



# BOLETÍN COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

No. 1593 abril de 2020



## JUNTA DIRECTIVA

### **PRESIDENTE:**

Arturo Sanabria Gómez

### **VICEPRESIDENTE:**

Jorge Oviedo Albán

### **VOCALES PRINCIPALES:**

Gustavo Cuberos Gómez  
Jaime Humberto Tobar  
José Alberto Gaitán Martínez  
Hernando Parra Nieto  
Tulio Cárdenas Giraldo

### **VOCALES SUPLENTE:**

Juan José Ávila  
Yira López Castro  
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:** Yira López Castro

## ÍNDICE

### DERECHO SOCIETARIO

**Declaratoria de emergencia. Reuniones no presenciales. Reuniones ordinarias. Reuniones por derecho propio**

Ministerio de Comercio, Industria y Comercio. Decretos 398 (13 de marzo del 2020) y 434 (19 de marzo del 2020).

*Por: Laura Carolina Hernández Martínez  
Universidad del Rosario*

**Fusión internacional - Obligación de incorporar una sucursal de la sociedad extranjera absorbente en Colombia.**

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-050936 del 28 de febrero de 2020.

*Por: Juan Diego Cuevas Gómez  
(Universidad del Rosario)*

**Obstáculos del trámite del régimen de insolvencia transfronteriza.**

Superintendencia de sociedades. Oficio 220-015276 del 4 de febrero de 2020

*Por: Nelson Fabián Najjar Celis  
(Universidad del Rosario)*

### DERECHO CONTRACTUAL

**Contrato de obra en el derecho privado. Teoría de la imprevisión. Acto Propio. Suma fija global o valor unitario en contrato de obra.**

Tribunal de Arbitraje. Árbitros: Felipe de Vivero Arciniegas, María Claudia Rojas Lasso y Libardo Rodríguez Rodríguez, 17 de diciembre de 2019.

*Por: Juan Diego Cuevas Gómez  
(Universidad del Rosario)*

**Cesión de cuotas sociales. Interpretación de las cláusulas sobre paz y salvo del pago del precio.**

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia N°: SC772-2020

*Por: Juan Sebastián Rincón Vega  
(Universidad del Rosario)*

### DERECHOS DE AUTOR

**Protección de las obras arquitectónicas en el derecho de autor. Reproducción de una obra arquitectónica en un aviso publicitario y en una página web sin autorización del autor.**

Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. 13 de agosto de 2019.

*Por: Nelson Fabián Najjar Celis  
(Universidad del Rosario)*

### PROPIEDAD INDUSTRIAL

**Independencia del Registro Sanitario expedido por el INVIMA en el Registro Marcario de la Superintendencia de Industria y Comercio.**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P.: Nubia Margoth Peña Garzón. 12 de septiembre de 2019.

*Por: Laura Carolina Hernández Martínez  
Universidad del Rosario*



## DATOS PERSONALES

**Las casillas premarcadas por defecto no constituyen consentimiento previo, expreso e informado conforme la regulación de datos personales.**

Superintendente Delegado para la Protección de datos personales. Resolución 76538. 27 de diciembre de 2019.

*Por: Laura Carolina Hernández Martínez  
Universidad del Rosario*

***Deber de Facebook de acatar las normas colombianas respecto del tratamiento y protección de los datos personales de sus usuarios colombianos***

Superintendente Delegado para la protección de Datos Personales. Resolución No. 4885 de 2020.

*Por: Juan Roberto Puentes Suárez  
(Universidad del Rosario)*

## ARBITRAJE NACIONAL

**Arbitraje y dictamen pericial en el desarrollo de contratos para la explotación del petróleo crudo.**

Corte Constitucional, M.P.: Diana Fajardo Rivera, Sentencia C-021/20

*Por: Juan Sebastián Rincón Vega  
(Universidad del Rosario)*

## PRUEBAS ELECTRÓNICAS

***Valor probatorio de los pantallazos de WhatsApp***

Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2020, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas

*Por: Juan Roberto Puentes Suárez  
(Universidad del Rosario)*



## **DERECHO SOCIETARIO**

### **Declaratoria de emergencia. Reuniones no presenciales de Juntas de Socios, Asambleas Generales de Accionistas o Juntas Directivas. Reuniones ordinarias de asamblea. Reuniones por derecho propio**

Ministerio de Comercio, Industria y Comercio. Decretos 398 (13 de marzo) y 434 (19 de marzo).

***Por: Laura Carolina Hernández Martínez***

***Universidad del Rosario***

El Gobierno Nacional expidió los Decretos 398 y 434 de 2020 en respuesta a la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 que fue decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social el pasado 12 de marzo de 2020. Debido a que, si bien las reuniones ordinarias del órgano social competente se deben realizar antes del 31 de marzo de cada año, resultaba necesario tomar medidas que eviten la congregación de personas en las reuniones ordinarias.

De conformidad con el decreto, para efectos de las reuniones no presenciales de las que trata el artículo 19 de la Ley 222 de 1995 cuando se hace referencia a “todos los socios miembros” se entenderá que se trata de quienes participan en la reunión no presencial, siempre que se cuente con el número de participantes necesarios para deliberar. Así, podrá llevarse a cabo la reunión no presencial del máximo órgano cuando todos los participantes necesarios para deliberar y

decidir se encuentren por comunicación simultánea o sucesiva, corroborando su identidad y legitimidad para ser parte de la misma.

Serán igualmente aplicables las reglas legales o estatutarias sobre convocatoria, quórum y mayoría de las reuniones presenciales y el representante legal tendrá la obligación de dejar constancia en el acta sobre la verificación del quórum necesario durante toda la reunión.

Asimismo, las sociedades que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto hayan convocado a la reunión ordinaria en modalidad presencial podrán, hasta un día antes de la fecha de la reunión, dar un alcance a la convocatoria precisando que se realizará de manera virtual. Tal alcance deberá hacerse por el medio que haya sido utilizado para realizar la convocatoria y en él debe indicarse el medio tecnológico y la manera en la cual se accederá a la reunión por parte de sus miembros.

El artículo 5º del Decreto 434 de 2020, expedido también en el marco de la emergencia sanitaria, estableció que las reuniones ordinarias de asamblea correspondientes al ejercicio del año 2019 de que trata el artículo 422 del Código de Comercio podrán efectuarse hasta dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria.

Si la reunión ordinaria no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el día hábil siguiente al mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria. Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión.



Adicionalmente, la Superintendencia de Sociedades expidió las circulares externas no. 100-000004 (24 de marzo) y 100-000002 (17 de marzo), mediante las cuales impartió recomendaciones e instrucciones sobre la aplicación de los decretos.

<https://www.supersociedades.gov.co/Paginas/Normatividad-Especial-Emergencia-Economica-y-Sanitaria.aspx>

### **Fusión internacional - Obligación de incorporar una sucursal de la sociedad extranjera absorbente en Colombia.**

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-050936 del 28 de febrero de 2020.

*Por: Juan Diego Cuevas Gómez  
(Universidad del Rosario)*

La Superintendencia de Sociedades se pronunció respecto de una solicitud elevada por un ciudadano, quien buscaba conocer si en todos los casos es imperativo constituir una sucursal de la sociedad extranjera absorbente en territorio colombiano en el escenario de una fusión internacional. Con el fin de dar respuesta a la solicitud, la Superintendencia de Sociedades se refirió a (i) los elementos y naturaleza jurídica de la fusión, (ii) a la posición adoptada por la entidad y (iii) a las disposiciones legales que regulan la figura societaria.

En primer lugar, la entidad hizo especial énfasis en la naturaleza de la fusión y sus implicaciones legales. La fusión tiene como fin la transferencia en bloque del patrimonio de la sociedad que va a ser absorbida a la absorbente, implicando necesariamente la integración de los

patrimonios y empresas. El artículo 172 del Código de Comercio señala que existirá fusión cuando “una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva”. Esta norma impone a la sociedad absorbente la obligación de asumir las obligaciones de la o las sociedades disueltas.

En segundo lugar, la Superintendencia de Sociedades reafirmó la posición adoptada en el Oficio de febrero 2013, al confirmar que la fusión no es un mecanismo idóneo para una empresa extranjera que no se proponga continuar con las actividades de la sociedad colombiana que pretende ser absorbida. Lo anterior, tomando en consideración que la figura de la fusión comporta la extinción de una sociedad sin que esta se liquide, pues su fin principal es la integración empresarial.

Por último, la Superintendencia de Sociedades realizó un barrido general sobre los cuerpos normativos que regulan la fusión. Como fundamento constitucional de la figura, se encuentra el artículo 333 de la Constitución Política, que consagra expresamente el derecho a la libertad de empresa. Señaló la entidad que, si bien existe libertad de empresa, esta no puede confundirse con la necesidad de realizar todos los procedimientos legales necesarios para las distintas operaciones societarias que regula la ley mercantil, por lo que es perfectamente viable imponer limitaciones como las establecidas en los 172 y 178 del Código de Comercio. En desarrollo de la legislación, el estatuto comercial y la Ley 222 de 1995 se encargan de regular íntegramente la fusión, señalando sus elementos constitutivos y



los efectos que surgen para las partes de dicho negocio jurídico.

Así, la Superintendencia de Sociedades concluyó que en todos los casos en que una sociedad extranjera absorba a una sociedad colombiana, la primera deberá constituir una sucursal de sociedad extranjera para poder seguir cumpliendo con las obligaciones de la sociedad absorbida en territorio nacional.

El documento completo puede ser consultado [AQUÍ](#)

### **Obstáculos del trámite del régimen de insolvencia transfronteriza.**

Superintendencia de sociedades. Oficio 220-015276 del 4 de febrero de 2020

**Por: Nelson Fabián Najjar Celis (Universidad del Rosario)**

La Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre las posibles dificultades que pueden obstaculizar el trámite del régimen de insolvencia transfronterizo establecido en la Ley 1116 de 2006 (artículos 85 a 116 de la Ley 1116 de 2006). Al respecto, indicó que las barreras que afectan el trámite de insolvencia transfronteriza son:

1. La coordinación de procesos extranjeros en Estados en los que no se haya incorporado al derecho interno la Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza.
2. Que habiendo Estados en los que no se haya incorporado al derecho interno la Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza, los jueces

competentes no reconozcan el proceso de insolvencia que se tramita dentro del territorio colombiano.

3. El promotor o liquidador estaría facultado para actuar en un Estado extranjero, en representación de un proceso abierto en Colombia, a menos de que la ley extranjera no lo permita.
4. La falta de claridad en cuanto a la definición del centro principal de los negocios de una sociedad domiciliada en el exterior para determinar si es un proceso principal o no para efecto de adoptar las medidas conforme a lo previsto por el artículo 114 y 115 de la Ley 1116 de 2006.
5. La falta de publicidad a los acreedores residentes en Colombia frente a procesos de insolvencia iniciados en el exterior.
6. Los costos de desplazamiento, de procesos, de representación, frente al recaudo de la cartera de sociedades domiciliadas en Colombia sin recursos suficientes.
7. “(...) Los límites espaciales de las leyes y el estatuto real, según el cual los bienes, se gobiernan por las leyes de los lugares de donde se encuentran.
8. “(...) existen otras situaciones que pueden cambiar los intereses de los acreedores, como la prelación de créditos. Esta es una de las reglas de distribución de pérdida que establece el legislador dependiendo de sus intereses políticos”.
9. El hecho de que los grupos de interés prefieran la aplicación de una ley más favorable a sus intereses (*forum shopping*).



## DERECHO CONTRACTUAL

### **Contrato de obra en el derecho privado. Teoría de la imprevisión. Acto Propio. Suma fija global o valor unitario en contrato de obra.**

Tribunal de Arbitraje. Árbitros: Felipe de Vivero, María Claudia Rojas y Libardo Rodríguez. Constructora Canaán S.A. y otros vs. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. 17 de diciembre de 2019.

*Por: Juan Diego Cuevas Gómez (Universidad del Rosario)*

Un consorcio conformado por tres constructoras demandó a una universidad, al considerar que esta última era responsable por el incumplimiento en el pago de algunas obras que se adelantaron en desarrollo de un otrosí de un contrato de obra ejecutado en la institución educativa. El contrato inicial contempló una modalidad de pago de “*suma fija global*”, por lo que la parte demandada afirmó que el otrosí también contaba con esta clase de pago. Por otro lado, la parte actora señaló que el otrosí contaba con la modalidad de pago de “*precios unitarios*”, aunque dicho documento no contempló explícitamente esa modalidad de pago. Adicionalmente, el demandante afirmó que ejecutó obras que resultaban necesarias para el cumplimiento del contrato y que acaecieron circunstancias imprevistas en la ejecución de la obra.

Así las cosas, el laudo abordó los problemas jurídicos en el siguiente orden: (i) el régimen jurídico aplicable al contrato

de obra, (ii) el tipo de modalidad de pago pactado en el otrosí y (iii) la ocurrencia o no de hechos imprevisibles.

El Tribunal de arbitramento concluyó que al Contrato de Obra objeto del litigio le resulta aplicable el derecho privado y el manual de contratación de la universidad, al ser normas de carácter especial, descartando la utilización del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En segundo lugar, en lo referente a la modalidad de pago, el Tribunal de arbitramento señaló que el contrato está regido por el artículo 2060 del Código Civil, pues éste regula lo referente a la construcción de edificios por una suma fija global. Dicho artículo señala que no existe posibilidad de aumentar el precio por parte del contratista, salvo la ocurrencia de circunstancias desconocidas y únicamente en caso de que sean autorizadas por el dueño o el juez. Con el fin de determinar si la modalidad de pago del otrosí era el de suma fija global o valor unitario, el Tribunal de arbitramento acudió al contenido del otrosí, así como a las conversaciones y comunicaciones sostenidas entre las partes en la etapa precontractual. Así, el laudo concluyó que, como la suma fija global era la modalidad de pago del contrato inicial, y las partes manifestaron en el otrosí su decisión de no modificar las demás cláusulas del contrato, dentro de las que se encontraba la forma de pago, el otrosí debía mantener la modalidad de pago inicial. Igualmente, de las conversaciones sostenidas por las partes durante la negociación del otrosí se concluyó que su intención era mantener el pago que se pactó en el contrato inicial; esto es, la suma fija global.





Por último, en cuanto a la ocurrencia de hechos imprevisibles que hubieran obligado al Consorcio a ejecutar obras adicionales a las pagadas por la universidad, el Tribunal analizó la Teoría de la Imprevisión. Inicialmente, expresó que la figura se encuentra regulada en el artículo 868 del Código de Comercio y su finalidad es el restablecimiento del equilibrio prestacional del contrato por el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes, imprevisibles e imprevistas surgidas con posterioridad a la celebración y perfeccionamiento del contrato.

El laudo señaló que son requisitos esenciales para la aplicación de la teoría de la imprevisión los siguientes: (i) que la solicitud de reajuste de las prestaciones se realice cuando el contrato se encuentra vigente, (ii) que las prestaciones estén pendientes de cumplimiento, (iii) que los contratos sean de ejecución sucesiva o diferida, (iv) que se presenten hechos sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, (v) que se genere una situación de excesiva onerosidad y (vi) que la situación sea producto de un hecho ajeno a quien la alega.

Con el fin de explicar por qué esta teoría no resulta aplicable al caso, el Tribunal ahondó en el elemento de la *"imprevisibilidad"*. En primer lugar, se acudió al clausulado del contrato, del cual se desprende la claridad que tenían las partes en el sentido de conocer que el pago a realizar por la universidad incluía todos los costos y gastos en los que incurriría el constructor en ejecución de la obra, además de los riesgos previsibles. En el contrato se estableció igualmente que los riesgos derivados de las condiciones

geológicas serían asumidos por el constructor, dejando ver que dichas condiciones sí eran previsibles. Adicionalmente, el Tribunal de arbitramento utilizó un informe pericial que concluyó que las obras adicionales construidas fueron producto de la inadecuada planeación del constructor y no de las *"condiciones imprevistas"* alegadas. Igualmente, el consorcio tampoco notificó a quien encargó la obra sobre la ocurrencia del hecho imprevisible, imprevisto y sobreviniente, pues la primera vez que la universidad tuvo conocimiento de las obras adicionales fue cuatro meses después de la terminación del contrato.

Descartada la Teoría de la Imprevisión, el laudo analizó si el valor de suma fija global podía ser alterado en virtud de la modificación del alcance de la obra pactado posteriormente. Para abordar tal asunto, se refirió a la teoría de los actos propios y manifestó que dicha figura encuentra su fundamento en el principio de la buena fe contractual, pues impone tanto a particulares como a autoridades públicas ajustar su comportamiento a una conducta honesta, leal y conforme a lo que podría esperarse de una *"persona correcta"*. El Tribunal de arbitramento afirmó entonces que una persona actúa contra sus propios actos si (i) ejerce una conducta previa y relevante, (ii) ejerce una conducta posterior, lícita pero opuesta a la desplegada anteriormente y (iii) existe identidad en el sujeto que lleva a cabo las conductas contrariadas. Para el caso, resultó probado que el consorcio desplegó una conducta encaminada a adelantar las modificaciones contractuales que culminaron exitosamente con el otrosí,



conociendo plenamente el proceso interno de la universidad. A pesar de lo anterior, el consorcio desconoció con posterioridad el mismo proceso, pues no agotó las instancias ante la universidad y no informó sobre la necesidad de adelantar obras adicionales a las ya pactadas.

Por lo expuesto, el Tribunal de arbitramento negó las pretensiones de la demandante y afirmó que la universidad no es responsable del pago de obras adicionales en ejecución del contrato de obra y su otrosí.

El documento completo puede ser consultado [AQUÍ](#)

### **Cesión de cuotas sociales. Interpretación de las cláusulas sobre paz y salvo del pago del precio.**

Corte Suprema de Justicia

**Magistrado Ponente:** Luis Armando Tolosa Villabona

**Sentencia N°:** SC772-2020

**Por:** *Juan Sebastián Rincón Vega*

**(Universidad del Rosario)**

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió una demanda de casación instaurada por una persona natural contra una sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Civil-Familia-Laboral (el "Tribunal"). El litigio giró en torno a la celebración de un "contrato de cesión onerosa de cuotas sociales" de la empresa

Centro de Diagnóstico Automotor del Oriente y la Orinoquía E.U.

El Tribunal revocó el fallo del *ad quo* por encontrar que, contrario a lo que se había decidido en primera instancia, el actor sí había logrado probar en el proceso que: 1) El negocio jurídico celebrado contaba con los elementos esenciales que permitían su existencia. 2) Que el contrato había sido a título oneroso.

La demanda de casación fue soportada en un único cargo: error de hecho violando indirectamente lo estipulado en los artículos 1495, 1496, 1501, 1524, 1602, 1603, 1627, 1849, 1864 y 1757 del Código Civil, y 177 del Código General del Proceso.

Adujo la demandante que existió un error por parte del Tribunal en la apreciación de las pruebas, puesto que, el análisis de la cláusula que consagró un "*paz y salvo por todo concepto*" no conlleva a probar que existía un pago, como lo interpretó el cuerpo colegiado. De conformidad con la demanda de casación, el Tribunal se había equivocado al invertir la carga de la prueba del pago, dado que al proponer la excepción de "*inexistencia del negocio jurídico por no pago*" a quien le correspondía la carga de la prueba era al extremo activo de la relación jurídica.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia comenzó por advertir que se debe diferenciar entre los elementos accidentales, naturales y esenciales del negocio jurídico. Los primeros son aquellos que incluyen las partes mediante cláusulas especiales, los segundos pertenecen al negocio jurídico sin necesidad de estipulación especial y los últimos son necesarios para la existencia del negocio



jurídico. En efecto, sin estos el acto jurídico mutaría a otro tipo contractual.

En lo pertinente al caso, adujo la Corte Suprema de Justicia que el artículo 898 del Código de Comercio dispone que *“(...) Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales (...)”*.

En ese sentido, la sentencia citó lo consagrado en el artículo 75 de la Ley 222 de 1995, mediante el cual se hace referencia a la cesión de cuotas sociales de la Empresa Unipersonal de la siguiente manera: *“es un acto mediante el cual este transfiere en todo o en parte su participación a otras personas naturales o jurídicas, de modo tal que el cesionario releva al cedente en su titularidad”*.

A continuación, la Corte Suprema de Justicia explicó que el acuerdo que rige la cesión de cuotas puede realizarse a través de varios negocios jurídicos:

- 1) De manera onerosa, en este caso, se debe seguir lo pertinente a los lineamientos legales de los contratos de compraventa y permuta.
- 2) De manera gratuita, encontrando regulación en los lineamientos legales de la donación.
- 3) Por medio de otras formas negociales aceptadas por las partes y por el ordenamiento jurídico.

Posteriormente, explicó que los elementos que configuran un contrato oneroso para la cesión de cuotas societarias son: la cosa

que se vende y el acuerdo en el precio sobre la cosa. En el acuerdo de cesión, no se incluyeron cláusulas que sometieran a condición, plazo o modo la existencia del contrato o el pago del precio. Dado que, en la demanda, la parte demandada argumentó que no hubo pago, le correspondía a la parte demandante probar que sí lo hubo, lo cual hizo aportando el contrato y aduciendo que según la cláusula tercera estaban a *“paz y salvo por todo concepto”*. Es por esto que la carga probatoria se trasladó de nuevo a la parte demandada pues le correspondía a esta demostrar que el pago no se había efectuado.

En concordancia con lo anterior, debía la parte demandada hacer un esfuerzo probatorio para desvirtuar lo expuesto en la cláusula tercera del contrato. Sin embargo, se limitó a disponer como único elemento probatorio su dicho.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia concluyó que las consideraciones y análisis por parte del Tribunal eran consecuentes y acertadas. Por tanto, no casó la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Civil-Familia-Laboral.

El documento puede ser consultado [AQUÍ](#)

## DERECHOS DE AUTOR

**Protección de las obras arquitectónicas en el derecho de autor. Reproducción de una obra arquitectónica en un aviso publicitario y en una página web sin autorización del autor.**

Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. 13 de agosto de 2019.



**Por: Nelson Fabián Najar Celis  
(Universidad del Rosario)**

La Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante, DNDA) resolvió una demanda por infracción de derechos de autor instaurada por una persona natural en contra de la sociedad Vidplex Universal S.A.

El demandante, quien se describió como un arquitecto con larga trayectoria y reconocimiento en distintos medios especializados, puntualmente revistas que publicaron obras suyas y le permitieron construir clientela, encontró un aviso publicitario en el diario Portafolio, en el cual Vidplex Universal S.A., utilizó una reproducción de una de sus obras arquitectónicas, para promocionar sus productos. Esta reproducción también fue utilizada por el demandado en su página web para los mismos fines, sin contar con autorización del demandante.

La reproducción de la obra arquitectónica denominada “Casa Gemela” fue tomada del anuario de la revista Axxis del año 2017, en la cual se destacó la técnica con la cual ésta y otra de las obras del demandante fueron construidas. El demandante había registrado ante la DNDA la obra denominada “Casa Gemela” el 3 de octubre de 2017.

La DNDA consideró que el problema jurídico que debía resolver consistía en analizar si procedía la solicitud de protección de los derechos morales y patrimoniales del demandante, considerados vulnerados por la demandada, al utilizar en un aviso publicitario en el diario Portafolio el 28 de

julio de 2017, y en su página web, una reproducción de su obra arquitectónica sin su autorización y sin reconocerle sus derechos como autor.

Entendiendo que los derechos de autor propenden por el reconocimiento y protección de la relación surgida entre el producto del esfuerzo creativo propio del ser humano y su respectivo autor, expresión que además deberá ser susceptible de ser reproducida o divulgada por cualquier forma, la DNDA citó a Michel Huet, quien ha explicado el desarrollo legal de la protección de las obras arquitectónicas:

- En 1902, en Francia se expidió regulación que protegía a las obras arquitectónicas y al arquitecto que las desarrollaba. En ese marco, la protección se extendió de los planos y proyectos arquitectónicos a la obra construida.
- Más adelante, la jurisprudencia francesa fijó *“los primeros criterios de protección, basados en el mérito de la edificación, los esfuerzos del arquitecto y la destinación o uso de la construcción para determinar si era objeto de protección del derecho de autor”*.
- En 1957, se cambiaron las pautas de interpretación respecto de la protección de la obra arquitectónica y comenzaron a aplicarse criterios objetivos.
- En 1971, con la Convención de Berna, se le dio un reconocimiento internacional, ampliando la protección conferida a *“los planos, croquis y obras plásticas relativas a la arquitectura”* a la edificación construida.



- La Ley 23 de 1982 (artículo 2) y la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina (artículos 1 y 4 literal h) incluyen, como objeto de protección, las obras de arquitectura.

En el caso, los medios probatorios permiten llegar a la conclusión de que la casa objeto de litigio derivó de la creatividad del arquitecto demandante y es una obra amparada por el derecho de autor.

La decisión analizó el tratamiento de las obras que se realizan por encargo. Al respecto, el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 indica que en ese caso los derechos morales y patrimoniales están en cabeza del autor. Sin embargo, hay una presunción en el sentido de que los derechos patrimoniales han sido transferidos en favor del contratante de la obra en la medida necesaria que sirvan o se empleen para el ejercicio de sus actividades habituales en el periodo de la creación de la obra, denotando esto que esos derechos patrimoniales presuntamente cedidos deben permitirle al contratante el desarrollo de sus acciones usuales en el periodo de creación de la obra y opera siempre y cuando el contrato conste por escrito. En el caso concreto, aunque no se trata de una obra por encargo, no opera la presunción de cesión de derechos patrimoniales porque el contratante de la obra arquitectónica tiene negocios especializados en agricultura y la ganadería.

La DNDA señaló que el artículo 77 de la Ley 23 se refiere a las distintas formas de utilización de la obra. Señala tal norma: *“Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la*

*autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás”*. Así, para el caso, la autorización que el arquitecto hubiere dado al fotógrafo para reproducir una imagen de su obra y la autorización que hubiere a su vez dado a la revista Axxis para la publicación no impiden que, en ejercicio de sus potestades como titular de la obra, pueda impedir que dicha reproducción sea utilizada por un tercero.

La sentencia concluyó que se vulneraron los derechos patrimoniales del autor puesto que la sociedad Vidplex Universal S.A. realizó la reproducción, distribución y comunicación pública de la obra arquitectónica *“Casa Gemela”* sin la autorización respectiva. Sin embargo, no se puede considerar que hubo una transformación de la obra arquitectónica del actor. También se presentó una violación del derecho de paternidad, dado que nunca se hizo alusión al autor de la obra, pero no se presentó vulneración de los derechos de integridad y no edición.

## **PROPIEDAD INDUSTRIAL**

### **Independencia del Registro Sanitario expedido por el INVIMA frente al Registro Marcario de la Superintendencia de Industria y Comercio.**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P.: Nubia Margoth Peña Garzón. Radicación No. 11001-03-24-000-2003-00533-00. 12 de septiembre de 2019.

**Por: Laura Carolina Hernández Martínez**  
**Universidad del Rosario**



El Consejo de Estado, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, resolvió una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la sociedad PFIZER en contra de una resolución emitida por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, por la cual se modificaba un registro sanitario a favor de LAFRANCOL.

Como fundamentos de hecho debe tenerse en cuenta lo siguiente: desde 1996 la Superintendencia de Industria y Comercio le concedió a PFIZER la titularidad de la marca “VIAGRA” y el INVIMA le dio el registro sanitario para su venta. Por otro lado, en el año 2000, el INVIMA le otorgó a LAFRANCOL el registro sanitario para fabricar y vender el producto EROXIM, producto que al igual que el viagra trata la disfunción eréctil.

Años después, LAFRANCOL le solicitó al INVIMA autorización para que en las etiquetas del producto se incluyera “*Eroxim es bioequivalente al viagra*”. LAFRANCOL obtuvo la autorización. PFIZER consideró tal autorización otorgada INVIMA vulneraba su derecho de defensa, que existía violación a los derechos sobre la marca VIAGRA y que se incurría en una violación de la legislación sanitaria.

El Consejo de Estado consideró que el trámite que llevó a cabo el INVIMA sobre la modificación del registro para la utilización de la etiqueta no exige la citación de terceros y, por ello, no era necesario que PFIZER actuare en este proceso para oponerse a él.

La sentencia diferenció el registro sanitario del registro marcario. El primero es un registro de obligatorio cumplimiento

debido a que busca prevenir riesgos que puedan afectar la salud, un bien de derecho público que está en cabeza del INVIMA. Mientras que el registro marcario es de carácter privado, comercial y voluntario, el cual es administrado por la Superintendencia de Industria y Comercio, quien sí está facultada para proteger los derechos a la propiedad industrial.

En otro punto, PFIZER cuestionó la falta de evaluación legal que el INVIMA debió solicitarle a LAFRANCOL, según la cual debía demostrarse que la marca del medicamento cuyo registro o modificación se solicitó estaba registrada bajo su titularidad. Al respecto, la sentencia señaló que en este caso se trataba de la modificación del medicamento Eroxim que ya tenía registro y marca, por lo que el trámite era diferente y no se requería la evaluación legal.

La solicitud que realizó LAFRANCOL llevó a que el INVIMA realizara una evaluación sobre la bioequivalencia entre Eroxim con el viagra. En ese examen correspondía, como en efecto lo hizo el INVIMA, verificar que las “*dos formulaciones del mismo principio activo son terapéuticamente equivalentes y podrán usarse sin distinción*” por el consumidor y esa evaluación resultó positiva.

Por lo anterior, el Consejo de Estado consideró que el INVIMA había actuado autorizado por la ley al reconocer la idoneidad de este medicamento, en el trámite de modificación del registro sanitario del medicamento y nunca pretendió ser competente para decidir sobre la utilización de marcas registradas por parte de terceros.





Sn embargo, respecto de la utilización de una marca registrada por terceros y respondiendo al cargo presentado, la Sala determinó que es posible usar marcas de terceros en los casos establecidos en el artículo 157 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina.

Así, el Consejo de Estado realizó un análisis del caso concreto del Eroxim de LAFRANCOL frente al Viagra de PFIZER para determinar si se cumplieron los requisitos para usar la marca registrada sin autorización previa. La sentencia encontró que el uso de la expresión *“Eroxim es bioequivalente al viagra”* se ha realizado de buena fe, con una finalidad formativa y sin que se haya inducido a confusión al público.

Para la Sala, LAFRANCOL cumplió con todos los requisitos necesarios para hacer uso de la marca ajena sin autorización y para su uso en publicidad comparativa, frente a la cual exaltó que este tipo de publicidad puede *“promover aún más la difusión de información útil y completa para el consumidor sobre las prestaciones existentes en el mercado, promoviendo así también la competencia y protección de los derechos de los consumidores, principalmente en el derecho a recibir información”*.

Por último, entendiendo que la resolución cuestionada autorizó el material de empaque con la frase *“eroxim es bioequivalente a viagra”*, la sentencia consideró que visualmente esta frase no tiene el propósito de inducir al público en una confusión debido a que la información es cierta y autorizada por la autoridad competente. Por lo anterior, el Consejo de

Estado denegó las pretensiones de la parte actora.

#### DATOS PERSONALES

**Las casillas premarcadas por defecto no constituyen consentimiento previo, expreso e informado conforme la regulación de datos personales.**

Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales. Resolución 76538. 27 de diciembre de 2019.

**Por: Laura Carolina Hernández Martínez**  
**Universidad del Rosario**

El Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales resolvió un recurso de apelación interpuesto por la sociedad ASEGURATE FÁCIL LTDA. en contra de una resolución emitida por la Dirección de Investigación de Datos Personales. La resolución atacada por el apelante impuso a esta sociedad una sanción económica y ordenó el cumplimiento de obligaciones para la protección de datos personales.

La resolución expedida por la Dirección de Investigación de Datos Personales se originó por la queja que interpuso un accionante en contra de la sociedad comercial debido a que le envió publicidad a su correo electrónico sin su consentimiento previo, expreso e informado y se abstuvo de suministrarle prueba de que había solicitado el consentimiento.

ASEGURATE FÁCIL LTDA., en su página web, ofrecía la posibilidad de cotizar el



seguro obligatorio SOAT. Para emitir la cotización de la póliza, los usuarios debían dar click en una casilla que incluía la siguiente aclaración: *“Realizando click en el enlace estás aceptando las políticas de privacidad”*. De conformidad con ASEGURATE FÁCIL LTDA., con la posibilidad de que las personas dieran clic en tal casilla se daba cumplimiento a las obligaciones sobre datos personales pues el titular del dato aceptaba inequívocamente las políticas de privacidad y la entrega voluntaria de sus datos.

La Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó que en la recolección, tratamiento y circulación de datos personales se debe respetar el derecho fundamental de la libertad.

El Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales confirmó la resolución de la Dirección de Investigaciones al considerar que la recolección de datos debe ejercerse con el consentimiento previo, expreso e informado de su titular, sin utilizar medios engañosos o fraudulentos para ello, con la posibilidad de que la persona pueda elegir si su información personal puede ser utilizada o no en bases de datos y que esta autorización puede ser obtenida por cualquier medio que permita su posterior consulta.

En este caso, era obligación de ASEGURATE FÁCIL LTDA., administradora de los datos, suministrarle al titular de los datos personales la prueba de su consentimiento cuando lo solicitó. El sitio web no permitió que el internauta conociera y aceptara las políticas de privacidad de la sociedad en

cuestión. En efecto, el titular de los datos no podía conocer la naturaleza, finalidad y consecuencias del uso que dicha sociedad le iba a dar a su información personal y, por ende, el envío de publicidad estaba por fuera de las expectativas razonables del titular.

Todo lo anterior está fundado en que debe existir una acción clara o positiva que refleje la manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del titular para aceptar el tratamiento de sus datos personales. No se permite una aceptación tácita o su silencio, sino un acto afirmativo claro de ello.

Por último, se estableció que el responsable del tratamiento debe tener plena certeza de la identidad de la persona que autorizó el tratamiento de su información para evitar suplantaciones.

Por la anterior, el Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales confirmó la decisión apelada y exhortó a la sociedad a respetar y garantizar los derechos de los titulares de datos, evitar que se repitan hechos como los que dieron origen a la investigación y aplicar el principio de responsabilidad demostrada (accountability).

***Deber de Facebook de acatar las normas colombianas respecto del tratamiento y protección de los datos personales de sus usuarios colombianos***

Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales.  
Resolución No. 4885 de 2020.

***Por: Juan Roberto Puentes Suárez  
(Universidad del Rosario)***





El Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales resolvió el recurso de apelación interpuesto por Facebook Colombia S.A.S. en contra de la Resolución 1321 de 24 de enero de 2019 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se le ordenaba a la recurrente adoptar nuevas medidas y mejorar las existentes para garantizar la seguridad de los datos personales de los usuarios de dicha red social.

El Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales ratificó la decisión e hizo las siguientes aclaraciones:

- 1) Distinguió entre “órdenes” y “sanciones” para precisar que, dado que la Superintendencia de Industria y Comercio había impartido órdenes preventivas no se requería adelantar un proceso administrativo sancionatorio (artículo 47 de la Ley 1437 de 2011) sino el procedimiento administrativo general. Así, no se violó el debido proceso de la sociedad recurrente.
- 2) Las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio no se limitan exclusivamente a la protección del libre mercado, la libre competencia y la competencia leal como erradamente alegó el recurrente. Al respecto, determinó que, en virtud de los artículos 19 y 21 de la Ley 1581 de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio también cuenta con facultades para proteger el Derecho Fundamental a la Protección de Datos Personales, tal como hizo mediante las órdenes impuestas en la resolución recurrida. En consecuencia, no es

cierto que, como afirma la recurrente, la Superintendencia de Industria y Comercio haya violado el principio de legalidad.

- 3) La Superintendencia de Industria y Comercio no violó el debido proceso ni el derecho de defensa de la recurrente, como ésta pretende demostrar, toda vez que Facebook Colombia S.A.S. reconoció expresamente, en el texto de la apelación, no solamente que efectivamente conoció del inicio de la actuación administrativa sino también que contestó la investigación afirmando que *“no es responsable de los datos, ni el prestador de servicios de la Plataforma de Facebook a los usuarios ubicados en Colombia y que en consecuencia la SIC estaba abordando a la entidad equivocada sobre el presunto uso indebido de los datos de los usuarios [...]”*.
- 4) Precisó también que, en virtud de la relación existente entre la recurrente, Facebook Global Holding II, LLC y Facebook Inc., puede afirmarse que la primera es efectivamente la principal responsable del tratamiento de datos personales de los usuarios en Colombia, pues no es más que una extensión real de la voluntad y finalidad económica de las segundas en nuestro país. A la anterior conclusión se llega también porque la recurrente es subsidiaria de Facebook Global Holding II, LLC la cual es, a su vez, subsidiaria de Facebook Inc. Por ello, las decisiones de la recurrente se ven determinadas, por lo menos indirectamente, por Facebook Inc.
- 5) Adujo que mal hace la recurrente al entender que la Superintendencia



levantó su velo corporativo y extendió su responsabilidad a su único accionista, Facebook Global Holding II, LLC, pues, en realidad, el acto controvertido únicamente tiene como sujeto pasivo a la apelante Facebook Colombia S.A.S. En virtud del literal d) del num. 5 del art. 24 del C.G.P., la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para declarar la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad y, por tanto, la Resolución recurrida no declaró la responsabilidad patrimonial, sino que se limitó a dar órdenes preventivas.

- 6) La Superintendencia de Industria y Comercio estimó que, aunque Facebook Colombia S.A.S. no es propietaria ni administradora de los servidores donde se almacenan los datos recolectados de los usuarios en Colombia ni tiene el mismo grado de control en el tratamiento de esos datos como lo tiene Facebook Inc., ello no implica que no sea corresponsable de su tratamiento en razón a que participa en el mismo *“al promover e instruir en el uso de esos datos para ofrecer la publicidad dirigida a sus clientes, que en ultimas, son quienes le generarán considerables rendimientos económicos”*.

En ese orden de ideas, en virtud de la corresponsabilidad que tiene la apelante sobre el tratamiento de los datos recolectados en este país, para el Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales sí fue acertado nombrarla como destinataria

de las órdenes impartidas en la Resolución recurrida.

- 7) Facebook Colombia S.A.S. realiza las siguientes actividades: I) participar en el tratamiento de datos de usuarios en Colombia, II) asesorar a las compañías que buscan invertir en la publicidad específica que ofrece la plataforma y III) es el canal de comunicación oficial entre las compañías que invierten en publicidad y el Grupo Facebook. Por ello, pese a lo que se señale de manera formal el objeto social de Facebook Colombia S.A.S., en la práctica esta sociedad maneja los datos de los usuarios de Facebook en Colombia y, por ello, debe hacerlo de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, acatando las órdenes impartidas en la resolución controvertida.

Por todo lo anterior, el Superintendente de Industria y Comercio confirmó en su totalidad la resolución apelada.

## **ARBITRAJE NACIONAL**

**Arbitraje y dictamen pericial en el desarrollo de contratos para la explotación del petróleo crudo.**

### **Corte Constitucional**

**Magistrada Ponente:** Diana Fajardo Rivera

Sentencia C-021/20

**Por:** *Juan Sebastián Rincón Vega*

**(Universidad del Rosario)**

Correspondió a la Corte Constitucional resolver la demanda de



inconstitucionalidad instaurada en contra los artículos 3, 8, 11, 27, 56 y 57 (parciales) del Decreto 1056 de 1953, “*por el cual se expide el Código de Petróleos*”, invocando una violación constitucional dadas las condiciones en las cuales los particulares pueden ser investidos para administrar justicia (Art. 116 de la C.P.) y por desconocimiento de los derechos al debido proceso.

Para el demandante, el hecho de que los peritos administren justicia conlleva a una vulneración al artículo 116 de la Constitución Política. Así, los artículos demandados invisten a un particular de facultades jurisdiccionales, sin prever etapas procedimentales previas, ni implementar un mecanismo para controvertir la decisión decretada.

Para resolver la demanda, la Corte Constitucional comenzó señalando que los artículos demandados se refieren al concepto técnico de peritos para solucionar diferencias contractuales en asuntos técnicos que puedan presentarse en desarrollo de contratos para la explotación del petróleo crudo. Posteriormente, la sentencia explicó que los mecanismos legales demandados ya habían sido derogados orgánicamente antes de la presentación de la demanda. La derogación orgánica sucede cuando el legislador expide nuevas normas que, de manera general, subsumen lo dispuesto en normas anteriores.

En este caso, la norma demanda fue derogada por el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (Decreto 1818 de 1998). En éste se dispuso que los dictámenes técnicos

como mecanismos voluntarios que pueden ser habilitados por las partes.

Posteriormente, se emitió el Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) que derogó el Decreto 1818 de 1998. La Ley 1563 de 2012 no reguló lo atinente al dictamen pericial como Método Alternativo de Solución de Conflictos.

Así, en vista de que existe una derogación orgánica en concordancia con la última regulación sobre el arbitraje a nivel nacional e internacional (Ley 1563 de 2012), la Corte Constitucional se declaró inhibida para resolver sobre el asunto en concreto.

El documento puede ser consultado [AQUI](#)

### **Pruebas electrónicas**

#### ***Valor probatorio de los pantallazos de WhatsApp***

Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2020, Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas

***Por: Juan Roberto Puentes Suárez  
(Universidad del Rosario)***

Revisa la Corte Constitucional los fallos de primera y segunda instancia emitidos respecto de la acción de tutela interpuesta por una persona natural en contra de la sociedad Corporación Educa S.A.S. al considerar que la última vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al fuero de maternidad y a la “*confianza legítima*”.

La actora fundamentó el amparo constitucional con base en que:



I) Tuvo un contrato a término fijo con la sociedad tutelada en virtud del cual la actora se desempeñaba como docente en el grado pre-jardín en el establecimiento educativo “Jardín Universo Mágico” con sede en el municipio de Chía, Cundinamarca.

II) Una vez terminado el contrato, la actora se dispuso a firmar la liquidación del mismo, oportunidad que aprovechó para preguntar a la directora de sede si su contrato sería renovado obteniendo por respuesta que sí.

III) Posteriormente, se realizó una prueba de embarazo casera que resultó positiva, por lo cual se dirigió a la EPS para confirmar el resultado a través de una prueba de sangre. En esa misma fecha, le comentó sobre el resultado de los exámenes a su jefe directo, quien le solicitó informarle a la directora general.

IV) A través del grupo de WhatsApp del plantel educativo, la tutelante recibió un comunicado en el que se estableció el 26 de enero de 2019 como fecha para realizar la suscripción de los nuevos contratos y la documentación requerida.

V) Pese al anterior mensaje, posteriormente la actora recibió una llamada en la que se le indicó que por orden de la directora general su contrato no sería renovado

En ese orden de ideas, interpuso la acción de tutela entendiendo que existía un nexo causal entre su embarazo y la determinación de no haber renovado su contrato para el año 2019. Al respecto, la parte pasiva contestó que la decisión “obedeció al número total de estudiantes matriculados, pero nunca a un estado de

*embarazo que no se conocía, ni a trato discriminatorio alguno por una gravidez desconocida”.*

Así, el Juzgado Primero Civil Municipal de Chía, actuando como primera instancia, en sentencia del 19 de marzo de 2019, concedió el amparo transitorio de los derechos invocados por la accionante, ordenando a la sociedad reintegrar a la actora en el cargo de docente y a esta última a acudir a la vía ordinaria en el término máximo de 6 meses.

El Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, mediante sentencia del 10 de mayo de 2019, revocó en segunda instancia el fallo del inferior y, en su lugar, negó el amparo. Lo anterior puesto que consideró que la accionante quedó en embarazo después de que hubiera cesado el contrato, puesto que este último terminó el 18 de noviembre de 2018 y el resultado del embarazo tiene como fecha 22 de noviembre de 2018.

La Corte Constitucional comenzó analizando los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en contra de particulares, haciendo énfasis en la exigencia de que, respecto del particular accionado, el actor se encuentre en circunstancias de subordinación (una relación desigual de dependencia jurídica) e indefensión (una relación desigual de dependencia fáctica). Una vez estudiada dicha procedencia, la Corte Constitucional concluyó que, en el caso concreto, sí era jurídicamente viable el amparo, pues la trabajadora, esencialmente, se encontraba en esta relación asimétrica exigida.

Así las cosas, la Corte Constitucional procedió a enunciar varias normas del



ordenamiento nacional para concluir que éste prohíbe tajantemente la discriminación y desigualdad injustificada, resaltando el fuero de maternidad que materializa dichas prohibiciones en materia laboral.

En consideración a que una gran cantidad de las pruebas aportadas al proceso eran audios de WhatsApp y “*pantallazos*”, la sentencia detuvo su análisis en lo que respecta a las denominadas pruebas electrónicas. En ese sentido, señaló que el derecho es una disciplina que debe adaptarse a la sociedad para cumplir su fin y, en ese sentido, el régimen jurídico probatorio debe también acoplarse a las nuevas exigencias de la tecnología. Concretamente, precisó que mal haría el ordenamiento jurídico en ignorar la producción, incorporación, contradicción y valoración de elementos probatorios extraídos de plataformas o aplicativos virtuales, como WhatsApp o Facebook.

De igual forma, la sentencia señaló que los documentos electrónicos no son más que una especie dentro del género de prueba electrónica, la cual, según Federico Bueno de Mata<sup>1</sup>, puede definirse como *“cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material, que depende de un hardware, es decir la parte física de la prueba y visible para cualquier usuario de a pie, por ejemplo la carcasa de un Smartphone o un USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software, consistente en metadatos*

*y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas”*.

Para la Corte Constitucional, las capturas de pantalla constituyen un indicio pues existe incertidumbre sobre su autenticidad gracias a las numerosas aplicaciones de edición que permiten alterar el contenido. En el caso en particular, la Corte Constitucional estableció que la accionante efectivamente le había informado a la Directora que se encontraba en estado de gravidez antes de la firma de los contratos de trabajo para el 2019 y que el vínculo de la tutelante no se renovó en razón a su embarazo. Sobre el particular, la Corte Constitucional estimó que, si bien los documentos electrónicos mencionados presentan un valor de prueba indiciaria, estos elementos fueron analizados de forma conjunta con las demás para concluir que, inequívocamente, hubo una discriminación inconstitucional que vulneró en el caso objeto de estudio los derechos de la tutelante.

Por lo anterior, la Corte Constitucional revocó la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá, que negó el amparo, y, en su lugar, confirmó el fallo adoptado por el juez de primera instancia el 19 de marzo de 2019

El Magistrado Carlos Bernal Pulido salvó parcialmente su voto y el Magistrado Alberto Rojas Rios aclaró el suyo. El primero, aunque compartió que en el caso en concreto se acreditó un acto de discriminación en razón del embarazo,

---

<sup>1</sup> Federico Bueno de Mata, *“Prueba electrónica y proceso 2.0”*, editorial Tirant lo Blanch, primera edición, 2014, pg. 130.



consideró errado aplicar al caso concreto las reglas propias del fuero de maternidad en vigencia de una relación laboral toda vez que la conducta lesiva de derechos fundamentales en realidad se dio en la etapa precontractual.

Por su parte, el Magistrado Rojas, si bien también indicó compartir el sentido general de la decisión, manifestó estar en desacuerdo con el análisis sobre valor probatorio atenuado otorgado a los pantallazos de WhatsApp. Consideró que *“calificar como simples ‘elementos indiciarios’ a los pantallazos de WhatsApp que sirvieron para comprobar la conducta discriminatoria que se ejerció sobre la accionante [...] desconoce las reglas sobre la apreciación probatoria de los mensajes de datos [...]”*.

En ese orden de ideas y en concordancia con el principio de la Equivalencia Funcional, el doctor Rojas afirmó que la Ley 527 de 1999 establece el pleno valor probatorio de este tipo de pruebas electrónicas, así como la prohibición de negar su obligatoriedad o validez por el solo hecho de tratarse de un mensaje de datos o no haber sido presentado en su forma original, máxime cuando, en el caso concreto, fueron los pantallazos la prueba que permitió probar la vulneración al derecho fundamental de la actora. Su argumentación continúa destacando que la Corte Constitucional, en Sentencia C-831 de 2001, señaló que la aplicación de la mencionada Ley 527 no se limita al ámbito mercantil, sino que se aplica de manera general a todas las áreas del Derecho respecto del acceso y uso de datos.

Por último, adujo que, aunque los pantallazos de WhatsApp no son un

documento original, sí se presumen auténticos en virtud del artículo 246 del Código General del Proceso.