

Certificado: Radicado 2021-00280 | Prueba extraprocésal de Camilo Bernal contra Christian Gallo | Recurso de reposición y oposición a la exhibición

Pedro Álvarez <pedro.alvarez@phrlegal.com>

Mié 8/06/2022 15:11

Para: Juzgado 09 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j09cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Christian Gallo (CGallo@higcapital.com) <CGallo@higcapital.com>; Daniel Posse <daniel.posse@phrlegal.com>

Este es un Email Certificado™ enviado por **Pedro Álvarez**.

Señores

JUZGADO NOVENO (9°) CIVIL DEL CIRCUITO

Despacho

Referencia: Prueba extraprocésal de **JORGE CAMILO BERNAL MARTÍNEZ** contra **CHRISTIAN GALLO MONTOYA****Radicación:** 2021-00280**Asunto:** Recurso de reposición y Oposición a la exhibición de documentos

Por instrucciones del doctor **DANIEL POSSE VELÁSQUEZ** apoderado judicial **CHRISTIAN GALLO MONTOYA**, según poder que adjunto, estando dentro del término oportuno, por medio del presente correo electrónico remito el recurso de reposición contra el auto admisorio de la prueba extraprocésal solicitada por **JORGE CAMILO BERNAL MARTÍNEZ** y la oposición a la exhibición de documentos, junto con sus documentos anexos disponibles en el siguiente enlace:

[Prueba Extraprocésal](#)

Atentamente,

Pedro Álvarez**Abogado / Attorney**

Cra 7 No. 71-52, Torre A Piso 5

110231 – Bogotá – Colombia

T.: +57 (601) 3257300

pedro.alvarez@phrlegal.com / www.phrlegal.com**CHAMBERS**

Law Firm of the year 2010, 2011, 2015, 2018 * Client service excellence 2014, 2017, 2020, 2021

LEGAL 500 Top Tier Firm**LATIN LAWYER** Recommended Firm

Este mensaje de correo electrónico es enviado por una firma de abogados y contiene información confidencial o privilegiada.

This e-mail is sent by a law firm and contains confidential or privileged information.

Señores

JUZGADO NOVENO (9°) CIVIL DEL CIRCUITO

Despacho

Referencia: Prueba extraprocésal de **JORGE CAMILO BERNAL MARTÍNEZ**
contra **CHRISTIAN GALLO MONTOYA**

Radicación: 2021-00280

Asunto: Oposición a la exhibición de documentos

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.155.991 de Usaquén, abogado inscrito con tarjeta profesional No. 42.259 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de **CHRISTIAN GALLO MONTOYA** (“**Christian Gallo**”), estando dentro del término oportuno,¹ y sin perjuicio del recurso de reposición efectuado contra el auto admisorio de la prueba anticipada, en los términos de los artículos 183, 266, 267 y demás normas concordantes del Código General del Proceso, presento oposición a la **EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS** solicitada por el señor **JORGE CAMILO BERNAL MARTÍNEZ** (“**CBM**” o “**Camilo Bernal**”), para que se acojan las siguientes:

I. PETICIONES

Solicito respetuosamente que:

1. Declarar justificada la oposición de Christian Gallo a la exhibición de documentos solicitada por el señor Camilo Bernal, debido a que:
 - 1.1. La información solicitada es de Digital Ware y no del señor Christian Gallo y, por tanto, no es procedente la práctica de dicha prueba en los términos del artículo 265 del Código General del Proceso.
 - 1.2. El señor Camilo Bernal aparece mencionado en las líneas de investigación adelantadas por los abogados penalistas de Digital Ware, entre otras en los informes de auditoría que se solicitan exhibir;
 - 1.3. Digital Ware decidió mantener en estricta confidencialidad y reserva los hallazgos

¹ Se recibió la notificación del auto admisorio el miércoles 1 de junio de 2022 y, conforme con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020 (vigente para la fecha de notificación y, por tanto, aplicable para el caso que nos ocupa conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887), Christian Gallo Montoya **se entiende notificado el viernes 3 de junio de 2022** y, en consecuencia, el término para interponer recursos contra el auto admisorio y oponerse a la exhibición de documentos vence el miércoles 8 de junio de 2022.

- y actividades de los abogados penalistas;
- 1.4. Las auditorías e investigaciones de Digital Ware le pertenecen a dicha sociedad y no a Christian Gallo;
 - 1.5. La información solicitada se encuentra sujeta a derecho profesional de los abogados penalistas de Digital Ware;
 - 1.6. Camilo Bernal ya tuvo acceso al extracto del informe de FTI que no lo involucra o menciona, previa autorización de los abogados penalistas quienes lo permitieron compartir bajo estricta reserva;
 - 1.7. Reserva comercial e industrial de la información de Digital Ware y de sus administradores;
 - 1.8. Cláusula compromisoria en las relaciones jurídicas relacionadas con Digital Ware;
 - 1.9. No haberse solicitado previamente la información mediante derecho de petición, pues se recibió un derecho de petición con posterioridad a la radicación de la solicitud de prueba extraprocesal; y
2. Declarar que Christian Gallo no está obligado a exhibir los documentos solicitados por el señor Camilo Bernal en el presente trámite de prueba anticipada.

II. SÍNTESIS DE LOS MOTIVOS PARA LA PROSPERIDAD DE LA PRESENTE
OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

3. Como se expondrá, en forma extensa en el próximo capítulo, existen serios y fundados motivos para oponerse a la exhibición de documentos solicitada por el señor Camilo Bernal Martínez, accionista y director de Digital Ware S.A.S.
4. Los motivos fundamentales para dicha oposición corresponden principalmente a que dichos documentos son de Digital Ware y no de mi poderdante. En consecuencia, al no ser titular no es procedente su exhibición y a la persona jurídica que debe requerirse e interponer las correspondientes pruebas extraprocesales, para que como titular pueda oponerse a su exhibición, es a Digital Ware y no a Christian Gallo.
5. Este análisis, ya ha sido compartido por otros Jueces del Circuito y por el propio Tribunal Superior de Bogotá. En tal sentido, dentro de la prueba extraprocesal de exhibición de documentos de Jorge Camilo Bernal Martínez contra Fabio Saad, el Tribunal Superior en providencia del 1 de junio de 2022 señaló que la misma no era procedente pues dichos documentos eran de propiedad de Digital Ware, veamos:

“Con el anunciado estado de cosas, en asamblea extraordinaria realizada el 15 de septiembre de 2021 la mayoría de los accionistas decidió, por votación, mantener la información reservada y crear una comisión para revisar las conclusiones a las que se llegó con la auditoría para establecer qué acciones legales y empresariales tomarían al respecto. Y Fabio Isay Saad fue precisamente designado como uno de los miembros del comité que tuvo acceso a la auditoría.

Así que éste no es el tenedor ni propietario de la información demandada, ni tampoco se desprende que se encuentre bajo su dominio y pueda disponer de ella, sino que tuvo acceso a la misma en razón del cargo asignado por los accionistas de Digital Ware S.A.S.

En este contexto, resulta evidente que el convocado no es a quien se le pueda exigir la entrega de la información requerida; pues, no le pertenece, ni se halla en su poder; únicamente tuvo acceso a la misma, por la calidad que ostenta en la empresa. Obsérvese que no es posible considerar a Fabio Isay Saad como contraparte ni tercero que tenga los documentos requeridos. El sólo es miembro de la comisión que se creó por los accionistas en la sociedad Digital Ware S.A.S. para el estudio de la investigación de FTI. Pero, además, es un tipo de información que no puede ser publicitada ni repartida sin recato alguno a quienes la soliciten; tanto más, cuando el objeto de la misma es averiguar situaciones y hechos que afectan a la entidad, y en los cuales aparece comprometido el ahora reclamante de los documentos que tienen esos datos.

(...)

Así mismo, dando aplicación estricta al precepto 51 del Código de Comercio, las comunicaciones sostenidas con Robín Barquín del contrato celebrado por Digital Ware y la sociedad Istechnology SPA son correspondencia directamente relacionada con el negocio; por lo mismo, sujeta al régimen de conservación y reserva; luego, tampoco procede su exhibición.” (Destaco)

6. Igualmente, el Juzgado Quinto Civil del Circuito, dentro de prueba extraprocesal de exhibición de documentos de Jorge Camilo Bernal Martínez contra Federico González, señaló en auto de 27 de mayo de 2022 que la misma no era procedente, así:

*“Es cierto, como lo señala el apoderado de la parte convocante al momento de descorrer el traslado de la oposición, que no resulta plausible invocar una falta de legitimación en la causa, porque justamente, en el trámite de la prueba extraprocesal no existe litigio o causa en curso; pero **no se puede perder de vista la imposibilidad de que la persona a quien se convoque en el trámite probatorio exhiba documentación que no le pertenece o no está en su poder.***

(...)

Para el Despacho es claro que la documentación reseñada no le corresponde al señor Federico González, pues la calidad que le enrostra el convocante de administrador de la sociedad Digital Ware no muta el hecho de que, en cualquier caso, tales documentos pertenecen y se encuentran en poder de dicha sociedad, a quien debió convocarse para los fines que se presenten en la presente actuación.” (Destaco)

7. Además, otro de los motivos para la presente oposición, es que el señor Bernal Martínez aparece mencionado dentro de las investigaciones de naturaleza penal

contratados por Digital Ware y específicamente en las líneas de investigación de los asesores penales y los auditores contratados durante el trámite de estas.

8. Debido a lo anterior, los abogados penalistas han señalado la naturaleza confidencial y reservada de dicha información y no ha sido compartida a terceras personas que no hayan contado con expresas autorizaciones corporativas y/o que, además, puedan afectar directamente la investigación y las laborales de auditoría. Lamentablemente, el señor Bernal Martínez aparece mencionado expresamente en dichas investigaciones criminales y, por lo tanto, no puede, ni debe, tener acceso a los hallazgos de los investigadores y asesores penales.

8.1. Junta Directiva de 9 de agosto de 2021:

*Fabio Humar: Bueno, muchísimas gracias por permitirme ingresar acá. Como lo habíamos hablado y no sé si alguien quiera tomar la palabra antes que yo hable, pero me parecería, me parece fundamental comentarles **unos hallazgos de la investigación que se adelantó con FTI, en el siguiente sentido: hay una serie de banderas rojas, cuando menos tres banderas rojas muy significativas que sucedieron durante las administraciones anteriores, hay una persona que está en la Junta Directiva y yo le puse en conocimiento a la Junta, a la actual administración le puse en conocimiento algunos apartes muy breves del informe y hay una persona que está en la junta directiva, que es mencionada dentro de esas banderas rojas, por lo cual yo creo que lo prudente y lo, decente en este momento, lo que los estatutos mercantiles mandan y lo que las mejores prácticas comerciales y penales indican, es que se cite a una asamblea extraordinaria para allí en esa asamblea, se puedan debatir los asuntos del conflicto de interés de los miembros de Junta Directiva que puedan estar involucrados en las banderas rojas que hemos encontrado con FTI.***

(...)

Jorge Camilo Bernal: ¿Existe un informe diferente al que ha conocido la Junta hasta la fecha?

Fabio Humar: No, no, solo hay un informe lo que pasa es que la administración actual no conoce, no conoce el informe, conoce un extracto del informe, pero no conoce, no conoce la totalidad del informe.

(...)

Jorge Camilo Bernal: Solamente usted lo conoce, ¿No lo conoce nadie más?

Fabio Humar: Yo, El informe completo yo.

Jorge Camilo Bernal: Y me puede decir usted ¿Por qué no se lo entregó a la administración ese informe completo?

(...)

Fabio Humar: Porque las mejores prácticas en investigación están en curso, las mejores prácticas indican que la administración actual no tiene por qué conocer el informe completo.

(...)

Jorge Camilo Bernal: ¿Sí, de manera virtual o de manera presencial aparte de esta reunión, antes de esta reunión, recientemente? Estoy hablando de las últimas tres semanas.

Fabio Humar: No, no tengo por qué responder eso, no tengo por qué responder eso Camilo, máxime que las preguntas que usted me está haciendo pues se lo digo abiertamente, es usted quien está involucrado en la investigación de FTL.

8.2. Asamblea General de Accionistas de 15 de septiembre de 2021:

Fabio Humar indica que el informe se lo compartieron el 17 de marzo de 2021 y con base en este informe es que llegó a las conclusiones que acaba de exponer y añade que en el informe se nombra, sin que ahí hubiera arrojado indicios conclusivos, a un señor llamado Robin Barquín. Sin embargo, la información, indicios y los elementos materiales más conclusivos y que evidencian mayor cercanía para utilizar los términos previamente señalados con la comisión de posibles ilícitos es de Camilo Bernal.

Daniel Posse toma la palabra y le pregunta a Sergio Londoño si tiene alguna otra consideración sobre el conflicto de interés que se está poniendo de presente. Sergio Londoño responde que quisiera tener más información sobre el tipo de conductas de las que se están hablando, dado que el régimen de conflicto de intereses exige suministrar información amplia a la asamblea sobre el acto que se va a autorizar o a desautorizar al administrador a llevar a cabo y sobre la naturaleza del conflicto. Hasta ahora lo que hay es un informe, cuyo contenido es desconocido, una explicación del doctor Fabio Humar, quien ha hecho unas menciones de posibles vínculos del señor Camilo Bernal, pero indica que si quisiera tener más información sobre lo que dice el informe, para poder tomar decisión en la asamblea si se levanta o no se levanta el conflicto.

El Presidente interviene y dice que cree que no es prudente lo que indica Sergio Londoño, porque si lo que Fabio Humar está poniendo de presente es que hay información contenida en el documento que puede comprometer la responsabilidad de algunos administradores, mal haría en que, por la vía de profundizar el conocimiento del informe a través de la asamblea, terminemos haciendo pública una información que el doctor Fabio indica que debe mantenerse de manera reservada. Además, aclara que se refiere a reservas en cuanto a que las personas que posiblemente están involucradas en las conductas no tengan acceso a los datos del informe, desde el punto de vista penal. El Presidente le pregunta a Fabio Humar que si su entendimiento es correcto.

Fabio Humar responde afirmativamente y complementa que no puede atender a la solicitud de Sergio Londoño porque si dijera cuáles son las conductas, incluso los tipos penales que se vislumbrarían, ya daría luces a la persona conflictuada, entorno a los momentos en que ello pudo ocurrir, y de ser así ya tendrían un serio problema en tanto que esa persona podría estar en contacto con los elementos materiales probatorios. Por ende, solo puede dar la información suministrada hasta el momento. Por lo anterior, Fabio Humar insiste en la necesidad de crear una comisión en la asamblea a la que él le pueda compartir el asunto.

El Presidente indica que en ese orden de ideas, el tema que se está sometiendo a decisión de la asamblea es la situación del conflicto que se describió para que la asamblea decida si levanta o no un conflicto de interés, previa recomendación del doctor Fabio Humar. Pregunta si hay alguna otra consideración sobre el tema.

(...)

El Secretario abre a votación el punto y le pregunta a Sergio Londoño cual es el sentido de su voto, a lo que Sergio Londoño responde que se abstiene de votar y que manifiesta que dejará un par de constancias después de que se lleve a cabo el escrutinio de votos.

El Secretario prosigue con la votación y le pregunta a Pedro Miguel Álvarez el sentido de su voto, a lo que Pedro Miguel Álvarez responde que vota porque no se levante el conflicto de intereses. El Secretario le hace la misma pregunta a Daniel Posse, a lo que responde que él también vota porque no se levante el conflicto de intereses.

Dicho lo anterior, el Secretario indica que la propuesta presentada por la administración es votada de manera negativa con el voto desfavorable de 186.318.492 acciones y reitera que el doctor Sergio Londoño se abstuvo de votar con un total de 44.500.527 acciones. En ese sentido, la Asamblea ha decidido no levantar un conflicto de intereses con base en la propuesta presentada por la administración.

9. Además de lo anterior, los motivos para oponernos a la exhibición de documentos solicitados en la presente solicitud de prueba extraprocesal se pueden sintetizar en los siguientes términos:

9.1. Cláusula compromisoria:

9.1.1. La relación entre Inversiones Tecnológicas II e Inversiones DW S.A.S. y Camilo Bernal con ocasión de Digital Ware, e incluso de Christian Gallo con Camilo Bernal, se encuentra cobijada por cláusulas compromisorias debidamente pactadas, consentidas, y conocidas por el solicitante, en los siguientes negocios jurídicos: (i) estatutos sociales de Digital Ware S.A.S., (ii) acuerdo de accionistas de Digital Ware S.A.S., y (iii) contrato de compraventa de acciones. En tal sentido, puede consultarse el acápite A del presente documento.

9.1.2. En consecuencia, el recaudo probatorio y la correspondiente práctica y contradicción de los medios probatorios debe ser adelantada directamente por los árbitros nombrados para dirimir la controversia, en ejercicio de la jurisdicción otorgada contractualmente y el principio de inmediatez.

9.2. Improcedencia de la exhibición por no haberse solicitado previamente a la parte de acuerdo con el artículo 173 del Código General del Proceso: Al respecto, basta señalar que para la procedencia de una exhibición de documentos la parte solicitante debe agotar previamente el derecho de petición (la recepción del derecho de petición fue posterior a la radicación de la solicitud de prueba extraprocesal), conforme lo establecen los artículos 173 y 167 del Código General del Proceso. Pues, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, la exhibición de documentos solamente procede ante la resistencia de la parte a su exposición² (*ver acápite B*).

9.3. Los documentos desbordan el objeto del litigio: Camilo Bernal solicita información y documentación de un tercero, esto es Digital Ware, y, por tanto, es improcedente la

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de junio de 2011, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

- exhibición por una ausencia de titularidad de los mismos en los términos del artículo 265 de la Ley 1564 de 2012, correspondiente a una “falta de legitimación por pasiva”.
- 9.4. Las auditorías e investigaciones en Digital Ware no le pertenecen a Christian Gallo, sino a Digital Ware y se encuentran sujetas a secreto profesional y han sido mantenidas en estricta reserva para no afectar la investigación de naturaleza penal: Ver en detalle el **acápite D**
- 9.4.1. Como se observa en la solicitud de documentos, la misma alude a información de Digital Ware que no le pertenece a Christian Gallo, ni a Camilo Bernal. Así, pues, mi poderdante no es titular de dicha información.
10. Incluso, como veremos en detalle, parte de la información solicitada en poder de Christian Gallo corresponde a actividades efectuadas y/o relacionadas con ocasión de su nombramiento como administrador y del cual, como se observa en las actas aportadas por el suscrito, hubo necesidad de crear un comité o comisión debido al conflicto de interés de Camilo Bernal por aparecer en una línea de investigación de naturaleza criminal al interior de Digital Ware.
11. En tal medida, Christian Gallo no está obligado a exhibir la información solicitada, pues quien debe hacerlo es Digital Ware, persona jurídica que además tiene el derecho a oponerse a tal exhibición, fundado entre otras en la importancia de la información y la gravedad que implica revelarla a uno de los investigados. Situación advertida por el propio abogado penalista contratado por Digital Ware.
- 11.1.1. Así, por ejemplo, dentro de la información que no ha sido compartida a los miembros de junta directiva de Digital Ware ni sus accionistas se tienen los informes y auditorías efectuados por los asesores penales de Digital Ware (junto con los insumos de sus investigadores). Pues, reitero, la misma solamente ha sido manejada por los asesores penales y conocida en forma limitada dentro de la relación profesional de estos y atendiendo las recomendaciones del señor Fabio Humar y de acuerdo con las instrucciones de la Asamblea General de Accionistas de Digital Ware.
- 11.2. La información solicitada se encuentra protegida por el secreto profesional de los abogados penalistas contratados por Digital Ware: Aquí se está pidiendo una información que ha sido recaudada por los abogados penalistas y quienes no han compartido la información con terceras personas y mucho menos con quienes puedan afectar la investigación de naturaleza penal, como lo es el señor Bernal Martínez. Así pues, dicha documentación se encuentra sujeta a secreto profesional en los términos del artículo 74 de la Constitución Política y el propio artículo 28 de la Ley 1123 de 2007. Este punto se encuentra ampliamente detallado en el **acápite**

D.2.

- 11.3. Como se expondrá en detalle, más adelante, el informe de los Auditores forenses que se pretende exhibir fue contratado por los mismos asesores penalistas de Digital Ware con ocasión de las investigaciones penales y elaborado y entregado a ellos como parte de su labor de abogados penalistas. Veamos, por ejemplo el Anexo 14:

From: Ricardo Forero Muñoz <rforero@bu.com.co>
Sent: Friday, April 16, 2021 3:01 PM
To: Federico Gonzalez <FGonzalez@higcapital.com>
Cc: Fabio Humar <fhumar@fabiohumar.com>
Subject: INFORME FTI

Federico, le enviamos el consolidado del informe de FTI. Por favor recuerde que la información tiene reserva.

Quedo atento,

Ricardo Forero Muñoz
Director | Director

**Brigard
Urrutia**

rforero@bu.com.co · www.bu.com.co
(571) 3462011 Ext.8260
Calle 70 Bis No. 4 - 41
Bogotá, Colombia
NIT: 800.134.536-3



From: Federico Gonzalez
Sent: Sunday, April 18, 2021 12:54 PM
To: Juan Manuel Wills <wills.juan@gmail.com>; Camilo Bernal Martinez <camilob@digitalware.com.co> <camilob@digitalware.com.co>; Fabio Saad <FSaad@higcapital.com>; Christian Gallo <CGallo@higcapital.com>
Cc: Jorge Enrique Cote Velosa <jorgecv@digitalware.com.co>; 'Luisa Fernanda Almadio Bautista' <LuisaAB@digitalware.com.co>; Carlos Miguel Mendez Arena <carlosm@digitalware.com.co>; Gustavo Adolfo Torres Becerra <gustavot@digitalware.com.co>
Subject: FW: INFORME FTI

Estimados,

Para facilitar la discusión de mañana en la junta y en busca de tener la información disponible, le pedí a los asesores legales que nos compartieran un extracto del reporte de la auditoría forense en el que se incluyan los hallazgos de la investigación respecto a IST y sus accionistas.

Buen domingo para todos.

Slds,
FG

- 11.4. Por lo menos, un documento de Digital Ware, ya se encuentra en poder de Camilo Bernal Martínez: En abril de 2021, los abogados penalistas, permitieron que un extracto de las investigaciones adelantadas fuera conocido por los miembros de junta directiva debido a que la misma se requería para determinar si se suscribía un contrato en Chile. Dicho extracto fue compartido por los miembros de junta directiva, incluido el señor Camilo Bernal Martínez (ver acápite D.3 y las imágenes del anexo 14 del numeral 10.4).
- 11.5. Digital Ware determinó mantener en estricta reserva los informes y hallazgos de los abogados penalistas y sus investigadores:
- 11.5.1. En este punto, basta señalar que las decisiones en junta directiva y asamblea general de accionistas de Digital Ware fueron la de mantener una estricta reserva de la información por recomendación de los abogados penalistas contratados por Digital Ware, sin que el señor Bernal, una de las personas nombradas en la investigación, tuviese acceso a dicho material (ver acápite D.4).
- 11.5.2. En particular, se evidenció que Camilo Bernal al aparecer en varias líneas de investigación de los abogados penalistas se podría encontrar incurso en un conflicto de interés y, por tanto, la información no podía ser compartida con él dada la posibilidad que pudiera afectar el material probatorio en proceso de recaudo.
- 11.5.3. En consecuencia, no se levantó el conflicto de interés del señor Camilo Bernal y se constituyó un comité para que tuviese acceso a la información y reportara a la asamblea general de accionistas la situación observada. De allí la improcedencia de

la presente solicitud que busca desatender las decisiones corporativas de Digital Ware (ver acápite D.5).

- 11.6. La información solicitada corresponde a documentos de Digital Ware protegidos por la reserva comercial e industrial de dicha sociedad: Este punto se encuentra ampliamente desarrollado en el **acápite D.6 y en el capítulo E** al respecto debo advertir que la información solicitada se encuentra protegida por la reserva comercial de la sociedad (Digital Ware) y su revelación conlleva un serio peligro para la compañía, entre otras por su connotación penal y el hecho de que el señor Bernal Martínez se encuentre mencionado en las líneas de investigación de los abogados penalistas. Y, en tal medida, no se cumplen los requisitos constitucionales para la procedencia de la exhibición, dado su carácter excepcional y limitado que, conlleva, que quien revele la información no sufra un perjuicio injustificado a su derecho a la intimidad. Situación que, por las propias características de lo pretendido, sea improcedente.

III. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

Constituyen fundamentos de las anteriores peticiones, los siguientes:

1. El artículo 267 del Código General del Proceso dispone que la parte a quien le ordenó la exhibición puede oponerse a dicha exhibición en el término de ejecutoria del auto que decreta la prueba.

“Art. 267. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.

Cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio.” (Destaco)

2. La norma no dispone cuáles son las razones por las que puede oponerse la parte contra quien se ordenó la exhibición. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concluido que la oposición puede darse por las siguientes razones: (i) los documentos no tienen el objeto de la exhibición, (ii) los documentos no le

pertenecen, o (iii) los documentos tienen reserva legal. En tal sentido, dice la Corte Constitucional:

*“La oposición puede ser planteada por la parte o el tercero frente a quienes se solicite la exhibición, en el término de ejecutoria del auto que la decreta, **alegando que no tienen el objeto de ella, que el mismo no les pertenece o que goza de reserva legal.** Adicionalmente, el tercero puede alegar que la exhibición le causa perjuicio.”³ (Destaco)*

3. A continuación, se desarrollará porque la exhibición de documentos es improcedente y de allí los motivos de Christian Gallo para oponerse a la exhibición de documentos pues o la misma tiene un alcance que desborda los hechos enunciados en la solicitud, se relaciona con documentos que no le pertenecen, o se refieren a documentos que gozan de reserva legal. Muchos documentos, incluso, se encuentran en varios de estas causales.
4. En particular, como se explicará más adelante, es que la solicitud de documentos está íntimamente relacionada con las investigaciones de connotación penal que podrían involucrar al señor Camilo Bernal Martínez y, en tal medida, en aplicación de los principios de carácter penal, como el de la preservación de los medios probatorios, la presente exhibición de documentos debe ser desestimada.

A CLÁUSULA COMPROMISORIA. LAS PARTES DEL PRESENTE CONFLICTO LIMITARON LA SOLUCIÓN DE SUS DIFERENCIAS A ARBITRAJE, INCLUYENDO, CLARO ESTÁ, EL RECAUDO PROBATORIO Y SU CONTRADICCIÓN.

5. La presente solicitud de prueba anticipada efectuada por el señor Jorge Camilo Bernal Martínez, como bien lo señala en su solicitud, se efectúa en su calidad de accionista de Digital Ware S.A.S., frente, entre otras, a Christian Gallo en atención a su calidad de administrador de otro accionista como lo es Inversiones Tecnológicas II e Inversiones DW. En relación con Inversiones Tecnológicas II, el aquí solicitante ya interpuso otra prueba anticipada anunciando que interpondría una demanda en su contra, bajo el entendido de que Camilo Bernal la interpondría como accionista de Digital Ware. Lo mismo hizo frente a Inversiones DW.
6. Empero, dichas dispuestas, incluido el recaudo probatorio, se encuentra cobijado por cláusula compromisoria y, en tal medida, dichas solicitudes y la práctica y contradicción misma de este medio de prueba debe ser adelantado ante el correspondiente tribunal arbitral.
7. Como podrá observar el Despacho, todas las relaciones jurídicas entre el señor Bernal Martínez e Inversiones Tecnológicas II, incluso del señor Bernal con mi poderdante, en particular las mencionadas en los hechos de la solicitud de prueba

³ Sentencia C-830-2002 de 8 de octubre de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

extraprocésal, se encuentran cobijadas por cláusulas compromisorias y, en tal medida, la presente solicitud solamente pretende desconocer los acuerdos de voluntades entre las partes y el propio consentimiento del señor Camilo Bernal Martínez (por temas de economía las cláusulas pueden ser consultadas en el **Acápite A del Recurso de Reposición**).

8. En esta medida, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las partes de dichos negocios jurídicos consintieron que las diferencias derivadas de su calidad de accionistas de Digital Ware, el cumplimiento o no del acuerdo de accionistas e, incluso, el contrato de compraventa de acciones debía ser resuelto exclusivamente por un tribunal arbitral. Incluso, los administradores que ocuparon el cargo en Digital Ware con anterioridad a la transformación también consintieron el trámite arbitral.
9. Lo anterior, conlleva que, al pactarse cláusulas compromisorias, las partes sustrajeron la competencia de los jueces ordinarios para conocer de conflictos derivados de Digital Ware, el acuerdo de accionistas, y el contrato de compraventa de acciones. Negocios jurídicos fuente de la presente solicitud de prueba extraprocésal.
10. En tal sentido, el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de Martha Isabel García Serrano, señaló en auto de 19 de marzo de 2021 dentro del proceso de Luis Fernando Luque y otros contra María Teresa Chacón y otros que:

*“De suerte que son las partes, **de común acuerdo, quienes deciden sustraer un conflicto de la justicia ordinaria y asignarlo a la arbitral**, para que ésta en pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional otorgada por la norma constitucional -artículo 116 Constitución Política de Colombia-, imparta una decisión en derecho o en equidad sobre temas transigibles puestos a su consideración y que se relacionan con el negocio jurídico en el cual se pactó la cláusula compromisoria.*

(...)

***La anterior estipulación** [aludiendo a la cláusula compromisoria] **comprende la totalidad de los asuntos planteados por los socios demandantes, incluso los relacionados con la ‘nulidad absoluta por conflicto de intereses’ y ‘nulidad absoluta por abuso del derecho de voto’, pues ninguna restricción o salvedad se hizo para inaplicar tal compromiso a un tipo especial de acción. De allí, entonces, que no hay limitación alguna para que el Tribunal de Arbitramento conozca el presente litigio, dado que fue clara la intención de los asociados al establecer que ‘toda diferencia o controversia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación’, sería solucionada mediante el trámite arbitral.**” (Destaco)*

11. En este punto, para que no quede asomo de duda, reitero que Christian Gallo invoca la existencia de cláusula compromisorias y que se acoge expresamente a la misma y, por tanto, debe ser vista como un argumento adicional de la presente oposición a la exhibición de documentos.

12. Obsérvese que la valoración de las pruebas y su práctica hace parte de las funciones privativas del juez y, en nuestro caso, de los árbitros. Y, en esta medida, no se puede limitar el rol de los árbitros y el alcance de la cláusula arbitral a través de la práctica de las pruebas por fuera de dicho trámite arbitral.
13. Respecto del rol del juez y/o operador jurídico en materia probatoria y cómo esta está íntimamente ligada a la competencia de este, nuestra Corte Constitucional señaló:⁴

4. Ahora bien, es claro que la determinación de la pertinencia o impertinencia de una declaración, y en particular de una de las preguntas que en ella se realicen, es un punto cuyo examen es privativo del juez que conoce de la respectiva actuación y que el ejercicio legítimo de esa facultad no puede ser interferido por el juez de tutela. No obstante, como el poder de inferir la pertinencia o impertinencia de una prueba no es ilimitado, ya que en el constitucionalismo no existen poderes de tal índole, la valoración realizada por el funcionario en torno a esa situación puede estar al alcance del juez constitucional, por ejemplo, cuando el cuestionamiento que se formule entre en conflicto con un derecho fundamental como el de intimidad.

14. Por su parte, el profesor Hernán Fabio López en su obra señala, a lo largo de la misma, el rol del juzgador en la práctica de la prueba y su importancia, en especial respecto de la regla o principio de la inmediación -salvo cuando por temas de celeridad descongestión judicial se requiera la mediación, cosa que no ocurre en materia arbitral-. Veamos:⁵

“En virtud de la regla técnica de la inmediación se busca que sea el juez quien de manera personal y directa, sin intermediarios, practique las pruebas, mientras que la de la mediación permite que el recaudo de la prueba pueda darse por personas diferentes al funcionario que debe tomar la decisión.

En nuestro país como en la mayoría del mundo occidental, se adopta, en teoría, como básica la regla técnica de la inmediación pero sin repudiar la de la mediación, en principio, vigente para casos excepcionales, pero día a día ampliada en su cobertura.⁶

(...)

Recuerdo que la inmediación pretende que en todo proceso exista una comunicación directa entre las partes y el juez pero, básica y fundamentalmente entre el juez y la producción de la prueba, dado que esa percepción directa del fallador le permite formarse un mejor concepto sobre el poder demostrativo de aquella, lo que teóricamente es indiscutible y necio sería cuestionar su bondad en este campo ideal, si además, todos los procesos fueran de única instancia.” (Destaco)

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-032 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso, Pruebas*, Dupre Editores, 2018, página 53 y siguientes.

⁶ “Como ejemplo la ley 906 de 2004 C. de P.P. cuyo art. 379 señala: ‘Inmediación. **El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional**”

15. Y, más adelante, el mismo profesor López Blanco, señala que:⁷

“El proceso arbitral es por ahora el único cuya estructura determina que pueda ser observada, sin excepción alguna, la intermediación en la práctica de la prueba, por así estar consagrado en el art 31 de la Ley 1563 de 2012m Estatuto Arbitral donde se indica que en materia de audiencias y pruebas ‘El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.’ (Destaco)

16. Conforme con lo anterior, salta a la vista que es el tribunal arbitral quien debe practicar las pruebas y es en ejercicio de su jurisdicción que podrá determinar el alcance de cada medio probatorio y si permite o no la oposición a cualquier medio probatorio, como, por ejemplo, la objeción a una pregunta del interrogatorio de parte o la oposición a una exhibición de documentos.
17. En todo caso, debe advertirse que cualquier controversia acerca del alcance de la cláusula arbitral y la competencia del árbitro para resolver las pretensiones de la demanda de Camilo Bernal debe ser resuelta dentro del propio trámite arbitral, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012.
18. En consecuencia, no puede ser de recibo que a través de pruebas extraprocesales se limite el rol de los árbitros y el alcance de la cláusula compromisoria pactada entre las partes en pleno ejercicio de sus facultades y en atención al principio de habilitación consagrado en el artículo 116 de la Constitución.

B LOS DOCUMENTOS NO FUERON SOLICITADOS PREVIAMENTE MEDIANTE DERECHO DE PETICIÓN Y, POR LO TANTO, LA SOLICITUD DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS ES IMPROCEDENTE

19. La exhibición de documentos es un procedimiento que, en línea de principio, solamente procede ante la imposibilidad de conseguir los documentos directamente por la parte y de allí que, ante tal situación, se requiera la intervención del juez de conocimiento (en nuestro caso el Tribunal Arbitral) para que medie en la pertinencia y práctica de la revelación de este a un tercero.
20. En efecto, el artículo 173 del Código General del Proceso consagra el deber que tienen las partes de recaudar los medios probatorios en forma directa en atención a la carga de la prueba establecida en el artículo 167⁸ de dicha Ley, en especial a través del derecho de petición e, incluso, se consagra el deber de acreditar, al menos en forma sumaria, que el derecho de petición no fue atendido.

⁷ Ibid, página 69.

⁸ “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)”

21. Norma que, debo señalar, también es aplicable al trámite de las pruebas extraprocesales pues: (i) dicha norma se encuentra en las disposiciones generales de la Sección Tercera del Código General del Proceso que corresponde al régimen probatorio; y (ii) la estipulación del artículo 183 del Código General del Proceso que establece que la práctica y citación a dicha prueba debe efectuarse con sujeción al Código General del Proceso y, por contera, a las normas en materia probatoria.⁹
22. De tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia haya señalado, en atención a la aplicación del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil -norma similar a los artículos 265 y siguientes del Código General del Proceso-, que la exhibición de documentos procede **ante la resistencia de la parte a su exposición**. Situación que en el presente caso no ha ocurrido. Veamos lo expuesto por la Corte:¹⁰

*“Al respecto es menester considerar que conforme al artículo 283 del C.P.C., **la acción exhibitoria está dirigida a lograr la exposición de documentos que se encuentran en poder de un tercero o de la parte contraria, como instrumento para vencer la resistencia de esa parte o del tercero, si es que ellos obstruyen el acceso a la prueba. Por lo tanto, esa fuerza conminatoria es innecesaria, cuando la parte espontánea y voluntariamente ofrece sus libros de contabilidad, que pueden ser prueba, no sólo en su favor, sino también en su contra.**” (Destaco)*

23. De allí que, conforme a lo establecido en la Ley 1564 de 2012 y la aproximación jurisprudencial, en un proceso similar -por no decir idéntico- interpuesto por Camilo Bernal contra Inversiones DW S.A.S. (otro de los accionistas de Digital Ware), el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito al negar la exhibición de documentos señaló:¹¹

*“En cuanto a la solicitud de copia simple de la carta de terminación de contrato / despido remitido por DIGITAL WARE al señor ROBIN BARQUÍN, y por medio de la cual terminaron sus funciones como presidente y CEO de DIGITAL WARE y que en caso de existir, el contrato de transacción correspondiente suscrito con el señor BARQUÍN, **esto ha podido solicitarlo por intermedio de derecho de petición, y que en caso de ser negado sea el juez de conocimiento** [en nuestro caso el Tribunal Arbitral] **quien conmine a la parte demandada a su entrega, como lo establece el artículo 173 del C.G.P.**” (Destaco)*

24. En el presente caso, la prueba anticipada fue radicada el 3 de agosto de 2021 según correo electrónico adjunto, y, posteriormente, el 5 de agosto de 2021 en forma extemporánea remitieron un derecho de petición de información, documento que adjunto, y el cual fue efectivamente contestado el 23 de agosto de 2021.

⁹ El Artículo 183 establece que “Podrán practicarse pruebas extraprocesales con observancia de las reglas sobre citación y práctica establecidas en este código.”

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de junio de 2011, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

¹¹ Auto de 9 de noviembre de 2021 en el proceso de Jorge Camilo Bernal Martínez contra Inversiones DW S.A.S. con radicado 2021-00386.

C EL CONFLICTO DE DIGITAL WARE Y LAS DECISIONES ADOPTADAS PARA PROTEGER LOS INTERESES DE DICHA SOCIEDAD CON OCASIÓN DE INVESTIGACIONES DE LOS ABOGADOS PENALISTAS QUE PUEDEN INVOLUCRAR A CAMILO BERNAL EN CONDUCTAS CON ALGÚN GRADO DE INCIDENCIA PENAL

25. Como se expondrá a continuación, las actividades desplegadas por Digital Ware con ocasión a actividades que llamaron la atención de la junta directiva han contado con autorizaciones expresas de los máximos órganos de gobierno corporativo de la sociedad y, además, han contado con un directo acompañamiento de abogados penalistas y de empresas de auditoría contratados por estos, entre ellas FTI Consulting.
26. Sin embargo, debemos advertir que dichas actividades, protegidas por el secreto profesional, llevaron a concluir a los asesores externos que había asuntos que podían involucrar a Camilo Bernal en conductas con alguna incidencia penal y que, incluso, implicaban continuar con la investigación y que la misma no fuera revelada al señor Bernal dado el evidente conflicto de interés e, incluso, para preservar el material probatorio hallado.
27. Situación que, a pesar de la renuencia del señor Bernal, conllevó a que se creara un comité en Digital Ware para que el abogado penalista compartiera la información recaudada con los administradores de la compañía y, así, poder tomar las determinaciones correspondientes al interior de la sociedad.
28. En esta medida, como se observa en las decisiones corporativas de Digital Ware que a continuación expongo, toda la investigación recaudada por los abogados penalistas, sus auditores, con el acompañamiento de los administradores de Digital Ware, es de dicha sociedad, y frente a la misma **se determinó que el señor Bernal no debería tener acceso a los pormenores de la investigación adelantada por los abogados penalistas, incluido a los auditores contratados por estos.**
29. El tema fue tratado en las juntas directivas de finales de octubre de 2020 dada la necesidad de investigar operaciones en Chile y un contratista de Digital Ware, esto es ISTechnology, inicialmente contratado por Camilo Bernal Martínez. E, igualmente se decidió incluir la totalidad de las actividades en Digital Ware, incluso con anterioridad al ingreso de Robin Barquín.
30. Posteriormente, con ocasión de la celebración de un contrato en Chile con Indisa, y en el que intervenía la sociedad ISTechnology, los administradores de Digital Ware, consultado con los abogados externos y los propios auditores, remitieron un informe en abril de 2021 a los directores, entre ellos Camilo Bernal, con el propósito

que la junta directiva tuviese conocimiento de las investigaciones efectuadas en las operaciones en Chile y en particular con ISTechnology.

31. El informe, como bien lo sabe Camilo Bernal Martínez, no halló ninguna prueba contundente que evidenciara irregularidades o pago de sobornos en relación con las operaciones en Chile, salvo unas alertas relacionadas con actividades realizadas durante las fechas en que Camilo Bernal era Presidente de Digital Ware. Incluso, **en el informe de FTI se menciona que el lobby es una operación regulada en dicho país**. Así, por ejemplo, en la asamblea general de accionistas de 16 de julio de 2021 se señaló:

Sergio Londoño continuó indagando sobre el tema y preguntó a Fabio Saad, en calidad de miembro de Junta Directiva, si conoce algún informe de FTI sobre este tema.

Daniel Posse interviene para aclararle a Sergio Londoño que la pregunta sería si a la Junta Directiva se le ha presentado un informe como el que menciona. Sergio Londoño responde que no y que su pregunta es si Fabio Saad ha tenido acceso o sabe de la existencia de un informe en esta calidad.

Daniel Posse le indica a Fabio Saad que le está preguntando si, en su calidad de miembro de la Junta Directiva, tiene conocimiento de la existencia de ese informe. **Fabio Saad responde que sí y recordó que en el momento de la aprobación en la Junta Directiva de la celebración del contrato con Indisa se presentó un informe, en el que no recordó la fecha, en donde se discutió en la Junta Directiva para ver si había una irregularidad en la contratación que no fue conclusiva y por eso se aprobó la contratación con Indisa.** Dijo Fabio Saad que imagina que ese es el informe al que se está refiriendo Sergio Londoño y le preguntó si él tiene acceso a ese reporte, en vez de proceder con un interrogatorio a todas las personas de la reunión, por qué no presenta el contenido que se refiere.

(...)

Daniel Posse escuchó que Fabio Saad dijo que conocía de un informe que se presentó a la Junta, por lo que le solicitó que amplíe la información acerca de que fue lo que se presentó como informe a la Junta Directiva.

Fabio Saad dijo que con fecha de 18 de abril de 2021, se compartió un informe de FTI para ayudar la decisión de aprobar o no un contrato de Indisa. Agregó que la única referencia a una bandera roja es la siguiente que leyó textualmente:

“En relación con la negociación con IST, FTI no identificó evidencia contundente sobre la existencia de irregularidades asociadas a corrupción o al pago de comisiones. Sin embargo, FTI sí identificó algunos correos que podrían ser consideradas como banderas rojas, sin el contexto necesario. En particular, esos correos podrían indicar que alguno de los gastos incurridos por Digital Ware se utilizaron para promocionar a la compañía con políticos y altos ejecutivos y lobistas en Chile. Inclusive, algunos correos electrónicos parecen sugerir que Digital Ware tenía programada la invitación a un político chileno a Colombia”

Una vez leído lo anterior, **Fabio Saad aclara que esa es la única referencia y las referencias que se hacen de esos correos son antes de la llegada de Robin Barquin a la administración de la Sociedad, es decir, bajo el manejo de Camilo Bernal.** Lo que, para él, refuerza que no tuvo ninguna conclusión que la firma de ese contrato finalmente, después de que esas visitas no se tuvieran a cargo, tuviera alguna irregularidad y por eso se procedió con la aprobación de esos contratos en Chile y tampoco se tuvo hasta ahora ninguna conclusión que evidenciaran prácticas de irregularidad por parte de Robin Barquin y mucho menos por Fabio Saad o Federico González, en el manejo de información de ese reporte.

32. Posteriormente, la Asamblea General de Accionistas, en reunión de 16 de julio de

2021, requirió a los administradores que continuaran con las investigaciones relacionadas con los hallazgos de FTI.

Daniel Posse anunció que si Camilo Bernal está copiado, entonces la propuesta podría venir con las referencias específicas. Manifiesta, con base en lo que se ha considerado en este punto desde que se volvió del receso, **hacer una propuesta sustitutiva a la de Sergio Londoño y es que es que se analice por parte de la Administración si existen razones y justificaciones fácticas para iniciar una acción social de responsabilidad contra Robin Barquin por razón de los hallazgos que daría cuenta el informe de FTI que se está mencionado.**

Agregó que, **en caso de que haya una información concreta, específica y no meras hipótesis acerca de la misma, se vuelva a plantear a la Asamblea la consideración de iniciar esa acción social de responsabilidad, pero si del informe y las averiguaciones adicionales que se hagan no existe una información específica y concreta que justifique el inicio de la acción social de responsabilidad, solicitó que no se salte a aprobar la iniciación de una acción como esas con meras hipótesis.** Lo anterior, basado en que oyó de la lectura de Fabio Saad del punto relacionado con el contrato de Chile, que están planteados exclusivamente como hipótesis, de que podrían dar lugar o podrían entenderse, pero no ve afirmaciones específicas o concretas. De esta manera, indicó que así queda presentada una propuesta sustitutiva y la justificación de porque la presenta.

(...)

Acto seguido, el Presidente solicitó al Secretario votar la propuesta principal. El Secretario sometió a votación de la Asamblea la propuesta principal y preguntó a Daniel Posse el sentido de su voto, el cual fue favorable a la propuesta principal. Luego, el Secretario preguntó a Sergio Londoño manifestar el sentido de su voto, a lo cual Sergio Londoño manifestó que, en vista de su propuesta fue rechazada, se abstiene de votar esta. Por último, el Secretario preguntó a Fabio Saad manifestar el sentido de su voto, a lo cual Fabio Saad manifestó su voto favorable.

El Secretario confirmó que la proposición principal presentada a la Asamblea fue aprobada con el voto afirmativo de 166.318.483 acciones y que 41.579.517 acciones se abstuvieron de votar.

33. Con ocasión de dichas investigaciones ordenadas por la Asamblea General de Accionistas y a través de sus asesores externos (Ricardo Forero y Fabio Humar), Digital Ware continuó con sus averiguaciones y entrevistas y de dichos hallazgos encontraron que un miembro de junta directiva, esto es el señor **Camilo Bernal**, podría estar incurso en conductas que eventualmente podrían dar lugar a investigaciones penales y, en esta medida, advirtieron que el señor Camilo Bernal se encontraba en un conflicto de interés en relación con tal investigación.
34. El mencionado conflicto de interés fue tratado en la Asamblea General de Accionistas de 15 de septiembre de 2021 y en la misma, atendiendo la recomendación dada por los abogados penalistas -incluso desde diciembre de 2020-, se estableció la necesidad de integrar un comité que conociera de las investigaciones e informara a la Asamblea General de Accionista. Obsérvese lo contenido en dicha acta:

5. **Análisis de potencial conflicto de intereses por parte de los Administradores en relación con el Informe elaborado por FTI Consulting S.A.S.**

El Presidente da un indica que sobre este punto se va a entrar a analizar el potencial conflicto de interés por parte de los administradores en relación con el informe elaborado por FTI Consulting S.A.S. y el Presidente señala que entiende que le corresponde a la administración hacernos la presentación del tema.

Jorge Enrique Cote toma la palabra y señala que, durante la reunión extraordinaria de la Junta Directiva del 9 de agosto de 2021, citada por Camilo Bernal, en el desarrollo del punto del orden del día denominado “Presentación de la administración sobre los avances en el estudio ordenado por la asamblea general de accionistas” en reunión del 16 de julio de 2021, participó Fabio Humar. Fabio Humar informó a la Junta Directiva acerca de un potencial conflicto de intereses derivado de la investigación que realizó la firma FTI. El Doctor Humar, recomendó citar a una reunión extraordinaria de la asamblea de accionistas para que se pudiera debatir este tema, razón por la cual la administración, en cumplimiento de la ley y los estatutos, procedió a citar a la presente reunión extraordinaria de la asamblea.

(...)

En este punto, Jorge Enrique Cote le cedió la palabra a Fabio Humar para que informe a la asamblea para que explique acerca de la existencia del potencial conflicto de intereses. Humar toma la palabra y manifiesta que en su oficina de abogados han conocido un informe elaborado por FTI en torno a unas posibles y muy probables conductas ilícitas que pudieron haberse cometido por parte de un miembro de la Junta Directiva en su momento y así fue expuesto en la reunión de junta directiva que mencionó anteriormente Jorge Cote. En ese sentido, Fabio Humar manifiesta que lo que procede según las reglas de buen gobierno, por supuesto del cumplimiento y la máxima asepsia con que deben tratarse estos asuntos, es que sea la asamblea la que dirima, evalúe el posible o potencial conflicto de intereses en que está en curso la persona nombrada en el documento de FTI.

Así las cosas, Fabio Humar recomendó en la junta directiva y recomienda en esta asamblea, se deben aplicar los mejores principios de prácticas corporativas que proceden en estos asuntos, para que esta misma asamblea cree u ordene la creación de una comisión a la que se le entregará el informe de FTI, para que del seno de dicha comisión se le recomiende a la junta y a la asamblea de accionistas qué se debe hacer en torno al conflicto de interés. Es por esto que la asamblea debe proceder a nombrar un equipo compuesto de por 3 o 4 personas a la que se le entregará el informe de FTI para que dicha comisión indique qué debe hacerse en torno al conflicto de interés y recomiende a la asamblea la forma de proceder respecto del informe de FTI.

(...)

Seguidamente, Sergio Londoño retoma la palabra y agradece la explicación. Le pregunta a Fabio Humar ¿si nos podría dar los fundamentos de esa propuesta? Indica que entiende que es una mejor práctica de gobierno, pero quisiera entender ¿de dónde proviene? o, ¿es de su experiencia?

Fabio Humar responde que no es de su experiencia, que esta propuesta se fundamenta en experiencias que han surgido en otros países de los cuales Colombia ha adoptado como las recomendaciones de ACFES que es la Asociación que certifica a los auditores para la detección de fraude y algo de esto hay en la ISO 37001 antisoborno y en la ISO de Compliance. Sumado a ello, Colombia ya está dando pasos decididos hacia el derecho penal corporativo y están indicando que la mejor manera de adelantar una investigación es que el sujeto que pudo (por no tener certeza) haber tenido algún contacto directo o indirecto, se aparte de la investigación. Esto no es más que la lógica jurídica aplicada a un caso en concreto.

Añade Fabio Humar que cuando uno de los sujetos que puede tener contacto con el hecho ilícito, sigue teniendo contacto con el hecho ilícito y con el modo de investigar, puede incurrir en otro delito como la desaparición de los elementos materiales probatorios o la adulteración de estos, lo cual permitiría inferir en una audiencia de imputación de cargos, algo así como una medida de aseguramiento intramural. Entonces para evitarse todos estos asuntos y recordemos que una de las causales de aseguramiento intramural, es estar en contacto con los elementos materiales probatorios y la potencialidad para destruirlos, alterarlos, modificarlos o esconderlos. En ese sentido, para evitarse esos asuntos, la mejor opción es que la persona se aparte de la investigación entre otras cosas, no porque haya sospechas, sino precisamente para garantizar la presunción de inocencia. Aquí no se está haciendo nada distinto que protegiendo a un ciudadano de que el día de mañana en una eventual investigación penal, ese ciudadano se haya mostrado desde el principio que hay una

35. En esta medida, se conformó una comisión para que evaluará dicho informe, a pesar de que el señor Bernal –a través de su apoderado- pretendió tener acceso al mismo, ya no por vía de asamblea, sino de la junta directiva. Comisión que indudablemente tendría el acompañamiento de los abogados penalistas pues los hallazgos e informes se encontraban y encuentran en su poder. Veamos:

Daniel Posse manifiesta que hay una segunda propuesta que trajo la administración y es que se nombre una comisión que se encargue de servir como órgano a través del cual la Asamblea instruya a que se maneje el tema de las posibles consecuencias derivadas del informe, según se entendió de la propuesta del doctor Fabio Humar.

En ese sentido, se abre a discusión esa segunda propuesta presentada por el doctor Fabio Humar en virtud de la vocería que le entregó el doctor Jorge Cote como administración y que presentaron a la asamblea. En relación con esto, Daniel Posse anticipa que, como comentario, le parece acuerdo que la investigación o las investigaciones que se deriven del informe al que se ha hecho referencia, se lleven a cabo y si para el efecto contribuye favorablemente que se nombre una comisión, pues desde luego estaríamos de acuerdo en que así ocurra y por ende complementaría la propuesta en el sentido de que se conforme una comisión por dos miembros. Daniel Posse postuló como miembros para integrar esa comisión a Juan Manuel Wills y a Fabio Saad.

(...)

A lo anterior, Daniel Posse pregunta que si en relación con las posibles denuncias que se derivan del informe, según Sergio Londoño habría que pedirle autorización a Camilo Bernal. Sergio Londoño responde que la propuesta que se está haciendo, es crear un órgano paralelo a la Junta Directiva del cual marginarían a Camilo Bernal para tomar decisiones que no saben exactamente cuáles serán, siendo contrario al acuerdo de accionistas y a las reglas que rigen el funcionamiento de dicho órgano.

Daniel Posse recalca que, si se entiende bien a Sergio Londoño, para iniciar acciones derivadas del informe, ¿tendría que pedirle autorización a Camilo Bernal y sin ellas no se podrían iniciar? Sergio Londoño responde que el acuerdo de accionistas como estuvo diseñado estaba pensado justamente para asegurar la presencia en Junta Directiva de Camilo Bernal, presencia que según él trataron de despojar injustificadamente con la aprobación de la acción social y presencia que tratan de despojar también, aprobando la creación de un órgano paralelo de administración, no a través de una reforma estatutaria. Lo anterior configurando un claro abuso del derecho de voto al amparo de los antecedentes de la Superintendencia de Sociedades, particularmente de la sentencia de 2017, en el caso de Invercolsa.

(...)

El Presidente ratifica que él en ningún momento ha propuesto crear un órgano paralelo de administración y por eso hace la apreciación de que, para efectos del acta, esas no son sus palabras y que Sergio Londoño está parafraseando lo que él dice. En ese sentido, hay una propuesta muy simple que es que la asamblea nombre una comisión de la cual el doctor Fabio Humar pueda estar informando en la forma que corresponda, acerca de qué sugiere o qué va a hacerse con el informe y las consecuencias o resultados del mismo. Si Sergio Londoño deduce que se está nombrando una comisión para que apruebe la celebración de actos jurídicos, pues no lo ha dicho Daniel Posse sino Sergio Londoño, y un órgano paralelo de administración, que esas no son sus palabras no las de Daniel Posse.

(...)

Así, Daniel Posse propone que la asamblea acoja esa recomendación y nombre la comisión integrada por dos miembros y propone para el efecto que esté integrada por Juan Manuel Wills y Fabio Saad y pregunta si hay alguna otra consideración sobre la propuesta. Ante el silencio, el Presidente le pide al Secretario que se proceda con la votación.

El Secretario le pregunta a Sergio Londoño cuál es el sentido de su voto frente a esta propuesta, a lo que Sergio Londoño responde que vota en contra, ya que es una propuesta claramente abusiva. Continuando con la votación, el Secretario le pregunta a Pedro Miguel Álvarez el sentido de su voto, a lo que señala que su voto es a favor. Finalmente, el Secretario le pregunta a Daniel Posse a lo que responde que su voto también es a favor.

Dicho esto, el Secretario confirma que la propuesta presentada a consideración de la asamblea es aprobada con el voto afirmativo de 186.318.492 acciones y con el voto negativo de 44.500.527 acciones.

El Presidente le pide al Secretario que indique cómo quedó integrada la comisión, a lo que el Secretario responde que quiere confirmar si para la designación de la comisión van a hacer uso del sistema de cuociente electoral, entonces van a poner a votación la plancha única que presentó el Presidente, conformada por el doctor Juan Manuel Wills y el doctor Fabio Saad.

36. Como consecuencia de lo hasta expuesto, no es procedente que el señor Camilo Bernal a través de solicitudes a accionistas, miembros de junta directiva o empleados de Digital Ware se pretenda desconocer, por un lado, las decisiones corporativas derivadas de investigaciones de índole penal que involucran al señor Bernal y, de esta manera, tener acceso a información sensible que puede afectar las denuncias penales correspondientes y la misma protección de la prueba. Incluso, contrariando las recomendaciones de los abogados penalistas.
37. Y, por el otro, que no se haga una solicitud de prueba extraprocesal directamente a Digital Ware (propietario, titular, y quien contrató a los asesores penales) de la información solicitada y, por esta vía, impedirle que ejerza su derecho de oposición a la exhibición de documentos y pueda proteger su derecho a la intimidad. Situación reconocida por el propio Tribunal Superior de Bogotá, en estos términos:¹²

Así que éste no es el tenedor ni propietario de la información demandada, ni tampoco se desprende que se encuentre bajo su dominio y pueda disponer de ella, sino que tuvo acceso a la misma en razón del cargo asignado por los accionistas de Digital Ware S.A.S.

¹² Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, providencia de 1 de junio de 2022, radicado 2021-00277, M.P. Jesús Emilio Múnera Villegas (**Anexo 19**).

- 37.1. Y señalada expresamente por el Juzgado Quinto Civil del Circuito con ocasión de otro proceso adelantado por Jorge Camilo Bernal Martínez, en estos términos:¹³

*Para el Despacho es claro que **la documentación reseñada no le corresponde al señor Federico González**, pues la calidad que le enrostra el convocante de administrador de la sociedad **Digital Ware** no muta el hecho de que, en cualquier caso, **tales documentos pertenecen y se encuentran en poder de dicha sociedad, a quien debió convocarse para los fines que se presenten en la presente actuación.**" (Destaco)*

D LAS AUDITORÍAS E INVESTIGACIONES EN DIGITAL WARE NO LE PERTENECEN A CHRISTIAN GALLO, SINO A DIGITAL WARE Y SE ENCUENTRAN SUJETAS A SECRETO PROFESIONAL DERIVADAS DE LA ACTIVIDAD DE LOS ABOGADOS PENALISTAS Y, CON OCASIÓN A DICHO TRÁMITE, SE HAN TOMADO DECISIONES CORPORATIVAS PARA QUE LOS INVESTIGADOS NO TENGAN ACCESO A DICHA INVESTIGACIÓN DE NATURALEZA PENAL

38. Revisados los documentos solicitados y los mismos hechos señalados en la prueba anticipada, encontramos que los mismos aluden a actuaciones propias al interior de la sociedad Digital Ware S.A.S. ("**Digital Ware**"), de la cual tanto Christian Gallo como Camilo Bernal son administradores -este último también es accionista-, y, en tal virtud, al ser documentos que no le pertenecen a mi poderdante, deberán ser solicitados directamente a Digital Ware.
39. De allí que, incluso, en presencia de los apoderados del señor Camilo Bernal se le hubiese informado que, dicho documento no ha estado a nivel de asamblea de accionistas, ni sus accionistas han tenido acceso a dicho documento. Veamos, por ejemplo, lo señalado en la asamblea general de accionistas de Digital Ware de 16 de julio de 2021 con ocasión de un documento compartido también a Camilo Bernal Dada su calidad de miembro de junta directiva de Digital Ware:

Fabio Saad respondió que, a nivel de Asamblea y acceso a accionistas no ha visto ese documento, en reuniones de Junta se ha revisado un documento pero no sabe si ese es al que se refiere, pero que a eso no tuvo acceso los accionistas, solo se tuvo acceso en la Junta Directiva.

Sergio Londoño le preguntó a Fabio Saad que, en el contexto de esta Asamblea, en calidad de administrador y él en calidad de accionista, quisiera preguntarle si a la Junta Directiva se le presentó un informe de FTI en relación con una contratación que se adelantó en Chile mientras Robin Barquin actuó como representante legal de la Sociedad y anotó que la pregunta la hizo en su calidad de miembro de la Junta Directiva.

D.1 CHRISTIAN GALLO NO ES TITULAR, NI LE PERTENECE LA INFORMACIÓN SOLICITADA

40. Revisada la información solicitada por el demandante debemos advertir que gran parte de esta es de Digital Ware y/o de los administradores de Digital Ware que con

¹³ Juzgado Quinto Civil del Circuito, providencia de 27 de mayo de 2022, radicado 2021-00329.

ocasión de sus funciones han tenido acceso a información y han cruzado correos y correspondencia. Sin embargo, el titular de dicha correspondencia es íntegramente a Digital Ware y debe ser solicitada a dicha sociedad.

41. A continuación, relaciono la información de la que Christian Gallo no es titular, ni le pertenece: (i) copia simple de la o las auditorías forenses realizadas a Digital Ware, en particular de FTI Consulting S.A.S. (*numeral 1*); (ii) copia simple de la carta de terminación o despido remitido por Digital Ware al señor Robin Barquín y/o el contrato de transacción celebrado entre Digital Ware y Robin Barquín (*numeral 3*); y (iii) copia simple de todas las comunicaciones remitidas y/o recibidas entre la Parte Solicitada y el señor Robin Barquín en relación con el contrato de Digital Ware y la sociedad ISTechnology SPA (*numeral 2*).
42. En consecuencia, al no ser titular no es procedente su exhibición y a la persona jurídica que debe requerirse e interponer las correspondientes pruebas extraprocesales, para que como titular pueda oponerse a su exhibición, es a Digital Ware y no a Christian Gallo.
43. Este análisis, ya ha sido compartido por otros Jueces del Circuito y por el propio Tribunal Superior de Bogotá. En tal sentido, dentro de la prueba extraprocesal de exhibición de documentos de Jorge Camilo Bernal Martínez contra Fabio Saad, el Tribunal Superior en providencia del 1 de junio de 2022 señaló que la misma no era procedente pues dichos documentos eran de propiedad de Digital Ware, veamos:¹⁴

“Con el anunciado estado de cosas, en asamblea extraordinaria realizada el 15 de septiembre de 2021 la mayoría de los accionistas decidió, por votación, mantener la información reservada y crear una comisión para revisar las conclusiones a las que se llegó con la auditoría para establecer qué acciones legales y empresariales tomarían al respecto. Y Fabio Isay Saad fue precisamente designado como uno de los miembros del comité que tuvo acceso a la auditoría.

Así que éste no es el tenedor ni propietario de la información demandada, ni tampoco se desprende que se encuentre bajo su dominio y pueda disponer de ella, sino que tuvo acceso a la misma en razón del cargo asignado por los accionistas de Digital Ware S.A.S.

*En este contexto, resulta evidente que **el convocado no es a quien se le pueda exigir la entrega de la información requerida; pues, no le pertenece, ni se halla en su poder; únicamente tuvo acceso a la misma, por la calidad que ostenta en la empresa.** Obsérvese que no es posible considerar a Fabio Isay Saad como contraparte ni tercero que tenga los documentos requeridos. El sólo es miembro de la comisión que se creó por los accionistas en la sociedad Digital Ware S.A.S. para el estudio de la investigación de FTI. Pero, además, **es un tipo de información que no puede ser publicitada ni repartida sin recato alguno a quienes la soliciten; tanto más, cuando el objeto de la misma es averiguar situaciones y hechos que afectan a la entidad, y en los cuales aparece***

¹⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, providencia de 1 de junio de 2022, radicado 2021-00277, M.P. Jesús Emilio Múnera Villegas (**Anexo 19**).

comprometido el ahora reclamante de los documentos que tienen esos datos.

(...)

Así mismo, dando aplicación estricta al precepto 51 del Código de Comercio, las comunicaciones sostenidas con Robín Barquín del contrato celebrado por Digital Ware y la sociedad Istechnology SPA son correspondencia directamente relacionada con el negocio; por lo mismo, sujeta al régimen de conservación y reserva; luego, tampoco procede su exhibición.” (Destaco)

44. Igualmente, el Juzgado Quinto Civil del Circuito, dentro de prueba extraprocesal de exhibición de documentos de Jorge Camilo Bernal Martínez contra Federico González, señaló en auto de 27 de mayo de 2022 que la misma no era procedente, así:¹⁵

*“Es cierto, como lo señala el apoderado de la parte convocante al momento de descorrer el traslado de la oposición, que no resulta plausible invocar una falta de legitimación en la causa, porque justamente, en el trámite de la prueba extraprocesal no existe litigio o causa en curso; pero **no se puede perder de vista la imposibilidad de que la persona a quien se convoque en el trámite probatorio exhiba documentación que no le pertenece o no está en su poder.**”*

(...)

*Para el Despacho es claro que **la documentación reseñada no le corresponde al señor Federico González, pues la calidad que le enrostra el convocante de administrador de la sociedad Digital Ware no muta el hecho de que, en cualquier caso, tales documentos pertenecen y se encuentran en poder de dicha sociedad, a quien debió convocarse para los fines que se presenten en la presente actuación.**” (Destaco)*

D.2 **LAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR LOS ABOGADOS PENALISTAS Y LOS TERCEROS CONTRATADOS POR ESTOS EN MATERIA INVESTIGATIVA SE ENCUENTRAN CUBIERTAS BAJO EL SECRETO PROFESIONAL QUE COBIJA LA RELACIÓN DE DIGITAL WARE CON SUS APODERADOS**

45. La información solicitada en relación con auditorías e investigaciones realizadas en Digital Ware corresponde a información cobijada por el secreto profesional regulado en el artículo 74 de la Constitución Política¹⁶ y el propio Código Disciplinario del abogado (*numeral 9 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007*¹⁷) y, por ende, la presente solicitud es improcedente y debe acogerse la presente oposición a la exhibición de documentos.
46. En efecto, de la revisión de las actas y de las propias afirmaciones del doctor Fabio Humar, abogado penalista, el informe de FTI se encuentra en su poder y no ha sido compartido con terceras personas y, mucho menos, a nivel de accionistas de Digital

¹⁵ Juzgado Quinto Civil del Circuito, providencia de 27 de mayo de 2022, radicado 2021-00329.

¹⁶ “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. **El secreto profesional es inviolable.**”

¹⁷ “9. Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios.”

Ware pues las mejores prácticas en materia de investigación criminal así lo aconsejan. Tan solo se compartió un extracto a los miembros de junta directiva en abril de 2021 (incluido Camilo Bernal) y a una comisión creada en Digital Ware dada la gravedad de la situación. Información que ha sido compartida bajo estricta reserva y cobijada por el secreto profesional de las investigaciones de los abogados penalistas.

47. Así mismo, se observa que tanto el informe de auditoría, como las investigaciones adelantadas directamente por el doctor Humar y el doctor Ricardo Forero, junto con sus equipos, corresponden a actividades propias del ejercicio de la profesión con ocasión de la contratación efectuada por Digital Ware, debidamente conocida por la junta directiva. Asesoría que conllevó, entre otras, a la interposición de una denuncia penal.
48. En consecuencia, tanto el informe de auditoría como la totalidad de la investigación se encuentran cobijadas por el secreto profesional constitucionalmente protegido que cobija la relación del señor Humar, Forero, y de Brigard Urrutia con Digital Ware.
49. En Colombia el secreto profesional se encuentra consagrado en el artículo 74 de la Constitución Nacional, y sobre tal principio constitucional el Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007), consagra el deber profesional del abogado a guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios (Art. 28 de la Ley 1123 de 2007).
50. Así mismo, el Código Disciplinario del Abogado señala como una falta de lealtad con el cliente, que configura una sanción disciplinaria, el hecho que un abogado revele o utilice los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita del cliente, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito.
51. Al respecto, la Corte Constitucional, ha sido enfática en la protección de este derecho y como el beneficiario no sólo es el cliente sino, en últimas, el abogado y la profesión misma. En tal sentido, son pertinentes los siguientes pronunciamientos judiciales:
 - 51.1. Sentencia C-538 de 1997 de la Corte Constitucional:¹⁸

“El secreto profesional impone a los profesionales que a consecuencia de su actividad se tornan depositarios de la confianza de las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada, destinados a mantenerse ocultos a los demás, el deber de conservar el sigilo o reserva sobre los mismos. La inviolabilidad del secreto asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace partícipe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que sólo con

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-538 de 23 de octubre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

grave detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente. Adicionalmente, desde el ángulo del profesional, puede afirmarse que existe un derecho-deber a conservar el sigilo, puesto que de lo contrario, de verse compelido a revelar lo que conoce, irremisiblemente perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. También cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos tienen el interés legítimo de merecer y cultivar la confianza pública y, por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los miembros que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado.” (Negrilla fuera de texto original).

52. Sentencia T-708 de 2008 de la Corte Constitucional:¹⁹

El secreto profesional constituye, entonces, una aplicación evidente de la intimidad de las personas (art. 15 C.P.) que, además, tiene un vínculo estrecho con la libertad de escoger y ejercer una profesión o un oficio que implica servicios personalísimos (art. 26 C.P.). La génesis de la inviolabilidad del secreto profesional, que en la Constitución no tiene ninguna excepción, conlleva la determinación de varios derechos y obligaciones de tipo correlativo: por un lado, la potestad de quien acude a la consulta profesional de exigir que se mantenga la reserva de la información frente al especialista y al público en general; por otro, el derecho del profesional de abstenerse de revelar las informaciones que se obtengan como producto del vínculo y, por último, la obligación del profesional de establecer estrategias apropiadas para mantener el secreto y para impedir que otros accedan a la información.” (Negrilla fuera de texto original)

53. En esta medida, la información recaudada en Digital Ware por parte de sus abogados penalistas y los asesores contratados durante la etapa investigativa se encuentra cobijada por el secreto profesional y, en aplicación al derecho a la intimidad, es inviolable. Incluso, ante orden judicial.

54. Dicho secreto profesional, incluye la información limitada que los asesores penalistas han compartido con el cliente (**Digital Ware**) para que este pudiera tomar unas decisiones corporativas puntuales. Y, por ende, no es procedente la revelación de dicha información pues la misma se encuentra sujeta a derecho profesional.

D.3 OBSERVACIONES ACERCA DEL INFORME DE FTI SOLICITADO POR CAMILO BERNAL CORRESPONDE A INFORMACIÓN SUMINISTRADA A TODOS LOS MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA. CAMILO BERNAL ES MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA.

55. Como se advirtió en acápite anteriores y evidenciado en las actas mencionadas en dichos apartes y en correos electrónicos remitidos entre los miembros de junta directiva. El abogado penalista compartió un extracto del informe de FTI para que la junta directiva pudiese tomar dichas decisiones corporativas. Dicho documento, pues, fue remitido a Camilo Bernal Martínez el 18 de abril de 2021.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-708 de 14 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

From: Federico Gonzalez
Sent: Sunday, April 18, 2021 12:54 PM
To: Juan Manuel Wills <wills.juan@gmail.com>; Camilo Bernal Martinez <camilob@digitalware.com.co> <camilob@digitalware.com.co>; Fabio Saad <FSaad@higcapital.com>; Christian Gallo <CGallo@higcapital.com>
Cc: Jorge Enrique Cote Velosa <jorgecv@digitalware.com.co>; 'Luisa Fernanda Almadio Bautista' <LuisaAB@digitalware.com.co>; Carlos Miguel Mendez Arena <carlosm@digitalware.com.co>; Gustavo Adolfo Torres Becerra <gustavot@digitalware.com.co>
Subject: FW: INFORME FTI

Estimados,

Para facilitar la discusión de mañana en la junta y en busca de tener la información disponible, le pedí a los asesores legales que nos compartieran un extracto del reporte de la auditoría forense en el que se incluyan los hallazgos de la investigación respecto a IST y sus accionistas.

Buen domingo para todos.

Slds,
FG

56. En esta medida, la presente solicitud de exhibición del documento que corresponde a un “extracto del reporte de auditoría forense” es improcedente dado que el documento ya se encuentra en poder del solicitante.
- D.4 *OBSERVACIONES ACERCA DEL RESTO DE INFORMES DE FTI E INVESTIGACIONES CON CONNOTACIONES PENALES HAN SIDO MANTENIDAS EN RESERVA E, INCLUSO, SE SEÑALÓ QUE CAMILO BERNAL NO DEBERÍA TENER ACCESO POR CORRESPONDER A HECHOS EN LOS CUALES ESTÁ INVOLUCRADO*
57. En este punto, y para no fatigar ni hacer más extenso un memorial que de por sí ya lo es, debemos anotar que los informes de auditoría realizados a Digital Ware han sido mantenidos en estricta reserva por recomendación expresa de los abogados penalistas.
58. E, incluso, luego de una revisión exhaustiva de los documentos, los mismos asesores, en particular en doctor Fabio Humar, han advertido que un miembro de junta directiva (**Camilo Bernal Martínez**) aparece en las líneas investigativas y de allí que por protección de la información y de la misma investigación el señor Bernal no debería tener acceso a la misma, motivo por el cual debió constituirse un comité que pudiera ayudar en la canalización de la información.

D.5 LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE DIGITAL WARE HA SEÑALADO QUE NO ES PROCEDENTE QUE CAMILO BERNAL CONOZCA DE ESAS INVESTIGACIONES. LA PRESENTE SOLICITUD DE PRUEBA ANTICIPADA ES UNA FORMA DE DESACATAR LA INSTRUCCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE DIGITAL WARE

59. Así mismo, debemos reiterar que en Asamblea General de Accionistas de 15 de septiembre de 2021 se dispuso que no era procedente levantar el conflicto de interés de Camilo Bernal y, en consecuencia, no debía tener acceso a las investigaciones adelantadas por Digital Ware debido a que podía afectar la investigación, en particular las líneas de investigación que lo involucran. Al respecto, basta revisar los siguientes extractos del acta adjunta:

Fabio Humar indica que el informe se lo compartieron el 17 de marzo de 2021 y con base en este informe es que llegó a las conclusiones que acaba de exponer y añade que en el informe se nombra, sin que ahí hubiera arrojado indicios conclusivos, a un señor llamado Robin Barquin. Sin embargo, la información, indicios y los elementos materiales más conclusivos y que evidencian mayor cercanía para utilizar los términos previamente señalados con la comisión de posibles ilícitos es de Camilo Bernal.

Daniel Posse toma la palabra y le pregunta a Sergio Londoño si tiene alguna otra consideración sobre el conflicto de interés que se está poniendo de presente. Sergio Londoño responde que quisiera tener más información sobre el tipo de conductas de las que se están hablando, dado que el régimen de conflicto de intereses exige suministrar información amplia a la asamblea sobre el acto que se va a autorizar o a desautorizar al administrador a llevar a cabo y sobre la naturaleza del conflicto. Hasta ahora lo que hay es un informe, cuyo contenido es desconocido, una explicación del doctor Fabio Humar, quien ha hecho unas menciones de posibles vínculos del señor Camilo Bernal, pero indica que si quisiera tener más información sobre lo que dice el informe, para poder tomar decisión en la asamblea si se levanta o no se levanta el conflicto.

El Presidente interviene y dice que cree que no es prudente lo que indica Sergio Londoño, porque si lo que Fabio Humar está poniendo de presente es que hay información contenida en el documento que puede comprometer la responsabilidad de algunos administradores, mal haría en que, por la vía de profundizar el conocimiento del informe a través de la asamblea, terminemos haciendo pública una información que el doctor Fabio indica que debe mantenerse de manera reservada. Además, aclara que se refiere a reservas en cuanto a que las personas que posiblemente están involucradas en las conductas no tengan acceso a los datos del informe, desde el punto de vista penal. El Presidente le pregunta a Fabio Humar que si su entendimiento es correcto.

Fabio Humar responde afirmativamente y complementa que no puede atender a la solicitud de Sergio Londoño porque si dijera cuáles son las conductas, incluso los tipos penales que se vislumbrarían, ya daría luces a la persona conflictuada, entorno a los momentos en que ello pudo ocurrir, y de ser así ya tendrían un serio problema en tanto que esa persona podría estar en contacto con los elementos materiales probatorios. Por ende, solo puede dar la información suministrada hasta el momento. Por lo anterior, Fabio Humar insiste en la necesidad de crear una comisión en la asamblea a la que él le pueda compartir el asunto.

El Presidente indica que en ese orden de ideas, el tema que se está sometiendo a decisión de la asamblea es la situación del conflicto que se describió para que la asamblea decida si levanta o no un conflicto de interés, previa recomendación del doctor Fabio Humar. Pregunta si hay alguna otra consideración sobre el tema.

(...)

El Secretario abre a votación el punto y le pregunta a Sergio Londoño cual es el sentido de su voto, a lo que Sergio Londoño responde que se abstiene de votar y que manifiesta que dejará un par de constancias después de que se lleve a cabo el escrutinio de votos.

El Secretario prosigue con la votación y le pregunta a Pedro Miguel Álvarez el sentido de su voto, a lo que Pedro Miguel Álvarez responde que vota porque no se levante el conflicto de intereses. El Secretario le hace la misma pregunta a Daniel Posse, a lo que responde que él también vota porque no se levante el conflicto de intereses.

Dicho lo anterior, el Secretario indica que la propuesta presentada por la administración es votada de manera negativa con el voto desfavorable de 186.318.492 acciones y reitera que el doctor Sergio Londoño se abstuvo de votar con un total de 44.500.527 acciones. En ese sentido, la Asamblea ha decidido no levantar un conflicto de intereses con base en la propuesta presentada por la administración.

D.6 LOS DOCUMENTOS DE DIGITAL WARE. EL DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE PROTEGER LA RESERVA COMERCIAL E INDUSTRIAL DE LA SOCIEDAD

60. El señor Christian Gallo es administrador de Digital Ware y con ocasión a dicho cargo ha tenido acceso a información reservada de la sociedad. En consecuencia, en atención al derecho a la intimidad y reserva de la información de Digital Ware, el Despacho debe negar la presente exhibición de documentos pues alude y corresponde a información de terceros, que no le pertenece a Christian Gallo sino a Digital Ware.
61. Debemos advertir que, Christian Gallo, como administrador de Digital Ware, tiene el deber de guardar absoluta reserva de la información puesta en su conocimiento en atención a su cargo. Al respecto, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 señala:

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

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.***
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.***
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.***
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.***
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.***
- 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.***
- 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o***

asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.” (Destaco)

62. En tal sentido, la Superintendencia de Sociedades, en su Circular Básica Jurídica, desarrolla estos deberes de protección de la reserva comercial e industrial en los siguientes términos:²⁰

“D. Reserva comercial e industrial de la sociedad.

*Dar cumplimiento al artículo 61 del Código de Comercio, el cual establece que los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietario o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Política y mediante orden de autoridad competente. En todo caso, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, **el derecho de inspección de los asociados no se extiende a documentos que versen sobre secretos industriales**, como este vocablo se define en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, **así como tampoco a datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.**” (Destaco)*

63. Por su parte, el profesor **Néstor Humberto Martínez Neira** señaló que este deber tiene una doble arista que implica, necesariamente, que el administrador debe evitar entregar la información confidencial a más personas de las estrictamente necesarias:²¹

“d) Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad

La norma describe dos conductas a las cuales está obligado el administrador. En primer lugar el administrador. En primer lugar el administrador debe guardar la reserva, es decir, el administrador no debe divulgar o sacar provecho para sí de la reserva comercial e industrial de la sociedad que en ejercicio de su cargo conozca y, en segundo lugar, el administrador debe proteger la integridad de la información sujeta a reserva, es decir, debe emplear los medios necesarios para que las demás personas que conocieron la información la guarden celosamente o para que la información no sea conocida por más personas que las estrictamente necesarias.” (Destaco)

64. En consecuencia, se debe hacer especial énfasis que la solicitud de información corresponde a documentos y correspondencia de Digital Ware, incluso a relaciones con sus abogados penalistas, y, en esta medida, es frente a esta sociedad que debe solicitarse la entrega de la información a través del proceso judicial correspondiente, incluso una prueba anticipada como la que aquí nos ocupa. Pues, es Digital Ware quien debe oponerse a dicha exhibición en ejercicio de su derecho a la intimidad y la protección de los documentos sujetos a reserva y/o secreto

²⁰ Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades de 22 de noviembre de 2017, página 52.

²¹ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, *CÁTEDRA DE SOCIEDADES, Régimen comercial y bursátil*, Editorial Legis, Bogotá, 2020, página 197.

profesional.

E LOS DOCUMENTOS SOLICITADOS SON DE CARÁCTER RESERVADO POR SER LIBROS DE COMERCIO

65. Sin perjuicio de lo anterior, en el presente acápite desarrollamos otro de los motivos para oponernos a la exhibición de documentos solicitada debido a que los documentos hacen parte de los papeles del comerciante, de carácter privado, confidencial y reservado, tanto de Christian Gallo, como administrador de las sociedades señaladas en la solicitud de prueba extraprocesal (advirtiendo que las otras sociedades no han tenido correspondencia en tal sentido), como de Digital Ware.
66. Reiterando, claro está, que se está pidiendo la exhibición de documentos de un tercero y, en tal virtud, quien debería oponerse a la práctica del presente medio probatorio debería ser Digital Ware o, eventualmente, las sociedades mencionadas en la solicitud de prueba extraprocesal (advirtiendo que las otras sociedades no han tenido correspondencia en tal sentido). Situación que por sí misma es argumento suficiente para declarar la prosperidad de la presente oposición.
67. El señor Bernal Martínez solicito la exhibición de los siguientes documentos: (i) copia simple de cualquier informe de auditoría forense en Digital Ware entre los años 2019 y 2021, en especial los realizados por FTI Consulting S.A.S.; (ii) copias simples de todas las comunicaciones entre Christian Gallo y Robin Barquín en relación con Digital Ware y la sociedad Istechnology SPA; y (iii) copia simple de la carta de terminación/despido del contrato de trabajo de Robín Barquín y, de existir, su contrato de transacción.
68. Sin embargo, debemos oponernos a la exhibición de dichos documentos dado el carácter privado, confidencial y reservado de la información que se solicita exhibir y que, además, con su exhibición se produce un perjuicio directo a Digital Ware y, además, permite que Camilo Bernal tenga información acerca de investigaciones realizadas en relación con operaciones de Digital Ware durante el periodo en que el señor Bernal ocupó la Presidencia y representación legal de dicha sociedad.²²
69. Al respecto, el título IV del Código de Comercio “*De los Libros de Comercio*” dispone en el artículo 51 que la correspondencia recibida por la sociedad directamente relacionada con los negocios hace parte integrante de la contabilidad y son, por

²² Lo anterior, claro está, entendiendo la advertencia efectuada en el acápite D.6 en relación con los documentos recibidos directamente por Christian Gallo como administrador de Digital Ware que, en consecuencia, no hacen parte de los papeles y documentos de mi poderdante, ni de las sociedades que el representa o es administrador como por ejemplo IT2.

tanto, papeles del comerciante.²³

70. En el mismo sentido, la Corte Constitucional concluyó que “libros y papeles del comerciante” se refiere a documentos de naturaleza contable de la sociedad, pero también a la correspondencia recibida por dicha persona jurídicamente directamente relacionada con el negocio (*no se refiere a información recibida por un funcionario en relación con sus actividades personales*), en virtud del artículo 51 del Código de Comercio:

El Capítulo I, Título IV del aludido estatuto comercial relativo a los “Libros y Papeles del comerciante”, en su artículo 48 hace referencia a documentos de naturaleza contable, al disponer que todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables y estados financieros de acuerdo con las normas sobre la materia. Sin embargo el artículo 51 de la misma codificación señala que la correspondencia directamente relacionada con los negocios del comerciante hace parte de la contabilidad. Por consiguiente, dicha correspondencia es un papel del comerciante y en ese sentido, se encuentra cobijada por el régimen de conservación y reserva de los libros y papeles del comerciante²⁴. (Destaco)

71. Y en relación con la correspondencia de los negocios, la definió en relación con comunicaciones directas de la sociedad con terceros y que atañen al giro ordinario de sus negocios. Veamos:

Sobre la correspondencia de los negocios, la Corte entiende que se refiere a todos los documentos que son enviados y recibidos por el comerciante y que atañen al giro usual u ordinario de sus negocios, es decir, a las labores relacionadas con la actividad mercantil que desarrolla el comerciante. (...) ²⁵ (He destacado)

72. Así, pues, revisados los documentos encontramos que todos ellos se relacionan a documentos que corresponden a papeles del comerciante, ya sea de las otras sociedades mencionadas en la prueba extraprocesal o de Digital Ware, pues se refieren a documentos relacionados con el secreto profesional de abogado en relación con Digital Ware y a investigaciones y auditorías realizadas al interior de la sociedad, además de correspondencia entre sus administradores y la misma terminación de los contratos laborales de sus empleados (en relación con Digital Ware).
73. Estos documentos son privados y confidenciales, cuya revelación a terceros les puede causar un perjuicio y frente al cual se ve vulnerado su derecho a la intimidad, más cuando quien lo solicita sale mencionada en las investigaciones -en el caso de los reportes de Digital Ware-.

²³ “Art. 51. **Harán parte integrante de la contabilidad** todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como **la correspondencia directamente relacionada con el negocio**” (He destacado).

²⁴ Sentencia T-726 de 2016 de 16 de diciembre de 2016. M.P Alejandro Linares Cantillo.

²⁵ Sentencia T-726 de 2016 de 16 de diciembre de 2016. M.P Alejandro Linares Cantillo.

74. Los libros de comercio, por expresa disposición constitucional, solamente pueden ser exhibidos en procesos judiciales propiamente dichos y no en pruebas anticipadas.²⁶ Al respecto, en un proceso similar interpuesto por Camilo Bernal contra Inversiones DW S.A.S. (otro de los accionistas de Digital Ware), el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito señaló:²⁷

*“Nótese que se está peticionando la exhibición de documentos que se relacionan con auditorías forenses realizados a DIGITAL WARE entre los años 2019 y 2021, estados financieros de INVERSIONES DW, transferencias bancarias realizadas por parte de INVERSIONES DW a ROBIN BARQUÍN y transferencias bancarias realizadas por instrucción del señor ROBIN BARQUÍN por parte de INVERSIONES DW a terceros externos a DIGITAL WARE, desde el año 2019 a la fecha, **situación ésta que pueden comprender la obtención de datos sensibles y confidenciales de la convocada y de los intervinientes que desencadenaría en la vulneración de derechos fundamentales de las personas allí involucradas.**” (Destaco)*

E.1 El carácter privado, confidencial y reservado de la información solicitada

75. Así pues, es claro que nos encontramos, frente a los que existen, con documentos de carácter privado, confidencial y reservado de las sociedades correspondientes a sus papeles y libros de comercio y que, en relación con Digital Ware, se relacionan con investigaciones internas llevadas por abogados penalistas externos y firmas de auditoría.
76. En relación con los libros y papeles del comerciante, el Capítulo II denominado **“Reserva y Exhibición de Libros de Comercio”** dispone en su artículo 61 que los libros y papeles del comerciante tienen carácter reservado y no podrán ser examinados por personas no autorizadas, salvo para fines constitucionales, y mediante orden judicial. Dice la norma:

*Art. 61: **Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente.** (He destacado)*

Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas. (Destaco)

77. Así lo ha concluido también la Corte Constitucional. Veamos:

*Sobre la correspondencia de los negocios, la Corte entiende que se refiere a todos los documentos que son enviados y recibidos por el comerciante y que atañen al giro usual u ordinario de sus negocios, es decir, a las labores relacionadas con la actividad mercantil que desarrolla el comerciante. **En consecuencia, son documentos privados, pues su***

²⁶ El alcance de este punto se desarrolla en forma más profunda en acápites posteriores.

²⁷ Auto de 9 de noviembre de 2021 en el proceso de Jorge Camilo Bernal Martínez contra Inversiones DW S.A.S. con radicado 2021-00386

*contenido se refiere a actividades derivadas de la iniciativa particular y solo le interesa, en principio, al comerciante. De ahí su naturaleza reservada.*²⁸ (He destacado)

78. Vemos entonces, como la ley y la jurisprudencia concluyen que los documentos enviados y recibidos por comerciante relacionados con sus negocios son privados y solo le interesa al comerciante, y de ahí surge su naturaleza reservada de ley.

E.2 La procedencia de la exhibición de documentos y su carácter excepcional y limitado

79. Por su parte, debemos advertir, que el carácter de reservado e inviolable dichas normas y aproximación constitucional, tienen como principio rector el derecho a la intimidad establecido en nuestra Constitución Política. Veamos lo señalado en el artículo 15:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

80. Al respecto, señala la jurisprudencia constitucional, la relación del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia frente a la posibilidad **excepcional y limitada** de realizar un escrutinio a los libros de contabilidad y documentos privados. Veamos:

80.1. Sentencia T-487 de 2017:²⁹

Dentro de esta perspectiva ha dicho la Corte de manera reiterada, que desde el punto de vista cualitativo y en función de su publicidad y de la posibilidad legal de obtener acceso a la misma, la información corresponde a cuatro grandes tipos³⁰: la información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta.

²⁸ Sentencia T-726 de 2016 de 16 de diciembre de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-487 de 28 de julio de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

³⁰ Esta clasificación ha sido usada en varios pronunciamientos, entre ellos, Sentencia T-729 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia C-1011 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-748 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-828 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

(...)

*Luego se tiene la información privada, **aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones.** Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.*

***Finalmente se encuentra la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones.** Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados "datos sensibles"³¹ o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.*

(...)

*La Corte Constitucional ha definido el derecho de acceso a la administración de justicia como "la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes"³², derecho que en este caso, se encuentra en conexidad con el derecho de petición del que es titular **el ciudadano Vargas del Campo, en la medida que este ha solicitado la entrega del material filmico, con el fin de incorporarlo como medio de prueba dentro de un proceso penal.***

*Sin embargo observa la Sala, que los derechos de petición y de acceso a la justicia no logran su realización ordenando la entrega directa del documento al accionante, por dos razones: en primer lugar, porque de conformidad con las reglas expuestas, **le compete a la Fiscalía y no a la víctima, la incorporación de la prueba al expediente dentro del proceso penal, y en segundo término, porque la entrega del material filmico a los particulares, podría comprometer los derechos a la imagen y la intimidad de terceras personas, cuyas figuras, aspecto o apariencia, hayan quedado registradas durante el lapso en el que se realizaron las filmaciones que el peticionario reclama, tratamiento, cuidado, custodia y protección que debe quedar en manos de una autoridad pública (en este caso, del Fiscal del caso), y no de los particulares.***

80.2. Sentencia T-440 de 2003:³³

4.3.3. No obstante, la limitación de los derechos fundamentales está sometida al principio de razonabilidad aún cuando hay competencia expresa para limitarlos. En materia de revelación de información amparada por el derecho a la intimidad en conexidad con el secreto profesional, este principio se manifiesta en tres requisitos, entre otros aplicables en

³¹ En la Sentencia T-307 de 1999, sobre la llamada información "sensible", la Corte afirmó: "...no puede recolectarse información sobre datos "sensibles" como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación"

³² Sentencia C-279 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 3.4.1.1., citando la Sentencia C-1083 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

hipótesis diferentes. Para que a las autoridades del Estado competentes les sea permitido limitar el derecho a la intimidad accediendo a datos o documentos también protegidos por el secreto profesional en su manifestación concreta de reserva bancaria, es preciso que la divulgación de la información requerida (i) esté dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (principio de exclusión del capricho), (ii) sea relevante para la obtención de dicho fin (principio de relevancia), y (iii) sea necesaria, es decir, que no exista otro medio para alcanzar el objetivo buscado que sea menos oneroso en términos del sacrificio de la intimidad o de otros principios o derechos fundamentales (principio de necesidad).

(...)

4.3.3. No obstante, la limitación de los derechos fundamentales está sometida al principio de razonabilidad aún cuando hay competencia expresa para limitarlos. En materia de revelación de información amparada por el derecho a la intimidad en conexidad con el secreto profesional, este principio se manifiesta en tres requisitos, entre otros aplicables en hipótesis diferentes. Para que a las autoridades del Estado competentes les sea permitido limitar el derecho a la intimidad accediendo a datos o documentos también protegidos por el secreto profesional en su manifestación concreta de reserva bancaria, es preciso que la divulgación de la información requerida (i) esté dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (principio de exclusión del capricho), (ii) sea relevante para la obtención de dicho fin (principio de relevancia), y (iii) sea necesaria, es decir, que no exista otro medio para alcanzar el objetivo buscado que sea menos oneroso en términos del sacrificio de la intimidad o de otros principios o derechos fundamentales (principio de necesidad).

Así, por ejemplo, cuando para efectos judiciales se requieren documentos o datos sujetos a reserva, los jueces sólo pueden ordenar su revelación en los casos en los cuales la información solicitada sea relevante y necesaria para los fines del proceso judicial, fines que gozan de una presunción de legitimidad constitucional.”

80.3. Sentencia C-1490 de 2000:³⁴

El artículo 15 de la C.P. garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y el derecho al buen nombre. En esa perspectiva, el interrogante que se deriva de la acusación presentada por los actores contra el artículo 55 de la Ley 44 de 1993, es si el acceso a sistemas de información por parte de las autoridades judiciales que investigan los delitos a los que se refieren los artículos 51 y 52 de la misma ley, apoyadas éstas en esa labor por peritos, implica vulneración de ese derecho fundamental, en la medida en que acceden sin autorización a información privada que como tal está protegida por el ordenamiento superior.

La intimidad, ha dicho la Corte Constitucional, “...encuentra su razón de ser y su fundamento último en el ámbito de autodeterminación y libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al sujeto como condición indispensable para el libre desarrollo de su personalidad y en homenaje justiciero a su dignidad”, es por eso precisamente, subrayo la Corte, que

“...dentro de ese refugio jurídicamente amurallado que lo protege, el sujeto puede actuar como a bien lo tenga. De ahí que las divulgaciones o investigaciones que penetren tal muro sólo podrán ocurrir por voluntad o aquiescencia del sujeto o cuando un verdadero interés general legitime la injerencia.” (Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón)

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1490 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

*No hay duda, que en el caso de **investigaciones de carácter judicial, dirigidas a verificar la existencia de conductas punibles, el acceso a sistemas de información por parte de las respectivas autoridades se legitima, pues el objetivo de dichas investigaciones no es otro que salvaguardar el interés general, en la medida en que pretenden frenar y sancionar conductas tipificadas como delitos dados los nefastos efectos sociales que ellas producen.** (Destaco)*

81. De lo señalado en la jurisprudencia y doctrina antes mencionada se observa que:
 - 81.1. La información relacionada con derechos constitucionales como la libertad es considerada como una información reservada y no puede accederse por derechos de petición, ni por orden judicial. Salvo, claro está, en materia penal y bajo los parámetros establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.
 - 81.2. La información semi-privada que puede ser obtenida judicialmente tiene las siguientes limitaciones: (i) no puede comprometer derechos de terceros tales como la imagen, la libertad, entre otros; (ii) **no puede ordenarse la exhibición de documentos cuando gocen de reserva legal o les cause un perjuicio.**
 - 81.3. La información reservada o secreta no puede ser obtenida ni siquiera judicialmente. Salvo claro está, a la luz de investigaciones de naturaleza penal practicadas bajo el procedimiento legalmente establecido, actividad que le compete exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación y no es procedente a los terceros solicitarlo directamente o a través de una prueba anticipada, pues la incorporación de material probatorio al proceso penal le compete al ente investigador y no a quien pretenda acreditarse como víctima.
82. En esta medida, dado el alcance excepcional y limitado de la exhibición de documentos debemos advertir que la misma es improcedente y no puede ser empleada cuando la misma afecta derechos constitucionalmente protegidos y/o puede afectar el derecho a la intimidad más allá de lo tolerable por nuestro ordenamiento jurídico.
83. En consecuencia, como se expuso a lo largo del presente escrito, no puede ser de recibo que por esta vía un administrador y accionista, contrariando las recomendaciones de los asesores penalistas y las decisiones corporativas adoptadas, pretenda acceder a investigaciones que lo involucran con eventuales investigaciones de orden penal.

IV. NOTIFICACIONES

Christian Gallo recibe notificaciones en la carrera 11 No. 77^a-65, Oficina 304 de Bogotá o en el correo electrónico cgallo@higcapital.com.

El suscrito apoderado recibe notificaciones en la Carrera 7 No. 71-52 Torre A Oficina 504,

teléfono 3257300 de esta ciudad, o en la secretaría de su Despacho, y en los correos electrónicos daniel.posse@phrlegal.com y pedro.alvarez@phrlegal.com.

V. **ANEXOS**

Los anexos anunciados en el recurso de reposición y que, por tanto, hacen parte integral del presente memorial.

Señora Juez, atentamente.


DANIEL POSSE VELÁSQUEZ
C.C. No. 79.155.991 DE Bogotá
T.P. No. 42.259 del C. S. de la J.

Señores
JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Despacho

Referencia: Prueba extraprocetal de **JORGE CAMILO BERNAL MARTÍNEZ** contra **CHRISTIAN GALLO MONTOYA**

Radicado: 009-2021-00280

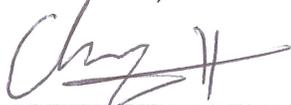
Asunto: Poder

CHRISTIAN GALLO MONTOYA, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, D. C., identificado con cédula de ciudadanía número 1.144.068.383, confiero poder especial, amplio y suficiente, a los doctores **DANIEL POSSE VELÁSQUEZ**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 79.155.991 de Usaquén, abogado inscrito portador de la tarjeta profesional 42.259 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, y/o **PEDRO MIGUEL ÁLVAREZ GIRALDO**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 75.103.483 de Manizales, abogado inscrito portador de la tarjeta profesional 182.433 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que conjunta o separadamente representen mis intereses dentro del proceso de la prueba extraprocetal de la referencia y actúen como mis apoderados dentro del mismo.

Los apoderados quedan facultados para notificarse y recibir los traslados y documentos correspondientes, así como para interponer recursos, ordinarios y extraordinarios, nulidades e incidentes en general, formular tachas, pedir pruebas, intervenir en su práctica, conciliar, transigir, desistir, recibir, sustituir y en general las previstas en el artículo 77 del Código General del Proceso, necesarias y conducentes para lograr el cumplimiento del presente mandato y para defender los intereses del mandante.

Correos electrónicos de los apoderados: Los correos electrónicos de los apoderados son: Daniel.posse@phrlegal.com; y pedro.alvarez@phrlegal.com.

Cordialmente,



CHRISTIAN GALLO MONTOYA
C.C. No. 1.144.068.383





DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL
Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015



10940203

En la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el siete (7) de junio de dos mil veintidos (2022), en la Notaría Dieciséis (16) del Círculo de Bogotá D.C., mediante diligencia realizada por solicitud del interesado para servicio domiciliario en Cra 11 # 77a -65, compareció: CHRISTIAN GALLO MONTOYA, identificado con Cédula de Ciudadanía / NUIP 1144068383, presentó el documento dirigido a Juzgado noveno civil de bogota y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.

----- Firma autógrafa -----



v3m30qpggvmr
07/06/2022 - 10:14:26



Conforme al Artículo 18 del Decreto - Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

GUSTAVO EDUARDO VERGARA WIESNER

Notario Dieciséis (16) del Círculo de Bogotá D.C.

Consulte este documento en www.notariasegura.com.co
Número Único de Transacción: v3m30qpggvmr





Consejo Superior de la Judicatura
Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia

LA DIRECTORA DE LA UNIDAD DE REGISTRO NACIONAL DE ABOGADOS Y
AUXILIARES DE LA JUSTICIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CERTIFICA

Certificado de Vigencia N.: 296359

Que de conformidad con el Decreto 196 de 1971 y el numeral 20 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura regular, organizar y llevar el Registro Nacional de Abogados y expedir la correspondiente Tarjeta Profesional, previa verificación de los requisitos señalados por la Ley.

En atención a las citadas disposiciones legales y una vez revisado los registros que contienen nuestra base de datos se constató que el (la) señor(a) **DANIEL POSSE VELASQUEZ**, identificado(a) con la **Cédula de ciudadanía No. 79155991.**, registra la siguiente información.

VIGENCIA

CALIDAD	NÚMERO TARJETA	FECHA EXPEDICIÓN	ESTADO
Abogado	42259	04/09/1987	Vigente
Observaciones: -			

Se expide la presente certificación, a los 7 días del mes de junio de 2022.

MARTHA ESPERANZA CUEVAS MELÉNDEZ
Directora

Notas 1- Si el número de cédula, los nombres y/o apellidos presentan error, favor dirigirse a la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia.
2- El documento se puede verificar en la página de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co a través del número de certificado y fecha expedición.
3- Esta certificación informa el estado de vigencia de la Tarjeta Profesional, Licencia Temporal, Juez de Paz y de Reconsideración

Señores
JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Despacho

Referencia: Prueba extraprocetal de **JORGE CAMILO BERNAL MARTÍNEZ** contra **CHRISTIAN GALLO MONTOYA**

Radicado: 009-2021-00280

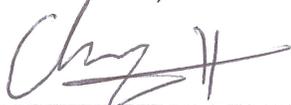
Asunto: Poder

CHRISTIAN GALLO MONTOYA, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, D. C., identificado con cédula de ciudadanía número 1.144.068.383, confiero poder especial, amplio y suficiente, a los doctores **DANIEL POSSE VELÁSQUEZ**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 79.155.991 de Usaquén, abogado inscrito portador de la tarjeta profesional 42.259 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, y/o **PEDRO MIGUEL ÁLVAREZ GIRALDO**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 75.103.483 de Manizales, abogado inscrito portador de la tarjeta profesional 182.433 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que conjunta o separadamente representen mis intereses dentro del proceso de la prueba extraprocetal de la referencia y actúen como mis apoderados dentro del mismo.

Los apoderados quedan facultados para notificarse y recibir los traslados y documentos correspondientes, así como para interponer recursos, ordinarios y extraordinarios, nulidades e incidentes en general, formular tachas, pedir pruebas, intervenir en su práctica, conciliar, transigir, desistir, recibir, sustituir y en general las previstas en el artículo 77 del Código General del Proceso, necesarias y conducentes para lograr el cumplimiento del presente mandato y para defender los intereses del mandante.

Correos electrónicos de los apoderados: Los correos electrónicos de los apoderados son: Daniel.posse@phrlegal.com; y pedro.alvarez@phrlegal.com.

Cordialmente,



CHRISTIAN GALLO MONTOYA
C.C. No. 1.144.068.383





DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL
Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015



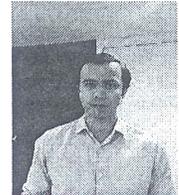
10940203

En la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el siete (7) de junio de dos mil veintidos (2022), en la Notaría Dieciséis (16) del Círculo de Bogotá D.C., mediante diligencia realizada por solicitud del interesado para servicio domiciliario en Cra 11 # 77a -65, compareció: CHRISTIAN GALLO MONTOYA, identificado con Cédula de Ciudadanía / NUIP 1144068383, presentó el documento dirigido a Juzgado noveno civil de bogota y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.

----- Firma autógrafa -----



v3m30qpggvmr
07/06/2022 - 10:14:26



Conforme al Artículo 18 del Decreto - Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

GUSTAVO EDUARDO VERGARA WIESNER

Notario Dieciséis (16) del Círculo de Bogotá D.C.

Consulte este documento en www.notariasegura.com.co
Número Único de Transacción: v3m30qpggvmr

