

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

CONTENIDO

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

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

INDICE

Entidad emisora: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Fecha: 2 de Septiembre de 2009

Árbitros: Dr. Juan Pablo Cárdenas Mejía (presidente), Dra. Marcela Monroy Torres, Dr. Alejandro Linares Cantillo

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

Referencia y fecha: No. 17001-3103-005-2003-00318-01 del 19 de septiembre de 2009.

Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas

Decisión: No Casa.

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

Referencia y fecha: No. C-1100131030121991-15015-01 del 15 de septiembre de 2009.

Magistrado Ponente: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Decisión: No casa.

Entidad emisora: Consejo de Estado

Referencia y fecha: No. 11001032400020020009601 del 15 de octubre de 2009

Magistrado o Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Decisión: Deniéguese la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Tipo de Normativa: Concepto.

Referencia y fecha: Oficio 220-119963 Del 30 de Septiembre de 2009 (publicado el 1 de octubre de 2009).

Tema: Sociedad por Acciones Simplificada – Fraccionamiento del voto, Artículo 23 de la Ley 1258 de 2008.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

Entidad emisora: Superintendencia Financiera

Referencia y fecha: Carta Circular 75 de Octubre 7 de 2009

Entidad Emisora: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Tipo de Normativa: Decreto

Referencia y Fecha: No. 3885 del 8 de Octubre de 2009

Tema: Régimen de inversión de los Fondos Mutuos de Inversión

Entidad Emisora: Autorregulador del Mercado de Valores, Dirección de asuntos legales y disciplinarios.

Tipo de Normativa: Consulta

Referencia y Fecha: No. 012 de 13 de Octubre de 2009

Tema: Registro de Libro electrónico de Ordenes (LEO) ante la Cámara de Comercio.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

NOTA EDITORIAL

Nos complace invitarles a participar en los actos que los administradores del **COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS (C.A.C.)** han organizado para el día lunes catorce (14) de Diciembre de dos mil nueve (2.009), fecha de cierre de actividades de nuestra institución en este año que pronto culminará.

En tal ocasión el Doctor **LUIS MIGUEL GÓMEZ**, colegiado y expresidente de nuestra entidad, disertará en relación con los aspectos tributarios de la Sociedad por Acciones Simplificada, entre nosotros novísima institución que en definitiva ha sido el protagonista del Derecho Societario Colombiano en este año de dos mil nueve (2.009) y a la cual nuestra asociación tuvo a bien dedicarle varias tertulias asignadas a destacados expertos en la materia.

Seguidamente a la tertulia a cargo del Doctor **LUIS MIGUEL GÓMEZ** se ofrecerá a los asistentes una copia de vino. La ocasión nos resulta magnífica para poner punto final a las actividades del **COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS (C.A.C.)** en este año.

Por causa del cierre de las actividades de nuestra entidad a mediados de Diciembre, el boletín de dicho mes se pondrá en manos de nuestros colegiados el último día de labores de la asociación. En consideración a las circunstancias su contenido será de menor entidad al que es usual.

Edgar Ramírez Baquero
Presidente

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

JUNTA DIRECTIVA

Presidente

Edgar Ramírez Baquero

Vicepresidente

Luz Helena Mejía

Vocales

Tulio Cárdenas Giraldo
Alejandro Páez Medina
Sara Maria Pérez
Gustavo Cuberos Gómez

César Augusto Lima
Ulises Canosa Suárez
César Augusto Rodríguez
Ramiro Cruz

Comisario de Cuentas

Jorge Oviedo Alban

Nelson Remolina

Director Boletín

César Augusto Rodríguez

Colaboradores

Felipe Morales Martinez
Camelia Plata Alarcón
Ana María Betancourt Lopez

Clara María Robledo Sanchez
Luz Angela Marquéz Useche



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

ACTIVIDADES COLEGIO DE ABOGADOS

TERTULIAS

Diciembre 14 de 2009, Tertulia, ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LA LEY SOBRE SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS, Conferencista Dr. LUIS MIGUEL GOMEZ SJOBERG ,

Diciembre 14: Copa de vino y despedida de año.

Seminario Asambleas Exitosas, Febrero 24 de 2010

Mayo 2010; II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMERCIAL.

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

1. Datos de identificación

Entidad emisora: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Fecha: 2 de Septiembre de 2009

Árbitros: Dr. Juan Pablo Cárdenas Mejía (presidente), Dra. Marcela Monroy Torres, Dr. Alejandro Linares Cantillo

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de los servicios públicos – Servicio de gas: régimen aplicable, ampliación de capacidad de gasoducto, transferencia de estación compresora

2.0. Contratos: buena fe y mejores esfuerzos.

Problemas Jurídicos

¿Cuál es el régimen aplicable a un contrato suscrito por una Empresa de Servicios Públicos?

¿Cuál es el alcance de la obligación contractual de “entregar en condiciones operativas”, a cargo de ECOGAS?

¿Bajo la legislación colombiana los conceptos de “deber de colaboración”, “ejecución contractual de buena fe” y “emplear los mejores esfuerzos” son lo mismo o implican un mayor o menor grado de diligencia de la parte que debe cumplirlos?

Síntesis del documento

1. Régimen aplicable a los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

“Siendo el Contrato suscrito por una entidad prestadora de servicios públicos, es importante aclarar el régimen contractual al que se somete el mismo. A este respecto es pertinente advertir que la Ley 401 de 1997 dispuso en su artículo 11 que las actividades relacionadas con el gas combustible que se transporte por red física, distintas a su exploración. La explotación y su procesamiento, se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994. A este respecto los artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1994 (modificada en este punto por la ley 689 de 2001) determinan el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios. A tal efecto, dispone la Ley que todos los actos y contratos de las empresas de servicios públicos se someten al régimen contractual privado, a excepción de aquellos expresamente mencionados por la misma, como es por ejemplo todo lo relativo a las cláusulas exorbitantes, cuando su inclusión sea obligatoria, lo cual se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.”

2. Alcance de la obligación contractual de entregar en “condiciones operativas”, a cargo de ECOGAS

“el objeto del trabajo planteado en la invitación referida implicaba la “construcción y puesta en marcha”

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

de las dos estaciones compresoras arriba nombradas.”

“las condiciones operativas a que alude el parágrafo de la cláusula 3 del Contrato suscrito entre las partes de este proceso, implicaba necesariamente que las estaciones de compresión estuviesen en capacidad de succionar, comprimir y despachar el gas.”

3. El deber de colaboración, la obligación de buena fe contractual y el concepto de emplear los mejores esfuerzos.**3.1. Respeto del deber de colaboración.**

“(…) el deber de colaboración mutua subyace en todo contrato, así no se haya expresado de manera formal por las partes en el clausulado contractual. Ello, por tratarse de una aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos, que supone la plena disposición de las partes para el logro de los objetivos pactados, incluyendo la colaboración, en lo que a cada una de ellas compete y sea exigible, para la realización de las obligaciones a cargo de su contraparte contractual”

3.2. El rango constitucional de la buena fe contractual.

En relación con la jurisprudencia citada, este Tribunal encuentra que los principios allí enunciados son plenamente aplicables no sólo a las autoridades públicas sino también a las empresas públicas y privadas y a los particulares, pues el deber de ceñirse a la buena fe es exigible a lo particulares, por expresa disposición del artículo 83 de la Carta, ya transcrito y los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. No sobra recordar, como ya se ha dicho, que las disposiciones de derecho privado son las que gobiernan la relación jurídica del Contrato, despejando cualquier duda sobre la aplicación del postulado de buena fe, independientemente de su rango constitucional.

“(…) quien pretenda el reconocimiento de daños causados en ejecución de un contrato alegando razones imputables a su contraparte, debe haber observado una conducta no de mero cumplimiento formal de sus obligaciones, sino de cabal colaboración y disposición (…)”

“(…) tampoco se hallaría legitimada la petición de indemnizaciones cuando ha sido la conducta de esa misma parte la que ha provocado el agravamiento de un riesgo de la otra parte o ha dificultado, obstaculizado o hecho nugatoria la realización de las tareas u obligaciones contractuales a cargo de ésta, máxime cuando se trata de decisiones o conductas en las que la parte cuyo incumplimiento se predica, no tuvo intervención alguna.”

3.3. La equivalencia bajo la ley colombiana de estos conceptos.

“Sostiene la parte convocada que la cláusula de mejores esfuerzos, implica que la parte obligada debe hacer tales mejores esfuerzos y no los “segundos mejores esfuerzos”, y añade que “La Jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica también ha reconocido la aplicación de las cláusulas de mejores esfuerzos y ha dicho que su estipulación implica un deber más alto u oneroso que la buena fe, principio inmerso en todos los contratos. (…). Igualmente se afirma que también existe diferencia entre estos dos parámetros a nivel internacional y se precisa que la buena fe es un estándar cuyo núcleo es la honestidad

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

y la corrección y que se impone a toda parte, en tanto que el deber de emplear los mejores esfuerzos es un estándar que tiene en su esencia la diligencia y se impone a la parte que lo ha asumido.”

3.3.1. Alcance de la noción de contrato bajo los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales: “Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) que inspira el derecho contractual, así como con la obligación de atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento (Art. 7.4.8)”

“(…) el estándar de conducta correspondiente al deber de colaborar y por ello desplegar los mejores esfuerzos, sigue siendo, según este Tribunal, una aplicación práctica del principio de la buena fe, en tanto no sería posible que, según el caso, se pueda obrar con una “dosis menor” de buena fe, y en cambio, sólo si se pactó la cláusula de mejores esfuerzos, las partes se hallen obligadas a una conducta más diligente, máxime si son o deberían ser conscientes de sus deberes y obligaciones de colaboración. **En este sentido, considera el Tribunal que, por el principio de buena fe, las partes siempre se hallan obligadas a realizar su mejor esfuerzo.** (entendido al esfuerzo que realizaría una persona razonable en las circunstancias, por oposición al segundo menor esfuerzo) (subrayado fuera del texto), en cuanto esté a su alcance, para llevar a feliz término el objetivo contractual; en este sentido, no sería posible para una parte alegar que al haber dado cumplimiento formal y literal a sus propias obligaciones, se encuentra liberada de cualquier otro esfuerzo, máxime si dicho esfuerzo resulta relevante o importante en alguna forma para que su contraparte pueda cumplir con sus respectivas obligaciones.”

4. Lucro cesante

“En esta medida, como quiera que en el proceso está acreditado que una vez que la estación comprensora estuviera operativa, TGI podía incrementar el cobro de cargo firme a ECOPETROL, es claro que el cargo que dejó de cobrar por dichos dos días constituye un perjuicio que debe ser resarcido por ECOGAS. Por lo anterior, prospera en lo pertinente la pretensión tercera de la demanda.”

5. Falta de colaboración de las partes

“Así las cosas, prospera parcialmente el planteamiento contenido en la primera excepción, en relación con la falta de colaboración exigible a cualquiera de las partes contratantes, máxime que en este caso existía una cláusula implícita de buena fe contractual y otra específica sobre el deber de realizar el mejor esfuerzo, cláusula que este Tribunal identifica como incumplida por TGI en el presente caso, dado que sin consideración alguna respecto de los efectos que su conducta seguramente tendría en las circunstancias de ECOGAS para cumplir con el plazo de entrega en condiciones operativas, decide de manera inconsulta y sin mostrar preocupación alguna, prorrogar desde el 15 y hasta el 31 de mayo de 2009 (inclusive) el plazo del contrato de arrendamiento en que estaba involucrado el filtro de succión, con lo cual impide el cumplimiento de la entrega en operación de Casacará, pues se requería de un tiempo mínimo para desmonte, transporte y montaje del filtro en cuestión, que por ello no logra ser instalado en la estación con la antelación necesaria.”

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Corte Constitucional. Sentencia T 475 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes

2. Datos de identificación

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

Referencia y fecha: No. 17001-3103-005-2003-00318-01 del 19 de septiembre de 2009.

Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas

Decisión: No Casa.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Financiero: Responsabilidad bancaria

2.0. Derecho Financiero: Contrato de Mutuo

Problemas Jurídicos

1. ¿Puede el juez interpretar la demanda en busca de su sentido genuino cuando advierta ambigüedad, vaguedad o anfibología?
2. ¿Cuándo un establecimiento Bancario es acreedor del cuentacorrentista, puede debitar de dicha cuenta para el pago de obligaciones contraídas por terceros con la institución bancaria?

Síntesis del documento

Se decide el recurso de casación interpuesto por el Banco Cafetero S.A. contra la sentencia proferida por el Tribunal Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordinario de Marcelo Jaramillo Sanint contra la recurrente.

Los hechos que dieron lugar al proceso fueron los siguientes.

- La entidad bancaria otorgó al demandante un crédito de libre inversión por setenta millones de pesos, acreditando el 2 julio de 1998 en su cuenta corriente 25701497-7, la suma de sesenta y nueve millones doscientos noventa mil pesos, previos descuentos y retenciones. Para el efecto, la obligación se garantizó mediante una hipoteca de propiedad de Jaramillo Sanint. El préstamo estaba destinado a la adquisición de unos predios, que estaban embargados a partir de las obligaciones incumplidas por los propietarios de los mismos con el banco, y para la atención de un negocio avícola del demandante. .

- El banco, sin autorización y excediendo las facultades contenidas en el “reglamento de contrato de depósito en cuenta corriente”, debitó de su cuenta los dineros consignados en virtud del préstamo, dismi-

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

nuyéndolos hasta \$3.116.421.00, para cubrir obligaciones de los señores De la Cuesta Giraldo, expidió sendos paz y salvos a su favor y entregó el extracto de estas operaciones al demandante, indicando la cancelación de las deudas de los propietarios primitivos de los inmuebles.

En la sentencia, la Corte estableció que el juez está obligado a interpretar la demanda para determinar su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo para asegurar la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos.

De otra parte, la Corte estableció que aunque el artículo 1385 del Código de Comercio legitima a los establecimientos Bancarios cuando estos son acreedores del cuentacorrentista, a debitar de la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente deudores o acreedores (salvo pacto en contrario), no se extiende la expresada autorización del artículo 1385 al pago de obligaciones contraídas por terceros con la institución bancaria, salvo que de manera expresa lo haya autorizado el cuentacorrentista, lo cual no sucedió en el caso en concreto.

Pronunciamientos relevantes**1. Interpretar la demanda en busca de su sentido genuino.**

“cuando uno de los hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que se le considere aisladamente o ya en conjunto con otro u otros para su definición jurídica, ofrece dos o más interpretaciones lógicas, ninguna de las cuales desborda el objetivo de dicho libelo, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que su conducta implique error de hecho manifiesto porque tal proceder no entraña arbitrariedad, ni contradice la evidencia que ese escrito ostenta prevaleciendo el amplio poder de interpretación que en este ámbito el ordenamiento positivo les reconoce a los juzgadores), no solamente para que desentrañen la verdadera intención del demandante en guarda del principio según el cual es la efectividad de los derechos subjetivos el fin que a través de aquél escrito [demanda] se busca, sino también para que libremente determinen y declaren las normas aplicables a los hechos integrantes del objeto demandado cuya certeza de antemano ha sido verificada en el fallo.”

2. Abuso contractual en el contrato de cuenta corriente.

“La responsabilidad de la entidad bancaria al disponer de los fondos existentes en la cuenta corriente del demandante para cancelar deudas de terceros sin autorización previa del titular y, particularmente, en el abuso del derecho, al exceder los límites negociales actuando con una motivación ajena a su naturaleza y a los deberes de su carácter profesional, concluyendo que se encuentra configurada y probada la responsabilidad del Banco por abusar del derecho que le otorga la suscripción de un contrato de cuenta corriente, puesto que procedió, de manera inconsulta, en desmedro de los intereses del clientes”

“En cuanto a la conculcación del artículo 1385 del Código Civil y demás normas reguladoras del contrato de cuenta corriente bancaria, el tribunal no pasó por alto que cuando un Banco es acreedor del cuentacorrentista, la ley lo legitima para debitar el importe de dichas obligaciones de la cuenta, pues encontró, que esa condición de acreedor no le permitía que “el mismo día que puso los fondos su cuenta corriente [cuenta del convocante]” debitará “gran parte de éstos” –tal y como lo señala el impugnante (fl. 68, cdno. de la Sala), porque la expresada autorización no se extiende al pago de obligaciones contraídas por terceros para con la institución bancaria, salvo que se haya impartido de manera expresa, sin encontrar prueba

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

de la misma, más si su ausencia conforme a la respuesta del Banco al derecho de petición elevado por el demandante.”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia No. 084 de 27 de agosto de 2008, Expediente 5218 de 15 de julio de 2000, Expediente 6448 de 24 de julio de 2001, Expediente 6999 de 30 de octubre de 2002, Sentencia No. 006 del 16 de marzo de 1999, expediente 5111.

3. Datos de identificación

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

Referencia y fecha: No. C-1100131030121991-15015-01 del 15 de septiembre de 2009.

Magistrado Ponente: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Decisión: No casa.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Financiero: Contrato de Fiducia Mercantil.

Problemas Jurídicos

1. ¿Una entidad fiduciaria tiene la facultad de examinar los argumentos dados por sus contratantes al momento de seguir sus instrucciones, o mediante este examen se configura un incumplimiento de sus obligaciones?
2. Por el contrario, ¿con la simple terminación del contrato de fiducia mercantil, al vencimiento del término del mismo, se configura la obligación, en cabeza de la entidad fiduciaria, de restituir el objeto del fideicomiso al beneficiario?

Síntesis del documento

“El día 3 de junio de 1990, JOSÉ REYES LEAL, ÁLVARO ESCOBAR SAAVEDRA, MARIO GARCÍA VECINO e INERGESA S. A., prometieron vender a PETRONOR S. A., 68.750 acciones que tenían en esta última sociedad, cuya transferencia se efectuaría el 28 de febrero de 1991, a las 10 a.m., por conducto de una sociedad fiduciaria. El 4 de julio de 1990, los prometientes vendedores, en calidad de fideicomitentes, y el BANCO SANTANDER S.A., como fiduciario, celebraron, por el término de ocho meses, un contrato de “Fiducia Mercantil”, mediante el cual los primeros traspasaron a éste último las referidas acciones “para su administración” y para que fueran “endosadas en propiedad” a la prometiente compradora el día y hora señalados, siempre que para “dicha fecha” no hubiere recibido instrucciones en sentido contrario por parte de aquéllos acerca del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por ésta en la promesa de compraventa”.

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

Las fideicomitentes, con base en el incumplimiento de PETRONOR S.A. de convocar a una Asamblea General para decidir la adquisición de acciones, le ordenaron a la entidad fiduciaria que se abstuviera de traspasar las acciones al beneficiario y solicitaron la devolución de dichas acciones. En este sentido, la fiduciaria se abstuvo de restituir las acciones arguyendo que las fideicomitentes les habían solicitado, cada una e in dependientemente, la devolución del objeto en fideicomiso.

La Corte resuelve que no procede declarar la terminación de un contrato por incumplimiento cuando la razón de dicha terminación fue el vencimiento del plazo estipulado. En este orden de ideas, al momento de vencerse el plazo se terminaba el contrato y las obligaciones de las partes, salvo la obligación del BANCO SANTANDER S.A. de restituir las acciones entregadas. Como dicha restitución no ocurrió, se configuró un incumplimiento por parte del fiduciario; sin embargo, para determinar si hay lugar o no a la indemnización de perjuicios en favor de los constituyentes, la Corte debe analizar si hubo mala fe en el actuar del BANCO SANTANDER S.A.

Pronunciamientos relevantes

1. Fiducia mercantil

“La fiducia mercantil, en cuyo beneficio se forma un patrimonio autónomo, con las consecuencias que ello comporta, es un negocio jurídico de sustitución, en virtud del cual una persona, el fiduciante, encarga a otra, llamado fiduciario, el cumplimiento de una finalidad específica, respecto de unos bienes concretos, mediante la transmisión condicional de la propiedad para el efecto propuesto, a favor de terceros o del constituyente, quienes reciben el nombre de beneficiarios.

El fiduciario, por lo tanto, es un gestor profesional de intereses ajenos, en cuanto actúa en representación de ese patrimonio autónomo. De ahí que, en principio, tiene todas las facultades necesarias para cumplir la finalidad señalada en el fideicomiso, con las limitaciones que se deriven de los términos estipulados o de las reservas efectuadas por el fiduciante al momento de la constitución, inclusive con las incompatibilidades que se presenten al logro de esa finalidad”.

2. Indemnización de perjuicios.

“Observa la Corte, en todo caso, que las decisiones del Tribunal fueron sustentadas, porque si bien encontró que el fiduciario había incumplido sus obligaciones, al retener las acciones, juzgó que no había lugar a “endilgarle mala fe, dolo o fraude”, por lo que tampoco era “factible condenarlo a indemnización de perjuicios por esos conceptos”, dadas, precisamente, las “circunstancias especiales que se dieron en torno a la ejecución del contrato de fiducia”, y al “comportamiento” que desplegó “en orden a aclarar las dudas que le surgieron”.

“Porque una cosa es que el supuesto titular de un derecho subjetivo no tenga la razón, y otra, distinta, que se extralimite en los procedimientos y recursos para efectivizarlo (...) “quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, es decir, en sus actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, mas sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso”.

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

“(C)uando surjan dudas durante la ejecución del fideicomiso o sea necesario interpretar disposiciones vagas, inclusive cambiar o modificar la voluntad del constituyente, frente a hechos sobrevivientes, debe acudirse, respetando los principios mínimos de defensa y contradicción, a una decisión imparcial e independiente. Por esto, el artículo 1234, numeral 5° del Código de Comercio establece como deber del fiduciario “Pedir instrucciones al [Superintendente Financiero] cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En este caso el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario”.

3. Fundamentos de la casación – error de hecho.

“Así que al tener las “actuaciones procesales temerarias o de mala fe”, inclusive las costas del proceso, la “calidad de accesorias”, “su falta de reconocimiento, o su reconocimiento indebido, no puede fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, por no poderse llegar a éste mediante lo accesorio (...). La sentencia recurrida examina el derecho que asiste a las partes, tal como quedó trabado en la litis contestación, sin que para alterarlo influya la mayor o menor o la ninguna temeridad con que se haya incoado o defendido posteriormente durante el proceso”.

“En ese orden, en cuanto al error de hecho que se predica, respecto de la apreciación de la demanda inicial, el cargo no puede prosperar, así el Tribunal hubiere concluido que el BANCO SANTANDER S.A., incumplió el contrato de fiducia mercantil, al no devolver al fideicomitente las acciones controvertidas, inmediatamente expiró el término de su duración, y se hubiere negado a declarar que ese proceder era correcto, porque unas son las consecuencias que se deriven de tales decisiones, y otras, distintas, las que se deben imponer por las “actuaciones temerarias o de mala fe”, de suyo ajenas, como se dijo, al recurso extraordinario de casación”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

1. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 11 de octubre de 1973, CXVII-82.
2. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 037 de 30 de agosto de 1999, CCLXI-200, Vol. I, Segundo Semestre, reiterando doctrina anterior.

4. Datos de identificación

Entidad emisora: Consejo de Estado

Referencia y fecha: No. 11001032400020020009601 del 15 de octubre de 2009

Magistrado o Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Decisión: Deniéguese la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009**Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados**

1. Propiedad Industrial – Nuevas creaciones – Patentes: Comunidad andina.
2. Derecho Procesal Civil – Características y efectos del peritaje.

Problemas Jurídicos

1. ¿Requiere una patente de invención de resultados inesperados en el estado de la técnica?
2. ¿La Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena le es aplicable a toda cuestión que verse sobre patentes de invención?
3. ¿El hecho de que una patente de invención haya sido concedida en un País Miembro implica que se conceda en otro país miembro?

Síntesis del documento

Para efectos de la concesión de una patente de invención, se requiere del concepto de invención que comprende todos aquellos nuevos productos o procedimiento que, como consecuencia de la actividad creativa del hombre, impliquen un avance tecnológico y por tanto, no se deriven de manera evidente del estado de la técnica y, además sean susceptibles de ser producidos o utilizados en cualquier tipo de industria.

Pronunciamientos relevantes**1. La normatividad sustancial a la que está sujeta toda cuestión que verse sobre patentes de invención.**

“Atendiendo... al principio de irretroactividad de las normas sustanciales (...) se desprende que la solicitud de patente de invención “Composiciones Farmacéuticas”, se realizó en vigencia de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y es a esa norma a la que se debe remitir tanto el Juez Nacional como la Oficina Nacional, en su caso, para verificar los requisitos de la solicitud de la patente”.

Además, se debe tener presente el artículo 1□ de las Disposiciones Transitorias de la Decisión 486 que dispone: “Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación comunitaria anterior a la presente Decisión, se registrará por las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento salvo en lo que se refiere a los plazos de vigencia, en cuyo caso los derechos de propiedad industrial preexistentes se adecuarán a lo previsto en esta Decisión.

En lo relativo al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas se aplicarán las normas contenidas en esta Decisión.

Para el caso de procedimientos en trámite, la presente Decisión registrará en las etapas que aún no se hubiesen cumplido a la fecha de su entrada en vigencia”.

2. Lineamientos jurisprudenciales del Tribunal Andino de Justicia respecto del nivel de invención para otorgar una patente de invención.

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

“el concepto de invención, a efectos de ser objeto de una concesión de patentes, comprende todos aquellos nuevos productos o procedimientos que, como consecuencia de la actividad creativa del hombre, impliquen un avance tecnológico –y por tanto no se deriven de manera evidente del ‘estado de la técnica’- y, además, sean susceptibles de ser producidos o utilizados en cualquier tipo de industria”

(...)

“Además, para que una invención sea novedosa se requiere que no esté comprendida en el estado de la técnica; es decir, que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o de la prioridad reconocida, tanto la innovación como los conocimientos técnicos que de ella se desprenden no hayan sido accesibles al público, por cualquier medio, entendiéndose que la difusión debe contener información suficiente sobre la invención para que una persona versada en la materia pueda utilizarla para diseñar el invento”.

(...)

“Guillermo Cabanellas indica que las características del concepto de novedad son las siguientes:

a) Objetividad. La novedad de la tecnología a ser patentada no se determina en relación con personas determinadas ni con el pretendido inventor, sino en relación con el estado objetivo de la técnica en un momento determinado.”

b) Irreversibilidad de la pérdida de novedad. “...una vez que una tecnología pierde su carácter novedoso, por haber pasado a integrar el estado de la técnica, esa pérdida de novedad se hace irreversible.”

c) Carácter Universal de la Novedad. “... la novedad de la invención se determina en relación con los conocimientos existentes en el país o en el extranjero.”

“... no puede pretenderse una patente respecto de una tecnología ya conocida en el extranjero, aunque fuera novedosa en el país.”

d) Carácter público de la novedad. “...la invención patentada pasará a ser conocida a partir de su publicación implícita en su patentamiento, y posteriormente entrará en el dominio público al expirar la patente”.

3. Las consecuencias de un incoherente dictamen pericial.

“... el texto es incoherente, de modo que no es posible saber lo que trataron de decir los peritos en esta oportunidad, y menos que se trate de una conclusión precisa que desvirtúe la consignada en el acto acusado sobre la cuestión examinada, lo cual no es admisible según el artículo 237, numeral 6, del C. de P.C. en tanto dispone que “El dictamen debe ser claro, preciso y detallado”.

En esas circunstancias, la Sala se atiene a la primera respuesta dada a la pregunta 11 del cuestionario formulado por la actora, toda vez que encuentra clara y precisa, pudiendo decir que con la misma el dictamen pericial no hace más que corroborar la conclusión de la entidad demanda sobre esa misma cuestión, atrás reseñada, en el sentido de que “Las composiciones ... son una derivación evidente del estado de la técnica, debido a que en ésta se persigue el mismo propósito mediante composiciones similares, de manera que una persona versada en la materia encontraría obvias las composiciones que se pretenden proteger”, y que “...no presentan una solución inesperada ni plantean un avance respecto a las composiciones que

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

se encuentran en el estado de la técnica, debido a que dichas composiciones no tienen propiedades superiores a las encontradas en los documentos citados”.

Por tanto, “el dictamen antes que demostrar el carácter inesperado del resultado, lo que hace es poner de presente que no lo era, es decir, que se derivaba evidentemente del estado de la técnica y corroborar las conclusiones expuestas en el acto administrativo acusado”.

4. La previsibilidad en el estado de la técnica.

“los resultados que aduce la actora como fundamento de su solicitud de invención, eran previsibles del estado de la técnica conocido en el momento en que fue presentada esa solicitud, pues tanto el compuesto como los medios o elementos utilizados por ella para tales resultados, aparecen directa o indirectamente contenidos o previstos en las anterioridades consideradas por la Superintendencia, e incluso aparecen enunciados en la literatura disponible sobre la materia, como es el caso de las microemulsiones, que justamente aparecen como solución al problema de la variabilidad de la absorción de los fármacos lipofílicos, no solubles en agua, y tenida como una novedosa tecnología de microemulsión”.

(...)

“De suerte que es evidente que ni el compuesto obtenido ni el uso de los medios propuestos en la solicitud de invención, eran novedosos para la época en que se presentó la solicitud, pues todos se podían deducir de manera fácil o estaban sugeridos en el estado de la técnica, y el resultado era previsible”.

5. El principio de independencia se antepone al indicio de patentabilidad.

“...Que se haya obtenido una patente de invención en un País Miembro, no significa que indefectiblemente se deba conceder dicha patente de invención en otro País Miembro, así como si se ha negado la solicitud de patente de invención en un País Miembro se deba negar igualmente en otro. Lo mismo ocurre en relación con patentes obtenidas en países no miembros de la Comunidad Andina, ya que éstas igualmente deben pasar por el análisis de patentabilidad en los Países Miembros, quienes mediante sus oficinas competentes deberán decidir lo pertinente sin estar atados a lo decidido por otra oficina de patentes”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Tribunal Andino de Justicia:

- Proceso 49-IP-2005. Interpretación prejudicial de 14 de abril de 2005.
- Proceso 07-IP-2005. Interpretación prejudicial de 14 de abril de 2005.
- Proceso 21-IP-2000. Interpretación prejudicial de 21 de octubre de 2000

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

5. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Tipo de Normativa: Concepto.

Referencia y fecha: Oficio 220-119963 Del 30 de Septiembre de 2009 (publicado el 1 de octubre de 2009).

Tema: Sociedad por Acciones Simplificada – Fraccionamiento del voto, Artículo 23 de la Ley 1258 de 2008.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0 Derecho de Sociedades: Fraccionamiento del voto en la elección de los órganos societarios.

Síntesis del documento

Con respecto a la Sociedad por Acciones Simplificada, la Superintendencia de Sociedades ha dicho que “el fraccionamiento del voto, es viable única y exclusivamente cuando se trate de la elección de juntas directivas o de otros cuerpos colegiados, como de manera expresa lo consagra el artículo 23 de la Ley 1258 de 2008”.

“El escenario señalado, de fraccionamiento de voto para elección de cuerpos colegiados, será aplicable siempre que los estatutos lo consagren y desarrollen, porque en ausencia de pacto estatutario para la elección de junta directiva o cuerpos colegiados habrá de acudirse al sistema del cuociente electoral, y a la imposibilidad de fraccionar el voto, tal como se expuso en el concepto 220-18843 del 19 de abril de 2002: *Este fraccionamiento del voto tendría en la práctica el efecto de una “operación avispa”, pues permitiría que un mismo accionista votara por más de una plancha; y ello es contrario a la finalidad de representación proporcional de las minorías en los cuerpos sociales colegiados, imperativamente exigida en el artículo 197 del C.Co. al consagrar el sistema de elección por cuociente electoral*”.

En conclusión, de no estar consagrado en los estatutos el fraccionamiento del voto, en el marco de un sistema de voto múltiple, la votación por este mecanismo no podrá aplicarse en la S.A.S. En este caso, se seguirá lo dispuesto por el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1258 de 2008.

6. Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia Financiera

Referencia y fecha: Carta Circular 75 de Octubre 7 de 2009

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Financiero: montos de inembargabilidad y exención de sucesión para depósitos de ahorro

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

Problemas Jurídicos

- 1.0 ¿Cuál es el monto máximo de inembargabilidad en los depósitos de ahorro?
- 2.0 ¿Cuál es el monto máximo para la exención de juicio de sucesión en depósitos de ahorro?

Síntesis del documento

Dando cumplimiento al Decreto 564 de 1996, la Superintendencia fija los montos máximos de inembargabilidad y de exención de juicio de sucesión en los depósitos de ahorro, para el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2009 y el 30 de septiembre de 2009.

Pronunciamientos relevantes

1. Monto máximo de inembargabilidad en depósitos de ahorro.

“El de inembargabilidad de los depósitos de ahorro constituidos en las secciones de ahorro de los bancos, hasta veinticinco millones ochocientos treinta mil ciento treinta y ocho pesos (\$25.830.138) moneda corriente.”

2. Monto máximo para exención de juicio de sucesión.

“El de la suma que podrá entregarse directamente al cónyuge sobreviviente, a los herederos o a uno y otro conjuntamente según el caso, sin necesidad de juicio de sucesión, hasta cuarenta y tres millones cincuenta mil doscientos veinticinco pesos (**\$43.050.225**) moneda corriente.”

7. Datos de identificación

Entidad Emisora: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Tipo de Normativa: Decreto

Referencia y Fecha: No. 3885 del 8 de Octubre de 2009

Tema: Régimen de inversión de los Fondos Mutuos de Inversión

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho Financiero: Fondos Mutuos de Inversión
- 2.0. Derecho Financiero: Régimen de Inversiones y operaciones
- 3.0. Derecho Financiero: Liquidación obligatoria de inversiones por valorizaciones.

Síntesis del documento

El Decreto No. 3885 del 8 de Octubre de 2009 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público modifica el régimen de inversión de los Fondos Mutuos de Inversión sometidos a inspección y vigilancia o

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

al control de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Aplicación de principios en su gestión.

Se establece que los Fondos Mutuos de Inversión deberán gestionarse atendiendo a los principios de profesionalismo, equidad, mejor ejecución del encargo y diversificación, buscando generar la mayor rentabilidad con un adecuado nivel de riesgo.

Limitaciones en concentración.

Las inversión que pueden realizar están limitadas a los valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, en este caso la inversión no podrá exceder el (80%) del valor del activo total del respectivo Fondo; a préstamos otorgados a sus afiliados hasta en un monto que no exceda el (45%) del valor del activo total del respectivo Fondo; Participaciones en carteras colectivas constituidas; a depósitos a término en establecimientos de crédito; Operaciones de reporto o repo, simultáneas activas y pasivas y operaciones de transferencia temporal de valores sobre inversiones admisibles, cuya cuantía combinada no supere el treinta por ciento (30%) del activo total del respectivo Fondo; Descuentos de cartera, siempre y cuando el cumplimiento de las obligaciones correspondientes se encuentre garantizado por un establecimiento de crédito o una entidad aseguradora sin exceder del (10%) del activo total del respectivo Fondo.

Según el Decreto los fondos deben aplicar las instrucciones y disposiciones generales establecidas por la Superintendencia Financiera de Colombia para la administración de riesgo en las operaciones previstas en su régimen de inversiones.

Administración.

Los Fondos Mutuos de Inversión pueden encomendar, por su cuenta y a su nombre, en Sociedades Fiduciarias o Sociedades Comisionistas de Bolsa la administración del respectivo Fondo o la administración total o parcial de los activos que lo integran, sin que implique delegación de la responsabilidad por lo que no podrá eximirse de sus obligaciones legales y será responsable de las actuaciones adelantadas por el administrador o mandatario.

El Decreto impone límites de concentración a la “exposición” de los fondos que consiste en la suma de las inversiones en uno o varios instrumentos de una misma entidad, emisor o cartera colectiva, de esta manera la exposición a una persona natural o jurídica no puede exceder del (20%), la exposición a la persona jurídica en la que trabajen todos los afiliados al respectivo fondo no puede exceder del (25%), en Fondos Mutuos de Inversión que agrupen trabajadores de varias empresas, la suma de las exposiciones a esos emisores no puede exceder del (40%), la suma de las exposiciones a un mismo emisor incluidas sus filiales y subsidiarias, su matriz y las filiales o subsidiarias de ésta, no puede exceder del (30%) y la cantidad de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones en poder de un Fondo Mutuo de Inversión no puede exceder del diez por ciento (10%) de acciones o bonos convertibles en acciones en circulación de un mismo emisor.

Si el fondo incumple algunos de los límites de concentración previstos en el presente Decreto, el respectivo fondo mutuo de inversión deberá proceder a liquidar las inversiones de manera tal que se cumpla con el límite establecido.

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

Posibilidad del Fondo de obtener financiación.

En cuanto a la financiación para adquirir valores el Decreto determina que los Fondos pueden recibir financiación de los establecimientos de crédito sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, para la adquisición de valores cuando ello corresponda a las condiciones de la respectiva emisión para los valores adquiridos en el mercado primario cuando se trate de programas de privatización o democratización de sociedades.

Por último se establece que los fondos mutuos tienen un periodo de 6 meses desde la publicación del Decreto para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento del Decreto.

Normativa relevante citada por la entidad:

- Artículos 2 y 3 del Decreto 2514 de 1987
 - Decreto 0652 de 1988.
 - Decreto 739 de 1990.
 - Artículo 1 del Decreto 739 de 1990.
- Artículos 2.5.0.1. al 2.5.0.7. de la Resolución 400 de 1995 expedida por la Sala General de Valores.

8. Datos de identificación

Entidad Emisora: Autorregulador del Mercado de Valores, Dirección de asuntos legales y disciplinarios.

Tipo de Normativa: Consulta

Referencia y Fecha: No. 012 de 13 de Octubre de 2009

Tema: Registro de Libro electrónico de Ordenes (LEO) ante la Cámara de Comercio.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de Financiero: Registro de Libro electrónico de Ordenes (LEO) ante la Cámara de Comercio

Síntesis del documento

La Consulta tiene como propósito esclarecer que no es necesario la inscripción del Registro de Libro electrónico de Ordenes (LEO) ante la Cámara de Comercio, de conformidad con la modificación del artículo 1 y del Libro 2 y eliminación del artículo 116 del Reglamento de AMV del 3 de Octubre de 2008 aprobado por la Superintendencia Financiera; teniendo como fundamento normativo los Decretos 1120 de 2008, el Decreto 1121 de 2008 y la Circular Externa 019 de 2008 que expidió la Superintendencia Financiera, mediante la cual se estableció que los organismo de autorregulación debían expedir instrucciones sobre la adopción de manuales y políticas de las entidades en materia de intermediación, y los esquemas de procesamiento de órdenes y libro de órdenes.

Boletín N° 1551 Noviembre de 2009

El (LEO) se define como un sistema electrónico en el cual se registran y ordenan cronológicamente todo tipo de órdenes de compra, venta, y demás operaciones sobre valores, que reciba un miembro o intermediario actuando por cuenta de un tercero y es de obligatoria adopción por parte de las sociedades comisionistas de bolsa. De conformidad, con lo anterior, su naturaleza corresponde a libro de comercio de carácter auxiliar; debido a que en él se registran operaciones y permite a su vez el adecuado entendimiento de los registros globales de la entidad que se llevan en los libros obligatorios.

Los libros auxiliares a diferencia de los obligatorios según el Decreto 2649 de 1993 artículo 126 no requieren ser inscritos en el Registro Mercantil, por consiguiente y atendiendo al carácter de los estos, no será preciso atender a dicha obligación. Asimismo, porque el registro de los libros obligatorios presupone la existencia de un medio físico del cual no goza el Registro del Libro Electrónico de Ordenes.

Para la implementación del Registro Electrónico la entidad ha adoptado un conjunto de normas que regulan aspectos relevantes como son las políticas y procedimientos de recepción, registro y ejecución de órdenes, consignados en el 07-M-01 Manual de Libro Electrónico de Ordenes, dentro del cual cabe resaltar la existencia de un medio verificable, es decir, la existencia de un mecanismo que permita el registro confiable del momento y la información relativa a órdenes, negociaciones o cualquier hecho relevante.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Libros Obligatorios; conceptos de la Superintendencia de Sociedades: Oficio 220-36555 del 3 de septiembre de 2001 y 340-5695 del 23 de febrero de 1998.

Sentencia del Consejo de Estado: Sección Cuarta. C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié. 6 de marzo de 2003. Rad. 13135.