

BOLETÍN DE DERECHO COMERCIAL

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

MARZO DE 2021. NO. 1602

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

cjc

CÍRCULO DE JÓVENES
COMERCIALISTAS

JUNTA DIRECTIVA

PRESIDENTE

Jorge Oviedo Albán

VICEPRESIDENTA

Yira López Castro

VOCALES PRINCIPALES

Gustavo Cuberos Gómez

Hernando Parra Nieto

José Alberto Gaitán Martínez

Ernesto Rengifo García

VOCALES SUPLENTE

Arturo Sanabria Gómez

Sebastián Salazar Castillo

Tulio Cárdenas Giraldo

Lisandro Peña Nossa

REPRESENTANTES DE EXPRESIDENTES

PRINCIPAL

Jaime Tobar Ordoñez

SUPLENTE

Carlos Humberto Jaimes Yañez

COMISARIO DE CUENTAS

Luz Helena Mejía

SUPLENTE

Fanny Patricia Lozano Cañizales

SECRETARIO GENERAL Y TESORERO

Alejandro Páez Medina

Colegio de Abogados Comercialistas

ISSN: 2339 - 3351

Bogotá - Colombia.

Editores: Jorge Oviedo Albán y Yira López Castro

Diagramación: María Alejandra Jiménez Rodríguez

*Los autores de las reseñas son estudiantes de pregrado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

I. PERSPECTIVAS

- *El caso Naturgy contra Colombia. Una segunda experiencia en materia de arbitraje de inversiones* 6
Por: Sebastián Salazar Castillo.
 Miembro de la Junta Directiva del CAC. Socio de Rincón Cuéllar & Asociados
- *¿Regular la franquicia? tal vez sí, pero no así* 8
Por: Maximiliano Rodríguez Fernández.
 Socio en Sotomonte, Sotomonte & Rodríguez Abogados
- *Tras la búsqueda del remedio frente a algunos vacíos legislativos en el estatuto arbitral* 11
Por: Juan José Ávila Castro.
 Colegiado del CAC. Especialista en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Sergio Arboleda
- *Sí es procedente el llamamiento de garantía en los procesos de consumo ante la superintendencia de industria y comercio* 13
Por: Camila Abella Gutiérrez.
 Miembro del Círculo de Jóvenes Comercialistas Abogada Asociada en Rincón Cuéllar & Asociados. Cofounder de Guía Legal de la Moda.

II. CONTRATOS MERCANTILES 15

- *Fiducia inmobiliaria. Obligaciones de información de la entidad fiduciaria en relación con el cumplimiento del punto de equilibrio de un proyecto de construcción.* 15
Por: Andrés Felipe Fierro Jaramillo (Universidad del Rosario)
- *Contrato de Corretaje. Prueba del éxito de la gestión del corredor para el pago de la comisión.* 16
Por: Sibila Coronado Alvarez (Universidad del Rosario)

III. RESPONSABILIDAD

- *Responsabilidad de las empresas constructoras por sus edificaciones. Legitimación de la administración de la propiedad horizontal en relación con la garantía decenal.* **18**

Por: Andrés Felipe Fierro Jaramillo (Universidad del Rosario)

IV. DERECHO SOCIETARIO

- *Negociación de acciones y derecho de preferencia en sociedades anónimas* **19**

Por: María Alejandra Jiménez Rodríguez (Universidad del Rosario)

- *Régimen actual de las reuniones ordinarias del máximo órgano social* **20**

Por: Astrid Carolina Piratoba Tocarruncho (Universidad del Rosario)

V. PROPIEDAD INTELECTUAL

- *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor: Infracción al derecho de reproducción y puesta a disposición de obras literarias por sitios web que ofrecen descarga de libros gratuita* **22**

Por: María Alejandra Jiménez Rodríguez (Universidad del Rosario)

VI. DATOS PERSONALES

- *Recolección de imágenes de las personas que ingresan a los establecimientos de comercio* **24**

Por: Astrid Carolina Piratoba Tocarruncho (Universidad del Rosario)

NOTICIAS CAC **26**

EDITORIAL

50 años del Código de Comercio

El 27 de marzo de 1971, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al Presidente de La República en virtud del numeral 15 del artículo 20 de la Ley 16 de 1998, se dictó el Decreto 410 por el cual se expidió el Código de Comercio.

Cincuenta años de su expedición, constituye un buen pretexto para recordar a quienes contribuyeron a su elaboración, como también al proyecto de 1958 que le precedió, sino también para hacer una evaluación objetiva sobre su impacto en el desarrollo del Derecho Comercial colombiano. La propia naturaleza dinámica y siempre cambiante de las relaciones comerciales requieren que el Derecho antes que pretender mantenerse y fijarse en reglas estáticas, pueda estar en capacidad de responder a los problemas que surgen de las mismas. Ello exige normas dinámicas intérpretes que puedan aportar nuevas lecturas y aplicaciones de las reglas mercantiles.

Sin duda, dentro de dicha evaluación se requiere pensar si se necesita o no una reforma legislativa – total o parcial – o bien la adopción de leyes especiales que regulen aspectos no cubiertos por el Código. Ejemplos de lo uno y lo otro, son la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 1998, en materia societaria, como también la Ley 1116 de 2002 sobre insolvencia, la Ley 527 sobre comercio electrónico, el Decreto 01 de 1990 sobre contrato de transporte, la Ley 389 de 1997 sobre contrato de seguro, el Decreto 2153 de 1992 que en buena medida se refiere a las prácticas restrictivas de la competencia y la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal, la Ley 518 de 1999 por la cual se adoptó la Convención sobre Compraventa Internacional de mercaderías, entre muchas otras, que en cada uno de sus campos, han contribuido a solucionar las diversas necesidades que el comercio ha ido planteando y que de alguna forma han dado nuevos aires al Código.

En este análisis, se debe partir por preguntarse si el Código sigue sirviendo o no para regular el comercio antes de salir a proponer modificaciones, derogatorias o la adopción de nuevas disposiciones. Si el país necesita que el Código se mantenga; si se requiere uno nuevo (unificado o no con el civil) o más bien transitar hacia un proceso de descodificación mediante el cual los diversos temas que componen la materia “mercantil” se regulen por medio de leyes especiales, es una decisión que debe estar precedida de un amplio y democrático debate en el que confluyan no solo las visiones académicas, sino también las de jueces, árbitros, abogados, empresarios, entidades gubernamentales, Cámaras de Comercio y en general todos a quienes concierna el asunto. De igual manera, cabe preguntarse por los problemas que no encuentren solución en las normas vigentes o en la jurisprudencia, como también la mirada al derecho extranjero, debe estar precedida por una reflexión acerca de la conveniencia o inconveniencia de trasplantar figuras foráneas, pues no hacerlo, significaría también importar problemas foráneos.

El Colegio de Abogados Comercialistas, fiel a su misión, es un escenario dentro del cual los análisis y las discusiones que busquen aportar soluciones al país serán siempre bienvenidos.

Jorge Oviedo Albán
Presidente

Yira López Castro
Vicepresidenta

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

PERSPECTIVAS

El caso Naturgy contra Colombia. Una segunda experiencia en materia de arbitraje de inversiones

Por: Sebastián Salazar Castillo (Miembro de la Junta Directiva del CAC. Socio de Rincón Cuéllar & Asociados)

Como es sabido, con fecha 12 de marzo de 2021 se resolvió, mediante el laudo correspondiente expedido por un Tribunal de arbitraje organizado bajo el reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI), la controversia entre Naturgy Energy Corp y Naturgy Electricidad Colombia (Anteriormente compañías de Gas Natural Fenosa) en contra de la República de Colombia.

Dicha decisión es la segunda de tribunales arbitrales de inversiones en procesos que involucran al Estado Colombiano como parte demandada, tras la anterior experiencia del caso de Glencore contra Colombia en 2019.

Mucho se ha comentado sobre estas reclamaciones y sus consecuencias. En particular como consecuencia de las numerosas reclamaciones en curso en contra de Colombia por circunstancias similares a esta, basadas en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) que se han suscrito y ratificado en los últimos años. Como ejemplo de dichos tratados, encontramos el firmado con Suiza (bajo el cual se resolvió la controversia con Glencore), el firmado con España (aplicable a la controversia con Naturgy) y el firmado con Francia recientemente, que dio lugar a la sentencia C-252 de 2019 por parte de la Corte Constitucional.

Atendiendo el caso particular de Naturgy, los hechos que motivaron su ocurrencia se relacionan con la intervención que hiciera el Estado Colombiano de la empresa Electricaribe, encargada de proveer el servicio público esencial de energía eléctrica en los departamentos de la zona norte de Colombia.

Dicha intervención fue considerada por el inversionista como una violación a sus derechos y, en especial, a las particulares protecciones que los APPRI (especialmente el suscrito con España) conceden a los inversionistas, como en efecto ocurre con el demandante en este caso.

Los inversionistas reclamaban, entre otras cosas, que la conducta del Estado había sido violatoria de sus derechos a recibir un trato justo y equitativo (TJE o FET por sus siglas en inglés), argumentando que no se había brindado protección y seguridad plena a la inversión (PSP) y que los actos estatales eran contrarios al estándar de nación más favorecida (MFN por sus siglas en inglés). Estas alegaciones estaban basadas en afirmaciones relativas a (i) como el Estado había incumplido compromisos puntuales de apoyo para mejorar la situación de la compañía y con esto mejorar el servicio, (ii) deudas de entidades territoriales por conceptos de energía que no habían sido pagadas, (iii) la inactividad del Estado al momento de procesar reclamaciones en contra de consumos ilegales de energía y, finalmente, (iv) por la desprotección en que se afirma se encontraban debido a las decisiones de las Cortes colombianas que prohibían retirar el servicio de energía por no pago en casos de personas en situaciones especiales.

Para los detractores, específicamente quienes consideran que con la suscripción de tratados de protección a las inversiones se conceden derechos excesivos e innecesarios a los inversionistas extranjeros con el propósito de atraer inversión al país, estas reclamaciones suponen un riesgo a la seguridad y estabilidad económica del Estado.

No obstante, la experiencia en Colombia con este tipo de decisiones no debe ser catalogada como insatisfactoria. En el caso en comento, la decisión del Tribunal arbitral fue favorable a Colombia. Los fundamentos de la decisión, así como los fundamentos en el caso de Glencore, soportan la afirmación de que, independientemente del resultado, las decisiones han partido de una base clara de respeto por las instituciones y el actuar del Estado, sin que esto signifique que los Estados tienen carta blanca para actuar a su antojo.

En el caso de Naturgy, la decisión del Tribunal en diversos aspectos se basa en el respeto por las decisiones y actividad del Estado, mientras estas se ciñan a la normatividad interna. No se trata entonces del Estado comprometiéndose a dejar de actuar o de regular, sino a hacerlo de forma acorde con las normas y a no comportarse de forma errática e injustificada al momento de expedir regulaciones.

Saltan a la vista distintas posiciones que soportan este respeto institucional en la decisión, así como la responsabilidad que se pone en cabeza del inversionista de soportar las cargas que conocía desde el momento de realizar su inversión. En este caso, al momento de analizar el cumplimiento de estándares como la Protección y Seguridad Plenas, el Tribunal recordó que el cumplimiento de este derecho no es para el Estado una obligación de resultado sino de medio, exigiéndose por tanto únicamente debida diligencia en cuanto a la protección. Esta posición, favorable claramente al Estado y una que no le impone cargas excesivas, ya había sido adoptada en casos anteriores como el de AAPL contra Sri Lanka en 1990 y Tecmed contra México en 2003, entre otros.

Bajo este estándar, el Tribunal de Naturgy concluyó que el Estado colombiano no había violado su obligación de otorgar protección y seguridad plenas, al haber realizado las acciones a su alcance y, además, sostiene que la difícil situación que relata el inversionista era conocida por éste incluso desde antes de la realización de la inversión.

Similares análisis se encuentran al momento de revisar el cumplimiento del estándar de Trato Justo y Equitativo, en donde el Tribunal no encontró comportamientos que violaran la seguridad jurídica ni compromisos específicos del Estado para con el inversionista, por lo que no consideró hubiese falta alguna en cabeza del Estado demandado.

Así las cosas, la decisión favorable al Estado colombiano en el caso de Naturgy es una que resulta muy importante no solo desde la decisión misma, sino desde la interpretación que se da a los estándares de protección a los inversionistas y al actuar del Estado respecto de los mismos.

Con esto, se avanza en un sistema que protege a los inversionistas al revisar y juzgar si los Estados en efecto actuaron de forma ajustada a la legislación, si su comportamiento no violó los estándares de protección, pero que en todo caso concede campo de acción y de respeto al Estado en cuanto a sus funciones y actividades de control y garantía de protección a la población en asuntos como el acceso a servicios públicos esenciales.

¿Regular la franquicia? tal vez sí, pero no así

Por: Maximiliano Rodríguez Fernández (Socio en Sotomonte, Sotomonte & Rodríguez Abogados)

Hace unas semanas tuve el honor de ser invitado por el Colegio de Abogados Comercialistas a un conversatorio en el que se me preguntó si era necesario regular el contrato de franquicia y la pertinencia de la metodología propuesta para el efecto en el artículo 11 de la Ley 2069 de 2020. A continuación, me permito presentar una breve reseña de lo señalado por el suscrito al respecto:

1. La norma en comentario.

El artículo 11 de la denominada Ley de Emprendimiento (Ley 2069) autorizó al Gobierno Nacional para reglamentar las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado, a que haya lugar, es decir, autoriza expresamente al Gobierno Nacional para que, por vía de decreto, tipifique el contrato. La norma en mención, si bien puede tener como propósito responder a algunos de los problemas que enfrentaría la franquicia en la actualidad, genera importantes dudas. No parece pertinente que el proceso de tipificación de este contrato (o de cualquier otro), de ser necesario, se haga por la vía de un decreto reglamentario, cuando existen normas de rango superior que prohíben expresamente la deslegalización en asuntos de máxima trascendencia, como lo es la imposición de límites a la libertad contractual. Tampoco resultaría conveniente la expedición de una normativa carente de un debate previo y amplio acerca de la pertinencia de regular o no el contrato, el alcance de dicha regulación y los efectos que pueda tener sobre la forma como se ha venido ejecutando este instrumento/modelo de negocios en el país.

2. La delegación/deslegalización que se propone en el artículo 11 de la Ley 2069 desde la perspectiva constitucional.

Lo primero que debemos señalar es que la norma (artículo 11) parece acudir a lo que conocemos como

deslegalización, un proceso que tiene lugar, en concepto de la Corte Constitucional, “cuando quiera que el legislador remite al reglamento la ordenación/regulación de un tema específico que no aparece regulado de manera sustancial en el texto legal” [1]. Como regla general, la deslegalización se presenta como una excepción a la reserva de ley incorporada en la Carta Política.

En virtud de la reserva de ley (de carácter ordinario), corresponde exclusivamente al legislador el desarrollo de determinados asuntos[2]. Como regla general, las materias objeto de reserva de ley no pueden ser deslegalizadas, esto es, no puede remitirse a autoridades administrativas la posibilidad de regular mediante decretos reglamentarios, actos administrativos o resoluciones, las materias o asuntos que el constituyente primario reservó a la ley o a normas con fuerza de ley. Por ejemplo, y en el caso que nos atañe, cualquier norma que pretenda limitar la libertad económica y con ello la libertad contractual, en los términos del artículo 333 de la Carta Política[3] solo puede tener rango legal[4]. Es por ello por lo que el artículo 150 No 21 de la Constitución señala expresamente que le corresponde al Congreso de la República “Expedir las leyes de intervención económica, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica”.

Ahora bien, excepcionalmente y de manera restringida se permite la habilitación o delegación legislativa al presidente para que, por medio de

[1]Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-172/10.

[2] Al respecto, Corte Constitucional, Sentencia C-228/10 - Sentencia C-810/14. También: Consejo de Estado, veinte (20) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219).

[3] El artículo 333 señala que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.” De igual forma la norma señala que “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” Al respecto, Corte Constitucional, Sentencia C-219/15

[4]Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-186/11

decretos dictados con base en las facultades extraordinarias (por la vía del artículo 150 numeral 10) regule la materia reservada a la ley[5]. Lo anterior, siempre y cuando los aspectos principales o centrales de la materia objeto de reserva estén contenidos o regulados mediante ley o norma de rango legal.

Al analizar el texto del artículo 11 de la Ley 2069 encontramos que en el mismo se autoriza al Gobierno Nacional para “establecer las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado”. Lenguaje que sugiere de entrada el otorgamiento de una potestad amplia, desprovista de normas generales o de un marco legal que debe seguir el ejecutivo en el uso de la potestad/delegación que se le otorga. Una norma que en nuestro sentir autoriza de manera expresa al Gobierno Nacional para limitar la libertad económica, y más específicamente la libertad contractual, libertades que, en los términos de los artículos 333 y 150 No 21, solo pueden ser limitadas previa autorización legal.

Así las cosas, consideramos necesario que, antes de ejercer las facultades otorgadas, se analice de manera cuidadosa la constitucionalidad de la norma, y con ello, los impactos que podría tener en el comercio y la seguridad jurídica la elaboración de un decreto que pueda ser susceptible de nulidad o la declaratoria de inconstitucionalidad misma de la norma del artículo 11.

3. El artículo 11 desde la perspectiva de las normas comunitarias.

En igual sentido, cabe recordar que el artículo 55 del Acuerdo de Cartagena señala que: La Comunidad Andina contará con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

Considerando que en el caso de la franquicia es posible que en ejercicio de las facultades extraordinarias se regulen aspectos relacionados con

marcas, licencias y/o regalías, particularmente al momento de reglamentar lo concerniente a las obligaciones de las partes (Franquiciante y Franquiciado) en lo que se refiere a la propiedad industrial objeto del negocio jurídico que nos ocupa, resulta prudente analizar si las normas que se van a expedir tocan temas que deberían ser de competencia de la CAN o van en contravía de las normas comunitarias.

4. Desde el punto de vista de pertinencia, discusión y debida socialización del proyecto.

Tipificar contratos no es un asunto de poca monta; es decir, es un proceso con el que se pretende dotar de seguridad jurídica a comerciantes y empresarios, a más de proteger intereses, eliminar la desigualdad o asimetría contractual, incorporar deberes y obligaciones, y limitar, en suma, la libertad contractual. Proceso que debe seguirse de manera responsable, a través de proyectos (de ley preferiblemente y cuando así lo ordena el mandato) que puedan ser ampliamente discutidos y debatidos por la comunidad empresarial, la academia y los practicantes; donde se permita conocer el espíritu de la norma que se proyecta[6], así como la forma como puede impactar, positiva o negativamente, el desarrollo de la economía y el normal devenir de los negocios[7].

Así, antes de tipificar es fundamental analizar la forma como se viene ejecutando el contrato en el país. Dicho análisis nos permitirá determinar si en su desarrollo se ha presentado evidencia importante de

[5]Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-690/03

[6] Algo que desafortunadamente encontramos complejo en el caso de los decretos del ejecutivo.

[7] Y es que no se puede perder de vista que, como lo señala el Maestro Fernando Hinestrosa, que: “Se habla de tipicidad para indicar la manera como la sociedad y, tras de ella, el ordenamiento, responde a las exigencias de crear instrumentos o herramientas que los particulares puedan emplear para impulsar su actividad, ante todo la económica, y alcanzar los bienes y los servicios que apetecen y que cada vez más han de solicitar del prójimo, comoquiera que la autosatisfacción y la economía natural resultan ya, por así decirlo, piezas arqueológicas.” Hinestrosa, F. 2013. Autonomía privada y tipicidad contractual. Revista de Derecho Privado. 24 (jun. 2013), 3-13. Conferencia pronunciada en el Seminario sobre el Contrato, Universidad Católica de Valparaíso, 24 a 26 de mayo de 1999.

Así, antes de tipificar es fundamental analizar la forma como se viene ejecutando el contrato en el país. Dicho análisis nos permitirá determinar si en su desarrollo se ha presentado evidencia importante de abusos, o si la falta de regulación ha permitido/incentivado que se presenten disrupciones en el mercado. Una vez realizado ese análisis deberíamos evaluar si los preceptos vigentes son o no aptos para solucionar las controversias/vicisitudes evidenciadas en la materia.

La norma que tipifique la franquicia debería igualmente ser producto de un riguroso estudio y discusión en los que se aborden íntegramente, por lo menos y sin obviar el ya solicitado estudio de constitucionalidad, estos interrogantes: ¿Es necesario/conveniente regular el contrato? ¿Qué se pretende regular? ¿Cuál será el alcance o naturaleza jurídica de las normas que se expidan? ¿Serán consideradas normas de orden público, o normas simplemente dispositivas? ¿Se regulará la franquicia nacional e internacional, o solo la nacional? ¿Qué efectos tendrán esas normas sobre los contratos vigentes, cómo los afectan?

Finalmente, y aunque no es pertinente desconfiar del futuro trámite en este asunto, los antecedentes no llaman a la tranquilidad. En el caso particular no entendemos por qué no se sometió la regulación que se pretende a consideración del Congreso de la República, siendo este el escenario natural, tal y como lo ordena el mandato constitucional, para tan relevante discusión; mucho menos se entiende por qué no se hizo referencia alguna a la franquicia en la exposición de motivos de la Ley 2069, con lo que no es claro tampoco el espíritu mismo de la norma que se pretende.

Si observamos la evidencia existente, esa disponible al lector, tal vez por ahora lo único que podríamos señalar es que tenemos un modelo de negocio/contrato que ha sido muy eficiente en el país, tal vez con bajos niveles de litigiosidad (a juzgar por los escasos precedentes judiciales/arbitrales en

la materia), por lo que me resulta en principio difícil concluir que el contrato debe necesariamente ser regulado, mucho menos por las vías del debate cerrado y/o limitado a la voluntad de unos pocos como se presenta usualmente en el caso de los reglamentos del Gobierno Nacional. Entonces, ante la pregunta ¿es necesario regular la franquicia? Mi respuesta sería; tal vez sí, pero no así.

Tras la búsqueda del remedio frente a algunos vacíos legislativos en el estatuto arbitral

Por: Juan José Ávila Castro (Colegiado del CAC. Especialista en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Sergio Arboleda)

Reconociendo las bondades, del nuevo estatuto arbitral ley 1563 de 2.012, que representa un esfuerzo de modernización legislativa, acorde con las actuales corrientes normativas en el mundo, la compilación de las normas que regían la materia y la decantación de la práctica arbitral en Colombia, como toda obra humana, y la Ley no es la excepción, presenta en nuestro parecer algunos vacíos o deficiencias de carácter legislativo, que en primer término me permito identificar, con fundamento en la praxis del ejercicio profesional, para con el auxilio de la comunidad jurídica interesada, puedan ser abordadas y resueltas, en un futuro inmediato, más aún cuando a nivel legislativo se tramita proyecto de ley que busca modificar la Ley 1563 de 2.012 en algunos aspectos.

El primer vacío legislativo objeto de la presente nota, se presenta respecto de las consecuencias o efectos jurídicos de la declaratoria de competencia parcial sobre las pretensiones de la demanda en la primera audiencia de trámite, tema que tampoco es abordado en el proyecto de reforma al estatuto arbitral que cursa en el congreso.

Efectivamente, establece el artículo 30 del estatuto arbitral las consecuencias de la declaratoria de falta de competencia total para asumir el conocimiento de la totalidad de las pretensiones de la demanda arbitral y de la demanda de reconvenición, entre las que se encuentran la extinción de los efectos del pacto arbitral y la devolución a las partes, tanto de la porción de gastos no utilizada, como de los honorarios recibidos.

No obstante la claridad de la norma en comento, nada se dice sobre las consecuencias de la asunción de competencia parcial que pueden hacer los árbitros en la primera audiencia de trámite. Frente a esta situación, el estatuto arbitral esta huérfano de

regulación y es por esto que se presentan los siguientes interrogantes y paradojas, a saber;

1. ¿Las partes tienen derecho a la devolución parcial de los honorarios y gastos pagados?
2. ¿Las partes no tienen derecho a la devolución parcial de honorarios, puesto que la fijación de honorarios efectuada mediante auto, dictado en la audiencia de conciliación y fijación de honorarios, se encuentra en firme por no haber sido impugnada dicha fijación en término?
3. ¿Los árbitros al motivar el auto de fijación de honorarios y gastos deben sustentar dicha fijación no solo en el valor de las pretensiones económicas, si no en la complejidad y naturaleza del litigio a fin de no tener que asumir la devolución parcial de los honorarios fijados con base exclusivamente en el monto económico de las pretensiones?
4. ¿Se debe considerar algún tipo de reforma legislativa que necesariamente vincule la fijación de los honorarios a la certeza sobre las pretensiones que finalmente serán avocadas en su conocimiento por el tribunal arbitral?

Como solución al vacío legislativo, amparados por el olvidado artículo 1 del Código de Comercio, sugerimos aplicar por analogía interna la solución prevista por el propio artículo 30 de la Ley 1563, quedando a discreción de los árbitros la devolución parcial de los honorarios, respecto de las pretensiones económicas sobre las cuales se declaren incompetentes.

La segunda falencia o vacío legislativo objeto de este análisis reside en la paradójica situación que se presenta respecto de la parte que no obstante haber cancelado oportunamente los gastos y honorarios del tribunal, no cuenta con los recursos necesarios para

sufragar la porción de su contraparte, en muchos casos por circunstancias sobrevinientes o en procesos arbitrales originados en cláusulas compromisorias que hacen parte de contratos de adhesión, y que requieran conservar los efectos de la presentación oportuna de la demanda, cuando los fenómenos de la caducidad y de la prescripción fueran inminentes al momento de presentación de dicha demanda arbitral.

En efecto, el inciso cuarto del artículo 27 de la Ley 1563 de 2.012, prescribe que si las consignaciones de los honorarios y gastos del tribunal no se efectuaron oportunamente, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso.

De manera superficial, se puede concluir que la falta de pago total de los honorarios y gastos, tendría como consecuencia básica la conclusión de las funciones del tribunal y la extinción del pacto arbitral, sin que la presentación de la demanda produjera efecto alguno en el plano jurídico. Esta interpretación resulta no menos injusta frente a la parte cumplida que oportunamente cumplió con su carga procesal de pagar la parte asignada de los honorarios y gastos del tribunal, más aún cuando sobre la misma pende la espada de Damocles, de los fenómenos prescriptivos o de caducidad de la acción. No obstante lo anterior, llama la atención que el legislador del 2.012, bajo otras dos hipótesis, quiso expresamente preservar los efectos de la presentación de la demanda, es decir, la interrupción de la prescripción y de la caducidad, a saber:

El artículo 20 inciso quinto de la Ley 1563 de 2.012, previó que en caso de rechazo de la demanda en la audiencia de instalación del tribunal, el demandante tendría un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el Juez competente para conservar los efectos de la presentación de la demanda.

Así mismo, el artículo 30 del estatuto arbitral estipula que en caso de declaratoria de falta absoluta de competencia se extinguirán los efectos del pacto arbitral. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda antes el juez competente.

Considero, que para el caso de la extinción del pacto arbitral y cesación de funciones del tribunal por falta de pago de los gastos y honorarios, el legislador en el artículo 27 olvido considerar la solución prevista en los artículos 20 y 30 del estatuto arbitral.

En consecuencia, para esta situación y teniendo en cuenta que la analogía, como fuente de derecho, reconocida por el artículo 1 de nuestro Código de Comercio, se basa en el principio ubi edem ratio ibi ius, donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, se debe aplicar analógicamente lo dispuesto por los artículos 20 y 30 de la ley 1563, para que se conserven los efectos de presentación de la demanda, en los casos de extinción del pacto arbitral por falta de pago de honorarios y gastos y más aún en favor de la parte cumplida con su carga procesal.

Es de tener presente, que el supuesto bajo el cual opera la sanción jurídica de la extinción del pacto arbitral radica en la falta de consignaciones una vez vencido el término para efectuarlas, pero cuando una de las partes si paga, en nuestro parecer ya no se presenta ausencia de consignaciones, sino de una consignación, razón por la cual al momento de declararse extinta la cláusula arbitral y cesar las funciones del trámite arbitral, se le debe conceder en forma dativa por los árbitros, el mismo término que se concede en las situaciones antes explicadas por los artículos 20 y 30 del estatuto arbitral.

Es de tener en cuenta que estas posibles alternativas o soluciones se plantean en tanto se expide la reforma al estatuto arbitral en curso en el congreso, que en su artículo 11 propone modificar el artículo 27 de la Ley 1563 a fin de que los efectos de presentación de la demanda no se pierdan en caso que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral por falta de pago de honorarios y gastos del tribunal.

Dejo estas inquietudes para efectos de que la academia, los operadores jurídicos y tal vez mejor los centros de arbitraje y conciliación en sus reglamentos, en ejercicio de la función integradora del derecho y con una interpretación sistemática, hagan una mejor interpretación o confirmen la solución que se propone, y se pueda realizar plenamente el valor de la justicia, prohijado por los artículos 28, 228 y 229 de nuestra constitución política, en tanto se expide la nueva norma arbitral.

Sí es procedente el llamamiento de garantía en los procesos de consumo ante la superintendencia de industria y comercio

Por: Camila Abella Gutiérrez (Miembro del Círculo de Jóvenes Comercialistas. Abogada Asociada en Rincón Cuellar & Asociados Cofounder de Guía Legal de la Moda)

El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual que vincula dentro de un proceso determinado a una persona ajena al mismo, permitiéndole intervenir, con el propósito de exigirle que concurra frente a la indemnización del perjuicio que eventualmente pueda quedar a cargo del llamador, con ocasión de la sentencia.

La Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la Superintendencia) tiene una clara y reiterada posición sobre la improcedencia del llamamiento en garantía en los procesos de consumo, en la cual ha argumentado que la relación de consumo no comprende el vínculo entre los miembros de la cadena de producción, distribución y comercialización y que de comprenderlos, no le asiste competencia para conocer sobre su relación comercial, por lo cual no se encuentra facultada para aceptar el llamamiento al no poder resolver la relación de fondo entre el llamante y el llamado.

Imaginemos un ejemplo, en el que un consumidor compra un tiquete aéreo a través de una agencia de viajes, pero antes de su fecha de vuelo, la aerolínea lo cancela sin razón y se niega a devolverle el dinero. Posteriormente el consumidor demanda a la agencia de viajes, la cual desconoce las razones por las cuales la aerolínea canceló el vuelo y por las que se negó a devolver el dinero al consumidor, pese haber solicitado en múltiples ocasiones esta información a la aerolínea.

En este tipo de casos aplicará solidaridad entre los posibles participantes de la cadena, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 1480 de 2011 y en aplicación de la posición de la Superintendencia, entrará a resolverse este asunto de fondo, sin necesidad de vincular a la parte responsable del incumplimiento, pese a que el demandado lo hubiese llamado en garantía.

La anterior posición ha sido justificada por la Superintendencia, al afirmar que no está facultada y no tiene competencia para conocer y resolver sobre la relación comercial, negocial o mercantil entre llamante y llamado, pues de hacerlo "desbordaría" la competencia derivada de los artículos 24 del Código General del Proceso y del Estatuto del Consumidor. Argumentando que, dichas normas solo la facultan para ejercer funciones relacionadas exclusivamente con la violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor, sobre la violación a las normas relativas a la competencia desleal y para conocer de procesos de infracción de derechos de propiedad intelectual.

Esta posición ha sido discutida en la Sentencia STC6760-20198 [1], en la cual el Tribunal Superior Sala Civil de Bogotá (en adelante el Tribunal), ha afirmado que la Superintendencia si tiene facultades y competencia para resolver sobre la solicitud del llamamiento en garantía, así como para resolver de fondo la controversia entre llamado y llamante, salvaguardando el derecho al debido proceso y, aún más importante, los derechos de los consumidores al otorgarles mayores garantías en la solución de su controversia.

En esas condiciones, y sin dejar de lado los traslados de competencias jurisdiccionales de las autoridades administrativas, el Tribunal ha argumentado que este es un caso específico en el que el Estado le otorga a la Superintendencia, competencia a prevención, al facultarla para dirimir, tramitar y definir las etapas procesales previstas en el Estatuto del Consumidor, entre ellas el llamamiento en garantía como figura jurídica admisible en este tipo de procesos, tal como lo haría el Juez Civil ordinario. En este punto, se resalta sus calidades especiales, sobre el conocimiento específico en esta materia.

[1] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, acción de tutela - sentencia de Segunda Instancia del 29 de mayo de 2019, M.P.: Luis Alonso Rico Puerta.

Es importante recordar que, según las disposiciones del Estatuto del Consumidor, la Superintendencia tiene competencia en todo el territorio nacional y reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio, por lo que según la decisión y argumentación del Tribunal, se concluye que no solo está facultada para conocer sobre el llamamiento en garantía, sino también para resolver sobre la relación entre el productor y el proveedor dentro del mismo proceso.

En nuestro ejemplo, el consumidor tendrá la garantía de que no solo la agencia de viajes justifique que su actuar cumplió las disposiciones de la Ley 1480 de 2011, al tramitar con diligencia las solicitudes del consumidor ante la aerolínea, sino que también se garantizará que la aerolínea acuda al proceso, conteste la demanda y justifique la cancelación del vuelo y la procedencia o no de los derechos alegados. Esto no solo materializa la eficiencia y economía procesal que la figura del llamamiento pretende, sino que permite además al consumidor una solución clara a su reclamación y evita posteriores procesos adicionales entre los distintos responsables, pues el condenado por la vía solidaria podrá, por supuesto, reclamar el perjuicio sufrido al responsable principal.

Conforme a lo anterior, se garantiza la aplicación de la figura del llamamiento en garantía en los procesos de consumo, facultando a las partes del proceso a acudir al mismo, materializando el derecho de defensa e impidiendo que se adopten decisiones que desconozcan los derechos fundamentales de los sujetos procesales, promoviendo la igualdad de las partes y la economía procesal.

Por otro lado, para quienes consideran que la aplicación de la responsabilidad solidaria dispuesta para este tipo de procesos, evita la aplicación de la figura del llamamiento en garantía, permitiéndole a la parte demandada repetir posteriormente en contra de su proveedor o distribuidor en atención al vínculo contractual precedente, no se puede desconocer que esta figura procesal, como se mencionó con anterioridad, busca que la parte demandada pueda llamar a su parte contractual al proceso, la cual va a poder acudir al mismo en garantía de sus intereses. De esa forma, La Superintendencia podrá resolver sobre las pretensiones del consumidor y sobre la

responsabilidad de cada una de las partes contractuales, en caso de existir vulneración a los derechos del consumidor. Garantizando de esta manera que los derechos de los consumidores, de los proveedores y distribuidores e incluso de la propia administración sean salvaguardados.

En el caso discutido en la sentencia mencionada, el comprador de un vehículo, con la finalidad de hacer efectiva la garantía de este, demandó al proveedor del vehículo, por lo que este llamó en garantía a su fabricante. En primera instancia la Superintendencia decidió rechazar la solicitud argumentando su falta de competencia, no obstante, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ordenó amparar los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia invocados, ordenando revocar el auto que rechazó el llamamiento, permitiendo que el fabricante acudiera al proceso como parte procesal, en atención al llamamiento solicitado. En el presente caso se concluyó que los derechos del consumidor no fueron vulnerados por ninguna de las partes demandadas, se ordenó rechazar las pretensiones del consumidor y archivar el presente proceso.

Este es un precedente que nos permite concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada por la Ley procesal para conocer y dirimir las solicitudes de llamamiento en garantía entre los proveedores y productores, que tienen entre ellos un derecho legal o contractual. Así, la Superintendencia se encuentra facultada para dirimir en un solo proceso, la responsabilidad en caso de existir, sobre la vulneración de los derechos de los consumidores y de la misma manera, dirimir a que parte procesal se le atribuye esta vulneración.

De esta manera, se garantiza el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, disposiciones que en momento alguno tienden a perjudicar al consumidor, por el contrario, éste tendrá mayor expectativa de que su pretensión pueda llegar a ser satisfecha.

CONTRATOS MERCANTILES

Fiducia inmobiliaria. Obligaciones de información de la entidad fiduciaria en relación con el cumplimiento del punto de equilibrio de un proyecto de construcción.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P.: Luis Alonso Rico Puerta. Rad. 05001-31-03-014-2015-00222-01, 18 de diciembre de 2020.

Por: Andrés Felipe Fierro Jaramillo (Universidad del Rosario)

Los hechos que dieron lugar al litigio podemos resumirlos en los siguientes: En el año 2007, entre la sociedad Fajardo Williamson S.A. y Andrés Fajardo Valderrama se celebró un contrato de fiducia mercantil de administración con la Fiduciaria Corficolombiana S.A. Como resultado de ese contrato, surgió el patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Solar Gardens. Este último tenía el objeto de realizar un proyecto inmobiliario. Posteriormente los fideicomitentes y beneficiarios cedieron su posición contractual a la sociedad Promotora Soler Gardens S.A.

La compañía Serentia Seguros Ltda., agencia de seguros, se vinculó al fideicomiso Solar Gardens y celebró un acuerdo precontractual sobre tres locales que iban a construirse en el proyecto inmobiliario, contrato que celebró con el representante de la sociedad Promotora Soler Gardens S.A.

Serentia Seguros Ltda. demandó a Fiduciaria Corficolombiana S.A. solicitando que se decretara la resolución del contrato de encargo fiduciario, y se condenara al reembolso de los montos pagados más los intereses que le correspondían. Lo anterior, pues según el demandante existió un actuar negligente por parte de los constructores, de la sociedad promotora del proyecto inmobiliario y de la entidad fiduciaria. Tales incumplimientos que pueden resumirse en: 1. No se verificó que los lotes sobre los que se iba a construir el proyecto inmobiliario fueran efectivamente trasladados al patrimonio autónomo. 2. Se dio por confirmado el punto de equilibrio pese al grave déficit de ventas del proyecto. 3.

De haberse cumplido la labor de la entidad fiduciaria se habría hecho efectiva la titulación del bien faltante para la construcción o se habría reembolsado el monto pagado a los beneficiarios. Como consecuencia del actuar, no se hizo efectiva la entrega de los locales que se adquirieron en el tiempo pactado. Por su parte, el demandante cumplió a cabalidad sus obligaciones contractuales.

La sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones del demandante, ordenando la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios. El tribunal confirmó en integridad lo resuelto.

Fiduciaria Corficolombiana S.A. formuló recurso de casación. Adujo que esta entidad no había sido parte directa del contrato de encargo fiduciario, razón por la cual no podía imputarse responsabilidad. Además, argumentó que el Tribunal había caído en un yerro en la valoración de pruebas y en la aplicación normativa.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia recordó que la entidad fiduciaria estaba obligada a cumplir todos los objetivos por los que fue creada la fiducia, entre los cuales estaba el de la correcta administración de los recursos. Es entonces la entidad fiduciaria la llamada a velar y proteger el patrimonio autónomo, no siendo posible entenderse como dos entes autónomos. Del caso concreto, se entiende del material probatorio que la demandada hizo parte del contrato de encargo fiduciario al firmar el contrato, por lo que estaba obligada en los términos ya descritos.

Recordó la sentencia que entre los deberes indelegables del fiduciario está el de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, según reza el artículo 1234 del Código de Comercio.

La Corte enfatizó en que aun cuando el fiduciario adquiera obligaciones con terceros en la ejecución contractual, deberá ser responsable de los daños reclamados por los interesados cuando estos sean causados por el actuar negligente y el incumplimiento de sus obligaciones.

Precisó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que la entidad fiduciaria estaba en la obligación de informar a los beneficiarios sobre el estado del proyecto, pues se obliga a lo estipulado en el contrato y en la ley. Recordó con este propósito la obligación que contiene el artículo 1234-8 del Código de Comercio según el cual la fiducia debe rendir cuentas sobre su gestión al beneficiario.

El fallo concluyó indicando que no hubo un yerro en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal. Indicó que después de cualquier análisis era notorio que en ningún momento se alcanzó el punto de equilibrio que hiciera el proyecto financieramente viable, circunstancia que terminó ocasionando perjuicios a los beneficiarios.

En consecuencia, La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no casa la sentencia proferida por el juzgador de segunda instancia.

El documento completo puede ser consultado [AQUÍ](#)

Contrato de Corretaje. Prueba del éxito de la gestión del corredor para el pago de la comisión.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Octavio Tejeiro Duque. Rad.11001-31-03-019-2016-00293-01, 25 de enero de 2021.

Por: Sibila Coronado Alvarez (Universidad del Rosario)

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil resolvió un recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida el 9 de febrero de 2018 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Los hechos que dan lugar al litigio son los siguientes: (i) el 8 de febrero de 2008 se celebró entre las partes un contrato de consignación para el arrendamiento de unas oficinas, en el que se pactó una comisión en cabeza de la parte actora; (ii) el 12 de febrero del mismo año la parte actora mantuvo comunicación con el Gerente de Proyectos de Ecopetrol S.A. con referencia al posible arrendamiento de las oficinas; (iii) posteriormente, la parte demandada y Ecopetrol S.A. celebraron un contrato de arrendamiento, sin que la parte demandante recibiera comisión por su labor; (iv) la parte demandada alegó ausencia de acontecimiento, contrato no cumplido e inexistencia de la gestión alegada por la parte actora; (v) el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá negó las súplicas y la *ad quem* confirmó esa decisión.

Ahora bien, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá estableció que el contrato celebrado entre las partes tiene una relación afín con el corretaje por lo cual debe ser analizado con base en dichas normas. Asimismo, confirmó la decisión del Juzgado 19 basada en que no se demostró la producción de un daño y el nexo causal, debido a que las pruebas no permitieron concluir que la intermediación de la parte actora dio lugar al contrato de arrendamiento, lo que desvirtúa el nexo causal entre su labor y el negocio jurídico.

La demanda de casación se formuló con base en tres cargos; por vía directa, al interpretar erróneamente la regulación del corretaje; por error de hecho al encontrar errores en la valoración probatoria y, finalmente, producto de errores de derecho.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia procedió a abordar el caso basada en los tres cargos mencionados. En primer lugar, la Corte concluyó que el corretaje es un contrato mercantil típico en el cual una parte llamada corredora contrae la obligación de gestionar, promover, inducir y proporcionar la celebración de un negocio poniéndola en conexión con terceros con otra denominada cliente o encargante, a cambio de una comisión. Por esa razón, si las partes contactadas hacen el negocio, surge para el encargante el deber de pagarle al corredor la comisión acordada siempre y cuando se logre demostrar que este se dio gracias a su intermediación, evidenciando una relación de causa y efecto entre su oficio y el negocio jurídico efectuado. En ese sentido, el tribunal obró correctamente al exigir la relación causal para así viabilizar la comisión pedida.

En segundo lugar, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que era imperativo para el accionante probar que fue como consecuencia de su intermediación que se suscribió el contrato de arrendamiento, ya que solo así se entenderá probada la conexidad entre su gestión, y el acuerdo celebrado. A falta de lo anterior, la Corte reiteró que el material probatorio entregado no da certeza de la intermediación de la accionante en el negocio jurídico.

Finalmente, la Corte se pronunció frente a errores de derecho del litigio en cuestión. En primera instancia, hizo referencia a las presunciones legales que son juicios lógicos mediante los cuales de un hecho cierto se deduce otro desconocido, mientras no sea desvirtuado. La accionante alegó que incurrió en error de derecho porque invirtió la carga de la prueba y dejó de aplicar la presunción legal en torno a la relación causal que debe existir entre la actividad del corredor y el negocio realizado por aquellos a quienes relaciono. Sin embargo, no prospera esta alegación ya que ni los artículos 1340 y 1341 del Código de Comercio contienen una presunción legal que permita deducir la conexión entre la labor de intermediación y el negocio concluido por las personas a quienes el corredor relacionó con ese fin.

Lo anterior, dado que de esas normas se desprende que el pago de la comisión estará sujeto al éxito del contacto, por lo cual, es necesario que exista la certeza de que el negocio se dio gracias a la intermediación del corredor, quien deberá probar por cualquiera de los medios de convicción del artículo 165 del Código General del Proceso el éxito de su gestión pues sin ello no adquiere el derecho de ser gratificado por su actividad.

Conforme a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia decide no casar la sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá y condena a la demandante al pago de costas.

El documento completo puede ser consultado [AQUÍ](#)

RESPONSABILIDAD

Responsabilidad de las empresas constructoras por sus edificaciones. Legitimación de la administración de la propiedad horizontal en relación con la garantía decenal.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Francisco Ternera Barrios. Rad. 11001-31-03-016-2012-00639-01, 01 de marzo de 2021.

Por: Andrés Felipe Fierro Jaramillo (Universidad del Rosario)

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por R&P Construcciones Civiles EU (en liquidación) quien obró como demandada en el presente proceso. Los hechos que dan lugar a la demanda tuvieron lugar en el año 2009 cuando la parte pasiva del proceso construyó el Conjunto Industrial Porvenir II Etapa, persona jurídica que obró como demandante. En noviembre de ese mismo año se levantó acta donde constó que las vías internas comunes del conjunto industrial no cumplían con las especificaciones del contrato, lo anterior ocasionando perjuicios valorados en \$1.000.000.000. Circunstancias que fueron confirmadas por una firma de consultoría externa.

Las sentencias de primera y segunda instancia consideraron que existió un contrato de obra entre las partes. Adicionalmente, las sentencias consideraron que el demandante, como administrador de la propiedad horizontal, tenía la legitimación por activa para promover la acción. Se encontró probado que las vías internas comunes no contaban con las especificaciones contenidas en el contrato de obra, razón por la cual se declaró civilmente responsable a R&P Construcciones Civiles EU (en liquidación).

La demandada interpuso recurso de casación. Adujo que entre las partes no existió vínculo contractual pues el demandante no fue parte del contrato de obra, razón por la cual era la acción civil de responsabilidad extracontractual el mecanismo idóneo para acudir judicialmente.

Por otro lado, afirmó que la demandante no tenía facultad para pedir el pago de perjuicios, pues el interés recae exclusivamente sobre los propietarios y no sobre la copropiedad.

En primer lugar, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia recordó la doctrina probable según la cual, en la construcción de edificios, la responsabilidad del constructor es de índole legal. Como consecuencia, según la denominada garantía decenal la acción civil de responsabilidad podrá hacerse efectiva, sin importar el título o negocio jurídico por el cual se adquirió derechos sobre el bien, estando en cabeza incluso de terceros adquirente. Así las cosas, esta garantía opera siempre que el edificio perezca o amenace ruina en todo o en parte, cuando lo anterior tenga origen en los vicios de la construcción, del suelo o de los materiales.

En segundo lugar, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la legitimación del representante legal de la persona jurídica que surge como administradora de la propiedad horizontal. Precisamente, dentro de los deberes de la administración de una propiedad horizontal, esta representar los intereses comunes de los propietarios. Precisó que esta persona jurídica actúa mediante representante legal, quien tiene la facultad de representar estos intereses judicialmente. La sentencia recordó que todos los actos tendientes al mantenimiento, conservación y defensa de las áreas comunes constituyen actos de administración.

Concluyó que en aras de favorecer la economía procesal y el fácil acceso a la justicia no era dable exigir a todos los propietarios acudir judicialmente, razón por la cual la legitimación para actuar si estaba en cabeza de la copropiedad.

Por lo anterior, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia decide no casar la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

El documento completo puede ser consultado AQUÍ.

DERECHO SOCIETARIO

Negociación de acciones y derecho de preferencia en sociedades anónimas

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. M.P. José Alfonso Isaza Dávila. Rad: 110013199002-2019-00384-02. 26 de febrero de 2021.

Por: María Alejandra Jiménez Rodríguez (Universidad del Rosario)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, resolvió el recurso de apelación interpuesto por un grupo de personas naturales, en calidad de socios y codemandantes, contra la sentencia del 15 de Julio de 2020 proferida por la Superintendencia de Sociedades.

Concretamente, los hechos del litigio son los siguientes: mediante asamblea extraordinaria, en el 2019, el 20% de los accionistas de una sociedad por acciones simplificada adoptó y registró una acción social en contra del gerente de la sociedad. Tal acción tenía como fundamento en las actas suscritas por la misma asamblea en el 2017. En una de las actas, la accionista mayoritaria ofreció en derecho de preferencia sus acciones y las transfirió a uno de los socios y en la otra, se autorizó al gerente para realizar todas las modificaciones referentes al capital social y nombre de los accionistas.

La Superintendencia de Sociedades declaró la ineficacia únicamente de la segunda de las actas suscritas, en 2017, puesto que no se cumplieron con los requisitos de convocatoria y quórum exigidos tanto en los estatutos, como en la ley para adoptar este tipo de decisiones y adicionalmente, aclaró que la venta de acciones realizada no se vió afectada puesto que se trató de un acto con libertad negocial que no necesitaba ser discutido en asamblea. Esta decisión fue apelada por los demandantes, argumentando que la Superintendencia no tuvo en cuenta algunos artículos de los estatutos donde se establecía como restricción clara, el derecho de preferencia que no fue respetado.

Con el fin de proceder con el análisis del caso, el Tribunal Superior de Distrito partió de la base de que el problema jurídico se hallaba en torno a si, el grupo de socios que no pudo asistir tenía derecho de preferencia para adquirir las acciones enajenadas y si dicha operación debía ser aprobada por la asamblea de la sociedad demandada, para tener validez. Toda vez que, la cuestión central que aún faltaba por aclarar era la tendiente a la enajenación realizada.

Luego de esto, procedió por un lado, a examinar concretamente las normas del código de comercio y de la ley 1258 de 2008 y por otro, los artículos de los estatutos de la sociedad, atinentes al derecho de preferencia para así concluir que no existe disposición legal que exija una aprobación por parte de la asamblea para la venta de acciones puesto que, si bien se trata de una potestad que busca respetar la voluntad de los socios de mantener la sociedad entre ellos, ésta debe estar consagrada expresamente en los estatutos.

Y en ese sentido, no era posible afirmar que la voluntad de los socios fuese la de agotar el requisito de derecho de preferencia, ante la venta o cesión de acciones entre socios puesto que, las únicas restricciones consagradas fueron frente a la colocación, suscripción, emisión de acciones y cualquier otra clase de títulos, transferencia universal de patrimonio, cesión de fracciones en el momento de la suscripción y cesión del derecho de suscripción preferente. Motivos éstos por lo que finalmente el Tribunal Superior decidió confirmar la sentencia proferida por la Superintendencia de Sociedades y condenar en costas a los apelantes.

El documento completo puede ser consultado [AQUÍ](#)

Régimen actual de las reuniones ordinarias del máximo órgano social

Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 2021-01-061185 de 02 de marzo del 2021. Decreto 176 de 23 de febrero de 2021. "Por el cual se determinan las reglas aplicables a las reuniones de asambleas o juntas de socios del máximo órgano social de personas jurídicas que, en virtud de lo señalado en el parágrafo transitorio del artículo 6 de la Ley 2069 de 2020, se reúnan durante el año 2021"

Por: Astrid Carolina Piratoba Tocarruncho (Universidad del Rosario)

La Ley 2069 del 31 de diciembre de 2020 -denominada Ley de Emprendimiento- añadió al artículo 182 del Código de Comercio un artículo transitorio que dispuso que en vista de las circunstancias de fuerza mayor que han alterado la salud y el orden público del país, el Gobierno Nacional podrá determinar el tiempo, la forma de la convocatoria y las reuniones ordinarias y por derecho propio, del máximo órgano social de las personas jurídicas para el año 2021 y los demás mandatos necesarios para las reuniones pendientes del año 2020. Por lo que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 176 del 23 de febrero del 2021, en el que mediante quince artículos reguló el tema en mención.

De un lado, en cuanto a las reuniones del ejercicio 2019 que aún no se hayan realizado, el Decreto 176 dispuso en su artículo 1 que deben desarrollarse a más tardar el 31 de marzo de este año en curso. La Superintendencia de Sociedades señaló que esta norma le puso fin a la incertidumbre sobre el plazo para realizar estas reuniones, ya que artículo 5 del Decreto 434 de 2020 había señalado que podían llevarse a cabo hasta dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Sin embargo, a la fecha la emergencia sanitaria se encuentra vigente hasta el 31 de marzo del 2021.

Por otro lado, en relación con las reuniones del ejercicio 2020 que deben realizarse este año, es necesario atender al plazo establecido en el

artículo 422 del Código de Comercio. Así para este año en curso se unificaron los plazos previstos para el desarrollo de las reuniones ordinarias pendientes del ejercicio 2019 y el ejercicio 2020, por lo que deberán desarrollarse a más tardar el 31 de marzo de este año.

De un lado, en cuanto a las reuniones del ejercicio 2019 que aún no se hayan realizado, el Decreto 176 dispuso en su artículo 1 que deben desarrollarse a más tardar el 31 de marzo de este año en curso. La Superintendencia de Sociedades señaló que esta norma le puso fin a la incertidumbre sobre el plazo para realizar estas reuniones, ya que artículo 5 del Decreto 434 de 2020 había señalado que podían llevarse a cabo hasta dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Sin embargo, a la fecha la emergencia sanitaria se encuentra vigente hasta el 31 de marzo del 2021. Por otro lado, en relación con las reuniones del ejercicio 2020 que deben realizarse este año, es necesario atender al plazo establecido en el artículo 422 del Código de Comercio.

En cuanto a la modalidad de desarrollo de las reuniones ordinarias, el Decreto 176 indicó en su artículo 3 que podrán desarrollarse en modalidad presencial, no presencial o mixta, para ello será necesario atender a las disposiciones estatutarias o legales en materia de convocatoria, quórum y mayorías y a su turno al Decreto 398 de 2020 respecto del quórum de las reuniones no presenciales o mixtas.

La Superintendencia de Sociedades emitió una serie de instrucciones en cuanto a las diferentes modalidades de las reuniones ordinarias. En la circular señaló que (i) en las reuniones presenciales deberá cumplirse con las restricciones de movilidad y aglomeraciones vigentes para la fecha de la reunión; (ii) en las reuniones no presenciales se deberá brindar a los asociados la información idónea, y establecer procedimientos y reglas claras para la adecuada realización de la reunión, para ello se debe atender a lo señalado en el Decreto 398 de 2020 y la Circular Externa 100-00002 de 2020; y (iii) en las reuniones mixtas se aplicarán las recomendaciones señaladas para las reuniones presenciales y no presenciales.

Frente al ejercicio del derecho de inspección, el Decreto 176 en su artículo 4 recomendó a las sociedades hacer uso de instrumentos tecnológicos que le permitan a los asociados ejercer su derecho de inspección. La Superintendencia señaló que para ello será necesario la adopción de medidas de restricción o advertencia sobre copia, descarga y divulgación de documentos que contengan información de carácter reservado.

En cuanto a las reuniones en las que se deban estudiar los ejercicios 2019 y 2020, el artículo 5 del Decreto 176 contempló una regla de orden cronológico por lo que será necesario agotar los asuntos del ejercicio 2019 y posteriormente el del 2020.

Ahora en relación con las reuniones por derecho propio regulada en el artículo 422 del Código de Comercio, se dispone que en el escenario en que no se lleve a cabo la reunión ordinaria dentro del plazo anteriormente señalado, se habilitará la posibilidad de que la reunión por derecho propio tenga lugar el 1º de abril de 2021 a las 10 am en la sede del domicilio principal de la sociedad.

En caso, en que los asociados no puedan participar en la reunión por derecho propio en razón a las restricciones de movilidad o aglomeraciones, el artículo 6 del Decreto 176 dispuso que los asociados podrán solicitarle a la Superintendencia de Sociedades -respecto de entidades vigiladas por la misma- que le ordene a los administradores o revisor fiscal que convoquen una nueva reunión por derecho propio que deberá atender las reglas de quorum y mayoría y a los demás mandatos señalados en los artículos subsiguientes de la misma disposición.

Además, el Decreto 176 advierte que si no es posible llevar a cabo una reunión ordinaria debidamente convocada por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, la administración de la sociedad deberá convocarla nuevamente. En caso omiso, el administrador podrá ser sancionado o removido de su cargo por la entidad competente.

Los documentos completos pueden ser consultados [AQUÍ](#).

PROPIEDAD INTELECTUAL

Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor: Infracción al derecho de reproducción y puesta a disposición de obras literarias por sitios web que ofrecen descarga de libros gratuita.

Dirección Nacional de Derecho de Autor., 20 de noviembre de 2020. Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales: Carlos Andrés Corredor Blanco Rad. 1-2018-102266.

Por: María Alejandra Jiménez Rodríguez (Universidad del Rosario)

Correspondió al Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, dictar sentencia anticipada en el proceso verbal promovido por una editorial contra persona natural, por la aparente infracción a las normas de derecho de autor.

En el 2018, luego de que la editorial advirtió que dos títulos de su catálogo estaban siendo difundidos y puestos a disposición sin autorización, a través de un blog titulado “Anestesia web gratis libros” se solicitó, por medio del *Notice & takedown*, al hospedador de la página web y a una tercera sociedad extranjera que retiraran los contenidos infractores de derechos de autor y que se bloqueara el acceso. Sin embargo, éstas respondieron con una contra notificación afirmando que el enlace no debió ser deshabilitado pues se trataba de libros de libre difusión por internet.

Por lo anterior, se dio continuidad al proceso y se advirtió que, como consecuencia de la no contestación de la demanda, al caso le era aplicable la causal segunda del artículo 278 del Código General del Proceso que faculta al juez para dictar sentencia anticipada, por no haber más pruebas por practicar y para proceder directamente con el análisis de fondo en aras de dar pronta resolución al caso.

Así las cosas, en primer lugar, el subdirector técnico consideró pertinente aclarar por un lado, que las obras objeto del litigio sí estaban protegidas por el derecho de autor por cuanto estas estaban expresadas a través de palabras y registradas con el

ISBN expedido por la Cámara Colombiana del Libro y por el otro, que la editorial demandante sólo estaba legitimada para reclamar la tutela de los derechos de uno de los dos libros en tanto que, acorde con la presunción *iuris tantum* de la ley 1915 de 2018 y la Decisión Andina 351 del 93, si bien ésta era quien divulgaba y ponía su nombre en las portadas de los libros, la editorial misma había afirmado no ser la titular de derechos de una de dichas obras.

En segundo lugar, procedió a estudiar concretamente la infracción sobre los derechos de carácter patrimonial, puesto que se trató de un derecho exclusivo en cabeza de la editorial que fue ejercido por un tercero sin autorización previa, ni justificación o amparo de la ley. Y en ese orden de ideas, son los derechos de reproducción y puesta a disposición los que se infringieron cuando el demandado, además de no contestar la demanda, puso en su blog un botón de descarga gratuita que permitía a cualquier usuario, con internet y sin registro alguno, obtener los libros propiedad de la editorial.

En tercer lugar, el subdirector Técnico afirmó que no era suficiente analizar las normas de derecho de autor que acreditaban la existencia de una infracción, puesto que, era indispensable armonizarlo con los elementos de la responsabilidad civil del Código Civil para determinar si había lugar a indemnización producto de las infracciones antes mencionadas. Para el caso, consideró que los intereses legales se ven plasmados a través de los derechos patrimoniales y morales, motivo por el que cualquier infracción o

impedimento al ejercicio de estos, materializa el daño. Daño este, de tipo material si se tiene en cuenta que, el demandado, además de haberle impedido el ejercer su facultad exclusiva para autorizar o prohibir la divulgación del libro, le impidió que obtuviera los ingresos correspondientes a la explotación de esta.

Finalmente, consideró probados los requisitos de conducta y nexo de causalidad para determinar la responsabilidad civil porque, al evidenciarse que la persona natural pudo obrar con mayor diligencia y prever que se trataba de la explotación de libros que eran distribuidos y comercializados por una sociedad específica, debió abstenerse de difundir las obras; sin mencionar que fue directamente producto de la creación y puesta a disposición de los libros en el blog que se causó un perjuicio de tipo patrimonial en cabeza de la editorial demandante.

Por todo lo anterior, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, resolvió declarar al demandado, responsable civilmente por vulnerar las normas de derecho de autor, por los perjuicios causados a la editorial y, en consecuencia, a pagar a título de lucro cesante la suma que la demandante no recibió de la explotación del libro.

El documento completo puede ser consultado [AQUÍ](#)

DATOS PERSONALES

Recolección de imágenes de las personas que ingresan a los establecimientos de comercio

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de Datos Personales. Resolución No. 82786 de 31 de diciembre de 2020.

Por: Astrid Carolina Piratoba Tocarruncho (Universidad del Rosario)

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) a través de la Delegatura para la Protección de Datos Personales resolvió el recurso de apelación contra la resolución proferida por la Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales.

En síntesis, los hechos del litigio son los siguientes: un ciudadano denunció ante la Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales, que Sodimac Colombia S.A. -conocida como Homecenter- infringió la normativa sobre protección de datos personales, al usar los avisos de privacidad como forma de adquirir la autorización para el tratamiento de datos personales. Esta entidad impuso una sanción pecuniaria a la demandada, le ordenó el cese de la utilización de los avisos de publicidad como mecanismo para obtener dicha autorización y la supresión de los datos personales de los titulares cuyo consentimiento haya obtenido mediante estos avisos.

Homecenter decidió interponer el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución en mención. El recurso se fundamentó en tres argumentos, primero, que la autorización sí fue dada por el titular a través de conductas inequívocas. Segundo, que la resolución violó los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Y tercero, que se cumplió con el principio de responsabilidad demostrada. Así, en primera instancia se confirmó el fallo y se concedió la apelación.

En relación con el primer argumento sobre la manera en que el titular otorgó la autorización, Homecenter

señaló que el denunciante autorizó el tratamiento de sus datos personales a través de conductas inequívocas. Puesto que el titular otorgó su consentimiento de manera libre, voluntaria y expresa cuando suministró sus datos personales para la adquisición de un servicio.

La Delegatura para la Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la recurrente no probó que obtuvo la autorización del titular bajo el cumplimiento de los requisitos legales, puesto que la autorización debe cumplir con los requisitos generales mínimos, es decir, que sea expresa, previa e informada y según el caso obedecer los requerimientos especiales para el manejo de información sensible sobre menores de edad. Además, el despacho señaló que la regulación sobre datos personales -particularmente la Ley 1581 de 2012- impuso las siguientes cargas probatorias en cabeza de los responsables del tratamiento de datos: (i) conservar prueba de la comunicación al titular de toda la información señalada en el artículo 12 de la Ley 1581, y en caso en que el titular lo solicite, entregar copia del mismo; (ii) informar las finalidades específicas del tratamiento de datos a su titular; y (iii) conservar copia de la correspondiente autorización otorgada por el titular.

La a Delegatura para la Protección de Datos Personales señaló que Homecenter no aportó mecanismos probatorios que demostraran todos los elementos de la supuesta autorización. Además, se indicó que el simple hecho de que una persona ingrese a un establecimiento de comercio y

suministre un par de datos, no implica la autorización voluntaria ni automática del tratamiento de su información, ni mucho menos que la aparente autorización cumple con los requisitos generales o especiales para la validez jurídica de la misma.

El despacho manifestó que la recurrente usó el aviso de privacidad para recolectar datos sensibles como la imagen de las personas que ingresan a las instalaciones de Almacenes Homecenter y Constructor y que dicho aviso no suple la autorización previa, expresa e informada del titular. Además, en el fallo se indicó que Homecenter no cumplió con la normativa para recolectar los datos personales sensibles puesto que no informó a su titular: (i) la finalidad específica del tratamiento, de conformidad con el literal -a- del artículo 12 de la Ley 1581; (ii) el carácter facultativo de la respuesta a las preguntas que le sean formuladas sobre datos sensibles o menores de edad, de acuerdo con el literal -b- de la misma norma; (iii) que el titular que no estaba obligado a autorizar el tratamiento de sus datos sensibles, con base en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 1377 de 2013; y (iv) cuáles de los datos que serían objeto de tratamiento son sensibles, de conformidad con el numeral 2 de la normativa en mención. Por lo anterior, se concluyó que, de un lado, Homecenter no obtuvo la autorización para legitimar el tratamiento de los datos personales de su titular y por el otro lado, que este aviso de privacidad es un medio engañoso para recolectar masivamente datos personales puesto que hace creer a la gente que autorizaron de manera inequívoca el tratamiento de sus datos, aspecto contrario a la realidad.

Respecto al segundo argumento del recurso, Homecenter indicó que la resolución violó los principios de razonabilidad y proporcionalidad pues la sanción fue desmesurada frente a los hechos cometidos y fue imprecisa sobre los supuestos para cualificar la sanción impuesta. Al respecto, la Superintendencia señaló que no se vulneraron los principios en mención puesto que en la resolución se hizo un análisis sobre: la puesta en peligro de los

intereses jurídicos tutelados, el incumplimiento del régimen general de protección de datos personales, la vulneración del derecho de habeas data o del debido tratamiento de los datos personales, la información financiera de la condenada y las estipulaciones del artículo 24 de la ley 1581 para la dosificación de la sanción.

Acerca del tercer argumento del demandado, este señaló que al interior de Homecenter han implementado una serie de medidas que permiten demostrar la aplicación del principio de responsabilidad demostrada (accountability). Sobre esto, el despacho señaló que dicho principio implica que los responsables del tratamiento no sólo cuenten con directrices, sino además que cumplan sus deberes de manera efectiva y eficaz y así adoptar estrategias idóneas que garanticen los derechos de los titulares de los datos personales.

El documento puede ser consultado

El documento completo puede ser consultado [AQUÍ](#)

NOTICIAS CAC

El pasado 2 de marzo se llevó a cabo el evento: "El contrato de franquicia.

Debates sobre su regulación a propósito de la ley de emprendimiento (Ley 2069 de 2020)".

El evento puede consultarse [AQUÍ](#)

Nuevos miembros del Colegio de Abogados Comercialistas



EL CONTRATO DE FRANQUICIA
Debates sobre su regulación a propósito de la ley de emprendimiento (Ley 2069 de 2020)

Martes
2 de marzo

Hora:
4:30 p.m.

Transmisión:
YouTube
Colegio de Abogados Comercialistas

Panelistas:

Felipe Cuberos Socio de PPU (Colombia)	Maximiliano Rodríguez Fernández Socio de Sotomonte, Sotomonte & Rodríguez
Édgar Iván León Robayo Director de la Especialización en Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda	Nicole Ríos Abogada Senior del Área de Impuestos y Comercio Internacional en PPU (Colombia)

Moderadora:
Yira López Castro
Directora de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario

Con el apoyo de:



¡El Colegio de Abogados Comercialistas les da la bienvenida a sus nuevos miembros!

Colegiados de Número:

Camilo Andrés Chaparro González,
Jorge Barone González
Albyn Fabián León

Miembros del Círculo de Jóvenes Comercialistas:

Andrés Felipe Arroyave, Juan Carlos Castillo, David Enrique Aguilar, Isabela Uribe, Juan Sebastián Molado Díaz, Margarita María Jaramillo, Nathalia Hernández Urbina, Paula Daniela Bustamante, Sara Carolina Hernández Robles, Gerson Arcieri Caldas, Jacqueline Melo Salazar y Pablo Cardona Luengas

Noticias de nuestros colegiados

El Colegio de Abogados Comercialistas felicita al Doctor

Hernando Parra Nieto,
miembro de la Junta Directiva de nuestro Colegio, por su nombramiento como **rector de la Universidad Externado de Colombia**

El Colegio de Abogados Comercialistas felicita a sus miembros elegidos como **Conjueces de la Sala de Casación Civil** de la Corte Suprema de Justicia para la vigencia de 2021

Édgar Augusto Ramírez Baquero
Fernando Augusto Jiménez Valderrama
Jorge Oviedo Albán
José Alberto Gaitán Martínez

Invitación a escribir artículos de opinión para el boletín de Derecho Comercial del mes de abril

El Comité Editorial del Colegio de Abogados Comercialistas invita a sus miembros a enviar artículos de opinión sobre asuntos de derecho comercial.

Requisitos:

Extensión: Entre 1000 y 1500 palabras

Plazo para el envío: 20 de abril

(para la publicación en el boletín de abril)

El texto debe ser enviado al correo:

yira.lopez@urosario.edu.co

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS