



BOLETÍN COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

No. 1590 diciembre de 2019



JUNTA DIRECTIVA

PRESIDENTE:

Arturo Sanabria Gómez

VICEPRESIDENTE:

Jorge Oviedo Albán

VOCALES PRINCIPALES:

Gustavo Cuberos Gómez

Yira López Castro

José Alberto Gaitán Martínez

Hernando Parra Nieto

Tulio Cárdenas Giraldo

VOCALES SUPLENTE:

Jaime Humberto Tobar

Juan José Ávila

Alejandro Páez Medina

Sebastián Salazar Castillo

Luis Fernando Rincón Cuellar

REPRESENTANTE EX PRESIDENTES

PRINCIPAL:

Carlos Humberto Jaimes

COMISARIOS DE CUENTAS

PRINCIPAL:

Fanny Patricia Lozano Cañizales

SUPLENTE:

Luz Helena Perdigó

SUPLENTE:

José Alejandro Márquez Ceballos

Colegio de Abogados Comercialistas

ISSN: 2339 - 3351

Bogotá – Colombia.

Editor: Arturo Sanabria Gómez

Director: Jorge Oviedo Albán

Coordinadora editorial: Yira López Castro

Colaboradores: Felipe Pulido Cantero, Juliana Pérez Polanco, Laura Carolina Hernández Martínez, estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.



Editorial

Está terminando un año fructífero para el Colegio de Abogados Comercialistas. Como cada dos años desde hace algunos años, el colegio organiza un congreso internacional de derecho comercial. Este año, con mucho esfuerzo y con la valiosa y generosa ayuda de muchas personas, fue posible llevar a cabo un congreso de excelente nivel. Para el efecto, se contó con la participación de dieciséis expositores y de ocho moderadores que cumplieron de manera cabal las expectativas que sus nombres y sus conocimientos podían haber creado. El resultado académico fue encomiable.

Además, el colegio llevó a cabo dos seminarios, uno sobre insolvencia y garantías, otro sobre derecho de la competencia, con la participación de los mejores conocedores de estos temas. También, es necesario afirmar, su resultado académico fue el esperado. Además, el colegio cumplió con su propósito de llevar a cabo mensualmente tertulias sobre temas de actualidad con expositores que no solo dominan sus temas, sino que prepararon sus presentaciones de la mejor manera. Finalmente, se logró enviarles a los miembros del colegio un boletín jurídico sobre temas actuales en derecho comercial que, estoy seguro, los colegiados han sabido apreciar.

En suma, el colegio, con el esfuerzo de muchas personas, a las que les agradezco por su generosidad y empeño, ha sido un difusor del derecho comercial y ha cumplido un año más sirviéndole a la comunidad jurídica reunida en torno al derecho comercial.

Les deseo a todos una muy feliz Navidad y lo mejor en el nuevo año.

Arturo Sanabria Gómez
Presidente
Colegio de Abogados Comercialistas



ÍNDICE

Derecho del consumo

Derechos del consumidor. Responsabilidad por producto defectuoso. Prueba de las causales de exoneración. Culpa exclusiva de la víctima.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de octubre del 2019. M.P. Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo. Por: Felipe Pulido Cantero (Universidad del Rosario) pg. 6

Jurisprudencia civil

Buena fe exenta de culpa. Carga probatoria en procesos de restitución de tierras. Maniobras fraudulentas en trámites de restitución de tierras.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 13 de febrero del 2019. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Por: Felipe Pulido Cantero (Universidad del Rosario) pg. 7

Derecho societario

Reglamentación de las sociedades Comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC).

Decreto 2046 del 2019. 12 de noviembre del 2019. Por: Felipe Pulido Cantero (Universidad del Rosario) pg. 8

Comercio electrónico

Plataformas de comercio electrónico. Seguimiento a una orden administrativa relacionada con el cumplimiento del Estatuto del Consumidor.

Resolución N°: 60028 del 2019, 5 de noviembre del 2019, “Por el cual se inicia investigación administrativa mediante formulación de cargos a RAPPI S.A.S.” Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor. Superintendencia de Industria y Comercio. Por: Felipe Pulido Cantero. (Universidad del Rosario) pg. 10

Derechos de autor y conexos

Sociedades de gestión colectiva. Legitimación para demandar por infracción de derechos de autor.

Proceso Verbal Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de autor. 21 de agosto de 2019
Juliana Pérez
(Universidad del Rosario) pg. 11



Arbitraje

Acción de tutela contra laudo arbitral que imponía sanción por juramento estimatorio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P.: Martín Bermudez Muñoz, 19 de septiembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-01060-01. Demandante: Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A. Demandado: Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por: Laura Carolina Hernández Martínez (Universidad del Rosario) pg. 13

Derecho contractual

Nulidad absoluta del contrato de Promesa de Compraventa. Restituciones por equivalencia en casos de interés general.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, SC3642-2019, Radicación nº 11001-31-03-007-1991-02023-01. 9 de septiembre de 2019.

Por: Laura Carolina Hernández Martínez (Universidad del Rosario) pg. 15

Propiedad industrial

Causales de Irregistrabilidad de marca. Examen de registrabilidad. Reglas de Cotejo Marcario.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 29 de agosto del 2019. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Por: Felipe Pulido Cantero. (Universidad del Rosario) pg. 16



Derecho del consumo

Derechos del consumidor. Responsabilidad por producto defectuoso. Prueba de las causales de exoneración. Culpa exclusiva de la víctima.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Radicación número: 11001-02-03-000-2019-03008-00. 09 de octubre del 2019.

M.P. Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Por: Felipe Pulido Cantero
(Universidad del Rosario)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de acción de tutela interpuesta por una persona natural en contra de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (el “Tribunal”), con el fin de salvaguardar sus derechos al debido proceso, a la vida, la integridad personal y su protección como consumidor.

El accionante había interpuesto demanda de responsabilidad civil extracontractual en contra de la Caja de Compensación Familiar Cafam y la Industria Nacional de Gaseosas S.A., solicitando el pago de los perjuicios causados por el contenido de una botella de agua, la cual contenía ácido nítrico y fue consumida en unos de los hoteles del demandado.

En primera instancia, el Juzgado 36 del Circuito de Bogotá dictó sentencia adversa a las pretensiones, debido a que se acreditó la excepción de culpa exclusiva de la víctima. El Tribunal confirmó la decisión. El demandante interpuso acción de tutela en contra de esta decisión al considerar se había interpretado de forma arbitraria el

régimen de responsabilidad y la exoneración por culpa exclusiva de la víctima, desconociendo así el alcance de los artículos 2356 y 2357 del Código Civil.

El accionante señaló que el fallo era incongruente y que la demanda debía interpretarse de conformidad con el artículo 78 de la Constitución Política, el cual acoge la protección al derecho del consumidor.

La Corte Suprema de Justicia señaló que el Tribunal no actuó de manera arbitraria al ubicar los hechos en el marco de los eximentes de responsabilidad que libraron al demandado. Sin embargo, la Sala Civil encontró que, en lo que respecta a la causalidad adecuada, la sentencia de segunda instancia sí incurrió en un defecto fáctico. Lo anterior porque el Tribunal ignoró los hechos debidamente probados y realizó una valoración independiente del acervo probatorio contraria al artículo 176 del Código General del Proceso, que dispone que el análisis probatorio debe realizarse de forma conjunta.

La sentencia señaló que, a la luz de las reglas de la experiencia, la actuación del reclamante estuvo alejada de haber sido un acto negligente y previsible por parte de éste, debido a que, de conformidad con el análisis lógico y racional se llegó a concluir que ningún individuo –bajo un estándar de normalidad– que obtiene un agua embotellada para su consumo, pueda prever que ésta contenga ácido nítrico, como sucedió en el caso presentado.

Teniendo en cuenta lo mencionado, la Corte Suprema de Justicia concluyó que:

- (i) existirá culpa exclusiva de la víctima



cuando ella ocasiona, con imprudencia, el daño o participó, con culpa o dolo, en la producción de éste y que, (ii) en el caso en el que la víctima tuviese la posibilidad de evitar la creación de su propio riesgo, al exponerse de forma imprudente, habría lugar a la reducción de la indemnización.

Teniendo en cuenta lo mencionado, la Corte Suprema de Justicia concedió, con alcance parcial, el resguardo al derecho del debido proceso del accionante y dispuso dejar sin efecto las decisiones de primera y segunda instancia.

Jurisprudencia civil

Buena fe exenta de culpa. Carga probatoria en procesos de restitución de tierras. Maniobras fraudulentas en trámites de restitución de tierras.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Radicación número: 11001-02-03-000-2015-02695-00. 13 de febrero del 2019.

M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Por: Felipe Pulido Cantero
(Universidad del Rosario)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de revisión interpuesto por una persona natural en contra de la sentencia del 4 de febrero del 2015, proferida por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (el “Tribunal”), en la cual la demandante actuó en calidad de opositora en el proceso de restitución y formalización de tierras despojadas o abandonadas forzosamente, promovido por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de

Tierras en nombre de una pareja de esposos.

Frente a la solicitud de restitución del predio “Alba María” ubicado en Sabana de Torres (Santander), la opositora, y demandante en el recurso de revisión, se opuso a las pretensiones de restitución y excepcionó la ausencia probatoria de los hechos que fundamentan el desplazamiento de los solicitantes y la buena fe exenta de culpa al adquirir el predio. El Tribunal Superior de Cúcuta profirió sentencia en la cual ordenó la restitución del predio.

La opositora interpuso el recurso de revisión argumentando la existencia de una maniobra fraudulenta de las partes involucradas en el proceso de restitución para acreditar la calidad de víctima y obtener la reparación pretendida y solicitó declarar la nulidad del fallo del Tribunal y ordenar el avalúo comercial de las mejoras alegadas por la opositora. Para la opositora, el demandante en el proceso de restitución de tierras dio versiones variantes y contradictorias.

La Corte Suprema de Justicia declaró infundado el recurso de revisión pues encontró que: (i) La intención de la opositora era revivir el análisis del litigio para desvirtuar la calidad de víctima del solicitante, desviando el objetivo legal del recurso de revisión. (ii) En el proceso de restitución se aportaron las pruebas respectivas que acreditaban como víctima al solicitante. Además, la sentencia tuvo en cuenta que había operado el principio de buena fe y que en estos casos se invierte la carga probatoria en favor de la víctima, bastándole así las pruebas sumarias aportadas y su relación jurídica con el predio. (iii) Frente al argumento



según el cual debía otorgarse una compensación a la opositora por haber demostrado ser adquirente de buena fe exenta de culpa, la Corte Suprema de Justicia encontró que tal asunto es ajeno al ámbito de la causal legal que permite el recurso de revisión solicitado.

El Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona salvó el voto al considerar que: (i) El solicitante sí incurrió en maniobras fraudulentas en el proceso de restitución de tierras. En los interrogatorios de parte que se realizaron en el proceso, se observó que el espacio geográfico en donde se encuentra ubicado el predio en cuestión, para la época del supuesto desplazamiento no había presencia de grupos organizados al margen de la ley, ni en el predio, ni en los inmuebles colindantes. (ii) El solicitante no tenía la calidad de víctima, bajo el marco legal de la Ley 1448 de 2011. (iii) No se presenció un abandono forzado de tierras, puesto que esta figura se presenta cuando un sujeto activo se apropia de manera arbitraria de una propiedad, aprovechándose de una situación de violencia por vías ilegítimas, desplazando a otro sujeto del predio mismo. Pese a que se abandonó el predio por parte del núcleo familiar solicitante, éste siguió en poder jurídico y material del predio, junto a su hermano, quien tenía la calidad de co-propietario y que, a su vez, nunca manifestó haber sido objeto de amenazas o intimidaciones. (iv) La pérdida del predio fue causada por el incumplimiento en el pago del crédito a la Entidad Financiera con la que el solicitante tenía un crédito hipotecario. Se resaltó que el abandono forzado de tierras contiene un factor que consiste en la privación de la propiedad basado en el aprovechamiento de una situación de violencia, la cual, como se mencionó

previamente, no tuvo lugar. (v) La opositora adquirió el bien inmueble de forma legítima. Se consideró que la accionante reunía los requisitos para ser considerada adquirente de buena fe exenta de culpa.

Derecho societario

Reglamentación de las sociedades Comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC)

Decreto 2046 del 2019 (12 de noviembre del 2019): “*Por el cual se adicionan el Decreto 1074 del 2015 Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, el Decreto 1625 del 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar las sociedades Comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC)*”.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Por: Felipe Pulido Cantero
(Universidad del Rosario)

Mediante la Ley 1901 del 2018, se creó la condición legal de Beneficio e Interés Colectivo (BIC), la cual puede ser adoptada por cualquier sociedad en Colombia. La Ley determinó que para contar con esta condición las sociedades deberán buscar tres objetivos: (i) incorporar propósitos sociales y ambientales; (ii) adoptar estrategias empresariales en materia de derechos humanos, medio ambiente o respeto a los derechos de los trabajadores y una (iii) completa transparencia en los reportes del impacto empresarial en el modelo de



negocio, gobierno corporativo y buenas prácticas laborales, ambientales y sociales.

La Superintendencia de Sociedades es la encargada de decidir y declarar si se presenta algún tipo de incumplimiento en los estándares requeridos y reportar los avances de sus actividades.

El Decreto 2046 del 2019 reglamentó los parámetros establecidos en la Ley 1901 del 2018 refiriéndose a los siguientes asuntos:

- Los incentivos a los que pueden acceder las sociedades BIC son los siguientes: (i) tarifas preferenciales en materia de propiedad industrial; (ii) acceso preferencial a líneas de crédito; (iii) las utilidades repartidas a través de acciones a los trabajadores de las sociedades serán tratadas de conformidad con los artículos 1.2.1.12.10 y 1.2.1.7.9 del Decreto 1625 del 2016, según los cuales las utilidades no serán tratadas como ingreso constitutivo de renta o como ganancia ocasional.

- El nombre de las sociedades que adopten esta condición legal será compuesto por la razón social seguida por la sigla “BIC”.

- Se deberá incluir dentro del objeto social, de forma clara y expresa, las actividades específicas de BIC que la sociedad pretende desarrollar.

- Las Cámaras de Comercio deberán verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que sea incluido en la razón social la expresión “BIC”; (ii) que la decisión fuese previamente aprobada mediante acta de junta de socios o asamblea de accionistas, con las

formalidades mismas de ésta y (iii) que se indique, de forma clara y expresa, dentro del objeto social, las actividades BIC que se pretenden desarrollar por parte de la sociedad.

-El Decreto estableció que los estándares se entenderán incumplidos cuando: (i) lo reportado por la sociedad, en lo que respecta a la gestión de sus actividades BIC, no corresponda a la realidad de su práctica empresarial; (ii) la sociedad no cumpla con la metodología de los estándares escogidos por ella misma y (iii) el reporte de gestión no sea entregado a la asamblea. En estos casos, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer las multas establecidas en el numeral 3° del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

- El Decreto señaló que la condición BIC se perderá por: (i) la reforma voluntaria de los estatutos; (ii) la declaratoria de incumplimiento de los estándares exigidos o (iii) cuando no se cumplan las ordenes de la Superintendencia de Sociedades y sea calificada como grave una de sus conductas. La pérdida de la condición BIC se realizará por medio de acto administrativo motivado o solicitada de forma voluntaria por la sociedad.

- La supervisión de las sociedades BIC estará a cargo de la Superintendencia de Sociedades.



Comercio electrónico

Plataformas de comercio electrónico. Seguimiento a una orden administrativa relacionada con el cumplimiento del Estatuto del Consumidor.

Resolución N°: 60028 del 2019, 05 de noviembre del 2019, *“Por el cual se inicia investigación administrativa mediante formulación de cargos a RAPPI S.A.S.*

Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor. Superintendencia de Industria y Comercio.

Por: Felipe Pulido Cantero.
(Universidad del Rosario)

La Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución N° 40212 del 28 de agosto del 2019, le ordenó a la sociedad RAPPI S.A.S. lo siguiente: (i) Que se les indicara a los consumidores que contaban con el derecho de retracto y reversión de pago en transacciones electrónicas. (ii) Que se incluyera en la aplicación y página web un enlace visible de la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio. (iii) Que se dispusiera un mecanismo que recibiera peticiones, quejas y reclamos de los consumidores, con su respectiva herramienta de seguimiento y la posibilidad de acudir a las autoridades competentes en el caso que se requiriese. (iv) Que se ajustaran las cláusulas de los Términos y Condiciones (en adelante “T&C”) para no excluir de responsabilidad a RAPPI S.A.S. por el incumplimiento de las obligaciones que por ley le corresponden. (v) Que se

incorporaran los Términos y Condiciones en cualquier publicidad comercial. (vi) Que se incluyeran, tanto en la página web, como en la aplicación, el precio total de los productos –incluyendo los gastos e impuestos correspondientes que debe pagar el consumidor. (vii) Que lo convenios comerciales que tenía RAPPI S.A.S. con sus aliados fuesen establecidos de forma clara, en lo que respecta a la efectividad de la garantía.

La Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor le otorgó a RAPPI S.A.S. 30 días hábiles para cumplir las órdenes. Transcurrido ese plazo, la Superintendencia de Industria y Comercio examinó el cumplimiento de las órdenes y encontró que las órdenes números (ii) y (v) se cumplieron a cabalidad.

Sobre las demás órdenes, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio consideró lo siguiente:

- Respecto de la orden número (i), la sociedad RAPPI S.A.S. incurrió en un presunto incumplimiento al limitar el derecho de retracto de compras, justificado en que el único producto propio que se vendía por la sociedad era la membresía de “RappiPrime” y los otros bienes y/o servicios eran ofrecidos por sus aliados comerciales y ellos eran simples “intermediarios” de estos.

- Respecto a la orden número (iii), la resolución afirmó que Rappi S.A.S. cumplió de forma parcial debido a que, aunque se implementó el mecanismo de Peticiones, Quejas y Reclamos en la plataforma y página web, no se evidenció el mecanismo que permite al usuario



obtener información posterior de su trámite respectivo.

- En relación con la orden número (iv) sobre la modificación de los T&C para que la sociedad no excluyera su responsabilidad frente a las obligaciones que por Ley le corresponden, la resolución consideró que los T&C fueron ajustados, pero seguían manteniendo las estipulaciones legales que seguían exonerando de responsabilidad total a RAPPI S.A.S. como proveedor de bienes y/o servicios.

- En lo que respecta a la impartición número (vi), en la cual se solicitó incluir los costos e impuestos totales para evidenciar el precio final de los productos, RAPPI S.A.S argumentó que no eran ellos quien definían los precios, gastos y costos, puesto que son sus aliados comerciales quienes exhibían sus precios. Al respecto, la resolución encontró que los T&C permiten incrementar los precios de los productos presumiendo la manifestación de voluntad del consumidor de aceptar ese precio posteriormente modificado.

- Finalmente, en lo concerniente a la orden número (vii), la sociedad RAPPI S.A.S. alegó ser un portal de contacto y, por tanto, consideró que, al ser un intermediario entre el consumidor y los proveedores aliados, RAPPI S.A.S. no debe responder por la garantía de los productos ofrecidos a través de RAPPI. Al respecto, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor consideró que en este caso se presentaría un presunto incumplimiento del artículo 10 de la Ley 1480 del 2011 en relación con la obligación solidaria de responder por la garantía, la cual estaría a cargo no solo exclusivamente de los proveedores aliados

sino también de RAPPI como plataforma de comercio electrónico.

Por lo anterior, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio encontró mérito para formular pliego de cargos en contra la sociedad RAPPI S.A.S., por la posible omisión de las órdenes impartidas en la resolución N° 40212 del 28 de agosto del 2019.

Derechos de autor y conexos

Sociedades de gestión colectiva. Legitimación para demandar por infracción de derechos de autor

Proceso Verbal iniciado por la Organización Sayco Acinpro-OSA contra la sociedad Nuevo Rápido Quindío S.A. Referencia 1-2018-64115 Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de autor 21 de agosto de 2019

*Por: Juliana Pérez
(Universidad del Rosario)*

Ante la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, la Organización Sayco Acinpro -OSA- presentó una demanda por infracción de derechos de autor en contra de la sociedad Nuevo Rápido Quindío S.A. La demandante alegó que en los buses afiliados a la sociedad demandada se había realizado ejecución pública de obras audiovisuales y musicales del repertorio administrado por SAYCO y ACINPRO a través de radios y televisores sin la respectiva autorización. La



demandante solicitó que se condene por el presunto detrimento patrimonial que el demandado causó durante los años 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

La Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor indicó que, de conformidad con el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993, ciertos derechos pueden ejecutarse o hacerse valer en procesos administrativos o judiciales por las sociedades de gestión colectiva que agrupan los intereses de dichos titulares debido a que estas gozan de una legitimación presunta que las faculta para gestionar los derechos que administran. A su vez, el artículo 2.6.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015 señala que una vez estas sociedades de gestión colectiva obtengan personería jurídica y autorización de funcionamiento estarán facultadas para hacer valer los derechos que se le han confiado en procesos tanto administrativos como judiciales con el simple requisito de aportar al proceso una copia de sus estatutos y su certificado de existencia y representación legal otorgado por la Dirección Nacional de Derecho de Autor como es el caso de SAYCO y ACINPRO.

En ese orden de ideas, la sentencia examinó la relación entre las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO con la demandante OSA. Al respecto, se concluyó que la demandante tiene un interés legítimo para demandar pues, si bien no es una sociedad de gestión colectiva, está autorizada por SAYCO y ACINPRO para realizar el recaudo de obras musicales y de comunicación al público en virtud de un contrato de mandato celebrado entre las dos sociedades.

Establecida la legitimación de la demandante, la sentencia explicó que el artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993 entiende por comunicación pública cualquier acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Para que se configure la comunicación pública, se requiere la realización de la actividad o actuación del sujeto infractor, por medio de la cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a las obras sin la previa distribución de ejemplares.

Teniendo en cuenta lo anterior y con base en el análisis de los elementos probatorios aportados por ambas partes, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor estableció que la sociedad NUEVO RÁPIDO QUINDÍO S.A. realizó actos de comunicación al público de obras y prestaciones protegidas cuyos derechos son gestionados por las sociedades de gestión colectiva mandantes de OSA, sin la correspondiente autorización previa y expresa. Por lo que se configuró la infracción de los derechos patrimoniales que tienen los titulares de los derechos exclusivos representados en este caso por la Organización Sayco Acinpro –OSA- al impedirles ejercer su facultad exclusiva de autorizar la utilización de obras que administra y además se menoscabó su interés en recibir una remuneración lo cual se traduce como lucro cesante.



Arbitraje

Acción de tutela contra laudo arbitral que imponía sanción por juramento estimatorio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P.: Martín Bermudez Muñoz, 19 de septiembre de 2019, radicación: 11001-03-15-000-2019-01060-01. Demandante: Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A. Demandado: Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por: Laura Carolina Hernández Martínez (Universidad del Rosario)

La Sección Tercera del Consejo de Estado decidió la impugnación interpuesta por la sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A. contra la sentencia de tutela proferida el 24 de mayo de 2019 por la Sección Primera del Consejo de Estado que negó la solicitud de amparo contra el laudo arbitral del 28 de noviembre de 2018, corregido el 11 de diciembre del mismo año, por un Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Los hechos que dan lugar al proceso arbitral primigenio de este conflicto se resumen en la existencia de un contrato de construcción global entre la accionante SCIA (Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A.) y REFICAR (Refinería de Cartagena S.A.S.) con el objeto de hacer el montaje e instalación de equipos necesarios para la expansión de REFICAR, SCIA demandó ante un Tribunal de Arbitramento a Reficar alegando retrasos e incumplimientos

durante la ejecución que habrían generado sobrecostos y perjuicio.

De conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso, la sociedad SCIA solicitó *“una suma no inferior a COP\$ 28.684.801.431, incluyendo intereses e indexación hasta el 6 de noviembre de 2015, fecha de la presentación de la demanda”*. Tal solicitud fue acompañada por un dictamen pericial realizado por la firma Hill International y ratificado por la firma HKA. REFICAR excepcionó y presentó una demanda de reconvenición contra SCIA, estimando los perjuicios a cargo de la convocante en la suma de \$9.355.416.835.

El Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá resolvió que el juramento estimatorio formulado por la sociedad SCIA *“excedió el (50%) de lo que resultó probado en el plenario”*, por lo cual debía imponerse la sanción prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del C.G.P correspondiente a \$2.059.129.731, la cual debe ser pagada a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura o a quien haga sus veces, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral. El 11 de diciembre de 2018, el Tribunal Arbitral negó las solicitudes de aclaración y adición interpuestas por las partes y corrigió el error aritmético de la sanción impuesta.

La sociedad SCIA solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, que en su criterio fueron vulnerados por el laudo arbitral, por medio de una tutela que fue resuelta y negada por la Sección Primera del Consejo de Estado el 24 de mayo de 2019.



La accionante acusa al laudo de adolecer de cuatro defectos que hacen procedente la tutela: (i) El Tribunal de Arbitramento incurrió en defecto sustantivo, pues el Tribunal de Arbitramento le impuso una sanción sin tener en cuenta su actuar diligente y no temerario, con lo cual se aparta de la sentencia C-157 de 2013. (ii) Un defecto fáctico debido a que desconoció el valor probatorio del dictamen aportado y su ratificación para fundar su cuantía. puesto que se basó en la experiencia personal de los árbitros por encima del valor técnico de aquél sustento y “*prefirió el dictamen allegado por REFICAR*”. (iii) Violación al derecho a la igualdad porque dio un trato diferencial a las mismas conductas de las partes, sabiendo que sólo se probó el 26.5% de las pretensiones solicitadas por REFICAR, a quien se exoneró de la sanción. (iv) El laudo arbitral desconoció el precedente, pues le impuso la sanción prevista en el artículo 206 del C.G.P. sin tener en cuenta que en otras decisiones arbitrales por los mismos miembros del Tribunal de Arbitramento se han abstenido de imponer aquella multa.

Dando respuesta a estos fundamentos, la sección primera decidió que se cumplía el criterio objetivo para la imposición de la multa, dado que el juramento estimatorio había excedido el 50% del monto de los perjuicios efectivamente probados. Adicionalmente, encontró que se encontraba probada la temeridad del demandante en tanto convalidó el proceder errado de los peritos al desconocer las condiciones reales del contrato pactado, el cual contenía una cláusula penal y al aprobar un dictamen con un monto superior al que señalaban sus propios registros contables. Finalmente, la sentencia de primera instancia afirmó que,

por la naturaleza de la justicia arbitral y el principio de autonomía de la voluntad de las partes al acudir a ella, se “*hace imposible la adaptación de la teoría del precedente vertical respecto de laudos arbitrales*” y por su naturaleza transitoria tampoco la de un precedente horizontal.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver la impugnación, consideró que el juramento estimatorio busca “*preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas temerarias y fabulosas*”. La sentencia encontró probada la existencia de temeridad pues los dictámenes periciales de la demandante se acomodan subjetivamente a sus pretensiones y pretendían una cuantía que desconoce el contrato y su forma de pago.

En relación con el argumento según el cual el laudo arbitral habría violado el principio de igualdad, la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló que el demandado REFICAR no faltó al cumplimiento de deberes y cargas impuestos por el juramento estimatorio porque se atuvo a lo pactado, a lo previsto legalmente y se apoyó en pruebas oportunamente solicitadas. Por último, se refirió a los precedentes en laudos arbitrales señalando que no es admisible en este tipo de casos, porque las partes voluntariamente decidieron sujetarse a lo resuelto por particulares que no están sujetos a precedente horizontal o vertical.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala Tercera del Consejo de Estado decidió confirmar la sentencia de tutela dictada el 24 de mayo de 2019 por la Sección Primera del mismo órgano.



Derecho contractual

Nulidad absoluta del contrato de Promesa de Compraventa. Restituciones por equivalencia en casos de interés general.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, SC3642-2019, Radicación nº 11001-31-03-007-1991-02023-01. 9 de septiembre de 2019.

Por: Laura Carolina Hernández Martínez (Universidad del Rosario)

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por ambas partes frente a la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario que dos personas naturales adelantaron en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. Los demandantes pretendieron la nulidad absoluta de un contrato de promesa de compraventa de un predio ubicado en el Bosque Oriental de Bogotá, el cual fue celebrado el 22 de abril de 1977.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá (el “Tribunal”) revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad absoluta del contrato de promesa, debido a que no cumplía con las exigencias del artículo 89 de la ley 153 de 1887, pues la promesa adolecía de “*un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*”. La sentencia de segunda instancia ordenó restituciones mutuas y consideró que, al ser el predio indispensable para la prestación permanente y eficiente del servicio público esencial prestado por la Empresa de Acueducto, la restitución debía darse por

equivalencia por la suma de \$4.510.204.264,00.

En la demanda de casación presentada por la parte demandante, se alegó en primer lugar la falta de jurisdicción y ausencia de competencia funcional del Tribunal. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que el contrato de promesa celebrado es un contrato de derecho privado celebrado por la Administración, sujetándose a las normas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria pues no se trataba de un contrato que llevara en su naturaleza las facultades exorbitantes de la administración.

La demanda de casación señaló además que el avalúo que se tomó en cuenta para la restitución por equivalencia fue el adjunto por la parte demandada del Instituto Nacional Agustín Codazzi, el cual no fue debidamente decretado. Al respecto, la sentencia resalta que se cumplió con las formalidades para el decreto de la prueba del avalúo y que la publicidad del mismo permitió la contradicción por el demandante.

Adicionalmente, la parte actora alegó que la parte del predio que afecta la prestación del servicio público es mínima y que por ello no debía operar la restitución por equivalencia sobre la totalidad del predio. Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que la restitución por equivalencia de la totalidad del predio se debía a la importancia estratégica del predio, debido a que hace parte de la Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá.

La demandante también alegó que la sentencia de segunda instancia debió ordenar el pago de frutos civiles. La Sala



Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que, además de que no existía alguna destinación económica del inmueble antes de 1977 de la que pudiera alegarse alguna privación; la rentabilidad que se alega y que no fue probada por la parte, quien tenía la carga probatoria, se deriva de una actividad exclusiva de la empresa demandada, requiriendo una infraestructura especial y mejoras que fueron hechas por la misma.

La parte demandada alegó en casación la ausencia de elementos para declarar la nulidad de la promesa de compraventa. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que de conformidad con el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, se requiere que la condición y/o plazo sea determinado y que la ratificación de la promesa tiene que ser, según el artículo 1753 del Código Civil, por escrito e indicando la época en que se otorgaría la escritura de compraventa que perfeccionara el contrato prometido.

La parte demandada alegó que el tribunal debió haber declarado la posesión por parte de la Empresa de Acueducto, pues *“la entrega anticipada en desarrollo de una promesa de venta transfiere posesión y no solo la mera tenencia”*. Al respecto, la sentencia indicó que con la aprehensión material del inmueble, la Empresa de Acueducto no tenía ánimo de señor y dueño y por ende se trató de la mera tenencia de la cosa. Al respecto explicó que *“cuando el promitente comprador recibe el inmueble como cumplimiento anticipado de la obligación de entrega, toma conciencia de que el dominio de ese bien no le corresponde aún”*. Debido a que la promesa y el contrato prometido son negocios jurídicos independientes y la única prestación esencial de la promesa es

la de celebrar el contrato futuro, ésta se excluye de ser un título traslativo de dominio.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia y, por lo contrario, mantuvo en firme la decisión del Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

El documento completo puede consultarse aquí:

<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/09/SC3642-2019.pdf>

Propiedad industrial

Causales de Irregistrabilidad de marca. Examen de registrabilidad. Reglas de Cotejo Marcario.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00143-00. 29 de agosto del 2019. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

*Por: Felipe Pulido Cantero
(Universidad del Rosario)*

El Consejo de Estado se pronunció sobre la demanda interpuesta por Philip Morris Products S.A., en ejercicio de la acción de nulidad relativa en contra de las resoluciones que concedieron el registro de la marca de carácter mixto *Embassy*, en favor de la sociedad British American Tobacco (Brands) Limited S.A. La parte actora se opuso al registro marcario afirmando que se evidenciaba un riesgo de confusión notorio y un aprovechamiento injusto de la marca, con respecto a las



marcas –previamente registradas– de Philip Morris Products S.A. (*Marlboro* y *Marlboro Lights*), bajo la clase 34 de la Convención de Niza.

La demandante afirmó que se violaron los literales *a)* y *h)* del artículo 136 de la Decisión 486 del 2000, dado que no se cumplían los requisitos legales exigidos por la norma para su respectivo registro. De igual manera, se alegó que no se siguieron las reglas de cotejo establecidas por el Tribunal de la Comunidad Andina.

El análisis que realizó el Consejo de Estado giró en torno a cuatro aspectos fundamentales: (i) Las causales de irregistrabilidad, (ii) el examen de registrabilidad, (iii) las reglas del cotejo marcario y (iv) la comparación de marcas conflictuadas.

En lo que respecta a (i) las causales de irregistrabilidad, la sentencia indicó que, conforme a lo indicado en el literal *a)* del artículo 136 de la Decisión 486 del 2000 no se podían registrar aquellas marcas que sean idénticos o semejantes a una marca previamente solicitada o registrada por un tercero, debido a que la marca podría causar un cierto riesgo de confusión o asociación. Además, el literal *h)* del mismo artículo estipula que tampoco serán registradas las marcas que constituyan una reproducción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido y cuyo titular sea un tercero, sin importar los productos o servicios aplicables del signo, con el fin de evitar el riesgo de confusión o de asociación, y así no provocar un aprovechamiento injusto del prestigio del signo y no afectar su valor comercial o publicitario.

Ahora bien, en lo que respecta al (ii) examen de registrabilidad, el Consejo de Estado encontró que, la normatividad comunitaria exige que la identidad o semejanza entre los signos genere un riesgo de confusión o de asociación al público consumidor. El Tribunal Andino sostuvo que la identidad o semejanza de los signos se presenta de forma directa (cuando se induce al comprador a adquirir un bien o servicio, pensando que está adquiriendo otro) y de forma indirecta (cuando los productos o servicios ofrecidos/policitados cuentan con un origen empresarial común). Por lo anterior la norma de la Comunidad Andina evita que el consumidor asocie el origen de un producto o servicio a otro origen empresarial diferente y así impide que las empresas se beneficien de la actividad comercial ajena.

Por otro lado, al analizar (iii) el cotejo marcario, el Consejo de Estado señaló que existen cuatro reglas para determinar la identidad o semejanza entre las marcas cuando se presenta un conflicto, las cuales son aplicables a los signos. Estas reglas son las siguientes: primera, se debe tener en cuenta la unidad fonética, ortográfica, figurativa y conceptual de los signos. Segunda, se debe analizar primero un signo y después el otro (evitar realizar un análisis simultáneo), lo cual se denomina como “*cotejo sucesivo*”. Tercera, el análisis que se realice deberá siempre enfatizar las semejanzas y nunca las diferencias, con el fin de apreciar el riesgo de confusión o asociación. Y cuarta, se deberá analizar la posición del consumidor medio (público en general), el cual se presume como informado y atento de aspectos razonablemente genéricos de los bienes o servicios que pretenden consumir.



Finalmente, el Consejo de Estado realizó (iv) la comparación de marcas conflictuadas. Se señaló que el cotejo de marcas figurativas y mixtas era más complejo debido a que debía ofrecerse protección, tanto al aspecto gráfico como al aspecto denominativo e ideológico. Indicó que el elemento denominativo de los signos mixtos es el que prepondera en la mente de los consumidores de bienes o servicios. Sin embargo, si el elemento gráfico del signo mixto es el determinante, no debería existir riesgo de confusión, pero si fuese el elemento denominativo se deben aplicar las reglas de comparación entre signos denominativos.

El Consejo de Estado procedió a realizar la comparación y no encontró similitudes ortográficas y fonéticas entre los signos. De igual manera, no se evidenció una similitud ideológica debido a que las expresiones de las marcas cuestionadas evidenciaban una diferente evocación de ideas al consumidor. Se afirmó que la marca *Embassy*, *Marlboro* y *Marlboro lights* contaban con unos elementos particulares respectivos y que era fácil identificar su distintivo origen empresarial, lo cual provocó que se descartara el riesgo de asociación o confusión, así como el aprovechamiento del prestigio alegado por la parte demandante. Cabe mencionar que la parte actora alegó la semejanza gráfica del “*pentágono*” con el que contaban sus productos y la marca registrada, la cual se descartó fundamentado en que sus tamaños y contextos eran diferentes y que no existía identidad gramatical.

Teniendo en cuenta lo mencionado, el Consejo de Estado denegó las pretensiones de la demanda.