

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

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



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

INDICE

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: C-228 Expediente. D 7865 del 24 de marzo de 2010

Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Norma acusada: Artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 parcial de la ley 1340 de 2009

Decisión: Declara exequible.

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: Sentencia C- 433 del 2 de Junio de 2010

Magistrado o Ponente: Dr. Humberto Sierra Porto.

Norma acusada: Artículo 86 de la Ley 1328 de 2009.

Decisión: Estarse a Lo Resuelto en sentencia C-432 de 2010, Declarar **Exequible** el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, por los cargos analizados en la presente sentencia

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: Sentencia C- 432 del 2 de Junio de 2010

Magistrado o Ponente: Dr. Humberto Sierra Porto.

Norma acusada: Artículo 86 de la Ley 1328 de 2009.

Decisión: Declarar **Exequible** el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009.

Entidad emisora: Corte Constitucional.

Referencia y fecha: Sentencia C - 014 de 2010.

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

Norma acusada: art. 40 (parcial) de la Ley 1258 de 2008.

Decisión: Declara exequible.

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

Referencia y fecha: Expediente 68861-3103-002-2006-00046-01 de 14 de Julio de 2010

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. William Namén Vargas

Decisión: No Casa

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

Referencia y fecha: Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Bogotá, D.C., 2 de julio de 2010.

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. William Namén Vargas.

Decisión: Casa parcialmente la sentencia del 16 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Entidad Emisora: Ministerio de Industria y Comercio.

Tipo de Normativa: Decreto.

Referencia y Fecha: No. 2896 del 5 de agosto de 2010.

Tema: Reglamentación del artículo 14 de la ley 1340 de 2009.

Entidad Emisora: Ministerio de Industria y Comercio

Tipo de Normativa: Decreto

Referencia y Fecha: No. 2897 del 5 de agosto de 2010.

Tema: Reglamentación del artículo 7 de la ley 1340 de 2009.

Entidad emisora: Superintendencia Financiera

Referencia y fecha: Concepto 2010033759-003 del 24 de junio de 2010.

Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades

Referencia y fecha: Resolución No. 2010-01-145727 del 28 de junio de 2010. Publicada el 22 de Julio de 2010.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

NOTA EDITORIAL

En armonía con el propósito de internacionalización del Colegio de Abogados Comercialistas me es grato presentarles a los nuevos integrantes de nuestro equipo de trabajo internacional: La profesora **HERNANY VEYTIA PALOMINO** de Méjico (Socia de Veytia & Vads LLP en Londres y miembro correspondiente del Instituto para la unificación del derecho privado con sede en Roma - Unidroit. Profesor huésped, investigador y conferencista en varias universidades en USA, Europa y Latinoamérica. Autora de numerosas publicaciones sobre Derecho Comercial Internacional. Intervino en la traducción al castellano de los Principios de Unidroit 2004 para los contratos comerciales internacionales) y el profesor **CARLOS SOTO COAGUILA** de Perú (Magister en Derecho Civil de la Universidad Católica del Perú y Asociado del Estudio Muñiz. Investigador Internacional de la Cátedra Garrigues de Derecho Global. Director de la Revista Peruana de Arbitraje y Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje. Autor del libro *Transformación del Derecho de contratos* y de numerosos artículos sobre derecho civil patrimonial y arbitraje).

En esta edición del boletín el doctor **CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba (Argentina) nos presenta algunos comentarios a su obra “El Contrato de Adhesión a Condiciones Generales” en cuanto hace relación a la defensa de los derechos del consumidor.

Al transitar por el tema de los consumidores de los sectores de la salud y la seguridad social, el profesor **VALLESPINOS** afirma con satisfacción que en Argentina “(...)afortunadamente la ley de defensa del consumidor incorpora los deberes de los empresarios.”

En contraste a ello, sorprende la declaración efectuada por el presidente de nuestra Corte Suprema de Justicia, doctor **JAIME ARRUBLA**, en entrevista concedida a la revista *Semana* en su última edición la número 1481, cuando resalta: “(...) Hay 400.000 tutelas en salud, muchas de ellas no serían necesarias si le hicieran a la gente los procedimientos sin necesidad de la tutela. Y en pensiones, ni se diga. Un magistrado no logra su pensión si no es por tutela. ¡Cómo será una persona común y corriente! ¡El Estado tiene que cumplir su tarea sin exigirles a los ciudadanos que pongan una tutela!”.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

¿Será que nuestros empresarios de la salud conocen a ciencia cierta sus respectivos deberes y, en consecuencia, los practican en beneficio de los consumidores colombianos?

Como quiera que al Colegio interesa enriquecer el debate académico alrededor de esta realidad jurídica solicitaremos a uno de nuestros colegiados experto en el tema su análisis al respecto.

Una vez tengamos a disposición el estudio en comento, lo daremos a conocer mediante su publicación en próximos boletines.

LUZ HELENA MEJIA PERDIGON
Presidente

CAC

**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

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° 1558 Agosto de 2010

ACTIVIDADES COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

Septiembre 28 de 2010, Modelos de Negocio de Inteligencia Artificial. Conferencista Dr. CAMILO ALFONSO ESCOBAR MORA.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: C-228 Expediente. D 7865 del 24 de marzo de 2010

Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Norma acusada: Artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 parcial de la ley 1340 de 2009

Decisión: Declara exequible.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho de la Competencia: Intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio para la protección de la competencia.
- 2.0. Derecho de Sociedades: Control de procesos integración empresarial.

Problemas Jurídicos

- 1.0. “¿las normas legales que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para adelantar el control de las integraciones empresariales, al punto de oponerse o imponer condiciones para la ejecución de las mismas, constituye una vulneración de las garantías a libre competencia económica y la libertad de empresa, al igual que desconocen el principio de buena fe, en tanto limitan desproporcionadamente la facultad de las empresas de integrarse basándose en una presunción de abuso de posición dominante?”
- 2.0. “¿Desconoce el principio de reserva de ley el grupo de normas que confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio la fijación de umbrales para el control de las integraciones empresariales, la determinación de los requisitos para aprobar condicionalmente dichas operaciones y la imposición de sanciones por el desconocimiento de esos deberes definidos por la autoridad administrativa?”
- 3.0. “¿La denominada *contribución de seguimiento* es un ingreso fiscal compatible con la Constitución, en tanto cumple con los requisitos derivados del principio de legalidad tributaria, previsto en el artículo 388 Superior?”

Síntesis del documento

La prevención del abuso de la posición dominante no es contraria a la constitución, se encuentra protegida por la norma superior y permite una protección más efectiva de la libre competencia y de la libre iniciativa privada sin tener que esperar a que se configuren la violaciones a tales libertades. De otro lado, la deferencia de ciertos aspectos técnicos al reglamento, para complementar disposiciones legales no viola el principio de reserva de ley, siempre que los aspectos esenciales sean definidos por la ley, pues el reglamento, en los casos en que hay reserva de ley, no puede ser una fuente autónoma

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

de obligaciones y deberes, sino que debe estar sometido a los parámetros establecidos previamente en el texto legal.

Pronunciamientos relevantes

- 1. La Intervención del Estado para prevenir el abuso de la posición dominante controlando ciertas integraciones empresariales, no viola la presunción de buena fe ni las libertades de empresa y competencia.**

“(…) de la lectura de varias de las disposiciones superiores que integran la *Constitución Económica* se colige que en lo que respecta a la configuración de conglomerados empresariales, la Carta Política faculta al Estado para que ejerza labores de intervención, inclusive de carácter previo, con el fin de asegurar que los bienes y valores constitucionales que se realizan en el mercado sean garantizados. Así por ejemplo, el artículo 333 C.P., disposición compleja, en tanto ofrece varios contenidos normativos autónomos, prescribe que “[e]l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”. Otro tanto se identifica de lo previsto en el artículo 336 C.P., el cual es explícito en señalar que “[n]ingún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”. Es evidente, según estas previsiones, que la Constitución está especialmente interesada en que se eviten las concentraciones empresariales que, por su condiciones, llegaren a hacer nugatoria la libre competencia económica.”

“La Corte, por lo tanto, no comparte la posición asumida por el actor, según la cual el control exclusivamente posterior de las integraciones empresariales tenga raigambre constitucional. En contrario, los fundamentos jurídicos anteriormente expuestos demuestran que el grado de intervención estatal en la economía bien puede mostrarse desde una perspectiva sancionatoria de las prácticas contrarias de la libre competencia económica, como también de la prevención de actuaciones que por su naturaleza y potencial grado de influencia en la facultad de concurrencia de los agentes que concurren al mercado, puedan afectar dicha libertad. Debe resaltarse que, según se indicó en el fundamento jurídico 8 de esta sentencia, la libre competencia es un criterio relacional, cuya efectiva garantía depende del equilibrio entre las acciones individuales de las empresas e individuos participantes en el mercado. Este equilibrio resultaría roto cuando, por ejemplo, se conforma una integración empresarial de magnitud tal que derive en una práctica con visos monopólicos, plenamente incompatible tanto con la libre iniciativa privada, como con los derechos de los consumidores, los cuales dependen de la existencia de un mercado con competencia efectiva. Si, como lo propone el demandante, las labores de intervención del mercado solo tuvieran carácter sancionatorio *ex post*, el aparato estatal provocaría un déficit de protección del derecho a la libre competencia, puesto que diferiría su salvaguarda efectiva a la comprobación de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante.”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

“Estas razones también sirven de base para considerarse que no se está ante una *presunción de abuso* contraria al principio de buena fe. En efecto, lo que motiva a la intervención estatal representada en el control de integraciones empresariales es la necesidad de evitar que determinados modos de integración empresarial tenga un grado de incidencia del mercado que imposibilite la competencia efectiva entre oferentes y la garantía de los derechos de los consumidores. De ningún modo puede considerarse que un control de esta naturaleza presuponga la mala fe de las empresas concernidas en la operación de integración, pues el análisis que efectúa la autoridad administrativa se basa en criterios objetivos y cuantificables, que prescinden de una evaluación acerca del futuro comportamiento de las empresas que optan por integrarse. Y no podía ser de otro modo, puesto que los parámetros utilizados por la norma para hacer exigible el control de la integración versan sobre variables de naturaleza estrictamente económica y que, en cualquier caso, preceden al acto de integración.”

2. Carácter no absoluto de la reserva de ley para la definición de los criterios de procedencia del control a la integración empresarial.

“Para la Corte, la deferencia para la definición de dichos criterios e ingresos a la autoridad administrativa no se opone a la reserva de ley, conclusión que se soporta en considerar la naturaleza eminentemente técnica, flexible y cambiante de la materia a definir por parte de la Superintendencia. En efecto, el legislador estableció los aspectos esenciales del control que efectúa la autoridad de competencia de las integraciones empresariales...”

“Por lo tanto, no puede concluirse válidamente que se haya afectado la reserva de ley, pues no se está ante un escenario carente de regulación, sino en uno altamente detallado por el Congreso, que solo adscribe a la autoridad de competencia la definición de un aspecto técnico inasible por las reglas generales y abstractas que produce el legislativo.”

3. La contribución de seguimiento cumple con el principio de legalidad tributaria.

“La determinación concreta de las tarifas se logra a través de la actuación concurrente de los órganos de representación popular y las autoridades administrativas. Por lo tanto, corresponde a los primeros fijar el método y el sistema para el cálculo, sin que deban entrar en la regulación más particular de la tarifa, pues ello vaciaría la competencia que el artículo 338 C.P. reconoce a dichas autoridades.”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Corte Constitucional, sentencia T-425/92. Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón
Corte Constitucional, sentencia C-616/01 Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.
Corte Constitucional, sentencia C-265/02 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa
Corte Constitucional, sentencia C-150/03, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa
Corte Constitucional, sentencia C-1041/07, Magistrado Ponente. Humberto Antonio Sierra Porto



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: Sentencia C- 433 del 2 de Junio de 2010

Magistrado o Ponente: Dr. Humberto Sierra Porto.

Norma acusada: Artículo 86 de la Ley 1328 de 2009.

Decisión: Estarse a Lo Resuelto en sentencia C-432 de 2010, Declarar **Exequible** el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, por los cargos analizados en la presente sentencia

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Económico: actividad aseguradora - limitaciones – leyes marco

2.0. Derecho Económico: libertad económica - protección mediante mecanismos internacionales

Problemas Jurídicos

1.- ¿Es posible sustentar una demanda de inconstitucionalidad por vulnerar normas del derecho Comunitario Andino derivado, en especial las referentes a la libre competencia?

2.- ¿Puede el legislador regular en detalle la actividad aseguradora, sin violentar las facultades presidenciales y del mismo Superintendente Financiero?

Síntesis del documento

Se analiza la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra del Art.86 de la Ley 1328 de 2009. Según los demandantes la norma sub judice no busca ningún fin legítimo y que *“si en gracia de discusión se estimara que el fin legítimo de la norma fuera fortalecer la industria de los servicios funerarios, quienes son los únicos agentes económicos beneficiados con la medida, ello no podría sostenerse”* toda vez que *“el fortalecimiento de la industria funeraria se puede alcanzar por diversos medios que no comprometan los derechos de los consumidores y el derecho de la competencia”* en consecuencia, los accionantes estiman que *“se produce como consecuencia de la intervención del legislador una distorsión arbitraria que comporta una irrazonable anulación de sus mecanismos normales de funcionamiento, todo lo cual redundará en una ventaja indebida para los competidores no aseguradores”*. *“Argumenta igualmente el demandante que la norma acusada viola el deber de no entorpecer, distorsionar o limitar la libre competencia en el mercado subregional andino”* y que la

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

norma acusada “desconoce los requisitos constitucionales aplicables a las leyes marco en materia de regulación de la actividad aseguradora”.

La Corte, previa aplicación de la cosa juzgada constitucional sobre algunos de los cargos expuestos por los demandantes, pasa al análisis de los demás, los cuales desestima al considerar que “*la norma acusada, como se analizó en aquella ocasión, se limita a organizar el mercado de la prestación de los servicios funerarios y de los seguros exequiales*” de esta forma “*la medida es de contenido y alcance meramente económicos, por cuanto se encamina simplemente a organizar un determinado renglón de un sector productivo*”.

En lo respectivo a la violación de normas de orden subregional la Corte consideró que “*dado que el tema regulado por la ley acusada no versa sobre un derecho humano, no resulta viable entrar a confrontarla con una normatividad que hace parte del derecho comunitario andino*” remata la Corte argumentando que “*no se vulneró el reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República por cuanto se trata de una regulación general, mediante la cual simplemente se delimita el ámbito de la intervención gubernamental en la actividad aseguradora*”. Con base en las anteriores consideraciones la Corte declara exequible la norma acusada.

Pronunciamientos relevantes

1. Derecho Comunitario Andino en el Orden Interno Colombiano.

“...la Corte ha sostenido que los tratados internacionales sobre derecho comunitario andino, ni tampoco el derecho comunitario derivado, hacen parte del bloque de constitucionalidad, es decir, no son parámetro para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, salvo que, de manera específica, regulen un determinado derecho humano...”

“...Ni los tratados de integración ni el derecho comunitario se acomodan a los supuestos normados por el artículo 93 constitucional (...) su finalidad no es el reconocimiento de los derechos humanos sino la regulación de aspectos económicos, fiscales, aduaneros, monetarios, técnicos, etc., de donde surge que una prevalencia del derecho comunitario andino sobre el orden interno, similar a la prevista en el artículo 93 de la Carta, carece de sustento...”

“...vistas las cosas a partir del artículo 93, el derecho comunitario andino no conforma el bloque de constitucionalidad y, por ende, tampoco comparte la supremacía de la Carta Fundamental frente a la ley...”

2.- Regulación Legislativa de la Actividad Aseguradora mediante Leyes Marco.

“...los artículos 150.19 y 189.25 Superiores establecen un reparto de competencias entre el Congreso de la República y el Presidente de la República en materia de regulación de la actividad aseguradora...”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

“...en sentencia C- 955 de 2000 (...) la Corte sistematizó sus líneas jurisprudenciales en relación las denominadas “leyes marco”, en los siguientes términos: 1.El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del ejecutivo (...)En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta..”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

- 1.- Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2010. **M.P.:** Dr. Humberto Sierra Porto
- 2.- Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001. **M.P.:** Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
- 3.- Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003. **M.P.:** Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
- 4.- Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004. **M.P.:** Dr. Álvaro Tafur Galvis
- 5.- Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 2006. **M.P.:** Dr. Jaime Cordoba Triviño
- 6.- Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2000 **M.P.:** Dr. José Gregorio Hernández Galindo
- 7.- Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 2003. **M.P.:** Dr. Eduardo Montealegre Lynett

Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Constitucional

Referencia y fecha: Sentencia C- 432 del 2 de Junio de 2010

Magistrado o Ponente: Dr. Humberto Sierra Porto.

Norma acusada: Artículo 86 de la Ley 1328 de 2009.

Decisión: Declarar **Exequible** el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1. **Derecho de Seguros:** diferencia contratos de seguros funerarios y de servicios funerarios – definición legislativa del concepto de actividad aseguradora
2. **Derecho de los Consumidores:** contenido y límites a los derechos del consumidor.
3. **Derecho de la competencia:** libertad para realizar una actividad económica – libertad de competencia

Problemas Jurídicos

- 1.- ¿El legislador puede definir libremente el concepto de actividad aseguradora?
- 2.- ¿Existe una diferencia sustancial entre los contratos de seguros exequiales y los de prestación de servicios funerarios?
- 3.- ¿Puede la naturaleza jurídica de los servicios funerarios asimilarse a la de los contratos de seguros exequiales?



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

- 4.- ¿Cómo se debe realizar el control de constitucionalidad de leyes que contravienen disposiciones constitucionales de orden económico?
- 5.- ¿Los derechos de los consumidores pueden limitarse a la obtención de bienes y servicios de calidad a un costo proporcional?
- 6.- ¿Existe alguna relación entre el derecho de la competencia y los derechos de los consumidores?
- 7.- ¿La libertad económica impone al Estado una faceta únicamente negativa, es decir de no permitir la realización de determinados actos, o también una positiva, es decir, realizar ciertos actos para promover el alcance de ciertos intereses constitucionales superiores?

Síntesis del documento

Estudia la demanda de inconstitucionalidad elevada contra del Art.86 de la Ley 1328 de 2009. Puesto que para el accionante vulnera, entre otros, el derecho a la libre competencia, garantizado por el Art.333, porque “*excluye a un competidor de un mercado determinado y le prohíbe ofrecer un servicio lícito*” además “*mediante la creación de prohibiciones y la imposición de cargas onerosas, la norma acusada orienta a todos los usuarios hacia uno de los competidores*”. En ese orden de ideas estima el accionante que la norma examinada “*viola el Art.13 de la Constitución porque divide, sin justificación objetiva alguna, en dos clases, a las empresas que concurren materialmente ante los mismos usuarios a ofrecerles vías de acceso diversas a servicios funerarios*”.

La Corte, inicia su estudio haciendo referencia a la Sentencia C-940/03 que declaró exequible el Art.111 de la Ley 795 de 2003, ya que esta hacía referencia directa al punto sub examine, por tratar el tema de la diferenciación entre seguro exequial y servicios funerarios y la capacidad configurativa del legislador, prosigue con un análisis de los antecedentes normativos del artículo reseñado y finaliza la sentencia desestimando los cargos propuestos por el accionante, considerando que se encuentra demostrado que la norma acusada “*se limita a organizar el mercado de la prestación de los servicios funerarios y de los seguros exequiales*” complementando el Art.111 de la ley 795, atendiendo a las falencias señaladas en la sentencia C940/03, y que en tal sentido los argumentos expuestos por el demandante no dan lugar a declarar la disposición como inconstitucional.

Pronunciamientos relevantes

1. Contexto de la Norma Acusada

“...El artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 vino a adicionar un inciso segundo y un tercer párrafo al artículo 111 de la Ley 795 de 2003, “*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero...*” El texto adicionado será el siguiente “**...ARTÍCULO 111. No constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios, cualquiera sea su modalidad de contratación y pago, mediante los cuales una persona, o un grupo determinado de personas, adquiere el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación.**”



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, con excepción de las empresas aseguradoras, podrán prestar directamente y en especie este tipo de servicios, independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos, cualquiera sea la forma jurídica que se adopte en la que se contengan las obligaciones entre las partes.

(...)

PARÁGRAFO 3o. Las empresas aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces, en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquiera otro con modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales; salvo que el servicio funerario se preste con afectación a la Póliza de Seguro Obligatorio en Accidentes de Tránsito (SOAT).

2. Límites a la facultad legislativa para definir el concepto de actividad aseguradora.

La Constitución "...no suministra la definición de lo que se debe entender por actividad financiera, aseguradora o bursátil. Así, tales conceptos están indeterminados en la Constitución, siendo del resorte del legislador precisar su sentido (...) al definir la actividad aseguradora el legislador también está sujeto a algunos principios y valores superiores, que aunque no constituyen referencias expresas y directas a dicha actividad, limitan su libertad de configuración (...)

De la Constitución pueden extraerse las siguientes conclusiones "... (i) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que se desarrolla bajo la forma jurídica de contrato de seguros (...) (ii) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que desarrollan las entidades constituidas bajo la forma jurídica de compañías aseguradoras (...) (iii) de la Constitución no emana que toda actividad que implique en alguna forma la asunción de un riesgo sea actividad aseguradora (...) (iv) de la Constitución sí emana que la actividad aseguradora conlleva el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos y que por esta razón, debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control estatales, que se lleva a cabo mediante un reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, a través del mecanismo de las "leyes marco"..."

"...la Corte no pierde de vista que existen referentes no constitucionales, tanto jurídicos como económicos y técnicos, que ofrecen una noción de actividad aseguradora comúnmente aceptada..." en ese sentido "...la existencia de un gran número de entes económicos expuestos a la contingencia de un peligro eventual y análogo, que bajo cualquier forma se organizan para soportar mutuamente tal contingencia, suele entenderse como actividad aseguradora (...) Esta noción comúnmente aceptada obra como un referente que limita la libertad de configuración del legislador..."

3. Diferencias entre los contratos de servicios funerarios y los contratos de seguros exequiales.

Es necesario iniciar señalando la precisión reseñada por el accionante en cuanto a que "...Si bien formal y nominalmente estos dos servicios son distintos, desde el punto de vista material ambos se

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

prestan a los mismos usuarios con el fin de atender las mismas necesidades en un mismo contexto (...) La aseguradora le presta asistencia al tomador o a los beneficiarios (...) de conformidad con lo que fue previamente acordado en el contrato de seguro. Por lo tanto, el pago de la indemnización se hace en especie y consiste en todo el servicio funerario previsto en la póliza de seguro (...) Cuando el usuario adquiere directamente el servicio funerario, este tercero es una empresa distinta a una aseguradora. El pago lo hace a cuotas o mediante dos modalidades. En la modalidad “prepago” el usuario empieza a pagar por anticipado, con antelación suficiente, el servicio funerario que ha adquirido y que él mismo o sus familiares deben pagar en su integridad (...) modalidad del llamado “contrato provisional”, si las cuotas prepagadas no alcanzan a cubrir el monto del servicio funerario, el usuario o sus familiares no están obligados a pagar el saldo pendiente...”

“...Quien compra un seguro de exequias, paga una prima –usualmente baja- y se desentiende de la organización del entierro y de sufragar los costos correspondientes. (...) sin importar el número de primas que haya cancelado. Quien opta por comprar de manera directa el servicio funerario en la modalidad de prepago, puede eventualmente verse, él o sus familiares, en la obligación de cancelar el monto no cubierto por las cuotas canceladas por anticipado. Pero si opta por la modalidad provisional, esta eventualidad desaparece...”

La Corte al referirse a las diferencias entre estos contratos reseña las siguientes:

“...los servicios funerarios prestados por entidades cooperativas constituyen una práctica autogestionaria solidaria, ausente de ánimo de lucro, al paso que el contrato de seguros es de naturaleza bilateral y onerosa...”

“...en los servicios funerarios no existe “prima”, pues en ellos la ley habla de cuotas fijadas con antelación cuya cancelación oportuna da derecho a la prestación del servicio. Concepto este que difiere de la noción de prima pues el elemento de prepago ubica al contrato en una categoría diversa al puro contrato de seguros; adicionalmente la obligación que surge como contraprestación al pago de las “cuotas” consiste en la prestación de un servicio en especie y no en el pago de una indemnización...”

“...el contrato de seguros es siempre aleatorio y el de servicios funerarios no lo es...”

“...el legislador inicialmente estimó que los servicios funerarios no podía ser prestados sino por sociedades comerciales y entidades de carácter cooperativo mutual, sometidas al control estatal que la ley previera según su especie asociativa (...) Al parecer de la Corte, del artículo 111 no se deduce directamente que el legislador prohíba a las compañías aseguradoras explotar el ramo de seguros funerarios o exequiales (...) la voluntad del legislador apunta a: (i) insistir en las diferencias existentes entre los seguros funerarios, ofertados por las aseguradoras, y los servicios de previsión exequias, prestados por las funerarias; (ii) precisar que los servicios funerarios, cualquiera que sea su modalidad de pago, no constituye una actividad aseguradora; (iii) mostrar que, detrás de la regulación del tema de los seguros funerarios, se haya un conflicto entre un número reducido de compañías aseguradoras y cerca de 1200 funerarias (...) y (iv) existió claridad acerca de que el seguro funerario debía ser cancelado únicamente en efectivo y no en especie (...) comparando el texto original del artículo 111 de la Ley 795 de 2003 con la reforma introducida mediante el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, se

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

concluye que el legislador simplemente introdujo algunas precisiones a la regulación de los mercados de los seguros exequiales y de los servicios funerarios..”

4. Naturaleza Jurídica de los servicios funerarios

“...la Corte observa que (...), el alcance que comúnmente se le reconoce al llamado contrato o convenio de servicios funerarios es el de estimarse que mediante él una persona o grupo de personas adquiere el derecho de percibir en especie los servicios de tipo exequial, mediante el único requisito de estar “cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación”, sin necesidad de que mediante tal pago de cuotas se haya cubierto totalmente el valor del servicio (...) el contrato de servicios funerarios, sin llegar a identificarse con el contrato de seguros, como más adelante se verá, si involucraría un factor asegurativo, al permitir que con los recursos formados por las cuotas captadas de un grupo grande de usuarios se constituya una mutualidad (...)no obstante lo cual el legislador estimó que no constituía actividad aseguradora...”

“...la prestación de servicios funerarios no es actividad que pueda ser considerada como captación masiva de recursos del público. En tal virtud, si no se produce esta captación, consecuencialmente tampoco puede hablarse de manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro privado (...) el tema de la captación masiva de dineros (...) fue resuelto igualmente por la Corte Constitucional en esa misma Sentencia C-940 de 2003, que dispuso que eso no era una captación masiva ilegal de dineros del público, sino que era una venta de servicios pagados periódicamente y anticipadamente...”

5.- Control de constitucionalidad basado en la realización del test de proporcionalidad débil.

“...cuando se trata de materias económicas como lo es la actividad aseguradora, o se esté frente a asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual, (...) En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa, que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen...”

“...la Corte nota que (i) se trata de una medida de contenido eminentemente económico; (ii) versa sobre un tema en el cual el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa; (iii) en materia de actividad aseguradora existen poderes estatales de intervención reforzados, por cuanto se está ante la prestación de un servicio público (...) y (iv) en casos semejantes el juez constitucional ha empleado asimismo un test de proporcionalidad débil. Así las cosas, ante la concurrencia de los criterios señalados anteriormente la Corte empleará un test débil de proporcionalidad...”

“...En lo que concierne a la finalidad de la medida, un detenido examen de los antecedentes legislativos evidencia que se pretendió alcanzar los siguientes objetivos: a) Necesidad de delimitar, con mayor claridad y precisión, las actividades desarrolladas por las empresas funerarias y las aseguradoras. b) Colmar los vacíos normativos señalados por la Corte en sentencia C- 940 de 2003 (...) c) Evitar la existencia de integraciones verticales entre las aseguradoras y unas determinadas funerarias. d) Mejorar la calidad del servicio, en la medida en que el beneficiario gozará de mayor discrecionalidad al momento de seleccionar la calidad de las honras fúnebres (...) la Corte considera que complementar una norma existente en el sentido de (i) precisar las entidades que válidamente pueden ofertar y

prestar directamente los servicios exequiales y (ii) disponer que los seguros exequiales serían pagados únicamente en dinero, resulta ser una medida idónea para alcanzar los fines perseguidos...

6.- Límites a los derechos de los consumidores.

"...los derechos de los consumidores comportan diversas pretensiones, intereses y situaciones, que van mucho más allá de la obtención de bienes y servicios que reúnan "unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades (...) el consumidor tiene derechos de contenido sustancial, tales como a ser informado, al igual que de carácter procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos) al igual que de orden participativo..." [...] uno de los componentes esenciales de los derechos constitucionales de los consumidores consiste en el amparo de su libertad de elección entre diferentes oferentes de bienes o servicios, derecho que no es absoluto por cuanto el legislador puede limitarlo a efectos de la consecución de fines constitucionales válidos..."

"...la Constitución le garantiza a los usuarios su derecho a elegir libremente (...) si bien es cierto que en los términos de la norma acusada el consumidor no podrá contratar, en adelante, un seguro exequial indemnizable en especie, también lo es que contará con dos opciones válidas y asimilables: o bien, contratar un seguro exequial indemnizable en dinero o suscribir un contrato funerario con una entidad de carácter cooperativo o mutual, sin ánimo de lucro o una sociedad comercial. En otras palabras, la persona sigue contando con la facultad de elegir entre diferentes opciones..."

7.- La libre competencia se relaciona con el derecho de los consumidores al garantizar la pluralidad de oferentes.

"...la libre competencia no cabe entenderla solamente desde la perspectiva de los competidores sino también de los usuarios y desde este punto de vista debe señalarse que en relación con ellos lo que garantiza (...) es la prestación de un servicio que de otra manera en función de los imperativos económicos propios de la actividad privada no podría ser prestado (...)

8.- Alcances de la Libertad económica.

*"...la libertad económica no sólo implica una faceta **negativa** o de abstención, sino igualmente una positiva, en el sentido del deber estatal de adoptar ciertas **medidas positivas** encaminadas a cumplir con los siguientes fines constitucionales: (i) impedir que se obstruya o restrinja el ejercicio de aquélla; (ii) evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional; y (iii) fortalecer las organizaciones solidarias (...) compete al Estado asegurar el ejercicio de la libre competencia (...) asegurar la libre competencia conduce a (i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos..."*



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

“...la libertad económica no es un derecho fundamental; su ejercicio se encuentra sometido a los requisitos que prevea la ley(...) su ejercicio puede ser válidamente limitado por el legislador, a efectos de preservar determinados bienes jurídicos constitucionales...”

“... cuando el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 establece que las aseguradoras no pueden prestar los servicios funerarios y que los seguros exequiales serían indemnizables únicamente en dinero, lo único que hizo fue precisar algunos aspectos esenciales que ya se encontraban presentes en el artículo 111 de la Ley 795 de 2003 -disposición que fue declarada exequible por la Corte en sentencia C- 940/03- (...) en este orden de ideas no son de recibo los argumentos del demandante, en el sentido que el legislador habría venido a excluir del mercado a un determinado agente económico, como lo son las aseguradoras, por la sencilla razón de que lo único que se hizo la ley fue organizar el mercado de las honras fúnebres...”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

- 1.- Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003. **M.P.:** Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
- 2.- Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001. **M.P.:** Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
- 4.- Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2002. **M.S.:** Dra. Clara Inés Vargas Hernández
- 5.- Corte Constitucional, Sentencia C-992 de 2006. **M.P.:** Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- 6.- Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001. **M.P.:** Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- 7.- Corte Constitucional, Sentencia C-1041 de 2007. **M.P.:** Dr. Humberto Sierra Porto.
- 8.- Corte Constitucional, Sentencia C-1125 de 2008. **M.P.:** Dr. Humberto Sierra Porto.
- 9.- Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010. **M.P.:** Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- 10.- Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2003. **M.P.:** Dr. Jaime Araujo Rentería.
- 11.- Corte Constitucional, Sentencia C-992 de 2006. **M.P.:** Dr. Álvaro Tafur Galvis

Datos de identificación

Entidad emisora: Corte Constitucional.

Referencia y fecha: Sentencia C - 014 de 2010.

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

Norma acusada: art. 40 (parcial) de la Ley 1258 de 2008.

Decisión: Declara exequible.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho de Sociedades: Impugnación de decisiones de Asambleas Generales y Juntas Directivas en las SAS, a través de arbitramento y amigable composición.
- 2.0. Derecho Comercial Constitucional: Categoría constitucional de los socios minoritarios.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Problemas Jurídicos

1. ¿Se encuentra facultado constitucionalmente el legislador para establecer en la ley la posibilidad de pactar a nivel de los estatutos societarios la resolución de conflictos sobre decisiones de asambleas generales y juntas directivas mediante mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), en las sociedades por acciones simplificadas (SAS)?
2. ¿Vulnera el derecho fundamental de acceso a la justicia, el que estatutariamente se establezca el arbitramento o la amigable composición como mecanismos para solucionar las controversias surgidas alrededor de las decisiones tomadas por los órganos administradores en las sociedades por acciones simplificadas (SAS)?
3. ¿Vulnera el derecho fundamental al debido proceso, en cuanto a la garantía del juez competente, el que las normas de las sociedades por acciones simplificadas (SAS), permitan el otorgamiento exclusivo de competencia para la solución de conflictos societarios, en cabeza de los árbitros y tribunales arbitrales, imposibilitando el acceso a la justicia estatal?
4. ¿Vulnera el derecho fundamental a la igualdad el que en las sociedades por acciones simplificadas (SAS), el pactarse estatutariamente, el arbitramento o la amigable composición como forma de solución de conflictos sobre decisiones de los órganos sociales como de obligatorio cumplimiento; mientras que en los otros tipos societarios regulados por el Código de Comercio, se permita realizar la impugnación acudiendo a la jurisdicción estatal, sin importar que exista cláusula compromisoria en aplicación del artículo 194 del Código de Comercio?
5. ¿Pueden ser sujetos de especial protección constitucional los socios minoritarios de cualquier tipo societario en Colombia?

Síntesis del documento

La normativa constitucional es acorde con la regulación legal de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) que les permite establecer en sus estatutos, como forma de solución de conflictos societarios surgidos alrededor de decisiones tomadas por la Asamblea General o la Junta Directiva, el arbitramento o la amigable composición. De forma que se respetan los derechos fundamentales de igualdad, debido proceso y acceso a la justicia.

Pronunciamientos relevantes

1. **El legislador se encuentra facultado para permitir en las SAS la solución de controversias sobre decisiones de los órganos societarios mediante los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC).**

Recientemente se expidió la Ley 1285 de 2009 'Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia', que expresamente modificó el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996. El nuevo texto vigente es el siguiente:

'ARTÍCULO 6o. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 270 de 1996:

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Artículo 13. *Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares.*
Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

...3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso´.

El legislador ordinario, entonces, tiene libertad de configuración competencial en materia de arbitramento, sometido exclusivamente a los nuevos parámetros estatutarios contenidos en la ley 1285 de 2009 y a los constitucionales referidos a los derechos fundamentales y el debido proceso. Además, por la naturaleza consensual de los MASC, de todos sin excepción, las materias de que pueden ocuparse no pueden exceder el límite de la autonomía de la voluntad.

El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir que tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional.

Frente al nuevo tipo societario conocido como Sociedad por Acciones Simplificada, se tiene que el requisito estatutario según el cual los asuntos sometidos a decisión arbitral sólo pueden ser aquellos susceptibles de transacción ha sido modificado en la Ley 1285 de 2009. Pero además, es perfectamente posible que el Legislador considere que dicha materia, del ámbito de las relaciones comerciales, deje de ser considerada asunto de orden público y se permita discutir y resolver en el ámbito de la autonomía de la voluntad y los MASC, de pactarse en los estatutos de las SAS¹.

2. El requerimiento de acudir a la justicia arbitral como forma solución de controversias societarias en las SAS, depende exclusivamente del acuerdo de voluntades de la totalidad de los socios, por tanto no se viola el derecho de acceder a la justicia.

“La justicia arbitral es onerosa. Por ello, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que, frente a la administración de justicia propiamente estatal, el arbitramento debe tener un carácter excepcional, y la ‘*habilitación de las partes*’ que exige la Constitución para que proceda, ha sido interpretado en el sentido de que en todos los casos debe ser expresa, manifiesta y libre la voluntad de las partes de acudir a ella. Las disposiciones que restringen o limitan esa libertad, o que hacen obligatorio el mecanismo desatendiendo el principio de voluntariedad, son contrarias a la Constitución, (...).

En sentencia C-378 de 2008, la Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia que reconoce las siguientes características en la justicia arbitral: (i) es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos expresamente autorizado por la Constitución Nacional; (ii) supone el ejercicio de la función

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

jurisdiccional por particulares; (iii) tiene naturaleza procesal; (iv) es de carácter transitorio o temporal; (v) profiere fallos en derecho o en equidad; (vi) se desarrolla en los términos que señala la ley, de manera que al legislador le corresponde una amplia libertad de configuración de la justicia arbitral, y (vii) debe ejercerse dentro de las fronteras que le fijan los preceptos constitucionales.

Los estatutos constituyen, en suma, la manifestación del querer de los accionistas, y por lo tanto, si en ellos se pacta cláusula compromisoria, se entiende que es voluntad de los accionistas dirimir los conflictos societarios por la vía arbitral.

El artículo 41 de la Ley 1258 de 2009 estableció que la cláusula consagrada en los estatutos referida a la posibilidad de someter a decisión arbitral las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social, o del acto unilateral, sólo podrá ser incluida o modificada *‘mediante la determinación de los titulares del ciento por ciento (100%) de las acciones suscritas’*.

En consecuencia, en el caso de las SAS no es posible incluir en los estatutos sociales una cláusula compromisoria que no sea expresión de la voluntad de todos sus accionistas. Basta con que el titular de una sola acción se oponga a la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos, para que ésta no quede incluida en ellos, y las diferencias societarias se diriman, en consecuencia, ante la justicia administrativa de la Superintendencia de Sociedades.

La expresión de voluntad a favor de la cláusula compromisoria también se puede predicar de aquellas personas, naturales o jurídicas, que se vinculen como accionistas con posterioridad a la constitución de la sociedad, o al momento en el que se perfeccionó la reforma estatutaria que la incorporó. Pues en tal caso, la persona interesada en asociarse, en ejercicio de su libertad constitucional de asociación, conocerá de la existencia de la cláusula compromisoria en los estatutos, y evaluará si la acepta o no. En caso de no aceptarla, también en ejercicio del aspecto negativo de su libertad de asociación, que lo exime de la obligación de asociarse, podrá abstenerse de perfeccionar su ingreso como socio de la misma”.

3. La garantía del juez competente en lo referente a la SAS, se ve garantizada, en la medida que otorgar la competencia de la solución de conflictos a árbitros o tribunales arbitrales es una facultad que depende de la autonomía de la voluntad de los accionistas.

“Dada la (i) libertad de configuración legislativa en materia de competencias jurisdiccionales y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, (ii) teniendo en cuenta que la regla de asignación de competencia a los árbitros y a los amigables compondores para poder conocer los conflictos societarios sobre decisiones de las asambleas o juntas directivas de las SAS -de pactarse en los estatutos- no vulnera normas constitucionales de asignación de competencias judiciales ni de limitación de las materias propias de los MASC, y (iii) considerando que el legislador ordinario -sin restricción estatutaria- puede definir los asuntos a ser resueltos a través de arbitramento o amigable composición sin más valla que la Constitución y los límites a la autonomía de la voluntad expresada en normas de orden público, la disposición demandada del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 no viola

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

regla alguna de las competencias de los jueces estatales, al haberse determinado en dicha norma que los conflictos societarios de las SAS, en las condiciones ya expuestas, son susceptibles de librarse al ámbito propio de los mecanismos de autoresolución de conflictos señalados, por considerarse materia disponible o de la esfera de la autonomía de la voluntad que se ejerce en la actividad comercial de las SAS. Así, no vulnera el principio debido proceso, en la garantía del juez competente (CP, art. 29)”.

4. La diferencia normativa respecto de la solución de conflictos societarios, tratándose de las sociedades reguladas por el Código de Comercio y las SAS, no vulnera el principio de igualdad ya que, tienen diferencias sustanciales que permiten regirse por normativas y procedimientos distintos.

“(…) si bien existen algunas similitudes básicas, pues al fin y al cabo se trata en ambos casos de sociedades comerciales, las diferencias son de tal magnitud y naturaleza, que no es posible afirmar, (...), que necesariamente el régimen de impugnación de las decisiones societarias debe ser igual para ambos grupos de sociedades. En primer lugar, se encuentra que muchos temas que están regulados imperativamente en el Código de Comercio, aparecen deferidos a decisión estatutaria en la SAS. En segundo lugar, existe un complejo régimen de mayorías decisorias en el Código, que impone diversidad de porcentajes favorables para ciertas decisiones societarias; esa complejidad no se percibe en la SAS, a menos que los accionistas la acuerden estatutariamente. Pero, al mismo tiempo, la SAS contempla unas exigencias aún mayores en términos de número de votos para ciertas decisiones, que sólo serán válidas si la decisión es unánime. La Corte, en conclusión, constata que no existe una igualdad o semejanza de principio evidente entre el régimen aplicable a un grupo y a otro, y por ello le es en principio válido al legislador regular de manera diferente el camino procesal para dirimir los conflictos en uno y otro caso”.

5. Los socios minoritarios de una sociedad en Colombia no son considerados per se como sujetos de especial protección constitucional.

“La infinita heterogeneidad de posibles combinaciones societarias contradice la reducción simplista a la que la demanda quiere limitar los posibles extremos comparables: la condición de socio minoritario no implica, ni lógica ni necesariamente, la carencia de recursos, (...) no se cumple con la carga mínima de explicar la razón por la que el grupo de minoritarios debe ser objeto de protección especial; de hecho, la Corte ha establecido que los accionistas minoritarios no son sujetos de especial protección constitucional²”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

- Corte Constitucional. Sentencia C – 707 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

- Corte Constitucional. Sentencia SU – 174 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Datos de identificación

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

Referencia y fecha: Expediente 68861-3103-002-2006-00046-01 de 14 de Julio de 2010

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. William Namén Vargas

Decisión: No Casa

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

Derecho Societario: Adquisición de la calidad de accionista; contrato de suscripción de acciones; libre enajenación de acciones; derecho de preferencia.

Problemas Jurídicos

1. ¿Cuáles son los contenidos jurídicos de la acción?
2. ¿La calidad de accionista sólo puede adquirirse en el acto constitutivo de la sociedad?
3. ¿En qué consiste el contrato de suscripción de acciones?
4. ¿Son libremente negociables las acciones en las sociedades anónimas?
5. ¿El derecho de preferencia limita la libre negociabilidad de las acciones?
6. ¿Qué se requiere para que la enajenación de acciones produzca efectos frente a la sociedad y a terceros?
7. ¿El título nominativo de la acción es el único medio válido para probar la calidad de accionista?

Síntesis del documento

La calidad de accionista se obtiene mediante la adquisición de acciones, la cual puede darse en el momento de constitución de la sociedad o posteriormente, mediante el contrato de suscripción de acciones o por libre negociabilidad entre los accionistas. El derecho de preferencia limita la libre negociabilidad de acciones para que éstas sean adquiridas preferentemente por la sociedad o los accionistas. Para que la enajenación de acciones produzca efectos se requiere la inscripción del título en el libro de registro de acciones. La calidad de accionista puede demostrarse no sólo a través del título sino de cualquier medio probatorio.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Pronunciamientos relevantes

1. Contenidos jurídicos de la acción

“La acción incorpora la participación económica del socio en una parte alícuota del capital social, implica un aporte real, prueba la calidad de accionista, y refleja los derechos del asociado en la sociedad (artículo 379 Código de Comercio). Conformemente, accionista en la sociedad anónima, es el aportante de capital, titular de la acción, esto es, quien ha efectuado un aporte o ha adquirido esta última.”

2. Adquisición de la calidad de accionista

“En particular, la calidad de accionista presupone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad anónima, o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley, es decir, su incorporación al patrimonio de un sujeto, sea al instante de la constitución del ente societario, ora durante su existencia y desenvolvimiento.(...) Cuando no acontecen en el acto creativo de la sociedad anónima, es factible adquirir acciones y, por ende, la calidad de accionista, por suscripción de las emitidas para su colocación o por negociación con los actuales accionistas.”

3. Contrato de suscripción de acciones

“Tratase de un negocio jurídico bilateral al exigir la presencia mínima de dos partes, la sociedad oferente y el suscriptor; de prestaciones correlativas por generar prestaciones para ambas partes; de ejecución, desarrollo o aplicación del reglamento marco consagradorio de las reglas mínimas de forzoso cumplimiento; oneroso y de forma libre o consensual, por cuanto se forma con la aceptación de la oferta de suscripción de acciones formulada por la sociedad proponente al destinatario, oportunidad desde la cual, se celebra y existe, contrayéndose las recíprocas obligaciones, y adquiriéndose los derechos correlativos, en especial, la calidad de accionista con todos los derechos y obligaciones inherentes.

Justamente, satisfechas las exigencias normativas y estatutarias, en particular, obtenido el permiso para la colocación, la suscripción de acciones, “*no estará sometida a formalidades especiales y podrá acreditarse por cualquier medio de prueba*” (artículo 394, Código de Comercio).

Por consiguiente, no es la expedición de los títulos o certificados provisionales, ni su inscripción en el libro respectivo (artículos 399, inc. 3º, y 195 del Código de Comercio), sino el acuerdo entre el suscriptor y la sociedad oferente, producido a partir de la aceptación oportuna, pura, simple y conforme al reglamento de colocación y suscripción, lo que determina la adquisición de la calidad de accionista, tanto cuanto más que por este contrato, como quedó dicho, aquél se obliga a pagar un aporte y someterse a los estatutos, y la última a reconocerle la condición de accionista y a entregarle el título correspondiente.”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

4. Libre negociabilidad de las acciones en las sociedades anónimas

“En línea de principio, las acciones en las sociedades anónimas, son libremente negociables, transmisibles y su negociación transmite la calidad de socio, sin necesidad del consenso de los restantes asociados, según corresponde a la preponderante relevancia de su conformación con un capital o fondo común de aportaciones (*intuitu pecuniae*), resultando de ordinario, indiferentes las calidades personales (*intuitu personae*) de sus asociados. La libre negociabilidad en las sociedades anónimas, atañe al *statu socii*, entre cuyos derechos se encuentra “[e]l de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos” (artículo 379, C. de Co) o el legislador así lo disponga (artículo 403 del Código de Comercio).”

5. Derecho de preferencia

“Cumple anotar que el derecho de preferencia en la negociación de acciones no es elemento esencial del contrato, exige consagración legal o estipulación estatutaria expresa y limita la libre negociabilidad de las acciones consagrado el derecho de la sociedad, el accionista o una y otro, para adquirirlas preferentemente frente a extraños en proporción a su participación de capital en la oportunidad correspondiente.”

6. Requisitos para la producción de efectos en la enajenación de acciones

“En todo caso, con arreglo al artículo 406 del Código de Comercio, “[l]a enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes”, pero para producir efectos respecto de la sociedad y de terceros, deberá inscribirse en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante en forma de endoso sobre el título respectivo o por otro medio, exigiendo la nueva inscripción y la expedición del título al adquirente, cancelar los títulos precedentes.”

7. Existencia de otros medios probatorios para demostrar la calidad de accionista

“El título, por ende, acredita la calidad de accionista, mas no es el único medio probatorio, sin que por regla general, el ordenamiento disponga formalidad probatoria (...), ni restrinja el medio de prueba, admitiendo todo elemento probativo eficaz, desde luego, en atención a las exigencias singulares de los negocios jurídicos y el modo adquisitivo específico.”

Datos de identificación

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

Referencia y fecha: Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Bogotá, D.C., 2 de julio de 2010.

Magistrado o Consejero Ponente: Dr. William Namén Vargas.

Decisión: Casa parcialmente la sentencia del 16 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.



Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Contractual: Cesantía comercial en el contrato de agencia comercia.

Problemas Jurídicos

1. ¿La “cesantía comercial” a la que se refiere el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, es exigible a la terminación del contrato de agencia comercial, sin que sea necesaria la existencia de una causa injusta para que ocurriera dicha terminación?

Síntesis del documento

La “cesantía comercial”, es una obligación connatural al contrato de agencia comercial, por consiguiente, no es necesaria la existencia de una causa injusta o una terminación injustificada del contrato para que aquella sea cause. Sin tener en cuenta las condiciones bajo las que ocurre dicha terminación, el agente obtiene el derecho a exigir tal remuneración.

Pronunciamientos relevantes

1. **La obligación a cargo del empresario de pagar una “cesantía comercial” al agente, tiene como fuente el contrato de agencia comercial y no el hecho ilícito de terminar el contrato por una causa no justa.**

“La prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, denominada en el lenguaje corriente, ‘cesantía comercial’, prestación ‘por clientela’, ‘retributiva’, ‘suplementaria’, ‘extraordinaria’ o ‘diferida’, ostenta rango contractual, dimana del contrato de agencia comercial, es exigible a su terminación por cualquier causa, sea por consenso, ya por decisión unilateral, justificada o injustificada de una o ambas partes, con prescindencia del hecho que la determina, al margen del incumplimiento, y aún sin éste”.

“La fuente del derecho del agente y deber obligatorio correlativo del empresario, es el contrato de agencia comercial, a cuya “terminación el agente tendrá derecho” a su pago (artículo 1324 [inciso 1°], Código de Comercio), sin calificación ninguna de la causa, motivo o circunstancia de extinción del vínculo, ni condicionamiento adicional alguno”.

“La prestación (del contrato de agencia comercial), por tanto tiene por objeto el pago de una suma dineraria, *ab initio* indeterminada al tiempo de celebración del contrato y determinable durante su ejecución o por tarde a su terminación, sobre bases por completo objetivas, equivale a la doceava parte del promedio de la comisión, utilidad o regalía recibida en los tres últimos años de duración o al promedio de todo lo recogido, cuando su vigencia es menor, y es exigible en la fecha de extinción de la agencia comercial por cualquier causa”.

(...) el derecho a la prestación instituido en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, es la de un derecho subjetivo de crédito, *stricto sensu* patrimonial, de contenido singular, particular y concreto, originado en la celebración y terminación del contrato de agencia comercial, independientemente de la causa de su extinción, sea de consuno, ya por vencimiento del término



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

pactado para su duración, ora por revocación justificada o injustificada, bien por incumplimiento de una o ambas partes o por cualquier otro motivo legal”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2005. Expediente 7504. Magistrado ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Datos de identificación

Entidad Emisora: Ministerio de Industria y Comercio.

Tipo de Normativa: Decreto.

Referencia y Fecha: No. 2896 del 5 de agosto de 2010.

Tema: Reglamentación del artículo 14 de la ley 1340 de 2009.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de la Competencia: Condiciones y trámites para los beneficios por colaboración a infractores de las normas de competencia.

Síntesis del documento

1. Objeto del decreto.

Regular las condiciones y procedimientos para otorgar los beneficios por colaboración a quien aporte información sobre acuerdos restrictivos de la competencia, de acuerdo a lo señalado en el artículo 14 de la ley 1340 de 2009.

2. Aplicación de la norma.

La norma se aplica tanto a la Superintendencia de Industria y Comercio para conceder beneficios a quien aporte información de acuerdos restrictivos a la competencia, como a cualquier autoridad de vigilancia y control que ejerza esa función de acuerdo con el artículo 33 de la ley 1340 de 2009.

3. Condiciones generales requeridas para obtener beneficios por colaboración.

Para que una persona, ya sea jurídica o natural, pueda ser acreedor a los beneficios de la norma, se requiere que no haya sido el instigador del acuerdo restrictivo a la libre competencia del que hace parte y que denuncia, en los términos señalados por el decreto. Del mismo modo, es necesario que colabore durante el proceso de investigación aportando información y elementos probatorios útiles sobre tal acuerdo y, finalmente, debe poner fin a su participación en el acuerdo. Cuando un solicitante de los beneficios afirme que otro actuó como instigador, debe probar tales hechos.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

4. Condiciones para tener derecho a la exoneración total de multa.

Además de cumplir con los requisitos para poder tener derecho a los beneficios, quien pretenda una exoneración total de multa debe ser el primero en el tiempo en reconocer su participación en el acuerdo restrictivo de la competencia que denuncia, aportar información en aspectos como los objetivos, participantes, duración del acuerdo, área geográfica afectada, productos y actividades; y aportar las pruebas que se encuentran en su poder, en el plazo señalado por la Superintendencia.

Para determinar el orden cronológico, en el momento de la solicitud de beneficios se levanta un acta y se otorga un plazo para entregar las pruebas. En caso de no aportarse oportunamente las pruebas por el solicitante, la prelación de suscripción de convenio por colaboración pasará al siguiente interesado en orden cronológico. Esto mismo sucederá si tales pruebas no cumplen con los requisitos exigidos o si el peticionario de los beneficios no suscribe el convenio con la Superintendencia de Industria y Comercio en el lapso señalado para tal fin por dicha entidad.

El pronunciamiento definitivo sobre la exoneración de la multa, se da en el momento en que se adopta una decisión sobre la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia.

Si el solicitante de la exoneración es una persona natural actuando en nombre propio, pero que obró como administrador o empleado de una persona jurídica participe en el acuerdo restrictivo de la competencia, la exoneración de multa a esa persona no exonera a la persona jurídica.

5. Condiciones para conseguir la reducción de multa.

La reducción de la multa se puede presentar cuando un solicitante de exoneración de multa no cumple con todos los requisitos o cuando la reducción se solicita directamente.

Para obtener la reducción de multa, se requiere, además de cumplir con los requisitos generales para obtener los beneficios por colaboración, reconocer la participación en el acuerdo restrictivo de la competencia y aportar pruebas de valor significativo respecto a las que ya obran en el expediente.

La decisión sobre la reducción de la multa se produce al momento de definir la existencia del acuerdo restrictivo de la libre competencia y el margen de reducción de la multa se da de acuerdo al orden de prelación dado por la fecha del acta de solicitud, no siendo superior al 70% ni menor al 30% de la multa.

6. Aplicación de los beneficios de reducción y exoneración de multa para investigaciones en curso.

El decreto es aplicable a las investigaciones en curso, en la parte relativa a la reducción y exoneración de multa.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Datos de identificación

Entidad Emisora: Ministerio de Industria y Comercio
Tipo de Normativa: Decreto
Referencia y Fecha: No. 2897 del 5 de agosto de 2010.
Tema: Reglamentación del artículo 7 de la ley 1340 de 2009.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho de la Competencia: Proyectos de actos regulatorios con incidencia en la libre competencia- Evaluación por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Síntesis del documento

1. Autoridades que deben informar sobre proyectos de actos regulatorios con incidencia en la libre competencia.

Deben informar a la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre estos actos. Los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales y establecimientos públicos de orden nacional, con excepción de los organismos señalados en el artículo 40 de la ley 489 de 1998.

2. Casos en que se entiende que un proyecto de acto regulatorio incide en la libre competencia.

Si el acto tiene o puede tener por objeto limitar el número de competidores en un mercado. También cuando el acto imponga o modifique obligaciones o condiciones previamente exigibles, de tal forma que limite la capacidad de las empresas de competir o limite la libre elección de los consumidores o la información que éstos reciben en uno o varios mercados relevantes.

3. Excepciones al deber de informar

No es necesario informar sobre el proyecto de acto administrativo cuando: (a) surge por hechos imprevisibles y busca mantener la estabilidad económica o mantener la prestación de un servicio público esencial; (b) si el acto busca aclarar o corregir condiciones o errores previamente impuestos o ampliar plazos; (c) si es un actor particular y concreto que resuelve conflictos entre empresas; (d) si se requiere expedir el acto para cumplir una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata; y (d) si el acto establece un área de servicio exclusivo de acuerdo con los artículos 40 y 174 de la ley 142 de 1992.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

4. Deber de evaluación del proyecto de acto por la autoridad administrativa.

La autoridad administrativa que pretenda expedir un acto administrativo con fines regulatorios debe examinar la incidencia del mismo en la libre competencia de acuerdo a un cuestionario que diseñará la Superintendencia de Industria y Comercio. Tal examen debe realizarse antes de someter el proyecto de acto administrativo a la Superintendencia. Para responder adecuadamente el cuestionario se pueden solicitar los estudios pertinentes.

5. Casos en que se debe informar a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Si al responder el cuestionario, alguna de las preguntas centrales resulta afirmativa, la autoridad puede modificar el acto tratando de mitigar las restricciones a la libre competencia sin dejar de buscar lograr los fines regulatorios del acto. Sin embargo, si aún después de modificar el acto, a juicio de la autoridad que pretende expedirlo, éste sigue produciendo los efectos señalados en una o más preguntas centrales del cuestionario, entonces tal autoridad debe informar a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cuando la autoridad reguladora considere que el proyecto de acto tiene efectos sobre la libre competencia que no se pueden evaluar de acuerdo a los parámetros del decreto o del cuestionario de la Superintendencia de Industria y Comercio, debe informar a ésta entidad sobre la naturaleza y alcance del proyecto con el fin de que la misma emita un concepto previo para evaluar la incidencia del proyecto de acto en la libre competencia.

6. Concepto de la Superintendencia y publicidad del mismo.

La Superintendencia puede emitir concepto: (a) señalando que el proyecto de acto no tiene incidencia en la libre competencia, o si se abstiene de hacerlo, se entenderá que no hay observaciones sobre el mismo o (b) señalando que el proyecto de acto tiene incidencia negativa sobre la libre competencia. En este último caso la autoridad de regulación puede apartarse del concepto de la Superintendencia, pero debe expresar los motivos de forma expresa en las consideraciones del acto.

Los conceptos emitidos se publicarán, salvo los casos en que, por ley, se deban mantener bajo reserva total o parcial.

7. Constancia en el acto sobre la consulta realizada a la Superintendencia.

Todo acto administrativo con fines regulatorios que tenga incidencia sobre la libre competencia debe tener constancia sobre la consulta o no a la Superintendencia de Industria y Comercio y si ésta rindió concepto o no.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia Financiera

Referencia y fecha: Concepto 2010033759-003 del 24 de junio de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0 Derecho Financiero: Mercado de Valores; Mercado Forex; Transacción de divisas.

Problemas Jurídicos

1. ¿Qué es el Mercado Forex?
2. ¿Son viables las inversiones en el mercado Forex?
3. ¿Se puede promover el Mercado Forex en territorio colombiano?
4. ¿En qué circunstancias no es obligatoria la promoción el Mercado Forex a través de oficinas de representación, sociedades comisionistas de bolsa o corporaciones financieras?
5. ¿Existen riesgos en la inversión en el Mercado Forex? ¿Quién los asume?

Síntesis del documento

Mercado Forex puede entenderse como un mercado electrónico de divisas a nivel mundial. La inversión en el Mercado Forex se debe realizar con recursos propios. En Colombia puede promoverse el Mercado Forex a través de oficinas de representación, sociedades comisionistas de bolsa o corporaciones financieras. Cuando la iniciativa para requerir el producto o la prestación del servicio del mercado de valores del exterior proviene del cliente local, no es necesaria la mediación de un acto de promoción o publicidad en el territorio nacional. Dado que no todos los participantes del Mercado Forex se encuentran bajo vigilancia o control en el exterior, el inversionista es quien debe conocer y asumir los riesgos de su inversión.

Pronunciamientos relevantes

1. Concepto de Mercado Forex

En primer lugar, respecto del concepto del mercado FOREX, la Junta Directiva del Banco de la República a través de su oficio JDS -10679 del 3 de junio de 2008 señaló lo siguiente:

“1. Mercado FOREX: En primer término es necesario precisar que en Colombia no existe una definición legal del mercado FOREX. No obstante, teniendo en cuenta las características del mismo, éste puede entenderse como un mercado electrónico de divisas, donde se compra y vende divisas spot o a futuro (V.Gr. contratos de futuros sobre divisas). Las transacciones se



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

llevan a cabo utilizando plataformas electrónicas de negociación y las monedas usuales son el dólar de los Estados Unidos, Euro, Yen y Libra Esterlina.”

2. Inversiones en el Mercado Forex

“Sobre el particular debemos señalar que las normas antes citadas ponen de presente que las inversiones en el Mercado Forex son viables en la legislación colombiana, siempre y cuando dichas inversiones se realicen con recursos propios y no de terceros”

3. Promoción del Mercado Forex en Colombia

“El ofrecimiento a residentes en el país, distinto de los intermediarios del mercado cambiario, de servicios de negociación o de registro de operaciones sobre divisas a través de plataformas y en particular el ofrecimiento del servicio de intercambio de monedas extranjeras (FOREX), está sujeto a las condiciones de que trata el Decreto 2558 de 2007. Los productos o servicios ofrecidos a través de estas plataformas, sólo pueden ser promovidos o publicitados en el territorio colombiano a través de oficinas de representación, sociedades comisionistas de bolsa o corporaciones financieras, en los términos y condiciones que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.”

4. Excepción a la obligatoriedad de promoción y publicidad del Mercado Forex

“No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que el artículo 3 del Decreto 2558 de 2007, establece excepciones a la regla general planteada en precedencia, entre las cuales está, la que se presenta cuando la iniciativa para requerir el producto o la prestación del servicio del mercado de valores del exterior, proviene del cliente local.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 3 *ibídem*, consagra que no está obligada a tener oficina de representación ni a celebrar contratos de corresponsalia en Colombia: “...5. La institución del exterior a la que un residente en el país le haya requerido la prestación de servicios financieros, de reaseguro o del mercado de valores, y solo para efectos de los servicios requeridos, siempre y cuando la relación se haya iniciado por iniciativa o a petición del residente y sin que haya mediado, para el efecto, algún acto de promoción o de publicidad por parte de la institución del exterior en territorio colombiano o dirigida a sus residentes.”

Lo anterior, supone que la relación se presenta únicamente entre el cliente y la entidad del exterior. Se debe aclarar que lo expuesto en precedencia se debe entender bajo el supuesto de que la inversión se realice con recursos propios del inversionista.”

Riesgos del Mercado Forex

“Así mismo, esta Dirección advierte que el inversionista debe conocer los riesgos y asumir las consecuencias de las decisiones que decida adoptar, toda vez que la sociedad del exterior con la que contrata no está sujeta a ningún tipo de inspección, vigilancia o control por parte de esta Superintendencia. Al respecto, el concepto antes citado, ha señalado lo siguiente: “(...) las inversiones en el mercado FOREX entrañan riesgos importantes para los clientes considerando que no todos los agentes que ofrecen estos productos y las plataformas de negociación se encuentran autorizados o sujetos a supervisión en el exterior lo cual promueve o facilita la comisión de fraudes”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Datos de identificación

Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades

Referencia y fecha: Resolución No. 2010-01-145727 del 28 de junio de 2010. Publicada el 22 de Julio de 2010.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0 Derecho societario: Depósito de estados financieros

Problemas Jurídicos

1.0. ¿Las sociedades comerciales que hayan depositado sus estados financieros de propósito general ante la Superintendencia de Sociedades están obligadas a remitirlos nuevamente a la Cámara de Comercio de su domicilio social?

Síntesis del documento

Mediante esta resolución, se exonera del depósito de los estados financieros en la Cámara de Comercio a las sociedades que remitan tal información a la Superintendencia de Sociedades.

Pronunciamientos relevantes

Exoneración de depósito de estados financieros ante la Cámara de Comercio

“NO SERÁ EXIGIBLE la obligación de depositar los estados financieros de propósito general, junto con sus notas y el dictamen correspondiente, si lo hubiere, en la Cámara de Comercio del domicilio social, contenida en el artículo 41 de la Ley 222 de 1995, para las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales, inspeccionadas, vigiladas o controladas por la Superintendencia de Sociedades que hubieren remitido la información financiera en los términos, detalle y oportunidad exigidos en la circular externa que anualmente expide esta Entidad para tal efecto.”

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

NOTA INTERNACIONAL

Contratos y defensa del consumidor

En los llamados contratos modernos, hay mayor agresión, más desnivel entre el poder de negociación, de fuerzas, y flaquean las concepciones morales, enfrentándose el poderoso y el débil (que es el consumidor). Pensemos en seguros, tarjetas de crédito, medicina prepaga, ahorro previo. Diríamos que ni siquiera se puede hacer un análisis sobre supuestas igualdades, ni libertades reales, en esos campos.

El arsenal de soluciones normativas, en defensa del consumidor, se va a dividir en:

- a) las normas que protegen la salud y la seguridad,
- b) las que protegen el derecho a la información, y
- c) las normas que protegen los intereses económicos de los consumidores.

a. Protección de la salud y seguridad

En materia de derecho a la protección de la salud y la seguridad, afortunadamente, la ley de defensa del consumidor incorpora los deberes de los empresarios.

El deber de seguridad de los empresarios, tiene que ver con la obligación de poner en el mercado, los productos y servicios, en condiciones tales que no ocasionen daños al consumidor, en su persona o en sus bienes.

Derivada del principio de la buena fe, nuestra ciencia jurídica ha hecho descender una regla, que es la de la obligación tácita de garantía, que significa que en todo contrato (no únicamente en los de consumo), el deudor está obligado, no sólo a la prestación llamada «principal», sino a que esa prestación, no genere daños en la persona del consumidor o usuario (por ej., en el transporte, no solamente llevar al usuario al lugar de destino, sino que llegue sano y salvo).

En función de la obligación tácita de garantía, toda nuestra doctrina y jurisprudencia han justificado la atribución de responsabilidad contractual, por defectos de los productos. Vale decir, la responsabilidad contractual del fabricante-vendedor y la responsabilidad contractual incluso del vendedor-no fabricante, en los casos en que no pueda romper la cadena causal por medio del caso fortuito en sentido amplio.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

b. Derecho a la información

En cuanto al derecho a la información, tiene un enorme emplazamiento dentro de la teoría general del contrato y la práctica negocial.

Hay una enorme serie de normas de protección a los consumidores, vinculadas al contrato, en relación a ese derecho de ser informado:

- En primer lugar, la consagración del deber de información para los empresarios.
- Segundo, la prohibición de los engaños en las informaciones y publicidades, y
- Tercero, la vinculación misma entre la publicidad y el contrato: cómo el contenido de las publicidades pasa a tener fuerza vinculante dentro del contrato.

1. El deber de información.

Se impone a los empresarios, el deber de informar adecuadamente a los consumidores, sobre las características, modo de uso, etcétera, de los productos y servicios.

Se establece la obligación de incorporar informaciones precisas, sobre los peligros de los productos y servicios que pueden traer riesgos (por Ej., en materia e fármacos: contraindicaciones, dosis máximas, etcétera).

2. El segundo de los temas legislados en nuestro país, respecto al *derecho a la información*, es el referido a la prohibición de los engaños.

Cuando hablamos de información, la ley quiere atender a todas las hipótesis de identificación de mercadería, a través de folletos, envases, envoltorios, embalajes en general, mientras que la publicidad tiene que ver con la comunicación masiva.

En ambos casos, es prohibir el engaño, inexactitudes, etcétera, pero también la omisión u ocultamiento de la información.

A nivel de derecho de daños, el engaño de la publicidad, por estar prohibido, significa un acto ilícito y genera obligaciones contractuales y extracontractuales.

3. La tercera y última de las alternativas legales, que *vinculan la publicidad y el contrato*, tiene que ver con las novedosas instituciones modernas del derecho contractual.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Todas las ofertas que se efectúan por publicidades comerciales o anuncios en general, sí tienen valor: obligan al empresario y se consideran ofertas.

Las precisiones, hechas por avisos publicitarios, forman parte integrante del contenido del contrato, aun cuando no estén expresadas en el documento contractual.

Todo esto, en materia de lineamientos legislativos para materializar la protección de los derechos de consumidores y usuarios, a ser informados adecuadamente en los contratos.

c. Protección de los intereses económicos de los consumidores.

Finalmente, nos detendremos sobre todo el cúmulo de soluciones del moderno derecho contractual, que tiene que ver con los lineamientos legales, para fortalecer la protección de los intereses económicos de los consumidores.

Ya no transitamos por la salud y seguridad, ni por la información, sino por la protección del interés económico del consumidor, que es la base, en cuanto a habitualidad de situaciones: lo más cotidiano del derecho contractual moderno en las relaciones de consumo. Los capítulos, en este orden, pueden ser divididos en cuatro:

- El primero tiene que ver con las garantías de adecuación e idoneidad del producto, para la finalidad a la que estaba destinado.
- El segundo tiene que ver con prácticas abusivas de comercialización, con algunas agresiones propias de los sistemas de marketing comercial moderno.
- El tercero atañe a las «ofertas con premios», y
- El cuarto y último, es precisamente el de las cláusulas abusivas.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

1. Garantías

El tema de las garantías se ha tornado complejo en nuestro ordenamiento jurídico, porque tenemos mucha legislación sobre el particular; por los menos tres grandes cuerpos normativos: el primero es el Código Civil, que trata todo lo atinente a las garantías por vicios redhibitorios, el segundo es la ley de lealtad comercial, y finalmente, la ley de defensa del consumidor.

Sobre vicios redhibitorios no hace falta detenerse, porque es un capítulo especial del derecho contractual tradicional. Pero nos gustaría destacar, que la regulación sobre ellos, en materia de defensa del consumidor, es mucho más protectora para el contratante débil. Porque en la ley de defensa del consumidor hay dos presunciones: que el consumidor no conoce el defecto y el empresario sí.

La protección del consumidor es muy rigurosa en esta materia: el empresario no puede alegar que no conocía el defecto, y no se puede alegar contra el consumidor que el sí lo conocía.

El problema de las garantías es mucho más amplio, porque para la defensa del consumidor también cuentan las llamadas garantías contractuales expresas.

Hay un sistema de garantías legales obligatorias, y otro, de garantías voluntarias.

La obligatoriedad legal de las garantías es una solución importante, pues sin su vigencia, sólo los empresarios que lo decidieran voluntariamente, responderían por la idoneidad y adecuación de los productos para satisfacer la finalidad a que están destinados.



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

2. Prácticas abusivas de comercialización

El segundo de los temas, tiene que ver con las prácticas abusivas de comercialización, donde encontramos tres grandes grupos.

Piensen en el marketing, piensen en las ofertas no ortodoxas, la seducción al consumidor, que le quitan la libertad de decidir.

Esos tres grandes grupos son:

- el crédito al consumo,
- ofrecimiento de las adquisiciones por sistemas agresivos,
- las ofertas no ortodoxas.

- **Crédito al consumo:** En esta materia, lo que hace la ley de defensa del consumidor, es establecer las condiciones que aseguren al consumidor informarse adecuadamente: cuáles son los intereses, cómo se calculan, etcétera.

- **Ofertas con premios:** Es muy habitual que, se realicen ofertas con premios. La norma prohíbe, bajo ciertas condiciones, las ofertas con premios. Cuando estén condicionadas a la adquisición del producto, y para obtener el premio se debe someter al azar. Lo que se quiere, es que los productos y servicios se adquieran por sus cualidades intrínsecas y no, por ej., adquirir un paquete de arroz para poder viajar gratis a un campeonato mundial, etcétera. Esta es una distorsión del juego de la oferta y la demanda. Se prohíbe esa conducta porque altera la ley de la oferta y la demanda.

- **Ofertas no ortodoxas:** Finalmente, las ofertas no ortodoxas, reguladas en la ley de defensa del consumidor.

Ofertas a domicilio, por correspondencia, las telefónicas, incluso las televisivas, y los cargos automáticos (por. ej., para contratar un producto o servicio lo hago mediante pago por tarjeta de crédito, y luego, por ej., si rescindo el servicio, la tarjeta de crédito sigue debitando, etcétera). En materia de ofertas a domicilio, o por correspondencia, lo que se establece, es un llamado plazo de reflexión: la posibilidad de revocar el consentimiento, que está claudicante, por 5 días corridos. Frente a la estrategia comercial, que tiende a reducir la reflexión, el derecho tiende a elevar la posibilidad de reflexionar.

Es por eso que este derecho tiene que ser conocido por el consumidor, y para esto, en los contratos que se celebran fuera de los locales comerciales, ese derecho de arrepentimiento debe constar en el instrumento contractual.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

3. Cláusulas abusivas

El último de los temas, es el de las cláusulas abusivas, regulado en la ley de defensa al consumidor, con una gran riqueza doctrinaria y jurisprudencial previa a su sanción.

Es uno de los temas paradigmáticos del derecho al consumidor (junto con la publicidad engañosa y la responsabilidad por productos), quizás el de más rico desarrollo.

Lo que hace la ley, es anunciar cuáles son las cláusulas abusivas, algunas de pleno derecho, otras a través de cláusulas abiertas:

- Se prohíben las exonerativas de responsabilidad e inversión de la carga probatoria.
- Se da a los jueces pautas, para evaluar la equidad de todas aquellas que desnaturalicen las obligaciones, o las que importen restricción al derecho del consumidor, o ampliación a los derechos del empresario.

El efecto es la nulidad, en el marco de los contratos de consumo en general, no sólo los de adhesión.

Y en materia de contratos por adhesión, algunas reglas de interpretación que la jurisprudencia había anunciado unos años antes:

Primero, la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales, en caso de contradicción, y en segundo lugar, el principio de interpretación en favor del consumidor, cuando la indagación sobre el sentido o alcance de una cláusula sea de necesaria interpretación, por tratarse de una cláusula ambigua u oscura.

Hasta aquí, todo campea en el ámbito judicial.

Ahora bien, en el ámbito administrativo, nuestra ley, como muchas otras del derecho comparado (Israel, Francia, etcétera), ha querido que también se desenvuelva esta lucha contra la abusividad de las cláusulas contractuales. Vigilar que en los contratos por adhesión no existan cláusulas abusivas.

De manera que el control previo es importantísimo. Pero en la práctica, no se ejecuta, ni siquiera por aquellas autoridades de control que, como dice la ley de defensa al consumidor, se dedican a una actividad, y tienen expresamente esa función.



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

Algunas conclusiones

Insistimos sobre el control administrativo previo de cláusulas abusivas.

Creemos que si uno pudiera sugerir a un gobernante, a un secretario de Comercio, una o dos actividades primordiales a realizar, para que cambie el país en materia de consumo, diríamos: 1^a) implementar la educación para el consumo en la escuela primaria y secundaria, que exige la Constitución Nacional y la ley de defensa al consumidor, y 2^o) que vigilen efectivamente que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas.

Y va a quedar muy poco de conflicto.

Porque, entre, por un lado, conocer nuestros derechos (a través de la educación), y por otra parte, que no circulen cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, va a quedar muy poco para vigilar.

Va a quedar, casi, algún producto defectuoso, alguna publicidad engañosa, que no van a tener ya influencia.

Y para cerrar, quisiéramos volver a la idea de libertad de elección, del trato digno y equitativo.

Son otros aspectos de la protección contractual del consumidor, que en principio no tienen regulación normativa.

Se trata de cuestiones que nuestras leyes no pudieron incorporar. Faltan entonces soluciones concretas para evitar que el consumidor sea indignamente tratado.

Por ejemplo, en España, se prohíbe, en materia de servicios públicos, las esperas (lo que llamamos las «colas»). Si demuestro que el día que yo tenía que pagar una factura, había una espera irrazonable, estoy eximido y la empresa es sancionada. Esto tiende a proteger el trato digno al consumidor.

Otros contenidos ligados al derecho a la libertad de elección y al trato digno y equitativo son:

La satisfacción de las necesidades, variedad de productos y servicios, no a los monopolios, etcétera. No es solamente un problema económico: los monopolios, la ausencia de variedad de productos y servicios, conllevan la imposibilidad de acceso al consumo, por ej., de determinados servicios.

Porque el monopolio, p. ej., en materia de gas o ferrocarriles, significa que las redes no llegan hacia los sectores carenciados, porque extender las redes no es rentable para las empresas.

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1558 Agosto de 2010

La falacia se impuso como sistema de crear falsas dicotomías.

Algo ha pasado, a nivel de cachetazos a la inteligencia, de achicamiento del derecho, de la cultura, en estos últimos años.

Entonces, reiteramos las premisas finales:

- No a los monopolios.
- Competencia leal y efectiva
- Calidad de los productos y servicios.
- No discriminación

Estamos hablando de contratos, pero se trata de circunstancias que no dependen del derecho contractual privado. Dependen de las políticas de protección, correctoras de las distorsiones del mercado, que en el Estado fugitivo de hoy, están ausentes.