

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

CONTENIDO

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

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

INDICE

- 1. Entidad emisora:** Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil
Referencia y fecha: 16 de Diciembre de 2010, Exp. 11001-3103-008-1989-00042-01
Magistrado Ponente: Dr. Arturo Solarte Rodríguez.
Decisión: No Casa.
- 2. Entidad emisora:** Corte Constitucional
Referencia y fecha: Expediente T-2644977. 31 de Agosto de 2010
Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Decisión: Tutelar el derecho fundamental al debido proceso
Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados
1.0. Derecho de los Títulos-Valores: Diligenciamiento de títulos valores en blanco.
- 3. Entidad emisora:** Corte Constitucional
Referencia y fecha: Sentencia C 830 de 2010. Expediente D-8096. 20 de Octubre de 2010
Magistrado o Consejero Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva
Norma acusada: Artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009
Decisión: Declara exequible
- 4. Entidad emisora:** Corte Constitucional – Sala Quinta de Revisión.
Referencia y fecha: 8 de marzo de 2010 (Publicada en diciembre de 2010), Sentencia T-164/10, Exp. T-2444261
Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
Decisión: Niega las pretensiones.
- 5. Entidad emisora:** Consejo de Estado.
Referencia y fecha: Sentencia del 9 de diciembre de 2010. Expediente 2004-00244-01.
Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.
Decisión: Deniega las pretensiones de la demanda.
Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio.
Referencia y fecha: Sentencia 001 del 12 de enero de 2011.
Decisión: Desestima parcialmente las pretensiones.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

6. Entidad Emisora: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Tipo de Normativa: Decreto

Referencia y Fecha: No. 4611 del 13 de Diciembre de 2010

Tema: Modifica parcialmente el Dec.2555 de 2010 en cuanto a las operaciones de redescuento en los contratos de leasing.

7. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio.

Referencia y fecha: Sentencia 021 del 09 de noviembre de 2010.

Decisión: Desestima todas las pretensiones de la demandante.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de la competencia: Competencia desleal por divulgación de información de competidores – actos de engaño y de descrédito – inducción a la ruptura contractual – cláusula general de competencia desleal.

8. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio, Delegación para asuntos jurisdiccionales, Grupo de trabajo de Competencia Desleal.

Referencia y fecha: Sentencia No.00025 del 24 de Noviembre de 2010.

9. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio.

Referencia y fecha: Sentencia 001 del 12 de enero de 2011.

Decisión: Desestima parcialmente las pretensiones.

10. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio, Delegación para asuntos Jurisdiccionales, Grupo de trabajo de Competencia Desleal.

Referencia y fecha: Sentencia No 0026 del 6 de Diciembre de 2010.

Superintendente Delegado: Dr. Dionisio Manuel de la Cruz Camargo.

Decisión: Declara que el demandado incurrió en la conducta desleal de engaño prevista en el artículo 11 de la ley 256 de 1996.

11. Entidad emisora: Superintendencia Financiera

Referencia y fecha: Concepto 2010054471-004 del 23 de noviembre de 2010.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

12. Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia.

Referencia y fecha: 2 de noviembre de 2010, Concepto No. 2010059048-002

Asunto: Emisión Electrónica de CDT's.

13. Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia

Referencia y fecha: Concepto No. 2010052813-001 del 24 de septiembre de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de Sociedades: transferencia de acciones de una Sociedad por Acciones Simplificada a una fiducia mercantil.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

NOTA EDITORIAL

El presente año el Código de Comercio cumplirá cuarenta años de vigencia; fue así como el 27 de marzo de 1971 se expidió el Decreto-Ley 410 que contenía para aquella época “el nuevo estatuto mercantil”.

Esta codificación fue engendrada desde 1953, cuando el gobierno encomendó a una comisión de notables juristas el estudio de un proyecto de código encabezados por el Dr. Emilio Robledo Uribe; comisión que en diferentes épocas contó con los aportes de los doctores Álvaro Pérez Vives, José Gabino Pinzón, José Ignacio Narváez, Samuel Finkielsztejn, Hernando Tapias Rocha, Gabriel Escobar Sanín, William Villa Uribe, León Posse Arboleda, Humberto Mesa González, Efrén Ossa, Luis Carlos Neira, Pablo Emilio Cárdenas Pérez y Daniel Manrique Guzmán.

Para el Colegio de Abogados Commercialistas esta fecha no pasa desapercibida. Nuestra institución, siguiendo los derroteros trazados por sus estatutos, y en aras de difundir el conocimiento ha celebrado junto con la Universidad de la Sabana, la Cámara de Comercio, Legis, la Universidad del Rosario y las Superintendencias de Sociedades, Financiera y de Industria y Comercio, un convenio para efectuar el encuentro académico que tiene como fin abrir el debate a diferentes aspectos que han sido preponderantes a lo largo de la vigencia de la legislación comercial.

Es por ello que nos permitimos convocarlos e invitarlos para el día primero (1) de abril en las instalaciones de la Cámara de Comercio de su sede central en Ciudad Salitre al Acto Conmemorativo de los 40 años de vigencia del Código de Comercio, cita académica en la cual se tratarán temas de importante trascendencia para la comunidad de abogados commercialistas.

El comité creado para este evento determinó relevante la democratización del evento permitiendo la entrada libre, previa preinscripción de los asistentes.

Así mismo, definió la orientación del programa académico presentando en primer término una conferencia relacionada con uno de los temas más comentados y discutidos en este momento, como lo son las Garantías Mobiliarias, cuya exposición estará a cargo del conferencista extranjero, doctor Boris Kozolchyk.

De otra parte y, para efectos de imprimirle un mayor dinamismo al evento, se manejarán con el concurso de reconocidos abogados y doctrinantes nacionales, cuyos puntos de vista se contraponen, paneles de discusión con relación a los siguientes temas:

“La consensualidad en el Derecho Comercial Colombiano: “entre el mito y la realidad”
Dr. Álvaro Mendoza Ramírez /Dr. Jaime Arrubla Paucar

“La Modernización del Derecho Contractual en Colombia”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Dr. Juan Pablo Cárdenas Mejía / Dr. Sergio Muñoz

“El Derecho Societario Colombiano: del Código de Comercio a la Ley 1258 de 2008”
Dr. Francisco Reyes Villamizar /Dr. Néstor Humberto Martínez Neira

“El Precedente jurisprudencial obligatorio en material comercial”
Dr. Diego López Medina / Dr. Javier Tamayo Jaramillo

Igualmente y en razón a la importancia de la efeméride, a partir del mes de abril, las tertulias mensuales que se desarrollan en la sede del Colegio de Abogados Comercialistas propenderán el desarrollo de temas relacionados con las instituciones contenidas en el Código de Comercio. En los próximos días recibirán vía correo electrónico la programación académica del encuentro, así como la programación mensual de las tertulias, de igual forma podrán consultarla en la página web www.abogcom.org.co, esperamos contar con la participación activa de nuestros colegiados en uno y otro evento.

Les damos la más cordial Bienvenida a nuestros nuevos miembros del Colegio, Doctor *Leovedis Elías Martínez Durán* y *Luis Fernando Henao Gutiérrez*.

LUZ HELENA MEJIA PERDIGON
Presidente

CAC

**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

JUNTA DIRECTIVA

Presidente

Luz Helena Mejía

Vicepresidente

Alejandro Páez Medina

Vocales

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

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

Comisario de Cuentas

Jorge Enrique Sanchez

Iván Darío Amaya

Director Boletín

César Augusto Rodríguez

Colaboradores

Magliory Parada Urieta
Lina Estefanía Valencia

Paola Andrea Sánchez Soler
Fernando Ramírez Rojas

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

ACTIVIDADES COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

Marzo 22 de 2011, El Transporte Terrestre Automotor de Carga y su Incidencia en la Productividad del País, Conferencista Dr. Juan Carlos Rodríguez Muñoz.

Abril 1 de 2011, Acto Conmemorativo 40 Años del Código de Comercio.

La Consensualidad en el Derecho Comercial Colombiano: entre el mito y la realidad, Dr. Álvaro Mendoza Ramírez, Dr. Jaime Arrubla Paucar.

La Modernización del Derecho Contractual en Colombia, Dr. Juan Pablo Cárdenas Mejía, Dr. Sergio Muñoz Laverde.

El Derecho Societario Colombiano: del Código de Comercio a la Ley 1258 de 2008, Dr. Francisco Reyes Villamizar, Dr. Néstor Humberto Martínez Neira.

El Precedente Jurisprudencial Obligatorio en Materia Comercial, Dr. Diego López Medina, Dr. Javier Tamayo Jaramillo.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

1. Datos de identificación

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

Referencia y fecha: 16 de Diciembre de 2010, Exp. 11001-3103-008-1989-00042-01

Magistrado Ponente: Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

Decisión: No Casa.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho Comercial- Títulos Valores - Conocimiento de embarque: Requisitos para ejercer los derechos que surgen del título-valor
- 2.0. Derecho Comercial-Contratos Mercantiles: Responsabilidad contractual - Culpa de la víctima.

Problemas Jurídicos

1. ¿Es suficiente poseer la calidad de destinatario en el contrato de transporte para reclamar la mercancía, cuando en desarrollo de dicho contrato se ha emitido un conocimiento de embarque?
2. ¿El artículo 2357 del C.C puede aplicarse a la responsabilidad contractual en materia mercantil?
3. ¿El comportamiento de la víctima en el art. 2357 debe ser constitutivo de culpa o basta con un aporte causal al daño?
4. ¿Existe culpa de la víctima en los términos del artículo 2357 del C.C, cuando el transportador no solicita el depósito y venta de los bienes transportados inmediatamente después de los treinta días señalados en el art. 1033 Código de Comercio después de que el remitente tenga noticia de la retención de la mercancía?

Síntesis del documento

La sentencia estudia un contrato de transporte marítimo de mercancías en el cual se emitió un conocimiento de embarque de unas mercancías que fueron dadas en prenda por el dueño de las mismas a un tercero. Tal mercancía no fue reclamada generando unos perjuicios al transportador, que éste último atribuyó al acreedor prendario como destinatario por considerarlo parte del contrato de transporte al haber aceptado tácitamente el contrato. La Corte llega a la conclusión de que al no haberse probado que la entidad a la cual se le habían pignorado las mercancías era la legítima

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

tenedora del conocimiento de embarque, ésta no podía responder por los perjuicios sin importar la calidad en la cual actuara dentro del contrato de transporte.

En segundo lugar, se analiza la reducción de la indemnización por culpa de la víctima, impuesta al transportador por no ejercer la solicitud de depósito y venta de mercancías después de esperar el plazo legal para poder hacerlo, concluyendo que es deber de los contratantes, en ejercicio de la buena fe, mitigar los daños que pueden sufrir y actuar de modo contrario implica la imposibilidad de exigir la totalidad de los perjuicios, tal como se dio en el presente caso.

Por estas dos razones la demanda de casación no prospera.

Pronunciamientos relevantes

- 1. Para ejercer los derechos provenientes de un conocimiento de embarque es necesario ser legítimo tenedor del título-valor sin importar la calidad de éste último dentro del contrato de transporte.**

“Sin duda, pues, cuando en desarrollo de un contrato de transporte marítimo de mercaderías, los elementos objeto de la movilización son recibidos y llevados a bordo de la nave, y el transportador expide el correspondiente conocimiento de embarque (*bill of lading*), la única persona legitimada para reclamar la entrega de los efectos transportados al término de su conducción al puerto de destino es el tenedor legítimo del original del indicado documento, el que por dicha circunstancia y por ser negociable ostenta la calidad de título valor representativo de las mercaderías transportadas, caso en el cual tal entrega se le habrá de realizar al mencionado tenedor, independientemente de que en él concurra la calidad de remitente, destinatario o de tercero frente a la relación jurídica derivada del transporte.”

“Por consiguiente, en esta hipótesis, tanto el remitente como el destinatario, sean una misma persona o dos distintas, sólo podrán hacer efectivos los derechos que surjan del correspondiente contrato de transporte en relación con la reclamación de la mercancía transportada, si son tenedores legítimos del original del conocimiento de embarque -título valor representativo de tales bienes- no bastando a ellos, por ende, para ese fin, esgrimir alguna de las calidades antes mencionadas.”

- 2. Aplicación del artículo 2357 C.C a la responsabilidad contractual mercantil.**

“En el derecho contemporáneo es claro, asimismo, que el comportamiento de quien reclama la reparación de los daños no sólo tiene trascendencia en materia de responsabilidad civil

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

extracontractual, sino que el mismo es igualmente relevante cuando se reclama la indemnización de los daños producidos por el incumplimiento contractual. Tal circunstancia explica la importancia que tiene la figura que se ha conocido tradicionalmente como *mora creditoris* (arts. 1605, 1739 y 1883 del Código Civil) y que, específicamente, en la regulación mercantil de algunos de los eventos de responsabilidad civil contractual, el legislador haya previsto expresamente el *hecho* o *culpa* de la víctima o, concretamente, del acreedor, como mecanismo para enervar total o parcialmente la pretensión indemnizatoria (arts. 732, 992, 1003, num. 3°, 1196, 1391 y 1880 del Código de Comercio, entre otros), lo que no quiere decir que la procedencia de tal mecanismo de defensa en materia contractual no tenga la misma generalidad que existe en la responsabilidad civil extracontractual, pues, en aquellos eventos bien puede aplicarse el artículo 2357 del Código Civil, teniendo presente que éste es uno de aquellos asuntos en los que los criterios generales de la responsabilidad civil son aplicables a uno u otro campo.”

3. La imprudencia exigida en el artículo 2357 del CC debe entenderse como culpa en estricto sentido o como un hecho de la víctima que concurre a producir el daño.

“En todo caso, así se utilice la expresión “culpa de la víctima” para designar el fenómeno en cuestión, en el análisis que al respecto se realice no se deben utilizar, de manera absoluta o indiscriminada, los criterios correspondientes al concepto técnico de culpa, entendida como presupuesto de la responsabilidad civil en la que el factor de imputación es de carácter subjetivo, en la medida en que dicho elemento implica la infracción de deberes de prudencia y diligencia asumidos en una relación de alteridad, esto es, para con otra u otras personas, lo que no se presenta cuando lo que ocurre es que el sujeto damnificado ha obrado en contra de su propio interés. Esta reflexión ha conducido a considerar, en acercamiento de las dos posturas, que la “culpa de la víctima” corresponde -más precisamente- a un conjunto heterogéneo de supuestos de hecho, en los que se incluyen no sólo comportamientos culposos en sentido estricto, sino también actuaciones anómalas o irregulares del perjudicado que interfieren causalmente en la producción del daño, con lo que se logra explicar, de manera general, que la norma consagrada en el artículo 2357 del Código Civil, aun cuando allí se aluda a “imprudencia” de la víctima, pueda ser aplicable a la conducta de aquellos llamados *inimputables* porque no son “capaces de cometer delito o culpa” (art. 2346 *ibidem*) o a comportamientos de los que la propia víctima no es consciente o en los que no hay posibilidad de hacer reproche alguno a su actuación (*v.gr.* aquel que sufre un desmayo, un desvanecimiento o un tropiezo y como consecuencia sufre el daño).”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

4. Cuando el transportador no hace uso del derecho del art. 1033 C.Co en tiempo, contribuye a aumentar el daño sufrido y puede aplicarse el art. 2357 C.C.

“En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido”

“Siendo ello así, ningún desafuero se aprecia en la interpretación que el Tribunal hizo del artículo 1033 del Código de Comercio, pues ciertamente el ejercicio “negligente” –en el sentido de *tardío*- que ese juzgador atribuyó a la actora respecto de los derechos consagrados en ese precepto, bien podía dar lugar a inferir que la propia demandante había contribuido en la producción o agravación del daño cuya reparación ella persiguió en este asunto y, de esta manera, a aplicar el artículo 2357 del Código Civil (...)”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de agosto de 2001, expediente No. 6146

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia de 29 de noviembre de 1993, exp. 3579, no publicada

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 1990, G.J. CCIV, No.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia No. 190 del 24 de mayo de 1990

2. Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: Expediente T-2644977. 31 de Agosto de 2010

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Decisión: Tutelar el derecho fundamental al debido proceso

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

2.0. Derecho de los Títulos-Valores: Diligenciamiento de títulos valores en blanco.

Problemas Jurídicos

1. ¿En qué formas puede constar una carta de instrucciones?
2. ¿Qué condiciones existen para el diligenciamiento de títulos valores en blanco?
3. ¿Qué obligaciones le incumben al deudor firmante de un título valor en blanco que alega un diligenciamiento contrario a lo establecido en la carta de instrucciones?
4. ¿Las instrucciones para el diligenciamiento de un título valor en blanco deben existir al momento de la entrega del mismo al acreedor o pueden ser posteriores?

Síntesis del documento

La carta de instrucciones como documento anexo a un título valor en blanco, puede constar de manera verbal o escrita, siendo necesaria en este último caso que el documento en el que se encuentren las instrucciones acompañe siempre al título valor en blanco en su circulación.

Para diligenciar un título valor en blanco es necesario ostentar la calidad de tenedor legítimo, así como llenarlo conforme a lo previsto en la carta de instrucciones y previo al ejercicio del derecho que en el título se incorpora.

En el evento en que el suscriptor del título alegue la no conformidad del diligenciamiento del título en relación con las instrucciones otorgadas, debe probar que el título fue firmado con espacios en blanco y que tales espacios fueron complementados sin tener en cuenta las condiciones pactadas.

Pronunciamientos relevantes

1. Carta de instrucciones

“(…) la carta de instrucciones puede constar en un documento escrito o de manera verbal, al no existir una norma que exija alguna formalidad. Sobre el particular indica la academia:

De manera escrita puede constar en el mismo documento o en llamada carta de instrucciones, o en un documento aparte que contenga el negocio jurídico que le dio origen al título-valor en blanco v.gr. en una compraventa. Aunque en esta dos últimas formas, se presenta una dificultad práctica, ya que la

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

circulación del título-valor en blanco queda sometida al acompañamiento de la carta de instrucciones o del documento en donde consten las instrucciones.”

2. Condiciones para el diligenciamiento de títulos valores en blanco

“En relación con el diligenciamiento de títulos valores con espacios en blanco, la Superintendencia Financiera de Colombia señala:

“Condiciones esenciales para proceder a llenar un título valor en blanco.

Los únicos limitantes que tiene el legítimo tenedor de un título valor en blanco para diligenciar el documento en cuestión son aquellos que le impone el texto de la carta de instrucciones, la cual se supone basada en la relación jurídica existente entre el creador del título y el beneficiario del mismo.”

Indica la Superintendencia, respecto de los requisitos del documento que contiene las instrucciones, que permitirán al tenedor del instrumento su diligenciamiento:

a.) Que el título sea llenado por un tenedor legítimo, es decir por quien detente el título de acuerdo a su ley de circulación;

b.) Que el documento sea diligenciado conforme a las instrucciones del firmante, y;

c.) Que el título se llene antes de ejercer el derecho que el mismo otorga, esto es antes de presentar el documento para el pago, negociarlo o ejercer la acción cambiaria encaminada al recaudo del importe del título.”

3. Obligaciones del deudor que alega la no conformidad del diligenciamiento del título valor en blanco

“Por su parte la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (...) reiteró que *ese tribunal admite de manera expresa la posibilidad, por cierto habitualmente utilizada, de crear títulos valores con espacios en blanco para que, antes de su exhibición tendiente a ejercer el derecho incorporado, se llenen o completen por el tenedor de conformidad con las órdenes emitidas por el suscriptor. Ahora, si una vez presentado un título valor, conforme a los requisitos mínimos de orden formal señalados en el Código de Comercio para cada especie, el deudor invoca una de las hipótesis previstas en la norma mencionada le incumbe doble carga probatoria: en primer lugar, establecer que realmente fue firmado con espacios en blanco; y, en segundo, evidenciar que se llenó de manera distinta al pacto convenido con el tenedor del título.”*

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

4. Las instrucciones para llenar un título valor en blanco pueden darse en momento posterior a la suscripción del mismo por el deudor y su entrega al acreedor.

Por ende, el hecho de que se hubiera demostrado que en un comienzo no hubo instrucciones para llenar los espacios en blanco de las referidas letras, era cuestión que por sí sola no les restaba mérito ejecutivo a los referidos títulos, pues tal circunstancia no impedía que se hubiesen acordado instrucciones ulteriores para hacer posible el diligenciamiento del título y su consiguiente exigibilidad.

No podía, entonces, invertirse la carga de la prueba para dejar a hombros del acreedor el deber de acreditar cómo y por qué llenó los títulos, sino que aún en el evento de ausencia inicial de instrucciones, debían los deudores demostrar que tampoco las hubo con posterioridad o que, en todo caso, el acreedor sobrepasó las facultades que la ley le otorga para perfeccionar el instrumento crediticio en el que consta la deuda atribuida a los ejecutados.

Jurisprudencia citada por la entidad:

1.0 Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia de quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009), expediente No. 05001-22-03-000-2009-00629-01

3. Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: Sentencia C 830 de 2010. Expediente D-8096. 20 de Octubre de 2010

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Norma acusada: Artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009

Decisión: Declara exequible

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho del Consumidor: Alcance de la publicidad como manifestación de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. Relación de la publicidad con el derecho del consumidor. Mercados pasivos. Restricciones a la publicidad en el caso específico de la promoción y patrocinio del tabaco.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Problemas Jurídicos

- 1.0 ¿Cuál es el alcance de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada respecto de la limitación legislativa a la publicidad y promoción del tabaco?
- 2.0 ¿Desconoce el Estado la libertad de empresa y la libre iniciativa privada al limitar determinada publicidad comercial con el objeto de desincentivar el consumo de determinado producto?
- 3.0 ¿En qué consisten los mercados pasivos?
- 4.0 ¿Se configura una discriminación hacia el mercado del tabaco al permitirse la libre publicidad de otros productos igualmente perjudiciales para la salud?

Síntesis del documento

Si bien la Constitución Política reconoce el papel de la libertad de empresa y la iniciativa privada como motor de la economía, admite restricciones a estas libertades en aras de satisfacer fines constitucionales. Tales restricciones deben preverse en una norma legal cuyo análisis de constitucionalidad es de naturaleza débil al revisar únicamente la legitimidad de su fin así como la proporcionalidad de la medida.

La publicidad, como discurso, es objeto de protección al ser manifestación del derecho a la libertad de expresión e información, pero también puede ser restringida como medio de protección a los derechos del consumidor. Las limitaciones a la publicidad comercial por parte del Estado encuentran justificación, entre otras razones, en la protección a la salud del consumidor, a través de medidas que desincentiven el consumo de productos perjudiciales. Esto lleva a la conformación de un mercado pasivo, en el caso de productos como el tabaco, respecto de los cuales si bien se permite su producción y comercialización se restringe su publicidad con el fin de disminuir su consumo.

Al suscribir el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco Colombia se compromete a implementar medidas dirigidas a disminuir el consumo del tabaco en razón a sus efectos nocivos. Entre dichas medidas se encuentran la prohibición o restricción a la promoción y patrocinio de tal producto.

Pronunciamientos relevantes

1. Alcance de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada.

“En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.

(...)

Ahora bien, para lo que interesa a la presente sentencia conviene concentrarse en las modalidades de intervención del Estado en el ejercicio de las libertades económicas y en los requisitos que deben cumplir dichas acciones para que sean compatibles con la Constitución. En cuanto a lo primero, la jurisprudencia ha reconocido que la intervención del Estado en la economía puede darse a través de múltiples niveles y modalidades, a condición que tales actuaciones públicas estén precedidas de norma legal que regule el modo y grado de intervención.

(...)

En ese orden de ideas, el control de constitucionalidad de la norma que establezca una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de “(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”.

Este escrutinio, como se observa, es de naturaleza débil, pues se restringe a exigir que el fin perseguido por la limitación o prohibición persiga un fin constitucionalmente legítimo y la medida no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada, de modo que afecte el núcleo esencial de las libertades económicas. Ello se explica, como se ha señalado en este apartado, en el hecho que tales libertades conllevan en sí mismas, amén su carácter autorrestringido, la posibilidad que el Estado, habida consideración de la dirección general de la economía que ostenta, pueda establecer limitaciones en aras de satisfacer el interés común que subordina al mercado de bienes y servicios.”

2. Publicidad y libertad de empresa.

“En primer término, si el Estado reconoce las libertades económicas como garantías a favor de los ciudadanos, necesarias para la preservación de la economía social de mercado, entonces la publicidad también es objeto de protección, puesto que es parte integrante del esfuerzo productivo y la ulterior

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

conurrencia del agente y sus productos al mercado. En segundo lugar, al inscribir a la publicidad dentro del grupo de actividades comprendidas en el concepto de libertad de empresa y libre iniciativa económica, podrá el Estado imponerle limitaciones, restricciones, e incluso prohibiciones a sus distintas manifestaciones, a condición que se cumplan los requisitos identificados por la jurisprudencia constitucional para la validez de los actos de intervención económica, en especial el cumplimiento de condiciones de razonabilidad y proporcionalidad de la actividad estatal.”

3. Publicidad y derechos del consumidor.

“La jurisprudencia ha reconocido que la función estatal en este campo se concentra en garantizar que las decisiones de consumo sean informadas, disminuyendo las asimetrías que impidan el conocimiento previo a la adquisición de productos y servicios seguros y de aceptable calidad. En ese sentido, la Corte ha reconocido que los derechos de los consumidores tienen naturaleza poliédrica, pues integran el deber estatal de garantizar diversos planos de eficacia, relacionados con la calidad y seguridad de los productos, la adecuada y suficiente información sobre los mismos y el aseguramiento de la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios. “

1. Mercado pasivo.

“La misma jurisprudencia ha contemplado que las limitaciones a la publicidad comercial pueden llegar a ser particularmente intensas, cuando el Estado encuentra que determinada actividad, a pesar de ejercerse lícitamente, debe desestimarse en razón de los perjuicios objetivos que genera en la sociedad o el peligro verificable de daño a terceros. En tal sentido, no se opone *prima facie* al ordenamiento constitucional que el legislador disponga reglas que busquen la conformación de un mercado pasivo, esto es, la existencia de correlativa de la autorización para la producción y comercialización de determinado bien o servicio y la fijación de políticas destinadas a desincentivar su consumo. Para la Corte, “*es necesario tener en cuenta que existen ocupaciones o transacciones económicas que un legislador democrático puede considerar dañinas socialmente, y que por ende juzga que deben ser limitadas. Sin embargo, ese mismo legislador puede concluir que es equivocado prohibir esas actividades, por muy diversas razones. Por ejemplo, con base en diversos estudios sociológicos, los legisladores pueden considerar que la interdicción total es susceptible de generar un mercado negro ilícito, que en vez de reducir el daño social ligado a los intercambios económicos no deseados, tienda a agravarlo. En casos como esos, la sociedad democrática puede asumir la opción de crear lo que algunos estudiosos denominan un "mercado pasivo", esto es, la actividad es tolerada, por lo cual es legal, pero no puede ser promovida, por lo cual toda propaganda en su favor es no sólo prohibida, o fuertemente restringida, sino que incluso las autoridades adelantan campañas publicitarias en contra de esas actividades. Este tipo de estrategias ha sido desarrollado en algunos países para, por ejemplo, controlar el*

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

abuso de sustancias psicoactivas legales, como el alcohol o el tabaco. || Conforme a lo anterior, no es pues contradictorio, ni en sí mismo viola la Carta, que la ley prohíba la publicidad comercial a una actividad, que es legal, puesto que es válido que las autoridades establezcan distintas formas de “mercado pasivo” para aquellas ocupaciones que son toleradas, pero que la sociedad juzga necesario desestimular. Sin embargo, para que una medida de esa naturaleza no sea discriminatoria, ni violatoria del pluralismo (CP art. 7 y 13), tienen que existir no sólo razones muy claras que expliquen esa interdicción, o restricción de la publicidad, sino que además la medida debe ser proporcionada al logro del objetivo que se pretende alcanzar.”

5. Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco.

“El consenso global acerca de la necesidad de implementar medidas dirigidas a desincentivar el consumo de tabaco, al igual que el exposición al humo del mismo, merced de sus comprobados efectos perjudiciales para la salud, se logró mediante el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, en adelante CMCT, suscrito en Ginebra en 2003.

(...)

En lo que respecta a la decisión a adoptarse en este fallo, interesa concentrarse en las disposiciones contenidas en el artículo 13 del CMCT, que incorpora dentro de las medidas relacionadas con la reducción de la demanda de tabaco, aquellas relativas a la publicidad, promoción y patrocinio del mismo. Este precepto parte de establecer que los Estados partes del Convenio reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco. Sobre el particular debe acotarse que el artículo 1º del CMCT ofrece una definición estipulativa para el concepto de “publicidad y promoción de tabaco”, que corresponde a “*toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.*” Igualmente, define al “patrocinio de tabaco” como “*toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.*”

(...)

El CMTC determina el contenido de las obligaciones *mínimas* que debe implementar cada Estado parte en relación con la materia analizada. Así, deberá (i) prohibir toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones; (ii) exigir que toda publicidad de tabaco

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente; (iii) restringir el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población; (iv) exigir, en los casos que no se adopte una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes: (v) proceder a la prohibición total de la publicidad en el plazo de cinco años o, en caso que ello sea incompatible con los postulados constitucionales del Estado parte, deberá preverse a restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y (vi) prohibir, o en caso que las normas constitucionales no lo permitan, restringir el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.”

6. Constitucionalidad de la limitación específica a la publicidad del tabaco.

“La constitucionalidad de los preceptos demandados podría cuestionarse, finalmente, con base en el argumento propuesto por el ciudadano Cáceres Corrales, según el cual la medida de prohibición legislativa es desproporcionada, puesto que se limita a un grupo de productos en particular y no lo extiende a otros, como el consumo de determinados alimentos que involucran daño cardiovascular o las bebidas alcohólicas. A este respecto, basta indicar que las medidas de intervención del Estado en la economía hacen parte del amplio margen de configuración legislativa, por lo que corresponde al Congreso decidir en qué campos y bajo qué materias se dirige dicha intervención, correspondiéndole a la jurisdicción constitucional evaluar si tales instrumentos cumplen las condiciones descritas en esta providencia para la validez de normas de esa índole, más no suplantar la actividad del legislador, en el sentido de identificar y regular qué otras materias debería someter a regulaciones, limitaciones o restricciones. Además, para el caso particular analizado, el legislador fundó su decisión en la necesidad de cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado colombiano en razón de la suscripción del CMCT, deberes que se han expuesto *in extenso* en distintos apartes de esta sentencia.”

Jurisprudencia citada por la entidad:

Corte Constitucional. Sentencia C-355/94 M.P. Antonio Barrera

Corte Constitucional. Sentencia C-560/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Corte Constitucional. Sentencia C-524/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz
Corte Constitucional. Sentencia C-624/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero
Corte Constitucional. Sentencia C-116/99 M.P. María Victoria Sáchica Méndez
Corte Constitucional. Sentencia C-332/00 M.P. Fabio Morón Díaz
Corte Constitucional. Sentencia C-1141/00. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Corte Constitucional. Sentencia C-010/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero
Corte Constitucional. Sentencia C-615/02. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Corte Constitucional. Sentencia C-392/07 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
Corte Constitucional. Sentencia C-665/07 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
Corte Constitucional. Sentencia C-639/10 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

4. Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Constitucional – Sala Quinta de Revisión.

Referencia y fecha: 8 de marzo de 2010 (Publicada en diciembre de 2010), Sentencia T-164/10, Exp. T-2444261

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Decisión: Niega las pretensiones.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Constitucional: *Hábeas Data*- Prescripción liberatoria de la obligación- Límite temporal del dato financiero negativo.

Problemas Jurídicos

1. ¿Cuándo una obligación permanece insoluta y ha transcurrido el término de prescripción ordinaria de tal obligación, el dato negativo reportado a una base de datos puede permanecer indefinidamente?
2. “¿Una entidad vulnera el derecho al *hábeas data* de una persona cuando se abstiene de eliminar el reporte negativo que pesa sobre ella por el incumplimiento de una obligación civil que no ha sido pagada, respecto de la cual ha transcurrido un término inferior para su extinción mediante la prescripción liberatoria?”
3. ¿El juez de tutela puede declarar la violación del derecho de *hábeas data* cuando existe un reporte negativo por una obligación en la cual ha operado la prescripción, aunque tal prescripción no haya sido declarada judicialmente?

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Síntesis del documento

La providencia analiza el caso de un deudor que se encuentra reportado en dos bases de datos financieras por una deuda con una entidad bancaria surgida de una tarjeta de crédito tomada en 1989, cuya exigibilidad se produjo en el año 2000. El deudor había solicitado a la entidad bancaria que su reporte negativo fuera eliminado petición a la cual se negó la entidad por no haber transcurrido el término de prescripción.

A partir de este caso, la Corte analiza su evolución jurisprudencial sobre el derecho de hábeas data, llegando a la ley 1266 de 2008 y la sentencia C-1011 de 2008, a partir de los cuales se limita a un periodo máximo de 4 años el reporte de datos financieros negativos desde el momento de la extinción de la obligación por cualquier modo.

Finalmente la Corte concluye que es necesario que opere la prescripción de la obligación, desde el momento en que se hace exigible, y hayan transcurrido 4 años desde ese evento para que la entidad se vea obligada a eliminar el dato negativo, de lo contrario no se viola el derecho de *hábeas data* y en caso de haberse cumplido tales requisitos, el juez de tutela se encuentra facultado para proteger el derecho en mención aún si no se ha declarado judicialmente la prescripción.

Pronunciamientos relevantes

1. El dato financiero negativo no puede superar cuatro años desde el momento de la extinción de la obligación por cualquier modo.

“Este Tribunal, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia C-1011 de 2008 antes relatada, consideró que *“la caducidad del dato financiero negativo, ante la extinción de la obligación por cualquier modo, no puede exceder cuatro años, contados a partir del momento en el que la obligación se extinga, esto es, desde el momento en el que deje de ser exigible judicialmente.”*

“Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional, el término de caducidad del dato financiero negativo, tratándose de la extinción de la obligación por cualquier modo diferente al pago (incluyendo la prescripción liberatoria), es de cuatro años, contados a partir del momento de ocurrencia del fenómeno extintivo.”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

2. No se viola el derecho de habeas data cuando no se elimina un reporte negativo antes de que opere la prescripción liberatoria de la obligación.

“En consecuencia, no se vulnera el derecho fundamental al *habeas data* cuando una entidad se abstiene de eliminar el reporte negativo que pesa sobre una persona por el incumplimiento de una obligación civil que permanece insoluta, respecto de la cual ha transcurrido un término menor de 10 años desde la fecha de su exigibilidad.”

“La ley civil establece que la prescripción de la acción ordinaria (el mecanismo procesal que le permite a un acreedor obtener una declaración judicial respecto de la existencia de una obligación) ocurre en el término de 10 años, contado a partir de su exigibilidad. Así, no es posible entender que una obligación se extinga en periodo inferior a aquel y mucho menos, que el término de caducidad del dato financiero negativo se complete antes de dicho periodo. Por el contrario, el límite temporal de dicha información, tratándose de aquellas hipótesis en las cuales el deudor nunca paga, se extiende – a manera de sanción – por un período de 4 años contado a partir del momento en que la obligación prescribe.”

3. No se requiere una sentencia judicial previa que declare la prescripción de una obligación, para proteger el derecho de *habeas data*.

“Esta Sala considera que si bien el juez de tutela carece de la facultad de decretar la prescripción de una obligación, ya que dicha prerrogativa corresponde a los jueces civiles, no necesita de una efectiva declaración judicial de prescripción para poder proteger el derecho fundamental al *habeas data*.”

“En efecto, aunque resulta innegable que el cómputo del término de caducidad del dato financiero negativo cuando no hay pago de la obligación depende necesariamente de la verificación del fenómeno que dio lugar a su extinción, es deber del juez de tutela, en aras de garantizar la protección efectiva a dicho derecho, emplear todas las facultades probatorias con las que dispone para determinar (i) el momento de exigibilidad de la obligación incumplida objeto del reporte negativo, y desde ahí (ii) examinar si ha efectivamente transcurrido el plazo señalado por la ley para la extinción de la obligación por el fenómeno de la prescripción liberatoria.”

“Así, luego de encontrar que dicho término haya efectivamente transcurrido, deberá verificar que hayan pasado más de 4 años desde aquel momento, para poder conceder la protección al derecho al *habeas data* a deudores que se hayan sustraído de manera permanente de sus obligaciones crediticias. En consecuencia, una entidad vulnera el derecho fundamental al *habeas data* de una persona cuando mantiene un reporte negativo de ella por un término superior a 4 años, contado a partir del momento de extinción de la obligación por prescripción liberatoria. No sobra advertir que la verificación de la

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

caducidad del dato financiero no implica, de ninguna manera, declaratoria judicial alguna sobre la prescripción de la obligación.”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Corte Constitucional, Sentencia T-421 de 2009 MP. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia C-1011 de 2008 MP. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-577 de 1992 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencias SU-082 de 1995 MP. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia SU-089 de 1995 MP. Jorge Arango Mejía.

5. Datos de identificación

Entidad emisora: Consejo de Estado.

Referencia y fecha: Sentencia del 9 de diciembre de 2010. Expediente 2004-00244-01.

Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

Decisión: Deniega las pretensiones de la demanda.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Propiedad Industrial – Signos distintivos – Marcas: Signos compuestos, signos de fantasía.

Problemas Jurídicos

1. ¿Puede registrarse como marca un signo compuesto que esté conformado por uno o más vocablos de uso genérico o común?
2. ¿Todas las palabras en idioma extranjero que conformen una marca compuesta, la convierten automáticamente en un signo de fantasía, haciéndola registrable?

Síntesis del documento

Registro de marcas compuestas por vocablos comunes o genéricos. Los signos distintivos que se encuentren compuestos por una o varias palabras de uso común pueden ser objeto de registro por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio como marcas, siempre que se encuentren acompañadas de otra palabra que le otorgue distintividad al conjunto de signos.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Adicionalmente, una palabra extranjera puede ser considerada como una de uso común; por consiguiente, la marca que contenga tal vocablo no podrá ser tomada como signo de fantasía y ser objeto de registro.

Pronunciamientos relevantes

1. Posibilidad de registro de los signos compuestos conformados por palabras de uso común o genérico.

“El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial núm. 062-IP- 2009, (...), de oficio interpretó el literal g) del artículo 135¹ (sobre causales de irregistrabilidad de una marca) [de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina], precisando, entre otros aspectos, los siguientes:

Que dentro de los signos denominativos están los compuestos, (...), los que están conformados por dos o más palabras, frente a lo cual se ha establecido por parte del citado Tribunal que: ‘no existe prohibición alguna para que los signos a registrarse adopten, entre otros, cualquiera de estas formas: se compongan de una palabra compuesta, o de dos o más palabras, con o sin significación conceptual, con o sin el acompañamiento de un gráfico’.

Señala que al realizar el correspondiente examen de registrabilidad ‘no deben tomarse en cuenta los elementos genéricos, a efectos de determinar si existe confusión; ésta es una excepción al principio de que el cotejo de las marcas debe realizarse atendiendo a una simple visión de los signos que se enfrentan. En el caso de los elementos genéricos, la distintividad se busca en el elemento diferente que integra el signo. Sin embargo...el signo compuesto, formado por uno o más vocablos genéricos, tiene la posibilidad de ser registrado siempre que forme un conjunto marcarío suficientemente distintivo. A pesar de esto, el titular del signo con dichas características, tiene que ser consciente de que no puede impedir la utilización del signo genérico...’.

Conforme lo señaló el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al interpretar las normas comunitarias (...), al momento de realizar el correspondiente examen de registrabilidad no deben tomarse en cuenta los elementos genéricos, a efectos de determinar si existe confusión; el cotejo de las marcas debe realizarse atendiendo a una simple visión de los signos que se enfrentan. En el caso

¹ El literal g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, señala: “Consistan exclusivamente o se hubieran convertido en una designación común o usual del producto o servicio de que se trate en el lenguaje corriente o en la usanza del país;”.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

de los elementos genéricos, en el caso de los elementos genéricos, la distintividad se busca en el elemento diferente que integra el signo”.

2. Existencia de palabras en un idioma extranjero que por uso común, se consideran como vocablo genérico y no pueden convertir una marca en signo de fantasía.

“(…) se presume que las palabras en idioma extranjero y su significado no son de conocimiento común, por lo que, al formar parte de un signo pretendido para ser una marca, se les considera como signo de fantasía, procediendo en consecuencia su registro.

(…) [sin embargo] existen palabras extranjeras en las que tanto su conocimiento como su significado conceptual se ha generalizado y se han hecho del conocimiento y comprensión del público; en este caso, cuando una palabra en idioma extranjero un signo marcario es fácilmente reconocible entre el público, consumidor o usuario, sea a causa de su escritura, pronunciación o significado, deberá tenerse en cuenta que el carácter genérico o descriptivo de una marca no está referido a su denominación en cualquier idioma. Sin embargo, no pueden ser registradas que a pesar de pertenecer a un idioma extranjero, son de uso común en los Países de la Comunidad Andina, o son comprensibles para el consumidor medio de esta subregión debido a su raíz común, a su similitud fonética o al hecho de haber sido adoptadas por un órgano oficial de la lengua en cualquiera de los Países Miembros”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial del 2 de septiembre de 2009. Proceso 062-IP-2009.

6. Datos de identificación

Entidad Emisora: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Tipo de Normativa: Decreto

Referencia y Fecha: No. 4611 del 13 de Diciembre de 2010

Tema: Modifica parcialmente el Dec.2555 de 2010 en cuanto a las operaciones de redescuento en los contratos de leasing.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Financiero- Operaciones de redescuento a contratos de leasing con entidades financieras.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Síntesis del documento

“...el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro), la Financiera de Desarrollo Territorial S. A. (Findeter), la Financiera Energética Nacional (FEN) y el Banco de Comercio Exterior S. A. (Bancoldex) se encuentran autorizados para realizar operaciones de redescuento de contratos de leasing (...) través de las compañías de financiamiento o de establecimientos bancarios...”

“...Se entiende por redescuento de contratos de leasing toda operación en virtud de la cual una de las entidades de redescuento señaladas (...) entrega recursos a una compañía de financiamiento o a un establecimiento bancario para que estos financien operaciones de leasing (...) a cambio de la suscripción de pagarés en blanco con carta de instrucciones o a través de la cesión condicionada de los cánones de arrendamiento derivados de los contratos de leasing redescontados...”

“...En ningún caso, la suscripción de pagarés en blanco con carta de instrucciones o la cesión condicionada de los cánones de arrendamiento derivados de los contratos de leasing redescontados, podrá implicar para la entidad de redescuento, la asunción de la calidad de arrendador de los bienes objeto del contrato de leasing, a menos que la compañía de financiamiento o el establecimiento bancario sean objeto de toma de posesión para liquidar...”

“...La tasa y margen de redescuento, las garantías para el desembolso de los recursos, el cupo autorizado a cada una de las compañías de financiamiento o establecimientos bancarios según sea el caso y las condiciones financieras de las operaciones de redescuento, serán establecidas por las instancias competentes en cada entidad de redescuento...”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

No aplica.

7. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio.

Referencia y fecha: Sentencia 021 del 09 de noviembre de 2010.

Decisión: Desestima todas las pretensiones de la demandante.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de la competencia: Competencia desleal por divulgación de información de competidores – actos de engaño y de descrédito – inducción a la ruptura contractual – cláusula general de competencia desleal.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Problemas Jurídicos

1. ¿Se configura como acto desleal de engaño y de descrédito, la mera divulgación de información comercial perjudicial de un comerciante?
2. ¿Es indispensable la preexistencia de un vínculo contractual entre el comerciante afectado por la conducta desleal y sus usuarios para que pueda darse la inducción a la ruptura contractual por parte de un tercero?
3. ¿En el contenido de la cláusula general de competencia desleal del artículo 7 de la Ley 256 de 1996, pueden incluirse otro tipo de conductas que se encuentran tipificadas específicamente en el subsiguiente articulado de la norma?

Síntesis del documento

La publicación de información sobre competidores derivada de actos administrativos que no sean reservados se encuentra amparada por la prerrogativa de presunción de legalidad de tales actos, de forma que dicha información se constituye como veraz, pertinente y exacta mientras el acto administrativo que la sustenta no haya sido revocado. Si la información se somete a las anteriores condiciones, no se puede predicar entonces una conducta desleal.

Pronunciamientos relevantes

1. **La divulgación de información perjudicial de un comerciante en el mercado no constituye en sí misma una conducta desleal, en medida que aquella sea veraz, pertinente y exacta.**

“(…) si bien la prueba acerca de la difusión de la información (...), y aunque la información hubiera podido afectar las prestaciones mercantiles [del comerciante], lo cierto fue que la información fue verdadera, pertinente y exacta, circunstancias que en los términos del artículo 12 de la Ley 256 de 1996, impiden calificar como desleal la conducta.

Decantando lo anterior es claro que (...) tampoco podría darse por configurado el acto de acto desleal de engaño, pues la veracidad, pertinencia y exactitud de la información divulgada son aspectos que implican que (...) no [se] dio lugar a que en el mercado se generara una idea errónea en relación con

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

los productos de la accionante, [lo que es] un supuesto indispensable para que, a la luz del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, se [pueda] perfeccionar el acto de competencia desleal en estudio”.

2. La prueba de la existencia de un contrato (independientemente de su tipo) que demuestre obligaciones en cabeza de la parte inducida a incumplir respecto de la parte afectada por la conducta desleal es necesaria para la configuración de la inducción a la ruptura contractual.

“(…) ante la inexistencia de un vínculo contractual, no podría hablarse de la inducción a la infracción de las obligaciones emanadas del mismo ni, tampoco, de la configuración del acto de competencia desleal contemplado en el artículo 17 de la Ley 256 de 1996 [inducción a la ruptura contractual].

Sobre este punto es pertinente aclarar que ante la inexistencia del contrato (...), el hecho de que los comercializadores o usuarios decidieran acudir a [otros] productos (...), constituiría simplemente un desplazamiento de clientela de un mercado propio basado en la libertad de competencia, efecto que de ninguna manera podría configurar el acto desleal de desviación de clientela en los términos del artículo 8 de la Ley 256 de 1996”.

3. La cláusula general de competencia desleal del artículo 7 de la Ley 256 de 1996 es independiente a los demás tipos desleales específicos desarrollados por tal Ley. Por consiguiente, no puede incluirse en dicha cláusula la descripción o los elementos de otras conductas desleales.

“La cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996, si bien tiene como función el principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos contemplados en los artículos 8° a 19 de la citada Ley 256, circunstancias de la que se derivan dos consecuencias: en primer lugar, la evocación del artículo 7°, *ibídem*, no resulta viable cuando la conducta se encuentra en otro tipo desleal, y en segundo lugar, que en el contenido de la cláusula general no es procedente incorporar conductas específicamente enmarcadas en los tipos específicos, pero que no reúnen la totalidad de los presupuestos materiales configurativos de las deslealtades correspondientes, como acontecería (...) con un acto de descredito al que no puede atribuírsele ese carácter en virtud de la veracidad, pertinencia y exactitud de la información divulgada”.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

8. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio, Delegación para asuntos jurisdiccionales, Grupo de trabajo de Competencia Desleal.

Referencia y fecha: Sentencia No.00025 del 24 de Noviembre de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de La Competencia: Conductas Constitutivas de Competencia desleal, terminación de contrato de arrendamiento y ejercicio de idéntica actividad comercial.

2.0. Derecho de la Competencia: Prueba de Perjuicios

Problemas Jurídicos

1.0. ¿El dar por terminado un contrato de arriendo comercial esgrimiendo una razón falsa para luego explotar directamente o permitir la explotación en el mismo lugar de un negocio idéntico al que se estaba desarrollando es un acto de competencia desleal?

2.0. ¿Los perjuicios derivados de un acto de competencia desleal deben ser probados por el demandante?

Síntesis del documento

El demandante aduce que los demandados han incurrido en actos de competencia desleal, debido a que estos terminaron el contrato de arrendamiento de un local comercial argumentando que este había sido vendido. Sin embargo después de que él abandonó el local los demandantes lo destinaron a la misma actividad comercial que había desarrollado el demandante, cuál era la comercialización de frutas y verduras. Ante esta situación los reclamados argumentaron que no fueron ellos sino el nuevo propietario quien puso en funcionamiento el nuevo establecimiento. Una vez determinados los hechos, entre los cuales se destacó que pasado aproximadamente un mes desde que se entregó el local empezó a funcionar allí el nuevo establecimiento y que para ese tiempo continuaban siendo propietarios del inmueble los demandantes, la Superintendencia determinó que “... pese a que en este caso no se dan los supuestos de hecho necesarios para configurar los actos desleales de desorganización, explotación de reputación ajena, inducción a la ruptura contractual (...) las

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

pretensiones declarativas de la demanda serán acogidas en lo que hace relación con el acto de competencia desleal fundado en la vulneración de la cláusula genera...”

Pronunciamientos relevantes

- 1. Terminación de contrato de arrendamiento de un local comercial, con una razón falsa, para explotar en el mismo un negocio idéntico, es considerado desleal bajo el parámetro de la cláusula general, más no por otras causales específicas.**

“...El comportamiento imputado a los demandados no resultó suficiente para quebrantar la organización de la empresa (...) aunque las razones invocadas por los demandados para terminar el contrato, la entrega del inmueble y la aparición en el mercado del establecimiento “El Gran Bodegón del Porvenir”, fueran circunstancias susceptibles de generar otros actos de competencia desleal...”

“...El acto desleal de inducción a la ruptura contractual es claramente improcedente en este caso, pues el contrato de arrendamiento que acá interesa lo dieron por terminado los mismos demandados aplicando para ello la cláusula en que las partes dejaron establecida la vigencia de su vinculación...”

“...Conforme lo ha dejado explicado este despacho en reiteradas oportunidades, el concepto de la buena fe comercial se ha entendido como “la convicción, predicada de quien interviene en el mercado de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios (...) teniendo en cuenta lo anotado (...) salta a la vista que no se actúa siguiendo los parámetros constitutivos del mismo si valiéndose de engaños se desplaza al empresario del lugar donde se desarrolla su actividad comercial con el único propósito discernible de explotar directamente la misma actividad económica...”

“...Teniendo en cuenta que la conducta, (...) consistente en acudir a afirmaciones contrarias a la realidad para privar al demandante del inmueble en el que desarrollaba su actividad mercantil y, posteriormente, permitir en ese lugar al funcionamiento de un establecimiento de comercio dedicado al mismo ramo de negocios, resultado contraria al principio de buena fe comercial y, en consecuencia, constitutiva del acto de competencia desleal...”

- 2. El demandante debe probar los perjuicios ocasionados por la conducta desleal.**

“... En materia de responsabilidad civil (...) el demandante tiene la carga de probar la existencia y cuantía del perjuicio cuya indemnización reclama, de manera tal que para la estimación de su

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

pretensión no le resultara suficiente con demostrar que su contraparte infringió una determinada obligación genérica o específica...”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

No aplica

9. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio.

Referencia y fecha: Sentencia 001 del 12 de enero de 2011.

Decisión: Desestima parcialmente las pretensiones.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de la Competencia: publicidad y confusión de productos de similar naturaleza.

Problemas Jurídicos

1. ¿La difusión de publicidad de un producto con reproducción de los elementos característicos de otro producto de similar naturaleza puede considerarse como un acto de confusión en los términos de la Ley 256 de 1996?
2. ¿Puede una conducta desleal por generar confusión, simultáneamente ser violatoria de la cláusula general de prohibición postulada en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996?

Síntesis del documento

El hecho que dos productos considerados individualmente posean características similares en cuanto a sus elementos distintivos, no implica inmediata e irrevocablemente que se genere un acto de confusión entre el público. Sin embargo, cuando la coincidencia en tales elementos distintivos llega al punto de ser idéntica, si podría dar lugar a generar un error en la distinción de los productos y por tanto confusión en los consumidores.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Pronunciamentos relevantes

1. La difusión de publicidad de un producto reproduciendo las características de otro producto, tiene la potencialidad de generar confusión entre el público.

“De conformidad con el artículo 10° de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de confusión, que tutela especialmente el interés del consumidor consiste en *‘garantizar su capacidad volitiva y decisoria a la hora de intervenir en el mercado’*, se configura en los eventos en que se ejecuta en dicho escenario y con fines concurrenciales cualquier conducta que resulte idónea para provocar en los consumidores error *‘sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios’* que se lo ofrecen, sin que para su configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues –como lo ha dejado establecido este Despacho– para ello basta con la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la conducta en cuestión para confundir.

Es pertinente indicar que dentro del concepto del acto desleal en análisis se incluyen tanto los casos en los que *‘el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro’* (confusión directa), como aquellos en los que se presenta el denominado riesgo de asociación, que se presenta cuando el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate y su distinto origen empresarial, *‘pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas empresas, ya sea vehículos comerciales, pertenencia al mismo grupo empresarial, etc.’* (confusión indirecta). Es del caso resaltar que las dos circunstancias comentadas tienen una trascendente relevancia en la libre decisión de mercado que se debe garantizar al consumidor, en tanto que este último puede perfectamente preferir un producto a otro sólo por la confianza que le reporta a la marca o la empresa vendedora, a la que se asocia un determinado status de calidad o prestigio y que hace que incluso esté dispuesto a pagar un precio superior al del resto de los productos’.

En este orden de ideas, es claro que la difusión de publicidad de un producto mediante la reproducción de elementos característicos de la presentación de otro producto similar es una conducta que tiene la potencialidad real de crear confusión directa respecto de tales productos (...).”

2. Una conducta que se encuentra enmarcada en cualquier tipo específico de competencia desleal (incluyendo confusión) no puede simultáneamente encuadrarse en la vulneración de la cláusula general de prohibición del artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

“La cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996, si bien tiene como función el ser principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema prohibitivo de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

verdadera norma a partir de la cual se deriven en deberes específicos y está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos contemplados en los artículos 8° a 19 de la Ley 256, circunstancia de la que se sigue que la evocación del artículo 7°, *ibídem*, no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal”.

3. Actos de Imitación. No siempre son desleales.

Con el señalado propósito es necesario precisar que, de conformidad con los artículos 10 y 14 de la ley 256 de 1996 y con lo que han dejado establecido la jurisprudencia y la doctrina especializada, el acto desleal de imitación se proyecta sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas, es decir, sobre el producto o servicio en sí mismo, que corresponde a las creaciones que, encaminadas a satisfacer una necesidad técnica o estética, constituyen la propia prestación (creación material); mientras que el objeto del acto desleal de confusión está constituido por los medios de identificación empresarial, esto es, los signos distintivos y, en general los elementos que permitan establecer el origen empresarial de una determinada prestación mercantil y diferenciarla de otras ofertas que concurren al mercado, ejemplo de lo cual es la presentación de los empaques de un producto (Creación formal)

Ciertamente, en primer lugar es del caso resaltar que la regla general de la libre imitación de productos o servicios encuentra fundamento en que esa conducta, siempre que no esté acompañada de los elementos atributivos de deslealtad, es considerada pro-competitiva en la medida en que elimina –en lo posible y razonable- restricciones a la libre concurrencia, promueve la eficiencia del mercado, genera un ambiente competitivo que motiva a los diversos oferentes a innovar con el propósito de superar a sus competidores y, en consecuencia, brinda a los consumidores la posibilidad de elegir entre distintas ofertas de bienes y servicios en atención a cantidades, calidades y precios, efectos que obviamente no se pueden predicar de la reproducción de signos distintivos o de cualquier otro medio de identificación empresarial, dada la alta probabilidad de que este comportamiento, al contrario, dificulte la labor de diferenciación de las distintas ofertas disponibles en el mercado.

Jurisprudencia o Doctrina relevante.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial dentro del Proceso No. 32-IP-2009

CSJ. Sentencia de Casación del 19 de diciembre de 2005, expediente 4018.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

10. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio, Delegación para asuntos Jurisdiccionales, Grupo de trabajo de Competencia Desleal.

Referencia y fecha: Sentencia No 0026 del 6 de Diciembre de 2010.

Superintendente Delegado: Dr. Dionisio Manuel de la Cruz Camargo.

Decisión: Declara que el demandado incurrió en la conducta desleal de engaño prevista en el artículo 11 de la ley 256 de 1996.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de la Competencia: Actos de engaño, Actos de Desviación de clientela, Clausula General, Uso indebido de denominaciones de origen.

Problemas Jurídicos

2. ¿El uso de evocaciones geográficas verdaderas, para identificar productos de ese origen, mezclados con productos que no ostentan esa característica, es un acto de competencia desleal?
3. ¿Es procedente aplicar la cláusula general frente a actos que encajan en los actos de competencia desleal definidos por la ley 256 de 1996?

Síntesis del documento

En ejercicio de la acción declarativa y de condena, se demanda a una empresa de productos cosméticos que lanzó una campaña publicitaria en la cual hacía referencia a denominaciones de origen, o indicaciones de procedencia geográfica, de algunos de sus productos, de manera tal que podía inducir a error a los consumidores, toda vez que no todos sus productos provenían de el mismo territorio. La Superintendencia acoge esta demanda al considerar que se configura un acto de engaño debido a que la conducta de la demandada tiene como efecto un engaño al consumidor en lo que respecta al origen y las características del producto.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Pronunciamientos relevantes

1.0. Se considera como acto de engaño el hacer referencia a una denominación de origen, sin distinguir los productos que no tienen esa procedencia respecto de los que si la ostentan.

“...Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas (...) susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre (...) la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos (...) los actos de la demandada tuvieron como efecto, al parecer, el engaño al consumidor acerca de la procedencia geográfica de sus propios productos...”

“...para que la conducta desplegada por un empresario pueda considerarse como engañosa, resulta necesario que pueda inducir en error o que genere falsas expectativas en los destinatarios (...) la conducta antes descrita busca proteger al consumidor para que su libertad de elección no resulte afectada con información que no corresponde a la realidad...”

“...al mezclar el uso de imágenes y frases alusivas a esa indicación geográfica como conjunto en sus catálogos, o al menos en varios de ellos, resultó ser idóneo para llevar al consumidor a creer, erróneamente, que el resto de productos elaborados en otros lugares que, en adición, no fueron anunciados, provenían de Francia hecho que en sí mismo, les otorgaba una superioridad proveniente del prestigio y la calidad que los productos allí fabricados...”

2.0. Los actos que encajan en un tipo específico de competencia desleal no requieren ser objeto de la cláusula general.

“...la cláusula general (...) es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos (...) circunstancia de la que devienen dos consecuencias: en primer lugar, que la evocación del artículo 7º (...) no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal...”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

No aplica

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

11. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia Financiera

Referencia y fecha: Concepto 2010054471-004 del 23 de noviembre de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho del Consumidor: Defensor del Consumidor Financiero.

Problemas Jurídicos

1.0. ¿En qué casos el Defensor del Consumidor Financiero Suplente puede reemplazar al Principal?

2.0. ¿Puede el Suplente del Defensor del Consumidor Financiero ejercer una función en simultaneidad con otra función que esté desarrollando el Principal?

Síntesis del documento

La figura del suplente ha sido creada por la Ley para el desarrollo de funciones que no pueden cumplirse por ausencia de quien detenta el cargo principal. En el caso específico del Defensor del Consumidor Financiero también se predica la existencia de un Suplente quien reemplazará al Principal en sus faltas definitivas o temporales. No obstante lo anterior, el ejercicio de funciones por parte del Suplente del Defensor del Consumidor Financiero debe implicar la ausencia del Defensor Principal y no desarrollarse en simultaneidad con otras funciones que este último se encuentre cumpliendo.

Pronunciamientos relevantes

Generalidades sobre el cargo de suplente

“En primera instancia cabe destacar que para el ejercicio de algunos cargos la ley ha estatuido contar con un principal y un suplente. El suplente tiene una vocación de disponibilidad para suceder en cualquier momento al principal, pero dicha capacidad sólo nace a partir del momento en que el titular no pueda ejercer el cargo, ya sea por falta temporal o definitiva.

Las faltas temporales están asociadas a una ausencia transitoria en el ejercicio de las funciones, como puede ser una enfermedad, vacaciones o un viaje, en tanto que las definitivas se presentan cuando existe una vacancia del cargo, por razones tales como la renuncia o muerte del principal.”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Suplencia del defensor del consumidor financiero

“Ahora bien, la figura de la suplencia en los términos atrás analizados se predica también del Defensor del Consumidor Financiero, respecto de todas las funciones establecidas en la Ley, es decir, tanto en su función tradicional de la atención de quejas como en la de más reciente consagración legal como es la conciliación.

Específicamente en punto a la materia que nos ocupa, la norma establece que el Defensor suplente deberá asumir las funciones del Defensor principal en sus faltas definitivas cuando se verifique alguna de las causales establecidas en el artículo 19 de la citada ley 1328 de 2009”

Suplencias temporales del defensor del consumidor financiero

“Visto el marco normativo expuesto en precedencia cabe indicar que aunque la Ley no contempla expresamente las ausencias temporales del Defensor Principal, es de la naturaleza de la figura del Defensor Suplente reemplazar en estos casos al Principal pues su objeto es evitar que la prestación del servicio se afecte por su ausencia. En otras palabras, esta Superintendencia estima que en las ausencias temporales (v.g. viajes personales, enfermedad) y por supuesto, en las definitivas del Principal, el Defensor Suplente debe reemplazarlo.

Debemos resaltar que esta vocación no implica que el Defensor Suplente pueda ejercer estas funciones sin que se presente una ausencia del Defensor Principal y con mucho menor razón ejercerlas simultáneamente, pues la mera ausencia material del Defensor del Consumidor Financiero por cúmulo de reuniones (como por ejemplo las de conciliación) no puede considerarse una causal de ausencia temporal sino eventualmente el resultado de una indebida planificación en la atención de las mismas.”

12. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia.

Referencia y fecha: 2 de noviembre de 2010, Concepto No. 2010059048-002

Asunto: Emisión Electrónica de CDT’s.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

2.0. Derecho Comercial- Títulos-Valores: CDT- Emisión electrónica.

3.0. Derecho Comercial – Comercio Electrónico: Emisión electrónica- Títulos-Valores



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Problemas Jurídicos

1. ¿Es posible que una entidad financiera expida un Certificado de Depósito a Término virtual, sin que la persona interesada en ello se encuentre en las oficinas de la entidad después de efectuado el depósito?

Síntesis del documento

“Con la Ley del Comercio Electrónico el legislador reconoció la equivalencia de los mensajes de datos y la fuerza obligatoria que tienen frente a los documentos expedidos en forma física cuando se cumplan los requisitos en ella establecidos. Resulta jurídicamente viable la emisión electrónica de CDTs que reúna las exigencias previstas en la citada normatividad en orden a garantizar la fiabilidad, inalterabilidad, la rastreabilidad de los datos referidos a la negociación, la seguridad en la ejecución de la transacción y el perfeccionamiento del contrato. Los presupuestos señalados pueden cumplirse a nivel técnico y jurídico mediante la emisión desmaterializada y posterior circulación de los respectivos documentos digitales a través del mecanismo de la anotación en cuenta autorizado a los depósitos centrales de valores.”

Pronunciamientos relevantes

1. **1. Equivalencia e igualdad de fuerza obligatoria de los mensajes de datos según la ley 527 de 1999.**

“Debemos precisar en primer lugar que con ocasión de la expedición de la Ley del Comercio Electrónico, Ley 527 de 1999, el legislador reconoció jurídicamente la equivalencia de los mensajes de datos y la fuerza obligatoria que tienen los mismos frente a los documentos expedidos en forma física cuando se cumplan los requisitos en ella establecidos respecto de: a) la integridad en la información; b) su autenticidad, a través de la identificación del firmante; c) no repudio, es decir, la identificación del iniciador del mensaje y del contenido aprobado por este y d) la accesibilidad de la información para su consulta posterior.”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

2. Es viable la emisión de CDT's virtuales siempre que cumplan con los requisitos exigidos en la ley 527 de 1999.

“Se tiene, entonces, que resulta jurídicamente viable la emisión electrónica de CDTs que reúna las exigencias previstas en la citada normatividad en orden a garantizar tanto la fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad de los datos referidos a la negociación respectiva, como la seguridad (aspectos técnicos y jurídicos) en la ejecución de la transacción y el perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio, claro está, de la observancia de las normas que rigen la creación y circulación de tales certificados.”

13. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia Financiera de Colombia

Referencia y fecha: Concepto No. 2010052813-001 del 24 de septiembre de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

2.0. Derecho de Sociedades: transferencia de acciones de una Sociedad por Acciones Simplificada a una fiducia mercantil.

Problemas Jurídicos

- 1.0. ¿Es posible transferir acciones de una SAS a una fiducia mercantil?
- 2.0. ¿Puede la Fiducia ejercer los derechos y obligaciones propios de un accionista de la SAS?
- 3.0. ¿Los terceros acreedores de los accionistas tienen alguna garantía frente a las acciones transferidas a una fiducia?

Síntesis del documento

“Las acciones representativas del capital social de una sociedad por acciones simplificada pueden ser entregadas a un patrimonio autónomo en virtud de la celebración de un contrato de fiducia mercantil y saldrán del patrimonio del fideicomitente y formarán parte del patrimonio autónomo. En el registro de accionistas de la SAS deberá inscribirse a la sociedad fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, así como a los beneficiarios del mismo junto con sus correspondientes porcentajes de participación. La sociedad fiduciaria actuará como representante de las acciones de la SAS en el ejercicio de los derechos u obligaciones implícitos de éstas, de acuerdo con las instrucciones que imparta el fideicomitente en el acto de constitución”.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

Pronunciamientos relevantes

1. Transferencia de Acciones de una Sociedad por Acciones Simplificada a una Fiducia Mercantil.

“...el artículo 12 de la Ley 1258 de 2008 permite que las acciones que componen el capital de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) sean entregadas a un patrimonio autónomo a través de un contrato de fiducia mercantil “...

2. Potestades y deberes de la sociedad Fiduciaria como accionista en la SAS.

“...quien actúa en representación del patrimonio autónomo respecto del ejercicio los derechos y obligaciones que conceden las acciones de una sociedad por acciones simplificada es la sociedad fiduciaria con quien se celebró el contrato de fiducia, la cual deberá estar identificada en el libro de registro de accionistas de la compañía en los términos de la norma en comento...”

“...Sin embargo, la vocería de dicha sociedad fiduciaria está circunscrita a las instrucciones impartidas en el acto constitutivo por el fideicomitente o por el beneficiario del contrato de fiducia mercantil, según sea el caso...”

“...La sociedad fiduciaria actuará como representante de las acciones de la SAS en el ejercicio de los derechos u obligaciones implícitos de éstas, de acuerdo con las instrucciones que imparta el fideicomitente en el acto de constitución.

3. Los acreedores del fideicomitente no pueden perseguir las acciones de la SAS que se encuentren en la fiducia.

“...Debido a que el patrimonio autónomo es sujeto de derechos y obligaciones independiente a su constituyente, la celebración de un contrato de fiducia tiene como consecuencia que los bienes fideicomitidos (en este caso las acciones de la SAS transferidas) salen del patrimonio del fideicomitente, es decir, dejan de ser parte de la garantía general que tienen los acreedores del fiduciante.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

1. REYES VILLAMIZAR, Francisco. “SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada.” Primera Edición. Legis Editores S.A. 2009.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

NOTA INTERNACIONAL

“Apuntes acerca del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (2010) en España”

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS
Profesora Titular de Derecho Mercantil,
Universidad Carlos III de Madrid,
España

Hay que advertir que gran parte del sedimento del Derecho de sociedades de capital, ha venido a modificarse recientemente a través del Real Decreto Legislativo 1/2010², en adelante, TRLSC. En verdad, cabe decir que con el nuevo texto, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2010, se ha provocado que tanto la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) y la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), vengán a desaparecer y debamos estar a la denominación proporcionada por el Real Decreto Legislativo, por el que se aprueba el texto refundido de la nueva Ley de Sociedades de Capital. Además, hay que agregar y retener, -en todo caso-, que el precitado texto trata de armonizar y refundir la dualidad hasta ahora existente entre las normativas; o usando otros términos empleados por la propia regulación, se intenta “regularizar, aclarar y armonizar”, tal y como se declara en su Exposición de motivos.

La casi totalidad de la normativa que se enumera *infra* entró en vigor –con su nueva vestimenta legal, TRLSC- el pasado 1 de Septiembre de 2010, salvo por lo dispuesto en el artículo 515³. En otras

² Cfr., el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE N°.161, de 3 de julio de 2010).

³ Este precepto es el encargado de reglamentar las denominadas “cláusulas de blindaje o limitativas” en el ejercicio del derecho de voto en las sociedades cotizadas en Bolsa. Prescribe el artículo 515: “Nulidad de las cláusulas limitativas del derecho de voto. En las sociedades anónimas cotizadas serán nulas de pleno derecho las cláusulas estatutarias que, directa o indirectamente, fijen con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo. Cuando se produzca la admisión a negociación en un mercado

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

palabras, quiere decirse que las legislaciones que nos eran de referencia hasta el momento, han sido derogadas, a saber:

- La Ley de Sociedades Anónimas, contemplada bajo la cobertura del Real Decreto Legislativo 1564/1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas⁴.
- La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a través de la Ley 2/1995⁵.
- La legislación introducida por la Ley 26/2003⁶, de 17 de julio (BOE N° 171, 18 de julio), por medio la cual se alteran la Ley 24/1988⁷, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de

secundario oficial de valores de las acciones de una sociedad cuyos estatutos contengan cláusulas limitativas del máximo de votos, la sociedad deberá proceder a la adaptación de sus estatutos, eliminando dichas cláusulas, en el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de admisión. Si transcurriere ese plazo sin que la sociedad hubiese presentado en el Registro Mercantil la escritura de modificación de sus estatutos, las cláusulas limitativas del máximo de voto se tendrán por no puestas”.

⁴ Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE N° 310, de 27 de diciembre de 1989).

⁵ BOE N° 71 de 24 de marzo de 1995.

⁶ Su precedente lo encontramos en la *Proposición de Ley, Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura Serie A, 28 de marzo de 2003, núm.137-1.121/000137. En efecto, la reforma normativa se traduce en términos de la Exposición de Motivos de la Ley "en la modificación de ciertos preceptos del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, cuando los preceptos tengan aplicación general para todas las sociedades anónimas y, por otra, en la introducción de un nuevo título en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, dedicado a las sociedades cotizadas”.

La estructura de esta Ley consta de un preámbulo o Exposición de Motivos, seguida de dos artículos. El primero viene a modificar la Ley del Mercado de Valores, añadiendo un Título X "De las sociedades cotizadas", que sólo disciplina determinados aspectos sin incidir en el ámbito propio del Derecho de sociedades. Así, en el artículo segundo, se viene a modificar en diversos párrafos determinados preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, que resultan vitales para la buena marcha de la sociedad anónima cotizada. Junto a estos mandatos se incorporan una serie de Disposiciones Adicionales, en total, en número de cinco, que modifican entre otros aspectos cuestiones como el hecho de que la Comunicación de los pactos parasociales ha de realizarse a los órganos oportunos (Fondos de Pensiones, Dirección General de Seguros y Banco de España respectivamente) cuando sean empresas cotizadas y además éstas sean entidades gestoras de fondos de pensiones, aseguradoras y bancos. Igualmente, el hecho de que las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores deberán hacer público con carácter anual un informe de gobierno

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de potenciar y reforzar la claridad y regularidad informativa en torno a las sociedades anónimas cotizadas, conocida como "Ley de Transparencia", sobre todo, en lo que hace a la incorporación del título X, a la referenciada Ley del Mercado de Valores, concerniente a las sociedades cotizadas.

- La legislación que regula las sociedades comanditarias por acciones, que aún se contenían en un puñado de preceptos de nuestro vetusto Código de Comercio. En efecto, se viene a modificar la sección 4ª, del título I, del Libro II del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades en comandita por acciones.
- También mediante este nuevo texto legislativo, se ordena la disposición final séptima de la Ley 3/2009⁸, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en aras de procurar la regularización, aclaración y armonización de la legislación en materia de derecho societario y, con ello, intentar mejorar la seguridad jurídica y, a su vez, adaptarse y poder

corporativo. Además, la Ley afecta y modifica tanto a la Ley Rectora de Cajas de Ahorros Ley 31/1985 y la Ley sobre Impuesto de Sociedades, Ley 43/1995. A su vez, nos encontramos con tres Disposiciones Transitorias, dando un período de 12 meses de adaptación de las sociedades cotizadas actuales a las previsiones de esta Ley en los aspectos organizativos y estatutarios, así como que el Informe de gobierno corporativo, se elaborará por primera vez en relación al ejercicio económico del 2004. Y por último, una Disposición Final.

Comenta sobre el particular SÁNCHEZ CALERO, F. "Observaciones preliminares al proyecto de Ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama". N°20. *RdS*, 2003, p.29: "las normas sobre las sociedades cotizadas se insertan, por consiguiente, en un amplio conjunto de normas, dentro del régimen sustantivo del Derecho de sociedades, cuya coordinación no es una tarea fácil, sujeta, por otro lado, a una amplia reflexión, si bien es cierto que en estos preceptos se contenían algunos objetivos ambiciosos, en cuanto pretendían incidir en la cuestión central de esas sociedades: evitar en lo posible la deformación de su régimen, en especial en lo que a su estructura organizativa se refiere, tal como nos muestra la realidad social (puestas al descubierto por su sin fin de 'recomendaciones', 'códigos de buen gobierno', etc.) teniendo el propósito, por consiguiente, de incidir de modo especial en la reordenación de la función de los órganos sociales". GUERRA MARTÍN, G. *El Gobierno de las Sociedades Estadounidenses*. N°20. *Aranzadi-RdS*, monográfico, 2003, pp. 606 y ss.

⁷ BOE N°. 181 de 29 de julio de 1988.

⁸ BOE N°. 82 de 4 de abril de 2009.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

implementar las futuras novedades legislativas procedentes del Derecho europeo, *v.gr.*, Reglamento de la Sociedad Privada Europea, entre otras.

Se insiste en el planteamiento, que si bien este TRLSC, afecta al núcleo central de las sociedades de capitales en nuestro país, no incide en la esencia, sino en la forma (la hechura), al reunificar los textos, aclarar la interpretación y cumplir una función sistematizadora, pero en ningún caso afecta al fondo básico y orientaciones que recogían las legislaciones anteriormente aludidas, -como no podía ser de otro modo-, observando la técnica legislativa empleada de un Real Decreto legislativo.

Además, signifíquese que en la *Comisión General de Codificación, sección de Derecho Mercantil*⁹, Ministerio de Justicia, se sigue trabajando en pos de la confección de un futuro Código de Sociedades Mercantil.

Simplemente, bajo este breve *excursus*, que pretende ser meramente informativo, cabe reseñar algunos aspectos llamativos del contenido del nuevo TRLSC, en cuanto a nuestro interés explicativo y, estriba en la contemplación en una única sede, o porque no decir se ha producido una unificación de la legislación en torno a la administración de la SA y la SRL, al establecer un estatuto más perfilado (*cfr.*, Título VI) y, haciendo hincapié en el desarrollo de las dos tareas que tienen asignadas los administradores como son la gestión y la representación social. Expresa el artículo 209, del nuevo TRLSC: la *Competencia del órgano de administración. Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley*. En este sentido, no se varía las funciones asignadas, que tenía con la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que gestión y representación son las dos claves o caras de una misma moneda. *Ítem* más, de una primera lectura del nuevo texto legal lo que hace es mejorar la configuración y sistematización de la administración al dibujar un estatuto acabado y perfilado de la administración (requisitos subjetivos, prohibiciones, nombramiento y aceptación, modos de retribución, entrando aquí en un aspecto difuso o de variadas interpretaciones, duración, cese, entre otros); extremos que en muchos casos se encontraban dispersos en diferentes normas y, ahora, vienen a reunirse, cuestión que beneficia al intérprete y al aplicador de la norma.

La Ley de Sociedades Anónimas determinaba que los administradores¹⁰ (concepto que incluye a los consejeros de administración y, por lo tanto, a su Presidente) debían proceder en el cargo con la diligencia

⁹ Más información, *cfr.*:

http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198251074/Detalle.html

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

de un ordenado empresario y de un representante leal¹¹. Así, se contenía el modelo de conducta del ordenado empresario y representante leal en el antiguo y referente art. 127 de la LSA y que, como

¹⁰ Cfr., IGLESIAS PRADA, J.L. *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*. Madrid: Técnos, 1971, pp.115 y ss. ESTEBAN VELASCO, G., en voz "Administradores de SA", en AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol I. Madrid: Cívitas, 1995, p.344. GARRIDO DE PALMA, V.M. "El órgano de administración en la sociedad anónima". T. XXX. Vol.2. *AAMN*, 1991, pp.419 y ss. En torno a una mejor delimitación del perfil jurídico de la figura del administrador puede verse MORILLAS JARILLO, M^a. José. *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid: La Ley, 2002, pp.133 y ss. y, en particular, a partir de las pp.298 y ss. donde la autora da buena cuenta de las cualidades y requisitos que han de concurrir en la figura del administrador. TAPIA HERMIDA, A. "Tendencia expansiva de la noción de personal de alta dirección en el ámbito de la economía financiera (el magnagerialismo financiero)". N°80. *RDBB*, octubre-diciembre, 2000, pp.300 y ss. En torno a las funciones a desarrollar por los administradores, véase: BERGÓS TEJERO, J.J. "Responsabilidad civil y mercantil de administradores y altos directivos". En *Responsabilidades y Obligaciones de Directivos y Administradores*. Barcelona: Gestión 2000, 1996, p.10. TRÍAS SAGNIER, Miguel. "El Consejo de administración como órgano garante del buen gobierno en la sociedad cotizada". N°21. *RdS*, 2003, pp. 165 y ss.

¹¹ Un estudio pormenorizado sobre este particular puede encontrarse en PÉREZ CARRILLO, E.F. "El deber de diligencia de los administradores de sociedades". N°14. *RdS*, 2000, pp.275 a 323, en particular p.277, que dice "las obligaciones y responsabilidades de los administradores sociales constituyen elementos fundamentales en el régimen jurídico de ordenación de las sociedades mercantiles. Se sitúan en el plano estático o de conservación, y en el plano dinámico o de producción". SÁNCHEZ CALERO, F. *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*. Madrid: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 2001. Discurso leído el día 26 de marzo de 2001, en el Acto de su recepción como Académico de número, pp.258 y ss. MARTÍNEZ MACHUCA, P. "Algunas cuestiones sobre la acción social de responsabilidad [arts.133-134 LSA]". T. I. En *Estudios Lanzas-Selva*. Madrid, 1998, pp. 533 a 559. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia. "Sentencia de 28 de junio de 2000: responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima frente a los socios y terceros". N°55. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2001, pp.175 y 176: "debemos entender que los dos deberes de carácter general que pesan sobre los administradores son diligencia y lealtad. El primero de ellos, el deber de diligencia, actúa como criterio para determinar el comportamiento exigible a los administradores atendiendo a las circunstancias de cada caso y, además, les obliga a respetar las prescripciones legales y reglamentarias impuestas para los empresarios en general y las específicas del sector en que opere la sociedad. Por su parte, el artículo 133 de la LSA establece que los administradores responderán 'por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo'. Tal diligencia es precisamente la que recoge el art. 127.1 de la LSA, entendiendo que la diligencia propia de

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

indicábamos, ahora la reglamentación se disciplina y se despliega en el Título VI, Capítulo III, arts. 225 y ss. y, Capítulo IV, arts. 233 y ss., respectivamente, del TRLSC. En síntesis, por mediación del sistema en torno a la delimitación de funciones y depuración de responsabilidades de los administradores su finalidad última perseguida era (y es) proteger los intereses concretos de la sociedad, de los socios, de los acreedores o de los terceros en general.

Además, adviértase que las atribuciones de los administradores venían habilitadas al amparo del art. 8, letra f), de la antigua Ley de Sociedades Anónimas. No estamos ante poderes de ejercicio 'caprichoso', sino que son concedidos para la realización del interés social, dentro de los límites que impone el objeto social. Repárese que el art. 127 era el faro y el dedicado a declarar la diligencia y los deberes de los administradores (ahora, primero, tras la modificación de la redacción *ex origine* del art. 127¹² y añadidos

los administradores, como ordenado empresario y representante leal, requiere el cumplimiento de los deberes que les imponen la Ley y los estatutos".

A su vez: LLEBOT MAJÓ, J.O. "El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y Jurisprudencia". N°7. *RdS*, 1996, pp. 61 y ss. PEDRO MORO, J.L. y MARROQUÍN PARRA, F. "La diligencia y lealtad en la actuación de los administradores en la sociedad anónima". T. IV. *La Ley*, 1999, pp. 1609 a 1618. PORTELLANO DÍEZ, P. *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*. Madrid, 1996. SANTOS BRIZ, Jaime. "La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores". *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. N°. 24. Madrid: Estudios de Derecho Judicial, 2000, pp.329 y ss. FARRANDO MIGUEL, I. *El deber de secreto de los administradores de Sociedades Anónimas y Limitadas*. Madrid: Cívitas, 2001, pp.217 y ss. Para el Derecho comparado, en similares términos: PENNINGTON, R. *Directors' personal liability*. BSP Professional Books, 1987, pp. 81, donde trata "the personal character of the duty of care and skill". MERLE, Ph. *Sociétés commerciales*. 7ª. Edic. Paris: Précis Dalloz, 2000. STS. de 29 de diciembre de 1999 (RA.9619), refiriéndose al art. 128 LSA: "la representación de la sociedad corresponde a los administradores en la forma determinada en los estatutos".

¹² Establecía el art. 127, con su nueva redacción proporcionada por la Ley 26/2003, ya aludida: "Deber de diligente administración. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Cada uno de los administradores deberán informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad". Se incorporan los artículos 127 bis, 127 ter y 127 quater, con la siguiente redacción. Artículo 127 bis. Deberes de fidelidad, "Los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad". Artículo 127 ter. Deberes de lealtad, "1. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas. 2. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador. 3. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad será objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo. 4. Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieron en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria. 5. A efectos del presente artículo, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: 1º. El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad. 2º. Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador. 3º. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador. 4º. Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes: 1º. Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. 2º. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica. 3º. Las sociedades que forman parte del mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y sus socios. 4º. Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior". Art. 127 quater. Deber de secreto: "1. Los administradores, aún después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social. Se exceptúan del deber a que se refiere el párrafo anterior, los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso, la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes. 2. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla".

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

por la Ley 26/2003 son deberes¹³ de diligente administración; deberes de fidelidad¹⁴, de lealtad¹⁵ y deber de secreto¹⁶). Y, segundo, dichos deberes se extienden con el nuevo TRLSC a través de diversos

¹³Compartimos, en este punto, la crítica de FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria. "El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español". N°.22.*RdS*, 2004, p.102 al apuntar que: "nos encontramos con un régimen marcadamente imperativo respecto a cualquier tipo de sociedad anónima, que por lo tanto puede resultar excesivo en el caso de una pequeña sociedad anónima y que, por el contrario, puede resultar insuficiente respecto de una sociedad cotizada. Adolece además la nueva regulación de una laguna ciertamente significativa como es la omisión de la extensión de los deberes fiduciarios a los accionistas de dominio".

¹⁴*Cfr.*, respecto a su interpretación FLANNIGAN, R."The fiduciary obligation". Vol.9. *Oxford Journal of Legal Studies*, autumn, 1989, pp. 289 y ss. Apunta, por su lado, GUERRA MARTÍN, G. *El Gobierno de las Sociedades Estadounidenses. El Gobierno de las Sociedades Estadounidenses*. N°.20. Aranzadi-*RdS*, monográfico, 2003, p.415: "el concepto de relación fiduciaria es un concepto muy amplio, que engloba cualquier tipo de relación, ya sea de carácter legal, social o personal, en la que una persona (a la que se denomina fiduciante o beneficiario) confía en la integridad y fidelidad de otra (fiduciario), y cuya existencia no depende de la voluntad de las partes de crearla, sino de que concurren ciertos elementos fácticos, como son, por un lado, que se haya depositado confianza en alguien y, por otro, que exista una posición dominante y de influencia, fruto de esa confianza".

¹⁵ Piensa y expone sobre este deber en correlación GUERRA MARTÍN, G. *El Gobierno de las Sociedades Estadounidenses. Op.ult.cit.*, pp.418 y ss., "la respuesta ha venido siendo dada en el Derecho estadounidense, y en general en el Derecho anglosajón, por los tribunales a través de la imposición al fiduciario de unos deberes de diligencia (*duty of care*) y de lealtad (*duty of loyalty*), denominados 'deberes fiduciarios', cuyo contenido se ha configurado y ha evolucionado a través de las distintas decisiones judiciales y que tratan de evitar, en el caso del primero, que el fiduciario pueda cometer una malversación de los bienes o valores del beneficiario e incurrir así en un acto delictivo y, en el caso del segundo, que el fiduciario pueda faltar a su obligación de gestionar los bienes o valores en interés del beneficiario, incurriendo en una omisión de sus deberes". Coincidimos también con PAZ-ARES, Cándido. "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo". N°.20. *RdS*, 2003, pp.73 y ss., espec., p.76, al decir: "recordar la necesidad de consagrar el carácter imperativo del régimen de responsabilidad derivado del deber de lealtad. Debe impedirse que la regulación legal pueda ser derogada o modificada en los estatutos de la sociedad o trivializada de cualquier otra forma". También en SCHULT-HEISS, M. *Die Haftung des 'Shadow Director' einer englischer Kapitalgesellschaft*. Achen, 2000, pp.66 y ss.

¹⁶Más en McMURRAY, Marcia. "An historical perspective on the duty of care, the duty of loyalty, and the business judgment rule". N°.40. *Vanderbilt Law Review*, april, 1987, pp. 605 y ss. Opina SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J."Proyecto de Ley de Transparencia de las sociedades cotizadas". N°.90. *RDBB*,

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

mandatos (no sólo contenidos en un único precepto como sucedía con anterioridad y con una técnica legislativa no demasiado adecuada). En cualquier caso, al observar los deberes y descender a su detalle y concreción vendrán a auxiliar y esclarecer la labor interpretadora de los tribunales y operadores jurídicos, que en este mandato encontraban un punto de luz aclaratorio de referencia inexcusable y, que ahora ha sido notablemente mejorado en su sistemática y técnica jurídica.

Por su lado, el Capítulo V, es el encargado de establecer la responsabilidad de los administradores. Se parte de la base impuesta por el artículo 236. *Presupuestos de la responsabilidad.* 1. *Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.* 2. *En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.*

La Ley de Sociedades Anónimas¹⁷ establecía dos tipos de acciones de responsabilidad contra los administradores: acción social y acción individual¹⁸. Estas mismas acciones se mantienen tras el TRLSC, arts. 238 y 241, respectivamente. La esencia concentrada en estos dos preceptos aludidos es exactamente igual que la contenida en la antigua LSA. Sea como fuere, queda claro que la responsabilidad corresponde a sujetos prefijados y encargados de administrar, dirigir, gestionar, manejar y representar a la sociedad frente a terceros. La responsabilidad surge por la inobservancia de determinados menesteres y por el incumplimiento de las normativas respectivas. Los sujetos (accionistas)

2003, p.298: "la ampliación de los deberes exigibles a los administradores. La influencia en este punto del Informe Aldama resulta especialmente notable y ha supuesto que la tradicional enunciación de la diligencia y lealtad como deberes genéricos de todo administrador societario se vea reemplazada por una enumeración más detallada de las normas de comportamiento exigibles a esos administradores. Se trata, en todo caso, de una reforma de esta materia de alcance general, puesto que los deberes enunciados en el nuevo artículo 127 y en los sucesivos artículos 127 bis, 127 ter y 127 quáter son aplicables a toda sociedad anónima".

¹⁷ Para saber más sobre los antecedentes del control del órgano de administración y, en particular, la Ley de Sociedades anónimas de 17 de julio de 1951 y, sobre el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, en MORILLAS JARILLO, M^a. José. *Las normas de conducta de los administradores.* Op.cit., pp. 51 y 63 y ss. VICENT CHULIÁ, Frco. "La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo". En AA.VV. *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima.* Madrid: Cívitas, 1995, pp.113 y ss.

¹⁸ CANDELARIO MACÍAS, M^a. I. *La tutela de la minoría en la sociedad cotizada en Bolsa. Examen de los derechos políticos-administrativos tras la Ley 26/2003.* Barcelona: Editorial Atelier Mercantil, 2007, pp. 351 y ss.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1560 Enero y Febrero de 2011

involucrados en la sociedad son los legitimados para solicitar responsabilidades al igual que la propia sociedad y, los acreedores si procede, todo ello en aras del buen desarrollo y eficacia de la sociedad en la economía y el mercado donde se ubica.

Sumado a ello, se viene a diseñar de forma única el cómo se ha de retribuir a los administradores sin ningún tipo de distinción de si el administrador se ubica en la SA o en la SRL y, además, se acogen los criterios de la SRL al no hallarse en función de los beneficios derivados de la sociedad, sino porque vengan impuestos *a priori*. La Junta será el órgano encargado de establecer dicha retribución de forma anual y en adecuación a los estatutos sociales. No se nos escapa, ciertamente que la formulación anteriormente planteada puede acarrear más de un problema aplicativo e interpretativo en las sociedades, que cotizan sus acciones en Bolsa, toda vez que su estructura y funcionamiento es diferente. También se incorpora la posibilidad de designar administradores suplentes en las SA, extremo que ya se disciplinaba en el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil¹⁹. En definitiva, puede llegarse a comprender que estas medidas tengan como trasfondo el fijar y depurar responsabilidades y mitigar posibles abusos y corruptelas, habida cuenta del periodo de crisis económica que nos circunda.

¹⁹ CFR., REAL DECRETO 1784/1996, DE 19 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL, (BOE N°.184, 31 DE JULIO DE 1996).