



Seneor Lawyers

7 472

Calle 117 A No. 09 B – 08 Bogotá Colombia
PBX (057 1) 7460107

email seneoryseneor@seneorlawyers.com
www.seneorlawyers.com

Bogotá D.C-Colombia

Señor

Juez Quinto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
E. S. D.

0JM3J17FEB'2011:23

RADICADO: 2019 - 00399
DEMANDANTE: GASTROINNOVA S.A.S.
DEMANDADO: DYVAL S.A.
ASUNTO: Recurso de Apelación



JULIO JOSÉ SENEOR, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado inscrito y en ejercicio, obrando en calidad de apoderado de la parte pasiva de la presente acción por medio del presente escrito, me permito presentar ante usted **recurso de apelación contra la decisión en virtud de la cual fija la caución** para decretar 3 medidas cautelares, emitida dentro del proceso de la referencia con fecha de 11 de febrero de 2020 y notificado en el estado No. 21 del día 13 de febrero de 2020, de la siguiente forma.

PRIMERO: Procedencia del recurso

De conformidad con el Numeral 8º artículo 321 que señala expresamente:

“ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA. *Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.*

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia

8. El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.”

Por tanto, por expresa autorización de la ley, el auto que fije el monto de la caución es apelable.



Seneor Lawyers

Calle 117 A No. 09 B – 08 Bogotá Colombia
PBX (057 1) 7460107

email seneoryseneor@seneorlawyers.com
www.seneorlawyers.com

Bogotá D.C-Colombia

479

SEGUNDO: PROCEDENCIA DEL RECURSO ANTE LA SOLICITUD DE ADICIÓN DE LA PROVIDENCIA

Teniendo en cuenta que también se presenta una adición de la providencia recurrida, nos permitimos invocar el artículo 322 numeral 2º inciso 2 y 3 que indica:

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

Si antes de resolverse sobre la adición o aclaración de una providencia se hubiere interpuesto apelación contra esta, en el auto que decida aquella se resolverá sobre la concesión de dicha apelación

En ese orden de ideas, conforme la legislación procesal civil, es procedente presentar la apelación, así este pendiente una solicitud de adición a una providencia, incluso es un comportamiento deseable, pues fomenta o permite que el proceso tenga celeridad, al evita un ingreso a despacho para decidir sobre una apelación únicamente, por lo que decidimos comportarnos procesalmente de dicha manera, pues somos los más interesados en que el presente proceso sea resuelto oportunamente, máxime cuando mi poderdante demandó a GASTROINNOVA

S.A.S. por infracción de marca al usar a expresión , la cual la Superintendencia, señaló que era similar a la expresión DELI de DYVAL S.A.

TERCERO: Término de Ejecutoria:

En el presente caso, el término de ejecutoria se cuenta de la siguiente manera



- 1180
- a) La notificación del auto apelado se realizó el día 13 de febrero de 2020, por medio del estado No. 21
 - b) El artículo 302 inciso 3° del C.G.P. nos indica que el termino de ejecutoría son 3 días contados a partir de su notificación, por tanto, este corre entre los días 14, 17 y 18, Lo que se compagina con lo señalado en el artículo 322 numeral 1° inciso 2° que otorga 3 días para formular recurso

En ese orden de ideas, el recurso es tanto procedente, como pertinente, al presentarse en el plazo contemplado en la ley.

CUARTO: Señala el auto recurrido que:

"Para efectos de decretar la medida solicitada con la demanda, la demandante prestara caución por la suma de \$120'000.000..."

Y el auto que resuelve la reposición en este aspecto señala que:

"En lo que respecta a la cifra fijada como caución para el decreto de las mismas, esta se estableció conforme al artículo 590 numeral 2° del C.G.P., por lo que no habrá de modificarse..."

Dicha suma establecida, resulta ínfima y no se compadece con lo señalado en la ley, en especial con el numeral 2° del artículo 590 que establece:

"2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No



será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia."

Siguiendo el hilo conductor que nos impone la norma anterior se evidencia que las pretensiones de la demanda son las siguientes:

- a) \$600'000.000 por concepto de cláusula penal
- b) Intereses moratorios que doblan el capital según se lee en la misma demanda.

*"... Lo anterior teniendo en cuenta que ésta obligación estaría en mora desde la fecha de presentación de las oposiciones al registro de la marca y, al calcularse los eventuales intereses moratorios, **estos podrían estar doblando el valor del capital,**..." (Negrilla fuera de texto)*

Por tanto, en intereses la parte demandante pretende como mínimo \$600'000.000

En ese orden de ideas, si las pretensiones son como mínimo de \$120'000.000, el 20% que señala la norma transcrita (Art. 590.2) equivale a \$240'000.000, por lo que sería el doble de la caución impuesta.

QUINTO: Volviendo nuevamente sobre la norma transcrita citada y base del monto de la caución, se señala

"2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%)..."

Resulta evidente que para decretar CUALQUIERA de las medidas cautelares se debe constituir una póliza por el 20% de las pretensiones.



Calle 117 A No. 09 B – 08 Bogotá Colombia email seneoryseneor@seneorlawyers.com
PBX (057 1) 7460107 www.seneorlawyers.com
Bogotá D.C-Colombia

Pero en este caso el demandante exige la práctica de **3 medidas cautelares** distintas: (i) Fiducia con el 10% del valor bruto de cada una de las facturas, (ii) Prohibición de reparto de utilidades y (iii) inscripción de las medidas cautelares en el registro mercantil de la sociedad.

Por tanto como se trata de 3 medidas cautelares distintas y la norma textualmente indica que por la práctica de CUALQUIERA DE ELLAS, esto es una sola, cualquier que sea, la caución es del 20% de las pretensiones, en este caso, como son varias cautelas (3 medidas cautelares), la caución debe tener en cuenta dicha circunstancia y aumentarse proporcionalmente a la petición del actor.

SEXTO: CIRCUNSTANCIAS RAZONABLES QUE AMERITAN EL AUMENTO DE LA CAUCIÓN.

De conformidad con el mismo artículo 590.2, la caución puede ser aumentada de oficio o a petición de parte, en caso que hubiere razones para ello y en este caso hay razones de sobra, toda vez que:

- a) La medida cautelar No. 1 pretende congelar el 10% de toda la facturación de DYVAL S.A., incluyendo los impuestos como el IVA o el IMPUESTO AL CONSUMO (IPOCONSUMO), ya que se pidió sobre el monto del valor BRUTO de la factura, esto significa que se incluyen los impuestos, inclusive el dinero que es del Estado colombiano.

En otras palabras, el demandante pretende medidas cautelares, tanto contra DYVAL S.A., como contra el estado colombiano, ya que el IVA es del Estado y no de quien lo recauda.

Por tanto, si lo que se pretende es tan gravoso, (10% de todo el ingreso operacional más lo que se recauda por IVA) al punto que involucra valores y



sumas de dinero de la Nación, lo lógico es que la caución se compadezca de dicho pedido y cubra los perjuicios que tal medida puede causar, los cuales son tanto patrimoniales (multas, sanciones e intereses) hasta penales, conforme el artículo 402 del Código Penal.

“El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguiente a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas”

Por tanto, se insiste, si las medidas cautelares incluyen dineros de la Nación y por no entregarlos, se incurre tanto en multas como en un delito, la caución debe tener en consideración dicha circunstancia y los perjuicios relacionados.

- b) Segunda Medida Cautelar, consistente en congelar todas las utilidades (calculadas mensualmente) y entregarlas a una fiducia.

Los ingresos que obtienen para vivir los socios de DYVAL S.A. provienen de las utilidades que arroja dicha sociedad, por tanto, con la medida, se causa un gran perjuicio pues se les quita una de sus principales fuentes de ingreso.

Estos perjuicios, derivados de la imposibilidad de recibir dichos ingresos no se ven protegidos con la caución decretada por el aquo.

- c) Tercera medida cautelar: Inscripción de la demanda y las medidas cautelares en el registro civil.



Seneor Lawyers

Calle 117 A No. 09 B – 08 Bogotá Colombia
PBX (057 1) 7460107

email seneoryseneor@seneorlawyers.com
www.seneorlawyers.com

Bogotá D.C-Colombia

Los perjuicios que se causan por esta medida cautelar son reputacionales, consistentes en la pérdida del buen nombre que goza en el mercado DYVAL S.A., pérdida de oportunidad, pues dejará de ser una empresa interesante para invertir o suscribir negocios con ella y dificultará el acceso al crédito que toda empresa requiere para obtener capital de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, claramente una caución por el 20% resulta irrisoria frente a la gran cantidad de perjuicios que se pueden generar, los cuales van más allá de temas económicos ya que tienen implicaciones de tipo penal y reputacionales en general.

Por lo que hay razones más que suficientes para justificar la siguiente

PETICIÓN

Revóquese el auto en virtud del cual se admite la demanda, en cuanto señala el monto de la caución y en su lugar establézcase una caución que se ajuste a la ley, a la cantidad, a la agresividad y a los perjuicios que con estas se causaría a la sociedad DYVAL.

Ruego a usted darle al presente escrito el trámite correspondiente,

Cordialmente,



JULIO JOSE SENEOR
C.C. 79.146.179 de Bogotá
T.P. 33.375 del C. S. de la J