



COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS

50 Años

1961 - 2012

## Boletín Informativo

¡Colombia y Galicia Abren sus Puertas al Comercio!



El presidente de la Xunta de Galicia (España), Alberto Nuñez Feijóo, como parte de su gira por Latinoamérica para la promoción de la inversión y la internacionalización de la economía gallega, visitó el pasado martes 17 de Julio a nuestro país. En su visita, se reunió con el Presidente Juan Manuel Santos, el ministro de Comercio, Industria y Turismo Sergio Díaz-Granados, y con ciertos empresarios de Colombia.

En esta reunión, que se desarrolló en la Casa de Nariño, se concretó una nueva agenda comercial entre el país andino y el país gallego, en que se abrió la puerta a la competitividad y colaboración internacional en los sectores: naval, pesquero, automotriz, vitivinícola, de infraestructura, vivienda y energías renovables.

Así mismo, en el encuentro se perfilaron los grandes ítems de interés mutuo en que se encuentra

principalmente la pesca, en la que Galicia es la primera región de Europa, así como en conserva y acuicultura. También, se concretó el interés por los astilleros para todo tipo de barcos.

Al concluir la reunión el presidente de La Xunta de Galicia y el ministro de Comercio, Industria y Turismo expresaron unas palabras a los medios de comunicación:

"Para nosotros, para España, para Galicia: Colombia no solamente es un país hermano sino (...) uno de los grandes países para el intercambio económico, industrial y de infraestructuras", afirmó Nuñez Feijóo.

Por su parte, Díaz-Granados destacó su interés por contar con la industria automotriz en Colombia, con lo que planea fomentar la creación de puestos de trabajo.



Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia  
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: [abocom@gmail.com](mailto:abocom@gmail.com)

# Índice

BOLETÍN No. 1565 DE 2012

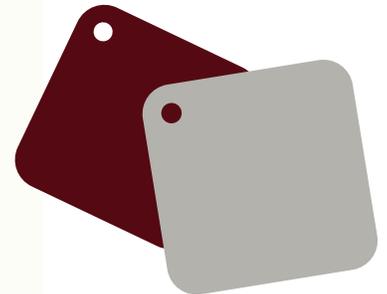
## CONTENIDO

I.	NOTA EDITORIAL.....	4
II.	MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN.....	5
III.	RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL.....	6
a.	<b>Sentencias</b> .....	6
1.	Entidad emisora: Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Tipo de Normativa: Sentencia Referencia y fecha: 2007-00156-00. Veintitrés (23) De Febrero De Dos Mil Doce (2012) Asunto: Irregistrabilidad de las marcas, conexidad competitiva, productos farmaceuticos.	
2.	Entidad emisora: Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera, Subsección C. Tipo de normativa: Sentencia Referencia y fecha: 11001-03-26-000-2011-00064-01 (42.218). Veinticinco (25) De Abril De Dos Mil Doce (2012) Asunto: Término para la duración del proceso arbitral	
b.	<b>Conceptos</b> .....	8
1.	Entidad emisora: Superintendencia De Sociedades Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: Concepto 200191189 del 26 de Marzo del 2012 Asunto: Funciones de la junta directiva de una sociedad anónima en liquidación.	
2.	Entidad emisora: Superintendencia De Sociedades Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: Concepto 220-016470 Del 15 De Marzo De 2012 Asunto: Cláusulas del contrato social y posibilidad de pactar la exclusión de socios tratándose de sociedades por acciones simplificadas.	
3.	Entidad emisora: Superintendencia de Industria Y Comercio Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: Concepto 12-036958-00001-0000 Del18-04-2012. Asunto: Registro de una marca en el sistema multiclase de registro.	
4.	Entidad emisora: Superintendencia De Sociedades Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: Concepto 220-028212 Del 11 de Mayo de 2012 Asunto: Acciones frente a una sociedad en el marco de la liquidación voluntaria.	
5.	Entidad emisora: Superintendencia De Sociedades Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: : Concepto 220-029840 Mayo 16 de 2012 Asunto: Requisito de la autorización previa de la junta directiva frente al derecho de preferencia en acciones de una sociedad, cuyo titular sea un administrador de la misma.	
c.	<b>Circulares</b> .....	16
1.	Entidad emisora: Superintendencia de Industria Y Comercio Tipo de normativa: Circular Referencia y fecha: Circular Circular 15del30de abrildel 2012 Asunto: Adición al capítulo tercero de título iv de la circular básica jurídica.	



COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS

Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia  
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: [abocom@gmail.com](mailto:abocom@gmail.com)



# Índice

2.	Entidad emisora: Superintendencia Financiera Tipo de normativa: Circular Referencia y fecha: Circular 010 del 04 de abril de 2012. Asunto: Modificación al trámite de posesiones y actualización.	
d.	<b>Resoluciones</b> .....	18
1.	Entidad emisora: DIAN. Tipo de normativa: Resolución Referencia y fecha: Resolución 000028 del 30 de marzo de 2012. Asunto: Características técnicas para la presentación de la información con el fin de asegurar el recaudo de los impuestos de renta y complementarios e iva.	
2.	Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio Tipo de normativa: Resolución Referencia y fecha: Resolución 20963 del 02 de abril de 2012. Asunto: Modificación de las tasas de propiedad industrial.	
3.	Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio Tipo de normativa: Resolución Referencia y fecha: Resolución 30296 del 15 de mayo de 2012. Asunto: Factor de paridad internacional del año 2012	
4.	Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio Tipo de normativa: Resolución Referencia y fecha: Resolución 3531 del 31 de mayo de 2012. Asunto: Regulación respecto a las características que determinan con precisión e idoneidad los bienes y servicios que se han de comercializar.	
e.	<b>Proyecto de Ley</b> .....	22
1.	Entidad emisora: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Tipo de normativa: Proyecto de Ley Referencia y fecha: Proyecto de Ley No. 200 de 2012, Senado Asunto: Garantías mobiliarias y acceso al crédito.	
f.	<b>Ley</b> .....	24
1.	Entidad emisora: Congreso de la República Tipo de normativa: Ley Referencia y fecha: Ley No. 1527 del 27 de abril del 2012 Asunto: Marco general para la libranza o descuento directo.	
2.	<b>Decreto</b> .....	25
1.	Entidad emisora: Presidente de la República. Tipo de normativa: Decreto Referencia y fecha: Decreto No. 0704 del 10 de abril del 2012 Asunto: Reglamentación a las sanciones impuestas en el artículo 61 de la ley 1480 de 2011, estatuto del consumidor.	
IV.	<b>ÁMBITO INTERNACIONAL</b> .....	26
V.	<b>DOCTRINA</b> .....	27



# Nota Editorial

El Colegio de Abogados Comercialistas se honra en presentar un nuevo Boletín Informativo con lo último en sentencias del Consejo de Estado, resoluciones y conceptos de la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Industria y Comercio que abordan temas importantes del Derecho Mercantil.

En esta nueva entrega el lector encontrará, entre otras cosas, el análisis de importantes pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el riesgo de conexidad marcaria entre diferentes productos destinados para el consumo humano y el alcance de la facultad oficiosa de los Tribunales Arbitrales para prorrogar el término para laudo, por supuesto, en materia de contratación estatal.

El boletín hace referencia también a nutridos conceptos de la SIC, la Superintendencia de Sociedades y la Superfinanciera referidos al alcance de las facultades de la Junta Directiva de una sociedad anónima que se encuentra en proceso liquidatorio, la viabilidad de pactar cláusulas de exclusión de socios en una SAS, respecto del derecho de marcas la manera como opera el nuevo sistema de registro multiclase, la viabilidad de las diferentes acciones que se pueden interponer en el marco de la liquidación voluntaria de una empresa, los requisitos que se le deben exigir a todo administrador para el ejercicio del derecho de preferencia del que sea titular, reglamentación de algunas novedades de la ley antitrámites y del nuevo Estatuto del Consumidor, y una breve reseña del compendio jurisprudencial de la ley modelo de arbitraje internacional.

Finalmente, un reconocimiento al aporte doctrinario del doctor Diego Cortés Ballén y a los miembros del Grupo de Investigación de Derecho Privado de la Universidad de la Sabana por su colaboración con éste boletín. Esperamos seguir produciéndolo y con ello contribuir con la actualización de las novedades jurisprudenciales y normativas del derecho comercial.

**ERNESTO RENGIFO GARCIA**  
Presidente



# Junta Directiva

## Presidente

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

## Vicepresidente

LUZ HELENA MEJÍA PERDIGÓN

## Vocales

Julio Benetti Salgar

Tulio Cárdenas Giraldo

Jorge Oviedo Albán

Arturo Sanabria Gómez

Juan Pablo Cárdenas Mejía

Juan Jacobo Calderón Villegas

Luis Fernando Henao Gutiérrez

José Alberto Gaitán Martínez

## Comisario de Cuentas

Adolfo Palma Torres

Jorge Enrique Galvis Tovar

## Representantes Ex presidentes

Edgar Ramírez Baquero

Jaime Quiñones Reyes

## Director Boletín

Ernesto Rengifo García

## Colaboradores

Laura Juliana García Ortiz

Lina María Guio Leiva

Julián David Ruiz Rondan

Ivonne Maritza Sierra Hernández

María Alejandra Cardozo Barrios

Nicole Andrea Yepes Peña



# Sentencias

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** CONSEJO DE ESTADO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA.

**CONSEJERA PONENTE:** MARÍA ELIZABETH  
GARCÍA GONZÁLEZ.

**TIPO DE NORMATIVA:** SENTENCIA.

**REFERENCIA Y FECHA:** 2007-00156-00.  
VEINTITRES (23) DE FEBRERO DE DOS MIL  
DOCE (2012)

**TEMA:** IRREGISTRABILIDAD DE LAS MARCAS,  
CONEXIDAD COMPETITIVA, PRODUCTOS  
FARMACEUTICOS.

El Consejo de Estado el pasado 23 de febrero, resolvió una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que había sido interpuesta para que se declarara la nulidad de las resoluciones número 24713 del 28 de septiembre de 2005, 3179 del 15 de febrero de 2006 y 28891 del 30 de octubre de esa misma calenda, por cuya virtud la Superintendencia de Industria y Comercio declaró infundada la oposición promovida por la actora y concedió el registro de una marca nominativa.

La controversia planteada giró entorno de la marca "KOLKANA" que fue registrada por la accionante, GASEOSAS COLOMBIANAS S.A., para la denominación y distinción de varias bebidas en el mercado nacional, y la marca "KOLCANA", concedida para vitaminas y suplementos nutricionales de uso veterinario y humano.

Para determinar la posible conexidad competitiva entre los signos distintivos mencionados, el Tribunal de Justicia de la CAN, en sede de interpretación prejudicial, recalcó: *"Al comparar una marca denominativa y una mixta se determina que si en ésta predomina el elemento verbal, debe*

*procederse al cotejo de los signos aplicando las reglas que para ese propósito ha establecido la doctrina; y, si por otro lado, en la marca mixta predomina el elemento gráfico frente al denominativo, no habría, en principio, lugar a la confusión entre las marcas, pudiendo éstas coexistir pacíficamente en el ámbito comercial".*

Tomando como sustento la interpretación prejudicial y el artículo 136 de la Decisión 486 de la CAN que consagra las causales de irregistrabilidad de las marcas, el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resaltó que cuando se trata de productos farmacéuticos -en consideración a la repercusión en la salud y vida de los consumidores- la determinación de la conexión competitiva cobra especial relevancia.

Explica igualmente el Consejo de Estado que para predicar la irregistrabilidad de una marca no es menester la efectiva inducción a error del consumidor, sino que basta con la existencia del riesgo de confusión para que el mencionado signo distintivo no se registre.

Anota la Sala que al ser ambos productos que tienen en común que están destinados al consumo humano, no obstante estar en diferentes clases de la clasificación internacional de Niza, se presenta un riesgo de confusión que adquiere mayor relevancia, en el presente caso, por tratarse de productos farmacéuticos que pueden poner en peligro la integridad de los consumidores.

En consecuencia, el Consejo de Estado declaró la nulidad de los actos administrativos que habían concedido el registro de la marca "KOLCANA" para productos farmacéuticos.



# Sentencias

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** CONSEJO DE ESTADO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO; SECCIÓN TERCERA,  
SUBSECCIÓN C.

**CONSEJERO PONENTE:** JAIME ORLANDO  
SANTOFIMIO GAMBOA.

**TIPO DE NORMATIVA:** SENTENCIA

**REFERENCIA Y FECHA:** 11001-03-26-000-  
2011-00064-01 (42.218). VEINTICINCO (25) DE  
ABRIL DE DOS MIL DOCE (2012)

**TEMA:** TÉRMINO PARA LA DURACIÓN DEL  
PROCESO ARBITRAL

El Consejo de Estado el 25 de abril del presente año, profirió sentencia en la que aclaró la legalidad y procedencia de las prórrogas al término de duración de un proceso arbitral en materia de contratación estatal.

La sentencia comentada resolvió un recurso de anulación, en donde se invocó la causal de laudo proferido después de vencido el término para el proceso arbitral, como consecuencia de múltiples prórrogas que fueron decretadas *motu proprio* por el Tribunal de arbitramento designado.

Para resolver las súplicas del recurso, el Alto Tribunal fundamentó su análisis en la fecha en la que se profirió el laudo y su ajuste a los términos legales, es decir, tomó en consideración los ámbitos de aplicación de los artículos 103 de la Ley 23 de 1991 (arbitraje privado) y 70 de la Ley 80 de 1993 (arbitraje estatal).

En este orden de ideas, el Consejo de Estado encontró que por virtud de la Ley 23 de 1991, que regula el procedimiento arbitral para dirimir

diferencias derivadas de contratos de Derecho privado, toda prórroga al término de duración de un proceso arbitral debe ser rogada, es decir, debe estar precedida en una solicitud de parte, y además, que la sumatoria de las mismas no puede superar el término de 6 meses.

En cambio, en la Ley 80 la prórroga del término para laudar sólo procede de oficio, cuando fuere necesaria para dictar el laudo, y el trámite arbitral sólo se puede extender hasta por la mitad del término acordado o del legalmente establecido.

En consideración a lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que toda prórroga en contravía de la legislación aplicable adolecerá por lo tanto de ineficacia de pleno derecho, o dicho en otras palabras, no generará ningún efecto frente al término fijado para el proceso arbitral.

Ahora bien, sobre la Ley aplicable a los contratos que celebran las universidades estatales, el Consejo de Estado resaltó que dichos establecimientos educativos escapan del régimen de la contratación estatal, y que la única excepción al mencionado cuerpo de normas versa sobre los contratos de empréstito. Además, precisó que por tratarse de una entidad estatal, en virtud de la Ley 1285 de 2009, sólo procede el arbitramento legal; debiendo entonces regirse por las reglas que la ley establezca según el caso.

En conclusión, el Consejo de Estado determinó que el Tribunal no podía oficiosamente prorrogar su tiempo de duración, al ser aplicable el régimen general del derecho privado, lo cual sustentó la nulidad del laudo por haberse emitido por fuera de los términos legales para la duración del arbitramento.



# Conceptos

**DATOS DE IDENTIFICACIÓN****ENTIDADEMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**TIPO DE NORMATIVA:** CONCEPTO 2200191189 DEL 26 DE MARZO DE 2012**REFERENCIA Y FECHA:** CONCEPTO**TEMA:** FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LIQUIDACIÓN.

Mediante concepto No. 2200191189 de marzo de 2012 la Superintendencia de Sociedades respondió consulta dirigida a determinar si durante la liquidación de una sociedad anónima, la junta directiva sigue funcionando normalmente y puede tomar las decisiones que por estatutos está habilitada para adoptar; o por el contrario, simple y llanamente dichas facultades desaparecen *ab initio* del mencionado proceso de insolvencia.

Comienza la Superintendencia de Sociedades por afirmar que durante la vigencia del ente moral, la junta directiva representa sin duda los intereses de todos los socios, y a la vez, colabora con la gestión de los negocios sociales, lo cual la hace responsable por el desempeño en su gestión, a la par de lo que ocurre con la labor que realiza el representante legal.

No obstante lo anterior, la Superintendencia de Sociedades sostiene que durante la etapa de liquidación, ante la imposibilidad social de desarrollar nuevas operaciones mercantiles la junta directiva pierde todas sus funciones, excepto una, la de consultoría o asesoría habida cuenta del deber de protección que le atañe para con los socios de la persona jurídica en vía de extinción.

También señala que los pronunciamientos que emita la Junta Directiva como órgano asesor no son vinculantes, pues, haciendo un análisis semántico del vocablo “proceder” contenido en el artículo 238 del Código de Comercio, concluye que el liquidador no puede ser limitado por el precitado ente de administración, toda vez que puede ejecutar por sí mismo todos los actos propios para el cese de efectos jurídicos de la sociedad.

Concluye entonces el ente administrativo consultado que los asociados pueden pactar la preservación de la Junta Directiva, pero en tal caso, ésta sólo funcionará como cuerpo consultivo no vinculante.



# Conceptos

**DATOS DE IDENTIFICACIÓN**

**ENTIDAD EMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

**TIPO DE NORMATIVA:** CONCEPTO

**REFERENCIA Y FECHA:** CONCEPTO 220-016470 DEL 15 DE MARZO DE 2012

**TEMA:** CLAUSULAS DEL CONTRATO SOCIAL Y POSIBILIDAD DE PACTAR LA EXCLUSIÓN DE SOCIOS TRATÁNDOSE DE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS.

composición. Sólo a falta de estipulación de alguno de los dos métodos alternativos de solución de conflictos, previamente mencionados, la competencia para dirimir esta clase de controversias recaerá en la Superintendencia de Sociedades.

En concepto No. 220-016470 del 15 de marzo de 2012, la Superintendencia de Sociedades resolvió consulta respecto de la validez de un pacto de exclusión de un socio en una sociedad por acciones simplificada, concluyendo que dichas cláusulas eran jurídicamente viables en el mencionado ente societario, siempre y cuando se cumpliera en su aplicación con el procedimiento de reembolso previsto en la Ley 222 de 1995.

No obstante lo anterior, si el retiro tiene como efecto colateral la reducción del capital social será la misma Superintendencia de Sociedades quien apruebe esta disminución, después de haber verificado que la sociedad no tenga pasivo externo o de tenerlo, que éste no represente menos del doble del mismo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito dicha reducción.

No obstante lo anterior el pluricitado ente supervisor, declaró su imposibilidad de pronunciarse respecto de la validez de estas cláusulas sosteniendo que tratándose de las SAS, el legislador ha dispuesto que los conflictos que se presenten entre los socios y la administración han de resolverse a través de arbitramento o amigable



# Conceptos

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**TIPO DE NORMATIVA:** CONCEPTO

**REFERENCIA Y FECHA:** CONCEPTO

Radicación: 12-036958-00001-0000 del 18-04-2012.

**TEMA:** REGISTRO DE UNA MARCA EN EL SISTEMA MULTICLASE DE REGISTRO.

En concepto No. 12-036958-00001-0000 de abril de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio respondió consulta en lo referente a la clase en la que se podría registrar una marca para identificar los servicios que presta una corporación sin ánimo de lucro, teniendo en cuenta que en la presente consulta, tal corporación se dedica a la investigación y desarrollo de proyectos en los campos de la seguridad informática y ciencias electrónicas en infraestructuras tecnológicas de información y telecomunicaciones, todo esto con la finalidad de promover y apoyar la cultura de investigación en estudiantes, profesionales, y empresas públicas y privadas.

La principal conclusión a la que arribó el mencionado ente administrativo y que tiene suma relevancia en este caso, debido a la relación directa que tiene con la solicitud del usuario, es que *“de acuerdo con las actividades que desarrolla la entidad sin ánimo de lucro a la que se refiere la consulta, se puede observar que aunque pueden llegar a dirigirse a un mismo objetivo, son tan diversas que no es posible encuadrarlas en una misma clase”*.

El argumento anterior tiene sustento en la clasificación internacional de productos y servicios que se aplica para el registro de marcas de productos y servicios de Niza, ya que este es el principal parámetro internacional a seguir para la respectiva agrupación de la clase o grupo de productos o servicios que guardan relación entre sí.

La Superintendencia de Industria y Comercio hace mención a que actualmente está en vigencia el Decreto 19 de 2012, el cual permite registrar una marca con cobertura para varias clases mediando solo una solicitud de registro y, por ende, un solo expediente administrativo.

Lo anterior se fundamenta en el artículo 168 del Decreto 19 de 2012, el cual señala que es posible hacer una solicitud multiclase para el registro de una marca, aclarando que una sola solicitud de registro de marca puede incluir las 45 clases de la clasificación Internacional Niza, reduciéndole al interesado los trámites relacionados con el registro.

La Superintendencia de Industria y Comercio hace énfasis en que los usuarios interesados en registrar una marca en el sistema multiclase de registro, tienen algunas ventajas en comparación de las personas que prefieren hacer su registro en el sistema de una clase.

Entre los beneficios obtenidos la Superintendencia hace referencia a la posibilidad que tiene de reducir trámites, ya que mediante una sola actuación administrativa se puede obtener el registro de una marca identificando a decisión del



# Conceptos

usuario, todos los productos y/o servicios de la Clasificación internacional Niza; por otro lado, se estarían reduciendo mediante esta clase de registro el número de actos administrativos a expedir, ya que de 1 a 45 solicitudes de registro se podría tramitar un solo expediente con una sola actuación administrativa, pudiendo demostrar que este sistema multiclase de registro puede llegar a proporcionar más seguridad al interesado en el proceso de registro de la marca, debido a que al concentrarse todas las actuaciones se facilitaría la vigilancia del expediente y la actuación procesal en caso de presentarse algún inconveniente durante el registro.



# Conceptos

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

**TIPO DE NORMATIVA:** CONCEPTO.

**REFERENCIA Y FECHA:** CONCEPTO 220-028212 DEL 11 DE MAYO DE 2012

**TEMA:** ACCIONES FRENTE A UNA SOCIEDAD EN EL MARCO DE LA LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA.

En concepto No. 220-028212 del 11 de mayo de 2012, la Superintendencia de Sociedades respondió consulta relacionada con la liquidación voluntaria de las sociedades, teniendo como fundamento para emitir concepto jurídico los siguientes interrogantes: ¿Es posible iniciar y llevar adelante proceso ejecutivo en contra de una sociedad que se encuentra en proceso de liquidación voluntaria? ¿De qué manera debía actuar la Liquidadora ante la situación de encontrarse probado judicialmente que había bienes que no estaban inventariados? ¿podía liquidar la sociedad o debía esperar al resultado del juicio? Al estar liquidada la sociedad con un proceso ejecutivo en trámite: ¿quién asume las consecuencias del proceso? ¿La liquidadora es responsable solidaria y es viable que el Juzgado decrete el mandamiento de pago en contra de la sociedad y la liquidadora solidariamente? ¿Puede liquidarse una sociedad que está en trámite voluntario sin que se determine quién se hará cargo de los procesos judiciales en curso?

Una de las conclusiones a las que arribó la Superintendencia de Sociedades, es que “es jurídicamente viable que contra una sociedad en

*liquidación voluntaria o privada se inicien procesos de ejecución en su contra, o la integración de un tribunal de arbitramento para que decida las controversias presentadas entre la sociedad y sus asociados con ocasión del contrato social”,* teniendo en cuenta

que el liquidador es responsable y tiene a su cargo la constitución de una reserva, con la finalidad de hacerse cargo de las obligaciones exigibles a la sociedad, este deber se presenta como mecanismo para hacer de forma efectiva y ágil el proceso liquidatorio, pues de esta forma el trámite de liquidación no está supeditado a procesos que se lleven en contra de la sociedad como tal, pudiendo cumplir con éste sin dilataciones de orden procesal.

El argumento anterior encuentra sustento en el artículo 245 del Código de Comercio, el cual busca proteger y ser un respaldo para los acreedores de la sociedad al preceptuar que “*cuando haya obligaciones condicionales se hará una reserva adecuada en poder de los liquidadores para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles*”, lo que también se tendrá en cuenta para los casos donde se presenten obligaciones litigiosas mientras culmina el juicio.

La Superintendencia de Industria y Comercio hace mención a que una vez liquidada la sociedad, la persona jurídica desaparece, por lo cual no es viable ejercer cualquier tipo de acción de proceso contra una sociedad ya liquidada, pues para que sea procedente cualquier acción es indispensable que la sociedad tenga capacidad, es decir, que siga existiendo la persona jurídica.



# Conceptos

Adicional a lo anterior, es pertinente hacer referencia a que una vez inscrita en el registro mercantil la cuenta final de liquidación, la sociedad deja de ser parte del ámbito jurídico, por lo cual todos sus órganos de administración y fiscalización, en caso de que los tuviera, ya no hacen parte del tráfico mercantil, razón por la cual, ya no tienen derechos ni pueden adquirir obligaciones como tal, trayendo como consecuencia final la inexistencia jurídica de la sociedad.

Concluyendo entonces que los interesados en la liquidación voluntaria de la sociedad tienen diferentes medios para exigir la protección de sus derechos como socios o como terceros, tal como lo establece la ley 1429 de 2010, la cual brinda herramientas de defensa suficientes para evitar que en las liquidaciones voluntarias, el liquidador, que en muchos casos es el mismo administrador o socio mayoritario, se aproveche de los socios y acreedores minoritarios. El artículo 28 es un claro ejemplo de lo anterior al referirse a las acciones contra socios y liquidadores en la liquidación voluntaria, donde la Superintendencia de sociedades en uso de sus funciones jurisdiccionales, será el ente competente para conocer sobre las acciones mencionadas con anterioridad, según la normatividad Colombiana vigente.



# Conceptos

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

**TIPO DE NORMATIVA:** CONCEPTO

**REFERENCIA Y FECHA:** Concepto 220-029840 DE MAYO 16 DE 2012

**TEMA:** REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA DE LA JUNTA DIRECTIVA FRENTE AL DERECHO DE PREFERENCIA EN ACCIONES DE UNA SOCIEDAD, CUYO TITULAR SEA UN ADMINISTRADOR DE LA MISMA.

En concepto No. 220-029840 de mayo 16 de 2012, la Superintendencia de Sociedades respondió consulta en lo referente al tema de que el derecho de preferencia no es una excepción a la obligación de la junta directiva de pedir autorización cuando se trate de compra o venta de acciones en circulación, de conformidad con el artículo 404 del ordenamiento mercantil.

Adicional a lo anterior, el ente administrativo responde los siguientes interrogantes: ¿Un administrador (miembro principal de la junta directiva) de una sociedad anónima, debe solicitar autorización previa a la Junta Directiva o a la Asamblea de Accionistas de la sociedad que administra, para llevar a cabo la enajenación de acciones que posee en esa misma sociedad? En caso afirmativo, ¿debe hacerlo también si las acciones de la sociedad que administra se encuentran en cabeza de una sociedad de la cual el administrador es socio, es decir, si se encuentra en cabeza de una interpuesta persona? ¿Existe alguna excepción a tal norma (art.404 del Código

de Comercio), que indique que por el hecho de consagrar los estatutos de la sociedad un régimen de derecho de preferencia en la adquisición de acciones (no en la suscripción primaria de las mismas) los administradores de ella no están obligados a dar pleno cumplimiento a lo reglado por el artículo 404 del Código de Comercio?

La primera conclusión a la que arribó el mencionado ente administrativo y que tiene suma relevancia en este caso, debido a la relación directa que tiene con la solicitud del usuario, es que *“los administradores que sean invitados a adquirir de manera preferente, solo pueden comprar o enajenar acciones de la sociedad en la que se desempeñan como tales, cuando se den las dos condiciones previstas en la norma citada, esto es: 1. Que sean autorizados por la Junta Directiva o Asamblea General de Accionistas con la mayorías previstas en dicho artículo. 2. Que la operación no conlleve motivos de especulación”*.

El argumento anterior encuentra fundamento en el artículo 404 del Código de Comercio, el cual cumple una importante función como instrumento de información para los socios, ya que básicamente brinda una protección al patrimonio de la sociedad al evitar que los administradores empleen su cargo y el acceso que tienen a los documentos e información privilegiada de la sociedad, como ventaja para beneficiarse o lucrarse por medio de la enajenación o adquisición de acciones de la compañía, implicando el detrimento patrimonial de los demás socios y por cuenta de la calidad que detentan dentro de la sociedad.



# Conceptos

La Superintendencia de Sociedades hace notable énfasis en el alto nivel de exigencia que deben tener los socios frente a un administrador y a la obligación que tiene éste último de obtener autorización previa de la junta directiva para la venta de sus acciones, órgano que se encargará de verificar en cada caso si existen motivos de especulación con el propósito de evitar el mal uso de la información privilegiada de la sociedad para su propio beneficio, pues, lo que en realidad de verdad se busca con la venta de títulos de participación de un determinado ente moral, es una rentabilidad económica que traiga ganancias a cada miembro.



# Circulares

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

**TIPO DE NORMATIVA:** CIRCULAR EXTERNA.

**REFERENCIA Y FECHA:** CIRCULAR EXTERNA No. 15 DE 30 DE ABRIL DEL 2012.

**TEMA:** ADICION AL CAPITULO TERCERO DE TITULO IV DE LA CIRCULAR BASICA JURIDICA.

El pasado 30 de abril de 2012 la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa No. 15, mediante la cual se adicionó el numeral 5° del capítulo tercero del título IV de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera.

Este capítulo consagra disposiciones relacionadas con las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, la adición del nuevo numeral se hace con la finalidad de determinar las condiciones y los límites a la negociación de compra y venta de COP/USD bajo la modalidad *spot* (contado) o a través de instrumentos financieros derivados.

El contenido de este nuevo numeral ya se encuentra incorporado en la Circular Básica Jurídica que se puede consultar en la página web de la Superintendencia Financiera. Aquí se puede leer, entre otras cosas, la fórmula para determinar el límite que deben respetar las Sociedades Administradoras de Fondos y Pensiones para la negociación en divisas, así como las definiciones de renovación o ampliación del plazo sobre instrumentos financieros derivados.

Finalmente, la Superintendencia aclara que para realizar la mencionada fórmula adecuadamente: *“Los valores expresados en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica se deben convertir a pesos colombianos con base en la Tasa Representativa del Mercado (TRM) calculada y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia en cada uno de los días a tener en cuenta en el cálculo”.*



# Circulares

**DATOS DE IDENTIFICACIÓN**

**ENTIDAD EMISORA:** SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

**TIPO DE NORMATIVA:** CIRCULAR EXTERNA.

**REFERENCIA Y FECHA:** CIRCULAR EXTERNA 010 DEL 04 DE ABRIL DE 2012.

**TEMA:** MODIFICACIÓN AL TRÁMITE DE POSESIONES Y ACTUALIZACIÓN.

La Superintendencia Financiera con base en los artículos 65 y 66 del Decreto Anti-trámites 019 de 2012, que modifican el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en cuanto a las obligaciones de la Junta Directiva y la posesión del representante legal, respectivamente; emitió circular externa en la que modificó ciertos aspectos de la Circular Básica Jurídica y actualizó su capítulo décimo.

De este modo, se modificó el término establecido para la transmisión de novedades relativas al trámite de posesión ante la Superintendencia Financiera, que antes era de treinta (30) días y ahora pasa a ser de cuarenta y cinco (45) días corrientes.

También se exime del trámite de posesión ante el superintendente, a los representantes legales y directores de entidades vigiladas cuya designación corresponda al Presidente de la República o a su delegado.

Por último, esta actualización comprende un procedimiento expedito para la posesión de los representantes o delegados de los funcionarios públicos que no ejerzan personalmente la calidad de miembros de junta directiva de entidades vigiladas.



# Resoluciones

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** DIAN.

**TIPO DE NORMATIVA:** RESOLUCIÓN

**REFERENCIA Y FECHA:** RESOLUCIÓN  
000028 DEL 30 DE MARZO DE 2012

**TEMA:** CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS PARA LA PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN CON EL FIN DE ASEGURAR EL RECAUDO DE LOS IMPUESTOS DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS E IVA.

Mediante la Resolución No. 00028, se hace una modificación al párrafo 2 del artículo 1 y al artículo 6 de la Resolución 11431 de 2011, por cuya virtud la DIAN reglamentó las características que deben tener en cuenta las entidades públicas o privadas al presentar la información que suministran mensualmente para asegurar el recaudo de impuestos de renta e IVA que se deriven de los convenios celebrados con organismos internacionales. Según el artículo 58 de la ley 863 de 2003, deben enviar una relación mensual de los contratos vigentes de acuerdo a estos convenios, detallando los pagos o abonos que se realicen.

En el primer artículo de la mencionada resolución, se establece la forma en que se deben reportar: *i.)* Los pagos o abonos en cuenta; *ii.)* La base de retención en la fuente a título de renta; *iii.)* La retención en la fuente a título de renta y *iv.)* La retención en la fuente a título de IVA. La modificación que hace esta nueva Resolución es básicamente eliminar los numerales 12 al 18 del artículo 1 de la Resolución No. 11431, en los que los pagos por dichos conceptos se hacen con base al año 2011, pues dicha normativa empieza a regir a partir del año 2012. Los demás numerales, se mantienen igual.

En el artículo 6, por su parte, se establece la forma como debe enviarse la respectiva información, la cual se hace con base en ciertas especificaciones. Por último, se señala cuál es la codificación que se debe usar en el caso de diligenciar un tipo de documento de un tercero.

# Resoluciones

**DATOS DE IDENTIFICACIÓN**

**ENTIDADEMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**TIPO DE NORMATIVA:** RESOLUCIÓN

**REFERENCIA Y FECHA:** RESOLUCIÓN 20963 DEL 02 DE ABRIL DE 2012.

**TEMA:** MODIFICACIÓN DE LAS TASAS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Mediante la presente resolución, se modifican las tasas de propiedad industrial que estaban establecidas en la Resolución 75858 del 26 de Diciembre de 2011. Para ello se tiene en cuenta, en primer lugar, la Sentencia C-261 de 2011 que declara exequible el tratado sobre Derecho de Marcas, siendo este último un acuerdo general abierto para todos aquellos estados que forman parte de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI. En la sentencia mencionada se señala que el objetivo principal del Tratado en cuestión, es buscar agilizar procedimientos de registro de marcas simplificándolos y haciendo que la presentación de solicitudes de registro de marcas sea menos complicada.

La Corte resalta además que los instrumentos internacionales a los que se adhiere Colombia, resultan acordes y pertinentes con los objetivos de protección de la propiedad intelectual. En suma, tanto en su aspecto formal como material, y tanto la ley como los instrumentos internacionales que aprueba, se ajustan a los preceptos constitucionales y pueden considerarse como un desarrollo de los mismos, como quiera que se orienta a agilizar el trámite del registro marcario como una manera de proteger la propiedad intelectual.

Por otro lado, en dicho tratado el Gobierno Nacional depositó el instrumento de adhesión ante la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), teniendo lo anterior como efecto que el respectivo Tratado obligue empezará a regir en los tres meses siguientes a la fecha del depósito.

Otra de las consideraciones que se tuvieron en cuenta en la Resolución bajo cuestión para hacer las respectivas modificaciones, fue la expedición del Decreto-ley 019 de 2012 en el que se dictan normas para suprimir trámites innecesarios.

Las modificaciones que hace la nueva Resolución, se fundamentan en que existe un error de transcripción en un dígito de los numerales de la inscripción de listado de beneficiarios autorizados para usar una denominación de origen protegida presentada por entidad delegada, y por lo tanto, tal error debe corregirse. Las tasas que corresponden a solicitudes de registro de marca tienen descuento de 25%, pero este no aplica en caso de solicitud de depósito de nombre o enseña comercial, motivo por el cual debe ajustarse. En el artículo 4 sólo se incluyó el valor de una solicitud de diseño industrial, respecto de la cual no aplica el descuento previsto para las solicitudes de diseños industriales que "conforman una misma familia de elementos tridimensionales", por lo que debe eliminarse este renglón.

Por último, su artículo 11 establece que la Resolución rige a partir del trece (13) de abril de dos mil doce (2012)



# Resoluciones

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**TIPO DE NORMATIVA:** RESOLUCIÓN

**REFERENCIA Y FECHA:** RESOLUCIÓN 30296 DEL 15 DE MAYO DE 2012

**TEMA:** FACTOR DE PARIDAD INTERNACIONAL DEL AÑO 2012

El Factor de Paridad Internacional (en adelante FPI), es aquel que establece la capacidad máxima de contratación de los constructores y consultores. Su determinación se hace a partir de la última información económica de indicadores de desarrollo que expide el banco mundial, y debe ser recalculado y ajustado anualmente.

Mediante Resolución 30296 de la Superintendencia Financiera, se aprobó el pasado 15 de mayo el Factor de Paridad Internacional para el 2012, establecido en 1,6333 por parte de la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

Para la decisión anterior se tuvo en cuenta el Decreto 1464 de 2012 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007, que reglamentó lo relativo a la capacidad máxima de contratación de constructores y consultores.

Para llegar al valor mencionado que corresponde al FPI del presente año, la sociedad colombiana de ingenieros, en primer lugar, divide el producto nacional bruto (PNB) per cápita, según la paridad de poder adquisitivo (PPA) de la moneda local y el producto nacional bruto (PNB) per cápita. Su cálculo esta sujeto a control y aprobación de la

Superintendencia de Industria y Comercio y debe ser posteriormente publicado por las Cámaras de Comercio, con base en los indicadores económicos de desarrollo publicados por el Banco Mundial.



# Resoluciones

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**TIPO DE NORMATIVA:** RESOLUCIÓN

**REFERENCIA Y FECHA:** RESOLUCIÓN 3531 DEL 31 DE MAYO DE 2012.

**TEMA:** REGULACIÓN RESPECTO A LAS CARACTERÍSTICAS QUE DETERMINAN CON PRECISIÓN E IDONEIDAD LOS BIENES Y SERVICIOS QUE SE HAN DE COMERCIALIZAR.

La Resolución No. 3531 del 31 de mayo de 2012 derogó ciertas disposiciones de la Circular Única que iban en contravía del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se señala que el artículo 3 del Decreto 3466 de 1982 establecía que todo productor o importador podía registrar, en la Superintendencia de Industria y Comercio, las características que determinen con precisión la calidad e idoneidad de los bienes y servicios que pretendan comercializar. Además, consagra que la misma Superintendencia es la encargada de organizar el sistema de registro de bienes o servicios.

En segundo lugar, con la Resolución 5 de 2002, la Superintendencia de Industria y Comercio incorporó una nueva regulación sobre el registro de calidad e idoneidad de bienes y servicios, en la Circular Única. En virtud de esto, se agregó el Capítulo V al Título II de la mencionada directiva, señalando que mediante éste registro se efectuaría el depósito de la declaración unilateral de las características que determinan con precisión, calidad e idoneidad de bienes y servicios destinados al consumo público.

Ahora bien, se considera que el Decreto 4886 de 2011 establece que corresponde a la SIC organizar el Sistema de Registro de Calidad e Idoneidad que el Decreto 3466 de 1982 consagraba, muy a pesar de haber sido derogado por la Ley 1480 de 2011.

Es así que, en el artículo 6 de la precitada Ley se establece que: *“Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias”*. Por otro lado, en su párrafo señala que -con el fin de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos y bienes que se comercialicen- el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) debe expedir los registros sanitarios respectivos.

En conclusión, la Superintendencia procede a derogar el numeral 1.2.2.2.1 del capítulo II y el capítulo V del título II de la Circular Única, así como el anexo 2.6 de la misma, por contrariar el nuevo Estatuto del Consumidor.

# Proyecto de Ley

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

**TIPO DE NORMATIVA:** PROYECTO DE LEY

**REFERENCIA Y FECHA:** PROYECTO DE LEY No. 200 de 2012

**TEMA:** GARANTÍAS MOBILIARIAS Y ACCESO AL CRÉDITO.

En curso se encuentra un Proyecto de Ley que busca reformar el sistema de garantías mobiliarias y acceso al crédito.

Actualmente, para el desarrollo empresarial, el financiamiento y el crecimiento económico en general, se hace notoria la necesidad de que existan facilidades de acceso al crédito. Hoy por hoy, en el sistema colombiano, se ha acudido a la garantía inmobiliaria y personal para respaldar los préstamos formales; sin embargo, tal esquema no promueve un acceso mayor, flexible ni acorde a los estándares internacionales.

Es por ello y en virtud de la recomendación de una comisión de expertos en el tema que el Proyecto de Ley No. 200 del 2012, pretende incorporar un nuevo sistema de garantías crediticias extendiéndose a todas las modalidades de garantía mobiliaria. La garantía mobiliaria es cualquier operación cuyo efecto sea el de avalar una obligación presente o futura y determinada o indeterminada, mediante cualquier bien, derecho o acción, salvo aquellos bienes muebles cuya comercialización o utilización como garantía mobiliaria esté legalmente prohibida.

La garantía podrá recaer sobre bienes muebles corporales e incorporeales, derechos presentes o futuros, contratos, acciones, cuotas y partes de

interés, créditos y cesión de los mismos, fondos de una carta de crédito, depósitos en cuentas bancarias, derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual, inventarios, cuentas por cobrar, y otros derechos valorables pecuniariamente por las partes.

De acuerdo con este Proyecto, la constitución de la garantía mobiliaria podrá realizarse de manera contractual o por ministerio legal, por quien se encuentre facultado para gravar los bienes dados en garantía o quien los pueda transferir cuando el contrato se perfeccione, debiéndose inscribir la garantía mobiliaria en el Registro correspondiente operado por la Cámara de Comercio, y al cual se podrá tener acceso público mediante internet.

En cuanto a la prelación de créditos, será determinada por el momento de la inscripción de la garantía en el Registro, o por el orden temporal de oponibilidad a terceros cuando esta última se lleve a cabo con la tenencia del bien o por el control sobre la cuenta de depósito bancario.

En el proyecto en mención, también se dictan disposiciones atinentes a la conversión de una garantía mobiliaria con tenencia, a una sin tenencia, sin perder su prelación, y viceversa.

Las acciones de cobro podrán lograrse de manera judicial o extrajudicial; el proyecto de ley, al respecto, otorga competencia sobre la ejecución de las garantías inmobiliarias al Juez Civil del Circuito y a la Superintendencia de Sociedades, siendo esta una importante novedad. Cuando sea de forma extrajudicial, la ejecución podrá hacerse mediante el pago con los bienes dados en garantía si le es permitido; de otra forma, el



# Proyecto de Ley

acreedor garantizado puede solicitar la ejecución, pidiendo que se libere orden de aprehensión y entrega del bien, iniciando la correspondiente inscripción del formulario de ejecución de la garantía. Cuando se hace de forma judicial, la ejecución se hará por medio de proceso ejecutivo.

Finalmente, esta iniciativa abriría el camino a la resolución de conflictos relativos al tema a través de medios alternativos como la conciliación y el arbitraje. Lo que, *per se in se*, implica una modernización de las garantías crediticias que históricamente habían sido resueltas ante la jurisdicción ordinaria.



# Ley

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDAD EMISORA:** CONGRESO DE COLOMBIA.

**TIPO DE NORMATIVA:** LEY.

**REFERENCIA Y FECHA:** LEY No. 1527 DEL 27 DE ABRIL DE 2012

**TEMA:** MARCO GENERAL PARA LA LIBRANZA O DESCUENTO DIRECTO.

Mediante esta Ley el Congreso de la República reguló el tema de descuento directo o libranza para los empleados.

Para que esta operación de libranza sea permitida, es necesario: (i) que la autorización mencionada sea expresa; (ii) que la tasa de interés del producto, bien o servicio objeto de libranza, no supere la tasa máxima legal permitida; (iii) que sólo mediante novación, refinanciación o “cambios en la situación laboral del deudor beneficiario” -y con su expresa autorización- pueda modificarse la tasa de interés pactada inicialmente, y (iv) que con la libranza el beneficiario reciba más del 50% del neto de su salario o pensión.

El beneficiario, entre otras cosas, podrá: *i.)* Escoger discrecionalmente tanto la entidad operadora que se encargará de la libranza como aquella en la que se efectúe el pago de su salario o pensión y *ii.)* Exigir que los débitos correspondientes sean destinados a una cuenta AFC o similar.

Además, no se le cobrará ningún costo derivado por la operación de descuento asumida por el empleador o entidad pagadora. En caso de que cambie de empleador o entidad pagadora, deberá informarle dicha novedad a la entidad operadora.

Por su parte, la operadora deberá dejar al alcance del beneficiario, de forma detallada, el extracto periódico de su crédito y “reportar la suscripción de la libranza a bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial y de servicios”.

Así mismo, esta Ley establece que el empleador o entidad pagadora deberán contar con la autorización expresa e irrevocable del beneficiario para la operación de descuento, la cual deberá realizarse dentro de los tres días hábiles siguientes al pago del salario o la pensión al beneficiario, y además, deberán verificar que la entidad operadora esté inscrita en el Registro Único Nacional de Entidades Operadoras de Libranza, entidad creada por virtud de esta Ley y que se encuentra vinculada al Ministerio de Hacienda y de Crédito Público.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas en el párrafo anterior, los hará incurrir en responsabilidad solidaria frente a la obligación adquirida por el beneficiario del crédito.



# Decreto

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADMISORA:** PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

**TIPO DE NORMATIVA:** DECRETO.

**REFERENCIA Y FECHA:** DECRETO No. 0704 DEL 10 DE ABRIL DE 2012

**TEMA:** REGLAMENTACIÓN A LAS SANCIONES IMPUESTAS EN EL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 1480 DE 2011, ESTATUTO DEL CONSUMIDOR.

El Decreto No. 704, expedido el 10 de abril del año en curso, reglamentó el artículo 61 del nuevo Estatuto del Consumidor, estableciendo la graduación de las sanciones por la trasgresión de sus preceptos normativos, así como también las facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio para su imposición.

Dispone el artículo 1º del mencionado Decreto que *“Para efectos de imponer las sanciones previstas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicará los criterios establecidos para la graduación de las multas, previstos en el párrafo primero del mismo artículo”*.

Ahora bien, los criterios para graduar las sanciones a imponer, incluyen los siguientes: el daño causado a los consumidores, la persistencia en la conducta infractora, la reincidencia en la comisión de las infracciones, la disposición de buscar una solución adecuada a los consumidores, la disposición de colaborar con las autoridades competentes, el beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción, la utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción y el grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes.

Esto implica que, tanto para las sanciones pecuniarias -que van desde mil (1.000) hasta dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, al momento de la imposición de la sanción- como para las no pecuniarias, como: el cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días, el cierre definitivo del mismo; la prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos o la orden de destruirlo, han de tenerse en cuenta, por parte de la autoridad que imponga la sanción, los criterios ya mencionados.

Lo anterior, se consideró a la luz de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en cuanto a la aplicación de criterios de justicia, equidad, razonabilidad y proporcionalidad en materia de graduación de sanciones, como consecuencia de facultades otorgadas a la Administración.

Este Decreto entró a regir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1480 de 2011, es decir, el 12 de Abril de 2012.



# Ámbito Internacional

## DATOS DE IDENTIFICACIÓN

**ENTIDADEMISORA:** COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

**TIPO DE NORMATIVA:** COMPENDIO JURISPRUDENCIAL

**REFERENCIA Y FECHA:** COMPENDIO JURISPRUDENCIAL DEL 30 DE MAYO DE 2012.

**TEMA:** PRIMER COMPENDIO JURISPRUDENCIAL DE LEY MODELO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, es el principal órgano jurídico de las Naciones Unidas dedicado al estudio del Derecho Comercial Internacional.

En esta oportunidad, la novedad que nos brinda dicho órgano supranacional es la publicación de un compendio jurisprudencial sobre su ley modelo de arbitraje comercial internacional.

La Ley Modelo de la CNUDMI fue promulgada el 21 de junio de 1985 y modificada el 7 de julio de 2006. Esta compilación, al igual que la reconocida Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías -CISG (por sus siglas en inglés)-, proporciona un importante marco jurídico uniforme que abarca las más variadas familias y tradiciones jurídicas del orbe.

El propósito con que fue creada La Ley Modelo de Arbitraje Internacional es orientar a los Estados para reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral.

Por ende, el texto contentivo del reglamento tiene en cuenta las principales características y necesidades de este mecanismo alternativo de solución de conflictos. El mencionado texto se refiere a todas las etapas del procedimiento arbitral.

Al converger en este compendio distintas experiencias jurídicas internacionales se puede vislumbrar cierto tipo de consenso mundial sobre los aspectos más importantes del arbitraje internacional. Lo anterior como consecuencia directa de la masiva acogida que ha tenido en diferentes países la institución del arbitraje.

Ahora bien, así como la creación de la Ley Modelo le brindó claridad a las partes sobre la práctica del arbitramento, la CNUDMI pretende con este compendio identificar las tendencias de interpretación de la misma, basándose en casos fallados alrededor del mundo. Este documento será lanzado en Singapur y posteriormente se publicará en la página oficial de la Comisión, y además, se ofrecerá una versión impresa del mismo.

## Las cláusulas abusivas en los servicios financieros:

### Interpretación Armónica de las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011

*Diego Rodrigo Cortes Ballén\**

#### ABSTRACT

La protección al consumidor financiero ha experimentado en tan solo tres años, una inusitada proliferación de normas legales dirigidas a remediar el uso desaforado y desproporcionado de cláusulas inscritas en los cuerpos de los contratos comerciales por parte de la parte fuerte de la relación negocial, en desmedro de las garantías y derechos de los usuarios, titulares o partícipes de algunas de las operaciones financieras que diariamente se realizan en el

tráfico comercial. En este sentido, el legislador patrio ha expedido con un intervalo de tiempo reducido (no más de tres años), dos cuerpos normativos cuya implementación ha generado algunas dudas en los foros académicos, en los escenarios judiciales, y en la realidad de la actividad mercantil. El presente trabajo planteará la problemática referente al tratamiento actual de las cláusulas abusivas en los servicios financieros con la entrada en vigor de las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011, para que con base en un ejercicio de hermenéutica jurídica, con el auxilio de las técnicas de interpretación, poder desentrañar el alcance y dimensión de las pretendidas contradicciones que se han planteado entre las dos normas legales.

---

\* Abogado Egresado de la Universidad Externado de Colombia con tesis aclamada y publicada, litigante en Derecho Administrativo, Comercial, Financiero, y Derecho Penal, e Investigador de Derecho Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Ganador del VIII Concurso Nacional Estudiantil de Derecho Comercial, Becario de la Universidad Externado, Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de esta misma casa de estudios, con trabajo de investigación relativo a Las cláusulas abusivas en los servicios financieros: su tratamiento a la luz de la ley 1328 de 2009, participante en seminarios, encuentros, jornadas y diplomados de derecho privado y constitucional. Actualmente, seleccionado por la Organización de Estados Americanos OEA, junto con otros 32 abogados de todo el continente americano, para adelantar el Curso de Derecho Internacional en la Ciudad de Rio de Janeiro, Brasil en el mes de agosto del año en curso.

#### **Planteamiento del Problema**

En el año 2009, el Congreso colombiano expidió por primera vez en la historia jurídica del País una reforma financiera que regulaba pormenorizadamente la problemática de las “Cláusulas” y “Prácticas abusivas” en el sector financiero. Esta reforma financiera se constituyó en un cuerpo normativo especial, por cuanto fue analizado, debatido, proyectado y finalmente adoptado por medio de la **ley 1328 de 2009**, con un destinatario único y conocido: **el sector financiero**.

# Doctrina

Transcurridos tres años después de entrada en vigor la ley de reforma financiera, y aun existiendo dudas del alcance y dimensión de las normas allí consignadas, el mismo Congreso de la República luego de años de peticiones, proyectos y discusiones para adoptar un nuevo Estatuto del Consumidor y ajustar el “**Derecho del Consumo**” a la realidad nacional y a las exigencias internacionales, finalmente promulga **la ley 1480 de 2011** por medio de la cual, se “**Expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones**”

En este orden de ideas, todo resultaría fácil y sencillo para cualquier intérprete u operador jurídico, de no ser porque ambos cuerpos normativos recogieron en su diseño, finalidad y contenido, la problemática y tratamiento de las cláusulas y comportamientos abusivos. De esta manera, un lector desprevenido, se encontraría al estudiar un caso concreto de un negocio comercial relacionado con el sector financiero, con dos cuerpos normativos que regulan una misma materia, por cuanto repito, ambas leyes diseñaron como a continuación expondré, el tratamiento, definición y alcance de las cláusulas y prácticas abusivas. El problema estriba entonces, en determinar si las dos normas se contradicen, se excluyen o se complementan, siendo menester acudir a los criterios de interpretación para establecer si estamos en el terreno de una antinomia, o por el contrario, la contradicción es débil y aparente. A esta discusión se dedicará el presente trabajo.

## La regulación en la Ley de Reforma Financiera

### Aspectos Generales

El Congreso de la República expidió en el año 2009 la ley 1328 por medio de la cual se dictan normas en materia financiera. Dentro de este cuerpo normativo dispuso el diseño e implementación de un **régimen especial**<sup>1</sup> para el tratamiento de las cláusulas y comportamientos contractuales abusivos presentes en los servicios o contratos financieros, independiente de los tradicionales<sup>2</sup>

<sup>1</sup> En este sentido véase: La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. Carlos Pizarro Wilson. Estud. Socio – Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 117-141, julio – diciembre de 2004. pp. 127.

<sup>2</sup> La protección del Consumidor encuentra su respaldo constitucional en los artículos 78; 150 Núm.19º; 189 Núm. 24 y 25; y 335. Así lo ha entendido la Corte Constitucional en Sentencias C-1141 de 2000; C-973 de 2003; T-466 de 2003; T-1018 de 2005 y C-332 de 2000, así como lo ha refrendado la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 3 de mayo de 2005 Expediente. 1999-0441-01. M. P. Cesar Julio Valencia Copete

códigos civiles y comerciales.<sup>3</sup>

En este orden de ideas, la normativa define (art.2) al consumidor financiero como “...**todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.**” Y por cliente financiero señala previamente a “**la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.**”

En cuanto a los productos financieros establece que estos son “**las operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley.**”, mientras que por servicios financieros el ordenamiento colombiano entiende “**aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros.**”

Es claro entonces que la normativa legal dispuso como imperativo, que cualquier producto financiero ofrecido por entidades vigiladas por la superintendencia financiera, cuya reglamentación sea elaborada por la Entidad Financiera como

<sup>3</sup>En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Las Cláusulas Abusivas, en Roma E Amerita Diritto Romano Comune, Revista de Derecho de la integración y Unificación del Derecho en Europa y América Latina. “Roma e América” Coloquio de Iusprivatistas para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano. Ed. Universidad Externado de Colombia. pp. 302 y 303,

parte fuerte de la relación comercial<sup>4</sup>, no contener cláusulas o comportamientos que estén dentro de los criterios señalados para considerarse abusiva, so pena de someterse a las sanciones que la Superintendencia se vea en la obligación de imponer.

### **Nuevo tratamiento de las Cláusulas y Prácticas abusivas en el Sistema Financiero.**

La ley 1328 de 2009 diseñó un sistema autónomo para los comportamientos que pueden considerarse abusivos dentro del sistema financiero, que en todo caso no puede catalogarse de cerrado, al dejar abierta la posibilidad de que otras prácticas y cláusulas puedan ser igualmente exorbitantes, leoninas o en síntesis abusivas, las que deberán ser previa y públicamente decretadas y expuestas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Lo primero que debe recalcarse tratándose del tópico que nos ocupa, es que el legislador sancionó con inexistencia aquellas estipulaciones o cláusulas abusivas que se utilicen en los contratos financieros, asumiendo que aún con conocimiento de la contraparte, estas se considerarán no escritas y serán inoponibles al consumidor financiero (art. 11).

<sup>4</sup>En esto debe hacerse especial énfasis, en atención a que la misma reglamentación impuso dentro del régimen de obligaciones que tienen las entidades financieras la obligación de abstenerse de incurrir en conductas que conlleven a abusos contractuales o la adopción de cláusulas que afecten el equilibrio del contrato.

# Doctrina

Es decir, que no es necesario acudir a la jurisdicción para juzgar la vigencia de la cláusula, pues el legislador de antemano ha hecho un juicio preventivo y ha considerado que la adopción de estas estipulaciones lesionan el equilibrio contractual y por ello se tienen como inexistentes, razón por la cual, el consumidor financiero podrá abstenerse de cumplir con lo normado en la estipulación abusiva, y su actuación no podrá calificarse de incumplimiento pues actuará con base en una autorización de orden legal.

En segundo lugar, el legislador enumero cinco tipos de cláusulas que son abusivas *per se* y que están llamadas a no adoptarse en los cuerpos de los contratos financieros, en este sentido serán abusivas aquellas cláusulas que:

1. Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores;
2. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero;
3. Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones;
4. Limiten los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero;

5. Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

En lo referente a las prácticas abusivas adoptadas por las entidades financieras, el Congreso Colombiano optó, de igual manera, por definir algunas que se consideran abusivas, pero dejó en poder de la Superintendencia Financiera la posibilidad de que establezca otras, que de manera previa y general sean consideradas abusivas.

Así las cosas, para el legislador serán prácticas abusivas las siguientes:

1. El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que éste acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación;
2. El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor;
3. La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra del consumidor financiero; y
4. Las demás que establezca de manera previa y general la superintendencia Financiera de Colombia.

# Doctrina

## La regulación en la Ley del Estatuto Del Consumidor

### Aspectos Generales

Por su parte, la ley 1480 de 2011 por medio de la cual se adoptó el nuevo Estatuto de Consumidor, para los efectos de la problemática aquí planteada, también diseñó un sistema de cláusulas abusivas, pero a diferencia de la reforma financiera estableció una definición amplia, general y estructural distanciándose de la implementación exclusiva de una **lista apertur** de cláusulas y comportamientos abusivos, como en efecto lo hizo la ley 1328 de 2009.

Así las cosas, dentro del **Título VII** referido a la **Protección Contractual**, el mismo Congreso que en legislaturas pasadas había adoptado no una definición de cláusula abusiva, sino el diseño de una lista de casos que podrían señalarse de abusivos en el sector financiero, ahora en el **Capítulo III** de esta normativa, titulado **Cláusulas Abusivas**, adopta una definición, la que para efectos prácticos es la siguiente:

**“ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN.**  
*Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.*

*Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”<sup>5</sup>*  
*(Negrillas y cursivas fuera del texto).*

Por demás, resulta en todo más afortunada y estructurada la definición de cláusula abusiva que incorpora el estatuto del consumidor, que la ausencia de definición establecida en la ley 1328. En todo caso, a diferencia de la ley de reforma financiera, el legislador aquí prefirió definir lo que se entiende por cláusula abusiva, y luego sí señalar acto seguido, una lista de cláusulas que se consideran abusivas<sup>6</sup> para la relaciones de consumo, destacando que en todo caso, el uso de cláusulas abusivas en el contenido de un contrato, genera como sanción la ineficacia de pleno derecho de la cláusula<sup>7</sup>, la que en términos del

<sup>5</sup> [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley\\_1480\\_2011\\_pr001.html#42](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1480_2011_pr001.html#42)

<sup>6</sup> Ver artículo 43 que establece 14 tipos de cláusulas abusivas.

<sup>7</sup> En la doctrina italiana se conoce a esta idea básica y medular de sostener la fuerza vinculante de un contrato, a pesar de las anormalidades inscritas en el cuerpo del mismo al violar normas imperativas, como el **PRINCIPIO DE SALVACIÓN DEL NEGOCIO**, con base en el cual, los negocios se realizaron para cumplirse, lo cual es reconocido por nuestro legislador patrio en los términos del artículo 44 ya citado. Véase **BETTI, Emilio. TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO. Ed. COMARES 2000, pp. 435 y ss.**

# Doctrina

artículo 44 de este mismo capítulo, se define como:

**“ARTÍCULO 44. EFECTO DE LA NULIDAD O DE LA INEFICACIA.** *La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.”* (Cursivas fuera del texto)

### **¿Antinomia o contradicción aparente?**

Es de reconocimiento generalizado, que cuando nos referimos a antinomias propiamente dichas, hacemos referencia al choque directo entre dos normas cuyo alcance y contenido son de la misma categoría.

Justamente el tema de las antinomias hace referencia a un problema específico de un ordenamiento jurídico, pues se trata de la existencia de dos normas, cuyo contenido y aplicación deben definirse para mantener incólume la coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico<sup>8</sup>.

De esta manera, el tópico de las antinomias siempre hace referencia a un conflicto de

<sup>8</sup> Sobre este particular, se ha seguido: Teoría General del Derecho. BOBBIO Norberto. Ed. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999. Pp. 177 a 205 y 208 a 238. Capítulos III y IV. Magnífica obra donde se desarrollan los temas de COHERENCIA y PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

interpretación, y su razón de ser estriba, en que se parte de la idea teleológica de que el ordenamiento jurídico no tiene vacíos, lagunas, ni contradicciones, y que de llegar a presentarse, es el mismo ordenamiento quien las corrige.

En este orden de ideas, dentro del choque entre las leyes 1328 y 1480 en lo referido al concepto, tratamiento y sanción de las cláusulas abusivas, debe verificarse que se trate de un verdadero conflicto de interpretación entre ambas normas, para lo cual debemos verificar que: i. Corresponda a dos normas dentro de un mismo ordenamiento jurídico; ii. Ambas normas tengan un mismo contenido temporal, espacial, personal y material; y iii. Que existan choques evidentes y no aparentes entre ambas normativas.

### **Análisis del caso concreto**

Verifiquemos en concreto, si existe una antinomia o un choque aparente:

- I. **Presupuesto:** Ambas normas, tanto la ley 1328 de 2009 como la ley 1480 de 2011 son leyes ordinarias de la República, pertenecen en este orden de ideas al mismo ordenamiento jurídico, y sobre ellas pesa toda su fuerza y condición vinculante, por cuanto no existe ningún pronunciamiento de la Corte constitucional en sede de constitucionalidad de las leyes, que haya derogado en parte, o en todo su contenido.

# Doctrina

## I. Verificación Ámbitos De Validez

### a. Temporal

#### Identidad de tiempo de vigencia

▶ La ley 1328 de 2009, en lo relacionado con las cláusulas abusivas entro en vigencia a partir del 1º de julio de 2010 (art.101);

▶ Por su parte la Ley 1480 entro en vigencia 6 meses después de su promulgación, y fue expedida el día 12 de Octubre de 2011(art.84)

**Conclusión:** la ley 1480 es la ley posterior, mientras la ley 1328 es la ley priori o primera.

### b. Espacial

#### Identidad de territorio de aplicación

- ▶ La Ley 1328 de 2009 establece que en los artículos 1, 4 y 101, que su ámbito de aplicación entre otras, es la protección del consumidor financiero en la actividad financiera, aseguradora y bursátil que prestan entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, quiere ello decir, que rige en todo el territorio nacional.
- ▶ La Ley 1480 de 2011 señala en su artículo 2 y 84, que rige en todas las relaciones de consumo, en todos los sectores de la economía, respecto de los cuales no exista regulación especial, y

que esta normativa será aplicable a los productos nacionales e importados, es decir, que su ámbito de aplicación espacial son las relaciones de consumo desplegadas en todo el territorio nacional.

**Conclusión:** ambas normas rigen en todo el territorio nacional.

### c. Personal

#### Identidad de Sujetos - Destinatarios

#### Ley 1328 de 2009

- ▶ La ley 1328 de 2009 según lo dispone su artículo 1, su objeto y ámbito de aplicación son la protección de los consumidores financieros y las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, incluyendo a toda persona que sea consumidor en el sector financiero, asegurador o del mercado de valores.
- ▶ La ley 1328 de 2009 definió en el artículo 2 a sus destinatarios, señalando que el consumidor financiero es “**...todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.**” Y por cliente financiero estableció previamente a “**la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.**”

# Doctrina

## Ley 1480 de 2011

- ▶ Según lo determina el artículo 1 de la ley 1480 de 2011, el estatuto del consumidor **“...tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos...”**.
- ▶ Por su parte, en el artículo 5 titulado definiciones, establece en el numeral 3º que es: **“Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”**
- ▶ Acto seguido, en el numeral 4º señala que **“Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”**, y así mismo determina en el numeral 8º que: Producto, es **“Todo bien o servicio.”**

**Conclusión:** Ambas normas tienen como sujeto destinatario a los consumidores, mientras la ley 1328 de 2009 tiene por destinatario especial al consumidor financiero, la 1480 tiene como destinatario al consumidor en todos los campos de la economía, luego incluye al consumidor financiero.

### d. Material

#### Identidad de contenidos normativos

#### Ley 1328 de 2009

- ▶ La ley 1328 de 2009 según lo dispuso su artículo 1, su objeto y ámbito de aplicación son la protección de los consumidores financieros y las relaciones entre estos, y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, incluyendo toda persona que sea consumidor en el sector financiero, asegurador o del mercado de valores.
- ▶ La ley 1328 de 2009 regula en el Capítulo V, artículos 11 a 12 el tema de las cláusulas y prácticas abusivas en los servicios financieros, sin establecer una definición general de cláusula o práctica abusiva, sino una nomenclatura de casos que son considerados abusivos, dejando abierta la puerta para que la Superintendencia Financiera de Colombia por vía de una norma general y amplia, previamente informe cuales otras conductas o cláusulas dentro del sector financiero son abusivas.



# Doctrina

- ▶ La ley 1328 de 2009 prohibió el uso de cláusulas que a su tenor literal, o por mandato de la Superintendencia Financiera de manera previa y general sean consideradas abusivas, y las sancionó, según texto del párrafo del artículo 11 con ineficacia plena, sin necesidad de pronunciamiento judicial, por cuanto textualmente señaló: **“Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”**

## Ley 1480 de 2011

- ▶ Según lo determina el artículo 1 de la ley 1480 de 2011, el Estatuto Del Consumidor **“...tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos...”**, acto seguido, en el artículo 2 define su objeto y ámbito de aplicación y señala que:

**“Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.**

**Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados”**

- ▶ Despunta trascendental y determinante, que en el artículo 4 de la ley 1480 se señale que: **“Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley.”** Para inmediatamente imprimir que: **“Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor.”**
- ▶ La ley 1480 de 2011 reguló en el Título VII de la Protección Contractual, en el Capítulo III artículos 42, 43 y 44, el tema de las cláusulas abusivas, fijando una definición general e inmediatamente estableciendo catorce (14) casos, que se consideran *per se* abusivos en las relaciones de consumo.



# Doctrina

- ▶ La ley 1480 de 2011 prohibió el uso de cláusulas que al tenor de su definición sean abusivas, o estén dentro de la nomenclatura de casos señalados en el **artículo 43**, señalando textualmente en el **artículo 42** que **“Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho”** A continuación, en el **artículo 43** señala: **“Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que [...]”**, y con posterioridad en el **artículo 44** que determina el efecto o consecuencia de las cláusulas ineficaces, es decir las abusivas, señala que: **“La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces [...]”**

**Conclusión:** Ambas normas disponen una regulación de las cláusulas abusivas. Mientras la ley 1328 de 2009 lo hace en forma especial para los consumidores financieros, la ley 1480 de 2011 lo hace para cualquier consumidor, destacando que esta norma es de orden público y de obligatorio cumplimiento, y en todo caso, según lo dispone la propia normativa se aplicara en forma favorable a los intereses del consumidor. Así mismo, ambas normas tienen identidad lógico – jurídica porque ambas normas disponen que el uso de cláusulas que al tenor de sus disposiciones sean abusivas, se consideraran por no escritas,

nulas de pleno derecho, ineficaces, en síntesis: inexistentes, sin que ello signifique la nulidad del negocio en su totalidad, siempre y cuando pueda subsistir el contrato o negocio en aquello que no esté comprometido con la cláusula abusiva.

## Solución Al Caso Concreto

Contrario a lo que pudo llegar a pensarse, en realidad las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011 lejos de contradecirse y ser incompatibles, terminan complementándose. Aunque la discusión puede resultar acalorada respecto de las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, y la Superintendencia Financiera de Colombia, lo central del análisis dispuesto en este trabajo es que el régimen de protección del consumidor financiero como un todo, armónico y ordenado, impone la aplicación de ambas normas legales.

En este orden de ideas, es absolutamente cierto que la ley 1328 de 2009 es el régimen especial para el consumidor financiero, pero por disposición de una norma posterior y general, cuya naturaleza es de orden público, se amplía el campo de cobertura de la protección del consumidor financiero a este tipo de consumidor.

Así las cosas, es la misma ley 1480 la que señala en su artículo 4º que las normas dispuestas en ese estatuto se aplicaran en forma favorable al consumidor, y que en cualquier caso de duda está se resolverá a favor del consumidor, cobijando desde luego al consumidor financiero. De esta

# Doctrina

manera, la definición general, amplia y afortunada del artículo 42 de esta ley favorece al consumidor financiero, y debe constituirse en un criterio de interpretación indiscutible por parte de la Delegatura de Protección al Consumidor Financiero de la Superintendencia Financiera de Colombia, para determinar los casos en que aparezcan cláusulas que puedan tildarse de abusivas, por cuanto a ella le fue atribuida la competencia para determinar en forma previa y general, aquellas conductas y cláusulas que en el sector financiero son leoninas o desproporcionadas.

De esta manera, no existen contradicciones, ni incompatibilidades, ni ninguna antinomia<sup>9</sup>, la que solo hubiere podido establecerse sí: i. Una de las normas ordenaba hacer algo, y la otra norma lo hubiera prohibido (**Contrariedad**); ii. Una de las normas ordenaba hacer alguna cosa y la otra hubiera permitido no hacerlo (**Contradictoriedad**); y iii. Una norma hubiera prohibido hacer algo, mientras la otra permitía hacerlo (**Contradictoriedad**).

Por el contrario, existirá tanta unidad de coherencia entre las dos normas, que ambas sancionan comportamientos abusivos, y aunque en la realidad la primera de las normas (ley 1328) no tenga una definición de cláusula abusiva, lo cierto es que el contenido de la **lista apertur** que configuro el legislador, contiene en forma íntegra comportamientos que representan un perjuicio

injustificado al consumidor financiero, afectando condiciones de modo, tiempo y lugar para poder ejercer sus derechos.

Finalmente, es tan sui generis la forma como se ha legislado en Colombia sobre esta materia, que una norma general posterior (ley 1480 de 2011) complementa una norma especial anterior (ley 1328 de 2009), y es precisamente la ley 1480 de 2011 la que en su artículo 57 define, establece y regula en forma general, las atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia para conocer y fallar de los asuntos que se refieran a la ejecución y/o cumplimiento de obligaciones contractuales entre consumidores financieros y entidades sometidas a la vigilancia de dicha entidad administrativa, atribución que transcurridos dos años de expedida la reforma financiera no existía.

<sup>9</sup> BOBBIO Norberto. Ob. Cit., pp. 187 y ss.