

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

CONTENIDO

1. INDICE
2. NOTA EDITORIAL
3. MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN
4. ACTIVIDADES DEL COLEGIO
5. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL
6. DOCTRINAS DE AUTORIDAD
7. NOTA INTERNACIONAL

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

INDICE

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: Sentencia C- 537 del 30 de Junio de 2010

Magistrado o Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Norma acusada: Artículo 24 (parcial) de la Ley 1340 de 2009.

Decisión: Declara la Constitucionalidad Condicionada del apartado del Artículo 24 de la ley 1340 de 2009, bajo el entendido que este solo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Entidad emisora: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Referencia y fecha: Expediente No. 08001-3103-014-2000-00290-01 del 30 de junio de 2010

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. William Namén Vargas

Decisión: No casa

Entidad emisora: Consejo de Estado- Sección Primera.

Referencia y fecha: Expediente No.2002-00423 del 27 de mayo de 2010.

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

Decisión: Se deniega la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades

Referencia y fecha: Oficio No. 220-020430 del 4 de junio de 2010

Entidad Emisora: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Tipo de Normativa: Decreto.

Referencia y Fecha: No. 2281 de Junio 25 de 2010.

Tema: Defensor del Consumidor Financiero.

Entidad Emisora: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Tipo de Normativa: Decreto

Referencia y Fecha: No. 2241 del 23 de Junio de 2010

Tema: Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones

Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia.

Tipo de pronunciamiento: Concepto.

Referencia y fecha: 2010021059-001 del 3 de mayo de 2010.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia

Referencia y fecha: Concepto Jurídico No. 2010031532-001 del 4 de junio de 2010.

Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia.

Tipo de pronunciamiento: Concepto.

Referencia y fecha: 2010028108-002 del 13 de mayo de 2010.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

NOTA EDITORIAL

En desarrollo del propósito de internacionalización del Colegio de Abogados Comercialistas me es grato presentarles la nueva sección del Boletín en la cual se publicarán artículos alusivos a temas comerciales de actualidad preparados por nuestro equipo de trabajo internacional integrado por reconocidos profesores y doctrinantes de distintas nacionalidades.

Nuevamente damos una cálida bienvenida a los profesores **CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS** de Argentina, **RAFAEL LARA GONZALEZ** y **AGUSTIN MADRID PARRA** de España, **CHRISTIAN LARROUMET** de Francia y **EDUARDO PEREZ-MOTTA** de Méjico.

El doctor **RAFAEL LARA GONZALEZ**, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pública de Navarra (España), diserta acerca de la distribución del riesgo entre distintos aseguradores: coaseguro y reaseguro a propósito de las “cláusulas de pago simultáneo” a las que alude el Tribunal Supremo Español en su reciente fallo del ocho (8) de abril del año en curso (JUR/2010/123412).

No deja de llamar la atención la aceptación de las cláusulas que imponen el pago simultáneo (*simultaneous payment clauses*) por parte de un sector doctrinal Español para los contratos de seguros relativos a grandes riesgos, como nos lo refiere el profesor **LARA**, cuando parecen lesionar los intereses del asegurado, y comportar una dudosa licitud aún en el supuesto de que sean aceptadas por éste.

Para enriquecer el debate académico alrededor de esta realidad jurídica solicitaremos a uno de nuestros colegiados experto en el tema evaluar el grado de aceptación que en Colombia se viene dando a la práctica de la incorporación de este tipo de cláusulas que condicionan el pago de la indemnización al asegurado a que el asegurador haya cobrado al reasegurador.

CAC

**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Una vez tengamos a disposición el análisis en comento, lo daremos a conocer mediante su publicación ojalá en nuestro próximo boletín.

LUZ HELENA MEJIA PERDIGON
Presidente

CAC

**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1557 Junio de 2010

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

JUNTA DIRECTIVA

Presidente

Luz Helena Mejía

Vicepresidente

Alejandro Páez Medina

Vocales

Tulio Cárdenas Giraldo
César Augusto Rodríguez
Sara María Pérez
Jorge Oviedo Albán

César Augusto Lima
Ulises Canosa Suárez
Juan Camilo Ramírez
Juan Jacobo Calderón

Comisario de Cuentas

Jorge Enrique Sanchez

Iván Darío Amaya

Director Boletín

César Augusto Rodríguez

Colaboradores

Magliory Parada Urieta
Lina Estefanía Valencia

Paola Andrea Sánchez Soler
Fernando Ramírez Rojas

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

ACTIVIDADES COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

Agosto 23 de 2010, Reformas al Procedimiento civil en la Nueva Ley de Descongestión. Conferencista Dr. Pablo Felipe Robledo del Castillo.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: Sentencia C- 537 del 30 de Junio de 2010

Magistrado o Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Norma acusada: Artículo 24 (parcial) de la Ley 1340 de 2009.

Decisión: Declara la Constitucionalidad Condicionada del apartado del Artículo 24 de la ley 1340 de 2009, bajo el entendido que este solo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de la Competencia: Funciones Superintendencia de Industria y Comercio – Ley 1340/09 - Doctrina Probable Administrativa – Extensión a Funciones Jurisdiccionales.

Problemas Jurídicos

1.- ¿Es contrario a la Constitución que una entidad administrativa tenga funciones jurisdiccionales?

2.- ¿La Ley 1340 de 2009 delega competencias jurisdiccionales a la SIC?

3.- ¿El artículo 24 demandado se puede extender a las competencias jurisdiccionales sobre competencia desleal y protección del consumidor, previstas en la Ley 446 del 98 y en el Decreto 2153 del 92?

4.- ¿El apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 que establece que “*Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable*”, vulnera el Preámbulo y los artículos 113, 116, 228, 230, 234 y 235 de la Constitución Política?

Síntesis del documento

Se demanda la Constitucionalidad del Art.24 de la ley 1340/09 que establece la posibilidad de que la SIC, mediante sus decisiones, genere doctrina probable ya que “*a juicio de los demandantes, la jurisdicción ordinaria podría quedar sometida a los criterios dados por una entidad administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando ésta cumpla funciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal y protección al consumidor*”. Sin embargo se debe considerar que, del análisis del trámite legislativo de la ley 1340, la Corte colige que “*la incorporación del artículo 24 sobre doctrina probable se estableció con miras a dar consistencia y seguridad jurídica al sistema unificado de la protección de la competencia en sede administrativa*”. Además de una interpretación sistemática de la Ley sub judice, la Corte establece que “*no se observa ninguna norma que establezca competencias jurisdiccionales a la SIC*” por lo tanto la facultad de originar doctrina probable otorgada a la SIC no vulneraría los artículos constitucionales señalados ni los principios de separación de poderes y colaboración armónica, pues se limita a lo que es del resorte de sus facultades administrativas.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Finalmente la Corte determina que del texto de la ley 1340 no puede extraerse razón alguna para que la facultad de crear doctrina se extienda a las competencias jurisdiccionales especiales de que goza la SIC, sin embargo en virtud de esclarecer la norma y brindar seguridad jurídica se declara la Constitucionalidad condicionada de la norma en tal sentido.

Pronunciamientos relevantes

1. Funciones Jurisdiccionales excepcionales de entidades administrativas.

“...no es incompatible el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales por parte de las Superintendencias, siempre y cuando no se lesionen los derechos de los sujetos procesales ni se comprometa la imparcialidad del funcionario que está administrando justicia...”

“En cuanto a las funciones jurisdiccionales (...) éstas se otorgan con base en el inciso tercero del artículo 116 de la C.P...”

2. La Ley 1340 consagra únicamente funciones administrativas.

“...Si bien es cierto, el proyecto original de la Ley 1340 contemplaba en el artículo 4º aspectos relacionados con las facultades jurisdiccionales de la SIC en materia de protección de la libre competencia (...) lo cierto es que desde el primer debate en el Senado se eliminó dicha posibilidad (...). La Corte constata, que teniendo en cuenta el trámite legislativo la inclusión del artículo 24, (...) se dio para fortalecer la seguridad jurídica del sistema de protección a la libre competencia en lo que se refiere únicamente a la competencia administrativa de la SIC...”

“...en un análisis sistemático de la Ley 1340 de 2009 y en particular del Título IV (...) no se observa ninguna norma que establezca competencias jurisdiccionales a la SIC...”

3. Ámbito aplicación de la ley 1340, solo se extiende a facultades administrativas en materia de competencia desleal y protección al consumidor.

“...la Corte considera que el ámbito de aplicación de la Ley 1340 no solamente se extiende a las prácticas comerciales restrictivas (...), y a la vigilancia del régimen de integraciones empresariales lesivas de la libre competencia, sino también a aquellas prácticas de competencia desleal en donde la SIC ejerce vigilancia administrativa...”

“...concluye la Corte que siguiendo una interpretación sistemática relacionada con el concepto de libre competencia que ha dado en su jurisprudencia-Sentencias C-624 de 1998, C-815 de 2001 y C-228 de 2010 (...) la doctrina probable del artículo 24 solo se hace extensiva a las atribuciones administrativas de la SIC relacionadas con la regulación y vigilancia de la competencia desleal y la publicidad contraria a la libre competencia...”

4. Constitucionalidad del Art 24 de la ley 1340, condicionada a que la doctrina probable recaiga sobre actos administrativos de la SIC.

“...Después de realizar el estudio de los antecedentes legislativos y el análisis sistemático de la Ley 1340 no encuentra la Corte que se estén vulnerando los artículos constitucionales que reseñan los demandantes, ya que los actos que emite la SIC en su labor de vigilancia, control y protección de la



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1557 Junio de 2010

libre y leal competencia son meramente administrativos y no se puede hacer extensivo el apartado de dicho artículo a las competencias jurisdiccionales que cumple la entidad..."

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

- 1.- Corte Constitucional, Sentencia C-649 del 20 de Junio de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- 2.- Corte Constitucional, Sentencia C-836 del 9 de Agosto de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- 3.- Corte Constitucional, Sentencia C-1071 del 3 de Diciembre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- 4.- Corte Constitucional, Sentencia C-228 del 24 de Marzo de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- 5.- Corte Constitucional Sentencia C-815 del 2 de Agosto de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Referencia y fecha: Expediente No. 08001-3103-014-2000-00290-01 del 30 de junio de 2010

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. William Namén Vargas

Decisión: No casa

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho Societario: Relaciones contractuales de hecho. Sociedad de hecho, existencia y efectos.

Problemas Jurídicos

1. ¿Un acuerdo no perfeccionado mediante las formalidades previstas por la ley puede surgir como negocio jurídico?
2. ¿Qué condiciones se requieren para la configuración de una sociedad de hecho?
3. ¿Dependiendo el tipo de sociedad, existe sociedad de hecho cuando no hay constitución por escritura pública o por inscripción en el registro mercantil?
4. ¿Una sociedad de hecho produce efectos jurídicos para los asociados?



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Síntesis del documento

Las relaciones contractuales de hecho son aquellas cuyo origen se encuentra en situaciones fácticas que escapan de ciertas solemnidades previstas por ley para los acuerdos negociales, siendo excepción las formalidades ab substantiam actus. En las sociedades de hecho, la ley permite el surgimiento de un negocio jurídico caracterizado por una explotación común, repartición de utilidades e igualdad en la calidad de asociados, sobre quienes recaen determinados efectos jurídicos. Estas sociedades se identifican por no haberse constituido mediante escritura pública, o no haberse realizado la inscripción del documento constitutivo en el registro mercantil en el caso de la sociedad por acciones simplificada.

Pronunciamientos relevantes

1. Relaciones contractuales de hecho

“En rigor, para la Corte, la doctrina de las “relaciones contractuales de hecho”, concierne a la manera como el negocio jurídico se expresa, surge, dimana o exterioriza en el campo jurídico, esto es, a la forma del acto dispositivo. (...)La relevancia de esta *regula iuris* es, por lo tanto, notable, en tanto de ordinario la forma de los negocios jurídicos es libre, desprovista de formalidades, ritualidades o solemnidades, a punto que el acto dispositivo de intereses, podrá consistir en una declaración, manifestación o, incluso, en un comportamiento o conducta, y derivar material u objetivamente de los hechos (*rebus ipsis et factis*) o de la ejecución práctica de los elementos esenciales (*essentialia negotia*) del tipo negocial específico, siempre que desde luego exprese la disposición y el ordenamiento no establezca la forma ab substantiam actus.”

2. Condiciones para la configuración de una sociedad de hecho

“(…)1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3º Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4º Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios”

3. Existencia de una sociedad de hecho

“La característica fundamental e invariable del mencionado negocio jurídico de sociedad de hecho, se configura, por consiguiente, en su celebración a través de una forma libre [en las sociedades por acciones simplificadas, por ausencia de registro del acto constitutivo], generalmente, por “*conformación y ejecución fáctica, bien porque haya surgido por los hechos, o cuando no se constituyó por escritura pública [...] “su formación societaria emerge de una serie de hechos”,* acontece por “*realización fáctica*” (...) y, en todo caso, por una forma diferente a la escritura pública (artículo 498 Código de Comercio), a

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

condición de expresar y contener el acto dispositivo de intereses por la plenitud de sus elementos esenciales.

Desde esta perspectiva, tratándose de la sociedad de hecho contemplada en el artículo 498 del Código de Comercio, la ausencia de instrumento público, no entraña la inexistencia de la sociedad de hecho, que a diferencia de la constituida por escritura pública, no es persona jurídica ni adquiere la calidad de sujeto de derecho, carece de personificación o personalidad jurídica y, por lo tanto, de capacidad, legitimación y patrimonio.”

4. Efectos de la sociedad de hecho

“Consecuencia de esta previsión normativa, es la adquisición de derechos y asunción de obligaciones directa y personalmente por los contratantes asociados, así como su responsabilidad solidaria e ilimitada por las operaciones, no solo con los bienes destinados a ésta, sino con su propio patrimonio, pudiendo exigirla los terceros de todos o de cualquiera de ellos (arts. 499 y 501), a punto que todas las estipulaciones contrarias se tienen por no escritas, o sea, son ineficaces. Naturalmente, el contrato societario de hecho produce plenos efectos entre los contratantes asociados, quienes pueden solicitar en cualquier tiempo su terminación y liquidación.”

Jurisprudencia y Doctrina relevante citada por la entidad:

- Günter Haupt. *Ueber faktische Vertragsverhältnisse*, conferencia inaugural 1941 en la Universidad de Leipzig, en *Festschrift für Heinrich Siber*, Leipzig, p. 1-37.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de casación de 30 de noviembre de 1935. Tomo XCIX, Nos. 2256 a 2259.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de casación de 3 de junio de 1998. Expediente 5109.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de casación 30 de julio de 2004.

Datos de identificación

Entidad emisora: Consejo de Estado- Sección Primera.

Referencia y fecha: Expediente No.2002-00423 del 27 de mayo de 2010.

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

Decisión: Se deniega la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Propiedad Industrial – Signos distintivos – Marcas: Prohibición de registro por riesgo de confusión.

Problemas Jurídicos

- 1.0 ¿El riesgo de confusión con una marca previamente registrada impide el registro de una marca nueva?
- 2.0 ¿Es posible exigir el pago de tasas para el trámite de cancelación de registro marcario por no uso?

Síntesis del documento

El riesgo de confusión entre dos marcas configura la prohibición de registro del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comunidad Andina. Para determinar tal riesgo, es necesario hacer un cotejo entre las marcas en conflicto observando los criterios fonético, ortográfico y conceptual, además analizando las marcas en su conjunto, de forma sucesiva y no simultánea y teniendo en cuenta las semejanzas y no las diferencias, pues estas últimas no son tomadas en cuenta por el consumidor.

Pronunciamientos relevantes

1. Riesgo de confusión como impedimento para el registro de una nueva marca

“CUARTO: No son registrables como marcas los signos cuyo uso en el comercio afectara el derecho de un tercero y que, en relación con éste, el signo que se pretenda registrar, sea idéntico o se asemeje a una marca ya registrada o a un signo anteriormente solicitado para registro, para los mismos productos, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, de donde resulta que no es necesario que el signo solicitado para registro induzca a confusión a los consumidores sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión para que se configure la prohibición de irregistrabilidad.”(Interpretación Prejudicial del Tribunal Andino)

2. Determinación del riesgo de confusión entre dos o más marcas.

“La Jurisprudencia del tribunal Andino y de esta Corporación ha acogido las siguientes reglas de la doctrina para la realización el cotejo marcario:

“1. La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por los signos, es decir que debe examinarse la totalidad de los elementos que integran a cada uno de ellos sin descomponer, y menos aún alterar, su unidad fonética y gráfica, ya que “debe evitarse por todos los medios la disección de las denominaciones comparadas, en sus diversos elementos integrantes. (...)”

2. El examen de fondo sobre irregistrabilidad debe, así mismo, ser realizado en forma sucesiva y no simultánea, de tal manera que en la comparación de las denominaciones confrontadas debe predominar el método del cotejo sucesivo, excluyendo el análisis simultáneo, en atención a que éste último no lo realiza el consumidor o usuario común.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

3. *Deben ser tenidas en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre los signos, ya que la similitud entre ellos se desprende de los elementos semejantes o de la semejante disposición de ellos, y no de los elementos distintos que en ellas aparezcan.*

4. *Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del consumidor presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos o servicios identificados por los signos en disputa. (...)*

“Además, la Sala considera necesario analizar las características propias de los signos en conflicto, respecto a sus semejanzas ortográficas, fonéticas e ideológicas, con el fin de determinar el grado de confusión que pueda existir entre las mismas.”

3. Fijación de tasas para el trámite de cancelación del registro marcario por falta de uso

“(…) el solicitante deberá cumplir con los requisitos procedimentales previstos para el trámite de la cancelación de registro marcario por falta de uso y con los demás que la normativa interna tenga previsto como sería el caso del pago de las tasas respectivas, o retirar la solicitud en formularios determinados para el efecto, si la normativa comunitaria permite que el País Miembro reglamente el tema por la vía del complemento indispensable”.(Interpretación prejudicial del Tribunal Andino)

“En efecto, el artículo 145 de la Decisión 344 permite a las oficinas nacionales competentes, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, fijar tasas para la tramitación de todos sus procedimientos, entre ellos, el de cancelación por no uso de una marca. Con fundamento en dicha normativa, la Administración establece tales tasas en la Circular única y mediante Resolución que es publicada en el Diario Oficial. En el caso sub examine, la tasa para la solicitud de cancelación por no uso estaba fijada en la resolución núm. 00701 de 30 de enero de 2001, circunstancia, que la sociedad actora no demostró haber dado cumplimiento”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial No. 28-IP-2007

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial No. 092-IP-2007

Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades

Referencia y fecha: Oficio No. 220-020430 del 4 de junio de 2010

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho societario: competencia para investigar y declarar una situación de grupo o control empresarial respecto de una sociedad de naturaleza civil



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Problemas Jurídicos

1. ¿La facultad de declarar una situación de control o grupo empresarial es exclusiva de la Superintendencia de Sociedades?
2. ¿La declaración de control o grupo empresarial procede sólo respecto de sociedades de naturaleza comercial?

Síntesis del documento

En virtud del Decreto 1080 de 1996 la función de declarar la situación de control y grupo empresarial procede respecto de sociedades mercantiles así como sobre otras personas jurídicas y naturales, incluidas las sociedades de naturaleza civil. Tal facultad no es exclusiva de la Superintendencia de Sociedades pues ésta, unilateralmente o en conjunto con la Superintendencia Financiera, puede declarar de oficio o a petición de parte tal situación en el evento en que la sociedad controlante no haya inscrito en el Registro Mercantil correspondiente el documento en el que conste la respectiva vinculación.

Pronunciamientos relevantes

1. Competencia para declarar una situación de control o grupo empresarial

*“Tal facultad no es exclusiva de la Superintendencia de sociedades ni está reservada a las sociedades vigiladas, aseveración que se desprende con suma claridad del precepto contenido en el artículo 30 de la ley 222 de 1995, que señala que cuando (...) se configure una situación de control *“la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control”**”

*Agrega la misma disposición que *“... Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el registro mercantil”*.*



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1557 Junio de 2010

2. Declaración de control o grupo empresarial en el que intervenga una sociedad civil

“En este orden de ideas es claro que la declaratoria de la situación de control, de grupo empresarial o de grupo económico que emita directamente esta entidad o en forma conjunta con la Superintendencia Financiera de Colombia, respecto de un grupo de entidades en las que participe una sociedad civil, corresponde a las referidas Superintendencias de acuerdo con las disposiciones anteriormente anotadas, pero no exclusivamente en razón a la naturaleza comercial de las sociedades vinculadas, pues abarca también personas naturales y jurídicas de naturaleza no societaria, presupuesto que incluye a las sociedades civiles.”

Datos de identificación

Entidad Emisora: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Tipo de Normativa: Decreto.

Referencia y Fecha: No. 2281 de Junio 25 de 2010.

Tema: Defensor del Consumidor Financiero.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho del Consumidor: Reglamentación del Régimen del Defensor del Consumidor Financiero.

Síntesis del documento

El decreto 2281 del 25 de Junio de 2010, reglamenta la defensoría del consumidor financiero en las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, de acuerdo con la ley 1328 de 2009, derogando los decretos 690 de 2003 y 4759 de 2005 que reglamentan el defensor del cliente para entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y en el mercado de valores respectivamente. Destacamos los puntos más importantes del mismo.

1. Entidades Obligadas a contar con defensor del consumidor financiero

Los establecimientos de crédito; las sociedades de servicios financieros; las entidades aseguradoras; los corredores de seguros; las sociedades de capitalización, las entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida; los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales; las sociedades comisionistas de bolsas de valores; los comisionistas independientes de valores y las sociedades administradoras de inversión, el ICETEX, la Caja promotora de vivienda Militar y de Policía.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

El Defensor del Consumidor Financiero de las aseguradoras y sociedades de capitalización tiene competencia sobre las actuaciones que afecten a los consumidores financieros y que sean realizadas por las agencias y agentes de seguros y títulos de capitalización.

2. Posesión y Registro del Defensor del Consumidor Financiero

Los defensores del consumidor financiero, tanto principal como suplente, se posesionan y registran ante la Superintendencia Financiera.

3. Nombramiento del Defensor del Consumidor Financiero por parte de la Junta Directiva

El Defensor del Consumidor Financiero suplente tomará el lugar del principal cuando se produzcan las causales de terminación definitiva en el ejercicio de este cargo, señaladas en el artículo 19 de la ley 1328 de 2009, con excepción de la estipulada en el literal d. En este caso, y cuando las causales anteriores se prediquen del defensor suplente, la Junta directiva o el consejo de administración de la entidad vigilada deben nombrar a un nuevo Defensor del Consumidor Financiero suplente, quien ejercerá funciones hasta que el máximo órgano de la entidad designe el o los nuevos Defensores del Consumidor Financiero.

4. Capacidad para servir como conciliador.

El Defensor del Consumidor financiero puede actuar como conciliador entre la entidad y el consumidor, en cualquier etapa del proceso, y en tal caso se suspende el trámite ordinario y se cita a una audiencia de conciliación que se rige por los parámetros de la ley 640 de 2001. La decisión que se adopte en esta conciliación presta mérito ejecutivo y tiene efectos de cosa juzgada.

El Defensor del Consumidor Financiero debe informar a las partes, en la admisión de la queja o reclamo sobre la posibilidad de solicitar la audiencia de conciliación.

5. Alcance y Publicidad de las decisiones.

Salvo estipulación legal, no es posible que los Defensores del consumidor financiero señalen perjuicios, indemnizaciones o sanciones.

Las decisiones pueden publicarse de acuerdo a lo que establezca la Superintendencia Financiera pero manteniendo la reserva respecto de las partes.

6. Obligatoriedad de las decisiones.

Al correrse traslado a la entidad de la queja o reclamo recibido, el Defensor debe solicitar que de manera expresa y clara se señale si se acepta que la decisión sea vinculante para tal entidad en caso de ser desfavorable a ella. Sin embargo, si la entidad estableció en su reglamento interno la obligatoriedad de las decisiones del Defensor del Consumidor Financiero, no puede hacer una afirmación contraria.

7. Función de vocería y capacidad de revisión de documentos

El Defensor del Consumidor Financiero puede dirigir a los administradores, a la junta directiva o consejo de administración, recomendaciones y propuestas sobre los servicios y la atención con el fin de mejorar las relaciones entre la entidad y los consumidores financieros.

Del mismo modo, puede revisar los contratos de adhesión y emitir su concepto sobre los mismos.

8. Régimen de Transición.

La superintendencia debe implementar el registro del Defensor del Consumidor Financiero a más tardar el 30 de Junio de 2010.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Las entidades cuyo Defensor del Cliente no cumpla todos los requisitos exigidos para el Defensor del Consumidor Financiero, pueden ejercer funciones hasta por tres meses contados a partir de la entrada en vigencia del Título I de la ley 1328 de 2009.

Datos de identificación

Entidad Emisora: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Tipo de Normativa: Decreto

Referencia y Fecha: No. 2241 del 23 de Junio de 2010

Tema: Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho del Consumidor: Principios de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones
- 2.0. Derecho del Consumidor: Derechos y deberes de los Consumidores Financieros del Sistema General de Pensiones
- 3.0. Derecho Financiero: Promoción del Sistema General de Pensiones y del esquema "Multifondos"

Síntesis del documento

El Decreto reseñado establece la reglamentación del régimen de protección al consumidor financiero del Sistema General de Pensiones, es decir, en las relaciones entre las entidades administradoras de los regímenes de Ahorro individual con Solidaridad y Prima Media con Prestación Definida, en lo relativo a la administración de los fondos de pensiones. Así mismo establece el régimen de los promotores del Sistema General de Pensiones.

1. Principios que rigen el sistema de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones.

Se señala que además de los principios establecidos en la ley 1328 de 2009 aplican los principios de debida diligencia, transparencia e información cierta suficiente y oportuna, manejo adecuado de los conflictos de interés y educación para el consumidor financiero. Todos con el fin de que el usuario sea debidamente informado de las diferentes opciones dentro del esquema de pensiones, así como las consecuencias de cada una y que reciba la debida orientación con el propósito de elegir el plan de retiro que más le convenga de acuerdo a sus características y opciones de vida.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

1. Derechos y Deberes

Los consumidores tienen el derecho a ser informado de forma transparente, oportuna y clara sobre las distintas opciones de pensión, a seleccionar el régimen y la administradora de fondos de pensiones, elegir el tipo de fondo donde se invierten sus recursos si es del caso, conocer cómo se invierten sus recursos, acceder a medio de cálculo del posible monto de la pensión del usuario, recibir educación sobre el sistema, sus derechos y obligaciones y presentar peticiones, quejas y reclamos.

Por otra parte, los consumidores tienen el deber de informarse sobre el sistema General de Pensiones, utilizar las herramientas puestas a su disposición para conocer, informarse y tomar decisiones relativas a su pensión, conocer los diferentes esquemas de pensiones, conocer los órganos para la presentación de quejas y reclamos, leer cuidadosamente las condiciones de afiliación pues los documentos firmados representan una aceptación de los términos y condiciones y mantener actualizada la información requerida por las administradoras del Sistema General de Pensiones.

2. Promoción del Sistema General de Pensiones

Los promotores del Sistema General de Pensiones deben entregar a los consumidores información clara y oportuna que les permita elegir con libertad sobre su pensión.

Del mismo modo los usuarios tienen el derecho de exigir la información que razonablemente necesiten para tomar todas las determinaciones que les corresponda y pueden solicitar el buen consejo de los promotores quienes están obligados a otorgarlo. Para tal fin los promotores deben estar capacitados de acuerdo con el decreto 720 de 1994 y esa capacitación debe cubrir los aspectos mínimos más relevantes del Sistema General de Pensiones, esquema "Multifondos", modalidad de pensiones, cálculo de pensiones y régimen de protección al consumidor financiero en general y del esquema "Multifondos", y el programa de capacitación debe enviarse a la Superintendencia Financiera.

Los promotores deben estar debidamente registrados y las administradoras deben mantener los soportes de los certificados de capacitación, la lista de quienes actúan como promotores en nombre de ellas y relación de los convenios para capacitación.

3. Responsabilidad de las administradoras por las actuaciones de sus promotores.

La responsabilidad de las administradoras por las actuaciones de sus promotores se rige por el artículo 10 del decreto 720 de 1994. Tal norma establece que las administradoras responden por las infracciones, errores u omisiones de sus promotores, en desarrollo de su actividad, y que afecten al interés de los afiliados, sin perjuicio de la responsabilidad del promotor ante la sociedad administradora.

4. Prohibiciones en la remuneración de los promotores.

La norma prohíbe a las administradoras otorgar a sus promotores comisiones de acuerdo con el tipo de fondo elegido por el consumidor.

5. Alcance del deber de asesoría

El decreto señala que el deber de asesoría estipulado en el artículo séptimo no tiene el alcance de actividad de intermediación en los términos de la resolución 400 de 1995 y los decretos 1121 de 2008 y 4939 de 2009, que establecen la reglamentación de la actividad de intermediación en el mercado de

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

valores. Al no tratarse de una de las actividades señaladas en estas normas como constitutivas de intermediación en el mercado de valores no aplica para ellas el registro ante el autorregulador del mercado de valores (AMV).

6. Convenios entre las administradoras y Organismos Autorreguladores.

Las entidades administradoras de los Fondos de Pensiones pueden celebrar convenios con organismos autorreguladores vigilados por la Superintendencia Financiera con el fin de organizar un registro unificado de promotores permitiendo acreditar la idoneidad de los mismos mediante exámenes diseñados por tales organismos.

Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia.

Tipo de pronunciamiento: Concepto.

Referencia y fecha: 2010021059-001 del 3 de mayo de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de los Títulos-Valores: Transferencia de títulos-valores en procesos de fusión de instituciones financieras.

2.0. Derecho de Sociedades: Transferencia de bienes en procesos de fusión de sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Problemas Jurídicos

1. ¿Son aplicables las normas sobre procesos de fusión del Código de Comercio a las fusiones que se realicen entre entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia?
2. ¿Es necesario el endoso y la entrega de los títulos-valores a la orden, en cabeza de una institución financiera absorbida, a la institución financiera que la absorbe?

Síntesis del documento

“Para la tradición de bienes en el marco de un proceso de fusión de instituciones financieras o aseguradoras sujetas a la inspección y vigilancia de este organismo, no se requiere trámite adicional alguno y, en particular, tratándose de títulos valores a la orden (v.gr pagarés) otorgados o recibidos por

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

la entidad disuelta (absorbida), se entenderán otorgados o recibidos por la entidad absorbente, o la nueva, sin que sea necesario trámite o reconocimiento alguno”.

Pronunciamientos relevantes

1. No son aplicables las normas del Código de Comercio sobre fusión, cuando ese proceso sea realizado entre sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

“... en tratándose de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera no resulta aplicable lo regulado por el Código de Comercio acerca del procedimiento y efectos de la fusión de sociedades comerciales, incluido lo dispuesto por el artículo 178 del mismo ordenamiento¹, toda vez que tales aspectos, en particular el referido a los efectos de la fusión de instituciones financieras, se encuentran expresamente regulados por el EOSF (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)”.

2. No es necesario el endoso o la entrega de los títulos-valores a la orden por parte de la entidad financiera absorbida hacia la absorbente.

“... una vez formalizada la fusión de instituciones financieras (v.gr entre establecimientos bancarios) no resulta necesario el endoso o la entrega de un título valor a la orden del banco absorbido al banco absorbente o nuevo, pues dada la situación particular en que se efectúa la tradición de estos bienes mercantiles y de la aplicación de la normatividad especial del EOSF (estatuto Orgánico del Sistema Financiero) para el proceso de fusión entre instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera, no resulta aplicable lo previsto en los artículos 651 a 667 del Código de Comercio relativa a la tradición o transferencia de títulos valores a la orden”.

“...tratándose de títulos valores a la orden (v.gr pagarés) otorgados o recibidos por la entidad disuelta (absorbida), se entenderán otorgados o recibidos (...) por la entidad absorbente, o la nueva, sin que sea necesario trámite o reconocimiento alguno”.

Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia

Referencia y fecha: Concepto Jurídico No. 2010031532-001 del 4 de junio de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0.Derecho Financiero: Fusión de entidades – absorber sociedad accionista

2.0.Derecho Societario : Fusiones



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Problemas Jurídicos

- 1.- ¿Puede una entidad bancaria realizar una fusión por absorción con una sociedad del sector real?
- 2.- ¿Podría una entidad bancaria absorber a una sociedad cuyo único activo sea acciones en la misma? Y ¿cuales serian sus posibles efectos?

Síntesis del documento

“La fusión permite la reorganización patrimonial y por virtud de la misma se agrega valor patrimonial a la sociedad absorbente. Entre los beneficios de la fusión se encuentra la consolidación patrimonial, agregar valor al desarrollo de las actividades autorizadas, expandir los negocios, ampliar la red de oficinas, conseguir economías de escala y, prevenir o superar situaciones de crisis o debilidades que coloquen en riesgo la empresa. No se estima viable que una entidad financiera se fusione con una entidad perteneciente al sector real cuando el único propósito que se busca con dicha operación es la extinción de la entidad objeto de absorción.”

Pronunciamientos relevantes

1.- Requisitos para que proceda la fusión de una entidad financiera con una del sector real.

“...Si bien el régimen financiero no contempla expresamente la fusión de entidades financieras o de seguros con sociedades del sector real, ello no significa que restrinja esa figura al ámbito exclusivo de las entidades vigiladas por esta Superintendencia (...)este Organismo ha aceptado, bajo especiales circunstancias y condiciones, que un establecimiento de crédito actuando como absorbente se fusione con una sociedad anónima no vigilada, ésta última en calidad de absorbida”

“se ha requerido la existencia de unos supuestos básicos como los siguientes: i) que el patrimonio y la empresa de la sociedad a absorber sea jurídica y económicamente compatibles con la naturaleza y actividad de la entidad financiera absorbente; ii) que después de la fusión la entidad financiera absorbente no quede incurso en operaciones no autorizadas, ilegales o inseguras, vale decir, que no desarrolle actividades ajenas a su objeto social autorizado por la ley; iii) que como consecuencia de la fusión la entidad financiera absorbente sea receptora de la totalidad del patrimonio y de la empresa de la sociedad absorbida; y iv) que luego de la fusión la entidad absorbente no quede en incumplimiento de normas o controles legales que está obligada a observar por su condición de institución financiera.”

2.- Prohibición para entidades bancarias de adquirir sus propias acciones, aplica para adquisición por fusión.

“...el patrimonio de (...) se encuentra conformado únicamente por un activo representado en el (...) de las acciones en circulación del Banco (...), activo que por supuesto no puede ser adquirido por esa entidad en razón de la prohibición contenida en el literal b) del artículo 10 del EOSF, según la cual un establecimiento bancario no puede adquirir y poseer sus propias acciones, salvo que la operación sea necesaria para prevenir pérdidas de deudas previamente contraídas de buena fe. Por tal motivo en el



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1557 Junio de 2010

proceso de fusión planteada dicha inversión de capital pasaría inmediatamente a otros accionistas del Banco y, por ende, no se presentaría ninguna aportación o agregación de valor al patrimonio del mismo, faltando así uno de los elementos característicos de la fusión”

“...dado que el único bien de que dispone la sociedad (...) consiste en un paquete (...) de acciones del Banco (...), esa inversión no podría ser adquirida por el establecimiento bancario por tratarse de una operación prohibida. De esta manera, la fusión sólo sería utilizada como el vehículo a través del cual las acciones en cuestión se transferirían a otros los accionistas del Banco...”

Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia.

Tipo de pronunciamiento: Concepto.

Referencia y fecha: 2010028108-002 del 13 de mayo de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho financiero: datos de los operadores de información y modelos internos de las entidades financieras para aprobación o denegación de solicitudes de créditos.

Problemas Jurídicos

1. ¿Son conceptos análogos los puntos negativos que otorgan las entidades financieras y los reportes negativos dados por los operadores de información, para fines de determinar el riesgo en el otorgamiento de un crédito?
2. ¿Puede la Superintendencia Financiera intervenir en la asignación de los puntos negativos otorgados por una entidad financiera a una persona o en la cuantificación del riesgo que haya resultado conforme a tales?

Síntesis del documento

“Los puntos negativos y los reportes negativos son conceptos diferentes, el primero es el resultado de un modelo de análisis instituido como parte de la evaluación del riesgo de crédito pero que no es reportado a las centrales de información como dato negativo. Las entidades pueden adoptar modelos internos, como por ejemplo el scorings de riesgo que es un mecanismo de calificación cuya base está soportada en técnicas estadísticas y matemáticas y permite llevar a cabo análisis cuantitativos acerca

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

del desempeño del deudor en la atención de los créditos otorgados en el pasado, posibilitando así cuantificar el riesgo que se mide, por lo general, con puntos que representan una calificación”.

Pronunciamientos relevantes

1. Posibilidad de las entidades financieras para implementar modelos internos de cuantificación de riesgo.

“... las entidades financieras, en tanto manejan y administran ahorro del público, están en la obligación de adoptar mecanismos para que el riesgo de crédito esté adecuadamente protegido. En ese orden, deben adoptar un Sistema de Administración de Riesgo Crediticio ‘SARC’¹, el cual contiene los parámetros, principios y criterios mínimos y generales a desarrollar en el marco de la evaluación referida.

Para el cumplimiento del anterior propósito, las entidades pueden adoptar modelos internos, como por ejemplo el scorings de riesgo que es un mecanismo de calificación cuya base está soportada en técnicas estadísticas y matemáticas. Este permite llevar a cabo análisis cuantitativos acerca del desempeño del deudor en la atención de los créditos otorgados en un pasado, posibilitando así cuantificar el riesgo que se mide, por lo general, con puntos que representan una calificación”.

2. Los puntos negativos y los reportes negativos, en la cuantificación de los riesgos crediticios, son diferentes.

“... los puntos negativos y los reportes negativos son conceptos diferentes, el primero es el resultado de un modelo de análisis instituido como parte de la evaluación del riesgo de crédito pero que no es reportado a las centrales de información como dato negativo, como quiera que es un parámetro interno de evaluación de cada entidad. El segundo, obedece al dato negativo, en los términos de la ley de habeas data, que se reporta a los operadores de información como consecuencia de mantener una obligación en mora y cuyo término de permanencia debe estarse a lo referido en el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, sin perjuicio de la observancia del régimen de transición contenido en el artículo 21 de la citada ley”

3. Imposibilidad de la Superintendencia Financiera para intervenir tanto en la asignación de puntos negativos como en la cuantificación del riesgo hecha conforme a ellos.

“... en relación con la asignación de puntos negativos que una entidad (dé) a un potencial cliente, esta Superintendencia (Superintendencia Financiera) carece de facultades para inmiscuirse tanto en el estudio como en la decisión que como resultado de ello se tome, toda vez que las entidades vigiladas gozan de autonomía para conceder créditos acordes con las políticas y estrategias organizadas para administrar adecuadamente el riesgo de crédito”.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

1. Corte Constitucional. Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008. Magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

NOTA INTERNACIONAL

La distribución del riesgo entre distintos aseguradores: Coaseguro y Reaseguro

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de abril de 2010)

RAFAEL LARA GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Pública de Navarra
España*

I. La concurrencia de aseguradoras en la cobertura del riesgo.

El riesgo es un fenómeno consustancial a la vida humana que jurídicamente se encuentra concebido como un elemento esencial del contrato de seguro (ex art. 4 LCS –Ley 50/1980, de 8 de octubre de contrato de seguro-), entendiéndose por aquél “la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial” (por todos, J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 11). La razón última que late a la hora de contratar un seguro no es pues otra que la de anticiparse a las consecuencias dañinas que puede suponer la verificación de un siniestro. En suma, el contrato de seguro se concluye para que una parte indemnice a la otra –o a la persona que ésta designe en concepto de beneficiario- las consecuencias de un evento dañoso.

En este contexto se revela común que los empresarios en cobertura de los riesgos de sus principales activos concierten en el específico mercado financiero contratos de seguro. Siendo en el supuesto que originó la controversia a la que da solución casacional el Alto Tribunal español en su reciente Sentencia de fecha 8 de abril de 2010 (JUR/2010/123412) que, en cobertura de los valores de traspaso de los jugadores de su plantilla, la Real Sociedad de Fútbol S.A.D. tenía contratada con una compañía aseguradora una póliza de seguro que cubría las contingencias de fallecimiento e invalidez permanente de sus jugadores. Así, en época veraniega de fichajes la Real Sociedad contrató a un jugador de fútbol adquiriendo con ello sus derechos federativos (traspaso) y abonando una cantidad equivalente a 3.606.072,63 euros (600 millones de pesetas). El jugador traía una lesión sufrida en la liga de origen consistente en una rotura-desinserción de los isquio-tibiales del muslo derecho, pero dada la previsibilidad de su total curación esta circunstancia no fue óbice para su contratación. La Real Sociedad de acuerdo con las condiciones particulares que tenía pactadas en el contrato de seguro dio

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

de alta al jugador por un capital asegurado coincidente con el precio abonado por su traspaso, poniendo en conocimiento de la aseguradora la lesión que padecía el jugador.

Pocos meses después de su fichaje, el jugador sufrió una nueva lesión con traumatismo consistente en la rotura del músculo cuadrado femoral de la misma pierna derecha, lesión que tras los tratamientos e informes oportunos y necesarios motivó la concesión por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la incapacidad permanente solicitada. La sociedad anónima deportiva requirió en consecuencia a la mercantil aseguradora la cobertura del siniestro y, por ende, el pago de la indemnización correspondiente. Finalmente, es relevante mencionar que en la contratación asegurativa había intervenido, en calidad de mediador, una correduría de seguros por cuyo canal se llevaron a cabo casi todas las comunicaciones en el momento en que se produjo el siniestro.

La compañía aseguradora, en esencia, sustentó su negativa a tal requerimiento de pago en la siguiente cláusula contractual: *“Queda convenido, y así se acepta expresamente por el Tomador de la póliza, que MUSINI –compañía aseguradora- solo estará obligada a hacer frente a las obligaciones contraídas por la presente póliza en caso de siniestro amparado por la misma, una vez recibido de los reaseguradores los importes correspondientes a la parte del riesgo colocado en el mercado del reaseguro a través de WILLIS –correduría de seguros-. Asimismo, esto será de aplicación a aquellos importes que tengan la consideración de pagos parciales o anticipos a cuenta de la indemnización total”*. Sobre la base de dicha cláusula la mercantil aseguradora ha venido entendiendo a lo largo del *iter* litigioso al que, en último término, da respuesta la aludida sentencia del Tribunal Supremo español que nos encontramos ante un contrato de coaseguro, cuestión ésta que nos lleva a analizar sucintamente el referido contrato en relación con el de reaseguro.

No pocas compañías se retraen de operar aisladamente en aquellos ramos de actividad asegurativa en que la probabilidad del daño puede ser muy alta, así como en los supuestos en que son elevadas las potenciales indemnizaciones. La renuncia a cubrir los riesgos, la cobertura de los mismos con cláusulas delimitadoras que excluyen parte de ellos –incluso con límites de responsabilidad y sobreprimas-, o su cobertura de un modo consorcial, en el sentido de pluralidad de aseguradores que juntos asumen el riesgo, son las principales actitudes que adoptan los aseguradores (por todos, A.B. VEIGA COPO, *Tratado del contrato de seguro*, Cizur Menor, 2009, p. 168).

II. El coaseguro.

De entre ellas, la relación jurídica de coaseguro se caracteriza por el reparto de cuotas entre diversos aseguradores y sobre el mismo riesgo, interés y duración del seguro, siendo este tipo usual en la práctica a fin de evitar los inconvenientes de los seguros de riesgos que puedan entenderse particularmente graves. Esto es, para soslayar el gravamen económico de una operación de esta

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

naturaleza se reparte la suma asegurada entre dos o más aseguradores de modo que cada uno de ellos consiga liberarse de un riesgo que pudiera ser de especial importancia para él. Así el párrafo primero del artículo 33 de la Ley de Contrato de Seguro se revela meridianamente claro: *“Cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva”*. Nos encontramos ante un supuesto de obligaciones parciarias o mancomunadas simples del artículo 1138 del Código Civil ya que la deuda queda dividida en tantas partes iguales o proporcionales como deudores haya, siendo distintas unas de otras. Por ende, en el coaseguro no existe solidaridad entre los distintos aseguradores toda vez que cada uno de ellos resultará obligado frente al asegurado exclusivamente por la cuota correspondiente al riesgo que ha asumido. Esta característica esencial del coaseguro llevó a la compañía aseguradora recurrente en casación a sostener a lo largo de la *litis* la existencia de ese tipo contractual, por cuanto de admitirse su tesis, la condición de partes aseguradoras, o mejor dicho coaseguradoras del riesgo, de las demás entidades aludidas en la cláusula contractual como “reaseguradores” conllevaría una considerable minoración de su obligación indemnizatoria.

El coaseguro puede pactarse bien en un contrato único firmado por los diversos aseguradores bien en distintos contratos separados concertados con cada uno de ellos previo acuerdo entre los mismos. Este acuerdo preventivo es precisamente el rasgo que distingue el coaseguro de la pluralidad de seguros separados (seguro múltiple o cumulativo ex art. 32 LCS). En el supuesto que nos ocupa la compañía aseguradora entendía que su entrada en el contrato de seguro se produjo por “invitación” de la correduría de seguros y que su posición jurídica quedó limitada a la de simple “abridora de la póliza” o *fronting* en España, representando sólo un porcentaje del riesgo cubierto. Con esta argumentación, la empresa de seguros estaba pretendiendo encajar su participación en la relación contractual en lo prevenido por el párrafo segundo del propio artículo 33 de la Ley Contrato de Seguro, a tenor del cual: *“No obstante lo previsto en el párrafo anterior, si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, se entenderá que durante toda la vigencia de la relación aseguradora los aseguradores delegados están legitimados para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores”*. De esta manera se produce una relación doble: por un lado, la relación de contrato de seguro entre el tomador y el conjunto de coaseguradores (coaseguro externo) y, por otro, la relación interna o pacto de coaseguro entre estos últimos.

En efecto, en las relaciones de las coaseguradoras con el asegurado o con los terceros suele existir el encargo a favor de una de aquéllas para suscribir los documentos contractuales y pedir el cumplimiento del contrato, quedando legitimado el “asegurador delegado” para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan. Se trata éste de un

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

mandato especial de naturaleza mercantil y carácter colectivo de varios aseguradores a uno de ellos por el que recibe un determinado poder de representación, tanto activa (suscripción de documentos, petición de pago de la prima, informes, etc.) como pasiva (recibir notificaciones, reclamaciones del asegurado, etc.), de forma que el “asegurador delegado” puede vincular con sus actos al resto de los coaseguradores. Ahora bien, este poder de representación, cuya amplitud configuran los coaseguradores con sus pactos internos (ex art. 33 LCS), que nadie cuestiona en el ámbito extraprocésal, no puede extenderse sin más al ámbito procesal, de modo que el “asegurador delegado” asuma la legitimación pasiva para responder dentro de un proceso no sólo de su cuota sino también de la de los restantes coaseguradores por el mero hecho de su nombramiento. Claro está que la representación sustantiva no es óbice alguno para que también pueda ser procesal, pero debe pactarse o inferirse de la cláusula de coaseguro y sin que ello altere el régimen de la obligación ni, por tanto, de la responsabilidad por cuotas. En todo caso, el asegurado o el tercero que accionase en virtud de un contrato de coaseguro no podrá obtener el resarcimiento íntegro dirigiéndose exclusivamente contra el “asegurador delegado”, pues éste sólo responde de su cuota. Por el contrario, aquél debiera dirigir su demanda frente a todas las compañías coaseguradoras, salvo que la delegada ostentase asimismo representación procesal por sustitución.

En esta línea argumentativa, es preciso recordar que, en un primer momento, el propio Tribunal Supremo español admitió sin más y por el solo hecho de su nombramiento la legitimación pasiva del “asegurador delegado” para soportar las demandas o reclamaciones judiciales tanto en lo que, normalmente, como asegurador mayoritario debe asumir como en el de los coaseguradores que represente [SSTS de 23 de octubre de 1991 y 31 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2317), también desde la doctrina *vid.* J.M. MUÑOZ PAREDES, *El coaseguro*, Madrid, 1996, *passim*, pero especialmente, por lo que respecta al coaseguro en el proceso, pp. 369 y siguientes]. Sin embargo, con posterioridad, partiendo del carácter mancomunado de la obligación asumida por la entidad coaseguradora, ha excluido tanto el litis consorcio pasivo necesario como la representación procesal del “asegurador delegado” de las restantes coaseguradoras por el mero hecho de suscribir la cláusula de coaseguro, admitiendo sólo la extensión de la representación extrajudicial al campo procesal cuando así se pacte expresamente o se infiera de los términos de aquella [SSTS de 23 de junio de 1999 (RJ 1999, 4485), 25 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8282) y 30 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2313)].

Asimismo, respecto del coaseguro, conviene poner de relieve que la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, añadió a la Ley de Contrato de Seguro un artículo 33 a) que regula el “coaseguro comunitario” –proveniente de la Directiva 78/473, de 30 de mayo-, teniendo la calificación de comunitario el coaseguro cuando: dé lugar a la cobertura de uno o más riesgos de los definidos en el artículo 107.2 de la referida ley; participen en la cobertura del riesgo varias aseguradoras teniendo todas ellas su domicilio social en alguno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, y siendo una de ellas abridora de la operación; que se haga mediante un único contrato, referente al mismo interés, riesgo y tiempo y con reparto de cuotas determinadas entre varias aseguradoras, sin que exista solidaridad entre ellas, de forma que cada una solamente estará obligada al pago de la

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

indemnización en proporción a la cuota respectiva; que cubra riesgos situados en el Espacio Económico Europeo; que la aseguradora abridora, esté o no domiciliada en España, se encuentre habilitada para cubrir la totalidad del riesgo conforme a las disposiciones que le sean aplicables; que al menos uno de los coaseguradores participe en el contrato por medio de su domicilio social o de una sucursal establecida en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo distinto del Estado de la aseguradora abridora; y que la abridora asuma plenamente las funciones que le corresponden en la práctica del coaseguro.

Y es meridianamente claro que en el supuesto que da origen a la controversia de las partes no existía un coaseguro, como pretendía hacer valer la empresa aseguradora a lo largo del litigio. La sociedad anónima deportiva en calidad de tomador del seguro exclusivamente contrató con la mercantil aseguradora demandada, apelante y recurrente en casación y no así con otras entidades aseguradoras. Partiendo, pues, de la inexistencia de la relación pretendida por la entidad recurrente se hace necesario realizar las siguientes puntualizaciones a los efectos de continuar clarificando la posición de las partes en el contrato, así como las relaciones habidas entre la entidad aseguradora y las demás entidades. Lisa y llanamente no existe relación jurídica alguna entre el tomador y las entidades asegurativas distintas de la recurrente, sino que nos encontramos, de un lado, ante un contrato de seguro entre las partes procesales en la *litis* y, de otro, ante un contrato de reaseguro entre la propia mercantil aseguradora y las otras entidades.

III. El reaseguro: las cláusulas de pago simultáneo al asegurado de la compañía reasegurada.

El reaseguro, al igual que el coaseguro, es una técnica de distribución del riesgo, pero mientras el coaseguro es una técnica de distribución horizontal el reaseguro se muestra gráficamente vertical. Efectivamente, mientras en el coaseguro los distintos aseguradores contratan con el tomador, en el reaseguro el riesgo es asumido por un solo asegurador que, a su vez, contrata con otra compañía sin que concurra la voluntad del tomador, para que aquélla cubra el daño que, en su caso, sufra su patrimonio en el supuesto de que tuviera que pagar la indemnización del primer seguro. El reaseguro es, en definitiva, un seguro de daños y, sin embargo, el coaseguro supone una forma de suscribir cualquier tipo de seguro (en este sentido, J. BATALLER GRAU; N. LATORRE CHINER; J. OLAVARRÍA IGLESIA, *Derecho de los seguros privados*, Madrid-Barcelona, 2007, p. 355).

Así, a tenor del párrafo primero del artículo 77 de la Ley de Contrato de Seguro “*Por el contrato de reaseguro el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro*”. En la estructura jurídica completa del reaseguro existen, por lo tanto, dos contratos de seguro que cubren dos riesgos distintos: a modo de presupuesto el contrato de seguro originario que puede cubrir cualquier tipo de riesgo y tratarse por ello de un seguro de daños o de un seguro de personas porque en ambos casos puede surgir en el patrimonio

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

del asegurador reasegurado la deuda que va a cubrir el segundo contrato de seguro o reaseguro que tiene como específica finalidad cubrir aquella deuda, tratándose, como puede apreciarse, de un seguro de daños neutro respecto al riesgo que cubre el seguro directo que reasegura (así A.J. TAPIA HERMIDA, *Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, Cizur Menor, 2006, pp. 237 y 238). El contrato de reaseguro, de facto que no *de iure*, se caracteriza por su internacionalidad, como da buena muestra de ello el supuesto que venimos analizando. Además, en el marco del concreto contrato de reaseguro no existe problema alguno de litisconsorcio pasivo necesario para el asegurado demandante, puesto que “*El pacto de reaseguro interno, efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores, no afectará al asegurado, que podrá, en todo caso, exigir la totalidad de la indemnización a dicho asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los reaseguradores, en virtud del pacto interno*” (art. 77, párrafo segundo LCS). Por otra parte, al tratarse el contrato de reaseguro de un contrato celebrado entre profesionales del propio mercado financiero asegurativo, adquiere un papel fundamental la autonomía de la voluntad como se atestigua normativamente en el artículo 79, en relación con el 2, de la propia Ley de Contrato de seguro, por cuanto dispone expresamente que esta ley no resulta imperativa para el reaseguro.

No conviene olvidar tampoco la autonomía que existe entre las relaciones de seguro y reaseguro. En efecto, un rasgo definitorio del reaseguro es el de su incomunicación con el contrato de seguro que le sirve de base; es decir, aquel cuyo riesgo es “cedido” al reasegurador. La consecuencia lógica de esta separación reside en que el asegurado que se encuentra vinculado con la compañía aseguradora-reasegurada carece de acción directa contra el reasegurador (ex art. 78.1 LCS), por lo que tras el siniestro el asegurado sólo podrá dirigir su acción contra su asegurador. No obstante, se ha observado en la práctica la incorporación de cláusulas en las que se diluye esta comunicación, no siendo infrecuentes las cláusulas que permiten el recurso directo contra el reasegurador (*cut through clauses*), las cláusulas de control que permiten al reasegurador fiscalizar al asegurador, o las cláusulas de pago simultáneo que condicionan el pago de la indemnización al asegurado a que el asegurador haya cobrado del reasegurador (J. BATALLER GRAU; N. LATORRE CHINER; J. OLAVARRÍA IGLESIA, *Derecho de los seguros privados*, cit., p. 356). Precisamente una cláusula de este último tipo es la ya reproducida *ut supra* a cuyo tenor: “*Queda convenido, y así se acepta expresamente por el Tomador de la póliza, que MUSINI –compañía aseguradora- solo estará obligada a hacer frente a las obligaciones contraídas por la presente póliza en caso de siniestro amparado por la misma, una vez recibido de los reaseguradores los importes correspondientes a la parte del riesgo colocado en el mercado del reaseguro a través de WILLIS –correduría de seguros-. Asimismo, esto será de aplicación a aquellos importes que tengan la consideración de pagos parciales o anticipos a cuenta de la indemnización total*”.

Las cláusulas que imponen el pago simultáneo (*simultaneous payment clauses*) se consideran lesivas para los intereses del asegurado, y de dudosa licitud aún en el supuesto de que fueran aceptadas por éste, y ello por aplicación de los artículos 2 y 3 de la Ley de Contrato de Seguro (claramente, P. PORTELLANO DíEZ, *El reaseguro: nuevos pactos*, Cizur Menor, 2007, pp. 164 y 165).

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1557 Junio de 2010

Pero se admiten por parte de un sector doctrinal en los contratos de seguros relativos a grandes riesgos, por aplicación de los artículos 44.2 y 107.2 de la Ley de Contrato de Seguro (cfr. en relación con este seguro de daños M. BROSETA, *El contrato de reaseguro*, Madrid, 1961, AA.VV., *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Madrid, 1997, en especial el trabajo de F. SÁNCHEZ CALERO, “El reaseguro en la Ley española de contrato de seguro”, pp. 71 y siguientes, M^a C. HILL PRADOS, *El reaseguro*, Barcelona, 1995, y J.A. BENITO RIVERO, *El reaseguro*, Madrid, 2001). Ahora bien, en mi opinión, la reproducida cláusula de pago simultáneo que condiciona el abono de la indemnización al asegurado a que el asegurador haya cobrado a su vez del reasegurador se sitúa palmariamente en el ámbito de las “relaciones internas” del asegurador con el reasegurador o reaseguradores y debe quedar extramuros del asegurado, por ser la misma una cláusula contraria a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 77 de la Ley de Contrato de Seguro, en tanto que *“El pacto de reaseguro interno, efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores, no afectará al asegurado, que podrá, en todo caso, exigir la totalidad de la indemnización a dicho asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los reaseguradores, en virtud del pacto interno”*.