscada por que dije que paso vi a una mujer y aun hombre, el hombre quedo cuando lo vi en la berma estaba como a este lado y la señora estaba más adelante yo no me baje del vehículo mi esposo si, en ese momento llame a la aseguradora para que enviaran a la policía y a la ambulancia, para que lo auxiliaran, llame a mi cuñado para que le avisara a la policía y llamara a una ambulancia y recuerdo que un señor venía detrás de nosotros y un señor que venía detrás de nosotros, me dijo que él iba a contactar a la policía y a una ambulancia y en efecto llegaron en 10 minutos, en un tiempo muy corto, eso lo tengo muy claro. Recuerdo que en ese

día mi esposo me manifestó que huelen mucho a licor, adicionalmente llega la policía elabora el croquis y a ellos los trasladan al hospital de Ubaté.

PREGUNTADO: Indique al despacho como era la visibilidad en el sector donde ocurrió el accidente CONTESTO: No había luz en la carretera, no había alumbrado público, no había paso peatonal, era rural. No está lloviendo, estaba oscuro, vía lo que alumbraba el vehículo, era imposible prever que alguna persona cruzara, más en una vía que no hay alumbrado público de oriente a occidente y cayera sobre el carro, era imposible, o que el carro lo golpeará.

Si se hubiese analizado este dicho por parte de la juez habría llegado a la conclusión de que la aparición del peatón en ese sitio, con la poca luminosidad y la forma como este sale a la vía sin posibilidad de evitarlo por la parte izquierda se habría concluido que fue una imprudencia del peatón.

También se dejó de analizar en sana lógica el interrogatorio de parte rendido por el demandado Dr JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR el cual señaló:

PREGUNTADO: Sírvase describir como percibió los hechos acaecidos el día 25 de julio del 2010 donde fueron impactados con el vehículo que conducía dos personas, particularmente el demandante señor LUIS FRANCISCO RINCON SAENZ. CONTESTO: Veníamos de Bucaramanga, salimos alrededor del mediodía 12:00 o 12:30 de Bucaramanga, venía a la altura antes de Ubaté con mi esposa, venía a la velocidad reglamentaria por el carril indicado, cuando de manera sorpresiva e intempestiva y de repente aparecieron dos personas por el lado izquierdo cuando advertí del hecho en concreto habían impactado en el vehículo, me baje inmediatamente del vehículo llamo a la aseguradora, llamamos a uno de los familiares para que hiciera contacto con las autoridades, incluso iba circulando un vehículo, yo sé lo que ocurrió, y yo aviso a la policía y más o menos en el momento que sucedió el suceso, el accidente fue como 7:20 pm y la autoridad policial llegó como en 8 o 10 minutos llegó la ambulancia y yo me bajo para verificar lo sucedido y observe que los dos peatones estaban en alto estado de embriaguez igualmente no manipule a ninguno, porque la regla no me lo permite y espere a la autoridad, sugerí que fueran atendidos y así se hizo y luego fueron trasladados en ambulancia al hospital de Ubaté y fueron atendidos y por su estado de embriaguez no permitieron que los auscultara el médico para saber qué había pasado con ellos, eso a grosso modo.

PREGUNTADO: De acuerdo con su respuesta anterior indique al despacho si en algún momento en el recorrido realizo algún descanso en la conducción

CONTESTO: Pare como dos veces la primera a tomar una taza de café y en la segunda a comprar bocadillos beleños, es decir que me detuve varias veces antes de ocurrir el accidente.

PREGUNTADO: El despacho procede a enseñarle el croquis que se hizo por parte de la policía, de acuerdo a este croquis las personas ya habían atravesado la primera vía y atravesando la segunda vía, indique al despacho por que no visualizo a las personas que ya habían atravesado el primer carril de la vía pública y la mitad en la que transitaba el vehículo que usted conducía.

CONTESTO: Yo venía conduciendo mi vehículo sentido Chiquinquirá a Bogotá, con la visualización que había en ese momento, cuando visualizo ninguna persona estaba en la carretera lo que me permite visualizar al frente no había ninguna persona, podría pensar que dos personas corriendo por su estado de embriaguez, salen desde este punto (señala en el croquis la parte anterior al inicio del carril que va de sentido contrario, es decir de Ubaté a Chiquinquirá), pero no estaba en la carretera y no visualizaba desde que estaba en la vía y luego me baje y vi a las dos personas que estaban en estado de embriaguez y al revisar, la señora queda delante del vehículo y el señor sigue hasta la otra berma, como no iba en exceso de velocidad, porque venía en la velocidad promedio, la otra persona sigue caminando hasta la otra berma (señala el costado occidental de la carretera)

Y no se entiende como se de crédito a lo narrado por el demandante señor **LUIS FRANCISCO RINCON SAENZ** quien en diligencia de interrogatorio señala:

"PREGUNTADO: Sírvase hacer una descripción de como ocurrió el accidente que accedió el día 25 de julio del año 2010, donde usted fue lesionado.

CONTESTO: Yo salía de un establecimiento aproximadamente entre las 6: y 6:20 pm de la noche como lo deben saber de un sitio de prostitución yo fui y me tome una cerveza y llame a una señora y contrate una amanecida, en el cual me cobraban multa por sacar a la muchacha yo pague la multa Salí con ella al frente del negocio nos paramos a esperar la colectiva que nos llevó a Ubaté yo iba a buscar un hotel para quedarme con ella en el momento en que estábamos esperando ella de frente a mí fue cuando fuimos impactados pero en ningún momento teníamos que pasar la avenida, para nada teníamos que pasar la avenida.

PREGUNTADO: De acuerdo a lo que usted manifiesta, se le pone de presente el croquis que realizo la policia donde se avizora la posición del vehículo y el lugar donde se presenta el impacto. Se muestra que el carril donde se encontraba el vehículo era del sentido Chiquinquirá a Ubaté y el golpe está en el lado izquierdo – delantero del vehículo como explica usted que informa encontrarse en dicho carril y fue investido por el vehículo si de acuerdo a la posición del mismo y la posición en que usted dice encontrarse cuando fue golpeado tuvo que ser el lado derecho y no el izquierdo CONTESTO: la verdad yo hice este dibujo el croquis para mi esta adulterado estaba al acomodo de ellos, yo no supe donde quedo el carro, yo duro como una hora u hora y media fue llegando gente y no fui auxiliado para mí el señor que venía manejando o la señora por que no se quien estaba manejando , no sé qué le paso, al momento de reacción el trato de la cabrilla ganarle el man trato de salirse de la carretera y al maniobrar la cabrilla levanto a la muchacha que supuestamente apareció en el otro carril, para mí eso fue lo que paso y con el cuerpo ella me tumbo a mi creo que fue así porque yo no sufrí en ninguna otra parte porque sufrí solo de la rodilla hacia abajo.

PREGUNTADO: Con que parte del vehículo fue impactado usted CONTESTO: No supe

PREGUNTADO: Donde queda ubicado el establecimiento del cual usted dice dejo en compañía de la señora CONTESTO: queda aproximadamente a un kilómetro y medio de Ubaté, sobre el mismo corrió que viene a Bogotá queda a mano derecha.

PREGUNTADO: Para concretar la respuesta se le pone de presente el croquis para que establezca donde queda el establecimiento (burdel) CONTESTO: (señala el occidente) queda al lado derecho, se llama el cono rojo.

PREGUNTA No. 5: Manifiéstele al despacho si para el día del accidente usted tenía las gafas que usted exhibe en caso afirmativo porque razón usted usa gafas CONTESTO Ya las usaba motivo por que las uso, porque tuve un accidente laboral hacia más o menos dos años anteriormente. Lo cual quede mal de esta vista la derecha. Si la tenía puesta el día del accidente me descubrieron que tenía miopía.

PREGUNTA No. 8: En el informe de accidente que elaboro el policia NELSON CARVAJAL CORTES, coloco como causa probable o hipótesis dl accidente la numero 409 que significa " cruzar sin observar" y la numero 410 que significa " cruzar en estado de embriaguez" que tiene que decir usted CONTESTO: yo no

tenía que cruzar la avenida no se ahí yo no tenía que pasar al otro lado, en cuestión de estado de embriaguez en el sitio me tome una cerveza anterior al llegar al sitio me había encontrado una amistad donde el me brindo una cerveza y yo le brinde otra. En lo cual con 3 cervezas yo no estaba en estado de embriaguez, aunque dice que una prueba de alcoholemia la de una cerveza, pero yo no estaba ebrio.

Nada se dijo a cerca de este dicho por parte de la juez ya que olvido la instancia que este se encontraba embriagado y no estaba siendo acompañado por otra persona lucida tal como lo ordenan las disposiciones del Código Nacional de Tránsito, no utilizaba el día de los hechos las gafas que le obligaban a portarlas para poder ver bien, cruzo de forma imprudente por sitio no permitido para paso peatonal.

Del mismo modo por la misma senda del error de hecho la juez dejo de valorar:

-El reporte de iniciación del 25 de julio de 2010, que obra a folio 4 del cuaderno de la fiscalía, donde el servidor público patrullero Carvajal Cortes Nelson informó sobre el accidente de tránsito que conoció por cuanto arribo el día de los hechos encontrando la camioneta de color negro golpeada en la parte del frente lado izquierdo y procedió a realizar los correspondientes actos urgentes. Sobre esta documental de carácter oficial la juez de primera instancia no realizó ninguna valoración ya que con la misma se desvirtuaba el dicho del demandante por cuanto este señaló que el punto de impacto se presentó en la parte delantera derecha de la camioneta.

-El informe ejecutivo FPJ3 el cual obra a folio 5,6, y 7 del cuaderno de fiscalía el cual consigna y reitera que el golpe fue al lado izquierdo y que la camioneta se desplazaba sentido Chiquinquirá- Ubaté y que la misma se sometió al protocolo de cadena de custodia, aspecto este último importante ya que al someterse a cadena de custodia se garantizaron principio de mismidad, autenticidad, conservación y originalidad de la prueba.

-Del mismo modo a folio 39 del cuaderno de la fiscalía obra prueba documental proveniente del parqueadero Tecniradia el cual ratifica el dicho del docto Bedoya Escobar, "vehículo colisiono en la parte delantera" corroborado esto con la experticia técnico que se le practicó al vehículo acompañado del formato de cadena de custodia obrante en folios 40, 41, 42 y 45 del cuaderno de la fiscalía, acompañado de cuatro tomas fotográficas que describían que el punto de contacto de la camioneta fue en la parte delante izquierda y las conclusiones del experticio que reiteraron las condiciones óptimas en las cuales se encontraba el mencionado vehículo.

-Dejo de valorar que el conductor y demandado Juan Enrique Bedoya conducía la camioneta en estado sobrio tal como lo registró el galeno forense quien practicara la prueba clínica de embriaguez que obra a folios 11,12,13 y 14 del cuaderno de la fiscalía, dando como resultado negativo para embriaguez y consignándose en la anamnesis "*me dirigía de Bucaramanga a Bogotá cuando dos personas se me atravesaron en la vía...*" versión ratificada en diligencia de interrogatorio que obra a folio 400 del cuaderno de la fiscalía donde señaló:

"sentí de repente y de manera muy sorpresiva un impacto en el vehículo simplemente observé unas sombras luego del impacto, que supone que dos personas iban a cruzar del lado izquierdo al lado derecho, manifiesta que lleva conduciendo treinta y dos (32) años"

Versión esta trascendental por cuanto desde el primer momento y ante la primera autoridad este relató cómo fue que sucedieron los hechos.

El sitio de ocurrencia de los hechos era bastante oscuro situación que fue confirmada en los folios 41 y 42 del cuaderno de la fiscalía donde se aprecia que para ese día de los hechos el sitio era bastante oscuro.

Los anteriores aspectos fueron detenidamente estudiados por el fiscal del caso, quien, a folios 421, 422 y 425 del cuaderno de la fiscalía fue contundente al responderle a la apoderada del señor Luis Francisco Rincón:

"lo sucedido fue por ingesta de licor por los peatones y su imprudente desplazamiento sobre la vía, en estado de alicoramiento."

-Obra a folio 16 y 17 del cuaderno de la fiscalía el dictamen de embriaguez practicado al demandante Rincón Sáenz, en la cual se consignó que en relación a los ojos se presentaba congestión conjuntival y que tenía embriaguez; es de resaltar que esta prueba se realizó sobre las veintidós (22) horas, es decir, ya había transcurrido un tiempo considerable desde el momento en que acaeció el accidente y conforme al sentido común el estado de embriaguez en el que se encontraba Rincón Sáenz tenía que ser mayor al momento del siniestro, aspecto este de la embriaguez que del mismo modo resulto positivo para la señora Yolanda su compañera de momento, conforme lo que obra a folios 26, 27 y 28 del cuaderno de la fiscalía.

Todas estas circunstancias denotan que tanto el demandante como su compañera sexual de momento, para esa noche se encontraban en evidente estado de alicoramiento y la ingesta alcohólica en lo que corresponde al demandante empezó desde antes de las tres de la tarde, tal como este mismo lo reconoció en el interrogatorio de parte, no otra explicación se encuentra en el estado que se encontró a la señora Yolanda, registrado a folio 34 del cuaderno de copias, donde se indicó que la paciente se tornaba agresiva con aliento alcohólico.

Lo anterior demuestra que de haberse realizado una valoración completa a todas las pruebas aportadas se habría llegado a la conclusión de que el accidente obedeció a culpa exclusiva de la víctima, si se hubiese analizado las versiones rendidas por demandante y demandados y ser pasadas a través del tamiz de la sana crítica, la lógica y reglas de la experiencia se habría concluido que fue la conducta del propio peatón la que origino la causa real y eficiente del accidente. Es sorprendente como la juez a-quo desestimó la abundante prueba trasladada la cual se aportó en su debido momento permitiendo que la parte actora la contradijera o tachara de falso, lo que en el presente caso no acaeció y más sorprendente aun que se desconozca la versión rendida por la acompañante del demandante la cual las dos versiones rendidas es reiterativa y coincidente.

Entonces se pasó por alto por parte de la juez de primera instancia que en el presente caso si se probó la excepción de culpa exclusiva de la víctima, ya todas las pruebas aportadas demostraron que mis representados no tienen por qué responder civilmente toda vez que en el hecho en que se vieron involucrados no concurren los presupuestos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual por cuanto para que ello suceda debe existir un hecho u omisión; el daño y la relación causal.

De las pruebas aportadas a la litis y no valoradas en debida forma por la juez a-guo, no se vislumbra los elementos probatorios referentes al nexo causal que deriva en el injusto, razón por la cual no se infiere que el hecho atribuido a mis poderdantes obedezca a estos y ello significa que no deben responder.

PETICION

Por los anteriores planteamientos expuestos y frente a los reparos alegados y sustentados solicito a la Honorable Sala Civil se revoque la decisión de primera instancia para absolver a mis poderdantes los doctores NURY LILIANA OJEDA PARDO y JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

2. CARGO SUBSIDIARIO. INDEBIDA TASACION DE PERJUICIOS Y FALTA DE REDUCCION POR INAPLICACION DEL ARTICULO 2357 DEL CODIGO CIVIL.

Subsidiariamente y solo en el hipotético caso que no prospere el primer reparo que se sustentó en el recurso de apelación, solicito a la Honorable Sala Civil del Tribunal Superior se modifique lo concerniente a la tasación de perjuicios, como quiera que la primera instancia taso los mismos de forma indebida ya que en el proceso no se probó nada en lo concerniente a perjuicios; tan cierto será lo afirmado que en el proceso no se tubo claridad cuál era el salario del demandante y no se entiende como llega a la conclusión la juez de primera instancia para tener como ingreso base la suma de \$ 1.200.000 y ello la condujo a realizar y aplicar unas fórmulas matemáticas que no se ajustan al caso en concreto como quiera que se partió

de un sueldo hipotético no cierto y no se realizaron las deducciones de las incapacidades que se cancelaron al lesionado, al igual que al realizar la ecuación para la tasación del lucro cesante consolidado y futuro no se aplicó la fórmula adecuada y solo se realizó con meras especulaciones sin tener certeza de donde se dedujeron las mismas.

En materia de perjuicios la carga probatoria corre por cuenta del actor no pudiéndose presumir la existencia de estos ya que deben estar debidamente demostrados en el proceso.

Del mismo modo la primera instancia no tuvo en cuenta todos los aspectos que rodearon este accidente al punto que a lo sumo tendría que haberse reconocido la concurrencia de culpas tal como lo estipula el artículo 2357 del ordenamiento civil, el cual consagra:

“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

Entonces fue evidente y así quedo probado que la víctima se expuso imprudentemente al daño por cuanto:

-Se encontraba en estado de embriaguez y no era acompañado por persona sobria.

-Desobedeció normas de tránsito al pretender cruzar una vía destinada al tráfico vehicular.

-Su compañera de rato asegurado en dos oportunidades que estando en estado de ebriedad decidieron cruzar la vía.

-El punto de impacto sobre la camioneta se observa sobre el costado izquierdo lo que descarta que el peatón estuviese al lado derecho de la vía esperando un transporte.

Todos estos factores implicaban una evidente exposición al daño que necesariamente implica una reducción significativa de los perjuicios.

La jurisprudencia de nuestro máximo organismo de cierre ha decantado sobre la concurrencia de culpas en una de sus sentencias: SC2107-2018,

Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01 Aprobado en Sala de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho

“Y de otro, según lo preceptúa el artículo 2357 del Código Civil¹, cuando en la producción del daño participan de manera simultánea agente y lesionado, circunstancia que no quiebra el “nexo causal”, indiscutiblemente conduce a una disminución proporcional de la condena resarcitoria impuesta eventualmente al demandado, la cual, se estimará dependiendo el grado de incidencia del comportamiento de la propia víctima en la realización del resultado lesivo².

Empero, para establecer si hay concurrencia de causas, las mismas pueden ser anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, al punto de que el perjuicio no se causaría sin la pluralidad de fenómenos causales, pues de lo contrario, dicho instituto no tendría aplicación.

A propósito, dijo esta Corte:

“(…) No obstante, como lo ha destacado la jurisprudencia nacional, la designación antes señalada no se ajusta a la genuina inteligencia del principio, pues no se trata ‘como por algunos se suele afirmar equivocadamente que se produzca una compensación entre la culpa del demandado y la de la víctima, porque lo que sucede, conforme se infiere del propio tenor del precepto, es que entre la denominada culpa de la víctima y el daño ha de darse una relación de causalidad, como también debe existir con la del demandado. Por eso, cuando ambas culpas concurren a producir el daño, se dice que una y otra son concausa de este’ (Cas. Civ., sentencia de 29 de noviembre de 1993, exp. 3579, no publicada). Este criterio corresponde, igualmente, al de la doctrina especializada en la materia, como lo destaca De Cupis, al señalar que [d]e antiguo se ha utilizado una expresión poco afortunada para referirse a la concurrencia de culpa en el perjudicado, y es el término compensación de la culpa. Su falta de adecuación puede verse prácticamente con sólo observar que el estado de ánimo culposo del perjudicado ni puede eliminar ni reducir el estado de ánimo culposo de la persona que ocasiona el daño’ (De Cupis, Adriano.

¹ “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

² CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 6690.

El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Bosch. Barcelona, 1966. Págs. 275 y 276)(...)"³ (se resalta).

Lo reseñado sirve además para destacar que la jurisprudencia de esta Sala, ha optado por denominar al fenómeno de la concurrencia de conductas desplegadas por el agente y el damnificado en la producción del daño, cuya reparación pretende éste último, como una cuestión propia del "hecho de la víctima" y no de la "culpa de la víctima".

Por el contrario, si la actividad del lesionado resulta "en todo o en parte"⁴ determinante en la causa del perjuicio que ésta haya sufrido, su proceder, si es total, desvirtuará correlativamente, "el nexo causal entre el comportamiento del presunto ofensor y el daño inferido"⁵, dando paso a exonerar por completo al demandado del deber de reparación; en tanto, si es en parte, a reducir el valor de ésta.

En otras palabras, para que el interpelado pueda liberarse plenamente de la obligación indemnizatoria, se requiere que el proceder de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, esto es, "que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad"⁶, como causa exclusiva del reclamante o de la víctima.

Y de otro, según lo preceptúa el artículo 2357 del Código Civil⁷, cuando en la producción del daño participan de manera simultánea agente y lesionado, circunstancia que no quiebra el "nexo causal", indiscutiblemente conduce a una disminución proporcional de la condena resarcitoria impuesta eventualmente al demandado, la cual, se estimará dependiendo el grado de incidencia del comportamiento de la propia víctima en la realización del resultado lesivo⁸.

³ CSJ SC 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01.

⁴ CSJ SC 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01.

⁵ *Ídem.*

⁶ CSJ SC 23 de noviembre de 1990, G.J. CCIV, pág. 69.

⁷ "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

PETICION

Por los anteriores planteamientos solicito en primera medida y como cargo principal se revoque la decisión de primera instancia para absolver a mis poderdantes los doctores NURY LILIANA OJEDA PARRA y JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR y solo en el caso hipotético de no prosperar la primera tesis solicito se modifique la sentencia en lo que concierne a la tasación de perjuicios y se reconozca la consecuencia que consagra el artículo 2357 del ordenamiento civil.

De la Honorable Magistrada,

Cordialmente,



DUMAR JAVIER MENDEZ RODRIGUEZ
C.C. 79700277 de Bogotá
T.P. 130572 del C.S.J.



Martha Leonor Estévez Hernández
Universidad "MILITAR NUEVA GRANADA"
Avenida Jiménez No.9-14 Oficina 511
Teléfonos.3429387/3118184285
Bogotá.D.C
mmarthuchaa@hotmail.com

**HONORABLE
MAGISTRADA Dra, HILDA GONZALEZ NEIRA
TRIBUNAL SUPERIO DE BOGOTA- SALA CIVIL
E.S.D.**

**ASUNTO: ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.
De: LUIS FRANCISCO RINCON SAENZ C
CONTRA: JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR, NURY LILIANA OJEDA PARDO Y
LIBERTTY SEGUROS S.A.
RDO. 086-2013.**

MARTHA LEONOR ESTEVEZ HERNÁNDEZ, mayor de edad y vecina de Bogotá de esta vecindad, identificada con cédula de ciudadanía No.51.576.512 expedida en Bogotá, con tarjeta profesional de abogado No.50445 del CSJ, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), obrando como apoderada judicial del señor LUIS FRANCISCO RINCON SAENZ, de condiciones civiles reconocidas dentro del proceso dentro de los términos otorgados por el Decreto 8067 de 2010 en concordancia con lo dispuesto en el CGP y su auto del presente calendario, vengo muy respetuosamente a fin de presentar las correspondientes PRONUNCIAMIENTOS O ALEGATOS, contra lo expuesto en el RECURSO DE APELACIÓN Y SU SUSTENTACIÓN por los demandados señores NURY LILIANA OJEDA PARDO Y JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR, mediante su apoderado judicial, doctor DUMAR JAVIER MENDEZ RODRIGUEZ, con tarjeta profesional de abogado No. 130772 alegaciones, que se hiciera contra la sentencia de primera instancia- proferida por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá. En los siguientes términos:

A LOS FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS EXPUESTOS EN EL RECUSO:

Los demandados, mediante su apoderado doctor DUMAR JAVIER MENDEZ RODRIGUEZ, fundamenta en sí, en dos cargos su apelación: **1.LA INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS Y 2. CARGO SUSIDIARTUI: INDEBIDA TASACIÓN DE PERJUICIOS Y FALTA DE REDUCCION POR INAPLICACIÓN DEL ARTICULO 2357 DEL CÓDIGO CIVIL**, a lo cual, me referiré a los mismos de manera individual, así:

1.LA INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS:

Afirma el recurrente que "el presente recurso de apelación se fundamenta en primera media en la indebida valoración probatoria que realizó la juez a-quo sobre pruebas aportadas y practicadas en el proceso que la condujeron a fallar en contra de sus representados- constituyéndose una violación indirecta de la ley sustancial." Dando como sustento entre otros su actuar fue decisivo para la producción del daño a mas que fue determinante para su producción.- Basándose esta afirmación y toda su defensa **SU TEORIA POR LA CREENCIA QUE EN ESTE CASO SE DEBIO VALORAR Y ACEPTAR** dentro de la sentencia de primera instancia elevada por la señora juez de conocimiento que: **"LA CULPA ES EXCLUSIVAMENTE DE LA VICTIMA"**, al existir según la pasiva pruebas fehacientes – de las cuales, se afirmó dentro de todo el debate probatorio por tener y **"según sus dichos"** pruebas documentales, traslados y testimoniales de las cuales, trataré de resumir de la siguiente manera:

-Aduce que se debió tener en cuenta como eximente de responsabilidad por la señora Juez de conocimiento el informe policial de accidentes de tránsito de Cundinamarca presentado por la policía de la localidad de Ubaté, patrullero NELSON CARVAJAL CORTES DE PLACA 53303. Al tratarse de un documento público, donde se da una según el, MANUAL DE INFRACCIONES DE TRANSITO—409—cruzar sin observar- no mirar al lado y lado de la vía para atravesarse y -410-cruze en estado de embriaguez.

-- También afirma que no se tuvo en cuenta el concepto técnico del I médico forense de Medicina legal. Donde se establece que la acompañante Yolanda zapata "femenina que se encuentra en estado de embriaguez. cuando por descuido cruzó la vía sin advertir que se aproximaba un vehículo... y Francisco Rincón tiene "aliento alcohólico...atravesó la vía."

---Trae a colación el testimonio del señor LUIS F. RINCÓN SENZ. Afirmando que en la declaración "donde confiesa que comenzó- la ingesta --después de las 3.30. la tarde comenzó la ingesta con una cerveza y dice que dice que se tomó como 3- dice. Y de manera digamos. costumbrista y de pronto por experiencia. Concluye "PERO haciendo el cálculo en tiempo promedio y con máximas de la prensa, raciocinio- experiencia y que una persona desde las 3.30-- a la hora de los hechos-. a esa hora de los hechos **su estado de conciencia se encontraba alterado.** (Subrayado fuera de texto) -

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
M.P. HILDA GONZALEZ NEIRA

REF: **RAD. 11001310303820150019802**
PROCESO DECLARATIVO DE GIULIANO STEFANINI
Contra GLADYS MARCELA BOCANEGRA
DE LATORRE Y OTROS.
Sustentación recurso de apelación de conformidad con el auto de fecha
3 de septiembre de 2020 y Decreto 806 de 2020 Art. 14

CARLOS ARIEL SERRANO SANCHEZ, obrando como apoderado de la parte demandada, Dra. **GLADYS MARCELA BOCANEGRA DE LATORRE**, a Usted, respetuosamente, manifiesto que **NUEVAMENTE SUSTENTO RECURSO DE APELACION**, contra la contradictoria sentencia de 31 de enero del año en curso, de conformidad con lo ordenado por su despacho en auto de fecha 3 de septiembre de 2020 y en el Decreto 806 de 2020, para que sea revocada íntegramente y en su defecto se profiera un nuevo fallo en contra del ilegítimo demandante **GIULIANO STEFANINI Y SUS LITIS CONSORTES** quienes fueron los verdaderos incumplidos del contrato de compraventa en el caso en estudio, fallo que le haga honor a la justicia y al derecho y corrija los errores jurídicos en que incurrió el A-quo al proferir la absurda sentencia que decreto el incumplimiento del Contrato de compraventa de cesión de los derechos derivados de la negociación del Apto 19B- 1, Garaje 31 y Deposito 29 Edificio Heritage, Barrio Castillogrande de la ciudad de Cartagena.

Los fundamentos legales que a continuación expongo para invocar la revocatoria de la inaceptable sentencia impugnada son los siguientes:

PARTE DEMANDADA SI CUMPLIO EL CONTRATO

1º) En efecto, como quedo probado, la señora **GLADYS MARCELA BOCANEGRA DE LATORRE**, **COMPARECIO A LA NOTARIA EL DIA Y HORA SEÑALADA A FIRMAR Y FUE LA UNICA QUE FIRMO LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA DEL INMUEBLE Y PAGO LOS DERECHOS DE ESCRITURACION Y COMPARECIO A EFECTUAR EL PAGO DEL SALDO DE SU OBLIGACION, VALE ACOTAR QUE NO HUBO A QUIEN ENTREGÁRSELO.** En el proceso quedo y está plenamente probado en sendas audiencias públicas practicadas por el despacho, los días 9 de octubre de 2019 y el 21 de enero de 2020, allí se demostró plenamente que para el día 31 de Agosto de 2011, hora 8 A.M, fecha acordada por las partes, para **suscribir la escritura pública de compraventa del inmueble**, que únicamente la Dra. **GLADYS MARCELA BOCANEGRA DE LATORRE** compareció y cumplió sus obligaciones contractuales, no como errónea y caprichosamente lo apreció el A-quo; realmente en la fecha y hora fijada por la constructora **PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A.** ocurrió todo lo contrario de lo que el señor Juez expresa en su contradictorio fallo, pues ni el demandante **GIULIANO STEFANINI**, ni su apoderado, ni ninguno de los titulares del derecho de dominio, ni ninguno de los litisconsortes compareció a la notaria segunda del Circulo de Cartagena a otorgar o suscribir la escritura pública de compraventa del inmueble, pero especialmente **GIULIANO STEFANINI** no compareció a **RECIBIR** de manos de la demandada el saldo del pago de la obligación, como era su deber legal, brillaron por su ausencia en la notaria e incumplieron su asistencia e incumplieron con el otorgamiento y la firma de la Escritura Pública de compraventa en favor de la puntual compareciente: fue así, como incumplieron En primer lugar, el propio

demandante GIULIANO STEFANINI, El Banco Colpatría Multibanca Colpatría. S.A, Fiduciaria Colpatría S.A y Promotora Heritage Club S.A. entidades que debían suscribir con ella la escritura pública de compraventa.

Del documento público de comparecencia a la notaria aportado por mi representada, como lo prueba en su interrogatorio rendido ante el despacho, expedido por la Notaria segunda del círculo de Cartagena, se constata el incumplimiento de todos ellos, su no comparecencia a firmar la escritura pública de compraventa y lo que es más grave, se constata que **GIULIANO STEFANINI NI SU APODERADO**, estuvieron presentes, ni estuvieron listos a recibir el pago de la obligación, así como, se constata por y con los documentos aportados, que la señora **Bocanegra de la Torre** pagaba el saldo de su obligación con un Cheque de Gerencia el No 0164846 del Banco BBVA por valor de \$280.000.000.00 (doscientos ochenta millones de pesos m/cte.) a favor de **GIULIANO STEFANNI**; más la suma de \$5.000.500.00 (cinco millones quinientos mil pesos m/cte.) consignados en la cuenta del señor **GIULIANO STAFANNI** tal como lo reconoce y acepta en interrogatorio su representante legal **Dr. Flavio Romero Frieri**; y finalmente, más la suma en efectivo de \$10.401,184.00 (diez millones cuatrocientos un mil ciento ochenta y cuatro pesos m/cte.) entregados ese mismo día en horas de la tarde, a la representante de la Constructora o promotora litisconsorte **HERITAGE CLUB S.A**, guarismos que sumados superan ampliamente el saldo del valor hasta allí adeudado: o sea la suma de **\$295.401.684** (doscientos noventa y cinco millones cuatrocientos un mil seiscientos ochenta y cuatro pesos m/cte.). Desde ahora, Señalemos que Incurrir en un yerro inadmisibles el señor juez de instancia, toda vez que la Sra. **Bocanegra de la Torre, Si honró la totalidad del pago de la obligación desde el momento mismo de su presentación a la notaria. No como equivocada y ligeramente lo expresa en su fallo el señor Juez de Instancia.**

Resulta inaudito, por decirlo menos, que el señor Juez de Instancia, pretenda castigar por un incumplimiento que no ocurrió, que no existió, a quien verdaderamente cumplió y respeto el acuerdo, resulta inadmisibles que pretenda desconocer, que ella llevo a la notaria el valor del saldo de su obligación y a cambio permita y premie de manera inaceptable, al Incumplido señor **Giuliano Stefanini**, quien no compareció a **RECIBIR** el precio del saldo que se le adeudaba ni a entregar el inmueble prometido en venta. Eso es ilegal, contraevidente e injusto Dignos Magistrados, riñe con el análisis imparcial que demandan la sana crítica, riñe con la lógica filosófica, riñe con la verdad y con la obligación que el Q-quo tiene de apreciar las pruebas en su verdadero valor y conjunto.

2º) Aunque se pactó expresamente (clausula quinta del documento de Cesión de derechos) pago del saldo al señor GIULIANO STEFANINI estaba sujeto al cumplimiento de una CONDICION previa que era la de OTORGARLE LA ESCRITURA PUBLICA DE COMPRAVENTA a la señora GLADYS MARCELA BOCANEGRA DE LATORRE, condición que no se cumplió ni hasta hoy se ha cumplido por parte del temerario demandante, quien si obro de mala fe y con temeridad procesal, toda vez que sin tener facultad ni legitimación en la causa para demandar, ha pretendido engañar a la justicia con este ilegal e insostenible proceso, tengamos presente que conforme a la ley, en Colombia los contratos se respetan, ambas partes están obligadas a cumplirlos, así como tampoco nadie está obligado a cumplir cuando la otra parte le ha incumplido, que es lo que sucede en el caso subjudice, mi representada cumplió mas allá de lo mandado por la ley, mientras el demandado GIULIANO STAFANNI incumplió con todas sus obligaciones como más adelante se indica, especialmente incumplió con la de asistir a recibir el pago y a otorgar la escritura pública de compraventa. Es mi representada quien respaldada en el **Art 1546 de C.C. la que está facultada para pedir a su arbitrio la resolución o cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios y no al revés, como equivocadamente lo interpreta el A-quo, ya que es clarísimo en el caso en estudio que, quien cumplió el contrato fue únicamente la **DRA. BOCANEGRA DE LATORRE**. Así las cosas, en la hipótesis de que el señor Juez hubiere tenido cualquier duda sobre el particular, el fallo pudo o debió ser **INHIBITORIO** pero jamás la gravosa equivocada e inaceptable Resolución de Contrato en contra de quien si lo cumplió y estuvo lista más allá de la cuenta al cumplimiento del mismo.**

3º) Probado está, que la Sra. **BOCANEGRA DE LATORRE**, con el ánimo de cumplir bien y fielmente sus obligaciones contractuales estuvo presente, con generosidad y largueza, llevando a la notaria de Cartagena, para pagar el saldo de \$290.000.000 (doscientos noventa millones de pesos m/cte.), no obstante ese valor lo supero llevando de muy buena fe a la notaria el valor de \$291.401.184 (doscientos noventa y un millones cuatrocientos un mil ciento ochenta y cuatro pesos m/cte.). Valor del saldo de la deuda; Pero oh sorpresa, quien debía recibir la suma no asistió (incumplió no compareció) y quien debía suscribir la escritura pública en la fecha señalada tampoco asistió. No se puede ni en derecho ni en justicia, sancionar a quien cumple y premiar a quienes actuaron de mala fe e incumplieron sus obligaciones contractuales. Dignos Magistrados, mi prohijada no fue de paseo a la notaria segunda, no fue a visitar al señor Notario, ella asistió única y exclusivamente a cumplir, asistió a pagar, asistió a responder por el pago de sus obligaciones. Encuentro que el señor Juez de Instancia, se equivocó en su fallo, porque no existe ninguna, pero absolutamente ninguna razón jurídica para fallar en este caso, a favor del incumplido y en contra de quien estuvo a derecho en el cumplimiento y satisfacción de sus obligaciones. Como ya lo dijimos el contrato estaba celebrado sustancialmente con la obligación expresa y condicionado, como lo señala la cláusula quinta del mismo, esto es, al pago de saldo de \$290.000.000 (doscientos noventa millones de pesos m/cte.) tal como lo reconoce el mismo señor juez de instancia en los numerales 15 a 18 de la providencia impugnada.

4º) La condición sustancial a que nos estamos refiriendo, es la misma que se expresa en la cláusula quinta del precitado Contrato de compraventa de cesión de los derechos derivados de la negociación del Apto 19B- 1, Garaje 31 y Deposito 29 Edificio Heritage, Barrio Castillo grande de la ciudad de Cartagena, condición consistente en que mi representada debía efectuar el pago solamente **para el día del otorgamiento de la escritura de compraventa del inmueble**; escritura que no se otorgó ni se ha otorgado por culpa exclusiva de los obligados a firmarla: **GIULIANO STAFANNI, El Banco Colpatría Multibanca Colpatría. S.A, Fiduciaria Colpatría S.A y la Promotora Heritage Club S.A.** entidades que debían suscribir con ella la escritura pública de compraventa, pero que no comparecieron. En estas circunstancias y mientras no se cumpla esa condición mi representada no está obligada, a pago alguno, porque la obligación no se hace exigible, ni si quiera ha nacido la vía jurídica todavía; pero es tan honorable, de buena fe y generosa la **Dra. BOCANEGRA DE LATORRE** que el día y a la hora señalada llevo a la notaria más del el valor de las sumas adeudadas para el pago, a los incumplidos promitentes vendedores. He ahí, la lealtad, la buena fe, las ganas de cumplir más allá de la cuenta, circunstancia que desafortunadamente desconoció el A-quo, sin importar que el cumplimiento dependía inexorablemente de la ocurrencia de una condición que es: **EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURAPUBLICA DE COMPRAVENTA EN FAVOR DE LA SEÑORA BOCANEGRA DE LATORRE**, pues nadie entrega gratuitamente su patrimonio a otro, sin recibir el título solemne que corresponde.

Si bien se estipula un plazo máximo para el otorgamiento de la escritura pública de 45 días, su ocurrencia no es responsabilidad, ni atribución de mi representada, por cuanto la misma está supeditada en primer lugar y de manera expresa según la cláusula quinta del citado contrato, a que sean las partes involucradas al otorgamiento de la escritura las que acudan a su realización a saber: en primer lugar la **PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A.**, quien no compareció, y era una de las encargadas de firmar, de tener para el día convenido el bien libre de hipotecas y de usufructos, condiciones que no estaban listas, ni se cumplieron, para el otorgamiento de la escritura en la fecha pactada, ya que existía una hipoteca de mayor cuantía con **EL BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA. S.A**, que debió ser cancelada antes de la fecha pactada, para poder dar vía libre a la autorización de la firma de la escritura pública; en segundo lugar, **EL BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA. S.A**, tampoco compareció ni firmo; en tercer lugar, la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A**, que es la titular de la propiedad inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria y que debía comparecer el día señalado a firmar la escritura de venta, tampoco compareció. De otra parte, el aquí demandante El señor **GIULIANO STAFANNI** solo tenía que asistir a la notaria a **RECIBIR** el saldo según lo

pactado, en la referida promesa y **NO COMPARECIÓ**. Por último, la Dra. **GLADYS MARCELA BOCANEGRA DE LATORRE** quien como lo certifica la notaria fue la única que compareció puntualmente a la cita a recibir su escritura pública de compraventa, a pagar el saldo de su obligación, fue la única que firmo y pago los derechos notariales como consta en el recibo original adosado en audiencia judicial ya citada, a pesar de la inasistencia de los demás interesados, llevando en su poder el cheque de gerencia N 0164846 del banco BBVA a favor del hoy temerario e ilegítimo demandante **GIULIANO STAFANNI**. **Lo repito si el señor Juez tenía dudas en cuanto al cumplimiento de las partes, su fallo como mínimo debió ser Inhibitorio, pero jamás en contra de quien si cumplio a cabalidad el contrato.**

Ahora bien, excluyendo el límite temporal establecido en la referida cláusula quinta, de la promesa de cesión, la obligación de mi representada, recae en que **previa la verificación de la condición expresa de otorgamiento de su escritura**, se procedía al pago, lo cual se reitera enfáticamente, al no haberse cumplido la condición, no se puede hacer exigible el pago. Es decir, como lo señala el **ART 1542 DEL C.C.** "**Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida**", no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente que para el caso sublite, **era y es el previo otorgamiento de la escritura pública pactado en la promesa de compraventa**. La demandada no estaba ni está obligada a cumplir con el pago hasta no se firme u otorgara la escritura de compraventa del inmueble a su favor.

PARTE DEMANDANTE INCUMPLIO IRRESPONSABLEMENTE EL CONTRATO

1º) La parte demandante, el señor **GIULIANO STEFANINI** incumplió irresponsablemente a mi representada **Dra. BOCANEGRA DE LA TORRE**, todas y cada una de sus obligaciones contractuales, como a continuación se demuestra; es por ello que no se entiende ni puede aceptarse que el A-quo, desconociendo el valor de las pruebas que soportan el proceso; en un análisis ligero, contradictorio y sin fundamento legal, ni probatorio alguno, afirme en (numerales 12, 13, 14, 16, 17 y 18 del fallo impugnado) que el demandante **GIULIANO STEFANINI**, si cumplio o se allano a cumplir sus obligaciones pactadas, eso no es cierto, eso falta a la verdad, Este si es el verdadero QUID probatorio del conflicto, como a continuación se demuestra:

- a) En primer término, el demandante señor **GIULIANI STEFANINI**, como era su obligación personal y legal, **NO COMPARECIO** a la NOTARIA SEGUNDA DEL CIRCULO DE CARTAGENA el día 31 de Agosto de 2011, hora 8 A.M. fecha y hora convenida a **RECIBIR** el valor del saldo de la obligación.
- b) La promitente vendedora del inmueble al señor **GIULIANO STEFANINI**, la sociedad **PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A.** propietaria del inmueble en Litis, obligada a otorgar la escritura pública de compraventa, **NO COMPARECIO** a la ya citada notaria el día y hora fijada por ella misma. Obsérvese muy bien, que la **PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A.** era una **Litis consorte necesaria y obligatoria, pero inexplicablemente excluida de responsabilidad por el A-quo, ya que quien jurídicamente hablando tenía legitimidad en la causa para demandar a la señora BOCANERGRA DE LATORRE era PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A. y no el ilegítimo, de mala fe y temerario demandante el señor GIULIANO STEFANINI; razón por la cual su demanda sin causa legal y este proceso, será declarado nulo de nulidad absoluta e insubsanable.**
- c) Ni el gestor **GIULIANO STEFANINI** Ni la **PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A.** cumplieron entre otras sus obligaciones; 1) No entregaron el inmueble a Paz y salvo, **NI LIBRE DE USUFRUCTO** como erróneamente lo avala el señor Juez, pues estaba gravado con un **HIPOTECA ABIERTA SIN LIMITE DE CUANTIA** a favor de **BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A** Litis consorte necesario y obligatorio, extrañamente excluido de responsabilidad en

este proceso, tampoco compareció el día convenido ni tampoco firmo posteriormente la escritura pública de compraventa, que fue el motivo para que la notaria de marras la anulara y archivara, como está probado en autos. **2) El inmueble, ciertamente fue entregado a mi representada, a título de POSEEDORA MATERIAL Y DUEÑA, NO SIMPLE TENEDORA COMO AFIRMA EL DEMANDANTE EN SU LIBELO,** y como equivocadamente lo resuelve el señor Juez de instancia;

- d) Después de una exigencia extorsiva de entregar la suma de dinero en efectivo de \$10.401,184.00 (diez millones cuatrocientos un mil ciento ochenta y cuatro pesos m/cte.) para Beneficencia y Registro sin que hubiesen otorgado escritura pública alguna, **INHABITABLE**, sin terminar su construcción, con toda suerte de vicios ocultos, sin acabados, redes taponadas, pisos sin terminar, partidos, baños taponados, con filtraciones de agua, se inundaba, sin pintura, griferías y cerraduras oxidadas, condensadoras de aire acondicionado dentro del apartamento, no por fuera de este, aires con desagües hacia dentro, ventanearía sin terminar y sin sellamiento alguno, el apartamento se inundaba por todas partes, en fin a mi prohijada le toco obligadamente recibir unos escombros, tal y como está probado en el acta de entrega del mismo; entrega como propietaria y en posesión material, como lo aduce falsamente el demandante al afirmar que lo entrego a título de mera tenencia. NO dignos Magistrados, el señor Juez de instancia está completamente equivocado en las apreciaciones de su fallo. Todos estos vicios presentes y ocultos, reposan consignados expresamente en el acta de entrega de unidad inmobiliaria al propietario. Como se observa, tanto el demandante **GIULIANO STEFANINI, que no era propietario del inmueble, era un tercero,** como la **PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A. propietaria del inmueble** incumplieron flagrante e irresponsablemente todas sus obligaciones contractuales, como está y quedo plenamente demostrado con la aportada acta. Esta figura legal linda con la estafa y con la preparación previa y concertada de la comisión de un delito y también de un fraude procesal.
- e) Respecto a las cuentas erráticas efectuadas por el despacho de conocimiento en numerales 14, 15, 16, 17 y 18 del fallo impugnado sobre la cuantía del pago y el cumplimiento de mi representada, están francamente equivocadas. Pues las cuentas matemáticamente correctas y claras sobre las obligaciones de la promitente compradora y la única compareciente ante notario que llevo y aporto en la fecha convenida, son las siguientes:
- 1) El valor de **\$210.500.000,00** (dos cientos diez millones quinientos mil pesos) a la firma de la promesa de cesión de derechos. Que incluyen más allá del compromiso pactado que eran \$205.000.000 (doscientos cinco millones de pesos m/cte.), acotamos que La suma de \$5.000.500.00 (cinco millones quinientos mil pesos m/cte.) consignados de más en la cuenta del señor **GIULIANO STAFANNI** tal como lo acepta su representante legal **Dr. Flavio Romero Frieri** y consta en los recibos de consignación.
 - 2) El valor de **\$280.000.000,00** (doscientos ochenta millones de pesos m/cte.) representados en un Cheque de Gerencia el No 0164846 del Banco BBVA a favor de **GIULIANO STEFANNI**; quien no se presentó a recibirlos, así como no se presentó ninguno de la entidades Litis consortes obligadas.
 - 3) La suma en efectivo de **\$10.401,184.00** (diez millones cuatrocientos un mil ciento ochenta y cuatro pesos m/cte.) entregados ese mismo día en horas de la tarde, a la representante de la Constructora o **PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A.** Litis consorte que no compareció a la notaria y que inexplicablemente fue desvinculada y liberada de responsabilidad por el señor Juez.

- 4) Partidas que totalizadas suman: **\$501.901.184** (quinientos un millones novecientos un mil ciento ochenta y cuatro pesos m/cte.), que completan mucho más allá de la cuenta del valor del saldo final que mi representada debía entregar en la notaria a sus incumplidos titulares **STEFANNI y PROMOTORA HERITAGE** que no asistieron e incumplieron el negocio.
- 5) Como observaran Dignos Magistrados, el señor Juez se equivocó, por decirlo menos, en la operación matemática que hoy aportamos, sin tener en cuenta y sin tener consideración jurídica alguna que el pago de esa suma pendía de una condición: **El otorgamiento de la escritura de compraventa. Igualmente se equivocó en la obligatoria composición del Litis consorcio decretado por la señora Juez de la época, circunstancia que en este caso, deja sin legitimidad en la causa al demandante STEFANNI, cuyo proceso sin duda se derrumbara como ya lo hemos dicho y solicitado. Esta inmerso en una causal de nulidad.**

DEMANDANTE ESTABA EN IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR EL CONTRATO

Igualmente, el demandante señor **GIULIANO STEFANINI** si estaba y está en imposibilidad absoluta de cumplir el contrato, en primer término porque no concurrió a la notaria el día pactado y en segundo porque no era ni es el titular del derecho de dominio del inmueble prometido en compraventa. Así las cosas, el cumplimiento dependía y depende de un tercero ajeno a las partes del contrato demandado, como lo reconoce el Aquo, pues no era propietario, era un simple promitente comprador que tenía apenas una expectativa de compra, no tenía la tradición del inmueble en Litis, no era propietario, carecía de personería jurídica sustantiva y adjetiva para demandar, por ende no tenía legitimación en la causa, y el proceso debe ser declarado **NULO EN SU TOTALIDAD**. Podría decirse que se propuso el engaño a su víctima, comprometiéndose en la celebración de un contrato que no podía cumplir, por que dependía del cumplimiento de un tercero: **LA PROMOTORA HERITAGE CLUB S.A.**

DEL LITIS COSORCIO ORDENADO POR SEÑORA JUEZ ANTERIOR

1º) Resulta igualmente inadmisibles, que el señor Juez de Instancia, también con un análisis erróneo, desconoce y desestima en su fallo de instancia, la acertada composición y vinculación al proceso en virtud de ser **LITIS CONSORTES** de las entidades que guardan íntima relación y conexidad con el mismo, decretada por la señora Juez antecesora del actual Juzgador; Litis consorcio que vincula a la firma constructora y propietaria del bien en Litis, la **PROMOTORA HERITAGE CLUB.S.A**, que era la firma constructora y titular del derecho de dominio, cuyos derechos fueron cedidos por el demandante **STEFANINI** a la demandada Dra. **BOCANEGRA DE LATORRE**. Igualmente vinculo a la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** en su calidad de vocera del patrimonio autónomo de **FC HERITAGE CLUB** y vinculo a **SPACIO CONSTRUCTORA S.A.** la comercializadora; **FALTÁNDOLE VINCULAR A LA BANCA COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A.** que era la acreedora de hipoteca abierta sin limite de cuantía, todas ellas con legitimación en la causa y por ende tenían que ver sustantivamente con el cumplimiento o incumplimiento de la obligación, temerariamente demandada por el extraño señor **GIULIANO STEFANINI** de quien si tenemos certeza que carece de interés jurídico, carece de legitimidad en la causa por activa ya que no es dueño o propietario, ni titular del derecho de dominio, ni tiene obligación de firmar la escritura de transferencia del inmueble, es un simple tercero, que no compareció a recibir el saldo del precio de la compraventa, como era su deber legal, conforme al contrato de cesión de derechos.

2º) Claro que sí, mi representada acepto con toda cordura y sin reparo alguno la vinculación al litigio de los litisconsortes vinculados antes descritos, ya que estos tenían serias obligaciones e injerencia en el contrato, especialmente respecto del otorgamiento de la Escritura Pública de transferencia del inmueble a la Dra. **BOCANEGRA DE LA TORRE**. Así: a) la **PROMOTORA HERITAGE CLUB.S.A.** Que estaba obligada como

titular del derecho de dominio a otorgar la Escritura Pública que perfeccionara la venta y estaba obligada a cancelar la Hipoteca previamente. b) la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** en su calidad de vocera del patrimonio autónomo estaba obligada a firmar la escritura y c) **SPACIO CONSTRUCTORA S.A.** que era la comercializadora, sociedades que tenían **legitimación en la causa por pasiva**, contrario a lo que afirma el A quo, que le concede con su fallo ilegal personería adjetiva y sustantiva a quienes carecen en absoluto de ella .

3º) Por todo lo anterior, no podemos aceptar que al desatar el conflicto el señor Juez de Instancia, haya absuelto de responsabilidad y haya dejado de lado el cumplimiento de las obligaciones que tenían y tienen los precitados litisconsortes, con el fin de condenar a quien cumplió con todas sus obligaciones contractuales. Esta es una razón jurídica más para desestimar las pretensiones del ilegítimo demandante.

4º) Al demandante **STEFANINI** no puede prosperarle la acción propuesta en el subjuice porque carece en absoluto de los presupuestos procesales y legales para su prosperidad: Veamos a) Su contrato de cesión de derechos y obligaciones derivados de un contrato de promesa de compraventa anterior, carece de validez porque no compareció a recibir el precio pactado en el mismo. b) El demandante que propuso la acción señor **GIULIANO STEFANINI**, no cumplió el contrato, ni se allano a cumplirlo, todo lo contrario, El no compareció a la notaria el día y la hora convenidos a **RECIBIR** el pago del saldo del mismo, ni compareció a cumplir ni a hacerlo cumplir por parte de su promitente vendedor la sociedad **PROMOTORA HÉRITAGE CLUB. S.A.**, todo como está plenamente de mostrado en autos y c) La demandada **SI CUMPLIO PLENAMENTE** todo lo pactado a su cargo, como también está plenamente probado en autos. En estas condiciones, Dignos Magistrados, están ausentes en absoluto los presupuestos procesales para que pueda prosperar la resolución de contrato, traída de los cabellos por el A-quo. Quien no tiene razón alguna en su argumentación contenida en el **NUMERAL 9**. Del fallo impugnado, lo que dará al traste con la sentencia de resolución de contrato apelada, ya que como se demostró, no se dan los presupuestos procesales para la resolución del contrato, **el fallo debe ser revocado íntegramente como lo he solicitado.**

PARA FINALIZAR LO EXPUESTO RESPETUOSAMENTE PREGUNTO?

1. Puede ser posible en justicia y en derecho, que a quien no tiene facultad ni causa legítima, ni personería legal para demandar le prospere el proceso? **NO Dignos Magistrados.**
2. Puede ser posible en justicia y en derecho, que quien no cumplió sea favorecido en el proceso? **Respetuosamente. NO.**
3. Puede ser posible en justicia y en derecho, que quien demandó la restitución de una mera tenencia, sea beneficiado, sin causa legal, con la restitución de la **POSESION MATERIAL Y LEGITIMA** que le fue entregada por un tercero promitente vendedor? **Respetuosamente. NO.** Ello implica el trámite de un nuevo proceso posesorio.
4. Puede ser posible en justicia y en derecho, que quien no es propietario ni titular del derecho de dominio, pueda reivindicar la propiedad de un bien prometido en venta? **Respetuosamente. NO**
5. Puede ser posible en justicia y en derecho, que un promitente comprador que tiene una mera expectativa, que no es propietario, que tiene una causal de incumplimiento, tenga **LEGITIMIDAD** para demandar a quien cumplió? **Respetuosamente. NO.**
6. Puede ser posible en justicia y en derecho, que quien no es propietario ceda un bien que no es de su propiedad? **Respetuosamente. NO.**
7. Puede ser posible en justicia y en derecho, que la **PROMOTORA** este prometiendo en venta el mismo bien dos veces? **Respetuosamente. NO,** o es que ambos están simulando la misma venta?
8. Puede ser posible en justicia y en derecho, que alguien pague una obligación, sin recibir un título de propiedad a cambio? **Respetuosamente. NO.**
9. Puede ser posible en justicia y en derecho, que se celebre un contrato y que se ignoren los derechos de quien cumplió para privilegiar indebida e ilegalmente a los de que irresponsablemente incumplieron? **NO. DIGNOS MAGISTRADOS.**
10. Finalmente pregunto, si se hubiere hecho una transacción o una conciliación con el aquí demandado **ESTEFANINI** hubiera este podido efectuar la compraventa o hacer la

escritura pública que transfiera legalmente el inmueble objeto del negocio? Claro que NO, porque no es dueño del bien inmueble.

PETICIONES DE LA PARTE DEMANDADA

Expresados como quedaron los validos argumentos y defensas jurídicas que tiene la parte demandada en el presente proceso, al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, con todo comedimiento y respeto SOLICITO:

1. **Revocar** íntegramente y en todas sus partes el fallo proferido por el señor Juez 48 civil del Circuito de Bogotá, el día 31 de enero de 2020 en el caso sublite.
2. **Declarar** que la demandada Dra. **GLADYS MARCELA BOCANEGRA DE LA TORRE** cumplió a cabalidad el contrato de compraventa de la cesión de los derechos derivados de la promesa de compraventa del inmueble en litis, que **si cumplió**, todas y cada una de sus obligaciones contractuales, acordes a las sustentaciones expuestas en el sublite.
3. **Absolver** de todas y cada una de las condenas impuestas en el citado fallo, a la Dra. **GLADYS MARCELA BOCANEGRA DE LA TORRE** quien cumplió el contrato objeto de la litis.
4. En consecuencia de lo anterior, se mantenga incólume el contrato de compraventa de la cesión de los derechos derivados de la promesa de compraventa, se **ordene** cumplir la cláusula quinta del contrato y se ordene otorgar la escritura pública que transfiera el inmueble en litis, a la demandada Dra. **GLADYS MARCELA BOCANEGRA DE LA TORRE**.
5. En subsidio, con forme con la sustentación presentada, proferir **fallo INHIBITORIO** o declarar la **NULIDAD** de todo lo actuado en este proceso.
6. Se ordene condenar en costas a la parte demandante.

Ampliare la sustentación del presente recurso en el Honorable Tribunal Superior de Bogotá,

Señor Juez, respetuosamente,



CARLOS ARIEL SERRANO SANCHEZ

CC N. 17.088.656 de BOGOTA.

T.P. N. 1 1 3 del C.S.J.

Señores Magistrados
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
Bogotá Distrito Capital
E. _____ S. _____ D. _____

REFERENCIA: EXPEDIENTE No. 11001310303920160071803
DEMANDANTE; JUAN CARLOS VILLAMARIN FONSECA y OTROS
DEMANDADA: METROBUS y OTRO

JAIRO JULIO ESPINOSA GARZÓN, en calidad de apoderado del extremo demandante, estando dentro del término de que trata el artículo 322-3 del Código General del Proceso, me permito sustentar ante el Honorable Tribunal los reparos a la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

1.- A pesar de que en el plenario existen dictámenes que claramente dicen que es imposible determinar si al momento de la ocurrencia del accidente sufrido por mi mandante, éste estaba bajo el influjo de sustancias alucinógenas, el *aquo* afirmó que por los antecedentes de drogadicción de Juan Carlos Villamarín Fonseca durante 13 años, este es proclive a drogarse y en consecuencia estaba bajo la influencia de drogas al momento de ocasionarse el accidente.

La anterior afirmación riñe con lo afirmado en la prueba que de oficio decretó el Juez 39 civil del circuito, y practicada por la Universidad Nacional de Colombia, que categóricamente afirmo la imposibilidad de establecer si mi mandante estaba bajo la influencia de sustancias psicoactivas.

Considero oportuno recordar: el 23 de enero de 2014, a las 8:30 o en los minutos siguientes al accidente, no se efectuó a mi mandante JUAN CARLOS VILLAMARIN FONSECA ninguna valoración por toxicología, lo que dice la historia clínica es que la progenitora del accidentado, refirió al personal médico ese día, en que ocurrió el accidente, que su hijo es consumidor de sustancias Psicoactivas desde adolescente, que no conoce exactamente cuales sustancias ha podido consumir últimamente, pero que sospecha que podría haber consumido basuco y marihuana, la mamá de JUAN CARLOS VILLAMARIN FONSECA advierte que entrega esta información debido al alto grado de peligro en que se encuentra la vida de su hijo por el trauma

ocasionado por el accidente de tránsito ese día que le afecta la cabeza, además es quien informa que no ha visto a su hijo con efectos de consumo desde hace aproximadamente tres meses, porque él ha estado en contacto permanente con ella y para la fecha del accidente se encontraba pernoctando bajo su mismo techo.

Como consecuencia de la información suministrada por la mamá de **JUAN CARLOS**, el día 23 de enero de 2014 a las 8:45 am es que el personal médico solicita la toma de exámenes de laboratorio para rastrear las sustancias tóxicas en su organismo; estas muestras le fueron tomadas al accidentado el día 24 de enero de 2014 a las 10 am, la muestra se realizó mediante fluidos de orina y sangre, pero curiosamente la entrega del resultado es el mismo 24 de enero de 2014 a las 10:00 a.m., surge la duda si analizaron o no las muestras y si estas existían, pero igualmente allí se llega a la conclusión que el análisis arroja positivo para cocaína, cannabinoides y anfetaminas, estos documentos reposan en la historia clínica aportada al proceso.

El dictamen de la Universidad Nacional no hace mención del segundo reporte de análisis toxicológico, según el cual se toma la muestra a las 5:30 p.m. del día 27 de enero de 2014 y el resultado se entrega a las 6:00 p.m. de la misma fecha, con un resultado negativo para cocaína, anfetaminas y cannabinoides, es decir que **JUAN CARLOS VILLAMARIN FONSECA**, en el argot de los adictos, estaba limpio, es decir en su organismo no hay rastros de las sustancias cuyo análisis se solicitó.

Respecto de la marihuana, como lo dice el dictamen se elimina totalmente a los 8 días si para el 27 de enero de 2014 querría decir que el último consumo de marihuana pudo haber sido el 19 de enero, si con este resultado, se demuestra que lo afirmado por la madre de mi mandante era cierto, es decir que no consumía tóxicos durante los tres meses anteriores al accidente, puesto que el organismo de un adicto crónico no puede desechar en tan solo cuatro días tantas sustancias psicoactivas.

En cuanto las conclusiones del perito en el numeral 1 afirma que no es posible determinar si al momento del accidente **JUAN CARLOS VILLAMARIN FONSECA** se encontraba bajo los efectos del consumo, pero que de acuerdo al examen toxicológico las sustancias psicoactivas **SI PODIAN ESTAR PRESENTES EN EL CEREBRO**, así mismo en el numeral 3 del experticio el

perito afirma que "...las drogas reportadas en las pruebas toxicológicas (cocaína, marihuana y anfetaminas) si tiene la capacidad de producir alteraciones mentales y en la percepción del espacio tiempo, aumentando el riesgo de accidentabilidad, en especial en las actividades de riesgo que requieren mantener la atención, como por ejemplo, la conducción de cualquier tipo de vehículo".

Reforzando el dicho del perito, consideramos que para acreditar que mi poderdante **JUAN CARLOS VILLAMARIN FONSECA** al momento del accidente estaba bajo el efecto de estupefacientes, es insuficiente el reporte del 24 de enero de 2014, si ese estado no se corrobora con otras pruebas, no debe confundirse el efecto de la sustancia sobre una persona, con el tiempo de cobertura, pues el efecto tiende a ser más corto que la cobertura, razón por la cual una persona puede estar completamente libre de los efectos de la sustancia y aún así marcar positivo en una prueba de detección, por lo que esto último, por sí solo, no acredita que la conducta de mi prohijado se realizó bajo la influencia de la sustancia, en todo caso, el significado clínico de ese resultado sería que el accidentado consumió la sustancia durante el tiempo de cobertura de la prueba, sin embargo, dicha experticia no es concluyente de que en el momento en que ocurrió el accidente estuviera bajo el influjo de las sustancias psicoactivas, se llega a esta conclusión con base en la lectura de una decisión del TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo directo 289/2004. 12 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Dávila Gaona. Secretaria: Blanca Lucia Ocaña del Porte. Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 242/2010, de la que derivó la tesis jurisprudencial 1a./J. 44/2011 de rubro: "HOMICIDIO O LESIONES COMETIDOS EN FORMA CULPOSA CON MOTIVO DEL TRÁNSITO DE VEHÍCULOS. PARA ACREDITAR QUE EL SUJETO ACTIVO CONDUCÍA BAJO EL INFLUJO DE ALGÚN NARCÓTICO, NO ES SUFICIENTE EL DICTAMEN DE ORINA PARA REVELAR QUE SE ENCONTRABA BAJO SUS EFECTOS, SINO QUE ES NECESARIO VALORARLO CONJUNTAMENTE CON OTROS ELEMENTOS DE PRUEBA (LEGISLACIONES DEL ESTADO DE CHIAPAS Y DEL DISTRITO FEDERAL)." 178751. XX.3o.8 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Abril de 2005, Pág. 1397. –

2.- La sentencia atacada, se fundamenta en el valor probatorio que se da a los testimonios de oídas manifestados por el policial **CARLOS ANDRES PAVA**, persona que incurre en graves contradicciones en su dicho ante el Juez 39 Civil del Circuito y lo consignado en el informe suscrito por dicho agente, veamos sus dichos

(i) En el informe presentado dice ser el primer respondiente, pero en la diligencia del 28 de febrero de 2018 dice que cuando llegó al sitio del accidente ya estaban allí cerca de 20 uniformados y que al observar que ninguno de ellos se hacía cargo del asunto, decidió intervenir.

(ii) En el informe asegura que cuando se acercó al lugar de los hechos vio una gran aglomeración de personal rodeando al señor JUAN CARLOS y que el (PAVA) fue quien llamó a la ambulancia, es de resaltar que en el testimonio rendido ante el Juzgado 39 Civil del Circuito, afirmó en dos ocasiones que cuando él había llegado al sitio del accidente, mi mandante ya había sido trasladado al centro médico.

Afirma **PAVA**, que él escuchó de la ciudadanía que mi mandante había hecho un giro inesperado, es decir testimonios de oídas, que de acuerdo a la jurisprudencia carecerían de valor probatorio, no se sabe de quién provienen, simplemente se puede afirmar que es un rumor, pero dentro de la hipótesis de los hechos se dice que mi mandante giró sin precaución de acuerdo con lo manifestado por el primer respondiente y el conductor, aquí nunca se dice que hubo testimonios de oídas, y es elemental que el conductor **FAUSTINO ALVARADO** diese su propia versión para exculparse, de la cual hace eco el policial **PAVA** y que el Despacho da pleno valor probatorio para fundamentar su sentencia..

(iii) El agente **PAVA** se contradice también cuando afirma que el accidente ocurrió en hora valle y que el tránsito se encontraba relajado, pero en el informe asevera que el lugar no se acordonó porque había alto flujo vehicular, el accidente fue entre las 8:10 y 8:15, hora que de acuerdo a la experiencia que se vive en la ciudad de Bogotá es una hora pico por el gran número de vehículos rodando por las vías.

Si **PAVA** incurre en una imprecisión tan grave como no tener claridad si estaba yaciente o no mi mandante en el lugar de los hechos, si era hora valle o pico cuando se le atropelló, el resto de sus afirmaciones pueden ser objeto de duda.

3.- A pesar de mi insistencia en que lo afirmado por el conductor **ALVARADO**, obedeció a un libreto bien aprendido, el *a quo* no se refirió a mi planteamiento respecto de una afirmación que en mi sentir es de importancia capital y se refiere a que no es posible que un conductor aparte la mirada del frente de su vehículo durante 10 segundos, tiempo durante el cual, según el conductor **ALVARADO**, estuvo pendiente de mi mandante, que lo observó desde la 63, no precisó si desde la calle 63 o de la Estación denominada 63, es decir que el demandado **ALVARADO** lo vio durante casi tres cuadras, teniendo en cuenta que el ultimo cruce se halla en la calle 60 con Caracas antes de llegar al cruce de la 57 donde ocurrió el accidente, atreviéndose a decir que estaba "...como jugando o recochando", en esos 10 segundos a una velocidad de 30 kilómetros por hora un vehículo se desplazaría 83 metros, si la velocidad es de 40 kilómetros por hora serían 11 metros, a una velocidad de 50 kilómetros por hora sería 136 metros y a 60 kilómetros por hora el vehículo se desplazaría 166 metros, esto no requiere de un experticio, es aritmética básica, una regla de tres simple, ahora bien, es aceptable que un conductor avezado como se autoproclama el conductor demandado, se distraiga de su labor de conducir para mirar durante 10 segundos a quien posteriormente arrollará con su vehículo?. El juez de primera instancia no tuvo en cuenta esta apreciación solamente descalificó lo afirmado por mi mandante y dio plena credibilidad al conductor **ALVARADO**.

Ahora bien, si el semáforo estaba en verde para el articulado, lógicamente lo estaría para el carril donde iban los carros particulares, porque razón a mi mandante no lo atropello uno de estos particulares, si efectuó un giro inesperado?, afirmación que en su momento hizo el señor **ALVARADO**.

Así mismo el conductor **ALVARADO** dijo que él iba "adelantico" de otros buses, como se explica que no haya colisionado con los vehículos que lo precedían?, así no se efectuara un experticio, las reglas de la sana critica y la experiencia indican, aunado a la hipótesis de los hechos, que no se redujo la velocidad al llegar a la intersección, tal y como se lee en el informe. "Bus hipótesis 157 no reducir velocidad al aproximarse a una intersección de acuerdo a la huella de frenado".

El *aquo* nunca tuvo en cuenta lo consignado en el informe del accidente respecto de la frenada de más de 18 metros.

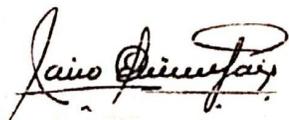
Con lo anterior quiero significar que el conductor miente en su declaración.

4.- El *aquo*, a pesar de lo afirmado por mi mandante, quien efectivamente tiene secuelas, y una de ellas es la dificultad para expresarse, fue contundente cuando afirmó que él iba como peatón y no como ciclista, que cruzó la vía por el sitio donde caminan los humanos y que lo hizo cuando el "muñequito" estaba en verde, esa declaración de mi mandante fue descalificada por el operador judicial, pero *contrario sensu*, dio pleno valor a lo manifestado por PAVA y la declaración del conductor.

Es de resaltar que la responsabilidad civil por el desarrollo de actividades peligrosas, dentro del cual está la conducción de vehículos, no es necesario acreditar la culpabilidad del agente, sino simplemente el ejercicio de la actividad peligrosa, el daño causado y la relación causal, para que se configure la culpa exclusiva de la víctima, esta debe ser imprevisible e irresistible, en el caso que nos ocupa el accidente se produjo por la conducta negligente e imprudente del conductor.

En conclusión, la causa alegada no se acreditó suficientemente, la culpa exclusiva de la víctima no se concluye de lo debatido, la sentencia recurrida solamente se basó en testimonios de oídas, de declaraciones contradictorias y la negativa a aceptar el dicho de la víctima, dando plena credibilidad al causante del accidente, por lo tanto no hay lugar a exonerar de responsabilidad a los demandados, pues, el comportamiento de la víctima no es suficiente para romper el nexo causal entre el ejercicio de la actividad peligrosa y el daño consumado.

De los Señores magistrados, atentamente



JAIRO JULIO ESPINOSA GARZON
C.C. 16.217.038 de Bogotá
T.P. 76.453 C.S.J.

H. Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala Civil

Att. Dra. Nubia Esperanza Sabogal Varón

Bogotá D.C.

PROCEDIMIENTO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
RADICACIÓN: 110013103040**20190005301**
2019 – 00053 - 01
DEMANDANTE: POLO1 S.A.S. y OTRO
DEMANDADO: ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB LTD
ASUNTO: SUSTENTA RECURSO DE APELACIÓN

Señora Magistrada,

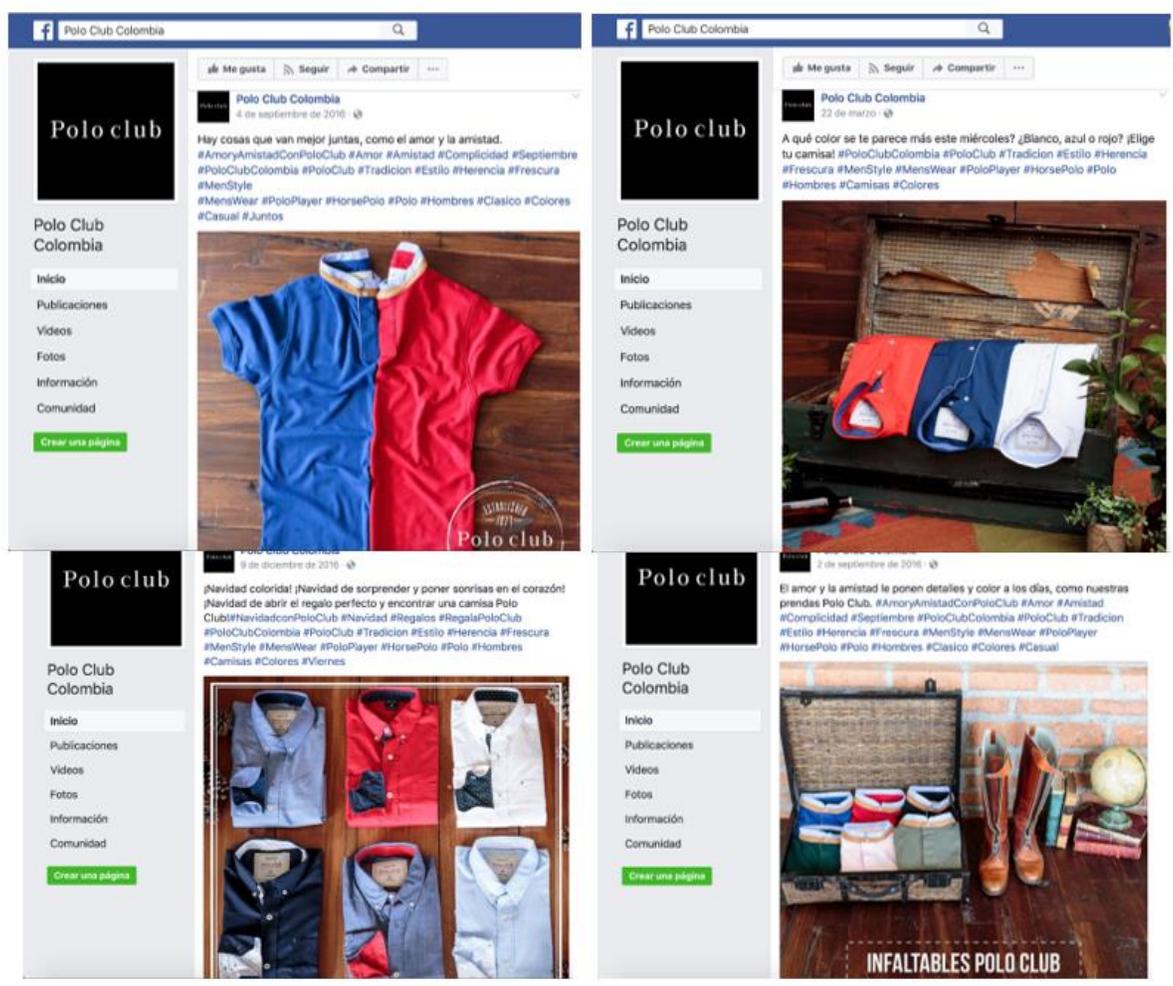
En mi condición de apoderado de la parte demandante, con fundamento en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, estando en firme el auto que admitió el recurso de apelación, por medio del presente escrito me dispongo a sustentar el mismo, de la siguiente manera:

A. ANTECEDENTES

1. Sea lo primero advertir que en el presente caso nos encontramos frente a un evento de incumplimiento contractual, con fundamento en el cual se pretende que se declare la terminación de un contrato de transacción celebrado entre GABRIEL JAIME FERNÁNDEZ Y CÍA S.A. y ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB LTD, el cual tuvo como objeto principal la coexistencia pacífica en Colombia de la marca POLO CLUB.
2. GABRIEL JAIME FERNÁNDEZ Y CIA S.A. es titular en Colombia, desde hace más de 30 años, de la enseña y la marca POLO CLUB, en las clases 18, 24, 26 y 35, nominativa y mixta, de la que POLO1 S.A.S. es ahora licenciataria.
3. Dentro del proceso se demostró que, al momento de suscribir el acuerdo transaccional, e incluso al momento de producirse sentencia de primera instancia, ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB LTD **no explotaba directamente la marca en Colombia, sino que lo hacía a través de un licenciataria que distribuía sus productos: MAYS ZONA LIBRE S.A.**, quien,

incluso, participó en la audiencia de conciliación y conoció de primera mano los términos que regían el acuerdo de transacción tendiente a permitir la coexistencia pacífica en Colombia, y con quien, posteriormente, se formalizó la relación, en julio del año 2016¹, a través de un contrato de licencia de uso de marca con estrictas condiciones, respecto de las cuales se profundizará más adelante.

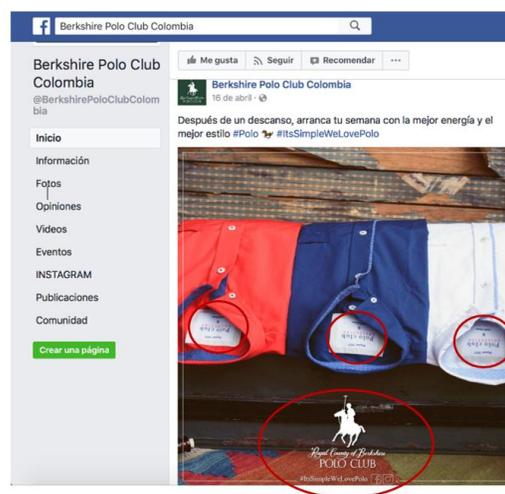
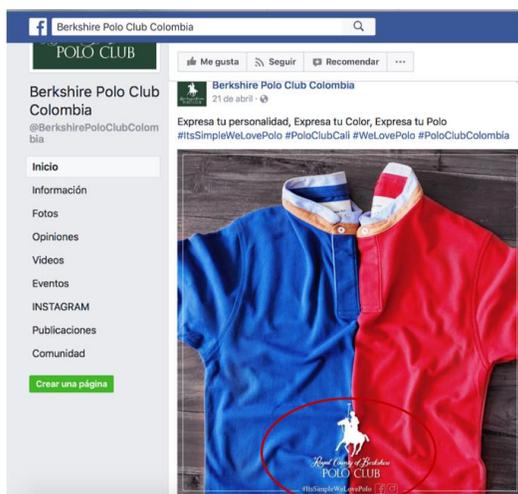
4. Paralelamente, se acreditó que, estando vigente el acuerdo de transacción, POLO1 S.A.S. (en su condición de licenciataria de la marca) produjo y usó con fines publicitarios unas fotografías —tomadas por Manuela Franco— para la promoción y explotación de la marca, las cuales pasaron a ser de propiedad de POLO1 S.A.S. como una obra por encargo², según se ilustra a continuación:



¹ Según consta a reverso del folio 168.

² Confrontar: i) testimonios de Manuela Franco y Elisa Fernández, y ii) comprobante de pago de las fotografías por parte de POLO1 S.A.S. a Manuela Franco.

5. A mediados del año 2017, POLO1 S.A.S fue advertido, a través de sus redes sociales y por parte de uno de sus clientes, que había una página en Facebook que estaba promocionando la marca ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB **con las fotos de propiedad de POLO1 S.A.S antes referidas**, como se procede a dilucidar:



6. Luego de revisar la publicación, se pudo concluir que dicha página de Facebook correspondía a un establecimiento de comercio ubicado en la ciudad de Cali, registrado a nombre de SGN IMPOEXPO S.A.S, a quien se procedió a requerir por vía formal y, posteriormente, mediante citación a audiencia de conciliación prejudicial, con el fin de proteger la marca, sin tener ninguna pretensión respecto de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, pues no había indicios de su relación ni de su incidencia en los hechos reclamados.

7. Ahora bien, la perspectiva respecto de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB varió cuando ésta se presentó a la audiencia como parte interesada, junto con SGN, haciendo alusión a la existencia de un contrato entre esta y la convocada, solicitando la suspensión de la diligencia para efectos de que fuese aportado.

8. Previo a la realización de la audiencia reprogramada, la apoderada de las hoy demandantes solicitó copia del contrato al que se había hecho mención, habiendo recibido como respuesta un correo electrónico por parte de un funcionario de CAVELLIER ABOGADOS —representante de la marca en Colombia³—, en el que no sólo se reconocía la existencia de un contrato, sino que se manifestó, de manera categórica, que como quiera que la solicitud de conciliación no estaba dirigida a impedir el uso de la marca POLO CLUB, al que SGN IMPOEXPO S.A.S. tenía derecho en virtud del acuerdo transaccional descrito en el numeral 1º, no existía mérito para ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB participar en la audiencia, absteniéndose de asistir a la misma, sin importar su resultado, y pese a la gravedad de las conductas reprochadas.

9. Así las cosas, de los hechos narrados previamente se encontró que, efectivamente, y conforme a lo que se relatará más adelante, se configuró un incumplimiento del contrato por parte de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, quien: i) adquirió la obligación de evitar la confusión en la clientela, incluso, a través de sus licenciatarios y sub-licenciatarios, teniendo en cuenta que la sociedad no explotaba ni pretendía explotar directamente la marca en Colombia, sino que lo hacía a través de contratistas —constituyéndose así en un garante de las obligaciones de aquellos— y, como si fuera poco, ii) se obligó a cooperar de buena fe en aquellos casos en que, en efecto, se evidenciara una confusión de las marcas en el mercado, obligaciones que hoy se deprecian incumplidas y que se constituyen en la justificación para iniciar el trámite del presente recurso.

³ Tal y como acontece en el presente proceso, en el que actúan como sus representantes conforme al poder allegado al expediente.

B. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo*, mediante sentencia de primera instancia, declaró la inexistencia del incumplimiento por parte de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB y, por tanto, negó la prosperidad de las pretensiones a partir de las siguientes consideraciones:

1. Que a pesar de haberse verificado que SGN IMPOEXP había hecho uso ilegítimo de las fotos de propiedad de POLO1 S.A.S., no se verificó ninguna injerencia en dicha conducta por parte de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, puesto que este no tenía vínculo o incidencia en las conductas que SGN IMPOEXP pudiera realizar.
2. Que a pesar de que se verificó la existencia del contrato de licencia de la marca entre ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB y MAY'S ZONA LIBRE, con fundamento en el cual la segunda podía explotar la misma en Colombia, el vínculo entre la licenciataria (MAY'S ZONA LIBRE) y SGN IMPOEXP era simplemente el de compra para la reventa.
3. Por último, respecto de la obligación de cooperar de buena fe en los casos en que se evidenciara confusión en la clientela, consideró el Despacho que dicha obligación no comprendía un resultado en si mismo, sin haberse pronunciado, si quiera, sobre si por lo menos se emplearon los medios o la diligencia debida en aras de alcanzar ese resultado de cooperación para evitar o hacer cesar dicha confusión.

C. DE LOS REPAROS CONTRA EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Al momento de notificarse la sentencia, en nombre y representación de los demandantes, se interpuso recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

1. Quedó demostrado en el proceso que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB sí había incurrido en conductas de incumplimiento que daban lugar a la terminación del contrato.

2. A pesar de que el Despacho no le otorgó ningún valor probatorio al correo enviado por HENRY RODRÍGUEZ, funcionario de CAVELIER ABOGADOS (representante de la marca ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB en Colombia), su actuar, incluyendo la asistencia a la audiencia de conciliación prejudicial en la ciudad de Cali, en la que solamente se había citado a SNG IMPOEXP S.A.S., se constituye, por lo menos de entrada, en un indicio de un vínculo entre ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB y SGN. Se recalcó que inicialmente no había ninguna intención por parte de los demandantes de vincularla a ella directamente, pues no se evidenciaba ninguna su participación.
3. El Despacho no valoró el efecto principal de la transacción celebrada entre las partes, que no es ninguno otro que la **coexistencia pacífica en Colombia de la marca POLO CLUB.**
4. Que la coexistencia es una figura jurídica por virtud de la cual, una persona que es titular de una marca en un país, autoriza a otra persona titular de una marca similar para que la use, **pero siempre buscando evitar la confusión de los consumidores.** Esta se encuentra regulada en la Decisión 486 de 2000, que se complementa con la ley 256 de 1996.
5. No puede olvidarse que, de no existir el acuerdo de coexistencia pacífica que se logró entre las partes, y que es objeto del presente proceso, ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB no podría usar la marca en Colombia, ni explotarla, ni publicitarla, ni directamente, ni a través de terceros autorizados (como es el caso que nos ocupa), pues incurriría en conductas violatorias de la propiedad intelectual.
6. Así las cosas, como consecuencia de un acuerdo de coexistencia, surgen para ambas partes, tanto derechos como obligaciones, estas últimas tendientes a evitar la confusión de los consumidores, lo que conlleva, entre otras cosas, al despliegue de conductas que buscan la protección y respeto de las marcas involucradas.

7. El Despacho consideró que no se le podían atribuir las conductas de SGN IMPOEXP a ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, sin tener en cuenta lo siguiente:

7.1. GABRIEL JAIME FERNÁNDEZ Y CIA y POLO1 S.A.S. son quienes tienen el derecho legal en Colombia, derivado del registro de la marca, de usar, explotar y publicitar la marca POLO CLUB.

7.2. Conforme a lo anterior, por el hecho de que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB no tenía registrada la marca en Colombia, pese a haberlo intentado en varias oportunidades, no podía usar, explotar y/o publicitar legalmente su marca, so pena de incurrir en conductas de infracción marcaria.

7.3. Se probó, aunque no fue tenido en cuenta por el Despacho, que para el momento de la suscripción del contrato de transacción ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB no comercializaba de manera directa sus productos en Colombia, pues lo hacía a través de una compañía panameña denominada MAY'S ZONA LIBRE S.A., quien, por este hecho, asistió a la audiencia de conciliación que terminó con el acuerdo transaccional que dio paso a la coexistencia pacífica, lo que hizo que esta compañía conociera, de primera mano, las condiciones que se imponían para efectos de permitir tal coexistencia.

7.4. Que, conforme a lo anterior, en el marco del acuerdo transaccional se permitió el uso de la marca, no solo respecto de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, sino también de sus licenciarios, sublicenciarios y demás miembros de su cadena de distribución, quienes, correlativamente al derecho a explotar la marca, adquirirían unas obligaciones de las cuales, y frente a POLO1 S.A.S., ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE, en tanto suscriptor del acuerdo de transacción, se convertía en garante.

- 7.5. Que dicho acuerdo transaccional, tendiente a permitir la coexistencia pacífica de las marcas, conllevó a que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE formalizara su relación con MAY'S ZONA LIBRE, bajo un contrato de licencia de uso de marca en cuyo contenido se refleja de manera inequívoca la vocación que tenía ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE de mantener el control sobre cualquier conducta de MAY'S ZONA LIBRE y sus compradores o sublicenciatarios, que pudiera llegar a afectar ese acuerdo de coexistencia pacífica, se itera, por ser ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE el garante de las obligaciones derivadas de dicha transacción.
- 7.6. Incluso, en ese contrato de licencia de uso de marca, tal y como consta en el expediente, se incluyó la obligación a cargo del licenciatario MAY'S ZONA LIBRE, de distribuir los productos de la marca **únicamente a aquellos revendedores que fuesen aprobados por ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE**, haciendo énfasis la importancia de no afectar los derechos de propiedad intelectual ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE — como lo es el derecho a usar la marca POLO CLUB en Colombia—, según consta a continuación:

15 VENTAS Y DISTRIBUCIÓN

15.1 El Licenciatario venderá los Productos Licenciados únicamente a través de Revendedores Aprobados. El Licenciatario pedirá aprobación por escrito antes de iniciar las ventas a un nuevo consumidor, sin que tal aprobación se rehúse o demore irrazonablemente.

15.4 El Licenciatario reconoce la importancia fundamental de los distribuidores y minoristas que venden Productos compatibles con la calidad del negocio del Licenciante y de la selección de los distribuidores y minoristas cuyas políticas de mercadeo o sitios de comercio no disminuyan la reputación y el buen nombre del Licenciante, el negocio del Licenciante y los Derechos de Propiedad Intelectual del Licenciante. El Licenciante puede solicitar que el Licenciatario suspenda el suministro a un distribuidor o minorista en los casos en los que el Licenciante, actuando razonablemente, crea que el distribuidor o minorista está disminuyendo, o puede disminuir, la reputación y el buen nombre del Licenciante, el negocio del Licenciante y los Derechos de Propiedad Intelectual del Licenciante.

- 7.7. Como si fuera poco, en el marco de ese mismo contrato de licencia de uso, se insertaron un sinnúmero de obligaciones y condiciones tendientes a proteger esa coexistencia pacífica, que incluso se hacían extensibles a los contratistas del licenciatario, dentro de las cuales

ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE pretendía evitar la vulneración de otras marcas de terceros, según se ilustra a continuación:

17. PROTECCIÓN DE LA MARCA

17.1 El Licenciario avisará inmediatamente al Licenciente por escrito, dando detalles completos, si ha tenido conocimiento de alguno de los siguientes asuntos:

- (d) algún reclamo planteado o inminente de que el uso de la Marca infringe los derechos de algún tercero
- (e) alguna persona solicita, o se le otorga, una marca comercial registrada, en razón de la cual se otorgan, o se le han otorgado, derechos que pueden entrar en conflicto con cualquiera de los derechos otorgados al Licenciario en virtud de este contrato; o
- (f) alguna otra forma de ataque, cargo o demanda a la cual pueda estar sometida la Marca.

17.2 Con respecto a cualquiera de los asuntos enumerados en la cláusula 17.1:

- (a) el Licenciente, a su absoluta discreción, decidirá qué acción tomar, si existe alguna;
- (b) el Licenciente tendrá el control exclusivo sobre, y la conducción de, todos los reclamos y procesos;
- (c) el Licenciario no reconocerá hechos frente a una persona distinta del Licenciente y brindará al Licenciente toda la ayuda que este último pueda razonablemente requerir en la conducción de cualesquiera reclamos o procesos; y
- (d) el Licenciente asumirá las costas de cualesquiera procesos y estará autorizado a retener todas las sumas recuperadas en cualquier acción por su propia cuenta.

[...]

18.2 El Licenciario indemnizará al Licenciente frente a todas las obligaciones, costos, gastos, daños y pérdidas (incluyendo, pero sin limitación, todas las pérdidas directas, indirectas o consecuenciales, lucro cesante, pérdida de reputación y todo derecho, multas y gastos legales (calculados sobre una base de indemnización total) y todos los demás costos y gastos profesionales) sufridos o incurridos por el Licenciente resultantes de, o en conexión con:

- (a) el ejercicio del Licenciario de sus derechos otorgados en virtud de este contrato, incluyendo cualquier reclamo hecho contra el Licenciente por la infracción supuesta o efectiva de los derechos de propiedad intelectual de un tercero, resultante de, o en conexión con ella;

[...]

Si algún tercero hace un reclamo, o notifica una intención de hacer un reclamo, contra el Licenciante que, razonablemente, pueda considerarse que daría lugar a una responsabilidad en virtud de esta indemnización (Reclamo), el Licenciante:

- (a) tan pronto como sea razonablemente factible, dará aviso por escrito del Reclamo al Licenciatario, especificando la naturaleza del Reclamo con detalle razonable;
- (b) no hará ningún reconocimiento de responsabilidad, acuerdo o compromiso en relación con el Reclamo sin el consentimiento previo por escrito del Licenciatario (no condicionándose, rehusándose o retrasándose irrazonablemente tal consentimiento), con la condición de que el Licenciante pueda conciliar el Reclamo (después de dar aviso previo por escrito de los términos de la conciliación (en la medida legalmente posible) al Licenciatario, pero sin obtener el consentimiento del Licenciatario) si el Licenciante razonablemente cree que la no conciliación del Reclamo sería perjudicial para él en algún aspecto sustancial;

7.8. El Despacho desconoció este hecho sin justificación alguna, aun cuando en la sentencia reconoció que SGN IMPOEXP era un revendedor de los productos de la marca ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB en Colombia, lo que, a su vez, lo constituía en un **sublicenciatario**, en tanto, según consta en los documentos allegados al expediente, dicha sociedad era propietaria de un establecimiento de comercio ubicado en la ciudad de Cali, cuya enseña comercial correspondía a ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB. De hecho, también pasó por alto el *a quo* que todos los términos aplicables al licenciatario MAY'S ZONA LIBRE, eran extensibles a los sublicenciatarios, según consta a continuación:

20. SUBLICENCIA

El Licenciatario no podrá otorgar sublicencias bajo el presente acuerdo.

El Licenciatario tiene el derecho de otorgar a cualquier persona una sublicencia para operar tiendas de marca solo bajo este acuerdo, siempre y cuando:

- (a) el Licenciatario obtenga el consentimiento previo por escrito de parte del Licenciante antes de abrir cada tienda de marca;
- (b) el Licenciatario se asegure de que los términos de cualquier sublicencia estén por escrito y sean sustancialmente los mismos que los términos del presente acuerdo (excepto que el sublicenciatario no tendrá el derecho de sublicenciar sus derechos) y el Licenciatario le proporcionará al Licenciante una copia de la sublicencia a solicitud;
- (c) todas las sublicencias otorgadas terminarán automáticamente después de la terminación o vencimiento del presente acuerdo;
- (d) el Licenciatario será responsable de todos los actos y las omisiones de cualquier sublicenciatario y deberá indemnizar al Licenciante por todos los costos, gastos, demandas, pérdidas o daños incurridos o sufridos por el Licenciante, o por los cuales el Licenciante pueda ser responsable (ya sea directa, indirecta o consecuentemente e incluida cualquier pérdida económica u otra pérdida de ganancias, negocios o buen nombre), que surjan de cualquier acto u omisión de cualquier sublicenciatario, incluida cualquier demanda por responsabilidad civil del producto en relación con los Productos Licenciados fabricados, suministrados o puestos en uso por el sublicenciatario;
- (e) cualquier demanda bajo la indemnización otorgada en esta cláusula debe hacerse de acuerdo con el procedimiento descrito en la cláusula 18 y las disposiciones de la cláusula 18 se aplicarán a esta cláusula (habiéndose realizado los cambios necesarios).

- 7.9.** Así las cosas, no se preguntó el juez de primera instancia por qué razón, si a ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB no se le hacían imputables las conductas que dentro del marco de la cadena de distribución pudiesen llegar a afectar los derechos de propiedad intelectual de los aquí demandantes, se establecieron cláusulas tan restrictivas dentro del contrato de licencia de uso de marca suscrito con MAY´S ZONA LIBRE —quien, se itera, hizo parte de la negociación que conllevó a la coexistencia pacífica de la marca POLO CLUB—, haciéndolas extensible, además, a los sublicenciatarios o revendedores.
- 7.10.** Significa lo anterior que, ante los ojos del *a quo*, es en virtud de ese acuerdo de coexistencia pacífica que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, MAY´S ZONA LIBRE, SGN IMPOEX S.A.S. y cualquier otro distribuidor, revendedor o sublicenciatario, se pueden beneficiar del uso de una marca que, sin la mencionada transacción, sería ilegítimo en Colombia, pero eso sí, respecto de las correlativas obligaciones que pretenden garantizar los derechos de POLO1 S.A.S., considera la juez que únicamente pueden ser incumplidas directamente por ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB para que pueda deprecarse su responsabilidad contractual, pese a que, se recuerda, esta última sociedad ni siquiera explota la marca en cabeza propia, haciéndose entonces imposible la exigencia de dicha conducta, en la medida en que ninguno de los demás miembros de la cadena hace parte del acuerdo transaccional que, sin embargo, sí les extiende el derecho al uso de la marca.
- 8.** Conforme a lo anterior, no es cierto que SGN IMPOEXP pueda concebirse como un simple tercero respecto de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB. Queda claro que sí existe una relación, que se encuentra precisamente en el contrato de licencia aportado por la propia demandada, al ser un revendedor aprobado a quien se le permitió usar la marca, lo que, finalmente, lo convierte en un sublicenciatario, por cuyas obligaciones, y frente a POLO1 S.A.S., ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE ostenta la calidad de garante.

9. Como si fuera poco, no tuvo en cuenta el Despacho la existencia de un acto de confusión, otorgándole a la grave conducta, el calificativo de una simple “*duplicidad de imágenes*”.
10. Finalmente, respecto de la obligación de cooperación, el Despacho no valoró las conductas omisivas de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, las cuales, sin lugar a dudas, son de tal magnitud que deben dar lugar a la terminación del contrato, por el riesgo tan alto de afectar la marca POLO CLUB de propiedad de las demandantes.

D. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

1. Como punto de partida, en esta controversia de naturaleza contractual, habrá que tener en cuenta que, en los términos del artículo 1604 del código civil, quien debe emplear la diligencia y cuidado de una obligación es quien debe probarla, motivo por el cual le correspondía a ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB a instancias del presente proceso, demostrar que había cumplido con las obligaciones contractuales, y que no tenía ninguna obligación de evitar la confusión a través de las conductas desplegadas por sus licenciatarios o sublicenciatarios.
2. Así mismo, en su cabeza se encontraba la carga de acreditar la buena fe y, a lo sumo, que se emplearon todos los medios tendientes a lograr esa cooperación de que trata el acuerdo transaccional en su cláusula decimo tercera, según consta a continuación:

DECIMO TERCERA: En caso de que las partes se llegaren a enterar de cualquier caso de confusión que involucre sus respectivas marcas ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB (MIXTA) y POLO CLUB, cooperarán como fuere necesario y de buena fe para solucionar dicha confusión.

Sin perjuicio de lo anterior, dicha carga probatoria hoy se estima insatisfecha, y salta a la vista como el *a quo* pasó por alto el flagrante incumplimiento del

contrato, haciendo caso omiso a lo que, por el contrario, quedó plenamente acreditado dentro del proceso, tal y como paso a relacionar:

2.1. EN EL INTERROGATORIO DE PARTE:

2.1.1. A pesar del conocimiento que tuvo ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB de la violación del acuerdo de coexistencia, al evidenciar el uso de su marca encima de productos de los demandantes, y al tomar usar las fotografías que eran de su propiedad, no adelantaron ningún tipo de conducta frente a SGN IMPOEXP (respuesta a la pregunta 1 del interrogatorio de parte⁴).

2.1.2. ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB reconoció que la participación en la audiencia de conciliación fue precisamente, y contrario a lo que afirmó el señor Henry en su comunicación, en cumplimiento de la CLÁUSULA 13 —que identificamos como de cooperación anteriormente— (respuesta a la pregunta 3 del interrogatorio de parte⁵). Así las cosas, para ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, esta cumplió con su obligación limitándose a asistir a la audiencia de conciliación, de la cual, cabe aclarar, **se retiró inmediatamente tuvo conocimiento de los hechos que originaron la convocatoria, motivo por el cual resulta de suma ilógica aceptar que dicha obligación se puede concebir como satisfecha,**

⁴ **PREGUNTA # 1:** Doctora, buenos días nuevamente. Le pregunto: ¿Ha adelantado Cavelier, como apoderado de ROYAL COUNTY en Colombia, algún tipo de acción contra SGN IMPOEX, tendiente a regular el uso de la marca de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE? **CONTESTÓ:** No, ninguna.

⁵ **pregunta # 3:** ¿Usted puede explicarle a este despacho, como representante legal: si aducen que no tienen ningún vínculo con SGN, ¿cuál fue el motivo que los indujo a participar en la audiencia de conciliación a la que no habían sido llamados? **CONTESTÓ:** claro que sí. Se debió al cumplimiento de una obligación contractual, que si me permite el expediente le podría decir el tenor literal de esa obligación contractual, que es la cláusula decimotercera del acuerdo de agosto de 2012. Me refiero concretamente a la cláusula decimotercera que me permito leer: “en caso de que las partes se llegaren a enterar de cualquier caso de confusión que involucre sus respectivas marcas, cooperará como fuere necesario y de buena fe para solucionar dicha confusión”. Este es el mecanismo que las partes acordamos precisamente conscientes de que hay digamos aspectos que se escapan al control de las compañías, como es la comercialización que puedan hacer los terceros y que es lo que nosotros observamos se presentó en este caso con este tercero. Entonces en la contestación explicamos que el licenciataria tuvo conocimiento de esta audiencia de conciliación citada en la ciudad de Cali, y ese licenciataria nos comunicó la situación y en cumplimiento de esta obligación de la cláusula decimotercera, hicimos digamos la gestión de enterarnos para saber si ese era un hecho que efectivamente pudiera ser imputado a Royal County o se trataba de una situación imputable a un tercero, como en efecto se comprobó, y la forma era cerciorándonos y acudiendo a esa cámara de comercio para saber qué era lo que sucedía.

atendiendo a que a ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE ni siquiera le importó el resultado de la misma, ni la veracidad de los hechos allí narrados, ni la afectación que estaba sufriendo la marca POLO CLUB por un acto de uno de sus sublicenciatarios.

2.1.3. Por el contrario, ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB reconoció que su participación no fue más allá de verificar que no tenían ninguna injerencia en el asunto (respuesta a la pregunta 4 del interrogatorio de parte⁶), desconociendo de manera flagrante e injustificada el contrato de coexistencia suscrito con GABRIEL JAIME FERNANDEZ Y CIA, que como se indicó anteriormente, conlleva derechos y obligaciones de las partes tendientes a la protección de la marca POLO CLUB.

Significaría entonces que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB puede aparecer como intermediario en los conflictos que surjan entre alguno de los miembros de su cadena de distribución y POLO1 S.A.S., sin haber sido siquiera convocado, únicamente para efectos de verificar que a los primeros, es decir a sus sublicenciatarios, se les respete el derecho a usar la marca que en virtud de ese acuerdo de coexistencia les es extendido, pero eso sí, tratándose de las obligaciones tendientes a respetar los derechos de propiedad intelectual de POLO1, en esos casos, sí puede simplemente hacerse a un lado aduciendo que, para tales eventos, no existe ninguna injerencia de su parte.

2.1.4. Adicional a ello, manifestó la representante legal que como quiera que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB no es titular de ninguna marca en Colombia, no tenía legitimación para adelantar ninguna actuación contra terceros por usos no autorizados de la marca

⁶ PREGUNTADA POR EL DESPACHO: O sea, que si aparte de ir allá no hicieron algún otro acto de cooperación encaminado a cumplir esa cláusula número 13, que usted misma señaló. CONTESTÓ: Con ese acto se hizo la verificación en los términos de la obligación de la cláusula decimotercera, es decir, mirar si había algún hecho o algún tema que pudiera controlar ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE, y realmente las conductas de los terceros se escapan al control de ROYAL COUNTY.

(respuesta a la pregunta 5 del interrogatorio de parte⁷). Llama la atención esta respuesta, pues fue la propia absolvente quien suscribió en nombre y representación de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, con GABRIEL JAIME FERNANDEZ Y CIA el contrato de transacción objeto de esta demanda, desconociendo el acuerdo de coexistencia pacífica de la marca con los derechos y obligaciones que ello conlleva, tal y como lo reconoció al dar la respuesta a la pregunta 6 del interrogatorio de parte⁸.

2.1.5. Adujo, además, que las conductas de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB se limitan a revisar que no haya confusión en las etiquetas en Colombia, pero no se aportó ninguna prueba de ello dentro del proceso (respuesta a la pregunta No. 7 del interrogatorio de parte⁹). Es más, ni siquiera vaciló en manifestar que, efectivamente, se acudió al establecimiento de comercio ubicado en Cali para efectos de verificar si los productos de POLO CLUB, reflejados en las fotografías usurpadas por SGN IMPOEXP con fines publicitarios, estaban siendo efectivamente comercializados por el sublicenciario, pese a que en ellos se reflejaban de manera nítida las etiquetas sobrepuestas con el nombre de POLO CLUB.

2.2. EN LOS TESTIMONIOS: Dicha posición fue ratificada por los testigos de la parte demandada, puntualmente DAVID WASERMAN y HENRY

⁷ **PREGUNTA # 5:** en respuesta anterior usted reconoció que la marca que está incluida en esas fotografías es la de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE, y acaba de reconocer que se hizo un estudio para determinar si tenía vínculo o no ROYAL COUNTY con esa solicitud que se estaba haciendo. ¿Por qué entonces no se tomó ninguna medida, si se evidenciaba el uso de la marca de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE en contradicción a lo contenido en el contrato de transacción? **CONTESTÓ:** como está aclarado en el proceso, ROYAL COUNTY no es titular de una marca en Colombia que le permita controlar eventuales usos no autorizados que se den en el mercado.

⁸ **PREGUNTA # 6:** ¿Entonces con fundamento en qué puede utilizar la marca ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE en Colombia? **CONTESTÓ:** ¿Tengo que contestar? **EL DESPACHO:** Claro, sí señora. **CONTESTO:** Pues mire, no quiero ser insolente pero el contrato del año 2012 es clarísimo; con fundamento en ese contrato es que se utiliza la marca, porque así lo pactaron las compañías en ese momento.

⁹ **PREGUNTA # 7:** ¿Qué conductas realiza ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE para controlar que se cumpla ese contrato de transacción en Colombia? **CONTESTÓ:** En los términos de las cláusulas quinta y décima, todas las etiquetas de los productos de nuestro representado están diseñadas de tal manera que se evita cualquier riesgo de confusión. **PREGUNTADA POR EL DESPACHO:** ¿Solamente con el manejo de etiquetas? En el audio la respuesta, por favor. **CONTESTÓ:** Sí, con el manejo de etiquetas en la forma en que se pactó la conciliación del año 2012, únicamente.

RODRIGUEZ, en cuya declaración, manifestaron que, ante una infracción marcaria, bastaba con hacer una llamada, o poner un fax en caso de infracción, situación, además de no ser cierta, al no constar en el contrato, ni siquiera se verificó.

3. Desconoció el *a quo* en la CLÁUSULA NOVENA del contrato de transacción se extendieron los efectos del mismo a los licenciatarios y todos aquellos que participaran de la cadena de producción. Este pacto tiene su razón de ser en el simple hecho que, para el momento de llevarse a cabo la audiencia de conciliación, ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB no explotaba la marca directamente en Colombia, sino que lo hacía a través de MAY'S ZONA LIBRE, quien, se advierte, hizo parte de la audiencia de conciliación, pese a que no suscribió el acuerdo.

Incluso, las obligaciones contraídas por ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE respecto del propietario de la marca POLO CLUB en el acuerdo transaccional se trasladaron, posteriormente, al contrato de licencia de marca suscrito entre ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB y MAY'S ZONA LIBRE en el año 2016, allegado al Despacho, respecto del cual habrá que manifestar lo siguiente:

- 3.1. En dicho contrato se incluyeron una serie de obligaciones tendientes a proteger la marca, tendientes a evitar confusión en la clientela, incluso respecto de revendedores:
 - Numeral 1.13: Toda obligación de una parte de no hacer incluye la obligación de NO PERMITIR que se haga.
 - Numeral 3.2: No fijar la marca a nada diferente de los productos licenciados o la publicidad aprobada por el licenciante.
 - Numeral 3.3: no alterar ni modificar el material comprendido en la marca sin autorización.
 - Numeral 3.4: No fijar ninguna marca diferente a la marca de los productos licenciados.
 - Numeral 3.5: No usar la marca como parte del nombre del licenciatario sin autorización.

- Numeral 3.8: no hacer nada que perjudique la marca.
- Numeral 3.9: no utilizar ninguna marca diferente a la que es objeto del contrato.
- Numeral 5.1: proteger la marca
- Numeral 5.5: no realizar ni permitir que se realice algún acto que pueda ser perjudicial para la marca o que ponga en peligro el registro de la misma **(en este caso la coexistencia)**.
- Numeral 9.1: asegurarse que la marca no sea utilizada o exhibida en ningún material que sea perjudicial para la reputación del licenciante.
- Numeral 10.7: protección con publicidad
- Numeral 17: PROTECCIÓN DE LA MARCA – puntualmente el literal a), que se refiere a infracción efectiva, supuesta o inminente de la marca, como el caso que nos ocupa, y el literal d) que hace alusión a un reclamo.
- Numeral 19 literal e): cumplir con las regulaciones y normatividad vigente.

3.2. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que MAY'S ZONA LIBRE desarrollaba su contrato en Colombia, entre otros, por medio de revendedores certificados (tal y como se desprende del mismo contrato).

3.3. Por su parte, se demostró que SGN IMPOEXP era un revendedor de la marca ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB en Colombia, toda vez que celebró varios contratos con MAYS ZONA LIBRE, lo que, de suyo, lo convertía en un sublicenciatarario de la marca.

3.4. El uso, venta y promoción de la marca ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB en Colombia por parte de SGN IMPOEXP tiene fundamento, no solo en el contrato de licencia de marca a favor de MAY'S ZONA LIBRE, sino, más aún, en el acuerdo de transacción en el que se pactó la coexistencia, que es el que, finalmente, permite que pueda adquirir los productos y comercializarlos en Colombia.

- 3.5.** Ello, por cuanto quedó plenamente demostrado que, de no existir el acuerdo de coexistencia, SGN IMPOEXP no podría vender, publicitar o comercializar legítimamente los productos de la marca ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB en Colombia.
- 3.6.** Así las cosas, se pregunta ¿qué relación tienen estas obligaciones con el contrato de transacción que permite la coexistencia? La respuesta es sencilla: la posibilidad de usar, explotar y/o publicitar la marca POLO CLUB en Colombia se da como consecuencia de la celebración del acuerdo de coexistencia pacífica. Es preciso tener en cuenta que el contrato de licencia de marca suscrito entre MAY´S ZONA LIBRE y ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB solamente produce efectos en Colombia con el acuerdo de coexistencia, pues de lo contrario, la explotación directa o por medio de terceros de la marca POLO CLUB constituiría una infracción marcaria.
- 4.** Dijo el *a quo*, seguramente inducido por la parte demandada, que no se había verificado incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cláusulas QUINTA y DÉCIMA del contrato, pero no tuvo en cuenta lo siguiente:
- 4.1.** La cláusula QUINTA del contrato, precisamente, es la que se refiere a la COEXISTENCIA, figura implica para las partes una serie de derechos y obligaciones, entre ellas, la más importante evitar la confusión de los consumidores.
- 4.2.** Por su parte, la cláusula DÉCIMA se refiere puntualmente a la obligación de realizar conductas tendientes a evitar la confusión del público consumidor, incluyendo, pero no circunscrito a la identificación del origen de los productos en las etiquetas.

Ahora bien, conforme a la confesión de la demandada, su obligación se limitaba a la revisión de las etiquetas. Nada menos alejado de la realidad dicha confesión, pues en los eventos de coexistencia, lo que se busca evitar, de cualquier manera, es la confusión de las marcas.

- 4.3.** Ahora bien, el Despacho pasó por alto una situación muy grave que quedó demostrada con el testimonio de Elisa Fernández Toro, quien demostró que, en las fotos suplantadas no solamente estaban usando el logo de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, sino que aún era perceptible la etiqueta de la marca POLO CLUB. ¿Acaso esto no lo debió haber tenido en cuenta el *a quo* al momento de proferir un fallo? ¿No es suficientemente grave esta situación? ¿Cómo concluir que no hubo un acto de confusión, cuando incluso, hubo noticia por parte de clientes de la existencia de esas conductas, con fundamento en las cuales se pudo evidenciar el acto defraudatorio? ¿No es acaso relevante el hecho que al día de hoy aún esté colgada una de las fotos usurpadas en la página del revendedor de MAYS ZONA LIBRE¹⁰? ¿Acaso ese hecho no denota una conducta pasiva de MAY'S ZONA LIBRE que se transfiere a ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, cuya marca está siendo sobrepuesta en productos de POLO1 SAS que ellos mismos discriminaron en los testimonios por el público objetivo al que van dirigidos?
- 5.** Por otra parte, se hace necesario llamar la atención del Despacho en el sentido que no es cierto, como pretendió hacerlo la demandada durante el trámite del proceso, que no había habido infracción de las cláusulas QUINTA y DÉCIMA del contrato. Tal y como consta en el escrito de demanda, no solo en el acápite de los hechos, sino de las pretensiones, lo que se alegó fue un incumplimiento general del contrato por actos de confusión de los consumidores, incluyendo, además, la violación flagrante de la obligación de cooperación pactada en el contrato, la cual se estimó como cumplida bajo el único argumento de que no era una obligación de resultado, sin perjuicio de lo cual, no se hizo ningún análisis respecto de si, en efecto, se habían empleado los medios suficientes para lograr esa cooperación tendiente a evitar la confusión de la clientela.
- 6.** Finalmente, y a título de conclusión, cabe llamar la atención del *ad quem* en el error que cometió el *a quo* al considerar que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE

¹⁰ Tal y como se puede constatar en el testimonio de la misma ELISA FERNÁNDEZ TORO.

no tenía ninguna incidencia respecto de las conductas que pudieran ejecutar sus licenciarios o sublicenciarios en perjuicio de los aquí accionantes.

Véase como es que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE justificó, a través del correo electrónico suscrito por el señor HENRY RODRÍGUEZ (funcionario de Cavelier), su asistencia a la audiencia de conciliación a la que había sido convocada únicamente la sociedad SGN IMPOEXP, aduciendo que ROYAL COUNTY debía verificar que, en efecto, la misma no tuviera como fin evitarle a SGN el uso de la marca, puesto que, reconoce, este derecho le era extensible en virtud del acuerdo de coexistencia pacífica suscrito con POLO CLUB. En dicha oportunidad se manifestó lo siguiente:

Considerando que en la audiencia de conciliación del 31 de agosto del 2018, se nos precisó y aclaró que el reclamo se dirigía contra SGN IMPOEXT S.A.S., por la supuesta divulgación en FACEBOOK de unas fotografías en la que se incluyen imágenes de los productos de la sociedad GABRIEL JAIME FERNANDEZ Y CIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y POLO 1 SAS, y no sobre el uso del signo ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, y una vez analizado los efectos del contrato suscrito entre SGN IMPOEXT S.A.S. y ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB LTD, encontramos que la reclamación surtida no tendría ningún impacto sobre los términos y condiciones del contrato.

En efecto, el contrato suscrito entre SGN IMPOEXT S.A.S. y ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB LTD, permite a la sociedad SGN IMPOEXT SAS hacer uso del signo ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB (NOMINATIVO) y (MIXTO) en atención al acuerdo conciliatorio suscrito en el año 2012, entre ROYAL COUNTY OF BERSKHIRE POLO CLUB LTDA Y GABRIEL JAIME FERNADEZ Y CIA S.A.S. Por esta razón acudimos a la audiencia del 31 de agosto del 2018 en representación de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB LTD, por cuanto se hacía necesario aclarar si la reclamación era por el uso del signo ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB (NOMINATIVO) y (MIXTO), situación que fue aclarada en la audiencia de conciliación, indicándonos que solo se concretaba por el uso de las imágenes en la red social FACEBOOK.

Aclarado lo anterior la sociedad ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB LTD, no tendría legitimidad para asistir a la audiencia, salvo que se le cuestione a la sociedad SGN IMPOEXP S.A.S. el uso del signo ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB (NOMINATIVO) y (MIXTO), lo cual según los indicado en la audiencia del 31 de agosto del 2018, no es el objeto de reclamación.

De esta manera precisamos cual sería la participación de ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB LTD en la audiencia de conciliación.

Quedamos atentos de sus amables comentarios.

Cordial Saludo,

Henry Javier Rodríguez | Cavelier Abogados
Ahmed

Queda de lo anterior una duda que, en términos generales, resume los motivos que originaron el presente recurso: ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB es, entonces, garante de los derechos de terceros, porque, según el acuerdo de transacción suscrito entre este y GABRIEL JAIME FERNANDEZ Y CÍA LTD., cualquiera de los miembros de su cadena de distribución puede explotar la marca en Colombia, y por eso es que, al enterarse de que se había convocado a audiencia de conciliación a uno de aquellos, no tardaron en

hacerse presentes para velar por sus derechos. Ahora bien, tratándose de las obligaciones de aquellos (sus sublicenciatarios), en este caso ROYAL COUNTY sí puede, incluso luego de verificar que se están afectando gravemente los derechos de su contratante, retirarse simplemente y tomar distancia, como si no se tratase de un asunto en el que no tiene incumbencia alguna.

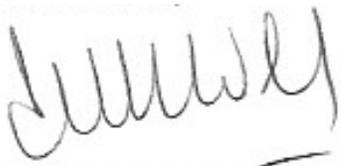
De lo concluido en la sentencia de primera instancia queda la sensación de que ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE POLO CLUB, que no explota la marca en Colombia, sirvió como mero vehículo para que otras sociedades entraran a vanagloriarse del uso de la marca POLO CLUB en Colombia, reportándole un único beneficio a ROYAL COUNTY OF BERKSHIRE en calidad de licenciante, y dejando al propietario de la marca POLO CLUB en absoluta desprotección tratándose de las obligaciones que aquella adquirió en el contrato de transacción, puesto que, en la forma como opera el negocio, nunca le podrán ser entonces reclamadas.

E. SOLICITUD

Por todo lo anteriormente expuesto, le solicito al H. Tribunal, revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar, proferir una en la que se declare el incumplimiento del contrato de transacción objeto del proceso, toda vez que, la demandada no solamente no probó el cumplimiento de sus obligaciones, sino que existe suficiente material probatorio en el expediente que acredita el incumplimiento.

Medellín, 10 de septiembre de 2020

Cordialmente,



JUAN DAVID PALACIO BARRIENTOS
C.C. 71.786.149 de Medellín
T.P. 106.497 C.S. de la J.
PROFESIONAL ADSCRITO
ABOGADOS PINEDA, PALACIO Y ASOCIADOS S.A.S.

Señores
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil
Atn., Dra. Nubia Esperanza Sabogal Varón
Magistrada Ponente
E. S. D.

Rad.: 11001-3199-001-2018-13668-02
Ref.: Proceso verbal por competencia desleal
De.: LABORATORIOS PHITOTHER S.A.S.
Vs.: SAMUEL NUÑEZ RUIZ
Trámite: Sustentación del recurso de apelación de Samuel Núñez Ruíz.

JAIME ANDRÉS NIETO CRIADO, mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado judicial sustituto de **SAMUEL NUÑEZ RUIZ**, de conformidad con el poder que obra en el expediente, comparezco a su Despacho en la debida oportunidad procesal otorgada por el Auto del 8 de septiembre de 2020, para sustentar el recurso de apelación impetrado por mi representado contra la sentencia proferida por el Dr. Diego Andrés Castillo Guzmán, abogado del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro del proceso No. **18-113668**.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA:

Mediante la referida sentencia, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio declaró que no se encontraron probados los actos de competencia desleal en los que, según la demandante, habría incurrido el señor **SAMUEL NUÑEZ RUIZ**.

Para el efecto, manifestó que ninguna de las pruebas documentales, testimoniales ni periciales de la demandante habrían demostrado la supuesta ocurrencia o configuración de los referidos actos de competencia desleal, por lo que declaró fundadas las excepciones de mérito planteadas por **SAMUEL NUÑEZ RUIZ**, en particular la relativa a la **"INEXISTENCIA DE ACTOS CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL"**.

A pesar de no encontrar probados los actos de competencia desleal y, por tanto, siendo inexistente el perjuicio causado a la demandante, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales consideró que no habría lugar a imponer a **LABORATORIOS PHITOTHER S.A.S.**, la sanción por extralimitación del juramento estimatorio de perjuicios a la que hace referencia el inciso 4° del artículo 206 del C.G.P.

En síntesis, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales estimó que dicha sanción se impone contra la parte que no logra probar el monto del perjuicio, y no contra la parte que, como en el presente caso, ni siquiera logró demostrar la ocurrencia del hecho ilícito de competencia desleal.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Tal como se explicó al Dr. Diego Andrés Castillo Guzmán al interponer el recurso de alzada en la respectiva audiencia, los reparos de mi representante contra la sentencia son solamente parciales. En efecto, mi representado se encuentra conforme con la decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo relativo a declarar que no se demostró la ocurrencia de actos de competencia desleal.

El único reparo de esta censura se limita a sostener que, en concordancia con la decisión de no encontrar probado el hecho ilícito de competencia desleal, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales debió imponer a **LABORATORIOS PHITOTHER S.A.S.** la sanción por exceder la estimación de los perjuicios a la que hace referencia el inciso 4° del artículo 206 del C.G.P:

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y probada”.

En efecto, **LABORATORIOS PHITOTHER S.A.S.** discriminó sus perjuicios patrimoniales en los siguientes términos:

Daño emergente	\$619.600.000
Lucro cesante	\$59.481.600
Total	\$679.081.600

De acuerdo con la jurisprudencia relativa a la responsabilidad aquiliana o civil, no existe perjuicio sin la ocurrencia de un hecho ilícito que cause un daño real y cierto. Por lo anterior, si no es posible probar el hecho ilícito, ni el daño, como ocurrió en este proceso, se concluye que tampoco se puede probar el perjuicio:

“Para lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos que conduzcan a establecer, sin duda, la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria”¹.

En consecuencia, toda vez que en el proceso adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio no se demostró siquiera la ocurrencia del hecho ilícito de competencia desleal, ni la causación de un daño real, y cierto, el valor de los perjuicios demostrados por **LABORATORIOS PHITOTHER S.A.S.** fue equivalente a cero (0). Por lo anterior, existe una evidente incongruencia entre los perjuicios estimados por **LABORATORIOS PHITOTHER** en la demanda y aquellos que efectivamente probó a lo largo del proceso. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 de junio de 2018, M.P: Luis Armando Tolosa, SC-2107-2018.

“Además, aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio.”²

Tal como lo expone la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de estimar los perjuicios no exime al demandante de la carga de demostrar su ocurrencia, para lo cual, deberá probar el acaecimiento del daño y del hecho ilícito alegado.

Con base en estas consideraciones, reitero que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales debió imponer la sanción a la que hace referencia el inciso 4° del artículo 206 del C.G.P, toda vez que el juramento estimatorio presentado por **LABORATORIOS PHITOTHER S.A.S.** fue claramente irrazonable.

III. PETICIONES

Con el acostumbrado respeto, reitero la conformidad de mi representado respecto de la decisión de declarar no probada la ocurrencia de actos de competencia desleal, por lo que solicito a la Honorable Sala:

1. Confirmar la decisión proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, por la cual se declaró probada la excepción de mérito de **“INEXISTENCIA DE ACTOS CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL”**.
2. Complementar la sentencia de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, ordenando a **LABORATORIOS PHITOTHER S.A.S.** pagar al Consejo Superior de la Judicatura la sanción a la que hace referencia el inciso 4° del artículo 206 del C.G.P.

IV. NOTIFICACIONES

Mi representada recibirá notificaciones en la secretaría de su Despacho o en la Carrera 17 No. 88-23, oficinas 205 y 207 de Bogotá, D.C y en el correo info@reyes-abogados.com y/o jaimenieto@reyes-abogados.com.

Honorables Magistrados,



JAIME ANDRÉS NIETO CRIADO
C.C. 1.019.083.240
T.P. 280.194 del C.S.J.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23 de marzo de 2018, MP: Ariel Salazar Ramírez, SC-876-2018.

Señores

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

M. P.: DRA. NUBIA STELLA SABOGAL

E. S. D.

Ref. : Radicación No. 11001-3199001-2018-13668-02

Proceso de Competencia Desleal

Demandante: **LABORATORIOS PHITOTHER SAS**

Demandado: **SAMUEL NUÑEZ RUIZ / NATURAL GREEN**

Asunto: Sustentación Recurso de Apelación

ENRIQUE CÁCERES MENDOZA, mayor de edad, domiciliado y residenciado en la ciudad de Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.729.789 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, con Tarjeta Profesional No. 105.577 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en condición de Apoderado Judicial en Sustitución de la Parte Demandante con ocasión de la actuación judicial surtida el pasado 6 de agosto de 2019 en sede de la audiencia inicial contemplada en el artículo 372 del Código General del Proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, y actualmente conocida por esta Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, y en función de la condición de apelante respecto de la decisión tomada por este Despacho, respetuosamente me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** para surtir su trámite correspondiente, en cumplimiento de lo ordenado en auto de sustanciación de fecha 8 de septiembre de 2020 y notificado mediante anotación en estado del 9 de septiembre del mismo año, lo cual hago en los siguientes términos:

1.- EL PROCESO

1.- Con ocasión de diferentes actos comerciales desleales surtidos por quien fuera empleado de la empresa legalmente constituida **LABORATORIOS PHITOTHER**, se inició acción jurisdiccional en contra de **SAMUEL NUÑEZ RUIZ** y **NATURAL GREEN EXTRACTOS NATURALES**, establecimiento de comercio abierto en septiembre de 2013, con posterioridad a que el aquí demandado se retirara de trabajar para la empresa demandante, asunto que correspondió conocer a la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, por así establecerse por parte de la Ley 256 de 1996 y Resolución No. 16675 de 2000 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.- Surtido el trámite de notificaciones, el demandado contestó la demanda por intermedio de apoderado judicial constituido para ello, y en el cuerpo de la contestación ha aceptado algunos hechos que fueron aducidos en la demanda inicial, lo que por efectos probatorios y procesales, deben tenerse por asuntos plenamente probados por vía de confesión, como el hecho de comerciar con productos similares a los que produce y comercializa la Parte demandante, inclusive utilizando para ello “a algunos de los mismos clientes (ocho, según ya ha reconocido el propio demandado)”, como se ha determinado en lo que ya se ha surtido del Proceso.

3.- En sede de la audiencia inicial contemplada en el artículo 372 del Código General del Proceso, se pretendió intentar un acuerdo conciliatorio, expuesto por la Parte demandante en el reconocimiento de unos perjuicios y el cese de actividades desleales que ha venido desplegando el demandado, pero con la única contraoferta del desistimiento de la demanda y el no cobro de costas, a pesar de que el propio demandado es consciente de su actividad desleal y antiética en contra de quien fuera durante muchos años su empleadora y quien lo introdujo en el mundo de la producción y comercialización de productos naturales para la industria cosmética y nutricional.

4.- Fracasada la conciliación se ordenó surtir el trámite de saneamiento de litigio, fijación de hechos y pretensiones e interrogatorios de parte, los cuales se adelantaron en los términos procesales señalados para ello por el Código General del Proceso, y en el desarrollo de tales

interrogatorios, varias cosas quedaron claras, como bien se aprecia en los audios de la audiencia, entre otras cosas, el reconocimiento expreso de que el aquí demandado sí ha tenido conocimiento de las bases de datos de clientes, proveedores y demás referentes comerciales de la empresa demandada, o que ha acudido a algunos de los mismos clientes de la sociedad comercial demandante a ofrecer sus productos, hecho que debe ser tenido en cuenta como plena prueba por la vía de la confesión.

5.- Al momento de decretarse las pruebas para el debate central, extrañamente el funcionario instructor de Primera Instancia, además de los Interrogatorios de Parte ya surtidos, accedió a todas las pruebas pedidas en el escrito de la contestación de la Parte demandada, pero no hizo lo propio con los de la Parte Demandante, denegando la recepción de testimonios y los dictámenes periciales solicitados, utilizando como todo argumento la falta de precisión en la técnica de petición de la prueba, en el caso de los testigos, por alegarse que los testimonios de la Parte demandante no habían enunciado concretamente los hechos objeto de la prueba, según lo ordena el artículo 212 del Código General del Proceso, y en el caso de los dictámenes, por no haber sido aportados por la parte interesada.

2.- EL RECURSO

1.- Inconforme la Parte Demandante con lo decidido en Primera Instancia, se interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, justamente por considerar que la decisión adoptada se limitaba a denegar las pruebas con base en un formalismo, sin advertir que al momento de la petición de las mismas en el escrito de demanda se señalaba que las declaraciones pedidas depondrían sobre los Hechos mismos de la demanda, y que el peritaje requerido hacía parte de los documentos que ya se habían agregado al expediente.

2.- Por parte del funcionario instructor de Primera Instancia se confirmó la decisión recurrida, pero se concedió el recurso en los términos de los artículos 320 y siguientes del Código General del Proceso, siendo aplicables en particular, el numeral 3 del artículo 321, numeral 1 del artículo 322, numeral 3 del artículo 323 y artículo 324, ordenándose que para tales fines se realizara el pago de las expensas necesarias para la remisión del expediente y/o sus copias al Superior jerárquico, así como las grabaciones de los medios magnéticos respectivos.

3.- Cumplida la carga procesal referida al pago de las expensas por parte del interesado recurrente, se hace preciso complementar la sustentación del recurso de alzada, lo que en efecto se adelanta en esta oportunidad, sin perjuicio de las demás actuaciones que competan a la Parte demandante, en atención a la actual sustitución de poder que media en el Proceso y al reconocimiento transitorio de personería adjetiva.

4.- Por parte del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá se admitió el recurso mediante auto del 21 de agosto de 2020, y por auto del pasado 8 de septiembre del año en curso se ordenó correr traslado común para la sustentación por escrito del recurso a las partes, por lo cual el suscrito apoderado se permite elevar ante Ustedes el siguiente pliego contentivo de la sustentación de la apelación.

3.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.- Por mandato constitucional, todas las decisiones judiciales o administrativas deben sujetarse al debido proceso, con todas las reglas que de allí se desprenden, tales como el derecho al contradictorio, a la defensa técnica, a la oportunidad de presentar y aportar pruebas regular y legalmente obtenidas, a contar con una doble instancia, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, a no obtener una decisión más gravosa en segunda instancia cuando se es recurrente único, y, en general, todas las demás categorías que informan el llamado derecho constitucional fundamental al Debido Proceso.

Es tan claro y tan conocido el contenido del artículo 29 de la Constitución Política, que su uso es a veces mal entendido, en la medida en que son frecuentes los casos en que quienes consideran que una actuación judicial o administrativa, por más legítima que pueda ser, tienen patente de curso suficiente para acusar dichas actuaciones de ser violatorias de

derechos constitucionales, como sucede en aquellos casos en que se practican y materializan las medidas cautelares, a las que los demandados, simplemente se oponen por no estar de acuerdo, a pesar que dichas cautelares sean medios legítimos para evitar hacer nugatorios los efectos de las providencias judiciales.

No es gratuito que el derecho constitucional al debido proceso haya alcanzado el rango de derecho fundamental en nuestro sistema jurídico. Es la expresión máxima del Estado Social de Derecho que recopiló las garantías procesales mínimas por las que se luchó desde los tiempos de la Modernidad y en Liberalismo Clásico, como medio de resistencia legítima a los posibles abusos y arbitrariedades de las autoridades públicas, y no podría ser de otra forma, que el Constituyente colombiano de 1991 lo incorporara al Texto Superior, con la categoría de Derecho Fundamental de Aplicación Inmediata, según el artículo 85 Superior, pues no es otro el conjunto de principios que permiten que haya una dinamización real y justa entre las actividades de la administración de justicia y los ciudadanos.

Pero el debido proceso es mucho más que formas y ritualidades. Tan es así que el propio constituyente articuló la función de Administración de Justicia como una función pública, independiente y permanente, señalando de manera expresa que en su curso “prevalecerá el derecho sustancial”, como reza el artículo 228 de la Constitución, y que ha permitido una abundante línea jurisprudencial y doctrinal sobre la prevalencia de lo sustancial por sobre las formas, es decir, la imposibilidad de sacrificar el fondo real de los asuntos sometidos a conocimiento de las autoridades judiciales por darle mayor relevancia a las formas rituales, que no son más que simples reglas técnicas.

2.- Con base en lo anterior, es importante destacar que las ritualidades procesales, que son formas propias a las que se deben someter las actuaciones de los particulares que son conocidas y tramitadas por las autoridades jurisdiccionales, pese a su importancia capital en el modelo de Estado de Derecho, no pueden ser vistas de manera diferente a lo que realmente son, esto es, las reglas que se subordinan a principios y valores superiores que son los que realmente obedecen al presupuesto central del discurso jurídico, pues no de otra manera los verdaderos problemas jurídicos, como la validez, la eficacia, la legitimidad y la justicia del ordenamiento podrían ser evidenciados, en tratándose de categorías de mucho mayor contenido que los términos, las oportunidades, las formas y los traslados, reglas éstas que si bien son importantes, no pueden bajo ninguna circunstancia, sacrificar los contenidos de justicia material que se presumen son los fines perseguidos por los ciudadanos ante sus autoridades públicas.

Quiere lo anterior señalar que las reales pretensiones de justicia se basan en los contenidos expuestos y buscados en un proceso, y no en si las reglas formales se siguen al pie de la letra o no, dado que la prevalencia de las formas sobre los contenidos, lo mismo que la dilación en la Administración de Justicia, lo único que conduce es a la más palmaria denegación de justicia, a la deslegitimación social del Estado y a la búsqueda de instrumentos de justicia individual o “justicia por propia mano”, hechos que desbordan toda lógica racional de lo que es la esencia del Estado Social de Derecho.

No es este el objetivo del Constituyente y mucho menos del Legislador. Desde el momento mismo en que el Derecho Constitucional Fundamental al Debido Proceso se establece como carta de garantía para que los ciudadanos crean y confíen legítimamente en sus autoridades públicas, administrativas y jurisdiccionales, ha quedado en claro que los derechos sustanciales deben estar por encima de las formas y ritualidades, al punto tal que la transición de un modelo procesal esencialmente inquisitivo y escritural a uno acusatorio, oral, público e inmediato, ha destacado mayormente la prevalencia de los derechos por encima de las formas, que no dejan de ser simples reglas que no pueden sacrificar principios y aspiraciones materiales de justicia.

3.- Al examinar el caso que nos ocupa, se advierte con extraña sorpresa, no menos preocupación, que estamos ante un claro y evidente caso de competencia desleal, en el cual una persona abusa de su posición de dirección, confianza y manejo en una empresa, aprovecha de las capacitaciones recibidas por quien fuera su empleadora, aprovecha su

acceso a las bases de datos de clientes y proveedores, y una vez se retira de la empresa que lo ha empleado durante varios años, crea un establecimiento de comercio para realizar sustancialmente lo mismo a que se ha dedicado su anterior empleador, hechos éstos que ya han quedado debidamente demostrados en el plenario, que han sido objeto de descubrimiento a propósito de los interrogatorios de parte surtidos en el marco de la audiencia inicial del artículo 372 del Código General del Proceso, sobre los cuales no ha habido discusión, y que, hoy por hoy, se quedan sin piso probatorio por una decisión del funcionario de Primera Instancia.

En efecto, al observar la demanda inicial se solicita en el acápite de Pruebas, la recepción de los testimonios de unas personas que conocen hechos transversales a la realidad expuesta en el Proceso, personas que pueden dar fe de algunos aspectos que habrían de ser corroborados con ocasión de tales interrogatorios de parte, como las conductas desplegadas por el aquí demandado, que fueron incluso confirmadas por él mismo, en el sentido de, por ejemplo, hacerse a los servicios de personas que habían trabajado en la sociedad mercantil aquí demandante **LABORATORIOS PHITOTHER**, o en el sentido de determinar que se hizo uso de cierta información, como clientes y proveedores de la empresa demandante, para ofertar productos del demandado, en clara muestra de deslealtad comercial, hechos que hasta el momento no han sido desvirtuados, pero que se requerían confirmar con sendas declaraciones testimoniales de sus directos involucrados, esto es, las personas que habían sido citadas en la demanda inicial.

Empero, se decidió en el curso de la audiencia, denegar las pruebas testimoniales pedidas por la parte demandante, bajo el somero argumento de “*no señalar expresamente el objeto de la prueba*”, a pesar de que en el escrito de demanda se explicita que las declaraciones requeridas lo que buscan es que se conozcan elementos claves acerca de “**LOS HECHOS DE LA DEMANDA**”, que no puede ser una declaración tenida por ambigua, indeterminada o imprecisa, habida cuenta principalmente a que los Hechos de la demanda que no requieren ser objeto de prueba son aquellos que pasan el examen preliminar de fijación del litigio y fijación de Hechos y Pretensiones, por lo que es lógico que al pedirse ciertos testimonios para que declaren sobre los Hechos narrados, es claro que las declaraciones buscadas pretenden examinar cuáles de aquellos hechos que fueron enunciados, requieren ser probados a la luz de lo que se va surtiendo en el Proceso, particularmente con posterioridad a las versiones de las partes recaudadas en sus correspondientes Interrogatorios.

La denegación de las pruebas testimoniales, solo sobre la base de que no señalan con claridad el objeto de la prueba, no es sino una abierta denegación de justicia, sacrificando realidades materiales que no examinan los antecedentes reales de una Empresa constituida, que dura muchos años en el mercado, y que extrañamente empieza a sufrir pérdidas, pierde clientes, pierde proveedores, y luego logra ser avisada y advertida que de repente aparece un nuevo competidor en el mercado que ofrece precios más baratos. Dígase que en el marco de la libre competencia que la propia Constitución permite, ello sería lógico y aún aceptable, de no ser porque el nuevo competidor es un ex empleado de la empresa afectada, que además es hermano de la Gerente y Representante Legal, y que ha tenido acceso a diferentes instrumentos informativos de la empresa hoy demandante, quien no solo no ha tenido escrúpulo alguno para utilizar nombres, enseñas y logos similares, sino que también se hace a los servicios personales de ex trabajadores de la empresa, hechos ya evidenciados que pueden ser perfectamente ratificados por los testigos cuyas declaraciones han sido extrañamente denegadas, y que debían ser objeto de recopilación probatoria, si es que en realidad se pretendía desentrañar todo el fondo central del asunto.

Cabe señalar que al hablarse en la demanda que los testigos declararían sobre sus hechos allí contenidos, si bien no se especifica cuáles serán los aspectos detallados de cada declaración, es claro que la utilización de dicha expresión es una estrategia de litigio comúnmente usada y aceptada por estrados administrativos y judiciales, en tanto que los testigos pueden declarar sobre aspectos evidenciados y respecto de los cuales ha operado la fijación de Hechos y Pretensiones, pero también sobre hechos no advertidos en la Demanda y la Contestación, cuyos contenidos se entienden para efectos probatorios como declaraciones susceptibles de confesión, pero sobre todo, sobre hechos que pueden derivar de las mismas declaraciones de

las partes en sus interrogatorios. En tal sentido, no es admisible bajo ninguna perspectiva, que se denieguen unas declaraciones testimoniales, por no expresar aspectos específicos como “*que los testigos declaren sobre los actos propios de la desorganización de la empresa demandante por los actos que el demandado ha venido desplegando*”, o “*que declaren sobre la utilización de enseñas, información reservada, secretos industriales, uso de colores y símbolos similares a los de la empresa demandada*”, entre otras figuras similares, formas que solamente sirven para efectos demagógicos y de oratoria pero no para efectos jurídicos, pues esta clase de elementos van surgiendo con ocasión de la contestación de la demanda, la conducta procesal del demandado y los hechos que se evidencian con posterioridad a la fijación de Hechos y Pretensiones, como ya se ha expuesto.

4.- En tal sentido, se considera que la denegación de las pruebas testimoniales no obedece a ningún criterio jurídico técnico sino exclusivamente ritual y formal, lo que tampoco es admisible en tanto que el derecho ritual no es sino un conjunto de reglas que debe estar subordinado a las pretensiones materiales de justicia y verdad que se reclaman, y en tal sentido, el listado de las declaraciones pedidas dan cuenta de personas que el mismo demandado ha mencionado en su interrogatorio, lo que es esencial para determinar si en realidad existe justificación alguna para que el demandado, luego de trabajar durante muchos años para la sociedad comercial demandante, pueda salir a producir y mercantilizar productos similares, usando en su base mucha de la información comercial pero también industrial adquirida a lo largo de sus años de empleado en **LABORATORIOS PHITOTHER**, pero que, además, tenga tan pocos escrúpulos a la hora de reconocer que la aquí demandante ha sido su maestra, no sin antes advertirse que en su propio relato, el demandado incurrió en diferentes contradicciones, como que su negocio venía funcionando en 1991 y que desde ese momento era proveedor del Laboratorio demandante, cuando éste ni siquiera existía legalmente, y cuando el establecimiento de comercio Natural Green solo apareció en septiembre de 2013, esto es, ocho meses después de retirarse de la empresa, hechos éstos que, junto con otros que hacen parte de la narrativa del libelo demandatorio, deben ser objeto de pruebas, siendo preciso para ello contar con declaraciones de personas que saben de primera mano y son fuente fidedigna, para demostrar lo que en realidad ocurrió en este conflicto que ha trascendido ya a los estrados judiciales.

No se entiende entonces cómo el funcionario instructor y fallador de primera instancia pretende acercarse a la realidad material y probatoria de este complejo asunto, denegando las pruebas pedidas por la Parte demandante, no obstante que la solicitud de las mismas no tiene otro objeto concreto que revelar la verdad sobre los hechos expuestos tanto en la demanda como en su contestación, y que han salido a la luz a propósito de las declaraciones surtidas mediante interrogatorios de parte de los extremos procesales, de modo que se puede advertir desde ya un notorio desequilibrio procesal perjudicial a la parte demandante, solo porque en Primera Instancia se señala que no está claro el objeto de la prueba, cuando, como ya se ha indicado, el objeto de la prueba lo determina el mismo curso de la actuación procesal que se despliega desde el momento en que se integra el contradictorio procesal.

5.- De igual modo sucede cuando se accede a las pruebas periciales peticionadas en la contestación de la demanda, pero no se mide con el mismo racero a la petición de pruebas de la parte demandante, siendo lógico que un dictamen pericial que tiene la pretensión de ser un documento técnico que examine las realidades económicas y financieras de las empresas, como se pidiera en la demanda, debe considerarse una prueba idónea que no puede sujetarse a ciertos tiempos exclusivos, habida cuenta que hay hechos que tanto en la demanda como en la contestación pueden ser objeto de confesión, aspecto sustancial soslayado por la autoridad que conoce en Primera Instancia en este Proceso, y que también resulta denegado, a pesar de su capital importancia para las resultas del proceso.

Es claro que un proceso, ya sea judicial o administrativo, padece en sus efectos y resultados obtenidos por la ausencia de pruebas regular y legalmente obtenidas, por lo que, más allá de las formalidades procesales y las reglas para la petición y decreto de las mismas, lo que se debe buscar es la determinación plena de la realidad material, convicción a la que se debe llegar por parte del Juez como operador normativo, en función de la Administración de

Justicia, y que no puede condicionarse a criterios rituales que puedan sacrificar las pretensiones reales y materiales de justicia.

A propósito de ello, sea del caso precisar que no se comparte una decisión que propugna por acceder a las peticiones de prueba de la parte demandada en un Proceso, en el cual ya se han evidenciado conductas que, al menos desde una perspectiva ética resultan reprochables, pero que para el caso de un litigio, deben ser examinadas y resueltas con base en pruebas que deben hacer parte del Proceso, que deben incorporarse al mismo y deben valorarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, habida cuenta que las pruebas dejaron de ser patrimonio procesal de las partes para convertirse en elementos de juicio del Proceso, y que, a la luz del mandato constitucional, deben ser examinadas tanto en sede de cargo como de descargo, deben ser objeto de oportunidad de presentación, análisis, controversia, contradictorio y valoración, y no simplemente ser denegadas porque, a juicio del fallador, no se cumplen unas formalidades, las cuales no pueden estar por encima de los criterios racionales capaces de llevar a una concreta y real convicción sobre el fondo sustancial del Proceso.

6.- Llama la atención que este Proceso ha presentado desde su inicio un desequilibrio que resulta perjudicial para la Parte demandante, no solo desde el momento mismo en que se le niega la oportunidad de contar con las medidas cautelares de que trata el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, a pesar de evidenciar hechos que posteriormente serían revelados y corroborados, como el uso de cierta información del demandado para poner a andar su negocio, so pretexto de una libre competencia y una libertad de mercado, cuando lo cierto es que el uso de enseñas similares, nombres, imágenes visuales y corporativas, uso y explotación de mano de obra y personal que hacía parte de la empresa demandante, ahora prestando sus servicios a la parte demandada, son hechos bastante graves a la luz de lo que jurídicamente se establece como Competencia Desleal, y que en este momento solo cuenta con las pruebas del demandado, mas no así del demandante.

Es más, el mismo estatuto sobre Competencia Desleal, Ley 256 de 1996 contempla, en su artículo 32, que el Juez tiene la potestad de requerir oficiosamente al demandado para que aporte pruebas relativas a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas en casos sobre engaño, comparación o imitación de bienes, productos o servicios materia de litigio, hecho también pasado por alto a pesar de la gravedad de las conductas denunciadas en el texto de la demanda, haciendo más gravosa la posición probatoria de la Parte actora. Incluso, el hecho de desconocer el valor probatorio que, de pleno derecho, tienen los libros y documentos del comerciante, conforme a las reglas contenidas en el Código de Comercio, para pasar inadvertidas las pruebas que podrían conducir a una real decisión de mérito con base en la realidad procesal, probatoria y material, son situaciones con las que no puede estarse conforme ni de acuerdo por parte del Demandante, quien ha acudido a la jurisdicción especializada en materia de Competencia Desleal por creer legítimamente en el amparo que el Estado le puede brindar, advirtiendo con sorpresa, que por fundamentar decisiones en tecnicismos, se le desconoce su derecho a aportar y contradecir las pruebas que deben obrar en el Proceso.

En tal sentido, se observa que la decisión de denegación de pruebas a favor de la Parte actora que se recurre en esta oportunidad, es una decisión que contradice los postulados centrales del Debido Proceso como principio constitucional, además de ser contradictoria con los fines centrales de la Administración de Justicia, en tanto pone por encima ritualidades que sacrifican los derechos sustanciales y las pretensiones de justicia que se reclaman en el presente Proceso, y es por ello que el fundamento del presente recurso está orientado a solicitar la revocatoria de la decisión, a fin de que en el marco de la actuación judicial que nos ocupa, se cuenten con todos los medios probatorios necesarios y suficientes que pueden orientar correcta y completamente una decisión judicial definitiva en el presente asunto.

7.- Sea del caso precisar que la Competencia Desleal se refiere jurídicamente al comportamiento contrario a Derecho mediante el cual un empresario se dedica a realizar maniobras que van en perjuicio de otro empresario mediante prácticas deshonestas, para tratar de perjudicarlo en el mercado, lo que se debe advertir en un caso tan delicado como el

que nos ocupa, en el cual estamos ante una actividad comercial en la que **NO HAY MUCHOS COMPETIDORES NI AGENTES EN EL MERCADO**, observándose que en el caso objeto de conocimiento, justamente el aquí demandado, quien fuera empleado de la aquí demandante, aprovechara sus contactos, conocimientos, bases de datos y demás elementos adquiridos cuando estuvo al servicio de **LABORATORIOS PHITOTHER**, para después aprovecharse con conductas que concurren plenamente con los comportamientos enunciados y enumerados en la Ley 256 de 1996 como típicos casos de Competencia Desleal, algo que fuera completamente inadvertido por la Superintendencia de Industria y Comercio en el curso de la primera instancia, ente para el cual las actividades del ex empleado del Laboratorio Demandante son parte de la libertad económica, hecho bastante llamativo que no tendría ningún tipo de anormalidad, si se tratara de comercial bienes o productos de consumo común, y no tan específicos como los que pertenecen al nicho de mercado del Laboratorio demandante.

Es reiterativa la doctrina y la jurisprudencia nacional al señalar que se concurre competencia desleal cuando las prácticas ilícitas afectan al funcionamiento normal del mercado, por ejemplo cuando se trata de confundir al consumidor con la oferta de productos o bienes similares, o cuando se pretende utilizar el *good will* y el buen nombre de una empresa posicionada en el mercado, o cuando se oculta información relevante que puede conducir a engaño al consumidor, o cuando se insta al consumidor a adquirir a precios más bajos productos similares, de menor calidad, que pretenden hacerse pasar como productos de igual calidad que los que se ofrecerían por el empresario honesto, tal como sucede en el caso que nos ocupa, incluso cuando se advierte que hasta la misma publicidad, catálogo de servicios y productos ofrecidos por el aquí demandado son copia burda de la empresa demandante, hecho gravemente soslayado por la Superintendencia de Industria y Comercio, que no puede ser amparado bajo ninguna lógica en el curso de una actuación judicial, sobre todo cuando, se reitera, ha sido notorio el desequilibrio y la falta de parcialidad del fallador de primera instancia en el presente caso.

4.- SOLICITUD

Con fundamento en lo expuesto hasta aquí, de manera respetuosa me permito solicitar al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial por intermedio de su Sala Especializada, en sede de la Segunda Instancia, que, una vez se examine el contenido material integral del expediente, y de lo sucedido en el curso de la audiencia inicial de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, surtida en desarrollo del presente Proceso el pasado 6 de agosto, se **SIRVA REVOCAR LA DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA, Y EN SU LUGAR, DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS, ACOGIENDO LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA EN SU INTEGRIDAD**, sobre la base de la indebida decisión de Primera Instancia, en el sentido de denegar las Pruebas solicitadas por la Parte demandante, y en su lugar, se ordene tener en cuenta los dictámenes periciales aportados por la Parte Actora, a fin de valorar realmente el fondo material del asunto.

De esta manera se sustenta el recurso de alzada, a la espera de su pronunciamiento en Derecho por parte de la autoridad jurisdiccional competente.

Sin otro particular,



ENRIQUE CÁCERES MENDOZA
C. C. No. 79.729.789 de Bogotá
T. P. No. 105.577 del Consejo Superior de la Judicatura

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Atn. Dr. LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

Magistrado Ponente

E. S. D.

Ref.: 11001319900220180024902

De: Kreston RM S.A. Nit. 800059311-2

Contra: JUAN JOSÉ RIVERA Y OTROS

ANA ELIZABETH CASTRO FLORIAN, mayor de edad, vecina de esta ciudad, abogada en ejercicio, identificada como aparece a pie de firma, obrando conforme al poder que me fue otorgado, y actuando en calidad de apoderada de la sociedad **KRESTON RM S.A.**, por medio del presente documento, me permito presentar mis alegatos de conclusión en consideración al auto de fecha de fecha 21 de julio y notificado por estado el día 19 de agosto de 2020, por solicitarse la nulidad, como consecuencia de la falta de publicación en la página web considerada para tal efecto. Así las cosas y de conformidad con lo señalado en el artículo 133 del CPG que establece:” Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código”. De esta manera, dentro del término procesal oportuno, me permito presentar los alegatos de conclusión de la solicitud de Apelación.

1. HECHOS

PRIMERO: En fecha 17 de marzo de 1989, se constituyó la sociedad comercial denominada “FERNANDO ROMERO M. Y CIA. LTDA”, posteriormente en fecha 11 de septiembre de 1991 la empresa cambió su razón social por “ROMERO MORA Y ASOCIADOS, REVISORES FISCALES, AUDITORES EXTERNOS CIA LTDA”. En fecha 29 de enero de 2004 a “RM REVISORES FISCALES AUDITORES EXTERNOS LTDA”. Y en fecha 3 de mayo de 2011 se cambió el nombre por el de “KRESTON RM S.A.”

SEGUNDO: En la fecha anteriormente mencionada, la sociedad se transformó de sociedad limitada a sociedad anónima, mediante acta No. 52 de fecha 7 de marzo de 2011 elevada a escritura pública No. 1301 de 2011 de la notaría 39, debidamente registrada ante la cámara de comercio.

TERCERO: En dicha transformación que se llevó a cabo mediante documento privado No. 52 en fecha 7 de marzo de 2011 y debidamente elevado a escritura pública, se creó el órgano de administración de Junta Directiva, que se estableció en el artículo séptimo de los estatutos.

CUARTO: Desde dicha transformación, que data del año 2011, fueron nombrados miembros principales de Junta Directiva los señores:

- JUAN JOSÉ RIVERA MANRIQUE, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.403.444.
- JEANETTE CONSUELO PINZÓN FORERO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.668.601.
- NUBIA BARRERA GANTIVA, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.774.497.

Dicha acta se encuentra suscrita por los señores NUBIA BARRERA GANTIVA y el señor JUAN JOSÉ RIVERA MANRIQUE.

No obstante, antes de la transformación los señores anteriormente mencionados eran socios tal como se desprende del siguiente cuadro de actas: (se anexa copia simple de las mismas)

TIPO DE ACTA	No.	FECHA
Ordinaria de Junta de Socios	48	29/03/2008
Extraordinaria de Junta de Socios	49	15/12/2009
Ordinaria de Junta de Socios	50	29/03/2010
Reunión extraordinaria de Junta de Socios RM Auditores Ltda.	51	29/06/2010

Y como se observa del libro de registro de accionistas, debidamente inscrito ante la Cámara de Comercio el día 30 de julio de 2012, en el cual aparecen como accionistas en fecha 6 de mayo de 2011.

Es prudente manifestar que estos nombramientos se encuentran debidamente registrados, tal como se desprende de la revisión del certificado histórico de nombramiento de Junta Directiva, expedido por la Cámara de Comercio.

QUINTO: Se estableció igualmente en dicho documento (Acta No. 52 elevada a escritura pública No. No. 1301 de 2011 de la notaria 39) en el artículo DECIMO CUARTO, que la Junta Directiva debería sesionar por lo menos una vez al año.

SEXTO: Como funciones de conformidad al artículo DECIMO QUINTO, se establecieron las siguientes:

“1. Dirigir, planear y coordinar los programas generales a ejecutar en el desarrollo del objeto social de la sociedad.

2. Diseñar, desarrollar y evaluar los sistemas de control de la sociedad.

3. Dirigir y evaluar la gestión de los administradores.

4. Elaborar su propio reglamento.

5. Nombrar, remover, establecer funciones y fijar la remuneración del gerente general y de sus suplentes.

6. Decretar la apertura de sucursales o agencias de la sociedad, así como determinar las facultades de los administradores.

7. Crear los cargos o planta de personal que considere conveniente para la buena marcha de la sociedad.

8. Determinar la estructura de la Sociedad y las funciones de cada una de sus dependencias.

9. En general, ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

10. Las funciones que le determine en forma expresa la Asamblea General de Accionistas, órgano supremo de la sociedad.

11. Asumir la representación legal en cabeza de su presidente en las faltas absolutas, temporales o accidentales de presidente de la firma y su gerente general y suplentes, la cual deberá constar en la correspondiente acta, hasta que se nombre el presidente y/o Gerente General en propiedad, lo cual deberá hacerse durante el mes siguiente a sucedida o conocida la ausencia.

12. Establecer las políticas de Estados Financieros, Dividendos y Reservas.

13. Elaborar los reglamentos de emisión y colocación de acciones.

14. Todas las demás funciones no atribuidas expresamente a otro órgano social”.

SEPTIMO: Es importante aducir que el señor JUAN JOSÉ RIVERA MANRIQUE ingresó a trabajar a dicha empresa en el cargo de auditor sénior desde el 10 de diciembre de 2013.

La señora JEANETTE CONSUELO PINZÓN FORERO ingresó a trabajar a dicha empresa en el cargo de auditor sénior desde el 1 de febrero de 1994.

Y la señora NUBIA BARRERA GANTIVA ingresó a trabajar a dicha empresa en el cargo de auditor sénior desde 1 de enero de 1993.

OCTAVO: Los señores anteriormente mencionados fungieron como miembros principales de junta directiva hasta el día 19 de mayo de 2014, de conformidad al acta No. 62 de Junta General Extraordinaria de Accionistas de Kreston RM S.A.

NOVENO: La relación laboral del señor JUAN JOSÉ RIVERA MANRIQUE (y quien fuera miembro principal de la Junta Directiva de la sociedad) terminó en fecha 1 de octubre de 2012.

DECIMO: El señor JUAN JOSÉ RIVERA MANRIQUE, decidió demandar a la sociedad por el reconocimiento de prestaciones sociales derivadas de un pago denominado medios de transporte. La notificación personal se surtió y en fecha 1 de junio de 2017 se contestó dicha demanda.

DECIMO PRIMERO: El proceso mencionado anteriormente se definió mediante fallo de fecha 7 de mayo de 2018 condenando a la sociedad KRESTON RM S.A. al pago de más de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/cte. Dicho fallo fue apelado y el Tribunal revoco la sentencia en su integridad, no obstante, el apoderado del señor RIVERA MANRIQUE presentó demanda de casación, y se encuentra ante la Corte Suprema de Justicia para fallo definitivo.

DECIMO SEGUNDO: Como se ha señalado anteriormente y se manifestó en la contestación de la demanda, quienes tenían la dirección de definición de pagos laborales de acuerdo a las funciones establecidas en los estatutos, eran los miembros de la Junta Directiva, por lo que es posible considerar que de acuerdo a la demanda laboral interpuesta por el señor RIVERA, en la cual señala su inconformidad con los pagos laborales, pero aun teniendo incidencia en el cambio de dichos factores salariales ya que ostentaba el cargo de miembro principal de junta directiva, nunca se expresó sobre la misma; esto, seguramente porque tenía la finalidad de sacar provecho y ventaja de su propia culpa y posteriormente demandar a la sociedad por errores en el pago de factores salariales buscando un beneficio propio.

En consideración a lo anterior, es prudente manifestar que en la firma se realizaban pagos por concepto de medios de transporte, toda vez que el objeto social de la sociedad es la revisoría fiscal, auditoría, contraloría, interventoría y aseguramiento de la información. Este objeto se desarrollaba y se desarrolla en las instalaciones de cada cliente, por lo que la sociedad definió pagar unos dineros a cada empleado por concepto de medios de transporte. Dichos pagos fueron avalados no solo por los empleados sino por las directivas.

De lo anterior se puede concluir entonces que no se evidencia, pese a las funciones que tenían los miembros de Junta Directiva, pronunciamiento alguno sobre dichos pagos, así como proceder de manera correcta y honesta para manifestar que la sociedad estaba cayendo en un error, al hacer dichos pagos como no salariales.

DECIMO TERCERO: Es así que el señor RIVERA, la señora PINZON y la señora BARRERA fueron negligentes con la sociedad, permitiendo que la administración incurriera en errores para después ser alegados por ellos mismos y sacar ventaja económica.

DECIMO CUARTO: Pese a que debían reunirse al menos una vez al año tal como lo estipulan los estatutos, se evidencia que dicha función fue incumplida de forma permanente ya que en los libros que reposan en la sociedad de actas solo reposan las siguientes Actas:

TIPO DE ACTA	No.	FECHA	FOLIOS
Junta Directiva Extraordinaria	53	29/11/2011	3
Junta Directiva Extraordinaria	54	12/12/2011	3
Junta Directiva Extraordinaria	55	30/12/2012	3
Junta Directiva Extraordinaria	57	08/04/2013	3
Junta Directiva Extraordinaria	58	29/11/2013	3
Junta Directiva Extraordinaria	59	28/01/2014	3
Junta Directiva Extraordinaria	60	28/02/2014	3

Como se evidencia, ninguna reunión se realizó como ordinaria, teniendo la obligación de hacerla al menos una vez al año.

DECIMO QUINTO: En la contestación de la demanda que interpusiera el señor RIVERA, se manifestaron estos hechos y se alegaron, no obstante creemos que por el tema que se debatía y que era netamente laboral, el señor Juez no se refirió al mismo ni tuvo en cuenta en debate procesal, el hecho de que el demandante hubiese sido directivo.

En interrogatorio de parte rendido por el señor RIVERA en fecha 12 de enero de 2018, señaló que él sí había sido miembro de Junta Directiva, no obstante, se limitó solamente a firmar actas. Es decir, no cumplió con sus funciones determinadas en los estatutos y mucho menos en las leyes que estipulan como debe ser ejercida la función de un miembro de Junta Directiva. De esta manera ocasionó un perjuicio grave y oneroso, no solo por la demanda que él instauró, sino que situó y sitúa a la sociedad en un grave riesgo, ya que es posible determinar que si la sociedad incurrió en el error de pagar medios de transporte a los funcionarios de la sociedad como un pago no salarial (como debe ser, ya que se trata de una herramienta de trabajo), puede concretarse más demandas por los mismos hechos, por otros funcionarios, lo que a la postre va a generar que la sociedad pueda entrar en pérdidas que desestabilicen la parte financiera de la sociedad.

DECIMO SEXTO: Es evidente que la conducta generada por los que ostentaron la calidad de miembros principales de junta directiva de la sociedad, por no ejercer las funciones señaladas y que de acuerdo con la carta enviada y debidamente suscrita por cada uno de ellos y remitida a la Cámara de Comercio para su nombramiento, se comprometieron a cumplir. Sin embargo, por negligencia, desidia, dejadez, abandono, desinterés e indiferencia no lo

hicieron y permitieron la generación de riesgos para la sociedad en cuanto a temas financieros y legales.

DECIMO SEPTIMO: En el mes de noviembre de 2020, la señora NUBIA BARRERA, suscribió contrato de transacción con el señor HERNÁN JUAN CARLOS MORA SUAREZ, representante legal de la sociedad KRESTON RM S.A., asumiendo su proceder erróneo y pagando la suma de aproximadamente \$30.000.000 a la firma.

2. ARGUMENTOS ALEGATOS

El tema debatido es simple, los señores JUAN JOSE RIVERA y JEANETTE PINZÓN tenían unas obligaciones claras contempladas en los estatutos de la sociedad KERSTON RM S.A. y en la ley, sobre todo en la ley como miembros de Junta Directiva. No obstante, pese a su condición de miembros de junta directiva y de profesionales en el área contable que, además, sea necesario señalar, desarrollan actividades de seguimiento en lo que concierne a la toma de decisiones de los máximos órganos de administración de las compañías donde ejercen el cargo de revisores fiscales, desconocieron y omitieron la obligación no solo de reunirse ordinariamente como lo establecen los estatutos sino además de ser un órgano asesor y consultor de la gerencia. De hecho, en los estatutos de la sociedad en su artículo décimo quinto se ha señalado:

1. Dirigir, planear y coordinar los programas generales a ejecutar en el desarrollo del objeto social de la sociedad.
- (...)
4. Elaborar su propio reglamento.
5. Determinar la estructura de la sociedad y las funciones de cada una de sus dependencias.
9. En general, ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.
10. Todas las demás funciones no atribuidas expresamente a otro órgano social.

De las anteriores mencionadas, es indudable que omitieron no solo una de las funciones sino todas las contempladas en los estatutos, y con su omisión y más específicamente al no informar oportunamente que los conceptos pagados por la compañía KRESTON, como medios de transporte podían tener connotación salarial; pusieron en riesgo a la sociedad ante unas latentes reclamaciones judiciales que se materializaron con la demanda de uno de los demandados y que si bien en segunda instancia pudo haberse eliminado, con la interposición de la casación el debate no ha finiquitado y por ende el riesgo sigue más activo. Además, existe un riesgo que no se ha materializado pero que depende de terceros con la interposición de demandas de otros funcionarios que consideren se les debe acreencias laborales por la interpretación del concepto. Y es que en derecho laboral solo con una simple reclamación del trabajador antes de la prescripción, el término vuelve a revivir por el término inicial es decir tres años más.

Ha señalado la Superintendencia de sociedades en diferentes pronunciamientos que la acción social de responsabilidad se enmarca en el derecho de acción entendido como el "...derecho público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión mediante un proceso"; dicha pretensión es de condena y consiste en la declaración por parte del juez de la responsabilidad patrimonial de los administradores para obtener la reparación de los perjuicios que por dolo o culpa de los administradores ocasionen a la sociedad.

Es así como la ley 222 de 1995 señaló:

Artículo 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.

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

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

Artículo 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:

Artículo 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

(...)

Ahora bien, en sentencia C-123/2006 de la Corte Constitucional, al respecto se pronunció señalando: “Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad. Subrayado fuera de texto

Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenía, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir,

con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad. Dicho marco general anotado, así como las reglas específicas que imponen deberes a los administradores, se complementan en la citada Ley 222, con las normas relativas a la responsabilidad solidaria e ilimitada en que éstos pueden incurrir por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. **Responsabilidad en la que se presumirá la culpa del administrador en los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, o cuando hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia.**

En este orden de ideas y para precisar el concepto del buen hombre de negocios, la doctrina ha señalado, que el mismo implica que una persona que debe ser un experto en el objeto social que está desarrollando y que en el mundo de los negocios asuma riesgos, vaya más allá de la diligencia común. Él y la sociedad pueden perder o ganar, lo importante es que asuma los riesgos con conocimiento de causa y con la debida preparación.

De igual forma el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, consagra la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores cuando ocasionan perjuicios con dolo o culpa a la sociedad, a los socios o a terceros.

Es de anotar que siendo estas personas contadores públicos titulados, que ejercen funciones de revisor fiscal, tenían claramente, conocimiento de las actividades que implicaba ser miembro de una Junta Directiva. Es importante señalar que sabían perfectamente que la sociedad estaba incurriendo en un yerro al dejar que se pagaran sumas de dinero por concepto de medios de transporte que un futuro iba a ser reclamados por parte de ellos, y por tal motivo omitieron de plano cualquier tipo de acción con respecto a subsanar dichos errores.

Adicional a lo anterior la sentencia T-122/ de 2017 de la Corte Constitucional, ha señalado *que una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma. Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.*

Lo anterior para señalar que los demandados conocían de largo, el yerro en que estaba incurriendo la sociedad, ¿y aun así omitieron pronunciamiento alguno que evidenciará los posibles riesgos, y por qué? Fácil, porque su objetivo era aprovecharse de ese error para sacar provecho propio, nada más cierto que demandando a la misma sociedad donde fueron accionistas y miembros de junta directiva.

El apoderado del señor MANRIQUE sostiene en su tesis de defensa, que la interposición de esta demanda se trata de una retaliación, no obstante, olvida el apoderado, que esta situación planteada no es nueva, de hecho se debatió en el proceso ordinario laboral, ya que como puede observarse de la contestación de la demanda, se había manifestado por parte de la sociedad KRESTON RM S.A., que era absurdo entender como un miembro de junta directiva que tenía en sus manos la definición de salarios, jamás había mencionado que los conceptos pagados como medio de transporte eran salariales y que existía para la sociedad un riesgo, no era entonces plausible que ahora estuviera demandando la empresa para la cual fungió como miembro de junta directiva y pudo haber tomado decisiones oportunamente.

En el oficio No. 220-38140 de la Superintendencia de sociedades se determinó que

“el Derecho como ciencia social, es una disciplina con sustento en valores éticos, que se traducen en normas jurídicas cuyo cumplimiento desde luego, puede exigirse por la fuerza. La diferencia entre las obligaciones de naturaleza jurídica y aquellas que no trascienden el plano de lo moral, está en la posibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento; de manera que sin perjuicio de las consideraciones éticas sobre las actuaciones de los administradores, debe tenerse en cuenta que dichas actuaciones están comprendidas dentro del tema de la responsabilidad de los administradores, punto respecto del cual, el legislador en el año de 1995, concretó mediante la ley 222, la posibilidad legal de demandar judicialmente a los gestores de la empresa social a fin de determinar su responsabilidad por acciones u omisiones, que afecten a la sociedad los asociados y los terceros.

Esta nueva regulación comprende aspectos tales como los principios que deben regir su actuación, como es el deber de buena fe, que, referido en general a los actos jurídicos, deben ser cumplidos con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración. Deber de diligencia o cuidado. Se trata, por supuesto de los denominados deberes fiduciarios de los administradores, consagrado en un precepto que dispone que los administradores deben actuar " con la diligencia del buen hombre de negocios". Este nuevo enfoque establece un modelo más exigente desde el punto de vista profesional. Así, las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben ser cumplidas con una particular diligencia que implica una forma de actuar propia de personas conocedoras de técnicas de administración. Se trata, pues de un patrón de conducta más estricto, que implica una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones.

Deber de lealtad. El deber de lealtad supone simplemente, la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte los mejores intereses de la sociedad. Esta expresión tomada de la legislación portuguesa de sociedades no desvirtúa en forma alguna la premisa según la cual el interés principal que deben defender los administradores es el de la sociedad, premisa que es particularmente importante cuando el interés de algunos socios es diferente al de la sociedad. Los referidos deberes consignados en el artículo 23 de la ley 222, buscan la profesionalización de dichos cargos, para generar una mayor confianza en el sistema, así como mayores garantías para los socios y los terceros.

Ahora bien, es importante señalar que dentro de esta acción existe la presunción de culpa, siendo uno de los preceptos más drásticos de la nueva normativa en materia de administradores, y es el que tiene que ver tanto en los casos de violación de la ley o del contrato social, produciéndose así un daño, de esta manera el demandante damnificado no necesita demostrar que el administrador actuó con culpa. Es al administrador, a quien corresponde desvirtuar dicha presunción legal. Por supuesto, el demandante deberá haber comprobado, cuando menos la existencia de la violación legal o estatutaria.

En lo que tiene que ver con la regla de discrecionalidad o lo que se denomina business judgment rules (bisnes yochman, rous, es preciso indicar que la doctrina la ha señalado como indispensable para que los administradores tengan un incentivo para que puedan actuar con la discreción necesaria para asumir riesgos empresariales, sin miedo a que sus decisiones sean juzgadas posteriormente. Así, en el derecho comparado se aplica la regla de la discrecionalidad (business judgement rule), donde los jueces deben abstenerse de inmiscuirse en las decisiones adoptadas por los administradores y en el análisis económico de las mismas. Sin embargo en el caso que aquí nos ocupa no se trata de temas comerciales ni de tomar riesgos empresariales, téngase en cuenta entonces que aquí lo que hubo en consideración al alto conocimiento profesional que tenían los aquí demandados fue una omisión a sus deberes como miembros de junta directiva, lo que abrió las puertas a un riesgo que se materializó desde esa misma parte; diferente hubiese sido si la demanda laboral hubiese llegado de otro funcionario, pero de uno de los más altos directivos, miembro de junta directiva y además accionista? Perdónenme, pero no tiene lógica alguna, sin embargo, si tiene una explicación, se están valiendo de su propia culpa perjudicando a la sociedad ya que con un número no muy alto de demandas de este tipo puede llevar a insolvencia a la sociedad. Y el antecedente va a estar dado desde una persona que tenía la posibilidad de hacer que la situación no solamente terminará sino fuera subsanada de la mejor manera para evitar perjudicar a otros.

La jurisprudencia ha señalado que esta regla que menciona uno de los abogados de la parte demandada, funciona plenamente cuando no se haya configurado por parte de estos una violación a sus deberes generales ni específicos (en nuestro caso, a la buena fe, lealtad y diligencia). Sin embargo el haber omitido cumplir con las funciones de un miembro de junta directiva es de considerarse de mala fe, negligencia, dejadez, ya que teniendo en cuenta que si su responsabilidad se asemeja a un buen hombre de negocios, sí el negocio hubiese sido de ellos, hubieran hecho algo para resolver, máxime cuando en el ejercicio de sus funciones como revisores fiscales se amarra la de revisar las obligaciones de los órganos máximos de administración y velar porque estos mismos cumplan con la ley y los estatutos de dichas sociedades.

De esta manera, es sencillo entender su dejadez cuando en interrogatorio de parte al señor RIVERA, al preguntársele sobre las reuniones de junta directiva y su función dentro de la misma, señala de manera unívoca que él simplemente firmaba, ¡y por supuesto que firmaba! como se evidencian las copias de las actas allegadas como prueba dentro del proceso. Pero, y nunca se preguntó que tenía que firmar, o porque lo hacía, ¿en qué decisiones? La misma dejadez y apatía señalando que nunca estuvieron de acuerdo en ser accionistas pero que sin

embargo nunca emitieron pronunciamiento alguno sobre ello. Es decir, para ellos era natural que el representante legal los incluyera como accionistas y ellos decidieran guardar silencio al respecto a sabiendas de su responsabilidad.

En lo que corresponde a las pruebas contenidas dentro del plenario, se escucharon los interrogatorios de parte del señor HERNAN MORA MARTINEZ, quien fungió como gerente general y posteriormente como presidente; la señora NUBIA BARRERA GANTIVA quien para la fecha de los hechos se desempeñó como gerente general y miembro de Junta Directiva, el señor JUAN JOSE RIVERA MANRIQUE quien para la fecha de los hechos fue miembro de Junta Directiva al igual que la señora JEANETTE PINZON. Por parte del señor MORA se estableció que de acuerdo a la composición de gobernanza de la sociedad kreston y debido al cambio de tipo de sociedad de limitada a sociedad anónima se estructuró por primera vez el funcionamiento de la Junta Directiva con el nombramiento de tres miembros principales, que debían entre otras funciones determinar los aumentos salariales así como los conceptos pagados salariales y no salariales; de igual manera se comprobó, que una de las funciones era asesorar al gerente general en cuanto al desarrollo del objeto social, lo que contemplaba sin lugar a dudas la determinación del recurso humano así como su salario.

En lo que concierne a los testimonios del señor MANRIQUE y de la señora PINZÓN, se comprobó que ellos no ejercieron tal como lo impone la ley comercial, las funciones de miembros de junta directiva, aun cuando en efecto aceptaron el nombramiento. Además de ello se dio por demostrado que teniendo en cuenta el ejercicio de las funciones de revisoría fiscal, se tenía muy claro cuales eran las funciones de un miembro de junta directiva, así como las consecuencias jurídicas de la omisión del cumplimiento de estas. Se logró comprobar que ellos suscribían actas pero que, en consideración a sus afirmaciones, no sabían que eran lo que firmaban, es más el señor JUAN JOSÉ RIVERA, en su testimonio, señaló unívocamente que la firma KRESTON RM S.A. hacía uso de su firma, lo que en el caso en concreto sugirió que se entendiera que KRESTON RM S.A. hacía uso irregular de su firma, no obstante jamás tachó de falso las actas que se allegaron al expediente procesal y que contenían su firma litográfica. Se demostró así mismo, que siendo miembros de Junta Directiva y como una de las funciones contempladas en los estatutos, debían reglamentar el funcionamiento de la Junta Directiva, función que evidentemente no se cumplió. Del interrogatorio obtenido por la señora NUBIA BARRERA GANTIVA, se logra demostrar que siendo ella miembro de Junta Directiva nunca supo porque no se reunieron y porque nunca se cumplió con las funciones impuestas por los estatutos.

Dentro del recaudo probatorio, se encuentra así mismo las actas suscritas por los demandados, donde se trataban temas comerciales, pero nunca sobre salarios o la indicación de las falencias que tenía la sociedad. Nótese que de la contestación de la demanda de los señores JEANETTE PINZÓN y del señor JUAN JOSE RIVERA, no se evidencia que hayan aportado al expediente prueba alguna que pueda considerarse como justificante para el incumplimiento de sus funciones como miembro de junta directiva, de hecho es posible concluir que alardeaba de señalar que la total apatía con respecto al ejercicio de las funciones de miembro de Junta directiva, cuanto mencionaba que él nunca supo que firmó, que en efecto le llevaban documentos para firmar pero que en realidad ni los leía.

Pese a todo a lo anterior, y considerando errado el fallo por parte de la Superintendente, se señala que no existe prueba que ofrezca que en efecto ellos tenían dicho deber, sin embargo, el A quo desconoció en derecho las pruebas aportadas al expediente, así como los interrogatorios realizados. Pero además desconoció, la doctrina propia de su entidad, de la Superintendencia de Sociedades, cuando es dicha entidad la que ofrece los lineamientos de las sociedades, y siempre ha destacado la obligación juiciosa y seria que deben tener los miembros de la Junta Directiva, estableciendo que cuando se obra con dolo o culpa (entendiendo culpa como la conducta omisiva y negligente) tendrán responsabilidad solidaria y responderán los daños causados a la sociedad.

Es preciso entonces hacer énfasis en el documento emitido por la misma Superintendencia de sociedades con el radicado No. 220-015163 Del 11 de febrero de 2013 y que precisó:

“(…) Resulta pertinente informarle que el concepto actuar “ con la diligencia de un buen hombre de negocios” surge en el texto de la exposición de motivos que dio lugar a la expedición de la Ley 222 de 1995, acogida por el legislador y posteriormente desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina como consecuencia de la gran responsabilidad que asumen los administradores quienes en el ejercicio de su gestión, sus decisiones y las actuaciones que adelantan a nombre de la sociedad que representan o administran impactan en el orden social y económico del país. Así se observa en los distintos pronunciamientos proferidos por las distintas Cortes, una de ellas la Corte Constitucional en sentencia C123 de 22 de febrero de 2006, M. P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, al examinar la constitucionalidad, entre otros, del artículo 24 (Parcial) de la mencionada Ley 222 referido a la presunción de culpa de administrador en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, en su argumentación y consideraciones trae a colación los argumentación que sustentaban el proyecto de ley que posteriormente se convirtió en ley de la República.

*En esa oportunidad la Corte expresó: “(…) en relación con los administradores, dada la importante labor que desempeñan, por los inmensos poderes que hoy en día detentan, **consideró necesario el legislador someterlos a un estricto código de conducta, para lo cual se precisó el marco general de sus actividades, sus funciones y responsabilidad, estableciendo, además, normas que agilizaran y facilitarían las consecuentes acciones para el establecimiento de dicha responsabilidad.** Así lo recordó el legislador durante el trámite legislativo de la Ley 222 de 1995, cuando señaló en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes que: “La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capítulo de estados financieros. (....)*

En efecto, en el Libro I de la Ley 222 de 1995, se estableció el Régimen de Sociedades, y en el Capítulo IV, de los Órganos Sociales, se consagra en la Sección II lo referente a los administradores (artículos 22 al 25), señalando quienes tienen esta calidad, sus deberes y responsabilidades, y lo relacionado con la acción social de responsabilidad contra éstos. (... .) Así mismo, respecto de la conducta de los administradores, el art. 23 de la ley, señala que deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, así como que sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad y observando los intereses de sus asociados. Además, de manera específica se establecen, los deberes de los administradores en el cumplimiento de su función así: (...) Por su parte, el artículo 24 de la mencionada ley, consagra la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, a la que no estarán sujetos los que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. Además, se establece la presunción de culpabilidad para ciertos casos expresamente mencionados, de los cuales se ocupará esta providencia más adelante. (... .)

Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad. Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenía, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad.

Dicho marco general anotado, así como las reglas específicas que imponen deberes a los administradores, se complementan en la citada Ley 222, con las normas relativas a la responsabilidad solidaria e ilimitada en que éstos pueden incurrir por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Responsabilidad en la que se presumirá la culpa del administrador en los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, o cuando hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. (... .)

*Presunciones simplemente legales que la Corte encuentra razonables, en la medida que ha sido la propia ley la que le fija a los administradores el marco general de su actuación, **obrar de buena fe, de manera leal y con la diligencia de “ un buen hombre de negocios”**, lo cual no puede más que denotar la profesionalidad, diligencia y rectitud con la que deben actuar los administradores en bienestar de los intereses de la sociedad y de sus asociados,*

atendiendo la importancia y relevancia del papel que cumplen en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que se les encomienda. En efecto, según el artículo 333 de la Constitución, la empresa como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones, y por lo tanto la actuación de sus administradores tiene profundas implicaciones y repercusiones en el orden social. En efecto, la importante labor que desempeñan los administradores y los inmensos poderes que hoy en día detentan, llevó al legislador a precisar sus funciones, así como su responsabilidad, estableciendo las normas respectivas que facilitarían y agilizarían su establecimiento. (... .) ”

En esta materia esta Superintendencia a través de la Circular Externa No. 100- 006 de 2008, publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo del año citado, informó a todos los administradores de las sociedades comerciales, sean representantes legales, liquidadores y/o miembros de las juntas directivas (Art. 22 de la Ley 222/95), acerca del régimen previsto para ellos tanto en la Ley 222 Cit. como en el Código de Comercio En esa oportunidad, luego de hacer referencia a quiénes conforme al citado artículo 22 se consideran administradores, con relación a los principios que deben gobernar las actuaciones de los administradores, contemplados en el artículo 23 ss, expresó: “ (... .) 2. PRINCIPIOS Y DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES 2.1 Principios rectores que deben orientar la conducta de los administradores e intereses que deben tener en cuenta en sus actuaciones.

2.1.1. La buena fe es un principio de Derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad, y de los negocios que ésta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande.

2.1.2. La lealtad es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de sus intereses se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, resultando claro que, si los intereses de los socios se apartan de los fines de la empresa, aquellos deben ceder a los de esta.

2.1.3. La diligencia de un buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa. La diligencia del buen hombre de negocios lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el

deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas. (... .)” . Ahora bien, establecidas las normas que establecen la responsabilidad de los administradores y los principios rectores que deben orientar la conducta de los administradores, con relación a los mecanismos procedimentales para la concreción de las correspondientes acciones, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar, esta Superintendencia a través del Oficio 220- 011590 de 6 de febrero de 2011 expresó: “(...) Para el efecto, consagra dos tipos de acciones, a saber: 1. La acción individual de responsabilidad, por la cual, cualquier persona que haya sufrido perjuicio derivado de actuaciones de los administradores, previa comprobación del interés jurídico que le asiste puede demandar se le compensen los daños causados al patrimonio personal del asociado o tercero afectado por el hecho. Se trata de una responsabilidad personal del administrador frente a los accionistas o frente a terceros y no de responsabilidad de la sociedad por la actuación de los administradores como órgano social en nombre de ella. 2. La acción social de responsabilidad que persigue la reconstitución del patrimonio de la sociedad, cuando éste ha sido diezmado por la acción u omisión de sus administradores. Los demandantes no actúan con una legitimación propia, que les pertenezca en su carácter individual. Su accionar se produce con un carácter representativo, con base en una legitimación que pertenece a la sociedad; la verdadera parte interesada es la compañía. (Artículo 25 de la ley 222 de 1995).

Tanto las acciones individuales como las sociales, conforme al artículo 233 de la Ley 222 de 1995, tienen el procedimiento verbal sumario en única instancia, por lo que no admite el recurso de apelación sobre lo decidido. Tampoco caben las excepciones previas, reformar la demanda, ni las demás garantías procesales a que alude el artículo 440 del código de procedimiento civil. De acuerdo con el aludido precepto, la acción puede intentarse cuando los conflictos tengan origen en el contrato de sociedad o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición. (... .)” . (Destacados fuera de texto).

De la argumentación expuesta por la Corte para declarar la constitucionalidad de las normas demandadas; del análisis realizado por esta Superintendencia al artículo 23 de la Ley 222/95 que consagra los principios de buena fe, la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios con la que deben actuar los administradores de las sociedades comerciales y las actuaciones procesales que deben adelantar quienes consideren lesionados sus intereses patrimoniales por las acciones u omisiones de las funciones a cargo de los administradores de la sociedad, me permito responder los interrogantes planteados de la siguiente manera. 1. Tal como quedo claramente expuesto actuar con la “ diligencia de un buen hombre de negocios” implica para el administrador (Representante legal y miembros de la junta directiva, entre otros) que en el ejercicio de sus funciones debe actuar con el cuidado que un profesional o comerciante pondría en sus propios asuntos, es decir, en el ejercicio de sus actuaciones, gestiones y decisiones debe poner el mayor interés y cuidado posible de manera que ninguna de las gestiones que adelante en nombre de la sociedad viole disposiciones de orden legal, estatutaria o sea contraria a las decisiones adoptadas por los órganos sociales. No obstante que valorar la conducta dolosa o culposa de un administrador

*o establecer juicios de responsabilidad escapan a la competencia asignada a esta Entidad, la sociedad, los asociados o terceros en general están facultados para adelantar la acción de responsabilidad en contra del administrador que con su conducta le ha ocasionado daño a su patrimonio. 2.a). Cuando el Cit. 23 expresa que las actuaciones de los administradores “ ... se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados” , lo hace, en primer lugar, porque en ejercicio del cargo todas las gestiones y actuaciones que adelanten los administradores deben privilegiar los intereses de la sociedad, así se observa no solo en los deberes que de manera general prevé el legislador en el citado artículo 23, sino las contempladas en la ley y/o en los estatutos, y no podría ser de otra manera pues tanto la normatividad societaria como el contrato de sociedad lo que persigue es el normal funcionamiento de la compañía y **para ello se impone que sus administradores obren de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, pues como lo ha anotado la doctrina la gestión de los administradores la desarrollan como gestores de negocios ajenos. Sobre éste último aspecto, recordemos que los administradores cumplen un mandato conferido precisamente por los asociados, de ellos se espera que pongan al servicio de la sociedad sus conocimientos profesionales, técnicos o su experiencia para lograr el éxito de la empresa, en esa medida si la sociedad obtiene resultados positivos redundará en beneficio económico para los asociados, de donde precisamente puede afirmarse que el interés social está por encima de los individuales, de manera que cuando se contrapongan dos interés, es obligación del administradores de la sociedad privilegiar los sociales.***

Así las cosas, resulta inaceptable que habiéndose confiado en cabeza de la Junta Directiva el trazo de las metas a seguir junto con las directrices dadas por la Asamblea de Accionistas, el señor RIVERA, y la señora PINZÓN, hayan eludido con apatía total lo que les fue encomendado. Como bien se señala del texto anteriormente descrito, no se debe probar la culpa, cuando se evidencie someramente el incumplimiento de los estatutos y la ley. Ahora bien, en consecuencia, destaca el Aquo en su fallo, que no se evidencia cual fue la obligación incumplida por parte de los señores mencionados, sin embargo, se observa con sorpresa como la Juez descarga la prueba en la misma sociedad, evidenciando que no solo se encuentra contemplada en los estatutos sino además en la Ley, y de acuerdo con los principios generales del derecho el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento.

De esta manera Señor Magistrado Ponente y señores Sala Civil del Tribunal, es indiscutible la responsabilidad de los aquí demandados sobre el incumplimiento de las funciones plenamente aceptadas con el nombramiento, incumplimiento que a la larga generó un riesgo material enorme para las finanzas de la sociedad KRESTON RM S.A., tanto así que, para la fecha se aceptó por parte de la Corte Suprema de Justicia sala laboral la casación y se le dio trámite a la demanda de casación, es decir que la materialización del riesgo sobre el pago de las supuestas acreencias laborales que alega el señor JUAN JOSE RIVERA fueron desconocidas por la sociedad KRESTON RM S.A., esta más latente que nunca. Por ello con el respeto que me merecen, solicito sea revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad, y despachadas favorablemente las pretensiones incoadas en la demanda y se

condene a los demandados por los perjuicios ocasionados a la sociedad por le negligencia, omisión y dejadez en el cumplimiento de las funciones de miembros de Junta Directiva.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, reading "Ana Elizabeth Castro Florian". The signature is written in a cursive, flowing style.

ANA ELIZABETH CASTRO FLORIAN
CC. 52.881.987 de Bogotá
T.P. No. 140.631 del C.S. de la J.
Correo electrónico ana.cf@kreston.co
Cel: 301 5181052

RM ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

NIT: 901269742-0

Carrera 4 N° 18-50 Torre A Oficina 20-01.

Teléfono: 3115426968

Bogotá D.C.

Honorable Magistrado:

LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Civil

REFERENCIA:	DECLARATIVO – ACCION DE RESPONSABILIDAD SOCIAL.
RADICADO	2018-249 -02
DEMANDANTE	KRESTON RM S.A.
DEMANDADOS:	JEANETTE CONSUELO PINZON FORERO Y OTROS.

Respetado Doctor:

JOSE DAVID RONCANCIO MARÍN, identificado Civil y Profesionalmente como aparece al pie de mi respectiva firma, actuando dentro del proceso de la referencia como apoderado judicial de la señora **JEANETTE CONSUELO PINZON FORERO**, a usted Honorable Magistrado y a su Digna Sala, con el respeto acostumbrado, me permito presentar los siguientes **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** a efectos de que sean tenidos en cuenta al momento de adoptar la decisión de Instancia que corresponda, lo cual dejo plasmado en los siguientes términos:

Para lo que interesa del asunto, se encuentran excluidos del debate, los siguientes aspectos fácticos y probatorios: **(I)** Que mi representada laboró al servicio de la sociedad **KRESTON RM S.A** entre el 1 de febrero de 1994 y hasta el 14 febrero de 2014. **(II)** Que se desempeñó en el cargo de gerente de calidad de la misma sociedad.

Descendiendo al caso materia de examen, tenemos que la acción que invoca la sociedad demandante, se encuentra regulada por el **artículo 25 de la ley 222 de 1995**, y tiene por objeto acudir ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, a efecto de lograr el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el actuar doloso o culposo de los administradores de las sociedades.

No obstante, la responsabilidad de los administradores no es exclusiva de una u otra persona, pues la norma ha establecido que deberá ser solidaria tal y como lo señala el **artículo 200 del Código de Comercio**, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 200. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES: *Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.*

No estarán sujetos de dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

RM ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

NIT: 901269742-0

Carrera 4 N° 18-50 Torre A Oficina 20-01.

Teléfono: 3115426968

Bogotá D.C.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la material. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar” (...) (Negrillas y subrayado fuera del texto original.)

Surtida primera instancia ante la Superintendencia de Sociedades, quedó demostrado que mi representada, no era responsable de las decisiones adoptadas por la sociedad demandante, relacionadas con la fijación de los salarios de los trabajadores, toda vez que del interrogatorio de parte con exhibición de documentos, rendido por el señor **HERNAN MORA MARTINEZ** quedó probado que dentro de las funciones de la junta directiva, contenidas en el **artículo Décimo Quinto** de los **Estatutos de la sociedad**, no se encuentra regulada la de fijar el salario de los trabajadores, ni de los accionistas y que por el contrario, dicha facultad estaba única y exclusivamente en cabeza del señor **MORA MARTINEZ**.

Ello fue ratificado con el interrogatorio de parte absuelto por la señora **NUBIA BARRERA GANTIVA**, quien manifestó que las determinaciones relacionadas con la administración, en su integridad eran producto de las reuniones sostenidas en privado entre la deponente y el señor **MORA MARTINEZ**.

Adicional a lo anterior, resaltó la declarante, que el referido señor **MORA MARTINEZ** se reunía con ella, para adoptar las decisiones de la junta directiva, pues él fungía como presidente y dueño de la empresa, siendo de su resorte tomar las determinaciones económicas del 100% de su compañía.

Resaltó la Señora **BARRERA GANTIVA**, que las políticas salariales de la empresa eran adoptadas con base en un concepto que rendía el Gerente Administrativo y Financiero, el cual se lo remitía a ella, y ésta a su turno, se lo enviaba al Señor **MORA MARTINEZ**, quien era él que impartía aprobación respecto de las escalas salariales de su compañía. (Hora y veintisiete minutos del audio hasta hora y treinta y 33 del medio magnético.)

De lo anterior, es dable concluir que la señora **PINZON FORERO** desconocía por completo las acciones y omisiones en que estaba incurriendo la sociedad **KRESTOM RM S.A** a través de su entonces representante legal y/o gerente, pues nunca expresó su voluntad de

RM ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

NIT: 901269742-0

Carrera 4 N° 18-50 Torre A Oficina 20-01.

Teléfono: 3115426968

Bogotá D.C.

querer ser socia de la compañía, y mucho menos querer hacer parte de la junta directiva, simplemente confió en la buena fe de las decisiones que tomaba el señor **HERNAN MORA MARTINEZ**, máxime que estaba de por medio la amistad, cercanía profesional y subordinación laboral que ejercía sobre ella.

Por lo anterior solicito a esa Honorable Colegiatura, se sirva confirmar el fallo impugnado, proveyendo lo pertinente en costas, toda vez que la apelación no cuenta con argumentos jurídicos para quebrar la Providencia emitida por la Superintendencia de Sociedades.

Del Honorable Magistrado Ponente y su Digna Sala.

Atentamente:



JOSE DAVID RONCANCIO MARÍN

C.C. N°80.112.290 de Bogotá

T.P N° 210.718 del C. S de la J.

Señores

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA –

SALA CIVIL- FAMILIA

ATT. H. MAGISTRADO PONENTE Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E. S. D.

REF : Proceso de Impugnación de actos de Asamblea o Junta de Socios de “DESARROLLOS INMOBILIARIOS GIRADI S.L.” contra “CONSTRUCTORA VIZKAYA TOLIMA S.A.S.”. Rad.No. 11001319900220190030101.-

JOSE DAVID RODRIGUEZ B., en mi condición de Apoderado de la parte Demandante, con el debido respeto y consideración al Honorable Magistrado Ponente, me permito presentar mi alegato de sustentación del recurso de apelación que formulé ante la Superintendencia de Sociedades frente al fallo adverso que se emitió contra mi representada, desestimando las pretensiones de la demanda.

Esta sustentación la hago bajo dos pilares procesales:

1.- La demanda de impugnación de los actos de la Asamblea o Junta de Socios de la sociedad Constructora Viskaya S.A.S., tenía como pretensiones principales las siguientes:

a.- La nulidad de las decisiones tomadas en la Asamblea Extraordinaria de la sociedad demandada realizada el día 12 de Junio de 2019.

b.- Dejar sin valor ni efecto las decisiones tomadas en esa Asamblea Extraordinaria.

c.- Que se le ordenara al representante legal de la sociedad demandada revertir las decisiones adoptadas en esa reunión.

Como hechos fundamentales de la demanda se esgrimieron los siguientes:

a.- Que en la reunión ordinaria de la Asamblea realizada el día 28 de Marzo/19, el Sr. Jon Ardeo Pérez, en su condición de representante legal de la sociedad demandante ""Desarrollos Inmobiliarios Giradi S.L.", presentó unas objeciones al informe del Gerente de Vizkaya S.A.S. y a los Estados Financieros, objeciones que formuló por escrito y que tenían mucho que ver con el manejo de dineros de la sociedad demandada, sirviendo como ejemplo que encontró una certera vencida de más de un año sin ningún movimiento de \$5.300.000.000, que denotaba en primer lugar una labor ineficiente del Gerente y por otra parte una pésima administración en la recuperación de esos dineros, lo cual iba en detrimento de la sociedad Vizkaya S.A.S. y por ende de sus accionistas, más exactamente de Gidari S.L.

El Sr. Ardeo Pérez solicitó que ese escrito quedara transcrito en el Acta de esa Asamblea, presagiando la posibilidad de una demanda posterior.

Como se puede advertir de lo antes dicho, no se trataba de una simple postura personal del representante legal de Gidari S.L., sino de unas verdaderas objeciones o inconformidades con la gestión gerencial y un inocultable descuido en el manejo de los dineros de la sociedad, al mantener una cartera tan alta, sin ningún movimiento o acción para su recuperación.

El mismo Sr. Ardeo quedó facultado para elaborar el Acta de aquella reunión, pero por razones de tiempo e inconvenientes en la transcripción de lo allí discutido, no pudo llevar a tiempo esa Acta. Entretanto, el Gerente de la sociedad demandada, Sr. Héctor Díaz Molano, que a su vez es socio de Viskaya S.A.S. encargó a la Sra. Contadora de la sociedad de elaborar dicha Acta, la cual una vez presentada por la mencionada empleada ,tenía muchas falencias, especialmente porque no se habían transcrito las objeciones presentadas por el Sr. Ardeo frente a la gestión Gerencial y al manejo de los dineros, como ya quedo expuesto.

b.- Que el día 5 de Junio de 2.019, se convocó a Asamblea Extraordinaria de la sociedad Viskaya S.A.S., en cuyo orden del día se incluyó el punto de la aprobación del Acta anterior, es decir la del 28 de Marzo/19.

Pero frente a las objeciones ya comentadas, el representante legal Sr. Díaz Molano dió unas explicaciones baladíes sobre su gestión gerencial e inclusive presentó una reducción de la cartera a solo \$1.800.000.000, lo que confirmó

indubitablemente que si había errores en los Estados Financieros, además de desaparecer unas cuentas sin ningún respaldo contable. Ese tejemaneje lo urdió el Gerente con la Contadora y el mismo Revisor Fiscal, pero no satisfizo las dudas del Sr. Ardeo, dado el corto tiempo de que dispuso para estudiar la nueva situación contable de la empresa demandada frente a los ajustes hechos por la Gerencia.

A pesar de la no respuesta concisa, concreta y verdadera sobre las objeciones del Sr. Ardeo, los otros socios de Viskaya S.A.S. , Sres. Héctor Díaz Molano y Fabio Morales Restrepo aprobaron el Acta del 28 de Marzo/19, atropellando los derechos de la sociedad Giradi S.L. de aclarar los Estados Financieros y las observaciones a la gestión del Gerente-socio. Es de aclarar que todos los socios poseen el mismo número acciones en Viskaya S.A.S., en una proporción del 33.33% cada uno.

c.- Sin adentrarnos en el grado de amistad que tienen el socio-gerente Sr.- Díaz Molano y el Sr. Morales Restrepo, entre los dos impusieron su voluntad en la aprobación del Acta del 28 de Marzo/19, lo que a juicio de los más encumbrados doctrinantes del derecho comercial constituye un abuso del derecho en el voto de las mayorías. Aún más, cuando el ejercicio del voto estuvo en cabeza del socio-gerente Sr. Díaz Molano, cuyo desempeño gerencial había quedado en entredicho por las objeciones formuladas por el Sr. Ardeo y también porque los estados financieros no habían sido debidamente corregidos. Y cómo una sociedad con un capital representativo importante, deja dudas en la conformación de su contabilidad y de su estado financiero, siendo que esas dudas, de ser ciertas, llevan directamente al detrimento patrimonial de los socios, en este caso específico de la sociedad Giradi S.L.

Por eso todo el andamiaje jurídico de la discusión se centra en el abuso del voto de las mayorías y no de la legalidad de la Asamblea Extraordinaria, ni mucho menos de su convocatoria, como lo han hecho creer tanto el Apoderado de la parte demandada, como la misma Superintendencia de Sociedades al emitir el fallo recurrido.

La causal para apuntalar la nulidad de lo actuado en esa Asamblea Extraordinaria, más exactamente con relación a la aprobación del Acta del 28

de Marzo/129, es la consagrada en el Artículo 43 de la Ley 1258 de 2.008, que regula precisamente el caso del abuso del derecho de las mayorías en las Asambleas o Junta de Socios, en tratándose de las sociedad por acciones simplificadas.

El Sr. Ardeo, en sus observaciones frente al Acta de la reunión del 28 de Marzo/19, concluyó: 1) Que el Acta no fue redactada por la persona encargada por la Asamblea de su elaboración. 2) Que el acta presentada en la reunión del 12 de Junio no contenía la transcripción de las objeciones formuladas por el representante legal de Gidari S.L. 3) Que dicha acta recoge una versión distorsionada de lo realmente ocurrido en esa Asamblea ordinaria, buscando favorecer los intereses de los accionistas mayoritarios y en especial al socio-gerente.

Ahora bien: Con la aprobación de esa Acta, la del 18 de Marzo/19, por los socios Díaz Molano y Morales Restrepo, el primero de los cuales votó su propia gestión y sus propios estados financieros, constituye un evidente caso de abuso del derecho de las mayorías en beneficio de un socio, para esconder o tapar una mala administración o un manejo irregular de los dineros de la sociedad que él administra.

En este caso es bueno recordar el contenido del Art. 420, numeral 6º. del Código de Comercio, que establece que los accionistas tienen la obligación de adoptar decisiones en interés de la sociedad, lo que conlleva el deber de abstenerse de tomar decisiones en favor de sus intereses personales.

Otra norma de especial relevancia en este asunto es la consagrada en el Art. 185 del Estatuto Comercial, modificado por el Art. 18 de la Ley 22 de 1.996, que preceptúa que los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, ASI COMO TAMPOCO PODRAN VOTAR LOS BALANCES Y CUENTAS DEL FIN DE EJERCICIO NI LAS DE LIQUIDACIÓPN. (mayúsculas fuera de text

Finalmente y como lo expresé en los reparos que le hice al fallo de fondo, en la interposición del recurso de apelación, se hizo un “pobre” y casi imperceptible análisis de la teoría del abuso del derecho del voto de las mayorías, que era el epicentro de este litigio, porque la nulidad invocada en la demanda era la de la norma especial del Art. 43 de la Ley 1258 ya citada, pero no de las nulidades establecidas por el Art. 190 del Código de Co., menos aún por las consagradas en el Art. 899 ibídem.

Para terminar, Honorable Magistrado, a la sentencia apelada le faltó congruencia, pues se limitó a analizar la parte de la legalidad de las reuniones de las Asambleas Ordinaria y Extraordinaria del 28 de Marzo y 12 de Junio de 2019, pero no se estudió a fondo el asunto central del litigio, que era el abuso del derecho del voto de las mayorías en la Asamblea del 12 de Junio de 2019. En este aspecto salta a la vista el Art. 281 del C. G. P., cuando preceptúa que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda o con las excepciones planteadas por la parte demandada.

En estas simples consideraciones fundamento o sustento el recurso de apelación que ha llevado este proceso a su Despacho, rogándole al H. Magistrado Ponente aceptar mis argumentos para revocar la sentencia proferida por la funcionaria de la Superintendencia de Sociedades, dictando la que en derecho corresponda.

En escrito aparte presento ante el Despacho incidente de interrupción del proceso a partir del 24 de agosto pasado, en razón de encontrarme hospitalizado en el Hospital “Federico Lleras Acosta” de Ibagué, hasta el día 28, inclusive, es decir, dentro del término para la sustentación de este recuso.

Con toda consideración,

JOSE DAVID RODRIGUEZ BARRERO

T.P. #11.677 CONSJ. SUP. JUD.

Apoderado Parte Demandante

De la demanda y con las excepciones planteadas por la p
Arte demandada

retenciones de la demanda y con las excepciones demostradas en el proceso.

e

tar mis argumentos con respecto al recurso de apelación que interpuse ante la Superintendencia de Sociedades por la sentencia adversa que se profirió allí en contra de mi representada.

Magistrada Clara Inés Márquez Bulla
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil
E. S. D.

Ref.: Proceso verbal de Farma de Colombia SAS y José Harold Karan Rozo contra HDI Seguros de Vida S.A.

Rad. 12-2018-0698-02

Asunto: Recurso de apelación

Jorge Iván Valencia Mora, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía número 80.198.935 de Bogotá, abogado en ejercicio, con tarjeta profesional número 166.527 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de la sociedad Farma de Colombia SAS ("Farma") y del Señor José Harold Karan Rozo ("José Karan") (denominados conjuntamente los "Demandantes"), de conformidad con el poder que obra en el expediente, en atención a lo dispuesto en el auto de fecha 8 de septiembre de 2020, notificado por estado de 9 de septiembre de 2020, en el cual el Tribunal Superior concedió el término de cinco (5) días hábiles para sustentar el recurso de apelación, so pena de declararlo desierto, dentro del término legal correspondiente, me permito sustentar dicho recurso en los siguientes términos:

1. Objeto del recurso

El presente recurso tiene por objeto que se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá el pasado 4 de junio de 2020 (la "Sentencia") y, en su lugar, se declaren probadas todas las pretensiones contenidas en la demanda presentada por los Demandantes.

2. Ámbito de la controversia

2.1 Antecedentes

El vínculo jurídico que existió entre Generali Colombia Vida Compañía de Seguros S.A. (en adelante "Generali"), hoy HDI Seguros de Vida S.A. ("HDI"), y Farma inició en el año 2007 con la celebración de un contrato de seguro de vida grupo identificado con el No. 4001015 (en adelante "la Póliza"), la cual tenía como objeto cobijar a los empleados de Farma durante su vigencia.

Desde ese entonces (año 2007) y hasta el año 2016, la Póliza se venía renovando en agosto de cada anualidad. Es importante señalar que este hecho es reconocido por HDI en una comunicación del 7 de noviembre de 2017 que se encuentra a folios 147 a 149 del expediente.

La Póliza fue renovada por Generali, hoy HDI, para la vigencia del año 2016 al 2017. Para la vigencia del año 2016 al 2017 la renovación se identificaba con No. 4002048 (en adelante "la póliza No. 4002048").

La póliza No. 4002048 le fue entregada a Farma el 22 de agosto de 2016, a través del corredor de seguros Delima Marsh. Según la carátula de la póliza No. 4002048, **la vigencia del seguro iba del 1 de agosto de 2016 al 1 de agosto de 2017.**

Para la fecha de renovación de la póliza No. 4002048 en la anualidad 2016-2017, José Harold Karan Rozo era (y sigue siendo) Gerente de Farma y, por lo tanto, un empleado cubierto por la póliza de seguro de vida grupo contratada con Generali, hoy HDI. En otras palabras, Farma es el tomador de la póliza No. 4002048 y José Harold Karan Rozo, en su calidad de empleado de Farma, uno de los asegurados y beneficiarios de dicha póliza.

La póliza No. 4002048 establecía que el pago de la prima por parte de Farma debía realizarse, en principio, 45 días después de la fecha de vigencia de la póliza No. 4002048, es decir a más tardar el 15 de septiembre de 2016. Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 1152 del Código de Comercio, disposición especial para los contratos de seguro de vida, la terminación del contrato de seguro ocurre si no se realiza el pago de la prima dentro del mes siguiente a la fecha del vencimiento del pago. En este caso, el 15 de octubre de 2016.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la ley otorga un periodo adicional de un mes después del vencimiento del plazo para el pago de la prima, para que el asegurado lo realice. Por lo tanto, no sería sino después de pasado este mes que, en caso de no realizar el pago, el asegurado incurriría en mora y el contrato de seguro se entendería terminado.

El día 9 de octubre de 2016, tuvo lugar un siniestro cobijado por la póliza No. 4002048. José Harold Karan Rozo, Gerente de Farma, sufrió un infarto al miocardio (en adelante "el siniestro").¹ Dicho hecho fue aceptado por HDI en el numeral 2.10 (página 3) de la contestación de la demanda.

Por medio de correo electrónico del 24 de octubre de 2016, Delima Marsh envió a Farma la lista de documentos necesarios para hacer efectivo el amparo del siniestro bajo la póliza No. 4002048.

Mediante correos electrónicos del 27 y 31 de octubre de 2016, días después de que Farma le había informado a Delima Marsh del siniestro, Delima Marsh le informó a Farma que se encontraba en mora en el pago de la prima. Así mismo, señaló que como consecuencia de la mora, la póliza No. 4002048 podría ser cancelada.

Farma realizó el pago de la prima de la de la póliza No. 4002048 directamente a HDI, mediante el código de barras incluido en la póliza. Resulta de enorme importancia resaltar que HDI mantuvo activo el código de barras para el pago, no repudió el pago de la prima ni la devolvió a mi representada, y solo se pronunció sobre ello cuando se le formuló el reclamo formal por el siniestro.

Como consecuencia del siniestro, el 1 de febrero de 2017 Farma presentó una reclamación a Generali, hoy HDI, solicitando el pago del siniestro ocurrido bajo la póliza No. 4002048. De acuerdo con la póliza No. 4002048, el plazo para el pago del siniestro es de 30 días, según las condiciones generales, contados a partir de la fecha en que se haya formalizado la reclamación. Es decir, el plazo para el pago del siniestro por parte de Generali, hoy HDI, se entendió vencido el 1 de marzo de 2017.

El 24 de marzo de 2017, Generali, hoy HDI, dio respuesta a la reclamación de Farma, manifestando que no es posible atender favorablemente la solicitud, toda vez que la póliza No. 4002048 estuvo vigente hasta el 1 de agosto de 2016. Frente a esto es importante señalar que **la terminación del contrato de seguro no es retroactiva**, por lo que resulta equivocado que Generali, hoy HDI, afirme que la cancelación de la póliza No. 4002048 tuvo lugar a partir del 1 de agosto de 2016.

2.2 La sentencia apelada

El Juez 12 Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia de primera instancia el pasado 4 de junio de 2020.

De acuerdo con el Juzgado, para que pueda prosperar una demanda declarativa de cumplimiento contractual se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) la existencia de un contrato bilateral, (ii) el cumplimiento de las obligaciones por parte del demandante y (iii) el incumplimiento de las obligaciones del demandado.

De acuerdo con lo anterior, el Juzgado señaló que en el presente caso no se cumple el tercero de los requisitos listados, pues no se puede predicar el incumplimiento de HDI de su obligación de pagar la

¹ Por favor remitirles a los siguientes anexos de la demanda los cuales demuestran este hecho: i) Anexo ix: Correo electrónico del 24 de octubre de 2016 mediante el cual Delima Marsh envió a Farma la lista de documentos necesarios para hacer efectivo el amparo del siniestro bajo la póliza No. 4002048; ii) Anexo x: Certificado laboral del Señor José Harold Karan Rozo del 9 de octubre de 2018; iii) Anexo xi: Historia clínica del Señor José Harold Karan Rozo del 9 de octubre de 2016.

prestación asegurada una vez ocurrido el siniestro, pues este compromiso se encontraba condicionado al cumplimiento de Farma de su obligación de pagar la prima, lo que no ocurrió oportunamente.

Por último, el Juez señaló que no se puede concluir de la comunicación del 11 de noviembre de 2016, surgida entre funcionarias de HDI y la corredora de seguros Delima Marsh, que se hubiera concedido una prórroga para el pago de la prima a favor de Farma.

Lo anterior llevó al Juez de primera instancia a negar todas las pretensiones de la demanda presentada por Farma y José Karan.

3. Consideraciones frente a la decisión del Juzgado de primera instancia

La sentencia de primera instancia debe ser revocada íntegramente por el H. Tribunal, en síntesis, porque fundamenta en un supuesto de hecho errado: que Farma y HDI celebraron por primera vez el contrato de seguro vida grupo en el año 2016, sin tener en cuenta que este se celebró por primera vez en el año 2007 y se venía renovando anualmente hasta el 2016, para la vigencia 2016-2017. Al entender el Juez que el contrato se celebró por primera vez, consideró que no se había pagado la primera prima y, por lo tanto, no podía entenderse que estuvo vigente el contrato. Contrario a lo concluido por el Juez, el contrato de seguro se celebró por primera vez en 2007 y la primera prima fue pagada en ese mismo año, y su vigencia venía renovándose año a año hasta 2016, para la vigencia 2016-2017. Por lo tanto, el fundamento de la sentencia apelada (que el contrato se celebró por primera vez en 2016) no se corresponde con la realidad y, en esa medida, la sentencia debe ser revocada.

3.1 El único fundamento jurídico de la Sentencia no es aplicable al caso concreto

El fundamento de la Sentencia para negar las pretensiones es que no se cumplen los requisitos para iniciar una demanda de cumplimiento contractual. Lo anterior, debido a que no se puede predicar el incumplimiento de HDI de su obligación de pagar el siniestro, pues este compromiso se encontraba condicionado al cumplimiento de Farma de su obligación de pagar la primera prima, lo cual no ocurrió oportunamente.

Para fundamentar esta conclusión, el Juez citó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2008. Esta sentencia de la Corte no es aplicable al caso concreto, porque en ella la Corte resolvió un problema jurídico diferente al que nos ocupa. La Corte resolvió el problema jurídico de cuándo surge la cobertura de un seguro de vida cuando se celebra por primera vez dicho contrato, resolviendo que este surge cuando se paga la prima o la primera cuota de esta. Sin embargo, en este caso no se discute la vigencia de la cobertura del seguro cuando se **celebra** por primera vez, sino cuándo **cesa la cobertura** de un contrato de seguro celebrado con anterioridad. Los supuestos de hecho son, por tanto, completamente diferentes y la decisión de la Corte Suprema en la sentencia referida **no** contiene la solución del caso que nos ocupa.

Específicamente el caso que resolvió la Corte Suprema se refiere a un tomador de un seguro de vida individual, el cual fue adquirido el 22 de mayo de 2003. El tomador de la póliza falleció en la misma fecha en la que gestionó la expedición del seguro, por lo que días después, la esposa presentó la correspondiente reclamación a la aseguradora. No obstante, dicha gestión se vio frustrada toda vez que Generali, hoy HDI, (demandado en el caso que resolvió la Corte en esa oportunidad) manifestó que el seguro exigido no existía, pues solo se había diligenciado una solicitud de aseguramiento e ignoró el hecho de que ya se había realizado el pago de la primera cuota de la prima. Teniendo en cuenta lo anterior, lo que se discute en dicha sentencia es si estaba vigente o no (al momento de la muerte del tomador) la póliza de vida, teniendo en cuenta que las partes no habían establecido expresamente su vigencia.

La Corte Suprema de Justicia fundamentó su sentencia, al igual que el *a quo*, en el artículo 1151 del Código de Comercio, el cual señala que: "*Cuando el asegurado no pague la primera prima o la primera cuota de ésta, no podrá el asegurador exigir judicialmente su pago; pero tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos efectuados con miras a la celebración del contrato.*" (Énfasis agregado).

De acuerdo con el artículo en mención, la Corte Suprema de Justicia concluyó que el **inicio** de la vigencia del contrato de seguro de vida pende del pago de la **primera** prima por parte del tomador. En ese sentido, la Corte señaló que: "A contrario sensu, solamente a partir del momento en el que la aseguradora recibe la solución de la primera prima o de la primera cuota de esta cobra vigencia efectiva el aludido seguro."

El artículo 1151 del Código de Comercio regula los casos en los que se está en presencia de un contrato de seguro de vida adquirido por primera vez y del momento en que su vigencia inicia, más no de aquellos supuestos en los que existe un contrato de seguro de vida vigente y debe resolverse cuándo **finaliza** la cobertura de dicho seguro cuando se está en proceso de **renovación** del mismo por un año más.

El presente caso gira entorno a la Póliza durante la vigencia 2016-2017, la cual se renovó por décima vez bajo el número 4002048. Para dicha anualidad, la vigencia de la póliza No. 4002048 era del 1° de agosto de 2016 al 1° de agosto de 2017. De hecho, esto es reconocido por HDI en una comunicación del 7 de noviembre de 2017, la cual obra a folios 147 y 149 del expediente, en donde HDI reconoce que Farma renovó durante 10 años la póliza con Generali. Al respecto, HDI señaló en la comunicación:

*"1. En efecto, Farma de Colombia S.A.S., **ha venido renovando con nuestra Compañía, una póliza de seguro de Vida Grupo, durante los últimos diez (10) años.**"* (énfasis añadido).

Es claro entonces que entre Farma y HDI ha existido una única póliza de seguro de Vida Grupo, la cual estuvo vigente desde el 1° de agosto de 2007 hasta el 1° de agosto de 2017, como ha sido reconocido por el mismo HDI. En esta Póliza año a año se repetían los elementos esenciales del contrato de seguro, a saber: (i) las mismas partes del contrato; (ii) el mismo interés asegurable; (iii) el mismo riesgo asegurable; (iv) una prima o precio del seguro que fue ajustado de conformidad; y (v) la misma obligación condicional del asegurador².

Prueba de lo anterior, es que el demandado ha admitido en diferentes ocasiones que la Póliza es una sola y que ha sido renovada en varias ocasiones, veamos:

- La comunicación ya citada del 7 de noviembre de 2017: "*1. En efecto, Farma de Colombia S.A.S., **ha venido renovando con nuestra Compañía, una póliza de seguro de Vida Grupo, durante los últimos diez (10) años.**"* (énfasis añadido).
- El descorre de HDI al recurso de apelación: "*Corolario de lo anterior, debe resaltarse **que el simple hecho de que la póliza se haya renovado en varias ocasiones, en donde algunas de ellas hubo pago extemporáneo de la prima pactada en el contrato de seguro y por voluntad de la aseguradora no se procedió con la cancelación de la póliza, (...)**"* (énfasis añadido).
- Nuevamente el descorre de HDI al recurso de apelación: "*Sin embargo, en razón a la aludida relación comercial sostenida, se concedían días de gracia a pesar de ya haber incurrido en mora en el pago de la prima, **accediendo motu proprio a que la vigencia fuera renovada**"* (énfasis añadido).
- Otra vez en el descorre de HDI al recurso de apelación: "*El plazo pactado para el pago de la prima se encuentra dispuesto en cada **renovación** y era ampliamente conocido por las partes*" (énfasis añadido).

Teniendo en cuenta lo anterior, el fundamento utilizado por el Juzgado en la Sentencia no es aplicable al caso concreto pues estamos en presencia de un contrato de seguro de vida que estuvo vigente 10 años, y no de un contrato recién celebrado en el cuál se esté pagando la prima o cuota inicial de esta por primera vez. Por el contrario, en el presente caso la primera prima se pagó en el año 2007, fecha desde la cual el contrato de seguro estuvo vigente y se renovó año a año, incluido para la vigencia 2016-2017.

Ya una vez aclarado que el artículo 1151 del Código de Comercio no es aplicable al caso concreto, el H. Tribunal debe tener en cuenta que al momento en que ocurrió el siniestro bajo la póliza No. 4002048, es decir el 9 de octubre de 2016, la póliza No. 4002048 estaba vigente. Lo anterior, teniendo en consideración que (i) la prima debía pagarse 45 días después del inicio de la vigencia, es decir, a más tardar el 15 de

² Código de Comercio, artículo 1045.

septiembre de 2016, y (ii) que conforme al mandato del artículo 1152 del Código de Comercio³, norma especial aplicable a todo seguro de vida, el plazo para el pago de la prima se extiende hasta por un mes adicional, lo cual se ha denominado "periodo de gracia", es decir hasta el 15 de octubre de 2016. De hecho, estas circunstancias fueron reconocidas por HDI durante el proceso, así como por el Juzgado en la Sentencia. Al respecto la Sentencia señala:

*"Como ya se advirtió **las partes están de acuerdo en que el término para pagar la prima por haberse pactado a 45 días vencía el 15 de septiembre de 2016, así mismo por expresa disposición normativa, concretamente del art. 1152 del C. de Co. el tomador cuenta con un término de un mes adicional al inicialmente pactado para su pago so pena de que se produzca la terminación del contrato, término adicional que para este caso vencía el 15 de octubre de 2016, fecha ésta en la que no se acreditó que se haya dado cumplimiento a esta obligación por parte de la demandante, pues ese pago de la prima se efectuó hasta el 15 de noviembre de 2016, por ende, que no puede tenerse por cumplida oportunamente esa obligación a su cargo.**"* (Énfasis agregado).

La aplicación del artículo 1152 del Código de Comercio ha sido analizado en reiterada jurisprudencia, así como por la doctrina colombiana. De hecho, el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, se ha pronunciado al respecto en providencias de 25 de febrero y 12 de junio de 2008, citadas en la demanda, así como en la sentencia del 28 de febrero de 2014, en la cual analizó un caso similar al que nos ocupa y dejó claro que durante el mes de gracia otorgado al tomador de la póliza para realizar el pago de esta, la póliza **mantiene su vigencia técnica**. Al respecto, el H. Tribunal señaló:

"Debe recordarse que el artículo 1152 del Código de Comercio, consagra una regla especial para la terminación del contrato de seguro de vida por el no pago de la prima, que no puede confundirse con la regla general contenida en el artículo 1068 ibídem, y como ha reconocido la doctrina, esa regla especial del 1152 "agrega un plazo adicional (plazo de gracia) que es un (1) mes y que corre desde la fecha de cada vencimiento y durante el cual, como es obvio, el seguro conserva su vigencia técnica" (Efrén Ossa Gómez. Teoría general del seguro, tomo II-el contrato, Bogotá, editorial Temis, 1991, pág. 407). Tesis que también reitera Andrés E. Ordóñez Ordóñez, cuando comenta que en el seguro de vida, según el citado artículo 1152, hay unas reglas de preservación del contrato, entre las cuales destaca "un término de gracia que se extiende por treinta (30) días posteriormente a la ocurrencia de la mora, dentro del cual se prolonga la vigencia del contrato" (Lecciones de derecho de seguros No. 1, Univ. Externado de Colombia, 2001, pág. 33)⁴

De lo anterior, es claro entonces que la ley otorga un periodo adicional de un mes después del vencimiento del plazo para el pago de la prima, para que el asegurado lo realice. Por lo tanto, no sería sino después de pasado este mes que, en caso de no realizar el pago, el asegurado incurriría en mora y el contrato de seguro se entendería terminado. **Es decir, cómo lo señala en H. Tribunal, durante este plazo de gracia, el seguro conserva su vigencia técnica.**

Así mismo, en sentencia posterior, el H. Tribunal se pronunció una vez más al respecto y señaló que en caso de que el tomador no pague la prima de la póliza durante el plazo de gracia y cómo consecuencia se termine el contrato de seguro de vida, esta terminación únicamente producirá efectos hacia el futuro. Al respecto, la sentencia señala:

"Sobre la terminación del contrato de seguro a raíz de la mora en el pago de la prima, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que "emerge como una consecuencia adversa para el tomador o asegurado en el caso específico en que se haya incumplido con la obligación de cancelar tempestivamente la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, y determina inexorablemente que de manera automática - por ministerio de la ley - cesen hacia el futuro los efectos del negocio jurídico, sin que sea necesaria la intervención

³ C. de Co. "Art. 1152.-Salvo lo previsto en el artículo siguiente, el no pago de las primas dentro del mes siguiente a la fecha de cada vencimiento, producirá la terminación del contrato sin que el asegurador tenga derecho para exigir las."

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 12 de junio de 2008, Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia del 25 de febrero de 2008, Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila.

*de la voluntad de las partes, ni la declaración judicial de tal fenómeno".*⁵ (Subrayado y negritas fuera del texto).

En el escrito de HDI que descurre al recurso de apelación de la referencia, señala que el periodo de un mes del artículo 1152 del Código de Comercio fue ampliado por las partes de 30 a 45 días, por lo que no se podría sumar 30 días adicionales a los 45 días pactados por las partes. Este argumento es equivocado, pues HDI confunde la fecha de vencimiento del pago del artículo 1151 del Código de Comercio, con el periodo de gracia del artículo 1152 del mismo cuerpo normativo. Esto se demuestra por el hecho de que el pago de la póliza es de 45 días después de la fecha de vigencia de la póliza, es decir, es el plazo de vencimiento del pago, mientras que, por otro lado, el plazo de un mes del artículo 1152, se activa una vez haya vencido la fecha de pago. Dado que los supuestos de hecho que dan inicio a cada uno de los plazos son diferentes, no pueden confundirse ambos plazos, como propone HDI. En este sentido, en el peor de los escenarios, hasta el 15 de octubre de 2017 la Póliza se encontraba vigente y debe recordarse que los efectos de terminación de una póliza de seguro son a futuro, por lo que cubriría, sin lugar a duda, el siniestro ocurrido del 9 de octubre de 2016.

Por otra parte, tratándose de seguros que se renuevan anualmente de forma automática, el doctrinante Hernán Fabio López expresa que cuando la compañía de seguro remite la póliza renovada, ello constituye una oferta mercantil en firme, de suerte que, si se presenta un siniestro antes del pago y aceptación por parte del tomador, la aseguradora está en la obligación de pagar la indemnización:

"Ahora bien, si durante la renovación aún no aceptada se produce un siniestro, creo que hay lugar a cubrirlo, pues las características de la oferta (no otra cosa viene a ser el documento de renovación mientras no se acepte expresa o tácitamente) no limitan el momento de la aceptación de aquella y obligan a quien la hace.

*Por consiguiente, si el tomador o asegurado manifiesta que está de acuerdo en contratar, se retrotraen los efectos del seguro a la iniciación de la vigencia de la renovación, se causa la prima y hay lugar a reclamar el pago del siniestro; solución que, además, se ajusta a la práctica cotidiana, ya que por la modalidad que ha impuesto el uso de computadores en el mercado de seguros, se tiene que el asegurado podrá alegar con muy buen fundamento que él aceptó el contrato, que no había pagado la prima por estar dentro de oportunidad para hacerlo, pero que esa no es circunstancia que justifique suprimir la operancia del amparo en razón de que no operó la cancelación unilateral del contrato."*⁶ (Resaltado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro entonces que (i) la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2008 traída a colación por el Juzgado como fundamento de la Sentencia no es aplicable al caso concreto, por lo que póliza No. 4002048 sí estaba vigente al momento de la ocurrencia del Siniestro, pues su vigencia no dependía del pago de la prima por parte de Farma, y (ii) durante el plazo de gracia otorgado por la ley a los tomadores, el seguro conserva su vigencia técnica, por lo que en el presente caso al momento de la ocurrencia del siniestro el 9 de octubre de 2016, la póliza No. 4002048 estaba vigente.

3.2 En caso de que el H. Tribunal consideré que el artículo 1151 del Código de Comercio es aplicable al caso concreto, debe tener en cuenta que Farma y HDI pactaron expresamente la vigencia de la póliza No. 4002048

La Corte Suprema de Justicia señaló en la sentencia del 16 de diciembre de 2008, utilizada por el Despacho como fundamento de la Sentencia, que se debe diferenciar la vigencia formal de un contrato de seguro de vida de la vigencia técnica. La vigencia técnica es aquella que tiene lugar cuando se entiende que ha iniciado el amparo del riesgo a cargo del asegurador. De acuerdo con la sentencia, la vigencia técnica inicia en la fecha en la que las partes del contrato lo establecen expresamente, o en defecto de dicho pacto, por disposición legal. Para el presente caso, según el Juzgado, esta vigencia técnica tiene lugar por aplicación del artículo 1151 del Código de Comercio. Al respecto, la sentencia señala:

⁵ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 28 de febrero de 2014, Magistrado Ponente: Germán Valenzuela Valbuena.

⁶ LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. Dupré Editores. Bogotá D.C. 2004. Pp. 96-97.

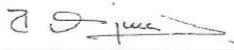
Mientras que el primer evento (vigencia formal) acaece de manera concomitante al momento en que el contrato de seguro se perfecciona, esto es, cuando nace a la vida jurídica, en la medida que en su formación los estipulantes se avinieron a las exigencias legales previstas para tal efecto (arts. 1036 y ss idem), **la segunda, o sea, la vigencia técnica, real o efectiva, sobreviene cuando tiene lugar, ciertamente, el inicio del amparo del riesgo a cargo del asegurador, aspecto que se define ante dos hipótesis: a) la concertación expresa sobre el particular por parte de los interesados; y, b) en defecto de ella, la disposición legal, ya involucre la aplicación de una regla general (art. 1057) ora especial (arts. 1118, 1711, 1151 idem);** sea como fuere, lo cierto es que esta especie de eficacia puede o no concurrir con el perfeccionamiento del negocio, o sea, su vigencia formal; empero, atendiendo las circunstancias especiales que rodean el seguro sobre la vida, claro resulta, hay que decirlo de una vez, que cuando los contratantes no acuerdan, como aquí aconteció, según lo discurrido en la sentencia censurada y la demanda de casación presentada, fecha alguna que diera inicio al riesgo, no es el artículo 1057 del C. de Co, la regla jurídica conforme a la cual deba definirse la referida cuestión.

En el presente caso ninguna disposición del Código de Comercio, en particular el artículo 1151, debería entrar a suplir la intención de Farma y HDI en lo que respecta a la vigencia de la póliza No. 4002048. Lo anterior, debido a que las partes pactaron dicha vigencia expresamente. El Anexo 5 de la póliza No. 4002048 señala que la póliza fue expedida el 12 de agosto de 2016 y **la vigencia del seguro iría del 1 de agosto de 2016 al 1 de agosto de 2017**. Al respecto, el Anexo 5 señala:

NIT 860.010.170-7				
REFERENCIA 010004061887-45	SUCURSAL BOGOTÁ VIDA	CERTIFICADO DE RENOVACION CON COBRO DE PRIMA - ANTI	POLIZA No. 4002048	ANEXO No. 5
TOMADOR FARMA DE COLOMBIA S A S		NIT 860.009.397-1		
DIRECCION CR 14 NO 94 65 PISO 5		CIUDAD BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL		TELEFONO 6447600
ASEGURADOS: EMPLEADOS AL SERVICIO DEL TOMADOR				
BENEFICIARIOS: LOS DESIGNADOS POR EL ASEGURADO O LOS DE LEY				
FECHA DE EXPEDICION (d-m-a)	VIGENCIA SEGURO		PERIODO COBRO	
12 / 08 / 2016	DESDE LAS 24 HORAS (d-m-a) 01 / 08 / 2016	HASTA LAS 24 HORAS (d-m-a) 01 / 08 / 2017	DESDE (d-m-a) 01 / 08 / 2016	HASTA (d-m-a) 01 / 08 / 2017
INTERMEDIARIO DELIMA MARSH SA	RAMO VG	%COMIS. 21.00	VALOR 4,143,227.49	%PARTIC. 100.00
		COMPAÑIA COASEGURO CEDIDO % PARTICIPACION		
INFORMACION DEL RIESGO				

RITE POR NINGUN CONCEPTO - RESPONSABLE (V.A. REGIMEN COMUN)

Así mismo, es importante resaltar que el Anexo 5 de la póliza No. 4002048 señala que la simple mora en el pago de la prima, produce la terminación automática del contrato y **dará derecho a HDI para exigir el pago de la prima devengada**. Esto mismo, fue confesado por HDI en su contestación en el hecho 2.8 y en una de sus excepciones (pág. 8 de la contestación), al señalar que tenía derecho a la prima devengada antes de la terminación. Es claro entonces que ningún sentido tendría que HDI devengara una prima si no hubiera asumido los riesgos de la póliza antes de su terminación, como lo sería un siniestro dentro de esa vigencia temporal. Al respecto, el Anexo 5 señala:

<p>GENERALI COLOMBIA VIDA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A., sociedad aseguradora constituida bajo las Leyes de la República de Colombia, debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera para realizar negocios cuyo domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., y que en adelante se llamará "La Compañía", asegura con sujeción a los términos, excepciones, estipulaciones y condiciones contenidos en la presente póliza o agregados a ella, contra los riesgos indicados y por los amparos adicionales contratados.</p> <p>El interés asegurado con respecto al cual se contrata este seguro se encuentra descrito en cuadro(s) adjunto(s) el(los) cual(es) forma(n) parte integrante de esta carátula.</p> <p>La simple mora en el pago de la prima o, en caso de fraccionamiento, de una cualquiera de las cuotas pactadas, produce la terminación automática del contrato y dará derecho a la Compañía para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición. El Tomador se constituirá automáticamente en mora conforme a lo siguiente: si en la fecha límite de pago la prima pagada es menor que la prima devengada, la fecha de constitución en mora será el día siguiente a la fecha límite de pago; si en la fecha límite de pago la prima efectivamente pagada es igual o superior a la prima devengada, la fecha de constitución en mora será el día siguiente a aquel en que la prima pagada sea equivalente a la prima devengada.</p> <p>DIRECCION PARA NOTIFICACIONES</p> <p>BIENTOS DE PAGO</p>	<p style="text-align: right;">  FIRMA AUTORIZADA </p>
---	--

En conclusión, el artículo 1151 del Código de Comercio, referenciado en la sentencia utilizada como fundamento por el Despacho no es aplicable al caso concreto, pues Farma y HDI pactaron expresamente que la vigencia de la póliza No. 4002048 iría del 1 de agosto de 2016 al 1 de agosto de 2017.

De entenderse que el contrato de seguro no se encontraba vigente, HDI no podría exigir tanto el pago de la prima devengada como de los demás gastos que se causaren en la vigencia 2016-2017, toda vez que la

misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2008 señala que no debe pagarse la prima del contrato de seguro, salvo que el contrato haya nacido a la vida jurídica⁷, por lo que HDI no podría simultáneamente alegar que tiene derecho a la prima devengada por el periodo 2016-2017 y, al mismo tiempo, sostener que el contrato no estuvo vigente a partir de agosto de 2016, es decir, que no hubo cubrimiento del riesgo por el periodo 2016-2017, lo que implica necesariamente que HDI no devengó ninguna porción de la prima de dicha vigencia. HDI ha buscado asumir posiciones contradictorias porque la que se deriva de la aplicación de la Póliza y del Código de Comercio es contraria a sus intereses: que la Póliza estaba vigente el 9 de octubre de 2016 cuando ocurrió el siniestro reclamado por los Demandantes y, por lo tanto, HDI está obligada a indemnizarlo.

3.3 El Juez no tuvo en consideración el comportamiento histórico entre Farma y HDI

Es importante señalar que el *a quo* no le dio relevancia al comportamiento histórico entre Farma y HDI ni lo tuvo en cuenta al momento de emitir la Sentencia.

Una de las principales formas de interpretación de los contratos, consagrada en los arts. 1622 y 1623 del Código Civil, radica en la forma en que los contratantes han aplicado determinada cláusula en la práctica. En este sentido, no puede el H. Tribunal pasar por alto el comportamiento histórico entre los contratantes, según el cual la compañía de seguros otorgaba y mantenía la cobertura aún en caso de mora en el pago de la prima.

De hecho, obra a folios 147 a 149 una comunicación fechada 7 de noviembre de 2017, aportada por la demandada, en la cual Generali, hoy HDI, reconoce que Farma renovó durante 10 años la póliza con Generali, y que, para la vigencia 2015-2016, Farma realizó el pago extemporáneo de la prima, sin que ello acarrearla la terminación del seguro. Curioso que solo hubiera procedido así cuando ocurrió por primera vez un siniestro:

"1. En efecto, Farma de Colombia S.A.S., ha venido renovando con nuestra Compañía, una póliza de seguro de Vida Grupo, durante los últimos diez (10) años.

2. A partir del año 2015, la póliza con la que se generó la renovación, fue la póliza de seguro No. 4002048 (referencia 010004061887-45) a través de anexo No. 0 y con vigencia desde el día 01 de agosto de 2015 hasta el día 01 de agosto de 2016.

3. Pese a que el pago de la prima de la póliza No. 4002048 se realizó de manera extemporánea para la vigencia 2015-2016 (hecho reconocido por Farma de Colombia S.A.S.), la Compañía aceptó el mismo y brindó cobertura durante el tiempo contratado, es decir, a partir del día 01 de agosto de 2015 y hasta el 01 de agosto de 2016." (Negrita fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, es relevante mencionar que en más de una vigencia de la Póliza, Farma pagó tardíamente la prima anual, sin que ello derivara, en ninguna ocasión, en la terminación del seguro por falta de pago. Esto fue confesado por el representante legal de HDI durante la audiencia.

Así, queda por entender por qué en esta ocasión actuó de manera distinta. Como ha quedado probado, solo cuando se presentó el siniestro que nos ocupa es que HDI, de manera contraria a sus actos propios y a la práctica propia de la larga relación contractual con Farma, decidió manifestar que terminaba, incluso de modo retroactivo, el seguro de vida correspondiente a la vigencia 2016-2017 y en contravención del artículo 1152 del Código de Comercio.

De hecho, es de resaltar que, como quedó probado en el proceso, el 15 de noviembre de 2016 Farma realizó el pago de la prima de la póliza No. 4002048 directamente a HDI, mediante el código de barras incluido en la póliza. Resulta de enorme importancia resaltar que la compañía de seguros demandada mantuvo activo el código de barras para el pago, no repudió el pago de la prima ni la devolvió a mi representada, y solo se pronunció sobre ello cuando se le formuló el reclamo formal por el siniestro. Es claro que si el código de

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2008 (Exp. 76001 3103 001 2003 00505 01): "Esto, en la medida en que si la primera regla del artículo 1151 establece que el asegurador no está autorizado a procurar judicialmente la prima, se infiere que este no lo puede hacer porque no es civilmente acreedor de dicha prestación;"

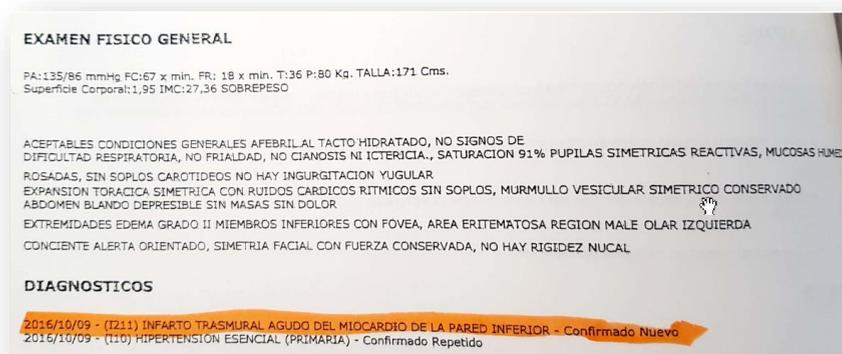
barras estaba activo es porque HDI dio por sentado que la prima estaba pendiente de pago, que el contrato de seguro estaba vigencia y que se debían constituir las reservas establecidas por la Superintendencia Bancaria para primas pendientes.

4. El siniestro estaba cubierto bajo la póliza No. 4002048

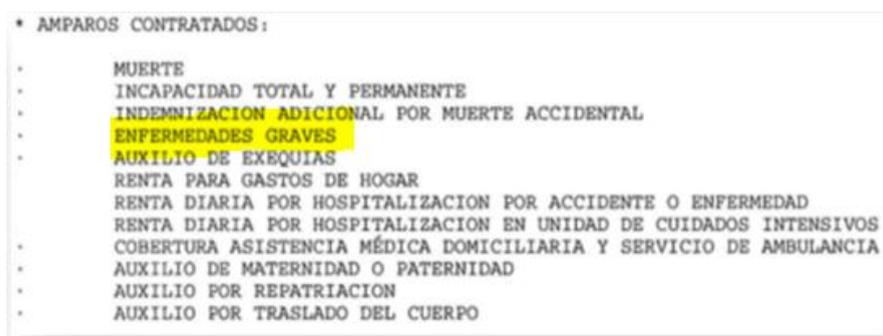
Por último, es importante recordar al H. Tribunal que durante el proceso Farma y José Karan demostraron la configuración de los demás supuestos que son necesarios para condenar HDI.

En primer lugar, quedó probado que José Karan era (y sigue siendo) Gerente de Farma al momento de la ocurrencia del siniestro y, por lo tanto, un empleado cubierto por la póliza No. 4002048. En decir, José Karan, en su calidad de empleado de Farma, era uno de los asegurados y beneficiarios de dicha póliza.⁸

Así mismo, quedó probado que José Karan sufrió un siniestro cobijado por la póliza No. 4002048. Específicamente, el 9 de octubre de 2016 José Karan sufrió un infarto al miocardio, el cual estaba cubierto bajo la póliza No. 4002048 bajo el amparo de enfermedades graves.⁹ Al respecto la historia clínica de José Karan señala:



De acuerdo con lo anterior, es importante señalar que de acuerdo con el Anexo 5, la póliza No. 4002048 contenía los siguientes amparos¹⁰:



En lo referente al amparo de enfermedades graves, el Anexo 5 de la póliza No. 4002048 incluyó expresamente las siguientes enfermedades e intervenciones¹¹:

⁸ Por favor remitirse al anexo x de la demanda: Certificado laboral del Señor José Harold Karan Rozo del 10 de octubre de 2018.

⁹ Por favor remitirse al anexo xi de la demanda: Historia clínica del Señor José Harold Karan Rozo del 10 de octubre de 2018.

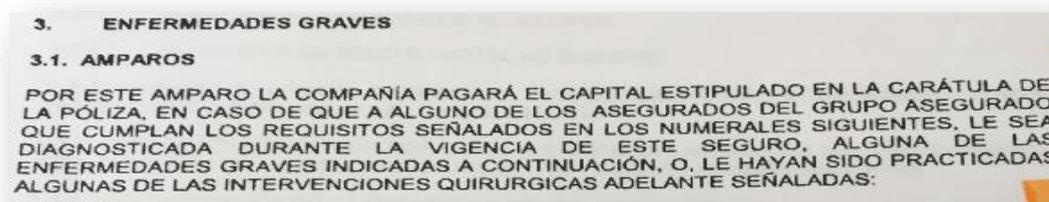
¹⁰ Por favor remitirse al anexo iv de la demanda: Póliza No. 4002049 expedida el 12 de agosto de 2016.

¹¹ Por favor remitirse al anexo iv de la demanda: Póliza No. 4002049 expedida el 12 de agosto de 2016.

LAS ENFERMEDADES CUBIERTAS SON LAS SIGUIENTES:

- CÁNCER,
- ACCIDENTE CEREBRO VASCULAR,
- INSUFICIENCIA RENAL,
- INFARTO AL MIOCARDIO,
- INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA POR ENFERMEDAD DE LAS ARTERIAS CORONARIAS INCLUIDA LA ANGIOPLASTIA CON O SIN COLOCACIÓN DE STENT,
- ESCLEROSIS MÚLTIPLE,
- QUEMADURAS GRAVES (TERCER GRADO)
- TRANSPLANTE DE ORGANOS,
- ENFERMEDAD DE ALZHEIMER
- ENFERMEDAD DE PARKINSON
- TRAUMATISMO MAYOR DE CABEZA

Así mismo, las condiciones generales de la póliza No. 4002048, obrantes a folios 171 a 189 del expediente, aportadas por HDI con su contestación de demanda, definen el amparo de enfermedades graves de la siguiente forma:



Segundo, de acuerdo con el anexo de enfermedades graves de la póliza No. 4002048 (entre ellas el infarto al miocardio), quedó claro que la suma asegurada por el siniestro corresponde al 60% del valor asegurado en el amparo básico de muerte con un máximo de COP \$250.000.000. De acuerdo con lo anterior tenemos¹²:

- La suma asegurada individual en caso de muerte son 12 salarios mensuales del empleado, con un mínimo de COP \$25,000,000 y máximo de COP \$500.000.000.
- Teniendo en cuenta lo anterior, el salario mensual de José Karan para la época del siniestro era de COP \$38.000.000, según certificación emitida por Farma.¹³
- De acuerdo con lo anterior, el salario mensual de José Harold Karan Rozo, es decir, COP \$38.000.000 * 12, nos da un total de: COP \$456.000.000.
- Del monto de COP \$456.000.000 debemos obtener el 60% que sería el valor que se podría reclamar por el siniestro, sin exceder el límite de COP \$250.000.000. En ese sentido, el 60% de COP \$456.000.000 nos da un total de COP \$273.600.000. Sin embargo, como el anterior valor excede el límite de cobertura de COP \$250.000.000, este último es el que constituye la pretensión indemnizatoria en este proceso, monto al cual se le debe aplicar el correspondiente interés moratorio o indexarse de conformidad con el IPC.

Por último, según fue explicado en el capítulo 3 de este escrito el siniestro del 9 de octubre de 2016 ocurrió durante la vigencia de la póliza No. 4002048. Lo anterior toda vez que (i) la prima debía pagarse 45 días después del inicio de la vigencia, es decir, a más tardar el 15 de septiembre de 2016, y (ii) que conforme al mandato del artículo 1152 del Código de Comercio, norma especial aplicable a todo seguro de vida, el plazo para el pago de la prima (y la vigencia de la cobertura del seguro) se extiende hasta por un mes adicional, lo cual se ha denominado "periodo de gracia", es decir hasta el 15 de octubre de 2016.

¹² Por favor remitirse al anexo iv de la demanda: Póliza No. 4002049 expedida el 12 de agosto de 2016.

¹³ Por favor remitirse al anexo x de la demanda: Certificado laboral del Señor José Harold Karan Rozo del 9 de octubre de 2016.

5. Solicitud

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito al H. Tribunal que revoque en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá el pasado 4 de junio de 2020 y en su lugar se declare la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda presentada por Farma y José Karan.

Atentamente,



Jorge Iván Valencia Mora
C.C. No. 80.198.935 de Bogotá
T.P. No. 166.527 del C.S. de la J.

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Magistrada Ponente. **Dra. CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**

E.

S.

D.

Ref. **VERBAL**
No. 2018-00698

De. **JOSE HAROLD KARAN ROZO Y OTROS**

Vs. **HDI SEGUROS DE VIDA S.A. antes GENERALI COLOMBIA VIDA SEGUROS GENERALES S.A.**

DESCORRER TRASLADO DEL RECURSO DE APELACIÓN

MARIA CRISTINA ALONSO GOMEZ, actuando en calidad de apoderada judicial de la sociedad demandada **HDI SEGUROS DE VIDA S.A.** antes **GENERALI COLOMBIA VIDA SEGUROS GENERALES S.A.**, con el debido respeto me dirijo a Ustedes, Honorables Magistrados, a fin de descorrer el traslado del Recurso de Apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia de primera instancia emitida el 4 de Junio de 2020 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, bajo los siguientes argumentos:

I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LA INEXISTENCIA DE COBERTURA POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL TOMADOR - MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA

Desde la presentación del escrito de la demanda la existencia de la póliza de seguro no ha sido tema de discusión dentro de este litigio, pues efectivamente la sociedad **HDI SEGUROS DE VIDA S.A.** antes **GENERALI COLOMBIA VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** emitió la **PÓLIZA DE SEGURO DE VIDA GRUPO 4002028** a favor de la sociedad **FARMA DE COLOMBIA S.A.** como tomadora de la misma, la cual otorgaba las coberturas principales de Vida e Incapacidad Total y permanente en donde fungían como asegurados los colaboradores vinculados a esta última.

Inicialmente el contrato de seguro se materializó a través de la expedición de una póliza con vigencia a un año y posteriormente se expidieron otras pólizas para nuevas vigencias con condiciones de pago propias e independientes para cada una de ellas, resaltando que para aquella cuya vigencia fue 1 de agosto de 2016 a primero 1 de agosto de 2017, **se otorgó como plazo máximo para efectuar el pago de la prima pactada en la PÓLIZA DE SEGURO VIDA GRUPO No. 4002048, 45 días después de iniciada su vigencia, es decir hasta el 15 de septiembre de 2016 (inclusive).**

Ahora bien, la relación comercial que sostuvo **FARMA DE COLOMBIA S.A.** con **HDI SEGUROS DE VIDA S.A.** antes **GENERALI COLOMBIA VIDA**

COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., vino dándose para múltiples vigencias de un año cada una, muy a pesar de los constantes retrasos en el pago de la prima, situación de la que la cancelación por mora siempre quedó al arbitrio de mí defendida, pues las citadas demoras en el pago de la prima pactada sobrepasaban los 30 días otorgados por la norma para *que de manera automática* la póliza se cancele. Sin embargo, en razón a la aludida relación comercial sostenida, se concedían días de gracia a pesar de ya haber incurrido en *mora en el pago de la prima*, accediendo motu proprio a que la vigencia fuera renovada.

Ahora bien, el despacho de manera acertada, y en plena concordancia con el artículo 1151 del Código de Comercio, y luego del minucioso análisis probatorio realizado, llega a la inequívoca conclusión ue:

“no se puede predicar incumplimiento de la aseguradora (demandada) de su obligación de pagar la prestación asegurada una vez ocurrido el siniestro, pues este compromiso se encontraba condicionado al cumplimiento del tomador (demandante) de su obligación de pagar la prima, lo que no ocurrió en este caso oportunamente, como ya se vio”.(Negrilla y subraya mías)

Hace adicionalmente énfasis en lo decantado en reiteradas oportunidades por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, haciendo especial hincapié en lo que mencionado por su Magistrado Ponente Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA en providencia de fecha 16 de diciembre de 2008 (Exp. 76001 3103 001 2003 00505 01), señalando:

“Sin embargo, en el artículo 1151 ib, correspondiente al seguro sobre la vida, entre otras marcadas diferencias con los restantes ramos, no obstante que se encuentra en el capítulo II, del título V, aparecen, expresamente, dos reglas a observar por el asegurador: una, que no está autorizado a procurar judicialmente la prima; y la otra, que puede reclamar la devolución de gastos en que incurrió para celebrar el contrato. En relación con la primera, se infiere, sin dubitación alguna, que si el asegurador no puede exigir forzosamente la prima es porque no es civilmente acreedor de ella, siendo ello así, como en efecto lo es, deviene, igualmente, que el tomador tampoco podría ser acreedor de su asegurador, luego no puede demandar de este último, el cumplimiento de su obligación. Lo anterior significa, que la vigencia técnica del contrato depende del pago del valor del aseguramiento, no aceptarlo así, y, contrariamente, someter tal situación a los rigores de los artículos 1057 y 1068, implicaría que la compañía de seguros debería cumplir el pago de su obligación pero no podría, se insiste, reclamar del tomador la prima. Por

supuesto que es clara señal de que si hay satisfacción de ésta, hay cobertura y asunción del riesgo; así mismo, que si no se solventa dicha deuda, no nace para el asegurador la obligación de cubrir las incidencias del hecho incierto. A contrario sensu, solamente a partir del momento en el que la aseguradora recibe la solución de la primera prima o de la primera cuota de esta cobra vigencia efectiva el aludido seguro.

Por sabido se tiene que de los contratos es característica que ninguno de los contratantes está obligado a avenirse al cumplimiento de sus obligaciones, mientras el otro contratante no cumpla lo por él asumido (artículos 822 del C. de Co., y 1609 C. C.). En el contrato de seguro, y en tratándose de la mora en el pago de la prima, por mandato del artículo 1068 del C. de Co., se produciría la terminación automática del mismo; mientras que si de un seguro sobre la vida se trata, hay que colegir que si lo incumplido es el pago de la primera prima o de la primera cuota, el asegurador no asume el amparo del riesgo.”

Y, si en gracia de discusión, ante la omisión de los contratantes de establecer el momento del pago de la prima, se aceptase que la vigencia técnica del contrato de seguro sobre la vida debe ser gobernada por el artículo 1057 idem, se tendría que una vez transcurra la hora 24 del día de perfeccionamiento del contrato, comenzaría la vigencia técnica, o sea, que ya pesaría sobre el asegurador la obligación de brindar la respectiva cobertura al tomador, muy a pesar de que éste no haya cancelado la prima, esto es, que asumirá el riesgo sin que, a su vez, pueda aquel hacer exigible el valor del seguro, lo que evidencia, sin reticencia alguna, que la justificación de condicionar la asunción del riesgo al pago de la prima es una elemental regla de equilibrio contractual.” (Subraya el despacho).

Corolario de lo anterior, debe resaltarse que el simple hecho de que la póliza se haya renovado en varias ocasiones, en donde algunas de ellas hubo pago extemporáneo de la prima pactada en el contrato de seguro y por voluntad de la aseguradora no se procedió con la cancelación de la póliza, ello no implica que se haya convertido en una regla general operar de tal manera, y mucho menos que la vigencia se convierta en indefinida, en virtud a la duradera relación comercial y contractual que mediante la expedición de pólizas de seguro año a año a nombre de la sociedad **FARMA DE COLOMBIA S.A.**, hiciera mi representada.

No puede pretenderse que esto sea excusa para incurrir en el menoscabo e incumplimiento de las normas que rigen la materia, como es la obligación

del pago de la prima que le asiste al tomador dentro del término establecido contractualmente para tal fin, y mucho menos pretender como lo expone el apoderado recurrente que mi prohijada no pueda proceder con la objeción de un siniestro, cuando claramente se denota la mora en el pago de las primas lo que impediría la atención del siniestro.

Considera la suscrita, que el A quo tuvo en cuenta la normatividad aplicable en este caso y no se centró en la relación comercial histórica que en nada aporta al caso de marras, pues la controversia gira en torno a si hubo o no incumplimiento de las obligaciones de los contratantes, **SITUACIÓN QUE QUEDÓ PLENAMENTE DEMOSTRADA EN CABEZA DEL TOMADOR, QUIEN PAGÓ EXTEMPORÁNEAMENTE LA PRIMA DE LA PÓLIZA DE SEGURO.**

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LA VIGENCIA FORMAL Y LA VIGENCIA TÉCNICA DE LA PÓLIZA.

Recuérdese que la vigencia de la póliza de seguro es definida según FASECOLDA como:

*“**Vigencia:** periodo por el cual la compañía de seguros asume los riesgos cubiertos en el contrato de seguro”*

De las carátulas de las pólizas aportadas al plenario se colige que cada vigencia corresponde a una póliza de seguro distinta; de ahí el cambio en su numeración, situación que al parecer malinterpreta la parte actora, al manifestar que por haberse renovado cerca de 10 veces, no tenía por qué haberse cancelado la póliza por **mora en el pago de la prima**, lo que es un contrasentido, pues las vigencias y los plazos de pago se otorgan para cada vigencia de manera individual y según lo estipulado en la ley y las normas que regulan la materia.

Al respecto hace referencia la Sentencia SC- 112042015 (66001310300220080016501) de agosto 25 de 2015, M.P. Margarita Cabello, emitida por la Sala Civil dela Corte Suprema de Justicia, resaltó que

“en tratándose del seguro de vida, la compañía de seguros queda obligada a responder por el siniestro, desde cuando se realiza el pago de la prima o la cuota de la misma acordada, sin perjuicio de que las partes puedan acordar una fecha distinta para el surgimiento de tal obligación”. (Subraya y negrilla propias)

Debe hacerse hincapié en que una cosa es la vigencia formal de la póliza, la cual nace a la vida de manera simultánea al momento en que el contrato de seguro se perfecciona y otra muy distinta es la vigencia técnica, que sobreviene cuando tiene lugar el inicio del amparo del riesgo a cargo del asegurador, pues de no cumplirse la obligación referente al pago de la prima en cabeza de quien traslada el riesgo, no es posible que la póliza active la cobertura otorgada, situación que sucedió en el caso de marras, y

desde el 16 de septiembre de 2016, fecha en la que **FARMA DE COLOMBIA incurrió en mora.**

Así también lo menciona la Sentencia Ref.: Exp. 76001 3103 001 2003 00505 01 del 16 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente Octavio Munar Cadena:

*“1. Primeramente, déjase en claro, dado que se erige como la piedra angular de la discordia suscitada, tal cual concuerdan la recurrente y el funcionario adquem, que el Código de Comercio adoptado en el año de 1971 mediante el Decreto 410, en tratándose de Seguros sobre la Vida, no incorporó norma expresa que contemple, en defecto de la estipulación de las partes, el momento en el que el mismo cobra vigencia. Por ello, pertinente resulta clarificar si como lo reclama la demandada, el asunto debe ser gobernado por el artículo 1057 ib., en cuanto que la vigencia de tal convenio principia a la hora 24 del día en que se perfecciona el contrato, **ó como lo reivindica la demandante y lo decidió el Tribunal, dicha vigencia opera desde el mismo momento en que se cancela la prima o la primera parte de ella...***

*...2. En punto al momento en que la compañía aseguradora comienza a soportar las incidencias del riesgo asumido, el numeral 6 del artículo 1047 del Código de Comercio, establece que la póliza de seguro debe contener la precisión “de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras”; exigencia de suyo trascendental, pues siendo connatural a esa especie de negocio jurídico que un tercero asuma las consecuencias nocivas de un hecho incierto que afecte el patrimonio o la vida de una persona, es evidente la necesidad de saber cuándo se inicia esa responsabilidad y en qué momento culmina; precisión por demás indispensable, pues de la magnitud del período de duración del seguro, sobrevendrá, el valor del mismo, requerimiento que no varió no obstante la mutación que sufrió el contrato cuando de solemne fue naturalizado como consensual, amén que no se erige como un elemento de su esencia, habida cuenta que existen reglas supletivas que pueden colmar el silencio de las partes. **Esta directriz normativa evoca lo que la doctrina aseguraticia ha dado en llamar vigencia formal frente a la vigencia técnica, del contrato de seguro; aspecto que marca, definitivamente, el inicio del compromiso principal de la aseguradora...***

...Mientras que el primer evento (vigencia formal) acaece de manera concomitante al momento en que el contrato de seguro se perfecciona, esto es, cuando nace a la vida jurídica, en la medida que en su formación los estipulantes se avinieron a las exigencias legales previstas para tal efecto (arts. 1036 y ss idem), la segunda, o sea, la vigencia técnica, real o efectiva, sobreviene cuando tiene lugar, ciertamente, el inicio del amparo del riesgo a cargo del asegurador, aspecto que se define ante dos hipótesis: a) la concertación expresa sobre el particular por parte de los interesados; y, b) en defecto de ella, la disposición legal, ya involucre la aplicación de una regla general (art. 1057) ora especial (arts. 1118, 1711, 1151 idem); sea como fuere, lo cierto es que esta especie de eficacia puede o no concurrir con el perfeccionamiento del negocio, o sea, su vigencia formal; empero, atendiendo las circunstancias especiales que rodean el seguro sobre la vida, claro resulta, hay que decirlo de una vez, que cuando los contratantes no acuerdan, como aquí aconteció, según lo discurrido en la sentencia censurada y la demanda de casación presentada, fecha alguna que diera inicio al riesgo, no es el artículo 1057 del C. de Co, la regla jurídica conforme a la cual deba definirse la referida cuestión...

En consecuencia, nos encontramos ante una vigencia que técnicamente no se materializó, pues el tomador de la póliza, a quien le corresponde la obligación de efectuar el pago de la prima dentro del término pactado para ello, no lo hizo, lo que no deja lugar a dudas o planteamientos de hipótesis respecto a la asunción del riesgo por parte de **HDI SEGUROS DE VIDA S.A.** antes **GENERALI COLOMBIA VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, pues no estaba en el deber de asumir el mismo, absteniéndose de activar las coberturas otorgadas debido al no pago de la prima pactada.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL PAGO EXTEMPORANEO DE LA PRIMA DE SEGURO - FUERON 45 DÍAS LOS PACTADOS EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA.

El plazo pactado para el pago de la prima se encuentra dispuesto en cada renovación y era ampliamente conocido por las partes, lo que para la vigencia 2016-2017 implica que por ministerio de la ley, desde el día 46, el tomador de la póliza cuya obligación del pago oportuno de la prima le correspondía, tenía hasta el día 16 de septiembre de 2016 (inclusive) para efectuar el pago de la prima, so pena de que la póliza se cancelara automáticamente por haber incurrido en mora, argumento que no fue suficientemente claro para el apelante mientras que si lo fue para el despacho.

Debo resaltar que **el pago efectivo del valor de la prima pactada en el contrato de seguro fue el 15 de noviembre de 2016, fecha extemporánea, para la cual la sociedad HDI SEGUROS DE VIDA S.A. antes GENERALI COLOMBIA VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. estaba plenamente facultada por la norma para efectuar la no activación y consecuente cancelación de la cobertura por incurrir en mora en el pago de la prima por incumplimiento de las obligaciones en cabeza del tomador de la póliza.**

El artículo 1066 del Código de Comercio Colombiano, indica:

“Artículo 1066. Pago de la prima:

...El tomador del seguro está obligado al pago de la prima. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella”.

Significa lo anterior, que la falta de pago conlleva a la terminación automática del contrato de seguro, otorgándole sin lugar a dudas el derecho a la compañía aseguradora para que exija el pago de la prima devengada y los demás gastos que se causaren.

Es por tal motivo que, incurrir en al menos un día en mora en el pago de la prima, implica la cancelación de la cobertura, sin que deba haber un pronunciamiento previo al tomador de la misma, pues este adhirió a las condiciones particulares y generales pactadas en el contrato, sin que implique que al haber concedido al tomador en otras vigencias, días de gracia para el pago de la prima, conlleve a que tal situación se constituya en regla, y permita eludir lo consagrado en el artículo 1066 del Código de Comercio, pues este es claro cuando hace referencia a la **cancelación automática** de la cobertura.

Nótese Honorables Magistrados, que en el debate probatorio surtido se hizo referencia a la diferencia existente entre la causación de la mora de los clientes al interior de la compañía de seguros, y la notificación al tomador de la póliza de tal situación, **pues son procesos diametralmente diferentes, además de que la ley faculta al asegurador para cancelar sin tener que notificar o manifestarse.**

La mora en el pago no necesita manifestación de ninguna índole, pues se colige de la citada norma, que su finalidad es facultar a la compañía de seguros para dejar de asumir el riesgo al **terminar automáticamente la cobertura** por mora en el pago de la prima, y exigir el pago de la prima devengada al tomador de la póliza.

De lo anterior se concluye de manera clara que, la terminación automática de las coberturas otorgadas en la póliza de seguro no requiere de notificación alguna al tomador de la misma, pues por ministerio de la ley opera la cancelación, sin que se requiera exteriorizar manifestación alguna, pues la compañía aseguradora termina la cobertura ipso facto a

Calle 124 No 70 A - 28. PBX (571) 3838027 - 3102430615 - 3008291125

Bogotá, D.C. - Colombia

coordinacionjuridica@mcaasesores.com.co

coordinacionjuridica2@mcaasesores.com.co

las 00:01 horas del día siguiente al de la finalización del periodo estipulado para el pago de la prima de la póliza de seguro.

Así mismo, la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, hace especial énfasis que a partir de la modificación que el artículo 82 de la Ley 45 de 1990 le introdujo al 1068 del Código de Comercio, la terminación del contrato de seguro que sobreviene como consecuencia de la mora en el pago de la prima, opera automáticamente, reiterándolo en Sentencia 136282015 (05001310301220060042601) de Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA, del 10 de julio de 2015, así:

*“En efecto, acaecida la mora en el pago de la prima, absoluta o parcial, el contrato de seguro, entendido como un todo, termina automáticamente y, desde ese mismo momento, el de la mora, deja de producir los efectos que le son propios y que con su celebración buscaron para sí las partes, añadió la sentencia. **Además, para que la terminación se dé, no requiere de una manifestación de voluntad por parte del asegurador, ni de la notificación al tomador y, mucho menos, de sentencia judicial que la declare, pues tal efecto jurídico acaece de pleno derecho**” (Negrilla y subraya mías)*

Por otro lado, en la sustentación del Recurso de Apelación, la parte actora hace énfasis en el tiempo transcurrido entre la reclamación y la respuesta que de manera formal entregara **HDI SEGUROS DE VIDA S.A.** antes **GENERALI COLOMBIA VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, pretendiendo desviar la atención del Honorable Tribunal, pues en el decurso de la actuación procesal surtida en primera instancia, fue hasta los alegatos finales que salió a flote tal argumento, pues en el escrito de la demanda, y mucho menos en el debate probatorio correspondiente se habló del tema, pues solo se hizo al evidenciar la descomunal falla en la extensión que de manera unilateral realiza el tomador para efectuar el pago de la prima de seguro.

Finalmente, debo resaltar que el elemento contradictorio de los argumentos que esboza el recurrente, recae en que al escucharlos se infiere una desafortunada malinterpretación de la norma sustancial, puesto que por ministerio de la ley, el tomador de la póliza tiene como una de sus obligaciones, el pago de la prima dentro del plazo estipulado para tal fin, plazo que para el caso de marras fue de 45 días es decir, fue ampliado 15 días más en virtud a la relación comercial existente entre tomador y asegurador, lo que no significa que luego de los 15 días que se concedieron en exceso de lo estipulado por la norma, se concedan otros treinta más, pues la carátula de la **PÓLIZA DE SEGURO DE VIDA GRUPO No. 4002048**, hace referencia a que **SE AMPLÍA EL PLAZO PARA EL PAGO DE LA PRIMA A 45 DÍAS**, lo que sin interpretación de ninguna índole, determina que el plazo es ampliado de 30 (el estipulado por la ley) a 45 (el estipulado por la aseguradora) es decir, para el 15 de septiembre de 2016.

Sin embargo, concediendo el beneficio de la duda a la parte actora, podemos visualizar la forma en que está interpretando el plazo concedido, sumando los treinta días que pretende sean contados desde el 15 de septiembre de 2016, es decir después de los 45 días que concedió **HDI SEGUROS S.A.** antes **GENERALI COLOMBIA VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, **y observando detenidamente el calendario del año 2016, nos podemos dar cuenta que de ser cierto el planteamiento del demandante, el plazo máximo para el pago de la prima vence el 15 de octubre de 2016, pero nótese Honorable Magistrada, que el pago de la prima se dio sólo hasta el 15 de noviembre de 2016, motivo por el que sin sentido alguno, se está exigiendo el cumplimiento de la obligación de pago, sin que aquella que recae en el tomador, cual es el pago de la prima pactada en el contrato de seguro, se hubiese cumplido, motivo por el que ni siquiera con el planteamiento ausente de argumentos que hace la parte actora, se puede acreditar que el tomador cumplió el plazo pactado y que por consiguiente la póliza no debió ser cancelada.**

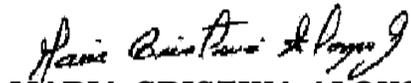
Y es que en la sentencia a la que se hizo referencia con anterioridad, aquella proferida por la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia el 16 de diciembre de 2008 (Exp. 76001 3103 001 2003 00505 01), se menciona:

*“...Esto, explica la Corte, por las siguientes razones: (i) La vigencia técnica del seguro de vida, entendida esta como el inicio del amparo del riesgo a cargo del asegurador, pende del pago de la prima. **Esto, en la medida en que si la primera regla del artículo 1151 establece que el asegurador no está autorizado a procurar judicialmente la prima, se infiere que este no lo puede hacer porque no es civilmente acreedor de dicha prestación; siendo ello así, deviene, igualmente, que el tomador tampoco podría ser acreedor de su asegurador, luego no puede demandar de este último el cumplimiento de su obligación. No aceptarlo así, confirma la Corte, implicaría que la compañía de seguros debería cumplir el pago de su obligación, pero no podría reclamar del tomador el valor de la prima;** (ii) **Esa fue la voluntad del legislador dado que, al analizar la exposición de motivos del Código de Comercio, se encuentra que el propósito inicial de los reformadores en lo que al seguro de vida se refiere, era condicionar su vigencia al perfeccionamiento del mismo, condición esta que, a su vez, se lograba con el pago de la prima o de la primera cuota de ella;** y (iii) No todas las reglas generales que se proyectan en el Capítulo I “Principios Comunes a los Seguros Terrestres”, Título V del Código de Comercio patrio, son aplicables de forma inexorable a todos los tipos de seguros, pues su aplicabilidad dependerá de la naturaleza de los mismos, por ello, al ser el artículo 1057 incompatible con la naturaleza de*

los seguros de vida, este no le es aplicable; y (c) El artículo idóneo para resolver el problema jurídico planteado es, por lo tanto, el 1151 del Código de Comercio. Así las cosas, se concluye que la vigencia del seguro de vida inicia al momento del pago de la primera prima o de la primera cuota de ésta, pues es en este momento que se entiende perfeccionado dicho contrato. (Negrilla y subraya mías).

En consecuencia, efectuado de nuestra parte un concienzudo análisis del incumplimiento de la actora en el pago de la prima, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados, **CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD** la sentencia proferida, teniendo como probado el incumplimiento en el plazo pactado para el pago de la prima de seguro por parte de la sociedad **FARMA DE COLOMBIA S.A.**, situación contundentemente acreditada en el curso de la Litis, condenado además en costas y agencias en derecho al recurrente.

De los Honorables Magistrados, Atentamente.



MARIA CRISTINA ALONSO GOMEZ

C.C. 41.769.845 de Bogotá
T.P. 45.020 del C.S. de la J.