# BOLETÍN
# COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

NO. 1573

MAYO, 2014

## Junta Directiva


Presidente
Jorge Oviedo Albán

Vicepresidente
Luz Helena Mejía Perdigón

Vocales Principales
Alejandro Páez Medina
Ernesto Rengifo García
Luis Fernando Henao Gutiérrez
Edgar Iván león Robayo

Vocales suplentes
Adolfo Palma Torres
Tulio Cárdenas Giraldo
Alberto Zuleta Londoño
Gustavo Cuberos Gómez

Comisarios de Cuentas
Camilo Escobar Mora

Juan Fernando Córdoba

Representantes Expresidentes
Carlos Humberto Jaimes Yañez

Jaime Humberto Tobar Ordóñez


© 2014 Colegio de Abogados Comercialistas


ISSN: 2339 - 3351

Bogotá - Colombia
Director: Jorge Oviedo Albán
Coordinación editorial y diagramación: Juliana García Ortiz y Maria del Mar Jaramillo.
Grupo editorial: Alejandra Ortiz Vivero; Carlos Alberto Buitrago; Juan Santiago Cortés; estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

# ÍNDICE

**EDITORIAL**
Jorge Oviedo Albán
Presidente del Colegio de Abogados Comercialistas p. 1

**NOVEDADES DE INTERÉS JURÍDICO**
Proceso verbal, Superintendencia de Sociedades: nulidad absoluta por causa ilícita (Art. 24 del CGP) y capitalización abusiva de sociedades.
*Alejandra Ortiz.* p. 3

Concepto, Superintendencia de Sociedades: criterios para evaluar si una publicidad resulta engañosa
*Alejandra Ortiz.* p. 9

Concepto, Superintendencia de Sociedades: transformación de sociedad en comandita a SAS.
*Maria del Mar Jaramillo.* p. 11

Resolución Superintendencia de Industria y Comercio: por publicidad engañosa, Superindustria formula Pliego de Cargos a DUNKIN DONUTS.
*Maria del Mar Jaramillo.* p. 13

Resolución, Superintendencia de Industria y Comercio: por cobrar contenidos y aplicaciones sin la aceptación de sus usuarios, Superindustria multa a CLARO, MOVISTAR y TIGO.
*Maria del Mar Jaramillo.* p. 15

**NOVEDADES JURISPRUDENCIALES**
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 15 de noviembre de 2013: alcance del contrato de prestación de servicios médicos para la realización de procedimiento estético.
*Carlos Alberto Buitrago.* p. 17

Sentencia de la Corte Constitucional, C-237 de 2014: se declara exequible el artículo 1, inciso 2 parcial, de la Ley 1258 de 2008, "por medio del cual se crea la sociedad por acciones simplificada".
*Juan Santiago Cortés Andrade* p. 21

Sentencia de la Corte Constitucional, C-170 de 2014: se declara exequible la norma del Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional que vincula de manera automática al proceso arbitral al garante de obligaciones derivadas de un contrato que contiene cláusula compromisoria.
*Laura Juliana García* p. 25

Sentencia de la Corte Constitucional, C-934 de 2013: exequibilidad condicionada de expresiones del Decreto que expide el Código de Comercio, que contemplan la anulabilidad de un negocio jurídico que haya sido consentido por error, fuerza o dolo.
*Maria del Mar Jaramillo* p. 27

**BIOGRAFÍA**
Ramón Madriñán de la Torre. p. 31

# EDITORIAL

Pensando en contribuir a la difusión y discusión de los temas de actualidad jurisprudencial, legislativa y doctrinal, desde este número el BOLETÍN DEL COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS procurará publicarse con periodicidad mensual. Para ello, contamos con un destacado equipo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, al que esperamos se sumen estudiantes de las Facultades de Derecho que han venido apoyando las actividades del Colegio así como también de los colegiados que siempre tienen a su disposición las páginas de éste medio para plasmar sus opiniones sobre temas de interés para nuestros miembros.

Vale la pena destacar que aparece este nuevo número del Boletín, en el marco de nuestro IV CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMERCIAL, a realizarse durante los días 26 y 27 de mayo de 2014, en el que la Junta Directiva, como ya es habitual en nuestros congresos, ha decidido rendir un sincero homenaje de gratitud a los colegiados GILBERTO PEÑA CASTRILLON, FABIO SILVA TORRES y GUILLERMO SARMIENTO RODRÍGUEZ, por el apoyo que durante años han brindado al Colegio. Esta institución no existiría sin la decidida y desinteresada colaboración de quienes como ellos, han creído en la necesidad de que el país cuente con Colegio de Abogados, que aporte al desarrollo del Derecho Comercial.

Además, tenemos el gusto de presentar a los colegiados la nueva página del Colegio: http:///www.abogcom.org.co, que no solamente cuenta con una renovada imagen, sino también con espacio en el que publicaremos videos de tertulias y conferencias, además de los boletines, estudios y jurisprudencia de interés general. Adicionalmente, nos complace

comunicarles que hemos celebrado un contrato con NOTINET de manera que en el espacio "biblioteca" de nuestra página de internet, los colegiados podrán acceder al servicio de búsqueda virtual de jurisprudencia, legislación y demás recursos de utilidad para su ejercicio profesional e investigación académica.

En próximos días les haremos llegar la clave de acceso para que desde cualquier lugar puedan disfrutar de este nuevo servicio que nos presta NOTINET. De esta manera, mediante la organización de nuestro CONGRESO INTERNACIONAL, la tertulias mensuales, el boletín y apoyados ahora en las herramientas que nos brinda la tecnología, buscamos ser fieles al objeto para el cual se constituyó nuestro Colegio, que no es otro sino el estudio de los asuntos jurídico comerciales, el fomento y estímulo a las investigaciones sobre dicha materia

JORGE OVIEDO ALBÁN
Presidente

## Superintendencia de Sociedades

### Proceso verbal No. 2012-801-029.
### Nulidad absoluta por causa ilícita (Art. 24 del CGP) y capitalización abusiva de sociedades

Por: Alejandra Ortiz Vivero

PRETENSIONES Y CONTESTACIÓN: De acuerdo con la demandante, se llevó a cabo una capitalización abusiva, ya que la reunión por "derecho propio" celebrada el 2 de abril de 2012 fue utilizada para tomar decisiones cuya finalidad era diluir a CAHC, hubo un exceso en los límites del contrato social y causa ilícita en dicha capitalización, por lo tanto adolece de nulidad absoluta.

La parte demandada contestó aduciendo que las decisiones adoptadas eran conformes a derecho y a los estatutos de la sociedad y también argumentó que es posible tomar el control de una sociedad vía capitalización, en la medida que dicha capitalización favorezca a la sociedad y no perjudique económicamente a los accionistas.

HECHOS: El Despacho analizó la creación de CAH COLOMBIA S.A, las negociaciones hechas por los accionistas de dicha sociedad y finalmente menciona los hechos que se dieron en la reunión por derecho propio celebrada el 2 de abril de 2012, la cual es el objeto principal del litigio.

1. CREACIÓN DE CAH COLOMBIA S.A: Entre la sociedad OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A (hoy AIRPLAN S.A), cuyo representante legal es el señor MARIO PINZON BOHORQUEZ y a la sociedad CAPITAL AIRPORTS HOLDING COMPANY, en calidad de operador de aeropuertos, se creó la sociedad CAH COLOMBIA S.A para el desarrollo de un contrato de concesión adjudicado por la

Aerocivil. El porcentaje de participación de CAHC sobre CAH COLOMBIA S.A era del 52%, quedando en señor PINZON, directa o indirectamente con el 48% de participación restante sobre la misma, además se determinó la composición de la Junta Directiva de CAH COLOMBIA S.A, quedando integrada por dos representantes chinos y tres colombianos.

2. LAS NEGOCIACIONES ENTRE MARIO PINZON Y CAHC: Durante la vigencia de CAH COLOMBIA S.A, el señor PINZON y una filial de CAHC suscribieron un memorando de entendimiento, documento a través del cual las partes se comprometían a fortalecer sus lazos, obligándose el señor PINZON a proporcionar servicios de mercadeo y planeación financiera, y la filial BEIJING CAPITAL INTERNATIONAL AIRPORT CO. LTD se obligó a prestar servicios de asistencia técnica, dejando claro que no haría aportes de capital. Ante la manifestación de los inversionistas chinos de no hacer más aportes de capital a CAH COLOMBIA S.A, el señor PINZON ofreció vender la totalidad de sus acciones en CAH COLOMBIA S.A. Lo anterior se vio seguido por la constante manifestación de los inversionistas chinos de su intención de continuar asociados con el señor PINZON, mientras que este último propuso vender sus acciones o escindir la compañía.

Finalmente, el 28 de octubre de 2011 CAHC decidió liquidar la totalidad de sus inversiones en Colombia, proponiendo varias alternativas para la disolución del vínculo societario, dentro de las cuales estaba enajenar su parte a un nuevo operador portuario, un tercero que cumpliera con la calidad que le hacía falta al señor PINZON para el cumplimiento del contrato de concesión.

3. LA CAPITALIZACIÓN DE CAH COLOMBIA S.A - EL OBJETO DEL LITIGIO: el 2 de abril de 2012 se celebró una reunión por derecho propio de la Asamblea General de Accionistas de CAH COLOMBIA S.A, los accionistas presentes fueron MARIO PINZON y AZZARO INTERNACIONAL S.A (ésta última de propiedad del señor Pinzón), reuniendo entre ellos el 47,92% de participación. En esta reunión, se aprobó una reforma estatutaria para aumentar el capital

autorizado de la sociedad, se cambió la composición de la Junta Directiva (dejando por fuera a los miembros chinos) y se autorizó una emisión primaria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia. La única destinataria de la oferta de suscripción de acciones era AZZARO INTERNACIONAL S.A.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. CAPITALIZACIÓN ABUSIVA: en este tema, el Despacho utilizó jurisprudencia tanto nacional como internacional, así como también los planteamientos de importantes doctrinantes para llegar a la conclusión de que el derecho al voto no puede convertirse en un instrumento para perjudicar a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados. Argumentó que para controvertir la utilización irregular del derecho al voto se debe probar que el voto le causó perjuicios a la compañía o a algún accionista, o que sirvió para obtener una ventaja injustificada. En segundo lugar, se debe probar que el derecho al voto fue ejercido con el propósito de generar efectos ilegítimos. Definió la capitalización abusiva como un aumento del capital suscrito con el propósito primordial de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones en circulación, lo cual efectivamente sucedió en este caso, ya que el porcentaje de participación de CAHC pasó del 52% al 44.90%, mientras que el de AZZARO INTERNACIONAL S.A pasó del 47.88% al 55%.

Con base en la jurisprudencia antes mencionada, se hace énfasis en que aunque la capitalización sea necesaria, esta no puede ser usada para diluir la participación de otros accionistas, lo cual sí sucede en este caso.

2. ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS REQUERIDOS PARA QUE SE CONFIGURE UNA CAPITALIZACIÓN ABUSIVA

a. Efectos de las decisiones controvertidas: las decisiones aprobadas en la reunión por derecho propio del 2 de abril de 2012 tuvieron como efecto la transferencia del control accionario sobre dicha compañía.

Para saber sí las decisiones le causaron un perjuicio a CAHC se alude al concepto de la PRIMA DE CONTROL, la cual no es más que el derecho de los accionistas de exigir el pago de una prima por vender su participación mayoritaria, como contraprestación por la transferencia del control de una sociedad.

Para el Despacho, el perjuicio es evidente en este caso ya que la capitalización ordenada en la reunión, en la cual se le vendieron las acciones a AZZARO INTERNACIONAL S.A, despojó a CAHC de su porcentaje mayoritario en CAH COLOMBIA S.A sin que le haya sido cancelada la correspondiente prima de control.

b. Móviles que llevaron a la capitalización de CAH COLOMBIA S.A: a pesar de ser evidente el perjuicio del literal anterior, este no es suficiente a menos que se acredite un propósito que excedía la finalidad del derecho a votar en favor o en contra de una determinación. Para determinar ese propósito, se toma como indicio la existencia de un conflicto intrasocietario, ya que el surgimiento de una disputa puede incrementar de manera considerable los incentivos que tienen los accionistas para aprobar decisiones que los favorezcan exclusivamente. De acuerdo con las pruebas del caso, sí existieron diferencias fundamentales que no fueron resueltas antes de la reunión por derecho propio objeto del litigio, situación que no puede convalidar el despojo forzoso de la mayoría accionaria que detentaba CAHC.

3. EL PATRÓN DE CONDUCTA DE AZZARO INTERNACIONAL S.A Y MARIO PINZON BOHORQUEZ: Las necesidades de liquidez de la compañía no son suficientes para justificar la capitalización que despojó a CAHC de su bloque mayoritario, hubo un rechazo implícito por parte del señor PINZON a las diferentes soluciones propuestas por CAHC para mejorar la liquidez, por cual el argumento de la necesidad carece de sustento. Adicionalmente, la capitalización se hizo sin sujeción al derecho de preferencia con el fin de permitir que AZZARO INTERNACIONAL S.A fuera la única suscriptora de las acciones emitidas. Al levantar la sujeción al derecho de preferencia, CAHC fue privada de la posibilidad de decidir

si participaba o no en la capitalización.

Finalmente, se considera que aunque la modificación hecha en la Junta Directiva en principio se ajusta a derecho, ésta se utilizó para poder aprobar la capitalización sin tener que enterar a CAHC. De no haber sido cambiada la composición de la Junta Directiva, hubiese sido indispensable convocar a los miembros chinos a la reunión para aprobar la emisión de acciones.

CONCLUSIÓN

A pesar de las conclusiones anteriores, la demanda presenta los siguientes defectos procesales:

El demandante solicitó la nulidad absoluta de las decisiones sociales que dieron lugar a la disolución de CAHC alegando que hay causa ilícita en tales decisiones. En síntesis, el abuso del derecho no es el fundamento de demanda, es el exceso del contrato social y la causa ilícita la base de la declaratoria de nulidad.

El error está en que el demandante no explicó los fundamentos de la causa ilícita para impugnar la capitalización abusiva a la luz del artículo 1741 del Código Civil. Por su parte, el demandado sí presentó razones para desvirtuar la causa ilícita como causal de nulidad absoluta, diciendo que para que haya causa ilícita el negocio jurídico debe ser contrario a la ley lo cual, en principio, no sucede en este caso.

Finalmente, a pesar de que el Despacho encuentra probada la causa ilícita, no puede decretar de oficio la nulidad absoluta de la capitalización que diluyó a CAHC con fundamento en la figura del abuso del derecho de voto, ya que de hacerlo así, violaría el derecho de contradicción de la parte demandada.

Por las razones expuestas en este acápite, el Despacho se ve obligado a desestimar las pretensiones formuladas en la demanda y condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

## Superintendencia de Sociedades

### Concepto Jurídico 006445 de 25 de febrero de 2014
### Criterios para evaluar si una publicidad resulta engañosa.

Por: Alejandra Ortiz Vivero

La información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan, deber estar conforme con la realidad que de éstos se busca transmitir. En tal sentido, resulta indispensable conocer a fondo la realidad del producto al que se refiere la publicidad, para así poder determinar si las promesas y el "reason why" en el que éstas se soportan, son ciertos y comprobables. Si al enfrentar el mensaje con la realidad objetiva se concluye que éstas no concuerdan, se tendrá que el mensaje es literalmente falso y por regla general engañoso.

## Superintendencia de Sociedades

### Concepto 220-025661 de 19 de febrero de 2014
### Transformación de sociedad en comandita a SAS.

Por: Maria del Mar Jaramillo

La Superintendencia de Sociedades emitió un concepto basado en el cuestionamiento sobre el porcentaje de acciones que debe recibir cada socio gestor cuando se quiere transformar una sociedad en comandita, a sociedad por acciones simplificadas (SAS), teniendo en cuenta que el mismo no posee la calidad de socio comanditario a la vez.

Esta entidad explicó las características que definen la calidad de socios y la forma como se compone el capital social en las sociedades en comandita, para exponer los presupuestos que permitirán llevar a cabo la transformación, atendiendo al artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, el cual reza que "*cualquier sociedad puede transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados.*

Aun cuando las sociedades en comandita se caracterizan por tener una naturaleza mixta (socios gestores y socios comanditarios) se entiende que, a pesar de los derechos y obligaciones que ya les corresponden, pueden efectuar de igual manera aportes de capital, conforme el artículo 325 del Código de Comercio. Así, el asociado recibirá a su favor el número de acciones a que haya lugar, dependiendo de la contraprestación que se realice y según las condiciones que hayan estipulado en los estatutos, discriminando los valores aportados por cada socio.

Así mismo, es importante tener en cuenta que

aquellas obligaciones adquiridas por los socios con anterioridad a la disolución de la sociedad en comandita para su posterior transformación a SAS, no se verán afectadas; conforme al artículo 169 del Código de Comercio.

## Superintendencia de Industria y Comercio

### Resolución 28727 de 2014
### Por publicidad engañosa, Superindustria formula Pliego de Cargos a DUNKIN DONUTS.

Por: Maria del Mar Jaramillo

La Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), mediante resolución 28727 de 2014, formuló pliego de cargos a DONUCOL S.A. -DUNKIN DONUTS-, por el presunto incumplimiento a la oferta que anunció llamada: "*Reiníciate todos los Martes Paga 6 Donuts, lleva 12*", ya que cobró precios superiores por las seis donuts que se publicaban en la oferta.

La cadena multinacional de franquicias de tipo cafetería, habría cobrado un valor de dieciséis mil doscientos pesos ($16.200.oo), por seis (6) donuts, para recibir doce (12) en promoción, cuando el precio regular de las mismas seis (6) donuts, era de doce mil pesos ($12.000.oo), por lo que se estaba cobrando cuatro mil doscientos pesos de más ($4.200.oo).

La decisión se adoptó basándose en la presunta violación de los artículos 29, 30 y 33 de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor-, para proteger a los consumidores de verse inducidos en error o engaño.

Si se llegare a declarar la efectiva violación del Estatuto del Consumidor, la SIC podría imponer sanciones de hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV), entre otras sanciones.

## Superintendencia de Industria y Comercio

### Resolución 2014
### Por cobrar contenidos y aplicaciones sin la aceptación de sus usuarios, Superindustria multa a CLARO, MOVISTAR y TIGO

Por: Maria del Mar Jaramillo

Movistar, Comcel y Tigo, fueron sancionados por la Dirección de Investigaciones de Protección a Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), por facturar y cobrar contenidos y aplicaciones sin contar con la aceptación de sus usuarios. Las multas ascendieron a un total de dos mil cuatrocientos millones de pesos ($2 mil 400 millones) aproximadamente.

La investigación inició en septiembre de 2013, debido a numerosas quejas que presentaron los usuarios de las empresas de telefonía móvil, atribuidas al presunto cobro irregular de servicios adicionales.

Por esta razón, la SIC, conforme al artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 –Ley de las Tecnologías de la información y las Comunicaciones TIC- anunció que los operadores sólo podrán enviar las ofertas para el consumo de contenidos, cuando los usuarios así lo soliciten. Adicionalmente, tendrán que informarles de manera periódica a los consumidores, la posibilidad de cancelar todas las suscripciones a contenidos y aplicaciones vigentes, con el sólo envío de un mensaje de texto SMS.

Las instrucciones son de cumplimiento inmediato y contra ellas no procede ningún recurso.

## Corte Suprema de Justicia

### Sentencia del 5 de noviembre de 2013, Sala de Casación Civil
### Alcance del contrato de prestación de servicios médicos para la realización de procedimiento estético.

Por: Carlos Alberto Buitrago.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció respecto a la aplicación de los artículos 1603 y 1620 del Código Civil para determinar el alcance del contrato de prestación de servicios médicos para la realización de procedimiento estético.

En el litigio en estudio por la Corte, se enfrentaban la usuaria de un servicio médico estético en contra del galeno que la atendió y posteriormente realizó una cirugía de "Levantamiento facial" y de " Abdominoplastia" mediante las cuales prometía con la primera nombrada, "el rejuvenecimiento de los tejidos de la cara", y con la segunda cirugía "un retiro del tejido graso sobrante para contornearle el torso". Luego de realizada la cirugía la paciente sufrió ciertos padecimientos como una parálisis facial periférica, una tumoración en su cuello, parestesias y otras dificultades de salud que se enuncian en la sentencia.

Debido a estos daños ocasionados, según la actora, por el médico quien realizó la cirugía, decidió acudir a la jurisdicción civil con las pretensiones de declarar civilmente responsable al galeno por la totalidad de daños y perjuicios ocasionados. Así mismo solicitó a título de indemnización que se le paguen perjuicios de orden material siendo estos el daño emergente y el lucro cesante, así como los de orden inmaterial aludiendo a estos como los perjuicios morales, estéticos,

fisiológicos o de vida de relación.

El médico a través de su representante legal, se opuso a las pretensiones y se pronunció sobre los hechos de manera distinta y así mismo solicitó se reconociera oficiosamente cualquier excepción que resultara probada.

En la sentencia del Juez del Circuito de Valledupar, se negaron las pretensiones propuestas por la demandante, se acogieron las excepciones presentadas por el demandado y se condenó a la parte actora a las costas del proceso, como quiera que no encontró acreditado el daño cuya reparación la demandante perseguía.

En segunda instancia se confirmó la sentencia. El Tribunal, luego de hacer una diferenciación entre la responsabilidad contractual y extracontractual, llegó a la conclusión de que el caso encajaba perfectamente en una relación contractual, toda vez que se firmó un contrato de prestación de servicios.

De igual forma estableció que a pesar de ser una cirugía estética, las obligaciones del médico que del contrato emanaban, eran de medio, más no de resultado, de lo cual se genera la obligatoriedad de probar la responsabilidad por el daño sufrido, en cabeza del demandante y que el demandado únicamente deberá probar la diligencia y cuidado en su actuar.

El tribunal aseguró que si se presentó un daño en la paciente, el cual fue debidamente probado y confirmado, pero que aún así a través de la copia de la historia clínica presentada ante el tribunal y de testimonios de otros cirujanos especialistas, se pudo determinar que nunca hubo actos negligentes o imprudentes por parte del cirujano, lo cual llevarían a una contundencia en la prueba de diligencia y cuidado por parte del galeno, que desatarían en que el Tribunal considerara que en el caso, adolece un elemento fundamental de la responsabilidad denominado la culpa, por lo que se quebranta la estructura de la responsabilidad civil contractual y decide entonces confirmar la sentencia en primera instancia, dejando así exento de ser llamado responsable civilmente al cirujano.

En casación, la Corte Suprema de Justicia estudió lo concerniente a establecer si la

obligación adquirida por el cirujano, había sido de medio o de resultado, y para la Corte es claro que en ocasiones puede presentarse que la obligación del médico sea de resultado, cuando éste rectifique y confirme antes del tratamiento o cirugía, cuales serán los resultados esperados, pero en dado caso que el galeno no confirme verazmente cuales serán los resultados, se entenderá que se trata de una obligación de medio, aún así tratándose de una cirugía con únicos fines estéticos.

La Corte estableció entonces que aunque se haya denominado a la cirugía como de "rejuvenecimiento facial" ello, per se, no significa que el galeno se haya comprometido específicamente al resultado que la paciente demanda, toda vez que no se encontrase certidumbre de que el compromiso del cirujano hubiera poseído esa magnitud.

Debido a esta razón, encontró la corte que no hubo ningún yerro por parte del ad quem, en cuanto a la apreciación de denominar a esta obligación como de medio, puesto que la entonces demandante no comprobó directamente la aceptación del cirujano en obtener un resultado específico después de la cirugía, lo que lleva a concluir a la Corte que efectivamente se encontraba el contrato de prestación de servicios médicos bajo una obligación meramente de medio, lo que seguidamente conlleva a que el galeno únicamente debió probar diligencia y cuidado en su actuar y que es la demandante quién debió probar la culpa para este caso.

Posteriormente la Corte pasó a estudiar el segundo cargo propuesto por la demandante, en el cual se solicita la correcta apreciación de las pruebas testimoniales por parte de los médicos citados ante el juzgado, y luego de que la corte recordará cada uno de los testimonios presentados por los médicos, decide optar por casar la sentencia, toda vez que puede denotarse fácilmente un yerro en la apreciación de dichas pruebas por parte del Tribunal, ya que las declaraciones por los expertos en salud, divagaban en ciertos puntos, no eran totalmente similares sus declaraciones, las consecuencias que describían en las cirugías de "Lifting Facial" eran distintas y hasta en algunos casos los médicos evadían las preguntas realizadas, respondiendo temas diferentes a los preguntados.

Por ende, para la Suprema Corte, es totalmente errado que el Tribunal al inferir que el conjunto de testimonios pudiese llegar a constituir una evidencia suficiente de diligencia y cuidado del demandado, y que como consecuencia de esto, el galeno que realizó la cirugía fuese declarado exento de toda responsabilidad, constituye sin duda un erro de hecho por suposición, ya que en palabras de la Corte:

"Como quiera que del contenido objetivo de los analizados testimonios, examinados individualmente y en conjunto, no aflora que ese haya sido el genuino alcance de tales probanzas".

Esta razón es suficiente para decidir casar dicha sentencia, pero previamente a decidir sobre la sentencia sustitutiva, la corte dictaminó la práctica de pruebas como examen físico de la demandante para poder delimitar si la cirugía realizada fue desarrollada con la debida observancia de los protocolos científicos, si la demandante en la actualidad padece algún traumatismo físico y demás consecuencias médicas. Así mismo se solicitó una ampliación del testimonio de un galeno experto en oftalmología para determinar el alcance del síndrome del "ojo seco" padecido por la demandante.

El proceso se encuentra a espera de resultados de pruebas solicitadas para así realizar dicha sentencia sustitutiva.

## Corte Constitucional

Sentencia C-237 de 2014.
Se declara exequible el artículo 1, inciso 2 parcial, de la Ley 1258 de 2008, "por medio del cual se crea la sociedad por acciones simplificada".

Por: Juan Santiago Cortés Andrade

El ciudadano Carlos Andrés Rodríguez Schrader demandó la expresión *laborales* contenida en el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada. La norma consagra la limitación de la responsabilidad del o los accionistas frente a acreencias laborales y de cualquier otra naturaleza, salvo lo previsto en el art. 42 de la misma ley.

A juicio del demandante, la expresión acusada era contraria al orden constitucional vigente por dos razones principales: por desconocer el derecho al trabajo y los principios constitucionales del ámbito laboral y un orden económico justo; y en segundo lugar, por desconocer el derecho a la igualdad de quiénes son y serán empleados de esta forma societaria.

Respecto del primer cargo, el ciudadano consideró que al momento de liquidarse la sociedad, los accionistas sólo responderán frente a acreencias laborales hasta el monto de sus respectivos aportes, salvo los eventos de fraude; por tanto, si el patrimonio de la sociedad es insuficiente a pesar de tener dichas acreencias un régimen favorable de prelación de créditos, no serán pagadas y afectarán gravemente a los trabajadores.

En relación al segundo cargo, el demandante estimó que la expresión acusada conllevaba una discriminación, al igualar dos situaciones que son distintas, tal como son las acreencias laborales frente a otro tipo de acreencias.

A su juicio, los acreedores laborales tendrían la misma condición de los demás acreedores, sin considerar la importancia y especificidad de sus derechos.

La Corte, en primer lugar, advirtió que actualmente existe cosa juzgada constitucional frente al primer cargo, dado que fue considerado y resuelto por la misma Corporación en la sentencia C-090 de 2014, en la que se resolvió declarar exequible "por los cargos examinados", la expresión *laborales* contenida en el artículo 1 de la Ley 1258 de 2008. Sin embargo, respecto al segundo cargo, la Corte consideró que no fue objeto de análisis en la sentencia anteriormente mencionada, y que el cargo cumplió con todos los requisitos para ser resuelto en sede de constitucionalidad.

La Corte analizó primeramente la acusación de violación del principio de igualdad, estableciendo que los grupos comparados serían, de una parte, todas aquellas personas que tuvieran una acreencia laboral con una SAS, y por otra, aquellas que tuvieran cualquier otro tipo de acreencia frente a este tipo societario. Para llevar a cabo el juicio de igualdad, se estableció que éste debía ser intermedio, ya que la norma acusada y el impacto de la limitación de responsabilidad de los accionistas, en cierta medida, limitaba de forma parcial, los derechos laborales en lo que a su reclamo jurídico se refiere.

Posterior a esto, la Corte procedió a hacer el análisis del cargo de igualdad, estableciendo en primer lugar, que dicha limitación de responsabilidad sí imponía una limitación al ámbito de protección de derechos laborales fundamentales, dado que éstos derechos tienen especial protección a nivel constitucional. No obstante, la Corte observó que la Constitución no establece la obligación de adoptar determinadas medidas concretas y específicas para el goce efectivo de los derechos laborales fundamentales de las personas, de manera que la Carta Política lo que hace es reconocerle al Legislador un amplio margen para definir cómo se ha de establecer e implementar la especial protección a dichos derechos.

Por tanto, es obligación del legislador el establecer un sistema de responsabilidad de los empleadores frente a las obligaciones

laborales, el cual debe ser analizado en su totalidad. Consecuentemente, la Corte consideró que el análisis de todo el sistema de protección de obligaciones laborales permitía establecer si existe o no, un trato discriminatorio frente a otros sistemas legales de protección, dado que la norma acusada al pertenecer a uno de estos sistemas, podría ser modificada por lo dispuesto en otra u otras disposiciones que existan en el ordenamiento.

Siendo esto así, la Corte encontró que, en efecto, la situación de los demás acreedores no era la misma de aquellos que tienen acreencias laborales, dado que existen varias reglas legales que dan prelación al pago de las mismas. La norma demandada establece un límite frente a la responsabilidad de los accionistas sin alterar las reglas de prelación establecidas para los créditos, las cuales implican un trato especial que aseguran que las deudas laborales sean pagadas primero y más rápido.

Como última consideración, la Corte estudió si la norma acusada, al ser concreta y específica de un régimen de protección violaba el derecho a la igualdad. Frente a esto, consideró que la restricción de la responsabilidad de los accionistas de una Sociedad por Acciones Simplificada era una de las herramientas legislativas básicas de esta estructura societaria, de manera que esta medida lo que busca es promover e incentivar el desarrollo económico y social en general al facilitar y favorecer las condiciones para el emprendimiento. Por lo tanto, la norma no era arbitraria dado que no desprotegía los derechos laborales, en especial, frente a los casos de fraude, además de que buscaba una finalidad constitucionalmente muy importante y por tanto no era violatoria del principio de igualdad.

Finalmente, la Corte resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-090 de 2014 en relación al primer cargo presentado por el demandante, y respecto del segundo cargo, declaró la exequibilidad de la expresión laborales del artículo 1 de la ley 1258 de 2008.

## Corte Constitucional

### Sentencia C-170 de 2014.
### Se declara exequible la norma del Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional que vincula de manera automática al proceso arbitral al garante de obligaciones derivadas de un contrato que contiene cláusula compromisoria.

Por: Laura Juliana García.

Mediante acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Ivonne Cardona demandó el Parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional; la norma demandada extiende los efectos del pacto arbitral al garante de las obligaciones que surgen del contrato que lo estipula. La actora argumentó que la disposición acusada habilita al árbitro para que resuelva un conflicto vinculando al garante aun cuando este último no haya consentido expresamente en ello, y como consecuencia, viola el principio de voluntariedad consagrado en el artículo 116 de la Constitución, el cual establece que son las partes quienes voluntariamente habilitan a los árbitros para resolver sus controversias. Adicionalmente, sustentó su posición afirmando que el pacto de una cláusula arbitral es inter partes al estar contenido en el contrato de esta misma característica, de manera que los efectos de este no se pueden extender tácitamente a un tercero.

Posterior a un repaso jurisprudencial acerca de la aplicación e importancia del principio de habilitación voluntaria de los árbitros por las partes, la Corte enfatizó que la figura del llamado en garantía en un proceso no funge como parte sino como un tercero en virtud de una relación sustancial con el llamante, y por

tanto, "es vinculado por la decisión adoptada en el proceso con fundamento en que ha suscrito un contrato de garantía con una de las partes". De acuerdo a lo anterior, la Sala asumió los siguientes argumentos para arribar la decisión:

(i) El artículo 116 de la Constitución se refiere a demandante y demandado cuando menciona a las "partes", pues es este el único sentido que reviste esta expresión, de manera que cuando el Código General del Proceso alude al concepto "partes de un proceso", de ninguna manera lo hace extensivo a los intervinientes. De esta manera, puede concluirse que el llamado en garantía es un tercero interviniente que no es parte en el proceso y, por tanto, no le es aplicable el precepto estipulado en el artículo 116 de la Constitución.

(ii) Con fundamento en que el tercero ha suscrito un contrato de garantía, el ordenamiento jurídico dispone que debe ser llamado a un eventual proceso en el que el garantizado sea parte. De esta manera y en virtud de un vínculo sustancial, cuando un tercero suscribe un contrato de garantía que contiene un pacto comisorio, acepta dicha habilitación implícitamente por haberla conocido. El tercero no requiere una adhesión expresa al pacto comisorio como advirtió la demandante, pues con la suscripción de la garantía que contiene pacto comisorio ya está consintiendo vincularse a un proceso arbitral.

(iii) La norma demandada permite que las partes habiliten expresamente al árbitro para que dirima sus conflictos, pues solamente dispone que los efectos del laudo arbitral recaerán sobre el llamado en garantía, suponiendo un previo pacto arbitral.

Finalmente y bajo los anteriores argumentos, la Corte decidió que el aparte normativo demandado que vincula al tercero llamado en garantía a los efectos del pacto arbitral, no vulnera el inciso último del artículo 116 de la Constitución relativo al principio de voluntariedad de la jurisdicción arbitral, con lo cual lo declaró exequible.

## Corte Constitucional

Sentencia: C- 934 de 2013.
Exequibilidad condicionada de expresiones del Decreto que expide el Código de Comercio, que contemplan la anulabilidad de un negocio jurídico que haya sido consentido por error, fuerza o dolo.

Por: Maria del Mar Jaramillo.

El ciudadano Jorge Eduardo Zamora instauró acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 900 del Código de Comercio, pues estimaba que, en los segmentos que se resaltan a continuación, se vulneraban los derechos constitucionales a la igualdad, autonomía de la voluntad y el acceso a la administración de justicia:

*ARTÍCULO 900. ANULABILIDAD. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.*

*Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.*"

El demandante afirmó que, si se presentare el caso donde el sujeto que fue obligado a la celebración de negocios jurídicos en contra de su voluntad, no tuviera la oportunidad de reivindicar sus derechos vulnerados al haber sido víctima de una incapacidad moral o material durante el término impuesto por la ley (o incluso por más tiempo), no podría de ninguna manera, restablecer su condición pues ya se hallaría prescrita la acción de nulidad pertinente.

Esta norma tiene un trato diferente al que se contempla en el artículo 1750 del Codigo Civil para una situación similar, donde el término de la acción iniciaba desde el día en que la fuerza hubiere cesado, no desde el momento en que se celebrase el negocio jurídico; situación que no se planteó en la disposición en cuestión.

Entre las intervenciones expuestas ante la demanda abogaron por la exequibilidad condicionada la Universidad Libre de Bogotá, el Procurador General de la Nación, y el Colegio de Abogados Comercialistas. La Cámara de Comercio de Bogotá, por su parte, concluyó que debía declararse la constitucionalidad de la norma, en razón a que la actividad comercial demanda mayor seguridad jurídica.

Con este entendido, la Corte Constitucional debía centrar el debate en el trato diferenciado que conlleva el artículo 900 del Código de Comercio, frente a lo previsto en el artículo 1750 del Código Civil, donde el elemento común del término de prescripción de la acción de anulabilidad por fuerza o violencia, podría vulnerar derechos constitucionales en ciertos casos.

La Corte resolvió este problema jurídico con base en la verificación de violación a los derechos constitucionales invocados por el demandante a través de un test de proporcionalidad. En este estudio, encontró que en la expresión "fuerza", acusada del artículo 900 del Código de Comercio, tenía como premisa el tratamiento otorgado por la normatividad civil, según lo expuesto en la misma disposición. La Corte aseguró que, tal y como se afirma en el artículo 1543 del Código Civil, "*la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes a descendientes a un mal irreparable y grave*".

Teniendo en cuenta este factor, la Corte acudió a explicar que existía efectivamente "una divergencia de trato a pesar de la

identidad", entre los artículos 900 del Código de Comercio, y 1750 del Código Civil, ya que éste ultimo, dispone que el plazo para pedir la rescisión "*en el caso de violencia, se cuenta desde el día en que ésta hubiere cesado; en caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato*", mientras que el artículo 900 del Código de Comercio establece que la anulabilidad, por error, fuerza o dolo, correrá "*a partir de las fecha del negocio jurídico respectivo*". Esta situación determinaba un plazo mayor y más justo para el ejercicio del derecho a accionar sólo en materia civil, por lo que se evidenciaba que efectivamente existió un trato diferenciado entre un negocio jurídico civil y uno comercial.

Por lo tanto, la Corte Constitucional decidió que, la acción de anulabilidad de un negocio jurídico celebrado por la fuerza, contado desde la fecha de celebración o acuerdo, vulneraba la autonomía de la voluntad privada, la igualdad y el acceso a la administración de justicia, por lo que decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 900 del Decreto 410 de 1971, "*Por el cual se expide el Código de Comercio*", en el entendido de que el término de prescripción de dos años de la acción de anulabilidad del negocio jurídico que hubiere sido determinado a la fuerza, se contaría a partir del día que ésta hubiere cesado..

## RAMÓN MADRIÑÁN DE LA TORRE

Ramón Madriñán de la Torre, nacido en Medellín el 19 de septiembre de 1938, es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y profesor de Derecho Comercial de su casa de estudios desde 1962. Fue fundador y Director de las Especializaciones en Derecho Comercial y en Derecho de Sociedades, además de la Maestría en Derecho de Seguros; Director del Instituto de Investigaciones y Estudios Jurídicos de la Universidad Javeriana y por una década y miembro del Consejo de Regentes de la misma Universidad. Recibió en grado de Comendador, la Orden Universidad Javeriana.

También ha sido profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en las asignaturas Derecho Comercial, Derecho de Sociedades e Instituciones Financieras.

Conferencista invitado en las Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, en la Universidad de La Coruña, en el Instituto de Estudios de Roma Tor Vergata, Universidad Autónoma de México, entre otras.

El profesor Madriñán se ha desempeñado como abogado independiente, además de haber sido Conjuez de la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Civil: Conjuez de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Superintendente Bancario,

Vicepresidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Compañías de Seguros y Secretario General del Ministerio de Hacienda, Árbitro de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Cali y además fue también Juez Municipal. Además, es miembro del Colegio de Abogados Javerianos, la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros y Académico honorario de la Academia Nacional de Seguros e Previdencia, de Sao Paulo (Brasil).

Numerosas generaciones de abogados han estudiado con el clásico libro "Principios de Derecho Comercial", el que su autor, el profesor Ramón Madriñán de la Torre, miembro del Colegio de Abogados Comercialistas, se ha encargado de manera constante y puntual de actualizar durante años hasta alcanzar ya más de diez ediciones. Es también autor del libro "La costumbre comercial", que fue su tesis de grado de abogado publicada en 1962 y de numerosas contribuciones en libros colectivos publicados en México, Argentina, España, Venezuela y Colombia, además de varios artículos en revistas especializadas.