

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

CONTENIDO

1. EDITORIAL
2. MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN
3. ACTIVIDADES DEL COLEGIO
4. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL
5. DOCTRINAS DE AUTORIDAD
6. CONCEPTO DADO POR EL COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS A TRAVÉS DEL COLEGIADO DR. JOSÉ ALBERTO GAITAN MARTINEZ A LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 1231 DE 2008.

INDICE

Entidad Emisora: Presidente de la República de Colombia

Tipo de Normativa Decreto.

Referencia y Fecha: No. 962 del 20 de Marzo de 2009.

Tema: Reglamentación de los artículos 5, numeral 9, 67 y 122 parcial de la Ley 1116 de 2006, sobre promotores y liquidadores.

Entidad Emisora: Gobierno nacional

Tipo de Normativa: Decreto.

Referencia y Fecha: No. 1038 de 26 de enero de 2009.

Tema: Régimen de los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales, sujetos al régimen de insolvencia. Decreto reglamentario de la ley 1116 de 2006.

Entidad: Congreso de la República.

Estado del proyecto de ley: Ponencia y texto propuesto para tercer debate al Proyecto de Ley número 165 Cámara, 203 de 2008 Senado por el cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se deter-



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

minan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento

Referencia, Fecha y Lugar de Publicación: No. 013 del 30 de Enero de 2009, Gaceta del Congreso.

Congresistas ponentes del Proyecto: Dr. Simón Gaviria Muñoz y David Luna Sánchez.

Entidad: Congreso de la República.

Estado del proyecto de ley: Texto aprobado en primer debate por la comisión tercera Constitucional Permanente de la honorable Cámara de Representantes en sesión ordinaria del diez (10) de diciembre de dos mil ocho (2008) al Proyecto de ley número 333 de 2008 Cámara, 195 de 2007 Senado, por medio de la cual se dictan normas en materia de integración y prácticas restrictivas de la competencia.

Referencia, Fecha y Lugar de Publicación: No. 79 del 25 de Febrero de 2009, Gaceta del Congreso.

Congresista ponente del proyecto: Dr. Álvaro Ashton Giraldo.

Entidad emisora: Consejo de Estado sección primera

Referencia y fecha: 26 de marzo de 2009, radicación: 00315-01

Magistrado o Consejero Ponente: Dra. Martha Sofía Sanz Tobón

Salvamento de voto: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno

Decisión: Declara la nulidad de la resolución por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó el registro de la marca El Recreo (mixta) en clase 29 y concede el registro.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Entidad emisora: Consejo de Estado, Sección Primera

Referencia y fecha: 5 de marzo de 2009, radicación: 00392-01

Magistrado o Consejero Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso

Decisión: Declara la nulidad de la resolución por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó la patente de invención.

Entidad emisora: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 1ª.

Referencia y fecha: Expediente No. 11001-03-24-000-2003-00044-01. Marzo 12 de 2009

Magistrado o Consejero Ponente: Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

Decisión: Declara la nulidad de la Resoluciones 33714 del 23 de octubre de 2001, 01466 del 28 de enero de 2002 y 24647 de 2002, proferidas por la SIC.

Entidad: Superintendencia Financiera de Colombia.

Referencia: Resolución 0388 de 2008.

Tema: Certificación del interés bancario corriente para las modalidades de crédito de consumo y ordinario.

Fecha: Marzo 31 de 2009.

Entidad: Superintendencia de Industria y Comercio.

Referencia: Concepto Oficina Jurídica 09005607.

Fecha del Documento: 5 de marzo de 2009.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Entidad Emisora: Superintendencia de sociedades.

Tipo de pronunciamiento: Concepto

Referencia y Fecha: Oficio 220-002420 Marzo 5 de 2009

Tema: La Oferta Una vez Conocida por el Destinatario es Irrevocable

Entidad emisora: Colegio de Abogados Comercialistas

Referencia y fecha: Concepto sobre la Constitucionalidad de la Ley 1231 de 2008 solicitado por la Corte Constitucional

Autor: Doctor José Alberto Gaitán Martínez, Colegiado.

Boletín N° 1544 Abril de 2009

NOTA EDITORIAL

El pasado martes veintiuno (21) de abril de este año se llevó a cabo la Reunión Ordinaria de la Asamblea General de Asociados del **COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS**. De ella consideramos pertinente destacar en esta tribuna los siguientes asuntos:

1. Con base en recomendación de la Junta Directiva de nuestra institución se decretó por la Asamblea General de Colegiados un incremento en el monto de la cuota individual de sostenimiento, el cual se elevó de TREINTA MIL PESOS MCTE (\$ 30.000.00) a TREINTA Y CINCO MIL PESOS MCTE (\$ 35.000.00). Se consideró que la nueva cifra no comporta un elevamiento sustantivo en la cuantía de esta prestación y que el nuevo monto generará los recursos requeridos para el adecuado funcionamiento de la asociación.

Va de suyo el compromiso de los administradores de la entidad en el sentido de mejorar y aumentar el portafolio de beneficios a favor de nuestros asociados. En próximos reportes les informaremos en punto de acciones acometidas en este sentido.

2. Abiertamente se deliberó en torno al estado de la cartera de la entidad, que pese a los enormes esfuerzos desplegados por nuestra tesorera, Doctora **LUZ HELENA MEJÍA**, sigue registrando un valor importante. Ciertamente, de contarse con estos recursos, sería practicable el adelanto de un mayor número de actividades académicas por parte de nuestra institución.

En resumidas cuentas se recomendó a la Junta Directiva que siga adelante en el estudio de esta problemática, discuta las propuestas presentadas en el seno de la Asamblea General de Asociados y tome las decisiones que correspondan este campo, en el marco de sus competencias.

Por estos días las directivas de nuestra asociación laboran en la confección de la agenda académica de lo que resta del actual calendario. En el próximo mensaje editorial les presentaremos el detalle de los eventos de esta agenda que hayan sido programados.

Edgar Ramírez Baquero
Presidente

Boletín N° 1544 Abril de 2009

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

JUNTA DIRECTIVA

Presidente

Edgar Ramírez Baquero

Vicepresidente

Luz Helena Mejía

Vocales

Tulio Cárdenas Giraldo
Alejandro Páez Medina
Sara María Pérez
Gustavo Cuberos Gómez

César Augusto Lima
Ulises Canosa Suárez
César Augusto Rodríguez
Ramiro Cruz

Comisario de Cuentas

Jorge Oviedo Alban

Nelson Remolina

Director Boletín

César Augusto Rodríguez

Colaboradores

Paola Andrea Otero López
María Victoria Munevar T.
Olga Lucía Guzmán

Germán Felipe Sosa Prieto
Evelyn Romero Gómez

Datos de identificación

Entidad Emisora: Presidente de la República de Colombia

Tipo de Normativa Decreto.

Referencia y Fecha: No. 962 del 20 de Marzo de 2009.

Tema: Reglamentación de los artículos 5, numeral 9, 67 y 122 parcial de la Ley 1116 de 2006, sobre promotores y liquidadores.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho de Sociedades: Naturaleza de los cargos de promotor y liquidador
- 2.0. Lista de promotores y liquidadores.
- 3.0. Categorías de los deudores objeto del Régimen de Insolvencia
- 4.0. Escogencia de promotor o liquidador, y causales de recusación o impedimento.
- 5.0. Sanciones y cesación de funciones de los promotores y liquidadores.
- 6.0. Honorarios y gastos.
- 7.0. Determinación del activo y pasivo de las garantías.

Síntesis del documento

El decreto desarrolla lo pertinente para la conformación de las listas de estos auxiliares de la justicia, los requisitos que deben cumplir para el efecto, sus responsabilidades, la forma de su escogencia y las sanciones a las que pueden ser sujetos.

De otra parte, establece una metodología para la clasificación de los deudores en aras de definir la escogencia de estos auxiliares.

Naturaleza de los cargos de promotor y liquidador.

Los cargos de promotores y liquidadores, como auxiliares de la justicia, son oficios públicos indelegables, que deben ser desempeñados por personas de conducta intachable, excelente reputación, imparcialidad absoluta y total idoneidad.

Lista de promotores y liquidadores.

Para la conformación de la lista de promotores y liquidadores, la Superintendencia de Sociedades hará una convocatoria pública. Así mismo La Superintendencia al momento de elaboración de la lista de promotores y liquidadores tendrá en cuenta las categorías, naturaleza del cargo, jurisdicciones y clasificación industrial internacional uniforme en que tenga experiencia acreditada los auxiliares de la justicia.

La lista de auxiliares de la justicia elaborada por la superintendencia deberá ser utilizada por **el juez**

Boletín N° 1544 Abril de 2009

del concurso, la autoridad colombiana competente, por los acreedores y el deudor.

Categorías de los deudores objeto del Régimen de Insolvencia.

Para la designación del promotor o liquidador por sorteo, se establecen categorías de los deudores objeto del Régimen de Insolvencia, según el monto de activos, o pasivos, o ingresos, o el número de trabajadores, a la fecha de la solicitud. Para definir la categoría de tales sujetos primará el criterio correspondiente a la de mayor categoría.

Escogencia del promotor o del liquidador, recusación e impedimento.

La escogencia de los auxiliares de la justicia se hará por sorteo público en el que se tendrán en cuenta los promotores o liquidadores que estando inscritos en la categoría aplicable al deudor objeto del proceso de insolvencia cumplan los requisitos que el caso exige según la aplicación de los criterios de escogencia definidos.

El juez del concurso realizará el sorteo entre los inscritos, teniendo en cuenta la jurisdicción, el sector, el número de procesos activos de insolvencia a cargo del auxiliar de la justicia y las categorías establecidas en este Decreto.

En el sorteo se escogerán auxiliares de la justicia principal y suplente para desempeñar el cargo. El suplente ejercerá las funciones del cargo cuando quien habiendo sido escogido como principal no lo acepte, se declare impedido, sea aceptada su recusación, o sea retirado de la lista.

Normatividad relevante

Congreso de la República. Ley 1116 de 2006 Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Ley 222 de 1995 por la cual se modifica el libro II del código de comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

Datos de identificación

Entidad Emisora: Gobierno nacional

Tipo de Normativa: Decreto.

Referencia y Fecha: No. 1038 de 26 de enero de 2009.

Tema: Régimen de los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales, sujetos al régimen de insolvencia. Decreto reglamentario de la ley 1116 de 2006.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

Derecho societario:

Boletín N° 1544 Abril de 2009

- 1.0. Patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales. Posibilidad de que sean objeto de régimen de insolvencia.
- 2.0. Supuestos de admisión al proceso de reorganización de los patrimonios autónomos
- 3.0. Administradores del Patrimonio Autónomo en Insolvencia.
- 4.0. Casos de vinculación con patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales
- 5.0. Solicitud, legitimación y competencia del proceso de insolvencia para los patrimonios autónomos.
- 6.0. Exclusión de la masa de la liquidación
- 7.0. Acción revocatoria, de simulación y de ineficacia.
- 8.0. Transparencia Empresarial

Síntesis del documento

El decreto reglamenta un tema novedoso en nuestra legislación, como es el referente a la posibilidad de que un patrimonio autónomo sea objeto al proceso de insolvencia establecido en la ley.

Para el efecto, indica entre otras cosas los supuestos de admisión, los legitimados en tal caso para pedir el proceso de reorganización, el procedimiento para el nombramiento de sus promotores, y temas referentes a la vinculación de los mismos con las personas que tomen las decisiones sobre este.

Por último, establece la exclusión de la masa de la liquidación de los bienes afectos a tales patrimonios, siempre que su conformación haya sido conforme a la ley y estén inscritos en el registro mercantil, permitiendo en caso contrario, la revocación pertinente.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Congreso de la República. Ley 1116 de 2006 Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Ley 222 de 1995 por la cual se modifica el libro II del código de comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

Datos de identificación

Entidad: Congreso de la República.

Estado del proyecto de ley: Ponencia y texto propuesto para tercer debate al Proyecto de Ley número 165 Cámara, 203 de 2008 Senado por el cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento

Referencia, Fecha y Lugar de Publicación: No. 013 del 30 de Enero de 2009, Gaceta del Congreso.

Congresistas ponentes del Proyecto: Dr. Simón Gaviria Muñoz y David Luna Sánchez.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0 Derecho Tributario: Reforma a la captación de impuestos por parte del Estado.
- 2.0. Derecho de la Competencia: Integración de mercados en materia contable.
- 3.0. Derecho de Sociedades: Reorganización Contable.

Síntesis del documento

“Ante el paulatino estancamiento de nuestro sistema contable frente a las necesidades del país, la diversidad y desarticulación de las regulaciones en materia contable, los conflictos con la contabilidad tributaria, la incorrecta consideración en las normas contables de la microempresa, la ausencia de normas de aseguramiento y las inquietudes surgidas desde y sobre los mismos los órganos de la profesión contable, nos proponemos con este proyecto de ley abordar dos grandes asuntos: las normas de contabilidad y de información financiera para empresas y las normas de aseguramiento de información.”

“Para garantizar que los cambios en las normas contables no tengan impacto tributario imprevisto o nocivo, el proyecto de ley consagra que las normas contables no tendrán efecto en materia tributaria sino cuando la legislación tributaria así lo contemple, sea por remisión expresa o por aplicación supletoria (artículo 4°). Para estos dos casos, el proyecto establece el deber expreso de oír a la DIAN en las diferentes etapas de formación de las normas y consagra un tiempo de vacancia normativa dentro del cual se pueden tramitar los proyectos de ley que se consideren necesarios. En ningún caso, los cambios de las normas contables afectarán el periodo gravable en curso. (Artículos 7°, 8° y 15).”

En el presente Proyecto de Ley, son muchas las entidades que se han visto afectadas en cuanto a la regulación en materia contable de informes financieros. Por ello, también se busca crear una sectorización frente al tema y dotar de facultades precisas a las entidades que verdaderamente

Boletín N° 1544 Abril de 2009

tengan una injerencia directa en el desarrollo contable. “Para ello, establece que corresponde al Presidente de la República, a través de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, expedir las regulaciones correspondientes de manera conjunta. Igualmente establece que corresponde al Consejo Técnico de la Contaduría Pública, desarrollar las actividades de normalización técnica en materia de información financiera y aseguramiento de la información, mientras que a las Superintendencias y Junta Central de Contadores (Tribunal Disciplinario) les corresponde al control administrativo de las mismas. (Artículos 9° y 10) del proyecto 203 de 2008 Senado (Cursiva fuera de Texto).

“En resumen, con el presente proyecto de ley, se esperan obtener beneficios en contra de la informalidad empresarial; hacer más competitivas a las Mipymes permitiendo que se adopten normas más simples y diferenciadas; hacer más atractiva la inversión en Colombia y de Colombia en el exterior, ya que simplifica la normatividad contable y reduce la necesidad de intermediarios encargados de homologar las normas nacionales y las internacionales para presentación de informes; facilitar el desarrollo de un sector nuevo y emergente de tercerización de servicios operativos y de negocios, identificado como uno de los de mayor potencial de desarrollo en Colombia y facilitar a los contadores nacionales la exportación de servicios contables a los mercados que se han abierto en virtud de los múltiples TLC que el Congreso ha tramitado o tramita en la actualidad.”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

- 1.0 Sentencia de septiembre 24 de 1981 emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema
- 2.0 Sentencia de 27 de Septiembre de 1990 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.
- 3.0 Sentencia C-597/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- 4.0 Sentencia C-290/97 M.P. Jorge Arango Meja.
- 5.0 Sentencia C-487/97 M.P. Fabio Morón Díaz.
- 6.0 Sentencia C-570/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- 7.0 Sentencia C-963/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- 8.0 Sentencia C-530/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- 9.0 Sentencia C-996/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell
- 10.0 Sentencia C-779/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.
- 11.0 Sentencia C-645/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 12.0 Sentencia C-670/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- 13.0 Sentencia C-452/03 M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- 14.0 Sentencia C-690/03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- 15.0 Sentencia C-914/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 16.0 Sentencia C-062/08 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 17.0 Sentencia C-230-08. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Datos de identificación

Entidad: Congreso de la República.

Estado del proyecto de ley: Texto aprobado en primer debate por la comisión tercera Constitucional Permanente de la honorable Cámara de Representantes en sesión ordinaria del diez (10) de diciembre de dos mil ocho (2008) al Proyecto de ley número 333 de 2008 Cámara, 195 de 2007 Senado, por medio de la cual se dictan normas en materia de integración y prácticas restrictivas de la competencia.

Referencia, Fecha y Lugar de Publicación: No. 79 del 25 de Febrero de 2009, Gaceta del Congreso.

Congresista ponente del proyecto: Dr. Álvaro Ashton Giraldo.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho de la Competencia: Integración de mercados, procesos sancionatorios, potestad sancionatoria.
- 2.0. Derecho Sancionatorio: Procedimiento para sancionar las prácticas restrictivas de la Competencia.
- 3.0. Derecho de la Empresa.

Síntesis del documento

“En una economía que confía en la iniciativa empresarial como medio para crear riqueza, ingreso y bienestar como la nuestra, la preservación de mercados competitivos está en la base de múltiples objetivos sociales y económicos. En efecto, como lo establece el artículo 1° del Decreto 2153 de 1992, velar por la observancia de las normas que restringen esas prácticas hacen posibles lograr otras finalidades. Mejora la eficiencia del aparato productivo Nacional; hace posible que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios. También es el instrumento para asegurar que las empresas puedan participar libremente en los mercados y busca hacer posible que en los mercados existan variedad de precios y calidades.”

Una de las tesis que maneja este proyecto, es el de procurar tener una sola entidad reguladora de las prácticas restrictivas de la competencia, pues a menudo suele suceder, que en virtud de mandatos constitucionales y legales, son muchas las entidades que pueden llegar a tener injerencia en las diferentes regulaciones que se tienen frente al Derecho de la competencia. Así, es común encontrarnos con algunas entidades que pueden llegar a colisionar con la expedición de diversas directivas, así como: Comisiones de Regulación de Energía y Gas, CREG; de Telecomunicaciones, de Agua y Saneamiento Básico, Superintendencia de Industria y Comercio, de la Superintendencia Financiera y de la de Servicios Públicos.

Por eso, dentro del articulado de ley, se mencionó inicialmente que: “La dispersión de entidades, entonces, es un factor que debe contrarrestarse. Por esa razón, el artículo 2° del proyecto de ley propone centralizar en una sola autoridad la sanción de prácticas que reprimen indebidamente la

Boletín N° 1544 Abril de 2009

competencia. El proyecto propone que sea la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, la encargada de ejercer esa función. Múltiples razones explican esa propuesta. Pero al menos dos parecen determinantes. En primer lugar, los logros que puede mostrar hasta ahora en esa tarea. En segundo lugar, que se le ha confiado la preservación de la competencia sin confinarla a un sector específico. Esas dos condiciones resultan cruciales para garantizar que puede continuar mostrando resultados consistentemente positivos.

Crear una autoridad única de competencia en materia represiva puede producir varios resultados deseables. En primer lugar, permitirá fortalecerla con recursos técnicos y humanos. Ello le permitirá asimilar los enormes avances que se producen internacionalmente en este campo. En segundo lugar, con mayores recursos puede adoptar decisiones más ágiles y oportunas. Ese es uno de los principales retos para contrarrestar los efectos dañinos de las prácticas que restringen indebidamente la competencia. La libre competencia solo se ve defendida eficazmente si los ataques contra ella se combaten eficazmente.” Otros de los puntos centrales de que trata el proyecto de ley, es el referido al plazo que se tiene para sancionar a una persona, sea esta jurídica o no, por el hecho de haber incurrido en una practica que contraría en algún sentido a un mandato legal o constitucional. Actualmente, es el Código Contencioso Administrativo el que trae la referencia a colación, pues en el Artículo 38 señala que será un plazo máximo de 3 años. Gracias al presente Proyecto, en el artículo 25 del Texto aprobado en primer debate, se ha señalado un término no mayor a los 5 años, del hecho que da origen a la actuación estatal.

Datos de identificación

Entidad emisora: Consejo de Estado sección primera

Referencia y fecha: 26 de marzo de 2009, radicación: 00315-01

Magistrado o Consejero Ponente: Dra. Martha Sofía Sanz Tobón

Salvamento de voto: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno

Decisión: Declara la nulidad de la resolución por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó el registro de la marca El Recreo (mixta) en clase 29 y concede el registro.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Propiedad Industrial – Signos Distintivos – marcas: Fuerza distintiva de los elementos figurativos.
- 2.0. Propiedad Industrial – Signos Distintivos – marcas: Principio de especialidad y conexidad competitiva de los productos.
- 3.0. Propiedad Industrial – Signos Distintivos – marcas: Riesgo de confusión directa e indirecta.

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Problemas Jurídicos

- 1.0 ¿Se puede presentar confusión y por ende imposibilidad el registro de una marca, entre marcas que están ubicadas en distintas categorías de la Clasificación Internacional de Niza?
- 2.0 Aun cuando dos marcas estén en la misma categoría de la Clasificación Internacional, ¿si las mismas distinguen productos o servicios diferentes y no presentan confusión se pueden registrar?
- 3.0 ¿Para definir la asociación que puede haber entre dos marcas se debe analizar únicamente si tienen los mismos canales de comercialización, la misma finalidad y el que sean complementarios entre sí los productos o servicios distinguidos por ellas?
- 4.0 ¿Para definir la asociación que puede haber entre dos marcas se debe analizar también otros criterios como relación o vinculación entre los productos, uso conjunto o complementario de los mismos, accesoriadad, mismo género de los productos e intercambiabilidad entre los mismos?

Síntesis del documento

Se analiza el grado de confundibilidad y de riesgo de confusión directa e indirecta entre las marcas EL RECREO (mixta) y RECREO y se determina que de acuerdo a la prevalencia y distintividad del elemento figurativo de la marca EL RECREO (mixta) y la ausencia de conexidad competitiva entre los productos la marca EL RECREO (mixta) ha debido ser aceptada para registro.

Pronunciamientos relevantes

1. Prevalencia y fuerza distintiva de los elementos figurativos.

“Examinando el signo EL RECREO (mixto) la Sala considera que el elemento gráfico que del mismo hace parte le otorga suficiente distintividad si se tiene en cuenta que está constituido por una vaca, animal del que provienen, precisamente, los productos que pretende distinguir, esto es, lácteos y leche, luego al encontrar dicha marca mixta en el mercado el consumidor medio evocará tales productos, en tanto que como la marca opositora está simplemente constituida por la expresión RECREO, al encontrar productos distinguidos con la misma evocará en su mente la idea de diversión, juego, descanso, es decir, no asociará los productos de una y otra marca, que es lo que se denomina confusión directa.”

2. Conexidad competitiva de los productos. Análisis de la asociación entre ellos. (Tomado del dictamen pericial)

“Así las cosas y para concretar nuestro pronunciamiento en lo solicitado por la parte actora, tenemos que:

1. Los canales de distribución no son los mismos, porque si bien, es cierto que se pueden encon-

Boletín N° 1544 Abril de 2009

trar en los mismos almacenes, locales o tiendas especializadas, no son exhibidos en las mismas condiciones haciendo imposible la confusión dentro del público consumidor”.

2. Los medios de publicidad, aunque pueden ser los mismos para ambos productos, no generan riesgo de confusión, porque en el momento que se este publicitando un producto, léase leche, kumis, queso, etc no puede el destinatario de la publicidad confundirse y pensar en galletas.

3. Misma finalidad. No se presenta un riesgo de confusión, ya que los productos tiene naturaleza diferente y por consiguiente diferente finalidad”.

**3. Riesgo de confusión directa e indirecta.
(Tomado del dictamen pericial)**

“De otra parte, deberá tenerse en cuenta que la comparación no sólo debe partir de la marca como tal en lo que se refiere al signo, sino también respecto a su alcance o cobertura. En efecto, al momento de la comparación deberá tenerse en consideración que la marca RECREO pretende comercializarse para cualquier producto de la clase 30 internacional, así que la comparación no puede hacerse sobre la base de galletas únicamente, aunque este sea el producto actual, sino pensando en cualquier otra posibilidad de productos de la clase 30, como la levadura, la pastelería, las especias, etc y con relación a la marca EL RECREO (mixta), siempre en función de la leche y productos lácteos, que son los únicos productos que se intentan proteger con la marca EL RECREO (mixta).

“Además tendrá que tenerse en cuenta no solo el riesgo de confusión directa, sino también el riesgo de confusión indirecta. Es decir, la posibilidad de considerarse por el consumidor medio que dos productos en el mercado tienen un mismo origen empresarial. Por tanto, la presunción del origen empresarial sí es un factor a tener en cuenta al estudiarse no la confundibilidad de los signos, pero sí el riesgo de asociación”.

4. Conclusiones de la Sala.

4.2. Aun cuando guarden rasgos comunes, la existencia de un elemento predominante en una marca que no se presente en otra marca, puede permitir el registro de una marca siempre que no genere confusión.

“Teniendo en cuenta los criterios expuestos antes transcritos, la Sala encuentra que la coexistencia en el mercado de las marcas EL RECREO (mixta) y RECREO (nominativa) no genera riesgo de confusión alguno en el público consumidor, dado que el elemento gráfico del signo solicitado y negado mediante los actos acusados tiene, como ya se dijo, la suficiente fuerza distintiva para identificar los productos fabricados y comercializados por la COMPAÑÍA DE GALLETAS NOEL

Boletín N° 1544 Abril de 2009

S.A., cualquiera que ellos sean, de los productos fabricados y comercializados por PRODUCTOS LACTEOS EL RECREO S.A., que no debe olvidarse, se reducen a leche y productos lácteos.”

4.1. La conexidad entre los productos no es suficiente para considerar el no registrar una marca.

“Además, si bien es cierto que se ha aceptado que entre los productos de la clase 20 y 30 existe conexidad en cuanto son comercializados en los mismo lugares de expendio, tal circunstancia, por sí sola, no trae como consecuencia que unos y otros no puedan coexistir bajo la identificación de marcas como las aquí confrontadas, pues el elemento gráfico (vaca con características especiales) predomina aquí sobre el nominativo, si se tiene en cuenta, precisamente, el tipo de productos que ampara”.

Datos de identificación

Entidad emisora: Consejo de Estado, Sección Primera

Referencia y fecha: 5 de marzo de 2009, radicación: 00392-01

Magistrado o Consejero Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso

Decisión: Declara la nulidad de la resolución por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó la patente de invención.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0 Propiedad Industrial – Nuevas creaciones – Patentes: Requisitos de patentabilidad
- 2.0 Propiedad Industrial – Nuevas creaciones – Patentes: Nivel inventivo exigido en patentes de invención.
- 3.0 Propiedad Industrial – Nuevas creaciones – Patentes: Invenciones de procedimiento.

Problemas Jurídicos

- 1.0 ¿Violan las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de las cuales se negó la patente de invención “Procedimiento de protección de edificios ya construidos o en construcción contra insectos arrastrantes” los artículos 14, 18 y 22 de la Decisión 486 de 2000?
- 2.0 ¿Cuál es el nivel inventivo que debe cumplir un procedimiento para que se considere que el mismo debe ser objeto de protección mediante patente?

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Síntesis del documento

Se analizan las normas aplicables, requisitos de patentabilidad y el procedimiento realizado en el caso concreto por la Superintendencia al analizar la novedad de la invención y teniendo en cuenta los testimonios de técnicos expertos en la materia se llega a la conclusión de que la novedad no ha sido debidamente estudiada y en tal sentido la invención debe ser susceptible de protección. Por último, se hace un análisis sobre técnica probatoria en la materia.

Pronunciamientos relevantes**1. Norma aplicable:**

“Si la norma sustancial vigente para la fecha de la solicitud de patente de invención, ha sido derogada y reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable para determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del derecho, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso.”

2. Requisitos de patentabilidad:

“[l]a patente se concede para una invención, la cual define la doctrina como “la solución de un problema técnico aplicable a la industria, y que proporciona la posibilidad de obtener un cierto resultado útil.”

“Afirma el Tribunal que el objeto de la invención puede ser de producto o de procedimiento. De producto es cuando está constituido por un cuerpo cierto destinado a satisfacer una necesidad industrial que el estado de la técnica aún no ha solucionado. Mientras que el objeto de la invención de procedimiento según la doctrina que cita el Tribunal, se encuentra conformado por “una serie o sucesión de operaciones que inciden sobre una materia (sólida, líquida o gaseosa) que se encamina a la obtención de una cosa o de un resultado”.

“[e]l artículo 1 de la Decisión 344 establece los requisitos para que una invención de producto o procedimiento sea objeto de patente, los cuales son: novedad, nivel inventivo y la susceptibilidad de aplicación industrial”

“[u]na invención carecerá de novedad si, antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o de la prioridad reconocida, se ha encontrado al acceso del público por cualquier medio, con independencia del lugar en que el acceso haya sido posible o se haya producido, del número de personas a que haya alcanzado y del conocimiento efectivo que éstas hayan obtenido, salvo que la divulgación se haya llevado a cabo en los términos excepcionales previstos en el artículo 3 de la Decisión 344.”

Boletín N° 1544 Abril de 2009

“[p]ara analizar la existencia de nivel inventivo, es pertinente hacer referencia al método de las Cámaras de Recursos, consistente en: ‘a) identificar el estado de la técnica más próximo a la invención reivindicada; b) evaluar los resultados (o efectos) técnicos obtenidos por la invención reivindicada en relación con el estado de la técnica más próximo; c) examinar si, de conformidad con el estado de la técnica más próximo, el experto en la materia habría o no propuesto las características técnicas que distinguen la invención reivindicada y que permiten alcanzar los resultados por ella obtenidos”

3. Nivel Inventivo de la patente solicitada:

“[e]l seleccionar las zonas de aplicación del insecticida pertinente manteniendo intencionalmente otras zonas desprotegidas y ser los rangos de aplicación menores a los métodos convencionales, así como permitir que el procedimiento nuevo produzca un menor impacto ambiental, en concepto de esta Sala, constituye un resultado que no se deriva de manera evidente de lo ya existente ni es obvio para un experto medio en esta materia, tal como lo explican los expertos técnicos en sus testimonios, al hacer referencia del porqué la creación sub lite cumple con los requisitos de novedad y nivel inventivo y, que es un procedimiento, que no se caracteriza exclusivamente por la eficacia del compuesto que se aplica, sino por la forma en que se ejecutan la serie de operaciones o secuencia de etapas hasta llegar al resultado esperado.”

“Aunado a lo anterior se tiene que el examinador técnico de la Superintendencia de Industria y Comercio en su análisis, no se basó en alguna anterioridad que demostrara la carencia de novedad y/o de nivel inventivo del procedimiento solicitado, pues simplemente fundamentado en su criterio se limitó a conceptuar que la creación sub lite era obvia para una persona versada en la materia, pero sin realizar un real cotejo comparativo con lo existente en el estado de la técnica, para efectos determinar si la invención era o no patentable.”

“De manera que a juicio de esta Sala, no se siguió el procedimiento de las Cámaras de Recursos adoptado por el Tribunal Andino en su Interpretación Prejudicial, pues no existe evidencia de que la Superintendencia de Industria y Comercio haya identificado el estado de la técnica más próximo a la invención denegada.”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dictó la Interpretación Prejudicial 197-IP-2005

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Datos de identificación

Entidad emisora: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 1ª.
Referencia y fecha: Expediente No. 11001-03-24-000-2003-00044-01. Marzo 12 de 2009
Magistrado o Consejero Ponente: Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.
Decisión: Declara la nulidad de la Resoluciones 33714 del 23 de octubre de 2001, 01466 del 28 de enero de 2002 y 24647 de 2002, proferidas por la SIC.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Propiedad Industrial – Signos distintivos – Marcas: Marcas Notorias, riesgo de confusión.

Problemas Jurídicos

¿Procede o no el registro de un signo que, refiriéndose a una clase distinta de productos, entra en controversia con un signo notoriamente conocido?

Síntesis del documento

Mediante el principio de especialidad se busca evitar que con un solo signo se pretenda monopolizar todos los productos y en virtud del mismo se puedan proteger marcas idénticas o similares para productos diferentes; no obstante, la Decisión 486 al establecer el amparo de las marcas notorias rompe con el mencionado principio, razón por la cual en caso de presentarse conflicto entre el signo a registrar y un signo notoriamente conocido, el examinador deberá establecer, de conformidad con el artículo 136, literal h) de la Decisión 486, el riesgo de asociación, el riesgo de uso parasitario y el riesgo de dilución, independientemente de la clase en que se pretenda registrar el signo, idéntico o similar a la marca notoria.

Datos de identificación

Entidad: Superintendencia Financiera de Colombia.
Referencia: Resolución 0388 de 2008.
Tema: Certificación del interés bancario corriente para las modalidades de crédito de consumo y ordinario.
Fecha: Marzo 31 de 2009.

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho Financiero: tasa de interés supletiva en actos jurídicos mercantiles donde haya de pagarse réditos de un capital.
- 2.0. Derecho financiero: Decreto 510 de 2007. Funciones de certificación de la Superintendencia Financiera frente al Interés Bancario Corriente.
- 3.0. Derecho financiero: Decreto 510 de 2007. Metodología para el cálculo del IBC.

Síntesis del documento

La Superintendencia Financiera certificó el interés bancario corriente para la modalidad de crédito de consumo y ordinario en un 20.28% efectivo anual. Esta tasa rige para el trimestre comprendido entre el 1° de Abril y el 30 de Junio de 2009.

Datos de identificación

Entidad: Superintendencia de Industria y Comercio.

Referencia: Concepto Oficina Jurídica 09005607.

Fecha del Documento: 5 de marzo de 2009.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

Asuntos tratados:

- 1.0. Derecho Constitucional: Habeas Data. Ley Estatutaria 1266 de 2008: Régimen jurídico sobre administración de bases de datos personales con carácter particular.
- 2.0. Derecho del Consumidor: permanencia de la información en bases de datos sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones crediticias. Términos.
- 3.0. Derecho Civil: Artículos 2535, 2536 y 2513 Código Civil. Prescripción de acciones judiciales.
- 4.0. Derecho del Consumidor: permanencia de información en bases de datos cuando la obligación es insoluta.

Problemas Jurídicos

1. ¿Un dato sobre cumplimiento de obligaciones crediticias está sujeto a un término de permanencia en bases de datos personales? ¿Lo está un dato sobre incumplimiento?
2. ¿Puede mantenerse información sobre obligaciones insolutas en una base de datos personales a término indefinido?

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Síntesis del documento

Sobre la información referida al cumplimiento de obligaciones, el artículo 13 dispone que ésta tiene un carácter definitivo, y en este sentido, tiene un término indefinido; mientras que la información referida a incumplimiento de obligaciones está sujeta a un término de permanencia máximo de cuatro años, contados a partir del pago de la obligación, de tal forma que vencido este término, debe retirarse del acceso al público. En todo caso, debe revisarse la sentencia C-1011 de 2008, la cual estableció una graduación de la duración del reporte según la duración de la mora.

Sin embargo, la norma no se refiere al supuesto de permanencia de información referente a obligaciones insolutas. Al respecto, la SIC alude a lo entendido por la Corte Constitucional al respecto, en la Sentencia C-1011 de 2008, en la que se refiere a los términos de prescripción de la acción ordinaria civil, para concluir que resulta injustificada la permanencia de datos más allá del término de la mencionada acción.

Pronunciamientos relevantes

1. Término de permanencia de obligaciones insolutas en bases de datos personales.

“(…) Para este caso, la disposición no prevé un plazo de permanencia, puesto que supedita la contabilización de la caducidad a partir del pago, la información financiera negativa permanecerá de modo indefinido. En este evento, la Sala advierte que, conforme a la doctrina expuesta, resulta totalmente injustificado que se mantengan en las bases de datos reportes basados en obligaciones que han sido excluidas del tráfico jurídico, amén de la imposibilidad de ser exigibles judicialmente. Si el ordenamiento legal vigente ha establecido que luego de transcurridos diez años opera la extinción de las obligaciones dinerarias, no existe razón alguna que sustente que a pesar que ha operado este fenómeno, el reporte financiero que tiene origen en la deuda insoluble subsista. Por ende, la permanencia del dato más allá del término de prescripción configura un ejercicio abusivo del poder informático (…)”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Corte Constitucional. Sentencia C-1011 de 2008 de fecha 16 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Datos de identificación

Entidad Emisora: Superintendencia de sociedades.

Tipo de pronunciamiento: Concepto

Referencia y Fecha: Oficio 220-002420 Marzo 5 de 2009



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Referencia y Fecha: Oficio 220-002420 Marzo 5 de 2009

Tema: La Oferta Una vez Conocida por el Destinatario es Irrevocable

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

Derecho de Sociedades

Problemas Jurídicos

- 1.0.- ¿Existe un término de validez de la oferta de enajenación de acciones comunes?
- 2.0.- ¿Puede la sociedad legalmente obligar a vender las acciones al accionista oferente?
- 3.0.- ¿Se puede retirar la oferta de enajenación acciones comunes unilateralmente?
- 4.0.- ¿Tendría repercusiones económicas o sociales, la decisión unilateral de revocar la oferta de las acciones, luego de transcurridos 7 meses, sin que se haya concretado la negociación ni designado el perito?

Síntesis del documento

Término de validez de la oferta de enajenación de acciones comunes y facultad de la sociedad para obligar a vender dichas acciones.

“La respuesta ha de buscarse en las normas generales que regulan la oferta, particularmente en el artículo 846 del Código de Comercio, al tenor del cual se tiene que “La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”. Interpretando entonces la disposición invocada, es dable concluir que la oferta de acciones realizada con sujeción estricta a lo dispuesto en los estatutos y la ley, una vez emitida, es obligatoria, lo que implica que no le es posible al proponente retractarse, sin exonerarse de la responsabilidad por los perjuicios que cause con su decisión. En consecuencia la sociedad jurídicamente puede reclamar que se cumpla la oferta extendida y de no ser así reclamar judicialmente la indemnización por perjuicios”.

Procedimiento de fijación del precio en caso de no haber acuerdo entre las partes interesadas.

“El artículo 407 del Código de Comercio permite como excepción a la regla general aplicable en la materia, que en los estatutos sociales se establezca el derecho de preferencia en la negociación de acciones, en cuyo caso se exige indicar los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo y señala de manera expresa, que el precio y la forma de pago, serán fijados en cada caso por los interesados y si no hubiere acuerdo, por peritos designados directamente por los interesados en la negociación o en su defecto, por el respectivo superintendente, advirtiendo finalmente que no surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la



Boletín N° 1544 Abril de 2009

norma citada.

Así las cosas, si bien la normatividad mercantil no estipula término para que las partes designen peritos, si otorga varias posibilidades para lograr el nombramiento de los mismos, por lo cual la inactividad de una de ellas o de las dos, no es óbice para que la otra proponga la persona natural o jurídica en orden a que realice el peritazgo”.

La no designación de peritos no habilita para retirar la oferta.

La inactividad de las partes para continuar con el trámite de negociación de acciones, estos es, la designación de peritos, no habilita al oferente a retirar la oferta en razón que la oferta una vez conocida por el destinatario es irrevocable, al tenor de lo ordenado en el artículo 846 del Código de Comercio.

Normatividad relevante

Ley 510 de 1999 por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades.

Para el conocimiento de nuestros colegiados, remitimos en este Boletín el texto íntegro del concepto remitido por el Colegio a la Corte Constitucional con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la ley 1231 de 2008. De igual forma, anexamos su resumen.

Datos de identificación

Entidad emisora: Colegio de Abogados Comercialistas

Referencia y fecha: Concepto sobre la Constitucionalidad de la Ley 1231 de 2008 solicitado por la Corte Constitucional

Autor: Doctor José Alberto Gaitán Martínez, Colegiado.

Campos del Derecho Comercial y temas o asuntos tratados

- 1.0. Reconocimiento de la personalidad jurídica y libre desarrollo de la misma. Límites.
- 2.0. Relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Mercantil.
- 3.0. Derecho de los Títulos-Valores.

Problemas Jurídicos

1. ¿La promulgación de la ley 1238 de 2007 implica una violación al derecho constitucional a la libertad de empresa o a la autonomía de la voluntad?
2. ¿Existen límites distintos al respeto a los núcleos esenciales de los derechos constitucionales, los mandatos constitucionales y las cargas irracionales a la hora de legislar en materia mercantil?
3. ¿La promulgación de la ley 1238 de 2007 sobre la factura cambiara de compraventa implicó la derogación de las normas que sustentaban otro tipos de facturas, como por ejemplo el artículo 944 del Código de Comercio?
4. ¿Existen antecedentes legislativos que permitan aceptar de una forma más pacífica los puntos de la ley 1238 referentes a aceptación en documento separado y la representación presunta que la misma establece?

Síntesis del documento

El Doctor Gaitán Martínez realiza su análisis en dos partes. En una primera, estudia el soporte constitucional de la ley 1238 en cuanto al desarrollo de la personalidad, autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y la configuración legislativa en materia mercantil. Posteriormente, hace un análisis concreto sobre la constitucionalidad de los puntos más criticados de la ley y si las innovaciones que esta trae, con independencia de su calidad jurídica, son inconstitucionales.

Pronunciamientos relevantes

1. Respecto al soporte constitucional en cuanto al desarrollo de la personalidad y la autonomía de la misma.

“La Corte Constitucional ha reconocido la importancia y envergadura del derecho fundamental contenido en el artículo 16 de la Carta, así como su íntima vinculación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, expuesto en el acápite anterior. También ha señalado que dicho derecho individual necesariamente debe ser comprendido dentro de marcados límites, como los derechos de las demás personas y el orden jurídico: (...)”

“Adicionalmente, La Corte ha sostenido lo siguiente:

El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en

Boletín N° 1544 Abril de 2009

en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. (...)

2. Respecto a la libertad de empresa.

“La corte ha definido este derecho como se transcribe a continuación:

“4.1. La libertad de empresa

La Corte Constitucional en Sentencia C-524 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), precisó la definición de libertad de empresa de la siguiente manera: “Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”.

“La sentencia C- 243 de 2006 hizo el siguiente recuento jurisprudencial sobre el derecho y las limitaciones de la libertad económica y de la libertad de empresa:

*Así las cosas, como lo ha determinado la Corte, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea. **Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones”.***

3. Respecto a los límites de configuración legislativa en materia mercantil.

“El juez constitucional deberá entonces respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma” .

Boletín N° 1544 Abril de 2009

“En consecuencia, si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía”.

“Y más precisamente respecto de los títulos-valores, La Corte ha manifestado:

“Ante todo, ha de reiterarse que el legislador goza de facultades amplias, aunque no absolutas, para organizar la vida del comercio, para regular las relaciones entre las personas que en ella participan y para introducir reglas imperativas sobre la actividades de los particulares y los establecimientos de crédito así como respecto de los actos comerciales que deben efectuar en el curso diario de los negocios que celebran.

Los títulos valores hacen parte de esa materia comercial objeto de la regulación a cargo del legislador, con mayor razón si se tiene presente que los instrumentos a los que se refiere la demanda son medios de pago cuya expedición y circulación inciden de manera directa en el movimiento de dinero en el seno de la sociedad y, por ende, en el comportamiento global de la economía, además de que afectan individualmente a los participantes en las más diversas operaciones en el mundo mercantil”.

4. Respecto a la forma de definir el choque entre la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa, por una parte, y la facultad del legislador de regular las actividades interpersonales, por otra.

“1.. La norma demandada y el reconocimiento de la personalidad jurídica

A nuestro juicio la ley 1231 de 2008 no viola este derecho, pues la exigencia del Legislador en cuanto al cumplimiento de determinados requisitos en materia documental, en beneficio del interés general del comercio, así como la consagración de características especiales a los documentos así creados, de manera alguna inciden en el reconocimiento de los atributos inherentes a la personalidad de los individuos.

En efecto, al margen de las formalidades para manifestar el consentimiento de obligarse en determinada materia, las personas siempre seguirán gozando plenamente de su capacidad, estado civil, nacionalidad, domicilio, patrimonio y nombre, con la garantía de protección de sus derechos por todas las autoridades del Estado. (...).”

“2.. El núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de empresa.

A partir de la definición del núcleo esencial de este derecho, la conclusión obligada, luego de analizar en conjunto los artículos demandados de la ley 1231 de 2008, es que ellos no inciden en

Boletín N° 1544 Abril de 2009

manera alguna sobre la manera en que cada individuo determina su modelo de vida y existencia en condiciones dignas, pues siempre existirá la libertad de acogerse a dicha normativa para crear un documento amparado por sus principios o apartarse de ella para regular sus intereses de otra manera”.

(...)

En síntesis y como se anotó, de manera independiente al juicio sobre la técnica, la conclusión general es que con la ley demandada se persigue un móvil constitucional mediante la adopción de medidas razonables, potencialmente adecuadas y proporcionales, inherentes a las facultades de configuración propias del legislador, que no restringen de manera absoluta la libertad de decisión de los individuos, y que no vulneran el núcleo esencial de los derechos contenidos en las normas constitucionales invocadas en la demanda, en la medida en que sus destinatarios no pierden la libertad de acogerse a las fórmulas allí planteadas o apartarse de ellas.

Por estas razones debe declararse la constitucionalidad de los artículos demandados de la ley 1231 de 2008”.

“En síntesis y como se anotó, de manera independiente al juicio sobre la técnica, la conclusión general es que con la ley demandada se persigue un móvil constitucional mediante la adopción de medidas razonables, potencialmente adecuadas y proporcionales, inherentes a las facultades de configuración propias del legislador, que no restringen de manera absoluta la libertad de decisión de los individuos, y que no vulneran el núcleo esencial de los derechos contenidos en las normas constitucionales invocadas en la demanda, en la medida en que sus destinatarios no pierden la libertad de acogerse a las fórmulas allí planteadas o apartarse de ellas.

Por estas razones debe declararse la constitucionalidad de los artículos demandados de la ley 1231 de 2008”.

5. Respecto a la eventual derogatoria del artículo 944 del Código de Comercio.

“No resulta acertada la premisa de la cual parte el actor para juzgar la constitucionalidad de la ley 1231 de 2.008, pues no es cierto que la misma hubiere derogado el artículo 944 del Código de Comercio, al punto que los hombres de negocios no tengan ya la posibilidad de expedir facturas comerciales por fuera del marco de los títulos-valores.

Lo anterior, por cuanto, en primer lugar, el mismo artículo 3° de la Ley demandada, después de precisar los requisitos de la factura como título-valor, ratifica lo que al respecto reguló el artículo 944 del Código de Comercio, en materia de factura comercial, en los siguientes términos:

Sentencia C-265 de 1994. En el mismo sentido sentencia C-445 de 1995.

Boletín N° 1544 Abril de 2009

En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada”.

En segundo, por cuanto el artículo 620 del Código de Comercio, en el mismo sentido que el mencionado artículo 3° de la Ley 1231, precisa que la omisión de los requisitos que el documento deba contener para ser considerado un título-valor, no afectará la validez del negocio causal que le hubiere dado origen”.

Lo anterior permite concluir, sin mayor esfuerzo, que sólo deberá sujetarse a los mandatos de la Ley 1231 en materia de formalidades, aquel comerciante que libre y espontáneamente quiera favorecerse de las ventajas propias del título-valor, especialmente de su carácter circulatorio por la seguridad que brinda su autonomía y abstracción, no quien tan sólo quiera contar con una factura para fines probatorios del contrato causal (compraventa o prestación de servicios), la cual podrá exigir y expedir bajo los lineamientos del artículo 944 del Código de Comercio, no derogado expresa, ni tácitamente, por la Ley 1231”.

6. Respecto a la falta de técnica legislativa de la ley en su correspondencia con las normas sobre títulos-valores.

“Como se manifestó, el hecho de que el legislador hubiere vulnerado la estructura de los títulos-valores y sus principios rectores, entre ellos aquel denominado suscripción que, con apoyo en el artículo 625 del Código de Comercio, pregona que toda obligación cambiaria debe estar respaldada por una firma, entendida como la define el artículo 826, ibídem, no puede constituir factor suficiente para tildar la norma que regula la aceptación ficta de inconstitucional”.

7. Respecto a las mención de la aceptación en documento separado.

“Aunque tiene razón el actor al criticar la alternativa de que de un hecho tan importante como la aceptación conste en un documento separado, circunstancia que rompe la unidad material en materia cambiaria, para asegurar el interés de futuros tenedores ante una circulación rápida del documento, lo cierto es que ya en el pasado el legislador había acogido solución parecida para la hipótesis del aval, como lo establece el artículo 634 del Código de Comercio, sin que a nadie se le hubiera ocurrido, por fuera de la crítica desde el punto de vista de la estructura del título-valor, que ello podía desconocer la autonomía de la voluntad o la facultad de autodeterminación de los individuos”

8. Respecto a la representación presunta.

“Se trata de una solución legal adoptada en el marco de esa facultad de configuración, que no viola la Constitución, pues se ampara en un medio de prueba regulado de manera general por nuestro

Boletín N° 1544 Abril de 2009

régimen procesal, la presunción, que de acuerdo con el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, sólo exige que el hecho del cual se derive se encuentre debidamente probado.

Bajo es (sic) presupuesto se puede deducir, sin dificultad, que esta presunción resulta más que justificada, pues lo normal y corriente en las relaciones comerciales es que quien se encuentra en la sede del comerciante y está facultado por él para recibir la mercancía o el servicio, goza de la confianza y el respaldo necesarios para presumir que igualmente debe estar autorizado para suscribir los documentos que acompañen al despacho o que se entreguen cuando el servicio se proporciona.

Frente a esta realidad de a puño cualquier reproche en materia constitucional resulta absolutamente inconsecuente.

Sin embargo, abundando en razones también es preciso señalar que en esta materia el legislador ya ha regulado presunciones, como las que aparecen en el artículo 641 del Código de Comercio, sin reproche alguno desde el punto de vista de su armonía con las normas constitucionales”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Corte Constitucional. Sentencia 243 de 2001. Magistrado Ponente, Dr. Rodrigo Escobar Gil
Corte Constitucional. Sentencia C-663 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
Sentencia C-221/94. MP. Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia T-067 de 1997. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 6.
Sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 15.
Sentencia C – 481 de 1998. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia 404 de 1998. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz y Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C- 616 de 2001. M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia C-524 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia 265/94 M .P. Alejandro Martínez Caballero
Sentencia C-415/94 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz
Sentencia 615 de 2002 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia T-291 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes.
Sentencia T-240 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-398 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
Sentencia C-870 de 2003 M. P. Jaime Araújo Rentería.
Sentencia C- 243 de 2006 M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
Sentencia C-265 de 1994. En el mismo sentido sentencia C-445 de 1995.
Sentencia C-333 de 2000.
Sentencia C-361 de 2002.
Sentencia C- 392 de 2007. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencia C- 041 de 2000. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
M.P. Dr. Humberto Sierra Porto
E. S. D.

REF.: **EXPEDIENTE NÚMERO D-7657**

ASUNTO: **DEMANDA LEY 1231 DE 2.008**

Señores Magistrados:

Como miembro del **COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS** y en cumplimiento del honroso encargo recibido de su Presidente, doctor EDGAR RAMÍREZ BAQUERO, procedo a rendir el concepto solicitado por esa Honorable Corte a través de Oficio No. OPC-119/09, en torno a la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 1231 de 2.008 por el doctor HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, obrando en virtud de procuración que le fue conferida por la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO.

Para tal efecto, en primer lugar, se harán algunas consideraciones generales sobre el concepto de la violación que se le endilga a la Ley desde el punto de vista de las normas constitucionales invocadas y, a renglón seguido, se hará un breve análisis de cada uno de los cargos presentados.

DEL ALCANCE DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LOS ARTÍCULOS 1, 2, 5, 6, 14, 16 Y 333 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, EN RELACIÓN CON LA LEY 1231 DE 2008.

Una vez revisada en su conjunto, se puede verificar que reiteradamente la demanda de inexecutable hace un reproche a varios de los artículos de la ley 1231 de 2008, por considerar que atentan contra los derechos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 5, 6, 14, 16 y 333 de la Carta.

En resumen, la línea argumentativa del actor se dirige a señalar que la regulación adoptada por el Legislador en materia de factura de venta, restringe de manera desproporcionada e irracional los derechos que en nuestro Estado Social de Derecho, corresponden de manera inalienable al individuo para autodeterminarse y autorregular la satisfacción de sus propios intereses, en aplicación legítima del reconocimiento a la personalidad jurídica, de la autonomía privada, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y de la libertad de empresa.

A. CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS INVOCADOS.**1. El contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.**

La Corte ha definido el concepto del derecho a la personalidad jurídica de la siguiente manera:

“El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

4. El artículo 14 de la Constitución Política reza lo siguiente:

“Artículo 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

El entendimiento de esta norma superior por parte de la jurisprudencia constitucional, ha sido que ella no se limita a establecer que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derecho a actuar como tal en el mundo jurídico, ya sea por sí mismo o a través de representante. Sino que, más allá de ello, el derecho que consagra la norma en comento es comprensivo de todos los atributos que se predicán de la personalidad humana, como lo son el nombre, el estado civil, la capacidad, el domicilio, la nacionalidad y el patrimonio. En este sentido la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. Así, en el Informe- Ponencia para primer debate en Plenaria en materia de derechos, deberes, garantías y libertades, el constituyente Diego Uribe Vargas, se refiere a la personalidad jurídica como ese:

“reconocimiento del individuo como sujeto principal de derecho, cuyos atributos tienen valor inminente.

“Los atributos que la doctrina reconoce a la persona son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.””

Ver: Gaceta Constitucional No.82 de mayo 25 de 1991. Págs. 14.

Corte Constitucional. Sentencia 243 de 2001. Magistrado Ponente, Dr. Rodrigo Escobar Gil

Boletín N° 1544 Abril de 2009

2. El contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte Constitucional ha reconocido la importancia y envergadura del derecho fundamental contenido en el artículo 16 de la Carta, así como su íntima vinculación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, expuesto en el acápite anterior. También ha señalado que dicho derecho individual necesariamente debe ser comprendido dentro de marcados límites, como los derechos de las demás personas y el orden jurídico:

“El artículo 16 de la Constitución Política dispone, en efecto, que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, esto es, “...a realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios, trazando a su propia existencia en los variados aspectos de la misma las directrices que mejor le convengan y agraden en cuanto no choquen con los derechos de los demás ni perjudiquen el bienestar colectivo, ni se opongan al orden jurídico” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-624 del 15 de diciembre de 1995).

La jurisprudencia constitucional ha sido constante en resaltar que ese derecho no tiene un carácter absoluto y que el orden jurídico, como la propia norma expresa, puede introducirle limitaciones.

No puede olvidarse, por otra parte, que el individuo no se encuentra aislado de la sociedad y que su misma inserción en ella supone restricciones, en especial cuando están de por medio intereses colectivos, cuya prevalencia (artículo 1 C.P.) conduce a menudo al establecimiento general de cargas y obligaciones que toda persona debe asumir, aun contra su voluntad.

Si el libre desarrollo de la personalidad pudiera concebirse como atributo ilimitado que a todos permitiera hacer únicamente lo que sus deseos o intención señalan, perdería sentido el Derecho objetivamente considerado, ya que su carácter vinculante obliga a los asociados con total independencia de la particular inclinación de cada cual a aceptar o rechazar los mandatos contenidos en las normas jurídicas.

“El hombre -ha señalado esta Corte- debe estar preparado para vivir en armonía con sus congéneres, para someterse a la disciplina que toda comunidad supone, para asumir sus propias responsabilidades y para ejercer la libertad dentro de las normas que estructuran el orden social” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-341 del 25 de agosto de 1993).”

Así mismo, la Corte ha precisado cuál es el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

“21- El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. Ha dicho entonces la Corte



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

que “cuando el estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia”. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. La Corte ha reconocido entonces en este derecho “un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la Constitución”, por cuanto el artículo 16 de la Carta “condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado” .

Por ello esta Corporación ha reconocido que de la Carta, y en especial del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí, de sus actos y de su entorno. El derecho a la identidad personal supone entonces “un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad” .”

Adicionalmente, La Corte ha sostenido lo siguiente:

“El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras,

Corte Constitucional. Sentencia C-663 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
Ver: Sentencia C-221/94. MP. Carlos Gaviria Díaz.
Ver: Sentencia T-067 de 1997. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 6.
Ver: Sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 15.
Corte Constitucional. Sentencia C – 481 de 1998. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Boletín N° 1544 Abril de 2009

es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige” .

Y sobre los límites a este derecho, también ha manifestado que:

“Los límites al libre desarrollo e la personalidad, “no sólo deben tener sustento constitucional, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente su modelo de realización personal.” Por tanto, cualquier decisión que afecte la esfera íntima del individuo, aquélla que sólo a él interesa, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria” .

3. El derecho a la libertad económica y a la libertad de empresa

La corte ha definido este derecho como se transcribe a continuación:

“4.1. La libertad de empresa

La Corte Constitucional en Sentencia C-524 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), precisó la definición de libertad de empresa de la siguiente manera: “Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”.

La libre iniciativa privada, conocida también como libertad de empresa, se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes.

La libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora

Corte Constitucional. Sentencia 221 de 1994. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia 404 de 1998. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz y Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C- 616 de 2001. M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Ver Sentencia C-524 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz.



de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional.

Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.”

La sentencia C- 243 de 2006 hizo el siguiente recuento jurisprudencial sobre el derecho y las limitaciones de la libertad económica y de la libertad de empresa:

“4. La libertad económica y el derecho a la igualdad

En cuanto a la libertad de empresa, ha sido definida por la Corte en los siguientes términos: “Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial -la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.”

Igualmente la Corte ha considerado, que la libertad le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, pero se ha aclarado que ésta libertad, al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan “el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica “supone responsabilidades”.

Así las cosas, como lo ha determinado la Corte, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien

Ver: Constitución y Sistema Económico. Martin Bassols Coma; Tecnos, 1988. Cita en la Sentencia C-524 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Ver Sentencia C-524 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en la Sentencia C-524 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz
ob. cit.

Boletín N° 1544 Abril de 2009

común. En consecuencia, la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones .

Con respecto a las limitaciones que según nuestro Estatuto Supremo se permite imponer a la libertad económica, ha dicho la Corte, que “en el marco de un Estado Social de Derecho (CP art. 1), fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado (CP art. 334), -tal libertad- está sometida a limitaciones potenciales más severas que las otras libertades y derechos constitucionales”, pues como se dejó establecido en pronunciamiento anterior, “la Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual” y, en consecuencia, debe hacerse una interpretación más amplia de las facultades regulatorias del Estado en relación con las libertades económicas “por cuanto la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias” .

Igualmente ha considerado, que “las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la C.P., la libertad de empresa, en el lenguaje de la Constitución Política la actividad económica y la iniciativa privada y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que “las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica C.P. art. 150-21)”

En otro pronunciamiento, la Corte expresó que , si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado que tal intervención: i) necesariamente debe

Boletín N° 1544 Abril de 2009

llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad ; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad .

En reciente fallo, al respecto consideró la Corte: “Los artículos 333 y 13 de la Constitución se relacionan con particular énfasis al permitirle a todas las personas ejercer libremente la actividad económica que tengan a bien asumir, dentro de los límites del bien común. Consecuentemente, todos tienen derecho a la iniciativa privada y a la libre competencia, con las responsabilidades que ello aparece. Por su parte, la ley puede delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Vale decir, jurídicamente la libertad económica está garantizada por la Constitución en armonía con el derecho a la igualdad de los potenciales agentes económicos; por lo tanto, siempre que el legislador pretenda establecer limitaciones, exigencias o prerrogativas en torno a esa libertad, deberá examinar previamente los supuestos viables a la concreción de este derecho en un plano de igualdad material, sin perjuicio de las distinciones que pueda hacer entre unas personas y otras, al amparo de claros criterios de razonabilidad y proporcionalidad.” .

B. La libertad de configuración legislativa en materia comercial

Una vez revisados estos pronunciamientos, observemos lo que ha dicho la Corte respecto de la facultad del Legislador para intervenir en la regulación comercial.

Al respecto, de manera adicional a lo que ya se puede observar en las sentencias recogidas por la Sentencia C-243 de 2006 atrás citada, la Corte, en cuanto a la libertad de configuración del legislador frente a la libre empresa y a la libertad de asociación, ha sosteniendo lo siguiente:

“6. La libertad de configuración del legislador y los límites a la libertad de asociación en materia económica.

Esta Corporación ha desarrollado una significativa línea jurisprudencial en el sentido que en materia económica el legislador tiene un amplio margen de configuración, y correlativamente no opera un control de constitucionalidad estricto, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado:

Ver: sent. C-415/94 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Ver: Sent. 615 de 2002 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ver: Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes.

Ver: Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ver: Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Ver: Sent. C-870 de 2003 M. P. Jaime Araújo Rentarías.

Corte Constitucional. Sentencia C- 243 de 2006 M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

“El juez constitucional deberá entonces respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma”.

En consecuencia, si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía.

Posteriormente, en la sentencia C-624 de 1998 estableció la Corte un conjunto de reglas que debe seguir el juez constitucional al evaluar las restricciones a la libertad económica:

“Por ende para establecer la legitimidad de las restricciones del Legislador, la Corte debe evaluar (i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”.

Se trata entonces de un típico caso de aplicación del test débil de proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de los límites impuestos por el legislador, pues si bien la libertad económica admite una amplia intervención por parte de los poderes públicos en su configuración para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En jurisprudencia posterior la Corte ha sistematizado los requisitos formales y materiales de la intervención del Estado en materia económica cuando limita la libertad de económica y ha señalado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad .”

Sentencia C-265 de 1994. En el mismo sentido sentencia C-445 de 1995.

En el mismo sentido la sentencia C-333 de 2000.

Sentencia C-361 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C- 392 de 2007. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.



Boletín N° 1544 Abril de 2009

Y más precisamente respecto de los títulos-valores, La Corte ha manifestado:

“Ante todo, ha de reiterarse que el legislador goza de facultades amplias, aunque no absolutas, para organizar la vida del comercio, para regular las relaciones entre las personas que en ella participan y para introducir reglas imperativas sobre la actividad de los particulares y los establecimientos de crédito así como respecto de los actos comerciales que deben efectuar en el curso diario de los negocios que celebran.

Los títulos valores hacen parte de esa materia comercial objeto de la regulación a cargo del legislador, con mayor razón si se tiene presente que los instrumentos a los que se refiere la demanda son medios de pago cuya expedición y circulación inciden de manera directa en el movimiento de dinero en el seno de la sociedad y, por ende, en el comportamiento global de la economía, además de que afectan individualmente a los participantes en las más diversas operaciones en el mundo mercantil”.

C. Cómo se resuelve la tensión que surge frente a tales extremos, por un lado la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa y, por otro, la facultad legislativa de definir cómo se deben regular las relaciones entre quienes gozan de tales prerrogativas.

Luego de realizar este recuento jurisprudencial, cabe hacer los siguientes comentarios generales frente a la demanda objeto de este concepto, que por ser fácilmente identificables con los argumentos desarrollados por la Corte en las sentencias trascritas, no requieren de extensas explicaciones:

1. La norma demandada y el reconocimiento de la personalidad jurídica

A nuestro juicio la ley 1231 de 2008 no viola este derecho, pues la exigencia del Legislador en cuanto al cumplimiento de determinados requisitos en materia documental, en beneficio del interés general del comercio, así como la consagración de características especiales a los documentos así creados, de manera alguna inciden en el reconocimiento de los atributos inherentes a la personalidad de los individuos.

En efecto, al margen de las formalidades para manifestar el consentimiento de obligarse en determinada materia, las personas siempre seguirán gozando plenamente de su capacidad, estado civil, nacionalidad, domicilio, patrimonio y nombre, con la garantía de protección de sus derechos por todas las autoridades del Estado. El legislador debe contar con la libertad y la autonomía necesaria para decidir en qué casos ese consentimiento debe estar rodeado de determinados formalismos o solemnidades, en aras de alcanzar determinadas finalidades, principalmente ligadas a brindar

Sentencia C- 041 de 2000. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Boletín N° 1544 Abril de 2009

seguridad en la comercialización de los respectivos derechos.

2. El núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de empresa.

A partir de la definición del núcleo esencial de este derecho, la conclusión obligada, luego de analizar en conjunto los artículos demandados de la ley 1231 de 2008, es que ellos no inciden en manera alguna sobre la manera en que cada individuo determina su modelo de vida y existencia en condiciones dignas, pues siempre existirá la libertad de acogerse a dicha normativa para crear un documento amparado por sus principios o apartarse de ella para regular sus intereses de otra manera.

Lo mismo acontece respecto del derecho a la libertad de empresa, pues *la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia*, no se ve alterada por la ley demandada. Simplemente, dentro del amplio margen de configuración legislativa, el Congreso previó la manera como se deberían instrumentar esas relaciones de intercambio, para favorecer la ágil obtención de recursos a los comerciantes, en beneficio de su empresa y de la economía en general.

En este marco y acogiendo el test débil de proporcionalidad propuesto por la Corte, es preciso reconocer que con la expedición de la ley demandada el Legislador pretendió favorecer con los principios tutelares de los títulos-valores a los documentos emitidos por el vendedor de un producto o por el prestador de un servicio, para que pudieran servir de fuente de financiación de las ventas o los suministros a plazo, dado que aquellos, por su carácter esencialmente circulatorio, aseguran para el acreedor un mercado secundario de liquidación anticipada de los derechos respectivos.

Bajo esta premisa y sin entrar a juzgar lo acertado o desacertado de la solución legal, frente a la estructura de los títulos-valores, en cuanto ello no tiene importancia desde el punto de vista del juzgamiento de su constitucionalidad, podemos de primera mano concluir lo siguiente:

i. ¿Son las medidas potencialmente adecuadas para el propósito buscado?

Bajo el imperio de las normas demandadas el comerciante podrá obtener de una manera más ágil títulos-valores de contenido crediticio, esencialmente circulatorios, que le permitirán resolver sus problemas de liquidez derivados de los acostumbrados plazos que se pactan para el pago de los suministros, especialmente de cara al intercambio que se maneja a nivel de las llamadas grandes superficies.

En este sentido, el comerciante podrá tener, a través del descuento o la negociación, anticipadamente a su disposición los recursos que en el escenario de los documentos de deuda no circulato-

Boletín N° 1544 Abril de 2009

rios, sólo podría reclamar al vencimiento pactado.

Para que esta circulación sea posible, resulta lógico que el Legislador le otorgue a la factura de venta la condición de título-valor, en cuanto los mecanismos de protección propios de este tipo de documentos, tales como la literalidad y la autonomía, pueden brindar mayores garantías y seguridades al mercado secundario de los mismos.

Por tanto, las fórmulas legales son adecuadas al fin perseguido.

ii. ¿Persiguen las medidas un objetivo constitucional?

Esta Ley persigue una finalidad constitucional, puesto que tiende a agilizar el tráfico mercantil vinculado a los derechos derivados de las ventas y suministros a crédito, generando un claro beneficio a la economía en general.

iii. ¿Es la medida proporcional?

Las limitaciones formales derivadas de las normas que le son aplicables a las facturas y que provienen de la ley demanda, además de adecuadas y razonables, resultan proporcionales, puesto que son las propias del régimen cambiario, por definición riguroso, en aras de alcanzar la seguridad y la certeza en el tráfico de este tipo de bienes.

En síntesis y como se anotó, de manera independiente al juicio sobre la técnica, la conclusión general es que con la ley demandada se persigue un móvil constitucional mediante la adopción de medidas razonables, potencialmente adecuadas y proporcionales, inherentes a las facultades de configuración propias del legislador, que no restringen de manera absoluta la libertad de decisión de los individuos, y que no vulneran el núcleo esencial de los derechos contenidos en las normas constitucionales invocadas en la demanda, en la medida en que sus destinatarios no pierden la libertad de acogerse a las fórmulas allí planteadas o apartarse de ellas.

Por estas razones debe declararse la constitucionalidad de los artículos demandados de la ley 1231 de 2008.

DE LOS CARGOS CONCRETOS

A partir de estos planteamientos iniciales, es preciso ahora detenerse en cada uno de los cargos presentados por el actor, para realizar algunos comentarios puntuales, que refuerzan la constitucionalidad de las disposiciones acusadas:

Boletín N° 1544 Abril de 2009

A. La pretendida derogatoria del artículo 944 del Código de Comercio.

No resulta acertada la premisa de la cual parte el actor para juzgar la constitucionalidad de la ley 1231 de 2.008, pues no es cierto que la misma hubiere derogado el artículo 944 del Código de Comercio, al punto que los hombres de negocios no tengan ya la posibilidad de expedir facturas comerciales por fuera del marco de los títulos-valores.

Lo anterior, por cuanto, en primer lugar, el mismo artículo 3° de la Ley demandada, después de precisar los requisitos de la factura como título-valor, ratifica lo que al respecto reguló el artículo 944 del Código de Comercio, en materia de factura comercial, en los siguientes términos:

“En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada”.

En segundo, por cuanto el artículo 620 del Código de Comercio, en el mismo sentido que el mencionado artículo 3° de la Ley 1231, precisa que la omisión de los requisitos que el documento deba contener para ser considerado un título-valor, no afectará la validez del negocio causal que le hubiere dado origen.

Lo anterior permite concluir, sin mayor esfuerzo, que sólo deberá sujetarse a los mandatos de la Ley 1231 en materia de formalidades, aquel comerciante que libre y espontáneamente quiera favorecerse de las ventajas propias del título-valor, especialmente de su carácter circulatorio por la seguridad que brinda su autonomía y abstracción, no quien tan sólo quiera contar con una factura para fines probatorios del contrato causal (compraventa o prestación de servicios), la cual podrá exigir y expedir bajo los lineamientos del artículo 944 del Código de Comercio, no derogado expresa, ni tácitamente, por la Ley 1231.

En otras palabras, contrario a lo afirmado por el actor, bajo el imperio de la Ley 1231 se pueden emitir facturas de venta, plegándose a los requisitos allí previstos, o facturas simplemente comerciales, cuando se desee contar con un simple soporte documental de la celebración del contrato subyacente o fundamental y sus elementos esenciales.

B. La aceptación por omisión o ficta y las normas constitucionales demandadas.

Como se manifestó, el hecho de que el legislador hubiere vulnerado la estructura de los títulos-valores y sus principios rectores, entre ellos aquel denominado suscripción que, con apoyo en el artículo 625 del Código de Comercio, pregona que toda obligación cambiaria debe estar respaldada por una firma, entendida como la define el artículo 826, ibídem, no puede constituir factor suficiente para tildar la norma que regula la aceptación ficta de inconstitucional.

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Esto último, por cuanto, a pesar de que la estructura de los títulos-valores exigiría una manifestación expresa del consentimiento, en aras de la seguridad querida con este tipo de instrumentos, no hay óbice alguno desde el punto de vista constitucional para que el legislador, en uso de su facultad de configuración, decida dotar al silencio de ciertos efectos, como lo hizo en la Ley 1231, mucho menos cuando el afectado con ellos ha tenido la oportunidad de rechazar la obligación que se le quiera imputar por este medio.

En otras palabras, ante dos intereses en conflicto, el del acreedor urgido de un título de deuda que le asegure un mercado secundario en el cual pueda descontar con prontitud su derechos, y el deudor que aprovechaba la ambigüedad de las normas anteriores en materia de factura cambiaria de compraventa y de transporte, el legislador escogió el del primero, generando una fórmula que permite salvar aquellos casos en que el destinatario de la factura guarda silencio en torno a su consentimiento de obligarse. Se trata de una decisión soberana del legislador que opta por proteger de manera mucha más eficaz aquel interés que trasciende de lo meramente particular y se proyecta sobre el mercado en general.

C. El requisito atinente a la fecha de vencimiento.

No se evidencia en la solución legal en cuanto al vencimiento de la factura violación alguna de la Constitución.

En efecto, así como sucede con el cheque, que sólo puede crearse a la vista, como lo indica el artículo 717 del Código de Comercio, para el caso de la factura, en su libertad de configuración, el legislador podía determinar una forma de vencimiento específica dentro de las varias posibles, según el artículo 673, ibídem, escogiendo en este caso la vinculada a un día cierto, sin que ello signifique el desconocimiento del libre desarrollo de la personalidad jurídica.

Incluso el legislador fue mucho más ambicioso en su afán por tratar de conservar la validez como título-valor de la factura de venta, al adoptar una solución supletoria, no regulada para los demás instrumentos que gozan de esta condición, para aquellos casos en que se omita la fecha de vencimiento. En efecto, cuando no aparezca esta mención en el título, la ley señala que se entenderá que debe ser pagada dentro de los 30 días calendario siguientes a la emisión.

No puede ser más dicente esta solución legal de cara a la protección de los principios constitucionales, pues con ella se busca, precisamente, preservar la voluntad de las partes cuando quiera que se omita un requisito como el anotado, que en materia de factura dejó de ser esencial para la calificación jurídica del documento, al contrario de lo que acontece con todos los demás títulos-valores distintos al cheque, que requieren para su eficacia o existencia la mención específica de su forma de vencimiento (artículos 671 y 709 del Código de Comercio).

Para terminar, una reflexión que es de recibo frente al texto del artículo 3º.numeral 1º, de la Ley

Boletín N° 1544 Abril de 2009

1231 de 2.008 y que descarta cualquier vicio de la norma, según la cual ni siquiera se trata, como lo anota el actor, de una limitación en cuanto a las distintas formas de vencimiento bajo las cuales se puede emitir una factura, pues allí se expresa que la fecha de vencimiento se entiende sin perjuicio de lo previsto por el artículo 673 del Código de Comercio, que precisamente regula las distintas formas autorizadas para los títulos-valores. Así las cosas, la genuina interpretación del precepto permite concluir que la factura también se puede expedir bajo cualquiera de las otras reguladas por la mencionada disposición, una de las cuales es precisamente la del día cierto y determinado.

D. Las menciones en documentos separados.

Aunque tiene razón el actor al criticar la alternativa de que de un hecho tan importante como la aceptación conste en un documento separado, circunstancia que rompe la unidad material en materia cambiaria, para asegurar el interés de futuros tenedores ante una circulación rápida del documento, lo cierto es que ya en el pasado el legislador había acogido solución parecida para la hipótesis del aval, como lo establece el artículo 634 del Código de Comercio, sin que a nadie se le hubiera ocurrido, por fuera de la crítica desde el punto de vista de la estructura del título-valor, que ello podía desconocer la autonomía de la voluntad o la facultad de autodeterminación de los individuos.

Como sucede con el aval, la aceptación por documento separado no demerita el carácter constitutivo del título-valor, ni sus características y efectos propios, pues si se llega a extraviar, el documento conserva toda su fuerza ejecutiva y sus prerrogativas cambiarias contra los demás suscriptores, en concreto contra el girador del título, en virtud del principio de la autonomía regulado por el artículo 627 del Código de Comercio. El actor pasó entonces por alto que frente a un título no aceptado por el girado o librado, el tenedor tiene acción de cobro contra el girador o librador de la orden, en los términos del artículo 678 del Código de Comercio.

Tampoco vulnera las normas constitucionales el hecho de que se admitan otras formas de hacer constar los pagos relativos a una factura expedida, pues en la medida en que ésta queda incurso en la normativa general de los títulos de su clase, frente a un tenedor de buena fe sigue siendo aplicable el principio de la literalidad, según el cual sólo aquellos que consten en el título le serán oponibles, como resulta de los artículos 624 y 784, numeral 7º, del estatuto mercantil.

Pretender, entonces, que la factura queda aislada de las demás disposiciones del Código en materia cambiaria resulta desacertado, pues se trata de un conjunto de disposiciones que deben interpretarse en conjunto y de manera armónica.

E. Imposibilidad de restringir la circulación de la factura de venta.

Tratándose del régimen cambiario en general la inserción de una cláusula que limite la negociabilidad o circulación, con excepción del cheque, le resta eficacia al documento como título-valor, de tal

Boletín N° 1544 Abril de 2009

1231 de 2.008 y que descarta cualquier vicio de la norma, según la cual ni siquiera se trata, como lo anota el actor, de una limitación en cuanto a las distintas formas de vencimiento bajo las cuales se puede emitir una factura, pues allí se expresa que la fecha de vencimiento se entiende sin perjuicio de lo previsto por el artículo 673 del Código de Comercio, que precisamente regula las distintas formas autorizadas para los títulos-valores. Así las cosas, la genuina interpretación del precepto permite concluir que la factura también se puede expedir bajo cualquiera de las otras reguladas por la mencionada disposición, una de las cuales es precisamente la del día cierto y determinado.

D. Las menciones en documentos separados.

Aunque tiene razón el actor al criticar la alternativa de que de un hecho tan importante como la aceptación conste en un documento separado, circunstancia que rompe la unidad material en materia cambiaria, para asegurar el interés de futuros tenedores ante una circulación rápida del documento, lo cierto es que ya en el pasado el legislador había acogido solución parecida para la hipótesis del aval, como lo establece el artículo 634 del Código de Comercio, sin que a nadie se le hubiera ocurrido, por fuera de la crítica desde el punto de vista de la estructura del título-valor, que ello podía desconocer la autonomía de la voluntad o la facultad de autodeterminación de los individuos.

Como sucede con el aval, la aceptación por documento separado no demerita el carácter constitutivo del título-valor, ni sus características y efectos propios, pues si se llega a extravíar, el documento conserva toda su fuerza ejecutiva y sus prerrogativas cambiarias contra los demás suscriptores, en concreto contra el girador del título, en virtud del principio de la autonomía regulado por el artículo 627 del Código de Comercio. El actor pasó entonces por alto que frente a un título no aceptado por el girado o librado, el tenedor tiene acción de cobro contra el girador o librador de la orden, en los términos del artículo 678 del Código de Comercio.

Tampoco vulnera las normas constitucionales el hecho de que se admitan otras formas de hacer constar los pagos relativos a una factura expedida, pues en la medida en que ésta queda incurso en la normativa general de los títulos de su clase, frente a un tenedor de buena fe sigue siendo aplicable el principio de la literalidad, según el cual sólo aquellos que consten en el título le serán oponibles, como resulta de los artículos 624 y 784, numeral 7°, del estatuto mercantil.

Pretender, entonces, que la factura queda aislada de las demás disposiciones del Código en materia cambiaria resulta desacertado, pues se trata de un conjunto de disposiciones que deben interpretarse en conjunto y de manera armónica.

E. Imposibilidad de restringir la circulación de la factura de venta.

Tratándose del régimen cambiario en general la inserción de una cláusula que limite la negociabilidad o circulación, con excepción del cheque, le resta eficacia al documento como título-valor, de tal



Boletín N° 1544 Abril de 2009

manera que éste se quedará en su papel simplemente probatorio y eventualmente ejecutivo.

En otras palabras, la sanción general cuando quiera que se desconozca ese principio fundamental en materia de integración del título-valor, es la ineficacia regulada por el artículo 620 del Código de Comercio o para alguno la inexistencia prevista en el artículo 898, ibídem.

Sin embargo, nada obsta para que en uso de su facultad de configuración, el legislador opte por una solución diferente, también tendiente, como se comentó a propósito de la forma de vencimiento supletoria, a conservar el carácter cambiario de la factura.

En este caso, el legislador escogió sancionar con ineficacia, como lo ha hecho en el pasado frente a muchas otras menciones que desconocen sus mandatos (artículos 655 y 717 del Código de Comercio), aquella estipulación que trate de limitar el carácter esencialmente circulatorio del documento.

Esta sanción no va en contravía de principio constitucional alguno, pues el particular que no quiera obligarse por un título-valor simplemente se abstiene de incorporar su obligación en un documento que se adecue a la normativa propia de esta institución.

Por el contrario, si opta libremente por manifestar su voluntad de obligarse por un documento circulatorio, la ley debe sancionar con ineficacia cualquier intento suyo por eliminar este efecto que resulta esencial para esta clase de instrumentos. Acierta entonces en esta materia la ley 1231

Contrario a lo afirmado por el actor, lo deseable sería que esta solución se ampliara para todos los títulos-valores, pues así se evitarían los intentos de fraude de quienes, aprovechando la ignorancia de su contraparte, dicen obligarse por un título-valor al cual le han eliminado soterradamente su carácter circulatorio.

En este sentido, omite el actor señalar que, aunque nada obsta para que en un documento distinto del cheque que pretendidamente se quería crear bajo las fórmulas cambiarias, se coloque una cláusula que limite su circulación, el efecto inmediato es que deja de pertenecer a esta especial clase de títulos, para pasar a ser simplemente una prueba de la relación causal sujeta a las reglas generales en esta materia.

Bajo esta premisa, lejos de eliminar esta solución de las normas propias de la factura, lo que debería fomentarse es que se amplíe a todos los títulos, pues se daría mayor solidez a esta institución y se fortalecerían los principios tutelares que tienden a proteger el mercado organizado de los mismos.



F. Representación presunta

En cuanto al alcance que la ley le da a la firma de quien por cuenta del destinatario de la factura reciba los bienes o los servicios objeto del contrato causal que le da origen, es necesario puntualizar que se trata nuevamente de una fórmula del legislador que busca darle mayor eficacia al documento y generar una solución práctica a las dificultades a las cuales se enfrentan quienes venden o prestan servicios.

Lo anterior, por cuanto muchas veces los documentos de despacho son suscritos por personas que no ostentan la representación legal del comprador o del beneficiario de los servicios, circunstancia que facilita la cultura del no pago, al brindar a estos últimos la opción de alegar de falta de representación o de poder bastante de quien suscribió el respectivo documento.

Se trata de una solución legal adoptada en el marco de esa facultad de configuración, que no viola la Constitución, pues se ampara en un medio de prueba regulado de manera general por nuestro régimen procesal, la presunción, que de acuerdo con el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, sólo exige que el hecho del cual se derive se encuentre debidamente probado.

Aquí se debe probar que quien firmó a nombre del obligado cambiario, destinatario de la orden contenida en la factura, haya recibido la mercancía o el servicio que la hubiere originado y que además estuviera en la sede de aquel.

Bajo es presupuesto se puede deducir, sin dificultad, que esta presunción resulta más que justificada, pues lo normal y corriente en las relaciones comerciales es que quien se encuentra en la sede del comerciante y está facultado por él para recibir la mercancía o el servicio, goza de la confianza y el respaldo necesarios para presumir que igualmente debe estar autorizado para suscribir los documentos que acompañen al despacho o que se entreguen cuando el servicio se proporciona.

Frente a esta realidad de a puño cualquier reproche en materia constitucional resulta absolutamente inconsecuente.

Sin embargo, abundando en razones también es preciso señalar que en esta materia el legislador ya ha regulado presunciones, como las que aparecen en el artículo 641 del Código de Comercio, sin reproche alguno desde el punto de vista de su armonía con las normas constitucionales.

G. La ley no previene debidamente el lavado de activos.

Se endilga a la ley en este punto que no cumplió su cometido, por cuanto apoya el descuento de las facturas a través de operaciones de factoring que pueden hacer difícil el rastreo del origen de las operaciones, por lo que se pide a la Corte que actúe terminando la tarea inconclusa.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1544 Abril de 2009

Se trata entonces de un cargo porque la ley no exige que el obligado cambiario constate la procedencia de los dineros de quien se presenta a cobrar el título a su vencimiento.

En otras palabras, además de la verificación de la legitimación cambiaria, el demandante pretende que se legisle en el sentido de que previo a la negociación o al pago se deba también indagar sobre la persona del acreedor o del comprador de las facturas.

Una solución de este tipo no sólo sería inútil, pues es evidente que el deudor o el vendedor no tendría mecanismos a su alcance para realizar un control como el sugerido, sino además sería tremendamente contraproducente en el ámbito comercial, pues haría muy difíciles las transacciones con estos títulos, al punto que se desvirtuaría la finalidad que inspiró la adopción de esta regulación.

Que no decir de la propuesta que se hace al final de esta imputación por el actor, en el sentido de que la Corte reemplace al legislador para modificar la ley, de tal manera que se incluya dentro de las entidades sujetas a la vigilancia de la Superfinanciera a las que se dediquen a la compra de estas facturas, en claro desconocimiento del ámbito de competencia de la Corte derivada de los juicios de inexequibilidad, pues no se reduce a la sugerencia de un fallo modal, sino a la propuesta de una verdadera reforma legislativa.

En los términos anteriores se deja rendido el concepto solicitado, sin perjuicio de estar a disposición de esa Honorable Corte para cualquier pronunciamiento que sea requerido de parte del COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS.

Atentamente,

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ

Miembro Activo

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS