



BOLETÍN COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

No. 1588 octubre 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 Avila
Alejandro Páez Medina
Sebastián Salazar Castillo
Luis Fernando Rincón Cuellar

REPRESENTANTE EX

PRESIDENTES:

PRINCIPAL:

Carlos Humberto Jaimes

SUPLENTE:

Luz Helena Perdigó

COMISARIOS DE CUENTAS:

PRINCIPAL:

Fanny Patricia Lozano Cañizales

SUPLENTE:

José Alejandro Márquez Ceballos

Colegio de Abogados Comercialistas

ISSN: 2339 - 3351

Bogotá – Colombia.

Editor: Arturo Sanabria Gómez

Director: Jorge Oviedo Albán

Coordinadora del grupo editorial: Yira López Castro

Diagramación: Juliana Pérez Polanco

Colaboradores: María Camila Vera Tinjacá, Erika Tatiana Torres Vásquez, Jennifer Alexandra Marulanda Roncancio, Carolina Arlant De La Ossa, estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Juan Alonso Sierra Martínez, estudiante de la Universidad de La Sabana.



ÍNDICE

I. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Jurisprudencia civil

Responsabilidad médica. Obligaciones de medio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P.: Margarita Cabello Blanco, SC2804-2019. Radicación n.º 76001-31-03-014-2002-00682., 26 de julio de 2019.

Por: Carolina Arlant De la Ossa
(Universidad del Rosario)

Coaseguro. Aplicación del deducible.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, SC2482-2019; Radicación n.º 11001-31-03-008-2001-00877-01., 9 de julio de 2019.

Por: Carolina Arlant De la Ossa
(Universidad del Rosario)

Propiedad intelectual

Las obras musicales y audiovisuales tienen distintas medidas especiales de protección

Corte Constitucional – Sala Plena Sentencia C – 088 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez (27 de febrero de 2019).

Por: María Camila Vera Tinjacá
(Universidad del Rosario)

Indemnizaciones por infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos

Corte Constitucional – Sala Plena Sentencia C - 345 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (31 de julio de 2019).
Por: María Camila Vera Tinjacá
(Universidad del Rosario)

Protección de nombre comercial frente a registro marcario

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P.: Hernando Sánchez Sánchez. 30 de mayo del 2019. Radicado número: 11001-03-24-000-2012-00322-00
Por: Juan Alonso Sierra Martínez
(Universidad de La Sabana)

II. NOVEDADES JURÍDICAS DE INTERÉS

Derecho del consumo

Reiteración de violaciones al Estatuto del Consumidor por parte de RAPPI S.A.S.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 40212 de 2019.
Por: Alexandra Marulanda Roncancio.
(Universidad del Rosario)

Del tratamiento de los datos personales

Superintendencia de Industria y Comercio Rad: 18-274065
Por: Alexandra Marulanda Roncancio
(Universidad del Rosario)



Derecho societario

No es viable enjugar pérdidas con la prima de colocación de acciones, salvo que la sociedad se encuentre en casual de disolución

Superintendencia de Sociedades
Oficio 220-089664 del 27 de agosto de 2019

Por: Erika Tatiana Torres Vásquez
(Universidad del Rosario)

III. DERECHO COMPARADO

Derechos de autor en fotografías.

Doctrina del *Fair Use*

Juliana Pérez Polanco

The Andy Wharhol Foundation vs
Goldsmith

United States District Court, Southern
district of New York

Case 1:17-cv-02532-JGK

III. EVENTOS ACADÉMICOS

Seminario las garantías en la Insolvencia



I. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Jurisprudencia civil

Responsabilidad médica. Obligaciones de medio

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P.: Margarita Cabello Blanco, SC2804-2019. Radicación n.º 76001-31-03-014-2002-00682., 26 de julio de 2019.

***Por: Carolina Arlant De la Ossa
(Universidad del Rosario)***

La demandante solicitó que se declarara que el médico demandado era civilmente responsable por los daños padecidos por aquella como consecuencia de las cirugías que le practicaron en sus ojos y que, en consecuencia, se le condenara a indemnizarle el daño emergente y el lucro cesante que resultaran probados en el proceso.

El médico demandado se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las que denominó: “exoneración por cumplimiento de la obligación de medio”, “estar probado que el médico cumplió la debida diligencia y cuidado”, “ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil”, “causa extraña”, entre otras.

El juez de primera instancia negó las pretensiones al declarar probadas las excepciones propuestas por el demandado. Para llegar a esa conclusión, la sentencia indicó que no había plena certeza sobre la responsabilidad que a título de culpa se le atribuía al demandado. El juez de segunda instancia confirmó la decisión de primera instancia, por considerar que no estaban acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad. La sentencia de segunda instancia encontró que las pruebas recaudadas no acreditaban la existencia del daño, pues, si bien no se presentó que un restablecimiento o mejoramiento ocular de la paciente, no fue claro que se hubiese producido un perjuicio pues la demandante padecía desde años atrás de miopía alta y lo que la cirugía pretendió fue el mejoramiento sin que se hubiese producido el resultado esperado, pero no por acción u omisión del médico, quien obró de acuerdo con los procedimientos conocidos en el momento. Asimismo, afirmó que la parte actora no demostró la culpa ni el nexo causal. Además, dijo que tampoco se demostró que con el consentimiento informado la paciente no hubiese recibido información sobre el proyecto de tratamiento y los efectos que pudiera producir pues lo que se acreditó.

Contra esta decisión la demandante interpuso recurso de casación, formulando un único cargo por infracción de los artículos 1494, 1495 y 1502, 1602, 1603, 1604, 1613 y 1615 del Código Civil,



871 del Código de Comercio, artículo 1° del Decreto 3466 de 1982, 16 de la ley 446 de 1998, 78 de la Constitución Política, como consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas.

La Corte Suprema de Justicia inició sus consideraciones analizando si el juez de segunda instancia había cometido un error de hecho en la apreciación de las pruebas tendientes a la comprobación de si la obligación del médico era de resultado y concluyó que la sentencia no había incurrido en errores evidentes y manifiestos al respecto. Explicó la Corte Suprema de Justicia que la doctrina probable ha considerado que las obligaciones que asume el médico son de medio y, excepcionalmente, de resultado. En el caso concreto, el procedimiento realizado en los ojos de la paciente tuvo como objeto corregir una miopía alta y reducir la dependencia a los lentes de contacto, aclarando que se trataba de *reducir* y no de *eliminar o corregir totalmente* la dependencia a esos lentes y gafas. Además, precisó que la paciente había recibido amplia información referente al procedimiento quirúrgico, los riesgos y peligros usuales de la cirugía ocular, explicándole además que la medicina no es una ciencia exacta.

El resultado insatisfactorio (visión borrosa y distorsionada) lo atribuyó el médico demandado a un fenómeno de causa desconocida e imprevisible para la época de la intervención como fue la aparición de islas centrales, consideradas como una variable normal de topografía y cuyo

fenómeno se vino a entender dos años después.

La Corte Suprema de Justicia indicó que, aun cuando se calificara la relación médico-paciente como de consumo, allí también lo que garantizaría el demandado es la idoneidad de la prestación del servicio según las reglas de la técnica imperante. Las pruebas corroboraron la idoneidad de la praxis adelantada por el médico, por lo que los elementos de la responsabilidad civil quedaron descartados: el daño, que los expertos atribuyeron a las cataratas, y el nexo causal entre la intervención quirúrgica mencionada y esa visión borrosa y doble de la que se quejó la demandante.

Conforme a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia al no hallar demostrado los errores de hecho endilgados en la apreciación de las pruebas.

Coaseguro. Aplicación del deducible.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P.: Álvaro Fernando García Restrepo, SC2482-2019; Radicación n.º 11001-31-03-008-2001-00877-01., 9 de julio de 2019.

Por: Carolina Arlant De la Ossa
(Universidad del Rosario)

La Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia sustitutiva dentro del proceso ordinario adelantado por la sociedad Unión de Usuarios Médicos y Cajas – UNIMEC E.P.S. S.A. en liquidación en contra de la Aseguradora de Vida Colseguros S.A. y La



Previsora S.A. (esta última llamada en calidad de litisconsorte necesaria por pasiva).

La demandante solicitó que se condenara a la demandada a pagarle a la actora la totalidad de las indemnizaciones por siniestros originados en la póliza de seguros de enfermedades de alto costo. Aseguradora de Vida Colseguros S.A. se opuso a sus pretensiones y formuló las excepciones de fondo de pago de las reclamaciones, inexistencia de la obligación de pago por encontrarse las reclamaciones por debajo del deducible e inexistencia de la obligación de pago por encontrarse las reclamaciones por fuera de la cobertura de la póliza de seguro, prescripción de algunas reclamaciones e incumplimiento de las obligaciones del asegurado en caso de siniestro. También formuló excepciones previas, de las que prosperó la de falta de integración del litisconsorcio necesario por la parte pasiva, razón por la cual se ordenó la vinculación al proceso de La Previsora S.A.

La sentencia de primera instancia consideró que La Previsora S.A. había sido indebidamente vinculada pues era coaseguradora. El coaseguro se presenta cuando dos o más entidades aseguradoras asumen de común acuerdo un mismo riesgo, con el fin de distribuir entre ellas el interés y riesgos asegurados, sin crear solidaridad entre las aseguradoras, pues su responsabilidad es independiente (artículo 1095 del Código de Comercio). De esa forma, cuando se presenta un coaseguro no se configura un litisconsorcio necesario, de modo que, no le correspondía a Unimec

EPS S.A. dirigir la acción contra La Previsora S.A. Así mismo, la sentencia encontró configurada la prescripción de 37 reclamaciones y consideró que el asegurado no había demostrado la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del mismo conforme al art. 1077 del Código de Comercio, pues *solo* se limitó a afirmar la presentación de las correspondientes reclamaciones, anexando una relación de cuentas por pagar.

El Tribunal Superior confirmó la providencia recurrida, salvo en lo tocante con la condena en costas, que modificó para disponer que quedaban a cargo de la demandante, las causadas para la primigenia accionada y a carga de ésta las de La Previsora S.A.

En casación, la Corte Suprema de Justicia encontró que algunas reclamaciones no se encontraban prescritas y que en otros casos sí se encontraba acreditada la ocurrencia y cuantía del siniestro. La prosperidad meramente parcial de las excepciones mencionadas obligó al estudio de los otros mecanismos defensivos aducidos por la demandada, de los que no se había ocupado el juez de primera instancia: falta de cobertura, cuantía inferior al deducible y pago.

En cuanto a la cuantía inferior al deducible, expresó la excepcionante que “*el deducible es la primera parte de la pérdida que debe asumir el asegurado y en exceso del cual, se torna exigible la responsabilidad del asegurador (art. 1103 C. de Co.)*”. Con tal fundamento, consignó un cuadro en el cual se compendiaron las reclamaciones que se



encontraban por debajo del deducible previsto en la póliza, cuadro que también incluyó el concepto emitido por el perito. Para resolver esta excepción, la sentencia indicó que el deducible pactado en la póliza fue de \$500.000 y que en la póliza se estableció que el seguro cubriría aquellos gastos relacionados con el tratamiento de las Enfermedades de Alto Costo relacionados en una de las cláusulas de la póliza, hasta el Límite Anual por Persona que se indica en la carátula, una vez descontado el deducible actual por persona establecido en la misma carátula. Por tanto, la aplicación del deducible debía hacerse en relación con cada afiliado y no respecto de las reclamaciones presentadas, individualmente consideradas. Ello explica que exista pluralidad de solicitudes cuya cuantía es inferior a la suma de \$500.000, que fueron tramitadas y atendidas sin reparo por la demandada. Con tal criterio, se procedió a analizar la situación de cada uno de los afiliados sobre los que versó la excepción.

Finalmente, en cuanto a la excepción de pago, afirmó la demandada que esa hipótesis se presentó en las reclamaciones que especificó, de las que la Corte Suprema de Justicia excluyó aquéllas en relación con las cuales prosperó alguno de los otros mecanismos defensivos, como el pago parcial. En suma, la Corte Suprema de Justicia reconoció la prosperidad a la excepción, pero con alcance meramente parcial; esto es, en la cuantía señalada por el perito para cada reclamación del proceso.

En conclusión, la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia y dictó la

sustitutiva condenando a la demandada a pagar el valor de las reclamaciones en relación con las cuales no se propusieron excepciones o no prosperaron las alegadas, así como del saldo de aquellas reducidas con el pago acreditado.

Propiedad intelectual

Las obras musicales y audiovisuales tienen distintas medidas especiales de protección

Corte Constitucional – Sala Plena
Sentencia C – 088 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez (27 de febrero de 2019).

Por: María Camila Vera Tinjacá
(Universidad del Rosario)

La Corte Constitucional resolvió una acción pública de inconstitucionalidad en contra de los numerales 5 del inciso segundo del artículo 87 y 2 del artículo 92 de la Ley 1801 de 2016 - Ley 1801 de 2016-, los cuales se refieren a las obligaciones relacionadas con los establecimientos de comercio. El artículo 87, numeral 5 de la Ley 1801 de 2016 estipula que “*Para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales causante de pago, protegidas por las disposiciones legales vigentes sobre derechos de autor, mantener y presentar el comprobante de pago al día*”. Por su parte el artículo 92, numeral 2 dispone que “*No presentar el comprobante de pago, cuando a ello hubiere lugar, de obras musicales*



protegidas por las disposiciones legales vigentes sobre derechos de autor (...)”.

La accionante consideró que las normas acusadas desconocían por omisión el principio de igualdad contemplado en el artículo 13 superior, pues establecen una diferenciación injustificada entre las herramientas de protección de los derechos derivados de las obras musicales y de las obras audiovisuales, como quiera que contemplan un mecanismo policivo que facilita la gestión y el cobro de las prerrogativas patrimoniales que solo es aplicable a las primeras, a pesar de que ambas manifestaciones ostentan el mismo estatus jurídico y son explotadas económicamente de manera semejante en los establecimientos abiertos al público.

La Corte Constitucional hizo un análisis del primer cargo que se refería a la violación del principio de igualdad y resaltó que la igualdad, según se encuentra contemplada en el artículo 13 superior, tiene un triple rol en el ordenamiento jurídico: el de valor, el de principio y el de derecho.

En su rol de principio se ha considerado que opera como un mandato de optimización que dispone un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta general en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces.

La Corte Constitucional dio en este caso en específico un tratamiento como principio a la igualdad que la accionante alega se infringe en las normas acusadas y

determinó que en lo que corresponde a la igualdad de trato, comporta el surgimiento de dos mandatos específicos cuyo origen responde al deber ser que le es inherente; esto es, **(i)** dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalente, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente y **(ii)** el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional encontró que el primer cargo no tiene la aptitud para generar un pronunciamiento de fondo por su parte, comoquiera que la actora no desarrolló con certeza y suficiencia un criterio de comparación que permita sostener que el legislador, al expedir las normas demandadas, estaba en la obligación de otorgarle el mismo trato a los titulares de obras musicales y de obras audiovisuales.

La Corte Constitucional llamó la atención de que la finalidad principal de las normas cuestionadas es propender desde el ámbito propio del derecho policivo por brindar herramientas de control a las autoridades para conservar y favorecer la convivencia y velar por el cumplimiento de los deberes básicos de la vida en sociedad, con lo cual solo de manera colateral dicha disposiciones pueden llegar a facilitar la protección de los derechos de autor que, en todo caso, tienen su propio marco legal de protección.

Contrario a esto, la accionante estructuró su demanda bajo el entendido de que las normas acusadas tienen como objetivo principal la protección de los derechos de autor y que, en este sentido, resulta



injustificado que solo contemplen como beneficiarios de la misma a los titulares de obras musicales, excluyendo a los titulares de obras audiovisuales, quienes, a su juicio, se encuentran en una situación asimilable.

La accionante también desconoció que la explotación de las obras musicales y audiovisuales se efectúa bajo dinámicas diferentes debido al desarrollo propio de cada uno de los mercados en los que se comercializan.

Lo anterior, para la Corte Constitucional, constituye un aspecto relevante que debió ser analizado en la demanda para que la misma cumpliera con la carga argumentativa de suficiencia, pues constituye una distinción que podría justificar la decisión del legislador de exigir como presupuesto para la actividad económica contar con el recibo de pago al día de los derechos de autor de obras musicales y no contemplar tal exigencia frente a los derechos originados por la explotación de obras audiovisuales.

Finalmente, la Corte Constitucional resolvió declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de los numerales 5 del inciso segundo del artículo 87 y 2 del artículo 92 de la Ley 1801 de 2016, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Las indemnizaciones por infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos

Corte Constitucional – Sala Plena

Sentencia C - 345 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (31 de julio de 2019).

Por: María Camila Vera Tinjacá

(Universidad del Rosario)

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se presentó demanda en contra del artículo 32 de la Ley 1915 de 2018 “*Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos*”. Se presentaron dos cargos. El primero se resume en la violación del derecho a la igualdad, del preámbulo y del debido proceso pues el precepto normativo referido consagra dos sistemas a los que podrá sujetarse la indemnización que se cause como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por la comisión de las conductas descritas en la Ley 1915 de 2018, relacionadas con las medidas tecnológicas e información sobre gestión de derechos, a elección del titular del derecho infringido.

Uno de los sistemas es el régimen de indemnizaciones preestablecidas y el otro es el sistema de reglas generales sobre prueba de la indemnización, lo que el actor considera que rompe el principio de igualdad respaldado constitucionalmente en el Preámbulo y en el artículo 13 de la Constitución Política entre las personas a quienes se reclame una indemnización a través del sistema de indemnizaciones



preestablecidas y las personas a quienes se demande una indemnización de perjuicios por medio de las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios.

En el segundo cargo, el accionante advirtió que presentaba una violación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, puesto que considera que dicha norma establece que el gobierno deberá reglamentarla dentro de los 12 meses siguientes a la promulgación, lo cual es contrario al numeral 11 del artículo 189 Constitucional *“porque impone un límite de 12 meses para ejercer dicha potestad reglamentaria, límite que no está consagrado en la norma superior”*.

En cuanto al primer cargo, el demandante consideró que era inconstitucional por cuanto violaba el derecho a la igualdad desde dos perspectivas. En efecto, la primera desconoce la igualdad entre los infractores de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos y de quienes incurren en las conductas descritas en la Ley 1915 de 2018, relacionadas con las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos a quienes se demande vía sistema de indemnizaciones preestablecidas de un lado, y a quienes se demande vía reglas generales sobre la indemnización de perjuicios, de otro lado.

Desde la segunda perspectiva, el demandante dijo que irrespetaba la igualdad entre, por una parte, los demandantes por violación de los derechos patrimoniales de autor, de los derechos conexos y de las medidas tecnológicas y la información sobre gestión de derechos,

quienes pueden escoger la vía de las indemnizaciones preestablecidas o la de las reglas generales sobre la indemnización de perjuicios y, por otra parte, los demandados quienes no tienen esta elección.

Frente a la alusión de desigualdad que hizo el accionante, la Corte Constitucional afirmó que la Constitución Política no prohíbe de manera categórica las desigualdades de trato, lo que implica que algunas medidas que produzcan asimetrías pueden ser consideradas constitucionales.

En lo que respecta a la figura de las indemnizaciones preestablecidas, el gobierno nacional aún no ha reglamentado aquellas que surgen por la infracción de los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la Ley 1915 de 2018.

Para la Corte Constitucional resulta posible afirmar que, de conformidad con el análisis de otras instituciones jurídicas análogas como la cláusula penal, las indemnizaciones a las víctimas del conflicto armado por la vía administrativa, las indemnizaciones por infracción a los derechos de propiedad marcaria, entre otros, la Corte Constitucional entendió que las indemnizaciones preestablecidas son una figura que pretende valorar, con anterioridad a la ocurrencia de un daño, el monto del perjuicio, lo que supone que no debe probarse la tasación del daño efectivamente provocado, pero sí debe probarse el daño.

Finalmente, la Corte Constitucional resolvió declarar exequible el artículo 32 de la Ley 1915 de 2018, salvo la expresión *“El*



Gobierno Nacional dentro de los 12 meses siguientes a la promulgación de esta ley reglamentará la materia” que se declara exequible en el entendido de que, una vez cumplido este plazo, el gobierno nacional no pierde competencia para ejercer la potestad reglamentaria, bien sea para adoptar el respectivo reglamento, para expedir uno nuevo o para modificar, adicionar o derogar el reglamentado dictado.

Protección de nombre comercial frente a registro marcario

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo.
Sección Primera. C.P.: Hernando Sánchez Sánchez. 30 de mayo del 2019. Radicado número: 11001-03-24-000-2012-00322-00

***Por: Juan Alonso Sierra Martínez
(Universidad de La Sabana)***

El demandante solicitó que se declarara la nulidad del registro de la marca “PRODISABOR” que obtuvo la sociedad Productora y Distribuidora Internacional de Alimentos S.A., pues, según lo indicado en la demanda, tal registro marcario violaba el nombre comercial “PRODISABOR” usado por la sociedad demandante Productora y Distribuidora de Sabores y Aromas (Prodisabor S.A.S./ Prodisabor E.U.). Para la empresa demandante, la marca nominativa registrada reproduce el acrónimo que es parte de su nombre comercial.

La sentencia se refirió en primer lugar a los principios de primacía, obligatoriedad, aplicación y efecto directo del Régimen Comunitario Andino y posteriormente explicó su decisión a partir de la Interpretación Prejudicial recibida para este caso.

Así, se refirió en primer lugar a la definición de nombre comercial, el cual es un signo distintivo que identifica una actividad económica, una empresa o establecimiento de comercio. El nombre comercial tiene las siguientes características: a) puede coincidir o no con la razón social del empresario, b) identifica y diferencia la actividad empresarial de un comerciante determinado y c) el empresario puede contar con varios nombres comerciales.

La titularidad del nombre comercial se obtiene por el primer uso, por lo cual es necesario que quien alega ser titular de un derecho sobre un nombre comercial acredite su uso público, real, constante y efectivo. El uso puede probarse por diversos medios documentales como, por ejemplo: la escritura pública de constitución y de reforma parcial del estatuto social; certificaciones extendidas por autoridades competentes; facturas comerciales; documentos contables o certificaciones de auditoría y, en general, documentos que demuestren la regularidad y la cantidad de la comercialización de productos o servicios identificados con el mismo nombre comercial.

En ese sentido, la sentencia encontró probado que el demandante usó el nombre



comercial PRODISABOR con anterioridad a la solicitud de registro de la marca PRODISABOR y al realizar el cotejo marcario encontró que el nombre comercial presentaba identidad con la marca registrada con lo cual, dando aplicación al artículo 136 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, consideró que se configuraba una causal absoluta de irregistrabilidad pues la marca se asemeja a un nombre comercial anteriormente protegido.

Con base en lo anterior, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró nulas las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio que concedieron el registro de la marca y que habían negado la oposición que presentó el demandante durante el trámite de registro de la marca PRODISABOR.

II. NOVEDADES JURÍDICAS DE INTERÉS

Derecho del consumo

Reiteración de violaciones al Estatuto del Consumidor por parte de RAPPI S.A.S.

Superintendencia de Industria y Comercio.
Resolución número 40212 de 2019.

Por: Alexandra Marulanda Roncancio.
(Universidad del Rosario)

Mediante la Resolución número 40212 expedida el 28 de agosto, la

Superintendencia de Industria y Comercio le ordenó a RAPPI S.A.S. cumplir una serie de obligaciones para asegurar la protección efectiva de los derechos de los consumidores.

En primer lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio comenzó analizando el modelo de negocio de RAPPI S.A.S. con la intención de establecer con certeza si a la sociedad en mención la regían o no las normas sobre comercio electrónico. La Superintendencia de Industria y Comercio exhortó a RAPPI S.A.S. a aclarar su naturaleza jurídica, su objeto social y detalles del servicio que presta. De la respuesta que allegó RAPPI S.A.S., la resolución resaltó: "... en todos los casos, RAPPI S.A.S. actúa como una plataforma virtual de intermediación de tres (3) sujetos: 1) aliados comerciales, 2) consumidores y 3) rappideros. De esta manera, debe comprender que RAPPI S.A.S. actúa como un portal de contacto".

Teniendo en cuenta que RAPPI S.A.S. se definió como un portal de contacto, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó la diferenciación entre lo que es un portal de contacto y una plataforma en la que se expenden bienes y servicios, o plataformas de comercio electrónico. Al respecto, señaló que el primer modelo de negocio responde al relacionamiento que se hace entre una persona (natural o jurídica) que ofrece sus productos para comercialización y entre el consumidor quien puede contactar al vendedor gracias al portal. Por otra parte, las plataformas de comercio electrónico no se limitan al contacto entre quien ofrece el producto y



quien lo consume, pues hacen parte de la relación de consumo.

Según la Superintendencia de Industria y Comercio, la mayor diferencia entre los dos modelos de negocio redunda en que las plataformas de comercio electrónico representan una explotación económica en todas las etapas del negocio.

Siendo así, para la Superintendencia de Industria y Comercio, RAPPI S.A.S. no es un portal de contacto, sino una plataforma de comercio electrónico, conclusión a la que llegó después de estudiar las quejas, peticiones y reclamos de miles de usuarios y, en particular, por las siguientes razones:

1. RAPPI S.A.S. recibe más ganancias y es más rentable en la medida en que la operación de consumo se perfeccione; esto es, que los consumidores efectivamente adquieran los productos que se ofrecen.
2. La opción de pago que ofrece RAPPI S.A.S. en “Rappicréditos” y “Rappipay” pone en evidencia que la participación de RAPPI S.A.S. en el negocio no se limita al contacto, sino que, además, llega hasta el momento más importante de una operación de consumo; es decir, el pago.
3. A pesar de que RAPPI S.A.S. manifestó que la relación que existe entre el consumidor y el “rappitendero” es un mandato, lo cierto es que RAPPI S.A.S. es quien subroga los derechos del mandatario. En este punto, señaló

además la Superintendencia de Industria y Comercio que los consumidores son tan ajenos al término contrato de mandato que toda queja, petición o reclamo se interpone en primera medida ante RAPPI S.A.S., porque la sociedad es justamente quien está presente en toda la operación de consumo.

De esa forma, la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso a RAPPI S.A.S. el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1. Incorporar, en la plataforma de comercio y en la página web, un enlace que remita al consumidor a la Superintendencia de Industria y Comercio.
2. Ajustar las cláusulas de los términos y condiciones, para asegurar se cumplan las obligaciones incorporadas en el Estatuto del Consumidor.
3. Informar el precio total del producto, incluyendo todos los impuestos.

En caso de que RAPPI S.A.S. no cumpla con las anteriores obligaciones, podrá ser sancionada con hasta 1.000 SMMLV.

El documento completo puede ser consultado aquí:

<http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Orden%20Rappi.pdf>



Del tratamiento de los datos personales.

Superintendencia de Industria y Comercio.

Rad: 18-274065.

Por: Alexandra Marulanda Roncancio.

(Universidad del Rosario)

En este concepto la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió los siguientes asuntos: (I) ¿Qué es el tratamiento de datos? y (II) las obligaciones del responsable del tratamiento de datos.

La Superintendencia de Industria y Comercio, afirmó que el tratamiento de datos personales se refiere a cualquier tipo de operación que se haga sobre el dato. Al respecto, resaltó que siempre se hace imperiosa la autorización del titular de los datos, puesto que es justamente sobre él en quien recae la propiedad exclusiva de los datos.

Sobre la segunda cuestión, la Superintendencia de Industria y Comercio recalcó la importancia de que este tratamiento sólo se haga una vez se cuente con la autorización previa, expresa e

El pasado 27 de agosto de 2019, la Superintendencia de Sociedades recibió una comunicación mediante la cual se le plantearon los siguientes supuestos: *“una sociedad por acciones simplificadas (SAS), con un único accionista, tiene en su balance unas pérdidas acumuladas muy altas y una prima en colocación de acciones mayor a las pérdidas y no se encuentra en causal de disolución, sin embargo, la sociedad requiere enjugar*

informada del titular, toda vez que la autorización constituye la obligación principal del responsable del tratamiento de los datos personales. La autorización podrá ser: (I) escrita, (ii) oral o (III) con conductas inequívocas; es decir, que aquellas que no permiten duda o confusión.

El documento completo puede ser consultado aquí:

http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/022019/Rad18_18267888PDG.PDF

Derecho societario

No es viable enjugar pérdidas con la prima de colocación de acciones, salvo que la sociedad se encuentre en causal de disolución

Superintendencia de Sociedades

Oficio 220-089664 del 27 de agosto de 2019

Por: Erika Tatiana Torres Vasquez

(Universidad del Rosario)

esas pérdidas con el fin de tener una situación financiera positiva para ser presentada a entidades financieras y a sus contratantes”.

El consultante hace referencia al Concepto No 220-003212 del 10 de enero de 2012 y al Oficio 220.076476 del 21 de junio de 2013 en los que la Superintendencia de Sociedades consideraba viable enjugar pérdidas sin que la sociedad estuviese inmersa en la causal de disolución contra la



cuenta prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés.

Sin embargo, mediante el Oficio No 220-061029 del 22 de marzo de 2017 y el Oficio 220-066611 del 8 de junio de 2019, entre otros, la entidad concluyó que la prima en colocación de acciones hace parte del aporte entregado por el socio o accionista a la compañía y, por consiguiente, debe seguir las reglas del capital social para que los socios o accionistas dispongan de esa partida.

Conforme a lo anterior, el consultante solicita un nuevo análisis respecto de la doctrina de la entidad para que se le permita a una sociedad hacer uso de la colocación de acciones para enjuagar pérdidas sin existir una causal de disolución.

Acorde con la referida solicitud, la Superintendencia de Sociedades aclaró que, en concordancia con los artículos 151, 456 del Código de Comercio y el artículo 36 del Estatuto Tributario, la prima en colocación es un elemento jurídicamente inescindible del valor del precio al que se ofrecen las acciones y, por ende, sujeta a las restricciones predicables de este último.

De igual forma, la posición conceptual adoptada por la Superintendencia de Sociedades respecto del carácter inescindible de la prima en colocación de acciones fue reiterada en el artículo 91 de la Ley 1609 de 2012, en donde se reconoce que, para todos los efectos tributarios, el superávit de capital correspondiente a la prima en colocación de acciones hace parte del aporte y, por tanto, estará sometido a las

mismas reglas tributarias aplicables al capital.

De acuerdo con lo anterior y en concordancia con los artículos 144 y 145 del Código de Comercio, el valor de la prima en colocación de acciones no hace parte del rubro del capital al momento de determinar la causal de disolución por pérdidas y es por ello que los accionistas no están facultados a disponer de la misma para enjuagar pérdidas si no se encuentran dentro de una causal de disolución.

Es decir, en el caso concreto, los mecanismos a los cuales puede acudir una sociedad anónima simplificada para absorber las pérdidas se encuentran plasmados en el artículo 456 del Código de Comercio y el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008; es decir, mediante la creación de una reserva legal o una reserva especial para absorber determinadas pérdidas o estipular en la figura del artículo 123 del Código de Comercio la reposición de aporte.

Esta última figura pretende que el desembolso realizado por los asociados, al inicio o con posterioridad a la vigencia de la sociedad, conserve el contenido económico. La reposición de aportes no es un mecanismo para emitir participaciones, sino de conservar el valor de las alícuotas en cabeza de los asociados.

Para mayor información y visibilizar el documento en su totalidad, puede consultar aquí:

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-089664_DE_2019.pdf



III. DERECHO COMPARADO

Derechos de autor en fotografías. Doctrina del Fair Use

The Andy Warhol Foundation vs Goldsmith
United States District Court, Southern district
of New York

Case 1:17-cv-02532-JGK

Por: Juliana Perez

(Universidad del Rosario)

El pasado 1° de julio se profirió un veredicto en la Corte del Distrito Sur de New York del caso ANDY WHARHOL FOUNDATION FOR THE VISUAL ARTS vs LYNN GOLDSMITH ET AL. El juez John G. Koeltl desestimó la demanda de la fotógrafa Lynn Goldsmith contra el pintor Andy Warhol.

La demanda instaurada tenía como objeto de controversia una fotografía hecha por la fotógrafa Lynn Goldsmith y, por otro lado, la serie de obras del mundialmente conocido pintor Andy Warhol, siendo la parte demandada la corporación sin ánimo de lucro “Andy Warhol Foundation”, creada después de la muerte del pintor y propietaria de los derechos de transmisión de sus obras.

La fotografía de la que versaba el litigio es un retrato capturado por la demandante el 3 de diciembre de 1981 que capturaba la “esencia” del cantante mostrando en la imagen su carácter de persona “vulnerable”. Esta imagen fue licenciada

por la autora a la revista Vanity Fair quien la utilizó y a su vez la licenció a Andy Warhol para que la usara como referencia para un artículo sobre el cantante que estaría en la revista. Con base en la pintura creada para dicho artículo, Warhol creó la serie de pinturas denominadas “*The Prince Series*” sobre esta colección es sobre la cual la demandante clamaba una infracción a sus derechos de autor o como es llamado en el derecho anglosajón al “*copyright*”.

La Corte del Distrito Sur de New York se basó en la doctrina del “*Fair use*” o “*uso justo*” para fallar, la cual consiste en una excepción estatutaria a la violación de derechos de autor y necesita de la ocurrencia de cuatro (4) condiciones para configurarse.

La primera condición que analizó la Corte del Distrito Sur de New York fue la del aspecto “*transformativo*” de la nueva obra, en la cual se encontró que la obra de Warhol transformaba por completo el concepto de la original, pues mientras la fotógrafa buscaba retratar a un Prince “*vulnerable*” por medio de varias técnicas de fotografía como los colores claros entre otros, la pintura de Warhol lo retrataba como una figura icónica con colores vibrantes y matices fuertes.

La segunda condición examinada fue la de “*la naturaleza de la obra sobre la cual recaen los derechos de autor en conflicto*” sobre esta condición no existe ninguna controversia pues no existe duda de que el trabajo de Goldsmith es una obra creativa, por lo que esta condición no se tiene en cuenta al resultar neutra para ambas partes.



El tercer factor analizado para delimitar la constitución del “*fair use*” es la determinación de “*la cantidad sustancial reflejada en la obra objeto de controversia frente a la totalidad de la obra presuntamente infringida*” esta prospera a favor del demandado pues los elementos creativos de la fotografía se encuentran ausentes casi en su totalidad de la pintura, al agregarle colores distintos, modificar la imagen de un plano de tres dimensiones a uno de dos y solo utilizar la cara y una porción del cuello de la fotografía, cuando está reproducía también el torso del cantante entre otras.

Por último, se examinó “*el efecto del uso de la supuesta infracción en el mercado potencial de la obra original*”. Este elemento se configura cuando la infracción de derecho de autor tiene un efecto en el mercado al cual se dirige el autor original, en este caso concreto se decidió que no se presentaba una usurpación del mercado de Goldsmith por parte de las pinturas de Wharhol pues, aunque ambas coexistan en el mercado artístico, un producto no es sustituto del otro.

Así, la Corte del Distrito Sur de New York encontró que la serie de pinturas del artista Andy Wharhol “*The Princes Series*” no constituye una violación de derechos de autor de la fotógrafa Lynn Goldsmith, por la ocurrencia de un “*fair use*”.

IV. EVENTOS ACADÉMICOS

Los días 2, 3 y 4 de septiembre el Colegio de Abogados Comercialistas y el Colegio de Abogados Rosaristas llevaron a cabo el seminario denominado “*Las garantías en la Insolvencia*” coordinado por el doctor Gustavo Cuberos Gómez.

Las conferencias estuvieron a cargo de los doctores Nicolás Pájaro Moreno, Gustavo Cuberos Gómez y Diana Rivera Andrade.

El seminario comenzó con la conferencia del doctor Gustavo Cuberos Gómez con el tema “*Los acreedores con Garantía Real en la Insolvencia*”. El segundo día, el doctor Nicolás Pájaro Moreno analizó “*la Ley de Garantías Mobiliarias ante la Corte Constitucional*”. El seminario terminó con la conferencia “*Fiducia en Garantía: ¿Garantía Real en procesos concursales?*” a cargo de la doctora Diana Rivera Andrade.

Las conferencias tuvieron una gran acogida entre los miembros del colegio y asistentes no colegiados, quienes resaltaron la gran experiencia de los conferencistas y el dominio en los temas expuestos. Así mismo, resaltaron la importancia y pertinencia de los asuntos analizados en las conferencias, pues los problemas relacionados con la ejecución de las garantías hacen parte de la cotidianidad de quienes se enfrentan a los asuntos de insolvencia en la actualidad.