

2 2

Colección del
Instituto de Posgrados

ESTUDIOS CONTEMPORÁNEOS
DE DERECHO MERCANTIL
Editor Académico: Gember Angarita Palma

ESTUDIOS CONTEMPORÁNEOS DE DERECHO MERCANTIL

Editor académico
Gember Angarita Palma



UNIVERSIDAD LIBRE®

Facultad de Derecho
Instituto de posgrados
Especialización en Derecho Comercial

Estudios contemporáneos de derecho mercantil



UNIVERSIDAD LIBRE®

Estudios contemporáneos de derecho mercantil / Gember Angarita Palma, editor académico; José Manuel Gual Acosta, Wilson Iván Morgestein Sánchez, coordinadores; Iván Darío Taborda León ... [et al.]. -- Bogotá: Universidad Libre, 2018.

303 p.: il. ; 24 cm. -- (Colección del Instituto de Posgrados)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5466-75-3

Derecho comercial – Colombia 2. Contratos comerciales – Colombia I. Angarita Palma, Gember, ed. II. Gual Acosta, José Manuel, coord. III. Morgestein Sánchez, Wilson Iván, coord. IV. Taborda León, Iván Darío

346.86107

SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN impreso: 978-958-5466-75-3

ISBN digital: 978-958-5466-76-0

Estudios contemporáneos de derecho mercantil

© Editor Académico: Gember Angarita Palma

Coordinadores: José Manuel Gual Acosta y Wilson Iván Morgestein Sánchez

© Autores: José Manuel Gual Acosta, Iván Darío Taborda León, Marino Andrés Gutiérrez Valencia, Rafael E. Fierro Méndez, Wilson Iván Morgestein Sánchez, Laura Victoria Castellanos Hernández, Juan Carlos Sarmiento Espinel, Germán Alberto Cubillos Guzmán, Camilo Augusto Burbano Ochoa, Andrés Agudelo, Yina Marcela García Pino y Germán Alfredo Garzón Monzón

Bogotá, D. C. - Colombia

Primera edición: diciembre de 2018

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá, D. C.

Portada: <https://pixabay.com>

Diseño y Diagramación: Héctor Suárez Castro

Impreso por Panamericana, Formas e Impresos S. A.

Quien actúa solamente como impresor

Calle 65 n.º 95-28. Tel.: 430 03 55 - 430 21 10

Tiraje de 100 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Estudios contemporáneos de derecho mercantil

Editor académico	Gember Angarita Palma
Coordinadores:	José Manuel Gual Acosta Wilson Iván Morgestein Sánchez
Autores:	José Manuel Gual Acosta Iván Darío Taborda León Marino Andrés Gutiérrez Valencia Rafael E. Fierro Méndez Wilson Iván Morgestein Sánchez Laura Victoria Castellanos Hernández Juan Carlos Sarmiento Espinel Germán Alberto Cubillos Guzmán Camilo Augusto Burbano Ochoa Andrés Agudelo Yina Marcela García Pino Germán Alfredo Garzón Monzón

BOGOTÁ, D. C.

2018

Comité científico

Internacional

Aude Denizot: profesor Del Maine, Francia. **Fernando Ramos:** profesor Universidad de Valencia, España. **Mauro Paladini:** profesor Universidad de Brescia, Italia. **Alfredo Ferrante:** profesor Universidad Alberto Hurtado, Chile. **Diego Zentner:** profesor Universidad de Buenos Aires, Argentina. **Luciana Cabella:** profesor Universidad de Génova, Italia. **Cristina Amato:** profesor Universidad de Brescia, Italia. **Eugenio Llamas:** profesor Universidad de Salamanca, España. **José Diez:** decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile.

Nacional

Iván Darío Taborda León: Universidad Libre. **Walter Cadena:** decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. **Álvaro Ortiz:** jefe del Área de Derecho Privado de la Universidad Católica de Colombia. **Elizabeth Villarreal Correcha:** directora general de investigaciones de la Universidad Libre. **Lisandro Pena:** profesor emérito de la Universidad del Rosario. **Mónica Fernández:** profesora de la Universidad Libre. **Henry Becerra:** profesor de la Universidad Libre. **Giovanni Bernal:** director de la Maestría en Derecho Privado de la Universidad Santo Tomás. **Javier Tamayo:** tratadista. **Hernando Uribe:** decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura.

Directivas universitarias

Presidente nacional: Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente nacional: Jorge Gaviria Liévano
Rector nacional: Fernando Dejanón Rodríguez
Censor nacional: Ricardo Zopó Méndez
Secretario general: Floro Hermes Gómez Pineda
Presidente seccional: Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector seccional: Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano Facultad de Derecho: Fernando Arturo Salinas Suárez
Directora de Posgrados en Derecho: Nohora Elena Pardo Posada
Director del Centro de Investigaciones: John Fitzgerald Martínez

Contenido

Presentación	11
<i>Gember Angarita Palma y Didier Andrés Ávila Roncancio</i>	
Capítulo I. Cajillas de seguridad y cláusulas de irresponsabilidad	17
<i>José Manuel Gual Acosta*</i>	
1.1 Premisa	19
1.2 Partes y esencia del contrato de cajillas de seguridad	21
1.3 El servicio de la cajilla de seguridad	25
1.4 Costos del contrato	29
1.5 Régimen normativo	34
1.6 Naturaleza del contrato	36
1.7 Cláusulas de limitación de responsabilidad versus cláusulas de limitación del objeto	39
Referencias bibliográficas	47
Capítulo II. Ausencia de definición y regulación de la responsabilidad por servicio defectuoso en el Estatuto del Consumidor colombiano (Ley 1480 de 2011)	51
<i>Iván Darío Taborda León</i>	
Introducción	53
2.1 El concepto de servicio para el estatuto del consumidor	54
2.2 La adquisición de servicios	56
3.3 Prestación de servicios que suponen la entrega del bien	61
2.4 El servicio defectuoso	65
2.5 La ausencia de regulación de responsabilidad por daño por servicio defectuoso	71
Conclusiones	74
Referencias bibliográficas	75

Capítulo III. El abuso del derecho y el contrato de franquicia en Colombia	77
<i>Marino Andrés Gutiérrez Valencia</i>	
Introducción	79
3.1 El abuso del derecho	79
Antecedentes	79
3.2 El abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano	84
3.3 El abuso del derecho en el contrato de franquicia	89
3.4 Prácticas restrictivas de la competencia en el contrato de franquicia	89
3.5 Abuso de posición dominante en el contrato de franquicia	94
3.6 La competencia desleal en la franquicia	96
Conclusiones	100
Referencias bibliográficas	101
Capítulo IV. Contratos coligados o cadena de contratos en Colombia apuntes para un desarrollo legislativo	105
<i>Rafael E. Fierro Méndez</i>	
Introducción	107
4.1 El contrato en su sentido clásico o tradicional	108
4.2 El contrato y su relatividad	110
4.3 La evolución del contrato	111
4.4 Los contratos coligados	112
4.5 El problema a la luz de la doctrina	117
4.6 La cadena de contratos o contratos coligados en Colombia, España y la Unión Europea	119
Conclusiones	120
Referencias bibliográficas	121
Capítulo V. Armonización y modernización del régimen de constitución y de reformas estatutarias de las compañías mercantiles en Colombia. La SAS como punto de referencia	127
<i>Wilson Iván Morgestein Sánchez</i>	
Introducción	129
5.1 Discusión jurídica y resultados	131
5.1.1 Constitución por documento privado, objeto indeterminado y duración indefinida	131

5.2	Clases de acciones	139
5.3	Restricción a la negociación de acciones	140
5.4	Voto múltiple	141
5.5	Exclusión de asociados	142
5.6	Los acuerdos de accionistas	144
5.7	Reformas estatutarias por documento privado inscrito en el registro mercantil	146
5.8	De la fusión abreviada	147
5.9	Registro mercantil y escrituras públicas electrónicas	148
	Referencias bibliográficas	152

Capítulo VI. Restricción en la transferencia de acciones en la sociedad por acciones simplificada, ¿una medida favorable a los socios o una posibilidad de lesión a sus derechos fundamentales? 155

Laura Victoria Castellanos Hernández y Juan Carlos Sarmiento Espinel

	Introducción	157
	Estrategia metodológica	158
	La sociedad por acciones simplificada (SAS)	159
6.1	Antecedentes	159
6.2	Conceptualización y caracterización	161
6.3	La restricción en la enajenación de acciones dentro de la SAS	162
6.4	El derecho a la propiedad privada en la normativa nacional e internacional	163
6.5	El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental por conexidad	166
6.6	La sociedad por acciones simplificada y el régimen de negociación de acciones en el derecho comparado y la doctrina	170
6.7	Régimen legal en Estados Unidos	170
6.8	Régimen legal en Argentina	172
6.9	Régimen legal en España	174
6.10	Análisis normativo y jurisprudencial nacional e internacional del derecho a la propiedad privada y sus limitaciones dentro de la SAS	176

Conclusiones	179
Referencias bibliográficas	181
Capítulo VII. La transmisión del riesgo en la compraventa internacional	183
<i>Germán Alberto Cubillos Guzmán</i>	
Introducción	185
7.1 Pérdida o deterioro de las mercancías y transmisión del riesgo	190
7.2 Transmisión del riesgo en las compraventas que implican transporte de las mercancías	194
7.3 La transmisión del riesgo en la ejecución del transporte de las mercancías	197
7.4 Cuando el vendedor no está obligado a poner las mercancías en poder del porteador en un lugar determinado	197
7.5 Cuando el vendedor está obligado a poner las mercaderías en poder del porteador en un lugar determinado	200
7.6 Retención de documentos e identificación de las mercancías	200
7.7 Algunas disposiciones comunes a las partes	204
7.8 Incumplimiento previsible	204
7.8 Contrato de entregas sucesivas	210
Referencias bibliográficas	213
Capítulo VII. La aplicación de la carta de crédito <i>stand-by</i> a los contratos de prestación de servicios profesionales	217
<i>Camilo Augusto Burbano Ochoa</i>	
Introducción	219
El crédito documentario	220
8.1 Definición	220
8.1.1 Partes	222
8.1.2 Ventajas	222
8.1.3 Riesgos	223
8.1.4 Clases	223
8.2 La carta de crédito documentario <i>stand-by</i>	224
8.2.1 Definición	224
8.2.2 Partes	226

8.2.3	Características	227
8.2.4	Evolución histórica internacional	227
8.2.5	Evolución histórica del crédito contingente en el derecho Colombiano	228
8.3	Contrato de prestación de servicios	229
8.3.1	Definición	229
8.3.2	Partes	231
8.3.3	Características	231
8.3.4	Aplicación de la carta de crédito <i>stand-by</i> al contrato de prestación de servicios	231
	Conclusiones	232
	Referencias bibliográficas	233
 Capítulo IV. Derechos morales de autor: ¿son de carácter fundamental?		 235
	<i>Andrés Agudelo</i>	
	Introducción	237
9.1	De los derechos de autor	239
9.1.1	Definición	239
9.1.2	Antecedentes generales	241
9.1.3	Los derechos de autor en la Constitución Política de Colombia de 1991	242
9.1.4	Carácter fundamental de los derechos morales y derechos de autor	242
9.1.5	Marco legal nacional e internacional sobre derechos de autor	244
	Conclusiones	249
	Referencias bibliográficas	250
 Capítulo X. Comercialización y transferencia de tecnología como mecanismo de crecimiento económico en Colombia		 253
	<i>Yina Marcela García Pino</i>	
	Introducción	255
10.1	Tecnología e innovación en Colombia	256
10.2	La transferencia de tecnología	257
10.3	El contrato de transferencia de tecnología	260
10.4	Principales cláusulas dentro del contrato de licenciamiento	261

10.5 Etapas en el proceso de transferencia de tecnología	263
10.6 Colombia y la transferencia de tecnologías	264
10.6.1 Causas de la deficiencia	264
10.6.2 Propuesta	266
Conclusiones	267
Referencias	267
Capítulo XI. Principios hacia el comercio justo y responsable	269
<i>Germán Alfredo Garzón Monzón</i>	
Introducción	271
11.1 Principio de la libre concurrencia a los mercados	272
11.2 De los principios de última generación	278
11.3 Creación de oportunidades para productores en desventaja	285
11.4 Transparencia y responsabilidad-rendición de cuentas	287
11.5 Prácticas comerciales justas	290
11.6 Pago de un precio justo	292
11.7 No al trabajo infantil y al trabajo forzoso	293
11.8 Compromiso con la no discriminación, la igualdad de género y el empoderamiento económico de la mujer y la libertad de asociación	295
11.9 Garantizar buenas condiciones de trabajo	297
11.10 Desarrollo de capacidades	298
11.11 Promoción del comercio justo	299
11.12 Respeto por el medio ambiente	300
Conclusiones	301
Referencias bibliográficas	302

Presentación

*Gember Angarita Palma**

Universidad Libre

*Didier Andrés Ávila Roncancio***

Universidad Libre

Sin duda alguna, presentar un libro es un reto, más aún en un tema tan amplio y complejo como es el derecho comercial. No obstante, cuando se nos propuso acometer una tarea de tal magnitud, la aceptamos por esa inclinación que nos conduce a los seres humanos a buscar, investigar, indagar y, esencialmente, a conocer. Desde luego, en aquel momento no podíamos saber a profundidad lo interesante o no que podría resultar la obra que teníamos en las manos y, por tanto, lo que nos impresionaba era su título, la denominación de los capítulos que lo integraban y, principalmente, la trayectoria de sus autores que, de antemano, nos llevaban a presagiar la rigurosidad con la que se acercarían a los temas abordados.

Sin más y entendiendo que presentar es dar a conocer algo al público, comenzaremos reflexionando sobre la pertinencia de su título, intentando esclarecer

* Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana. Especialista en Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca. Abogado de la Universidad Libre. Actual Coordinador de la maestría en Derecho Privado y de los Negocios de la Universidad Libre de la Especialización en Derecho Comercial y de la Especialización en Derecho de Familia Correo: gember.angarita@unilibre.edu.co

** Candidato a magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana, estudiante de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Estudios en Bolsa de Valores. Abogado. Miembro del Grupo de Investigaciones Sociojurídicas reconocido por Colciencias en categoría A. Correo: avila_didier@javeriana.edu.co, iD <https://orcid.org/0000-0002-9230-7709>.

si este refleja su contenido o sólo es una manera de llamar la atención de los lectores.

“Estudios contemporáneos de derecho mercantil”, nombre con el cual los coordinadores y los autores decidieron designar la obra, sugiere primordialmente dos cuestiones: la primera se refiere a la categoría de “Estudios”, indicativa en que cada uno de los capítulos que lo integran es el resultado de un trabajo que implicó conocimiento, análisis y, en especial, la comprensión de uno o más problemas para ofrecer respecto a ellos posibles soluciones, ejercitando el entendimiento individual y, a su vez, moviendo la frontera del conocimiento de la ciencia jurídica.

La segunda categoría sugiere al lector que los objetos de investigación sobre los cuales se basa el libro se relacionan con temas propios de la actualidad y que, por lo tanto, indagar ellos es importante por cuanto ayuda a la construcción de soluciones a retos que enfrenta la sociedad.

Después de haber leído cada uno de los capítulos que componen el libro, podemos afirmar que su título hace justicia, con los objetivos que los doce autores se trazaron, resaltando que, a diferencia de muchos textos del derecho privado, en él se encuentran verdaderos frutos del intelecto y no simplemente un compendio de normativa comentada, por lo cual los lectores podremos observar con rapidez que, sin abandonar las fuentes del derecho, los once estudios presentados rebasan visiblemente la fase descriptiva, logrando situarse en un escenario superior, en el que a partir de preguntas, se sugieren posibles respuestas y, posteriormente, logra corroborarse la hipótesis planteada, es decir, se muestran como auténticos resultados de investigación.

Ahora, respecto a la actualidad de los estudios o mejor a su contemporaneidad, cada una de las preguntas planteadas que orientaron las investigaciones, se refieren a temáticas del derecho que están en boga y cuyo aporte a su discusión son de interés para la sociedad, como escenario en el que nacen y se tejen las relaciones entre las personas y que a su vez son reguladas por la normatividad, resultando así de importancia tanto para los estudiantes como para los investigadores, litigantes, jueces e incluso para el ciudadano no relacionado profesionalmente con la ciencia jurídica.

Para profundizar un poco en las características intrínsecas del libro, aceptando que presentar también implica hacer referencia a las cualidades de algo o alguien, quisiéramos manifestar por qué la lectura de las páginas que

integran el libro resultan de importancia para los grupos a los que se hizo referencia.

El derecho mercantil es un área dentro de la ciencia jurídica que, como consecuencia de la clasificación del derecho, en público y privado, parece ajena al diario vivir de las personas y de sus derechos, llegando al punto de que, un ciudadano no instruido en las Facultades de Derecho podría considerarse ajeno a sus disposiciones. Pese a ello, una de las principales cualidades del texto es la comprensión del derecho mercantil como una disciplina en la que el protagonista no es únicamente el empresario, como por lo general suele afirmarse, sino el consumidor, sin que con ello se desconozca que hoy se habla de la existencia del derecho del consumo o del consumidor.

Dicha comprensión del derecho mercantil comprende que el empresario o comerciante ejecuta todos sus actos, celebra contratos, se asocia y contrae obligaciones, con el objetivo de organizar, ejecutar su actividad comercial para atraer consumidores que pueden ser, personas naturales o jurídicas, comerciantes y no comerciantes, por lo cual esta disciplina jurídica no puede ser ajena a la regulación que frente al consumidor se expida.

Teniendo dicho faro como norte, uno de los capítulos que contiene la presente obra es el escrito por Iván Darío Taborda que con suma contundencia evidencia la necesidad de reglamentar la responsabilidad por servicio defectuoso. Una de las virtudes del mencionado capítulo es la de tomar las disposiciones que regulan el tema, analizarlas meticulosamente, revisar su aplicación y, finalmente, detectar la anomia que existe frente al servicio defectuoso en Colombia. Es de resaltar que, además de retomar las fuentes del ordenamiento nacional, el jurista revisa cómo la Ley ha organizado el objeto de investigación en otros sistemas jurídicos.

Además, el capítulo le será sumamente valioso al estudiante, pues ejemplifica el problema, con lo cual se atiende a una de las necesidades que el científico Rodolfo Llinás considera imprescindibles a la hora de enseñar, esto es, logra darles contexto a los conceptos que analiza¹, dejando así al abogado en formación en capacidad de recrear el problema y darle posibles soluciones, animando el espíritu propositivo y reflexivo al permitir contradecir o apartarse de la conclusión a la cual el autor arriba.

¹ Llinás, Rodolfo. "El cerebro y el mito del yo", El peregrino ediciones, 2017.

El capítulo escrito por José Manuel Gual se caracteriza principalmente por la novedad del tema al que se hace mención: el contrato de cajillas de seguridad, contrato que, si bien es de naturaleza típica, al haberse regulado de antaño a partir del artículo 1416 en el Código de Comercio colombiano, no ha sido estudiado ni debatido por la doctrina ni por los investigadores nacionales.

Incluso como lo afirma el mismo autor, la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia no ha tenido oportunidad de pronunciarse frente a los límites en la responsabilidad de los establecimientos que prestan dicho servicio, en caso tal, que el bien depositado en la cajilla sufra daños, problemática que tiene lugar si se parte de dos premisas: el establecimiento desconoce el bien depositado por el usuario y, por lo general, dentro de las cláusulas establecidas en el contrato se establece una suma máxima por la cual el banco responderá en caso de daños o pérdida.

Sin atender cada uno de los argumentos a los que se refiere el escrito, para lo cual el lector tendrá el tiempo de analizarlos, se resalta que, a diferencia de muchos investigadores, el autor no traslada las soluciones de otros sistemas jurídicos, sino que, por el contrario, halla debates en la doctrina extranjera, tales como la italiana y la francesa, y ubica una posible controversia de dicha naturaleza en nuestro país para prever una posible respuesta a la polémica. Así, el autor abandona la anidada costumbre de los científicos jurídicos en encontrar soluciones a los problemas, trasplantando instituciones jurídicas de sistemas foráneos para, en su lugar, encontrar respuestas en el sistema jurídico patrio.

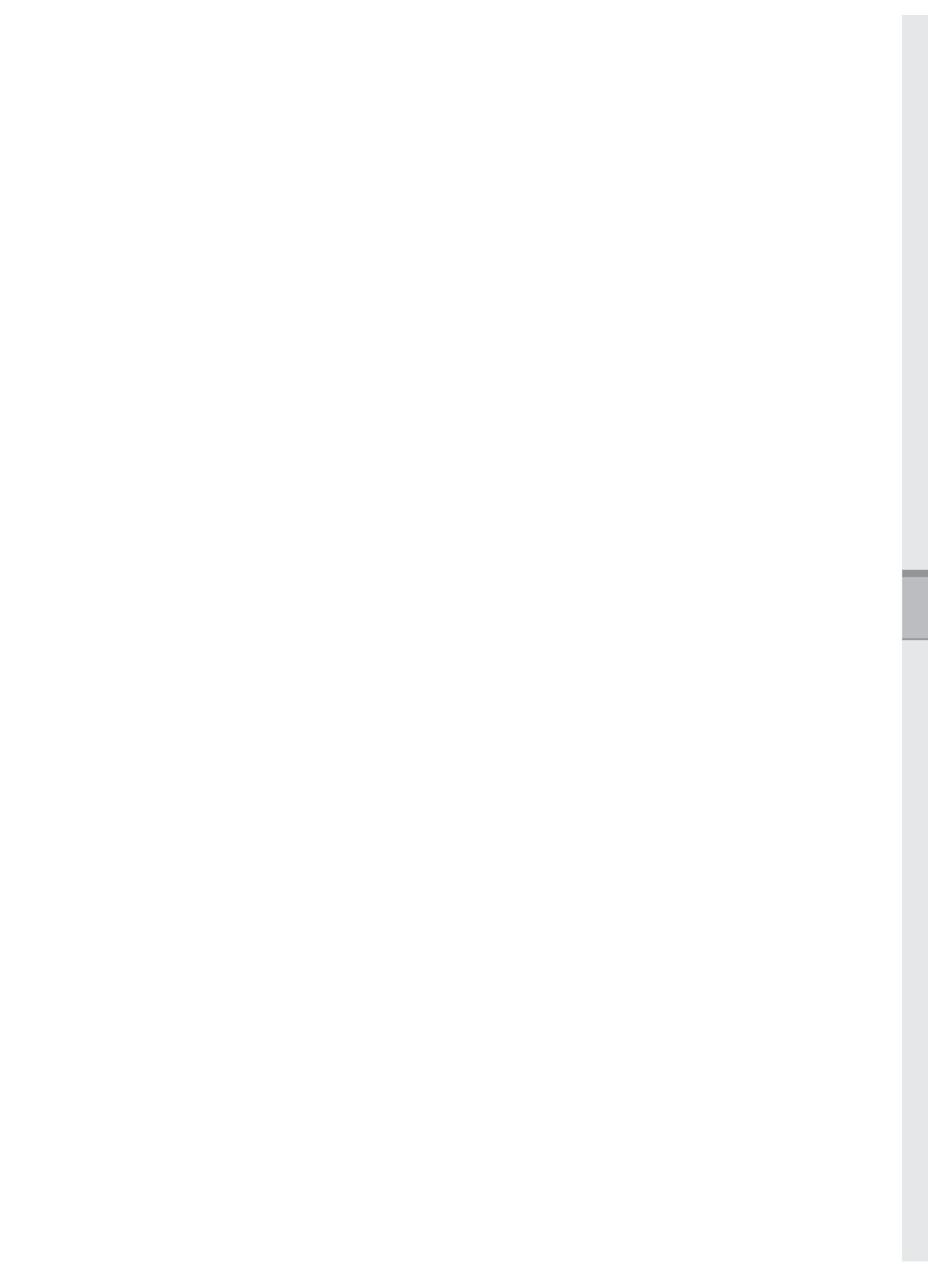
Una característica adicional que les da identidad a “Estudios contemporáneos del derecho mercantil” es la originalidad y a la comprensión del pensamiento sistémico del derecho, con lo cual se consigue estudiar el derecho comercial a partir de categorías como la de derechos fundamentales, que es de uso más frecuente en el derecho constitucional. Uno de los ejemplos de esta visión integradora desde la cual el texto asume al derecho es el escrito de Andrés Agudelo en el que se consulta por la posibilidad que los derechos morales de autor sean considerados como derechos fundamentales, para lo cual, además de acudir a tratados Internacionales suscritos y ratificados por Colombia, se observa como la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia se ha acercado a los derechos morales de autor, afirmando tajantemente que estos son de rango fundamental y que se encuentran estrechamente ligados al derecho de la libertad de expresión. A su vez, en este escrito, como en

toda la obra, se mantiene el pragmatismo del conocimiento, con lo cual se refleja la razón de la existencia de las instituciones jurídicas que son revisadas, permitiéndole al lector comprender la ubicación de cada uno de los conceptos en la estructura misma del derecho, apoyándose para tal cometido en otras ciencias, tales como la filosofía y la sociología.

Por otra parte, esta obra se encuentra caracterizada por su posición crítica frente a la Ley, que se ve fielmente desarrollada en el capítulo “Armonización y modernización del régimen de constitución y de reformas estatutarias de las compañías mercantiles en Colombia. Las SAS como punto de referencia”, escrito por Iván Morgestein, en el que se materializa la función que la academia debe mantener ante las instituciones públicas y especialmente en el proceso de construcción de la Ley que, en consideración propia, no es otra que la de una actitud propositiva, que comprenda la realidad social, cultural y económica del país, que logre ejercer veeduría en el quehacer de las autoridades públicas. De dichas características da cuenta el resultado de investigación al concluir que ninguna variación que pretenda incluir el legislativo en el régimen de constitución de sociedades, será valiosa para conservar las tipologías de sociedades comerciales existentes, si dichas propuestas no van acompañadas de una modificación en su régimen de responsabilidad, pues es claro que, las reglas de las Sociedades por Acciones Simplificadas resultan mucho más benéficas para el empresario que busca emprender una actividad comercial y que dispone parte de su patrimonio para ello, esperando que el resto de sus activos no se vean afectados por cuenta de su actividad comercial.

En fin, el trabajo que tenemos en nuestras manos es muestra clara que en una sociedad que pretenda el bienestar de sus individuos, los investigadores y la investigación cumplen una función esencial, ello es lograr que el conocimiento construido atienda las necesidades de las sociedades y que, a través de él, los individuos consigan el desarrollo cabal de los valores supremos de dignidad y libertad.

Por último, queremos expresar un profundo agradecimiento y reconocimiento a las directivas de la Universidad Libre, seccional Bogotá, especialmente, a nuestro rector seccional, el doctor Jesús Hernando Álvarez Mora; al decano de nuestra Facultad de Derecho; doctor Fernando Salinas; a nuestra directora del Instituto de Postgrados, la Doctora Nohora Elena Pardo y a cada uno de los Coordinadores de los diferentes programas de posgrados; a todos ellos gracias por su constante apoyo durante todo el proceso para la publicación de la presente obra.



Cajillas de seguridad y cláusulas de irresponsabilidad*

*José Manuel Gual Acosta***

* El presente escrito forma parte del desarrollo del proyecto de investigación de la Universidad Libre “Problemáticas contemporáneas del derecho de la responsabilidad civil”, dentro del grupo de derecho privado y del proceso. Igualmente, pertenece a las memorias de las Jornadas internacionales de derecho privado, celebradas en la Universidad Militar Nueva Granada en la sede de Cajicá, el 20 de octubre de 2016.

** Doctor en derecho civil, becado por la Scuola di Studi e Perfezionamento Sant’Anna di Pisa, exmagistrado auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá, docente investigador de la Universidad Libre de Bogotá, profesor visitante de las universidades de Brescia y Pisa en Italia, Cergy Pontoise en Francia y de la Universidad de Lima en Perú.

1.1 Premisa

El contrato de cajillas de seguridad se suele presentar en hoteles y en bancos; pero, en el caso de los hoteles, forma parte de los servicios de la habitación solamente si el huésped así lo desea. En este estudio se aborda el tema de la cajilla de seguridad bancaria, que obedece a una lógica diferente, por su condición de contrato financiero.

El origen y uso de cajillas de seguridad se remonta a algunas figuras romanas (*horrea*) mediante las que algunos prestaban este servicio de manera gratuita (*horrea publica*), por designación del emperador, y otros lo prestaban de forma privada para protección de mercancías, joyas o dinero (*horrea caesaris*)¹.

Sin embargo, el momento en el que más se dio a conocer esta figura fue durante la Edad Media, cuando, a principios del siglo XII, los caballeros templarios custodiaban ciertos bienes que les depositaban en secreto en cajas fuertes. Los templarios conservaban una llave y la otra se la daban al propietario de los bienes. Esta forma de contratar parece asimilarse al contrato de cajillas de seguridad como se concibe hoy en la modernidad.

Ya en el siglo XVII organizaciones no bancarias ofrecían el servicio en edificios dotados de espacios blindados. Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XIX, los bancos que poseían instalaciones más adecuadas y costosas para tal fin prestaban ese servicio. De esta manera, en 1861, con la creación de la *Safe Deposit Company of New York*, se funda la primera compañía especializada en alquiler de cajillas de seguridad. Desde entonces los bancos pondrían a disposición de los clientes cajas fuertes alquiladas exclusivamente, a cambio de una remuneración. Después de ello, esta práctica se extendió a Londres entre 1871 y 1875, y de ahí a la Europa conti-

¹ RIFFARD, J-F. Le contrat de coffre-fort. En: JurisClasseur, Banque - Crédit - Bourse, Fascicule 920, París, 2015.

mental². Cabe señalar que, en la actualidad, algunos países tienden a prestar el servicio más que por los bancos por empresas privadas, como es el caso de Francia, donde, pese a no haber mayor reglamentación, juega un papel importante la jurisprudencia³.

Hoy en día esas cajillas se pueden encontrar en las oficinas principales de los bancos, ubicadas en el subsuelo y recubiertas de paredes de hormigón armado, con puertas blindadas equipadas con mecanismos de apertura y cierre electrónico con sistema de llenado hídrico. También cuentan con un sistema de control audiovisual y con personal de seguridad. En otros casos, pueden hallarse dentro de grandes cajas fuertes localizadas en sitios con vigilancia visual electrónica y de personal de seguridad. Los clientes de *Secure Deposits*, por ejemplo, tienen que utilizar una tarjeta de identificación en un lector, tomarse una foto (que luego un guardia de seguridad verificará), escanear su huella digital y pasar a través de una esclusa de aire para entrar en una sala blindada y a prueba de explosiones, antes de abrir la caja. En otras ocasiones, las cajas se ubican en los llamados *tesoros modulares*⁴, dentro o fuera de las cámaras blindadas como una coraza en acero.

Es un contrato que busca regular intereses económicos, pero cuya naturaleza jurídica es bastante debatida⁵ entre el depósito y el arriendo con obligaciones de custodia y vigilancia, en la cual el banco pone a disposición de un usuario una cajilla a la que no puede acceder, sin el concurso del banco; en suma, se trata de un contrato complejo de prestación de servicios⁶.

Este tipo de contrato no es muy conocido, a pesar de que son las propias entidades bancarias las que lo ofrecen, como en el caso de los bancos Popular⁷, Agrario (para custodiar bienes decomisados cuando el titular es la DIAN o la Fiscalía General), Bankinter, BBVA o el Sabadell, entre otros y, recientemente, esta modalidad también la brindan entidades no bancarias como

² QUAGLIA, Marcelo y VERDURA, Sergio. Contratos bancarios: locación de cajas de seguridad. Disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasa050090-quaglia-contratos_bancarios_locacion_cajas.htm

³ RIFFARD, J-F. Op. cit.

⁴ <http://www.adecua.org.ar/bancos.php?ver=cajaseg>

⁵ CERRAI, A. Casette di sicurezza. En: Digesto comm., vol. III, Torino: Utet, 1988.

⁶ RIFFARD, J-F. Op. cit; MALAURIE, P. y AYNÈS, L. Droit des contrats spéciaux. Paris: LGDJ, 2011.

⁷ <http://www.bancopopular.es/personas/mas-informacion/tarifas-y-precios>

el grupo IVAM, que incluso llega a competir con los tres últimos bancos mencionados, ubicados en España⁸, pues en este país existen más de 15.000 usuarios de las cajillas. Asimismo, el servicio es ofrecido en realidades más cercanas por bancos como el Scotiabank, tanto en Panamá⁹ como en República Dominicana¹⁰, así como por el Metrobank¹¹ y el Banesco¹², en Panamá, o el Banrural¹³ y el BAM¹⁴, en Guatemala, por citar solamente algunos ejemplos.

Ante las debacles financieras que a veces se presentan, el uso de las cajillas de seguridad se suele incrementar a causa de la desconfianza que se genera sobre los depósitos y demás productos bancarios, tal como sucedió en España durante el 2008, cuando su uso se aumentó en un 60%.

El usuario, que generalmente es un cliente con cuenta en el banco y un saldo mínimo, paga por el servicio de la cajilla un costo de apertura que representa un único gasto fijo y que, algunas veces, al operar solo a título de fianza, se le devuelve al cliente cuando se termina el contrato. Además del pago de una mensualidad, la entidad genera un cobro cada vez que se desee abrir la caja, e igualmente exige una suma por la adquisición de un seguro.

Vale la pena resaltar que, para los bancos, se trata de un contrato de alquiler de una cajilla cuyo propósito es dejar dentro de ella un bien en depósito, lo cual parecería contradictorio, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato.

1.2 Partes y esencia del contrato de cajillas de seguridad

Se trata de un servicio prestado por sujetos cualificados que, por lo general, ofrecen las entidades bancarias públicas o privadas, como sucede en Colombia

⁸ http://www.elconfidencial.com/espana/2013-04-08/las-cajas-de-seguridad-un-servicio-financiero-carro-pero-seguro-y-confidencial_205780/

⁹ <http://www.scotiabank.com/pa/es/0,,3817,00.html>

¹⁰ <http://www.scotiabank.com/do/es/0,,6974,00.html>

¹¹ <https://www.metrobanksa.com/metrobank/es/cajillas-de-seguridadtanto>

¹² <https://banesco.com.pa/banca-corporativa/otros-servicios/caj-seg/>

¹³ <http://www.banrural.com.gt/banruralc/Productos-y-Servicios/Banca-para-Empresas/Otros-Servicios/Cajillas-de-Seguridad>

¹⁴ <http://www.bam.com.gt/index.php/servicios/cajillas-de-seguridad-empresas>

con el antiguo Banco del Comercio¹⁵, el Banco Popular o Bancolombia, e incluso en el Banco Agrario, que además contaba con ese servicio en la década del 2000 con el fin de custodiar bienes para la DIAN. Sin embargo, hasta se podría pensar en que algún día se autorizara a que también se hiciera por extrabancarias, como sucede en Italia desde el Decreto Ley 58 de 1998, y aun en España.

En cuanto a las cajillas de seguridad bancarias, cuando se trata de bancos transnacionales, estas se suelen prestar no solamente a nivel nacional, sino internacional, tal como se mencionó en el caso de bancos como el Scotiabank, o incluso el BBVA, que prestan dicho servicio en varios países.

El contrato de cajillas de seguridad funciona como una solución a la necesidad de los usuarios de depositar dentro de las cajillas que les han sido arrendadas bienes que dichos usuarios o titulares consideran de cierto valor, de manera que se les garantice confidencialidad sobre el contenido, al no requerir una declaración de lo que en ellas se ha guardado, además del hecho de que nadie vigila qué se ha depositado. No obstante, los bancos prohíben, en las condiciones generales dispuestas previamente por ellos en el contrato de adhesión, que se guarden bienes ilícitos, perecederos o del tipo que generen peligro para las instalaciones, como lo serían armas o explosivos.

Los usuarios las suelen alquilar para documentos, papeles, bonos, hipotecas, valores, alhajas, certificados de inversión, Certificados de Depósito a Término (CDT), aunque, generalmente, lo habitual es que los usuarios guarden en ellas joyas, valores o documentos. Ahora bien, pese a que las condiciones generales fijadas por el banco suelen establecer que el usuario no deberá poner en las cajillas dinero en efectivo, se tiene también la costumbre de usarlas para este propósito. Además, se han encontrado dentro de ellas armas, lingotes de oro, pinturas famosas o antiguas, sustancias psicoactivas, fotos de abuso a menores y pasaportes falsos, lo que, en efecto, podría conllevar una responsabilidad penal de los directores de las entidades¹⁶.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2000, expediente 5774.

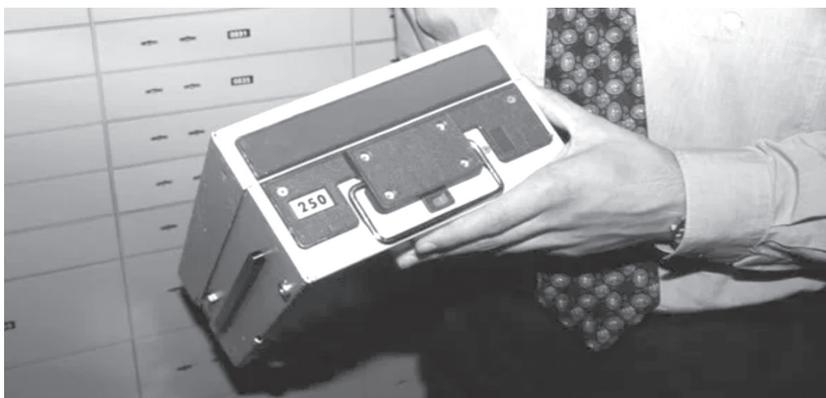
¹⁶ <http://www.dinero.com/internacional/articulo/el-mundo-detras-cajas-seguridad/207565>

El contenido de la cajilla es tan confidencial que normalmente solo lo conoce el usuario; por ello, usualmente el banco establece unos máximos de valor por los objetos depositados, a efectos del seguro que reposa sobre la cajilla. Sin embargo, si el cliente desea dejar bienes de valor superior, deberá revelar su contenido para que se otorgue un seguro mayor o el usuario adquiera uno externo. Si se llegara a presentar un robo, lo cual podría ocurrir por tratarse de un contrato confidencial, el banco suele disponer de un seguro básico equivalente a 6.000 euros o 5.000 dólares americanos que recomienda comprar, sin ofrecer la opción de aseguramiento por cifras mayores por las que se respondería en caso de robo. Ahora bien, si se van a guardar bienes de mayor valor, se aconseja declararlos y adquirir el seguro mayor, pero, como se dijo, no todos los bancos ofrecen esta opción.

Cabe recordar que estas entidades no permiten que se depositen sustancias nocivas o cuya comercialización está prohibida. En todo caso, e independientemente del uso de las cajillas con fines ilícitos, la *verdadera naturaleza del contrato de cajilla de seguridad* no es otra sino la de hacer que el usuario guarde en ellas los bienes que considere de cierto valor para gozar de la tranquilidad que un banco le puede brindar; esto es, seguridad sobre sus joyas u objetos de valor, puesto que, en últimas, la venta de estos bienes le servirían para solucionar algún apuro económico, así como ocurriría si el usuario tuviera acciones.

No obstante, esa sensación de protección de la que gozan los bienes que implican un valor monetario también se podría experimentar frente a los bienes que tienen un gran valor sentimental, o cuando se depositan documentos que contienen información sobre planos, diseños, dibujos, escrituras, títulos, pinturas y cartas que el usuario considera importante, y que esperaría fueran protegidos de los daños que podrían sufrir en mudanzas o por el deterioro que les podría causar la intemperie; así ocurriría cuando, por ejemplo, lo que se pretende proteger son colecciones de estampillas o de monedas, e incluso las cajillas servirían para salvaguardar información como el borrador de un proyecto o negocio que reposa en un papel o en un dispositivo electrónico¹⁷.

¹⁷ <http://www.finanzaspracticass.com.co/recursos/protege/tusValores/cajas.php>



(Fuente de imagen¹⁸)

Por otra parte, como sujeto adherente, el usuario está obligado a pagarle al banco tanto los costos o cánones de arrendamiento como el depósito, el valor de seguros, mantenimiento y uso y, una vez terminado el contrato, deberá devolver la llave (art. 1423) y restituir la cajilla vacía; de lo contrario, tendría que someterse al procedimiento de vaciado ante notario (art. 1421). El cliente, por lo demás, podrá guardar a su gusto lo que desee dentro de los horarios y días fijados por el banco, pero no deberá colocar objetos nocivos o peligrosos, lo cual al banquero no le resulta fácil controlar, debido a la confidencialidad del contrato, pero se sanciona negando la indemnización por pérdida o deterioro¹⁹. El usuario tampoco podrá subarrendar o ceder a un tercero el contrato, pues ello va en contra del carácter *intuitu personae* del contrato, salvo en caso de donación, que, en esa eventualidad, se sometería a las reglas de la donación como tal²⁰.

A su vez, el banco asume la obligación de poner a disposición del usuario, de manera exclusiva y cordial, una cajilla donde depositar valores o documentos, asegurándole la integridad exterior, idoneidad y custodia de los

¹⁸ <http://images.google.com.co/imgres?imgurl=http://blogs.infobae.com/wall-street/files/2013/09/caja-de-seguridad-carta-financiera.jpg&imgrefurl=https://adribosch.wordpress.com/2013/09/14/la-verdad-acerca-de-las-cajas-de-seguridad/&docid=oRE04VPw-QA-AM&tbnid=wBDFutkMtVJo9M:&w=624&h=351&client=-safari&bih=737&biw=1034&ved=0ahUKEwiV8qTkpuxPAhWD8x4KHUr0AUYQMwgpKA0wDQ&iact=mrc&uact=8>

¹⁹ PELOSI, F. Il deposito in cassette di sicureza, Trattato della responsabilità contrattuale, diretto da Visintini G., II, Padova: 2009. p. 693.

²⁰ RIFFARD, J-F. Op. cit.

locales en donde se encuentran las cajillas, que deben ser apropiadas para el uso convenido. En particular, se deberá garantizar el acceso a la cajilla para que, durante el horario de servicio, se hagan los depósitos o retiros necesarios, de manera que realmente sea efectiva la seguridad y confidencialidad de la operación. Teniendo en cuenta lo anterior, se deberá suministrar una cajilla sólida y oscura, en locales construidos de forma adecuada. Al respecto, el contrato presenta aspectos propios del contrato de alquiler²¹.

Las otras obligaciones principales de la banca recaen sobre la custodia, lo que implica la vigilancia diurna y nocturna de los locales y la garantía de la integridad exterior de la cajilla. Estas son, por tanto, obligaciones de resultado que pesan sobre la idoneidad y custodia de los locales y la cajilla, al punto de que la entidad se hace responsable cuando no adopta todas las medidas que la tecnología pone a su disposición. Así las cosas, el banco no podrá permitir el acceso de personas no autorizadas a las cajillas.

1.3 El servicio de la cajilla de seguridad

El contrato de cajilla de seguridad, denominado también contrato de caja fuerte bancaria o de caja de alquiler, es poco conocido por los usuarios por su mismo grado de confidencialidad o secreto, pero su uso se ha incrementado en los últimos años.

La cajilla de seguridad, en francés *coffre-fort* y en inglés *safe*, es definida por el Banco de España (Banco del Estado español), el equivalente al Banco de la República en Colombia o a la Banca d'Italia, de la siguiente forma: “Un lugar especialmente reservado de las oficinas bancarias para que los clientes que lo deseen puedan alquilar para el depósito de bienes o efectivo, sin necesidad de declarar su contenido”.

Se trata, entonces, de un contrato oneroso, de tracto sucesivo, bilateral, de prestaciones correspectivas, *intuitu personae*, celebrado por adhesión con condiciones generales dispuestas previamente por el banco, en el cual se regulan las condiciones del contrato mediante el empleo de un módulo o formulario impreso con anterioridad y que el usuario firma.

En este contrato están incluidas las obligaciones que tiene el banco como la de garantizar tanto el libre acceso a la cajilla como la confidencialidad por

²¹ PELOSI, F. Op. cit.

secreto profesional; además, se encuentran obligaciones de medios relacionadas con el deber de vigilar y controlar el acceso de los usuarios de las cajillas, de manera que la entidad podrá exonerarse demostrando la diligencia de una persona razonable²², y también obligaciones de resultado o, mejor, de seguridad, en lo que respecta a la vigilancia de los valores depositados, como consecuencia del deber de protegerlos de robos, deterioro o destrucción, pues la integridad de la cajilla y el local se adecuará a la tecnología del momento, sin poder recurrir más que a razones de fuerza mayor para exonerarse, en el caso italiano o colombiano, mientras que en Francia se incluye, además, el hecho de la víctima en los eventos exclusivos en que esta es considerada culpable o con concurrencia de culpas, donde procedería una disminución de la indemnización²³.

Sin embargo, en caso de que se presenten razones de fuerza mayor, la jurisprudencia es bastante rigurosa, al punto de que no ha considerado en algunos casos los incendios como algo imprevisible o inevitable, tal como ocurrió con los incendios de los locales de Crédit Lyonnais²⁴ ni tampoco algunos eventos de apertura de cajillas por acontecimientos bélicos como la liberación de Bizerta en Túnez, donde se condenó a un banco por la suerte que corrieron las cajillas mientras otros bancos se rehusaban a abrirlas²⁵.

Si bien se trata de un contrato consensual, se suele celebrar por escrito, aunque no sea formal por no existir una norma que así lo exija, pero que se establece de forma escrita, a efectos probatorios, sin que ello sea necesario, pues también se podrá probar mediante testimonios²⁶.

La entidad prestadora del servicio, por lo general un banco situado en un local o en una determinada oficina, suele poner a disposición del usuario un espacio ubicado bajo tierra o dentro de una caja fuerte, también llamada *caveau* o bóveda. Este espacio usualmente se blindo con compartimentos conformados por cajillas metálicas de diferentes dimensiones, como una especie de armario con casilleros de los que el usuario se beneficia; es lo que se denomina *cajilla de seguridad*.

²² Cour de Cassation, Chambre Commerciale, audience publique du 22 octobre 1991.

²³ Cass. 1re civ., 29 mars 1989 en RTD com. 1989, p. 704.

²⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 11 octobre 2005, 03-10.975.

²⁵ Cass. com., 26 oct. 1949.

²⁶ BRANDOLINI, E. Le clausole di esonero della responsabilità. En: BUFFONE, G. Il contratto. Padova: CEDAM, 2013, pp. 2699 y ss.

Además, las cajillas pueden estar dentro de un local en un armario, pero en una parte que posiblemente disponga de blindaje, y que está tan particularmente custodiada que el banco garantiza la máxima seguridad de los locales en caso de robos, incendios o terremotos²⁷, así como la integridad de la cajilla.



(Fuente de imagen²⁸)

Es famoso el caso de Florencia y las inundaciones que en la década de los 60 el río Arno ocasionó a las cajillas de seguridad ribereñas, que causaron daños a los contenidos, al punto de que algunos juzgados florentinos consideraron que, pese a la imprevisibilidad, el daño era evitable si las cajillas hubieran sido adaptadas con base en técnicas modernas. En este caso particular, debían seguir los parámetros de la técnica naval; además, se comprobó que la inundación de las cajillas se hubiera dado, incluso con la simple rotura de una tubería del acueducto y, por ello, se condena a los bancos.

Sin embargo, el tribunal y la casación exoneraron a los bancos²⁹. En efecto, se responde por el deterioro que sufran las cosas en las cajillas, salvo por motivos de fuerza mayor. Así lo determinaría también en Francia la jurisprudencia.

²⁷ FERRI, G. *Cassette di sicurezza*. Milano: Giuffrè, IV, 1960, pp. 459 y ss.

²⁸ <http://images.google.com.co/imgres?imgurl=http://www.grupozeus.com.mx/wp-content/uploads/2015/02/Caja-fuerte-de-banco.jpg&imgrefurl=http://www.grupozeus.com.mx/caja-de-seguridad-para-bancos/&docid=asFj-tvJvZFuYM&tbid=2k7oUv362bYXUM:&w=1200&h=900&client=safari&bih=737&biw=1034&ved=0ahUKEwi-nZmRpeXPAhWD9h4KHc-dCHUQMwglKAKwC-Q&iact=mrc&uact=8>

²⁹ PELOSI, F. *Op. cit.*

dencia de las cortes de apelación de Aix-en-Provence, cuando se descubrió un deterioro debido a humedad de las aguas de una canal rota que no hubo forma de evitar³⁰. La situación sería distinta si una inundación se produjera por circunstancias que ya se venían presentando reiteradamente y no se hiciera nada para evitarlo, o cuando ese riesgo es inherente por la cercanía a un río y no se toman las medidas pertinentes³¹.

La cajilla normalmente se abre con dos llaves: una en posesión de la entidad bancaria y otra del cliente, por lo que el usuario no podría acceder al contenido de la cajilla, sin el acompañamiento del funcionario, quien, de esta manera, verifica la legitimidad del titular. De este modo, se asegura el uso exclusivo de la cajilla para el cliente o usuario dentro de los horarios de apertura de la entidad bancaria, lo cual obedece a razones técnico-organizativas, sin que se afecte la utilización de la cajilla³².

No obstante, el usuario deberá informar al banco si se ha superado el valor máximo asegurado establecido para los bienes en custodia, independientemente de que se trate de cajillas que solo tienen una cerradura, caso en el cual, como ocurre con las cajillas de dos llaves, el banco, como entidad competente, deberá entregar un duplicado, como lo dispone el Código de Comercio Colombiano.



(Fuente de imagen³³)

³⁰ CA Aix-en-Provence, 13 juill. 1976. Gavalda et Stoufflet, *Chronique de droit bancaire* en JCP G 1978, I, 2902, n. ° 103.

³¹ Cass. 1re civ. 21 mai 1957 en JCP G 1957, IV, p. 97.

³² BRANDOLINI, E. Op. cit.

³³ <https://sipse.com/mexico/empresas-de-cajas-de-seguridad-leyes-bienes-ilicitos-276638.html>

La cajilla solo posee dos llaves: una para el usuario titular de la cajilla, como única persona a la que se permite el acceso, o para quienes sean autorizados. Las obligaciones de estos y de los que necesiten la llave son solidarias. La otra llave queda en manos de un funcionario del banco, que tendrá que ponerla de inmediato a disposición del funcionario que designe la SIF (art. 1424 c. com.). Cabe recordar que esta norma determina la seguridad de las cajillas, toda vez que existen cajillas de doble llave, una que se deja al usuario y otra que posee un funcionario del banco, encargado de acompañar al usuario hasta el momento de apertura, y de registrar el nombre y la hora de la visita de apertura. Sin estas dos llaves el funcionario no podría abrir la cajilla. Se creería que una aplicación de la norma, a la luz de los avances de seguridad bancaria, daría a entender que los dos duplicados se entregan al funcionario delegado de la SIF, sin que cambie el objeto de la norma misma, en cuanto al número de llaves necesarias para la apertura.

El cliente o usuario de la cajilla, de modo reservado, esto es, sin que el banco pueda conocerlo, y con el riesgo de que la entidad prestadora del servicio ignore los contenidos, podrá introducir valores u objetos varios en la cajilla a fin de que sean cuidados con seguridad y podrá depositar, retirar o, simplemente, controlar los bienes o valores dejados en la cajilla, lo que el mismo usuario hace. Todo a cambio de una remuneración por dicho servicio, que no guarda proporción con lo depositado³⁴.

De esta forma, el banco garantiza la máxima seguridad y confidencialidad, lo cual justifica la larga duración del contrato. Sin embargo, la cajilla podrá ser abierta por orden judicial mediante embargo, o por orden tributaria, pues la titularidad de las cajillas se reporta a las autoridades tributarias, además de que se trata de bienes que no están excluidos de la posibilidad de ser embargados (CGP) o de las cargas tributarias que obedecen a obligaciones impuestas por ley.

1.4 Costos del contrato

Por lo general, el servicio se presta si el usuario tiene otro producto bancario; por ejemplo, una cuenta con más de un año de antigüedad en el mismo banco, y en la cual debe haber un determinado saldo mínimo. Estas dos condiciones

³⁴ RIFFARD, J-F. Op. cit.

se deben mantener durante los meses de ejecución del contrato de cajillas de seguridad.

El *valor del costo* del servicio de la cajilla de seguridad corresponde a una mensualidad que se da como parte de un contrato anual, a título de canon por alquiler con el cual se otorga al usuario el disfrute de la cajilla de seguridad, que se encuentra usualmente en una de las oficinas del banco, normalmente ubicada en los sótanos de las entidades o en un sector específico de las mismas oficinas, dentro de una cámara acorazada en acero inoxidable, con alarmas fabricadas con tecnología de punta y a veces hasta con trampa de inundación.

El canon mensual tendría una apariencia libre, sin llegar a ser abusivo³⁵, y varía según el tamaño de la cajilla, que está dado por centímetros cúbicos con cuatro dimensiones que pueden oscilar entre 15, 25, 45 y 91 cm. El área de las dimensiones más comunes que se ofrecen se especifican por ancho, alto y profundidad de la siguiente manera:



(Fuente de imagen³⁶)

11×29×46 centímetros para la pequeña

16×29×46 centímetros para la mediana

22×29×46 centímetros para la grande

33×29×46 centímetros para la extragrande

Aunque también se llegan a ofrecer cajillas en al menos una decena de dimensiones como estas:

³⁵ Cass. 1re civ. 30 juin 2004, n° 01-00.475, BNP Paribas c/ Blay en RTD civ. 2004, p. 749, obs. P.-Y. Gautier.

³⁶ <https://sipse.com/mexico/empresas-de-cajas-de-seguridad-leyes-bienes-ilicitos-276638.html>

10x10x50
10x15x50
10x15x60
10x30x50
10x30x60
15x30x50
20x30x50
20x30x60
30x30x50
30x30x60

Estos tamaños, en todo caso, apenas llegan a superar en altura la rodilla de una persona de mediana estatura, con un grosor o ancho como el de la parte inferior de la pierna de una persona también de contextura media.

El valor o costo del que se compone el servicio de cajilla se puede ilustrar así:

- A. Un depósito inicial reembolsable a título de fianza
- B. La contratación de seguros que se pueden pactar entre cincuenta mil y hasta cien mil dólares
- C. Un pago mensual que, durante un año, y según tamaño promedio, podría variar entre 150 euros y hasta 600 euros, puesto que, incluso, algunos cobran 980 euros, cifra en la que se incluye tanto el valor inicial en el momento de la apertura como el del mantenimiento de la cajilla, fijándose 6000 mil euros como valor límite de los bienes que se deben depositar.
- D. A tales costos se deberán sumar aquellos consistentes en un abono por cada visita que se haga a los compartimientos de la cajilla por el titular o autorizado, con un valor promedio que oscila entre 3 y 6 euros.
- E. Un gasto adicional entre el 30% y el 50% del costo del servicio de la cajilla, que dependerá de su tamaño, por cada titular adicional o, incluso, un cobro extra similar por cada persona autorizada.

Al respecto, el artículo 1423 del Código de Comercio se refiere a la entrega de una llave al usuario, no parecería dar lugar sino a uno, pero no se pensaría que esa norma sea de orden público, al punto de prohibir que se autorice más de un titular o alguien delegado por poder, de acuerdo con el artículo 1418 del mismo cuerpo normativo.

F. Aunque no se suele mencionar como costo, el requisito de tener otro producto bancario como una cuenta de ahorros de más de un año de antigüedad, y el hecho de mantenerla, representa otro costo, por lo menos indirecto. Al ser una de las condiciones para que se le otorgue al usuario el servicio de una cajilla de seguridad, esa cuenta es también condición necesaria para efectuar el cobro mensual de la cajilla³⁷, e incluso otros bancos exigen un portafolio con dos productos, como una cuenta de ahorro y una cuenta corriente, por ejemplo.

El manejo de los espacios en los bancos que prestan este servicio y los riesgos por robos sofisticados es otro hecho que no se puede dejar de mencionar. En efecto, cabe mencionar bancos privados como Bancolombia, que sufrió saqueos en el mes de noviembre de 1991³⁸ por el robo a no menos de 130 de sus cajillas de seguridad en su oficina 32, cuya sede está ubicada en Bogotá, en la Calle 61 con Carrera 13. Las cajillas no fueron violentadas ni tampoco lo fue la puerta de acceso a las cajillas. El saqueo que en 1992 sufrió la *Société Générale* en Madrid, con el golpe a 50 de las 60 cajas fuertes de la entidad. Igualmente, es conocido el robo a 200 cajillas en una sucursal del Banco *Crédit Lyonnais*, ubicado en la avenida Opera de París, en marzo de 2010. También, entre las entidades privadas prestadoras del servicio que han sido víctimas de robos, se encuentran el Banco Popular³⁹, y entre las entidades estatales el banco público Nación, en Argentina. Pero a esos robos de las cajillas de bancos tampoco escapan los británicos, pues, durante la Semana Santa de 2015, se extrajeron 300 millones de dólares de prestigiosos bancos londinenses, en especial, en *Hatton Garden Safe Deposit Ltd*⁴⁰, ubicado en el distrito de los diamantes.

Son pocas las entidades que en Colombia ofrecen el servicio como aún lo hace el Banco Popular, por cuanto las cajillas ocupan mucho espacio, las comisiones por el servicio no son muy altas y los costos del protocolo de seguridad, como el acompañamiento por funcionarios durante la visita de la

³⁷ http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasa050090-quaglia-contratos_bancarios_locacion_cajas.htm

³⁸ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-194164>

³⁹ https://www.bancopopular.com.co/wps/themes/html/minisites/educacionfinanciera/HTML/SE_BENEFICIOS_SISTEMA_BANCARIO.htm

⁴⁰ <http://www.dinero.com/internacional/articulo/el-mundo-detras-cajas-seguridad/207565>

cajilla por su titular o autorizado, resultan elevados. La cantidad de tiempo que se emplea para llevar el control de costos que se debe cargar a cada usuario resulta ser excesiva. Por ello, las entidades bancarias consideran que se trata de un servicio residual que no resulta rentable por los costos y requisitos de seguridad, así como por la baja rentabilidad frente a otros servicios financieros. A pesar de los cuatro tamaños en que comúnmente se ofrece el servicio de las cajillas, algunos países prestan cada vez menos tal servicio, al punto de que los bancos han comenzado a vaciar sus bóvedas, incluso por el régimen de responsabilidad en caso de pérdida de los objetos dados en custodia por los usuarios, así como por el hecho de que las empresas operadoras del servicio también tienen que cumplir con la legislación destinada a prevenir el lavado de dinero y el fraude.

Aunque las personas tengan que hacer largas filas para solicitar el servicio, por cuanto les garantiza la seguridad sobre las cosas depositadas en las cajillas, vale la pena recordar que existe poca disponibilidad de espacio para ofrecerles un mayor número de estas. Este hecho ha llevado a que empresas independientes como el grupo IVAM⁴¹ en España preste, desde el año 2013, un servicio similar mediante un contrato de cajilla de seguridad no bancaria en cámaras blindadas. Una situación similar se presenta en Argentina con el Grupo Hausler⁴², que, pensado en un servicio de cajillas de seguridad en bóvedas con controles en las puertas basados en huellas digitales y control facial, brindaría un servicio de siete puertas que informarían detalladamente al cliente sobre el contenido de las cajillas, y se ofrece, incluso, una sala de espera individual para que los clientes no se entrecrucen; por lo demás, compite con el servicio de las cajillas de seguridad de bancos privados o estatales.

Se trata de una tendencia que, a nivel internacional, va en aumento, pues también existen en Estados Unidos compañías privadas que ofrecen el servicio. Con una participación en el mercado, de al menos el 50% de las cajillas, aparecen Venezuela, Paraguay, Chile e Inglaterra. Si bien Colombia no es ajena a esa realidad, la Superintendencia Financiera ha limitado el servicio solo a entidades bancarias vigiladas por ella, a la luz del artículo 1416 (Concepto SIF 2007006042-004 del 6 de julio de 2007) del Código de

⁴¹ <http://www.grupoinviam.com>

⁴² <http://www.infobae.com/2014/07/25/1582987-para-competir-los-bancos-ahora-alquilan-cajas-seguridad-privadas-el-microcentro/>

Comercio. Además, debido a que el usuario de las entidades es un consumidor, se considera que se le puede aplicar el Régimen de Protección para el Consumidor Financiero (art. 2 de la Ley 1328 de 2009) y, en sus vacíos, la Ley 1480 de 2011.

Se trata de un servicio que se brinda con base en cierta confidencialidad o secreto, al punto de que, como las cajillas se encuentran dentro de espacios blindados, se busca evitar anomalías o robos, terremotos, incendios o inundaciones, ni siquiera el banco tiene acceso a las cosas depositadas en condiciones normales de seguridad. Así se garantiza la *confidencialidad*, que en este servicio se destaca porque cada entidad prestadora del servicio de cajillas mantiene también con ese carácter tanto los costos del servicio como los tamaños y calidades de las cajillas que se ponen a disposición. Esa confidencialidad se suele aplicar no solo en materia de costos, sino, incluso, con respecto a los modelos y calidades de las cajillas. En todo caso, el contrato suele tener la duración que las partes estimen, inclusive puede llegar a ser indefinido, pero existe la posibilidad de que se termine de manera unilateral⁴³, por cesación de pagos o muerte del titular⁴⁴, o por inactividad.

1.5 Régimen normativo

El origen del contrato de cajillas de seguridad, como contrato típico en Colombia, se remonta a la norma de creación de los establecimientos bancarios, mediante el Artículo 85 de la Ley 45 de 1923, modificado por el Artículo 10 de la Ley 57 de 1931. Pero solamente con la expedición del Decreto 410 de 1971 del Código de Comercio se logró que a las entidades bancarias se les otorgaran facultades para llevar a cabo el negocio de cajas de seguridad, que hasta ese momento no contaba con disposiciones legales positivas que consolidaran adecuadamente su funcionamiento.

Así las cosas, en Colombia el Código de Comercio de 1971 (Artículos 1416-1425) reguló el contrato de cajillas de seguridad, que de esta manera se consagró como un contrato netamente financiero que únicamente puede celebrar una entidad como los establecimientos bancarios, vigilados por la Superintendencia Financiera (SIF). Pero será con el literal h) del Artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) con el

⁴³ CSJ Cas Civ Sentencia del 30 de agosto de 2011, Ref: 11001-3103-012-1999-01957-01

⁴⁴ LEAL, H. Contratos bancarios. Bogotá: El profesional, 1990.

que se autorizaría a los bancos a prestar el servicio de recibir bienes muebles en depósito para su custodia, según los términos y condiciones que el mismo banco prescriba, y arrendar cajillas de seguridad para la custodia de tales bienes.

Como lo estipula el literal h), se trata de un contrato bancario de arrendamiento con carácter especial, en donde una cajilla o cofre de seguridad, ubicada dentro de las instalaciones del banco, se le alquila a un usuario por un periodo para que deposite en ella, sin el conocimiento del banco, bienes muebles de valor. El banco garantiza la integridad, idoneidad y seguridad de la cajilla, así como la confidencialidad o secreto y custodia de los contenidos depositados. Para abrir la cajilla se requiere la llave del cliente, el previo pago del servicio de apertura y el acompañamiento de un funcionario bancario, con un valor de acuerdo con tamaño de la cajilla y su duración (arts. 1416-1419, 1424 y 1425 c. com.) (arts. 2, 6 y 7, literal h del Decreto 663 de 1993).

Una entidad bancaria con normas de interés público (concepto proferido por la Superbancaria, actualmente SIF, número 2007006042-004 del 6 de julio de 2007) es la encargada de prestar el contrato mencionado. Se entiende por entidad bancaria aquella que capta dineros en cuentas corrientes y en depósitos. Al respecto, así como la jurisprudencia italiana de los tribunales ha considerado que, como se trata de una actividad bancaria, prestada por un profesional cualificado a quien se ha autorizado y reservado su explotación, y que se ajusta a los parámetros de la SIF establecidos por el concepto mencionado, y de conformidad con el Código de Comercio, en Colombia también se podría considerar que el servicio se basa en la alta diligencia.

De esta forma, se considera culpa grave la omisión o las pocas medidas de seguridad del banco para prevenir los hurtos de los bienes custodiados. Por ello, la casación italiana entiende que, cuando hay un hurto, ya sea violento o no, debido a esa culpa omisiva, no es procedente considerar el hurto como causa de fuerza mayor, pues ello es consecuencia de una falta de gestión en el servicio prestado por el banco⁴⁵. Igualmente, en Francia, la jurisprudencia⁴⁶ juzga el hurto con severidad, dado que los bancos son culpables de los robos por descuidos en rondas o porque estas no se llevan a cabo de manera consecutiva⁴⁷.

⁴⁵ Cas Civ. Sez I, 7 de marzo de 2003, núm. 3389. App Milan, 2 de julio de 2005.

⁴⁶ Cass. 1re civ. 3 juin 1982 : Bull. civ. 1982, I, n. ° 209.

⁴⁷ RIFFARD, J-F. Op. cit.

1.6 Naturaleza del contrato

La naturaleza del contrato no es clara, puesto que, al parecer, se trata de un depósito bancario; para los partidarios de esta tesis, ello obedece a que este contrato es una derivación del depósito cerrado, pero sería ilógico, cuando ningún depósito permite retomar los bienes, sin avisar, en este caso, al banco. Además, a esto se suma el hecho de que el banquero ignore el contenido de las cajillas, de modo que no sería un titular de un depósito, toda vez que él no los recibe personalmente ni tiene acceso a ellos⁴⁸.

La tesis contraria lo toma como un mero contrato de arriendo, aduciendo el hecho de la concesión del uso una cajilla de particulares especificaciones y calidades, a cambio de un canon, tesis que, aunque tradicional, también es poco acertada, por cuanto el cliente o usuario no puede acceder libremente a la cajilla⁴⁹. Con respecto a la responsabilidad, tampoco parece muy acertado comparar el contrato de cajilla de seguridad con el de arrendamiento, porque los valores se depositan en el banco, lo que no ocurre con los bienes del inquilino de las cajillas y el banco propietario. El punto es que, en la cajilla, el banco responde por su integridad, pero esto no sucedería si se tratara de un contrato de arrendamiento, ya que tampoco la responsabilidad del banco podría recaer sobre la custodia de una cajilla en la que no se ha introducido nada, pues, si no se sufre un daño, no hay derecho a su reparación⁵⁰.

Sin embargo, en medio de estas dos tesis surge una nueva, que goza de más credibilidad, y que concibe este negocio como un contrato mixto con prestaciones como las del servicio de arrendamiento, y de protección sobre las cosas como la del depósito, con base en la obligación de custodia, que lo diferencia notoriamente de un contrato de alquiler de una cosa segura⁵¹.

Lo cierto es que el contrato de cajilla de seguridad no puede asumirse solo como un contrato de arrendamiento, en cuanto que la naturaleza del contrato

⁴⁸ COLLART, F. y DELEBECQUE, P. *Contrats civils et commerciaux*. París: Dalloz, 2007.

⁴⁹ BÉNABENT, A. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. París: LGDJ, 2013.

⁵⁰ FERRI, G. *Op. cit.*

⁵¹ LIACE, G. *Del servizio bancario delle cassette di sicurezza*. Milano: Giuffrè, 2012; TUNC, A. *La nature juridique du contrat de coffre-forts*. *Scritti Giuridici in onore di F. Carnelutti*. Padova: Cedam, III, 1950, pp. 35 y ss.

implica una custodia diurna y nocturna de los valores, y la única forma de que esto sea así es a través del depósito. No obstante, para disfrutar de la cajilla es necesario el arrendamiento, lo que se explica desde el punto de vista práctico, por cuanto el contrato se justifica por la vigilancia especial sobre los locales y sobre el blindaje del que usualmente goza la construcción donde están las cajillas⁵². En Colombia, el Decreto 663 de 1993, en su artículo 7, literal h, consagra este negocio como un contrato de arrendamiento con depósito y obligación de custodia y, a su vez, la casación lo toma como un contrato de depósito con obligación de custodia⁵³. De ahí que no sea casualidad que la ley comercial haga referencia a una responsabilidad que recae sobre la de los locales donde están las cajillas y a la idoneidad misma de estas, mas no sobre sus contenidos.

El problema es que, sobre una base de confianza, el cliente deposita valores en las cajillas, lo que requiere que exista una custodia segura sobre ellas, pues, si estuvieran vacías, no sería necesaria ni la custodia ni la protección de los bienes depositados; lo cual, en todo caso, no resulta fácil cuando el cliente tiene la posibilidad de cambiar en todo momento los bienes custodiados. En este sentido, la custodia no es un efecto, sino un presupuesto del contrato. Lo que en realidad sucede es que el banco le facilita al cliente un determinado espacio, lóculo, celda o compartimiento rectangular debidamente custodiado y con unas particulares características que brindan seguridad. De ahí que la entidad deba responder por la integridad, idoneidad y calidad de la cajilla y, en consecuencia, por los daños productos del incumplimiento de esas obligaciones.

Para algunos, parece que la obligación esencial del contrato consiste en conceder el uso de una cajilla con unas características que cumplan las exigencias de seguridad⁵⁴. Pese a ello, también existe la tesis que sostiene que se trata de un contrato donde los bienes dejados en las cajillas quedan en esos locales, lo cual hace que las obligaciones se den *ex lege* (es decir, son obligaciones que nacen sin ningún hecho o daño) y se derive una obligación de custodia sobre las cosas depositadas.

Así, la obligación del propietario es custodiar las cajillas y cerciorarse de su idoneidad ante eventualidades como la exposición al agua, humo, gas,

⁵² PELOSI, F. Op. cit.

⁵³ CSJ Cas Civ sentencia del 31 de julio de 2000, exp 5770.

⁵⁴ FERRI, G. Op. cit.

entre otras. Sin embargo, surgirían dudas sobre los objetos guardados que se deberán proteger, pues, al dejarlos dentro de las cajillas, los usuarios confían ciegamente sus bienes a la custodia del banco. Esta discusión se podría aclarar a través de la Ley de Consumo 1480, que sostiene que todo contrato que implique la entrega de un bien se entenderá como depósito, como, en efecto, lo es la cajilla de seguridad, que, aunque se considera un negocio mercantil, se rige por la Ley 1480, al reconocer al usuario del servicio en su calidad de consumidor.

Para la entidad propietaria de la cajilla, las obligaciones se podrían estimar como obligaciones de resultado⁵⁵, lo cual, en caso de incumplimiento, conlleva la presunción de su culpabilidad, sin que el usuario deba probar la culpa de la entidad prestadora del servicio. Se trata de una obligación que, sin duda, pesa tanto sobre la custodia e idoneidad de los locales donde están las cajillas como sobre las cajillas mismas, lo que lleva a que el banco, según lo que, en principio, plantea la norma comercial, adopte todas las medidas necesarias que le permitan salvaguardar los locales y las cajillas, incluso contra situaciones que dependen de la responsabilidad de las personas, o de casos de fuerza mayor o calamidades naturales como inundaciones, como sucedió en Florencia con el río Arno en 1966⁵⁶, en donde, los tribunales italianos estudiaron uno a uno los casos para saber si eran inevitables o imprevisibles, o si cualquier falla hídrica hubiera además deteriorado los contenidos de las cajillas⁵⁷, o si estas, debido a fenómenos naturales o a manos del hombre, se hubieran llenado de gas o humo que causaran una pérdida parcial o total de los contenidos.

Los tribunales mantuvieron la confidencialidad, independientemente de que las cajillas estuvieran vacías o llenas⁵⁸, al punto de pensar en una obligación de seguridad considerada como una especie de resultado agravado. Sin embargo, las circunstancias de fuerza mayor serán visibles, en la medida en que, a pesar de la imprevisibilidad e inevitabilidad, si esta se da con una culpa concausante del daño, no aplicaría la figura a favor de la víctima. Aun

⁵⁵ LEAL, H. Op. cit.

⁵⁶ Ver Cass. 27 luglio 1976, n. 2981, in Giust. civ. 1976, I, 1760.

⁵⁷ GUAL, J. Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Bogotá: Ibáñez, 2008.

⁵⁸ PAPANTI-PELLETIER. P. Cassetta di sicurezza. Milano: Giuffrè, II, 1998, pp. 188 y ss.

así, es posible pensar que esa confidencialidad se podría violar, sin que medie responsabilidad para el banco, cuando exista orden de apertura por una autoridad judicial penal o un juicio fiscal, tal y como ocurre en Francia e Italia, pues la confidencialidad no permitiría que otra autoridad tuviera acceso a los contenidos de la cajilla.

Pero, en la jurisprudencia foránea, esta posición que se derivaría del sentido del legislador deja la inquietud sobre los contenidos del tipo de obligaciones, ya que la idoneidad de los locales y la integridad de las cajillas se podría entender de manera similar a la obligación del arrendador que debe mantener el local en óptimas condiciones, al extremo de que el banco se vea obligado a conceder y facilitar el uso de cajillas en buen estado, es decir, acordes con la garantía de estructura a fin de garantizar locales que, gracias a la tecnología, permitan su inviolabilidad.

El asunto se vuelve aún más polémico por la posible doble interpretación de la otra obligación legal, esto es, la integridad de la cajilla (lo que es una prestación del contrato), que conduce tanto a la integridad exterior de la cajilla como a lo depositado en ella (lo cual obedece a un aspecto de responsabilidad), donde estaría en juego establecer si estas obligaciones son de medio o de resultados⁵⁹ y, además, verificar los requisitos de imprevisibilidad, inevitabilidad y exterioridad que permitan determinar el caso fortuito como causa extraña⁶⁰.

1.7 Cláusulas de limitación de responsabilidad versus cláusulas de limitación del objeto

Debido a que el servicio de las cajillas de seguridad se basa en la confidencialidad de los contenidos que el cliente deposita en ellas, y a los que el usuario no cuenta con acceso, el banco suele ejercer un control riguroso sobre la seguridad, de ahí que las normas obliguen a que la entidad responda al

⁵⁹ FERNÁNDEZ, M. La responsabilidad médica. Bogotá: Católica, 2008; MENGONI, L. "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi". En: Rivista del Diritto Commerciale, 1954, I, pp. 185 y ss; RENAULT, C. Droit des obligations. París: Gualino, 2013; TUNC, A. Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza. En: Nuova Rivista di Diritto Commerciale, dir. dell'economia, dir. sociale, 1947-1948, I, pp. 126 y ss.

⁶⁰ SANTOS, J. Instituciones de responsabilidad civil. Bogotá: Javegraf, III, 2006.

usuario por la idoneidad y custodia de los locales, lo que implica no solo la seguridad, sino también responder por la integridad de las cajillas, dependiendo del caso, lo que significa que ni siquiera mediante la diligencia podría exonerarse⁶¹. Este sentido es también el que corresponde al artículo 1417 del Código de Comercio, en donde claramente se manifiesta que el banco responderá por cualquier daño que sufra el cliente, salvo por motivos de fuerza mayor. De este modo, responderá por todo daño, pero estos serían inevitables, por cuanto son ajenos al riesgo típico relacionado con la actividad misma; por ende, así se respondería por robo debido a la falta de idoneidad de los locales.

Aun cuando resulta difícil determinar el verdadero contenido de las cajillas, la tendencia también es la de obligar a que los bancos respondan por lo depositado en ellas, incluso cuando el contenido es mínimo. Por ello, el banco busca pagar solo el monto del contenido de las cajillas que esté asegurado; pero el usuario podría demandar por una cifra mayor como la del contenido realmente depositado, pese a la dificultad de la prueba, pues la podría dar únicamente el titular, y hasta se podrá recurrir al histórico de contenidos de la cajilla, a testimonios de familiares o a indicios. Bastaría mencionar cómo, en los casos de los robos a cajillas tanto en Madrid como en París, la respuesta de los bancos fue siempre la misma⁶²: “Si el cliente considera que merece un monto mayor, debió haber contratado un seguro privado extra”. Lo complejo es que el banco suele tener un seguro mensual de custodia por las cajillas equivalente hasta seis mil euros, pero que excluye la naturaleza o el valor de los objetos custodiados.

Otro de los argumentos que alimentan la defensa de los bancos es el de que “solo alquilaron las cajillas”. También acostumbran argumentar en su favor que, como en el contrato existe una cláusula en la que se pacta que, en caso de robo, sin importar lo guardado, solamente pagan hasta el monto estipulado como tope del valor de los bienes custodiados, resulta claro que, en esta segunda eventualidad, se está en presencia de una cláusula que pretende eludir la responsabilidad del banco, por una relación causa-efecto; esto es, ante un determinado hecho como el robo, sin especificar quién es el culpable

⁶¹ CABELLA, L. Le clausole di esonero da responsabilità. En: RESCIGNO, P. Trattato di diritto privato. Torino: Utet, 1999, pp. 287 y ss.

⁶² http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/servicios-y-hogar/2010/09/10/195700.php

y, en efecto, si el banco fuera el responsable, la cláusula podría ignorarse, a efectos de la reparación del daño y, por consiguiente, el banco respondería por la cuantía de lo robado.

Aunque el banco fuera el culpable del robo, la cláusula en mención no tendría efectos, toda vez que no se exoneró al banco por las causas del robo. Además, si la culpa fuera grave, tampoco admitiría la exoneración, por violar el orden público, al atentar contra el mínimo contractual. Sin embargo, ante el alto desprestigio de la reputación debido a un robo, los bancos llegan a pagar aún más⁶³.

Esta segunda cláusula se suele establecer dentro de los formularios bancarios preimpresos, junto a otra con la cual los bancos fijan un límite convencional máximo para el valor de los bienes depositados como contenido de las cajillas, salvo que exista otro acuerdo con el usuario, que se acompañaría de un aumento del costo. No obstante, el cliente introduce bienes de costo superior al pactado. La pregunta es si ese daño superior debería ser o no resarcido⁶⁴.

La naturaleza de esta última cláusula ha resultado bastante polémica por la incertidumbre que con ella se genera. En Colombia, el asunto no aparece muy debatido en la jurisprudencia, a diferencia de Italia, donde el debate ha sido arduo tanto en la doctrina como en los fallos judiciales, en especial en los 70, cuando unos jueces de primera instancia sostuvieron que se trataba de una cláusula limitativa y, por tanto, la controlaron como tal, mientras que otros sostenían que era simplemente una cláusula delimitativa del objeto del contrato, que no era abusiva y, por ende, no se sometería al control judicial y se consideraría válida.

Pese a ello, la casación italiana ha sostenido que es una cláusula limitativa de responsabilidad, puesto que no comporta un actuar diferente al de la obligación de custodia del banco, en cuanto a las hipótesis relacionadas con que dentro de las cajillas los usuarios guarden bienes de valor superior al convencionalmente determinado por el contrato de cajilla de seguridad; de ahí que, con base en la posición pretoriana, la cláusula se controle como una cláusula limitativa de la responsabilidad, lo cual lleva a que se le aplique

⁶³ <http://www.consumer.es/>

⁶⁴ PELOSI, F. Op. cit.

necesariamente un test de transparencia sobre los costos del seguro que el usuario asume⁶⁵.

No obstante, el debate sobre la gestión bancaria ha continuado, debido a eventos naturales o robos sobre las cajillas, con el consecuente deterioro de los bienes que en ellas se depositaron, pese a estar ubicadas en los locales financieros, lo que llevó a los usuarios a ejercer la reclamación judicial del resarcimiento integral de los daños y pérdidas sobre los bienes depositados⁶⁶, dado que el *Codice Civile* italiano no permite que el banco sea exonerado por falta de diligencia que, en cuanto a las cajillas, la corte ha entendido como una manera de proceder, no exenta de culpa leve, sino, por el contrario, como un hecho grave, por el descuido u omisión de custodia de los locales (arts. 1838 y 1839, *Codice Civile* italiano). Esta posición se comparte, toda vez que, en Colombia, por aplicación del límite general de culpa grave, tampoco se puede exonerar a nadie de un incumplimiento cometido con culpa lata⁶⁷.

Interpretar esta cláusula como cláusula de irresponsabilidad, o como objeto de los contratos por adhesión bancarios de cajillas de seguridad, genera dificultades, especialmente porque, si se entiende como de irresponsabilidad, su contenido deberá controlarse, pero si, en cambio, es del objeto contratado, no se controlaría; en todo caso, se comparte la posición por la cual se considerarían cláusulas de irresponsabilidad indirectas⁶⁸, pues, si es un contrato netamente mercantil, se regiría no solo por el Código de Comercio, sino también por la Ley 1480, que prohíbe las cláusulas restrictivas de responsabilidad y, si se asume como un contrato mercantil financiero, también estaría sometido al control de la Circular 018 de 2016 de la SIF, que también prohíbe este tipo de cláusulas.

Por otra parte, un argumento que sería igualmente útil para determinar la naturaleza de esta cláusula, en principio de delimitación del objeto del contrato de cajillas de seguridad, lo constituye el hecho de que una cláusula que establece un *plafond* (tope) a los bienes depositados en las cajillas

⁶⁵ CABELLA, L. Op. cit.

⁶⁶ CECHERINI, G. Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. En: VISINTINI, G. Trattato della responsabilità contrattuale. Il risarcimento del danno contrattuale. Padova: CEDAM, vol. III, 2009, pp. 465 y ss.

⁶⁷ GUAL, J. Op. cit.

⁶⁸ ÁLVAREZ, N. Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil. Granada: Comares, 1998.

atentaría contra la obligación esencial de este contrato, consistente en el depósito de bienes de cierto valor, lo cual haría que su aplicación causara una exoneración de la responsabilidad bancaria, con base en una cláusula que, nominalmente, es del objeto o contenido contractual, pero cuyo efecto no es otro sino el restrictivo de responsabilidad. De esta manera, desnaturalizar el contrato iría en contra la buena fe, además de que en el sistema francés se han controlado las cláusulas restrictivas de responsabilidad, cuando recaen sobre obligaciones esenciales o fundamentales de los contratos, sin las cuales carecerían de sentido⁶⁹ y, ante los vacíos normativos, el régimen aplicable sería el general⁷⁰.

En todo caso, la división se ha dado en la doctrina y la jurisprudencia para optar por una posición o la otra. Sin embargo, fue únicamente hasta los años 90 cuando la casación decidió que la cláusula que establece un techo sobre los bienes depositados en las cajillas, salvo el adecuado reajuste proporcional del canon, es realmente una cláusula limitativa de responsabilidad, pues solo afecta la obligación resarcitoria⁷¹, sin que se refiera al contenido de la prestación⁷². Del mismo modo, ello se reforzaría por la sección unida de la casación, cuando considera que una cláusula que establece un techo a los bienes depositados es una restricción a la responsabilidad del banco como deudor⁷³. Posteriormente, durante la década del 2000, la casación civil nula considera una cláusula que determina un límite al valor de los bienes depositados, dado que no hacen referencia a las obligaciones de las partes, sino a su limitación de responsabilidad, porque, en este servicio, en donde además existe como parte contratante un consumidor, se podría observar un desequilibrio contra este como parte débil contractual⁷⁴. Se podría también considerar inválida la cláusula por la que se pretende afectar las acciones de la víctima como la resarcitoria, en caso de incumplimiento del banco⁷⁵.

⁶⁹ SEFTON-GREEN, R. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. París: LGDJ, 2000.

⁷⁰ GARCÍA, M. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Tecnos, 1965.

⁷¹ Cas Civ 12 de mayo de 1992 núm. 5617.

⁷² PELOSI, F. Op. cit.

⁷³ Cas .Sez Un. 1 julio de 1994 núm 6226.

⁷⁴ Cas Civ, 4 abril de 2001 núm 4946.

⁷⁵ PELOSI, F. Op. cit.

En el derecho francés, una cláusula por la cual se pretenda limitar la responsabilidad del banco deberá, ante todo, ser informada y no versar sobre la obligación esencial ni pretender una exoneración por un incumplimiento cometido con culpa grave. Sin embargo, cuando se establece un *plafond* como cifra tope de los bienes que se van a depositar, esta cláusula, busca, por su efecto, una limitación de responsabilidad⁷⁶. El mismo sentido se daría a una cláusula con la que se pretende que el usuario pague un seguro complementario para las cifras que superen el *plafond*, a pesar de la casación francesa⁷⁷. La cláusula por la cual se prohíbe al usuario depositar en la cajilla bienes que excedan cierto valor no es limitativa, sino que se considera una cláusula del objeto contratado porque determina solamente las obligaciones contractuales más que una cláusula limitativa de responsabilidad⁷⁸.

Esto representa una división, puesto que la posición francesa es muy diferente a la italiana, que, desde 1989 ya había planteado que una cláusula por la que se establece que no se podrá incluir valores superiores a un *plafond* es limitativa de la responsabilidad y no delimitativa del objeto⁷⁹, posición que ha sido confirmada desde entonces, de manera constante, por ser un pacto limitativo no del objeto del contrato, sino del deber resarcitorio del banco, ya que su función típica es la de poner a disposición de los usuarios una compleja estructura material, técnica, organizativa e idónea, con condiciones de seguridad superiores a las que un cliente puede tener en su ámbito personal privado, y el hecho de que no informe al banco sobre el valor de los bienes depositados no representa una violación de la buena fe ni daría lugar a algo imprevisible por el banco⁸⁰.

Parecería que lo acertado sería establecer dos cláusulas: una sobre las cifras que se está dispuesto a cubrir como tope de depósito, teniendo en cuenta un canon mínimo con sus correspondientes alternativas y una segunda cláusula que sea clara y bien estructurada, por la cual el banco procede a asegurar los valores depositados que el usuario deberá informar. Sin embargo, esa obligación de informar al banco, o el tope resarcitorio, no es aplicable, por

⁷⁶ CA Paris, 9 oct. 1986.

⁷⁷ Cass. com., 22 mai 1991, n. ° 88-13.700 en RTD com. 1991 p. 759 obs. Rives-Lange; contra CA Aix-en-Provence, 2e ch., 15 sept. 1994 en JurisData n. ° 1994-049230.

⁷⁸ RIFFARD, J-F. Op. cit.

⁷⁹ Cas Civ. Del 3 de noviembre de 1989 n. 4604.

⁸⁰ Cas Civ. Sez I del 29 de julio de 2004 n. 14462.

cuanto se violaría la confidencialidad que garantiza este tipo de contratos, pues el deber de custodia es indivisible, independientemente del contenido o de cualquier valor depositado⁸¹. Además, permitir una limitación de responsabilidad por casos de violación de la obligación de custodia del banco trasladaría ciertos riesgos, en cabeza del consumidor, por la asunción de una escasa responsabilidad, a causa de una menor exposición al riesgo⁸², lo cual debe ser entendido como ineficaz. Así, en últimas, el banco mantiene su obligación del más alto grado de diligencia posible en la custodia, obviamente, con una remuneración proporcional al servicio⁸³.

En otras situaciones los bancos suelen establecer en sus contratos predispuestos que el robo se considera *fuerza mayor*. En este caso, es muy probable que, por la naturaleza de las prestaciones, los jueces, al considerar parte del riesgo normal y previsible de las entidades bancarias en estos contratos, no conciben el robo como una circunstancia de fuerza mayor⁸⁴, pues, además de evitable⁸⁵, podrían desnaturalizar el negocio o hacer que carezca de sentido, lo cual no se podría permitir. Por otro lado, las partes no podrían juzgar como fuerza mayor lo que ellas quieran, sino lo que moralmente así se ha considerado por la jurisprudencia⁸⁶; incluso podría acusarse a la compañía de vigilancia por errores humanos o por fallas en las alarmas, situación que se llegaría a entender como una culpa grave bancaria, lo que generaría la invalidez de la cláusula.

No obstante, si se tratara de un atraco, se tendría que evaluar si este se da por la capacidad de los ladrones o por deficiencias en la organización de la entidad bancaria; pero, por ser el banco un sujeto cualificado, su culpa debe verse como la del profesional de esa actividad, pues, además, es uno de los riesgos que esa actividad le hace asumir⁸⁷. En efecto, sobre la entidad recae una obligación de vigilancia especial que la conduce a tomar todas las

⁸¹ Cas Civ. S.U 1 de julio de 1994 n. 6225 y Cas. Civ Sez I del 29 de julio de 2004 n. 14462.

⁸² Cas. Civ. Sez III, del 25 de noviembre de 2008 n. 28067.

⁸³ BRANDOLINI, E. Op. cit.

⁸⁴ <http://www.consumer.es/>

⁸⁵ Cas.Civ 27 de agosto 1997 num 8065.

⁸⁶ GUAL, J. Op. cit.

⁸⁷ PELOSI, F. Op. cit.

medidas necesarias para salvaguardar la cajilla y su contenido, excepto por causa de la fuerza mayor⁸⁸.

Además, la casación italiana ha considerado que, para que prospere un evento de fuerza mayor como un evento natural de causa excepcional, o un hecho de un tercero imprevisible e inevitable, el banco será considerado responsable todas las veces que haya omitido adoptar las medidas de seguridad idóneas para evitar el riesgo que conlleva su actividad⁸⁹, como ocurriría en caso de colusión con funcionarios y ladrones que logran tener durante el robo pausas para comer.

A esto se suma el mal funcionamiento de alarmas, la poca presencia de guardias, la falta de activación de sistemas de alerta conectados con la policía e, igualmente, de puertas reforzadas en las cajas fuertes. En últimas, esto hace que la culpa de la entidad bancaria prestadora del servicio de cajillas de seguridad, como profesional de la actividad, deba ser valorada, según la naturaleza de su actividad y, por consiguiente, carecería de validez una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad por estas culpas⁹⁰. Sin embargo, cuando el cliente es el culpable del robo, la situación cambia por completo, al no denunciar la pérdida de la llave, pues se exoneraría al banco, salvo en caso de falta de control, por permitir el acceso de personas no autorizadas a las cajillas, lo que demuestra una gran negligencia en la custodia de los locales; tampoco podría exonerarse de responsabilidad al banco, si en el robo participan sus empleados.

En otros casos, se suele pactar cláusulas de irresponsabilidad que buscan reemplazar sus obligaciones de resultado por unas de medio. Al respecto, en el derecho francés existe una recomendación de la Comisión de Cláusulas Abusivas del 21 de noviembre de 1986, que prescribe la eliminación de los contratos de cajillas de seguridad, las cláusulas que tienen por objeto o efecto exonerar al profesional de toda responsabilidad, en caso de que se afecte la cajilla alquilada, así como también limitar el monto de la reparación cuando se afecte la cajilla, sin ofrecer al consumidor la posibilidad de cubrir plenamente el riesgo, aumentándole el costo contractual del servicio, o de limitar la reparación del usuario, si este último es el responsable del siniestro. En

⁸⁸ Cass. com., 29 oct. 1952 en Bull. civ. 1952, III n. ° 326.

⁸⁹ CECHERINI, G. Op. cit.

⁹⁰ BRANDOLINI, E. Op. cit.

este sentido, entonces, se deberán controlar como cláusulas de irresponsabilidad a fin de que se determine su validez; por ejemplo, sería inválida aquella con la que el banquero pretende exonerarse de su obligación de vigilancia⁹¹.

Finalmente, cabe señalar que, en el sistema jurídico colombiano, resulta claro que sean o no cláusulas principales del contrato; en todo caso, todas se someterían al test de abusividad, siempre que un consumidor se enfrente a un banco, pues, en las directivas comunitarias 13/93 y 83 de 2011, solo se controlan las cláusulas que no sean principales.

Referencias bibliográficas

Doctrina

ÁLVAREZ, N. Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil. Granada: Comares, 1998.

BÉNABENT, A. Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux. París: LGDJ, 2013.

BRANDOLINI, E. Le clausole di esonero della responsabilità. En: BUFFONE, G. Il contratto. Padova: CEDAM, 2013, pp. 2699 y ss.

CABELLA, L. Le clausole di esonero da responsabilità. En: RESCIGNO, P. Trattato di diritto privato. Torino: Utet, 1999, pp. 287 y ss.

CARNELUTTI, F. Natura del contratto di cassette-forti di custodia. En: Studi di diritto civile. Roma, 1916.

CECHERINI, G. Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. En: VISINTINI, G. Trattato della responsabilità contrattuale. Il risarcimento del danno contrattuale. Padova: CEDAM, vol. III, 2009, pp. 465 y ss.

CERRAI, A. Casette di sicurezza. En: Digesto comm., vol. III, Torino: Utet, 1988.

COLLART, F. y DELEBECQUE, P. Contrats civils et commerciaux. París: Dalloz, 2007.

FERNÁNDEZ, M. La responsabilidad médica. Bogotá: Católica, 2008.

⁹¹ PIEDELIÈVRE, S. Coffre-fort. En: Répertoire de *Droit Commercial*. París: Dalloz, 2016.

- FERRI, G. Casette di sicurezza. Milano: Giuffrè, IV, 1960. pp. 459 y ss.
- GARCÍA, M. Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. Madrid: Tecnos, 1965.
- GUAL, J. Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Bogotá: Ibáñez, 2008.
- _____. Cláusulas de irresponsabilidad entre asimetría, equilibrio y abusividad. Bogotá: Católica, 2015.
- LEAL, H. Contratos bancarios. Bogotá: El profesional, 1990.
- LIACE, G. Del servizio bancario delle cassette di sicurezza. Milano: Giuffrè, 2012.
- MALAUURIE, P. y AYNÈS, L. Droit des contrats spéciaux. Paris: LGDJ, 2011.
- MENGONI, L. "Obbligazioni *di risultato* e obbligazioni *di mezzi*". En: Rivista del Diritto Commerciale, 1954, I, pp. 185 y ss.
- PAPANTI-PELLETIER. P. Casette di sicurezza. Milano: Giuffrè, II, 1998, pp. 188 y ss.
- PELOSI, F. Il deposito in cassette di sicurezza, Trattato della responsabilità contrattuale. En: VISINTINI, G. Trattato della responsabilità contrattuale. I singoli contratti. Padova: CEDAM, vol. II, 2009. p. 693 y ss.
- PIEDELIEVRE, S. Coffre-fort. En: Répertoire de *Droit Commercial*. París: Dalloz, 2016.
- RENAULT, C. Droit des obligations. París: Gualino, 2013.
- RIFFARD, J-F. Le contrat de coffre-fort. En: JurisClasseur, Banque - Crédit - Bourse, Fascicule 920, París, 2015.
- SANTOS, J. Instituciones de responsabilidad civil. Bogotá: Javegraf, III, 2006.
- SEFTON-GREEN, R. La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise. París: LGDJ, 2000.
- TUNC, A. Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza. En: Nuova Rivista di Diritto Commerciale, dir. dell'economia, dir. sociale, 1947- 1948, I, pp. 126 y ss.
- _____. La nature juridique du contrat de coffre-forts. Scritti Giuridici in onore di F. Carnelutti. Padova: Cedam, III, 1950, pp. 35 y ss.

Cibergrafía

<http://www.adecua.org.ar/bancos.php?ver=cajaseg>

<http://www.bam.com.gt/index.php/servicios/cajillas-de-seguridad-em-presas>

<http://www.bancopopular.es/personas/mas-informacion/tarifas-y-precios>

<http://www.banrural.com.gt/banruralc/Productos-y-Servicios/Banca-para-Empresas/Otros-Servicios/Cajillas-de-Seguridad>

http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/servicios-y-hogar/2010/09/10/195700.php

<http://www.dinero.com/internacional/articulo/el-mundo-detras-cajas-seguridad/207565>

http://www.elconfidencial.com/espana/2013-04-08/las-cajas-de-seguridad-un-servicio-financiero-caro-pero-seguro-y-confidencial_205780/

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-194164>

<http://www.finanzaspracticas.com.co/recursos/protege/tusValores/cajas.php>

<http://www.grupoinviam.com>

<http://www.infobae.com/2014/07/25/1582987-para-competir-los-bancos-ahora-alquilan-cajas-seguridad-privadas-el-microcentro/>

http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasa050090-quaglia-contratos_bancarios_locacion_cajas.htm

<http://www.scotiabank.com/do/es/0,,6974,00.html>

<http://www.scotiabank.com/pa/es/0,,3817,00.html>

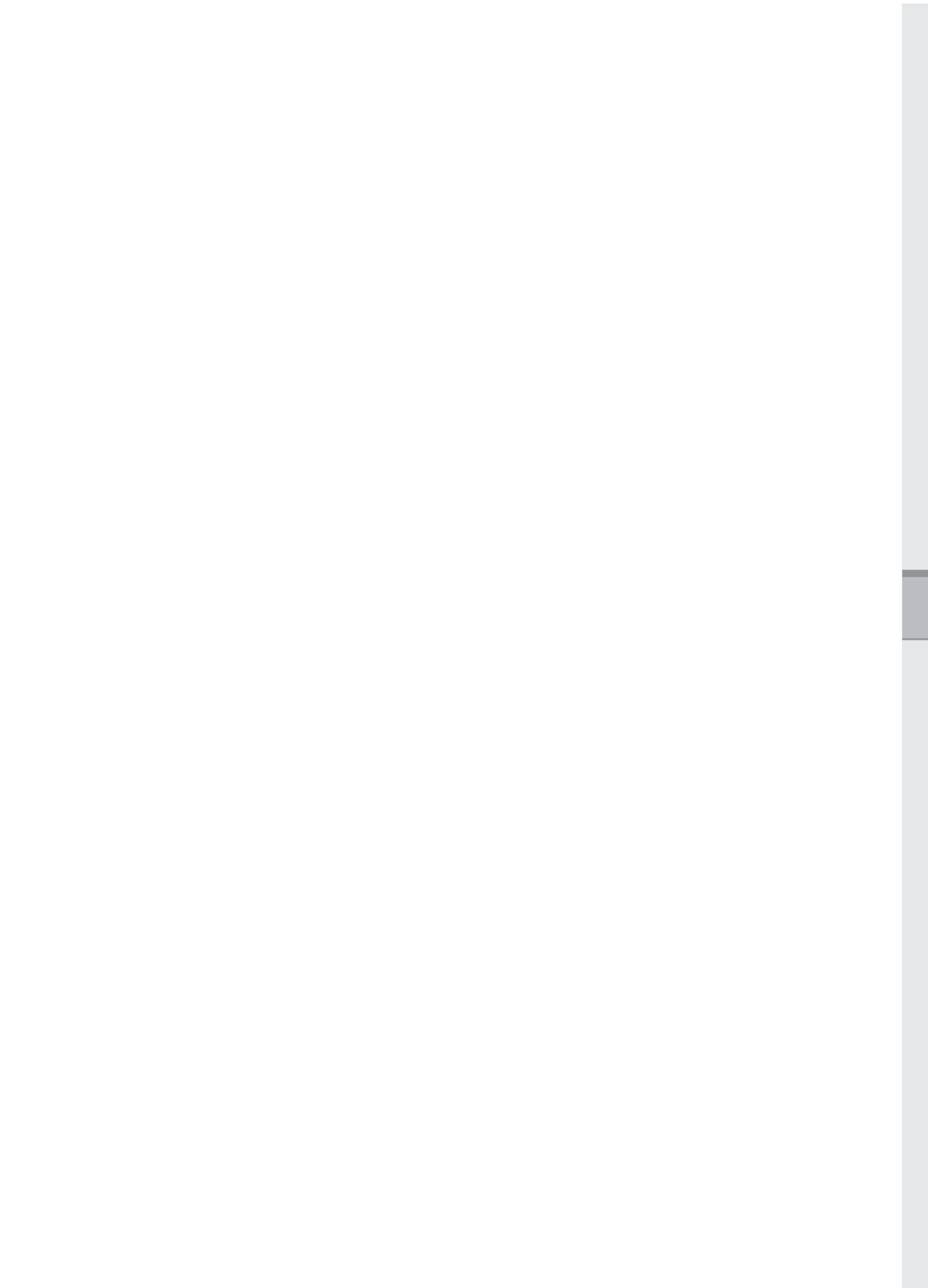
<https://banesco.com.pa/banca-corporativa/otros-servicios/caj-seg/>

https://www.bancopopular.com.co/wps/themes/html/minisites/educacion-financiera/HTML/SE_BENEFICIOS_SISTEMA_BANCARIO.htm

<https://www.metrobanksa.com/metrobank/es/cajillas-de-seguridadtanto>

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2000, expediente 5774.



Ausencia de definición y regulación de la responsabilidad por servicio defectuoso en el Estatuto del Consumidor colombiano (Ley 1480 de 2011)

*Iván Darío Taborda León**

* Abogado de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia. Docente en pregrado en las áreas de Responsabilidad Civil, Contratos, Derecho Mercantil Internacional en la Universidad Libre. Docente en el área del Estatuto del Consumidor en la Especialización de Derecho Comercial de la Universidad Libre. Abogado Litigante. Contacto: taborleon@hotmail.com

Introducción

El consumidor, concebido como individuo y elemento indispensable en el mercado, goza de protección especial del Estado y esa prerrogativa deriva de la posición de desventaja frente a los empresarios que conocen perfectamente las características del producto o servicio que comercializan. De esta forma, las iniciativas de protección al consumidor se deben concretar en leyes que cuenten con un esquema de protección integral; leyes que mundialmente existen y tienen un robusto sistema garantista del derecho del consumidor, en materia de bienes adquiridos como consecuencia del perfeccionamiento de una relación de consumo.

Sin embargo, desde una perspectiva económica, el servicio también interactúa con el consumidor y debe ser regulado con la misma finalidad proteccionista de los bienes considerados productos. Así, el servicio defectuoso constituye un concepto que escapa a una regulación precisa en varias legislaciones y que comprende solución de problemas de generación y reparación de daños a los consumidores. La legislación colombiana, en especial el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) presenta este vacío, a pesar de comprender un amplio y novedoso esquema de protección legal en materia de derecho del consumo.

En Colombia, la cultura del consumo se desarrolla lentamente, pero con un propósito claro, el de la protección de los derechos de los consumidores. Para tal fin se expide la Ley 1480 de 2011, conocida como Estatuto del Consumidor. Esta norma de gran importancia, ya que, consagra conceptos, derechos y obligaciones tanto de empresarios como de consumidores, establece escenarios de responsabilidad por producto defectuoso, refuerza los deberes de garantía, información y seguridad, en cabeza del empresario, fija esquemas de protección contractual del consumidor contra cláusulas abusivas y sitúa al consumidor, como objeto de protección especial, en la adquisición de bienes y servicios en el mercado del país para la satisfacción

de necesidades privadas, domésticas, familiares y ajenas a la actividad empresarial de quien los adquiere.

Indiscutiblemente, la importancia del papel del consumidor actual radica en que el legislador se preocupa por definir, de forma clara y responsable, su marco de protección y, frente a ello, vale la pena destacar y apoyar el avance que implica la expedición de un Estatuto del Consumidor en Colombia. Además, las críticas que recaigan sobre este deben contribuir a construir una mejor cultura del consumo en el país, incluyente y de fácil recepción, pues todas las personas adquieren la calidad de consumidor por interactuar en una sociedad que busca satisfacer sus necesidades a través de las nuevas formas contractuales y los nuevos productos que entran en un mercado, y que son reflejo de la responsabilidad y el empeño que el empresario pone en la obtención de un producto final que busca comercializar.

No obstante, en lo que respecta al servicio defectuoso, el Estatuto del Consumidor en Colombia pudo ir más allá. Esto quiere decir que se ha podido crear un régimen tan claro y preciso como el de responsabilidad por producto defectuoso, que ofrece una definición propia de la cual nacieron sus características, unos criterios de diferenciación frente al plano civil y comercial, y unas eximentes de responsabilidad que le dan identidad al servicio defectuoso como otro fenómeno dañino para los intereses del consumidor.

De acuerdo con lo anterior, el presente artículo se basa en la contextualización de lo que implica la definición de servicio y su adquisición por parte de los integrantes de la comunidad consumidora. Posteriormente, se desarrollará la idea de lo que debe entenderse por servicio defectuoso y, por último, se concertarán los conceptos de responsabilidad por servicio defectuoso y producto defectuoso, puesto que existe una diferenciación o trato desigual entre el primero y el segundo, lo que podría llevar a un desamparo del consumidor en la sociedad capitalista, que, igualmente, se nutre de la demanda de servicios.

2.1 El concepto de servicio para el estatuto del consumidor

En materia de consumo, la legislación nacional se adapta a la realidad del país, por cuanto comprende que las personas que participan en un mercado adquieren masivamente bienes y servicios. La definición de *bien o producto*,

para efectos de este escrito, representa un ser corpóreo, perceptible por los sentidos, y que ocupa un lugar en el espacio; además, está llamado a la satisfacción de una necesidad doméstica, privada o familiar del consumidor. Desde la tradición civilista del país, no es posible entender como sinónimos los conceptos de *bien* y *producto*. En este sentido, el Artículo 653 del Código Civil establece lo siguiente:

Los bienes se dividen en cosas *corporales e incorporales*; corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa o un libro, e incorporales aquellas que se basan en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Mientras el concepto de producto se torna más dinámico y moderno, el producto puede ser considerado el resultado de una actividad empresarial y económica, creado para ocupar un lugar en un mercado a fin de obtener una utilidad que retribuya la labor del empresario y compense los costes de producción. En otras palabras, debe ser resultado de una actividad económica organizada que Medina Vergara¹ define en los siguientes términos: “La actividad económica debe ser organizada. Si el capital y el trabajo no están organizados, entonces no hay producción ni prestación de servicios ni circulación de bienes ni nada: solo hay caos”.

De forma clara y precisa, el mismo tratadista establece el norte que debe seguir una actividad de esta naturaleza: “La actividad económica organizada debe dirigirse a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o a la prestación de servicios, y debe valerse de uno o más establecimientos de comercio”².

De esta forma, no puede perderse de vista la connotación económica del concepto de *producto*; para el Estatuto del Consumidor, el concepto de *bien* se incorpora en el concepto de *producto*. Esta afirmación se verifica al acudir a la Norma de Protección al Consumidor (Ley 1480 de 2011), que, en el numeral octavo del artículo 5, señala: “Para efectos de la presente ley, se entiende por producto todo bien o servicio”.

Por lo anterior, queda superada la definición civilista de *bien* ante el derecho del consumo y queda igualmente establecido que el producto, para efectos de

¹ MEDINA VERGARA, Jairo. Responsabilidad comercial. De las sociedades y sus vinculados. Bogotá: Temis, 2015, p. 64.

² *Ibíd.*, p. 66.

esta propuesta académica, se torna en un concepto económico y dual, pues encierra, frente a la relación de consumo, dos términos: bien y/o servicio. El concepto tradicional de bien, y el bien visto como producto, tienen como común denominador su corporeidad y su existencia física y material; conclusión lógica, dado que las personas adquieren bienes y sobre ellos ejercen los atributos del derecho de dominio, pudiendo así gravarlos o enajenarlos con absoluta libertad. Pese a ello, si la adquisición de ese bien es el resultado de una relación de consumo, tanto el consumidor como el usuario podrán invocar la protección de sus derechos conforme al estatuto vigente.

Desde una óptica mercantilista, el servicio es un producto y puede resultar tan defectuoso y dañino para el consumidor como un bien que no cumple con las características ofrecidas y publicitadas por el empresario. Frente a la prestación de servicios, se puede señalar que la regulación en su esfera de responsabilidad, en el Estatuto del Consumidor, pudo haber sido más precisa, más completa, y tan detallada como la responsabilidad por producto defectuoso.

Aunque el servicio se considere un producto, como ya se explicó, el legislador se preocupó más por la protección del consumidor frente a bienes corpóreos adquiridos en él tráfico comercial que por delimitar obligaciones y responsabilidades en la prestación de un servicio; preocupación que alimenta el desarrollo del presente artículo, ya que el consumidor es el beneficiario directo de la globalización de los mercados, fenómeno que “resalta que los antiguos mercados nacionales, históricamente separados, se funden y forman una unidad interdependiente. Se eliminan barreras comerciales y particularismos estatales o trabas gubernamentales³”. Esto implica que el consumidor goza de servicios cada vez más novedosos, como resultado de las nuevas formas negociables y empresariales; por ende, el grado de protección que ofrezca un país a su población consumidora debe ser suficiente y determinado ante la importancia del derecho de consumo.

2.2 La adquisición de servicios

No siempre un bien específico está llamado a satisfacer la necesidad del consumidor promedio. En ocasiones, se requiere de un servicio que tome en consideración a las personas, en su papel de consumidores, y que tenga en

³ RAVASSA, José. Derecho mercantil internacional. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.

cuenta las prerrogativas que esta calidad les ofrece. Los servicios, en general, se contrataban exclusivamente mediante la modalidad civil del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, establecidos en el artículo 2064 del Código Civil de la siguiente manera: “Los servicios inmateriales, que consisten en una amplia serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores, se sujetan a las reglas especiales que siguen”.

Esta norma, aunque vigente, resulta obsoleta para las necesidades del mercado global no solamente por su redacción leal a la época de expedición, sino por su carácter pasivo ante las nuevas formas de contratación en el mundo. La denominación de arrendamiento de servicios inmateriales se ha visto transformada por la de contrato de prestación de servicios, por su desarrollo técnico y por los usos sociales y comerciales. El contrato de prestación de servicios se constituye en una herramienta moderna para el cumplimiento de las obligaciones nacidas en el ejercicio de profesiones liberales que buscan colmar la expectativa de las personas. Es así como médicos, abogados, ingenieros, contadores, psicólogos, trabajadores sociales y otros profesionales garantizan la remuneración de su servicio ante las personas que se han valido de sus conocimientos y experiencia para solucionar una situación particular. La doctrina especializada define el contrato de prestación de servicios así:

aquel en el cual una persona se compromete con otra, a cambio de una remuneración, a ejecutar una serie de actos en beneficio de otro, que no constituyen una obra (...) Este contrato está regulado en el Código Civil, en los artículos 2064 a 2069, principalmente, pues, de manera especial, existen también en el ordenamiento reglas de igual o menor jerarquía, que encauzan temas que no aborda el Código, pero que son de suma importancia, como las reglas relativas al ejercicio de determinadas profesiones u oficios, que, desde luego, enriquecen la normativa sobre el contrato⁴”.

La multiplicidad de normas específicas que regulan el ejercicio de profesiones en Colombia es realmente preocupante, con respecto a la definición del servicio al que hace referencia el Estatuto del Consumidor, pues resulta

⁴ BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Bogotá: Doctrina y Ley, 2005, p. 487.

evidente que se requiere definir o fijar parámetros para delimitar la diferencia entre un contrato civil y un servicio regulado por la Ley 1480 de 2011. Diversas leyes regulan las profesiones en Colombia y cada profesional busca prestar un servicio distinto; entre estas se encuentran la Ley 23 de 1981 (Estatuto de Ética Médica), Ley 266 de 1996 (Estatuto de la Enfermería), Ley 528 de 1999 (Estatuto del Fisioterapeuta), Ley 842 de 2003 (Estatuto del Ingeniero) y la Ley 1123 de 2011 (Estatuto de la Abogacía).

En principio, se puede decir que esas normas no entrarían en conflicto con el servicio consagrado en el Estatuto del Consumidor, pues algunas de las leyes mencionadas incluyen parámetros de aplicación y gradación de faltas disciplinarias en cuanto al ejercicio de la profesión; pero, cuando cada uno de estos profesionales decide prestar un servicio, lo hace primordialmente en el marco normativo del derecho civil y, desafortunadamente, la norma civil empieza a quedarse estática, casi petrificada, ante las nuevas situaciones y problemáticas que surgen en el mundo de los negocios y en la actual dinámica contractual.

Desde una perspectiva general, se pensaría que no existen problemas en la diferenciación del contrato civil de prestación de servicios y la relación de consumo que tiene por objeto la prestación de un servicio; pero ciertas características dentro del articulado de la Ley 1480 de 2011, de una u otra forma, dan lugar a inquietudes en la diferenciación, que no está bien definida ni clara. El artículo 7 de la Ley 1480 de 2011 señala:

Es obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos. En la prestación de servicios en la que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado. PARÁGRAFO. La entrega o distribución de productos con descuento, rebaja o con carácter promocional está sujeta a las reglas contenidas en la presente ley.

Nótese cómo la prestación de servicios que nacen de una obligación de medio cuentan con garantía, gracias a las condiciones de calidad en la prestación del servicio. Es bien sabido que la obligación de medios es también llamada

obligación de prudencia o de diligencia, en la que el deudor se compromete con su acreedor a poner a su disposición toda su experiencia, diligencia y sus buenos oficios, en procura del cumplimiento del deber de prestación, sin garantizar resultado alguno.

Esta particularidad para el Estatuto del Consumidor invita a una reflexión que se expondrá mediante un caso: si el señor X contrata los servicios profesionales del médico H para el tratamiento de una gastroenteritis, se encuentra ante un contrato de prestación de servicios médicos de naturaleza civil con una obligación de medio por excelencia; si la gestión del médico es materia de reproche por parte del paciente, la garantía se concretaría en la observancia de la *lex artis* del médico y, ante el malestar e insatisfacción del usuario, ¿cuál sería el siguiente paso? ¿acudir a la jurisdicción ordinaria en proceso declarativo para que el médico sea señalado como civil y contractualmente responsable? ¿podría valerse de la acción de protección al consumidor consagrada en el numeral tercero del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, al comprender una supuesta violación del deber de garantía? La primera opción era válida antes de la entrada en vigencia de la Ley 1480 de 2011, la más sensata; pero, al incluir la prestación de servicios que comprendan obligaciones de medio, la segunda opción no resultaría descabellada. Se genera así un primer punto de debate para una regulación más extensa del servicio y del servicio defectuoso.

La misma normativa despierta una segunda inquietud que refuerza la tesis de separación y precisión de conceptos, en materia de prestación de servicios. Obsérvese el contenido del numeral 3 del Artículo 11 de la Ley 1480 de 2011:

Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones: En los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento, se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que se contrató, o a la devolución del precio pagado⁵.

Nuevamente, se recurrirá al ejemplo de una situación hipotética que le facilite al lector la comprensión del tema: La señora M contrata los servicios profesionales del abogado K para la elaboración de un concepto escrito, en

⁵ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html - top

materia de competencia desleal, concepto que el profesional del derecho construye con dedicación y empeño para satisfacer la obligación adquirida. Tiempo después, la usuaria, inconforme, acude nuevamente a la oficina del abogado K para cuestionarle por su gestión, ya que el juez que conoció el proceso no acogió la tesis planteada por el abogado en el concepto escrito.

Ante esta situación, cabe preguntarse si la señora M podría exigirle al abogado la restitución del precio de los honorarios cancelados o podría exigirle la aclaración y ampliación del concepto. No existe motivo para afirmar que resulte imposible hacerlo. La mínima referencia que hizo el legislador de la obligación de medio como fin del servicio hace que la posibilidad o la inquietud académica, práctica y teórica se fortalezca, en busca de una solución que puede ser la regulación del servicio y del servicio defectuoso, en caso de la existencia de daños.

En Colombia, la falta de regulación de temas, relacionada con el consumo de bienes y servicios es visible. El doctor Juan Carlos Villalba Cuéllar⁶ precisa la situación de la siguiente forma:

En el derecho colombiano, algunos de estos aspectos del derecho del consumo todavía tienen una regulación precaria e insuficiente, contrariamente a lo que sucede algunas veces en el ordenamiento jurídico como el comunitario europeo, en el cual se ha tratado el tema de la protección al consumidor, influenciado por una perspectiva social, a un grado de desarrollo bastante alto. En Colombia, por ejemplo, en cuestiones de contratos de adhesión, una sola norma reguló este aspecto durante muchos años, el artículo 1624 del Código Civil. Así mismo, en lo que respecta a las cláusulas abusivas, la regulación es reciente y la jurisprudencia al respecto es escasa. Todo lo anterior hace pensar que la legislación estaba rezagada en la regulación de estos temas, pues los principios generales del derecho privado son insuficientes para solucionar problemas que hace cien años eran insospechados.

El planteamiento del autor, expuesto clara y acertadamente, debería sumarse a la discusión referente al servicio defectuoso, ya que en el país la legislación sobre este punto resulta, más que precaria, inexistente.

⁶ VILLALBA CUÉLLAR, Juan. Introducción al derecho de consumo. Universidad Militar Nueva Granada, 2012, p. 48.

2.3 Prestación de servicios que suponen la entrega del bien

Existe una clase de servicio que se incluyó y reguló en el Estatuto del Consumidor; se trata del servicio que supone la entrega del bien, regulación que, cabe aclarar, se da para efectos de la garantía, sin que se llene plenamente la ausencia de delimitación de servicio defectuoso.

Es común que las personas se valgan de los múltiples de servicios que se ofrecen en un mercado, basta con un breve recorrido por cualquier ciudad del país para convertirse en destinatario de un sinnúmero de ofertas e invitaciones para la adquisición de bienes y servicios, algunos de los cuales implican la entrega del bien a fin de que el prestador lleve a cabo su correspondiente labor.

Dentro de los múltiples ejemplos se pueden citar los servicios de parqueaderos de motos y vehículos, servicios de lavandería de prendas de vestir, lavaderos de vehículos, talleres mecánicos, etc. Estos se empiezan a prestar con base en el artículo 18 de La ley 1480 de 2011, en los siguientes términos:

Artículo 18. Prestación de servicios que suponen la entrega de un bien. Cuando se exija la entrega de un bien respecto del cual se desarrollará una prestación de servicios, estará sometido a las siguientes reglas:

1. Quien preste el servicio debe expedir un recibo del bien, en el cual se especifique la fecha de recepción, y el nombre del propietario, o de quien hace entrega, su dirección y teléfono, la identificación del bien, la clase de servicio, las sumas que se abonan como parte del precio, el término de la garantía que otorga y, si es posible determinarlos en ese momento, el valor del servicio y la fecha de devolución.

Cuando, durante la recepción, no sea posible determinar el valor del servicio y el plazo de devolución del bien, el prestador del servicio deberá informarlo al consumidor en el término que acuerden para ello con el fin de que el consumidor acepte o rechace de forma expresa la prestación del servicio. De dicha aceptación o rechazo se dejará constancia, de tal forma que pueda ser verificada por la autoridad competente; si no se hiciera salvedad alguna en el momento de la entrega del bien, se entenderá que el consumidor lo entregó en buen estado.

2. Quien preste el servicio asume la custodia y conservación adecuada del bien y, por lo tanto, de la integridad de los elementos que lo

componen, así como la de sus equipos anexos o complementarios, si cuenta con ellos.

3. En la prestación del servicio de parqueadero la persona natural o jurídica que preste el servicio deberá expedir un recibo del bien, en el cual se determine la fecha y hora de la recepción, la identificación del bien, el estado en que se encuentra y el valor del servicio en la modalidad en que se preste. Para la identificación y el estado en que se recibe el bien en el momento del ingreso podrán utilizarse medios tecnológicos que garanticen el cumplimiento de esta obligación. Cuando se trate de zonas de parqueo gratuito, el prestador del servicio responderá por los daños causados cuando medie dolo o culpa grave.

Parágrafo. Pasado un (1) mes, a partir de la fecha prevista para la devolución, o de la fecha en que el consumidor debía aceptar o rechazar expresamente el servicio, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 anterior, sin que el consumidor acuda a retirar el bien, el prestador del servicio lo requerirá para que lo retire dentro de los dos (2) meses siguientes a la remisión de la comunicación. Si el consumidor no lo retira, se entenderá, por ley, que abandona el bien y el prestador del servicio deberá disponer del mismo, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para tal efecto.

Sin perjuicio del derecho de retención, el prestador del servicio no podrá lucrarse económicamente del bien, ni explotarlo, transferir el dominio o conservarlo para sí mismo. No obstante, el consumidor deberá asumir los costos asociados al abandono del bien, tales como costos de almacenamiento, bodegaje y mantenimiento.

En términos generales, el prestador adquiere la calidad de custodio frente al bien entregado, dada la obligación de documentar su servicio expidiendo recibo, e indicándole al propietario o usuario del bien el valor del servicio y su posible fecha de entrega, si fuera el caso. El servicio puede ser variado, pero la calidad de custodio se prolonga a lo largo de la prestación del servicio, al punto de responder por la conservación del bien y de la integridad de los elementos que lo componen.

Por otra parte, se le otorga especial atención al servicio de parqueadero, en el que el prestador debe verificar el estado en que recibe el bien, valiéndose inclusive de medios tecnológicos (grabaciones y fotos); además, en las zonas de parqueo gratuito, el prestador del servicio responderá por los daños

causados a título de dolo o culpa grave. Por tanto, el planteamiento de responsabilidad civil se daría por destrucción, o pérdida o deterioro del bien, es decir, se vuelve a centrar la atención en el objeto material y corpóreo que se entrega como una especie de servicio dentro de una categoría llamado *prestación de servicios*.

El servicio en cuestión también es regulado, para efectos de su garantía, a través del Artículo 8:

Término de la garantía legal. El término de la garantía legal será el dispuesto por la Ley o por la autoridad competente. A falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor. El término de la garantía legal empezará a correr a partir de la entrega del producto al consumidor.

De no indicarse el término de garantía, el plazo será de un año para productos nuevos. Tratándose de productos perecederos, el término de la garantía legal será el de la fecha de vencimiento o expiración.

Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada de forma escrita y clara por el consumidor. En caso contrario, se entenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses.

La prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo podrá ser prestada sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada de manera escrita y clara por el consumidor. En caso contrario, se entenderá que el servicio tiene garantía de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del bien a quien solicitó el servicio.

Para los bienes inmuebles, la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años y, para los acabados, por un (1) año.

El derecho colombiano ha privilegiado este tipo de servicio no solo al incluirlo dentro del esquema de la Ley 1480 de 2011, sino mediante la expedición del Decreto 735 de 2013: “Por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7 y siguientes de la Ley 1480 de 2011”:

Artículo 17. Garantía legal en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien. La garantía legal en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien será la de reparación, cuando ello resulte

procedente. En los casos en que no resulte procedente la reparación, el bien se deberá sustituir por otro de las mismas características, o se deberá pagar su equivalente en dinero en los casos de destrucción total o parcial causada con ocasión del servicio defectuoso. Cuando el consumidor opte por el pago del equivalente en dinero, el valor del bien se determinará según sus características, estado y uso. Si se presenta controversia sobre el monto, el productor o expendedor deberá dejar constancia por escrito sobre la diferencia y la explicación o sustentación de su valoración.

Cuando el juez competente o la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, encuentren que se incumplieron las exigencias de información o de emisión de las constancias, informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio para que, en ejercicio de facultades administrativas, adelante la investigación correspondiente.

En esta norma se refuerza la calidad de custodio de quien presta el servicio, ya que se verá obligado a reparar el bien entregado, como resultado de su obligación de garantía o, en su defecto, a pagar su equivalente en dinero, en caso de pérdida o deterioro del bien.

Con estas normas se logra un gran avance para el derecho nacional, pues definen el cómo y cuándo proceder, en caso de ser víctimas de daño a un interés patrimonial reflejado en el bien entregado, y cómo se hace efectiva la garantía. Un mayor progreso se observa en cuanto a los parqueaderos, que tantas diferencias generan en las grandes ciudades del país ante la infinidad de abusos cometidos por los prestadores de este servicio, que dieron vida a un negocio redondo, lucrativo y estratificado no por la calidad del servicio, sino por la ubicación del parqueadero, panorama ante el cual el ciudadano se veía desprovisto de acciones frente al cobro excesivo y, peor aún, frente a los daños causados a su bien o a elementos accesorios. Hoy en día el prestador de un servicio de parqueadero se enfrenta a un consumidor con herramientas para hacer valer sus derechos.

De esta forma, se puede afirmar que, si bien es cierto que existe un avance en materia de protección al consumidor, el único servicio que se presta no es el de aquellos que implican entrega de bienes, puesto que, en muchas ocasiones, el servicio involucra una prestación personal y directa por parte de un profesional o grupo de profesionales o, en su defecto, de empresarios innovadores que prestan un servicio para satisfacer una necesidad privada,

doméstica o familiar. El objetivo de la preocupación que aquí se origina se dirige a establecer si existe una regulación suficiente que permita proteger al consumidor ante el servicio defectuoso.

2.4 El servicio defectuoso

Como se mencionó, el listado de bienes y servicios que se ofrecen en un mercado se constituye en una temática inacabada y en una lista infinita, en virtud de las nuevas alternativas del mercado. Toda sociedad está llamada a mejorar aspectos políticos, económicos y culturales, y de esa necesidad surgen nuevos vínculos comerciales e invenciones llamadas a cumplir su labor en la sociedad económica.

Por ello, como sociedad, no se podría exigir al legislador un régimen legal absoluto y completo en materia de protección al consumidor; pero sí se podría señalar que debe existir, a través de la norma, un paradigma o modelo que tenga como única finalidad la protección de sus derechos, y ese esfuerzo debe hacerse más evidente en países como Colombia, donde el derecho del consumo se comienza a desarrollar y a construir. Es así como, dentro del gran avance que, para el consumidor colombiano, constituye la Ley 1480 de 2011, se siente la ausencia de la regulación específica sobre el servicio defectuoso.

Al respecto, verificando algunas fuentes, sorprende que la falta de regulación del servicio defectuoso no sea exclusiva de países donde la cultura del consumo se encuentra en desarrollo; el caso español, que aportará bastante, permite deducir que esta falencia se puede presentar en escenarios donde el consumidor goza de toda una desarrollada protección, edificada y legislada a lo largo de los años; pero, a pesar de ello, se encuentra ante los mismos conflictos cuando de servicios defectuosos se trata, precisamente por el dinamismo del empresario que nunca deja de generar ideas para dar vida a nuevos productos.

Un primer error en el que se puede incurrir en el momento de legislar acerca de temas de protección a los consumidores es crear un régimen compartido de bienes y servicios, dado que no se trata de situaciones similares. Cabe recordar que la Ley 1480 de 2011 denomina el producto como todo bien o servicio.

Esta generalización no resulta adecuada, debido a los múltiples servicios que pueden ofrecerse a los consumidores, comprometiendo obligaciones de medio y de resultado, lo que requiere un estudio más significativo de los

servicios específicos; pero, si solamente se centra la atención en el concepto de bien adquirido, en virtud de una relación de consumo diferenciado del servicio, se da lugar a un régimen general que ofrece más alternativas de solución a los reclamos del consumidor.

Es posible observar que, en el caso europeo, especialmente en España, se analiza la inviabilidad de la acumulación legislativa de responsabilidades entre bien y servicio defectuoso. En primer lugar, el sistema español de protección al consumidor ha contado con todo un desarrollo legislativo y normativo a través del tiempo; basta decir que existe la LPD (Ley 22 de 1984 de Responsabilidad Civil y Producto Defectuoso), que no contempla, en sentido estricto, un régimen de protección al consumidor, sino un régimen de responsabilidad, que parte del presupuesto de la existencia de un daño al consumidor, dando fe del avance en la materia, al existir toda una norma que únicamente regula los temas de responsabilidad.

Igualmente, la disposición conocida como el Real Decreto Legislativo 1 de 2007 por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios* (TRLGDCU) incluye medidas frente al producto defectuoso, pero causa extrañeza la ausencia de una singularización del servicio defectuoso como tal. El problema, en el derecho comparado, se puede interpretar de la siguiente manera:

Por otro lado, se ha atacado el tratamiento conjunto de servicios y productos, defectuosos por la inclusión de una serie de disposiciones comunes de muy dudosa constitucionalidad. Se ha tratado de armonizar dos regímenes que obedecen a dos concepciones muy distintas. Así, mientras la regulación respecto de productos defectuosos pretende un equilibrio entre la competencia de las empresas en el mercado, el régimen por servicios defectuosos se centra propiamente en la protección al consumidor.

Asimismo, se han señalado dudas acerca de la conveniencia de una regulación conjunta, con el fundamento de que nos encontramos ante dos responsabilidades de distinta naturaleza jurídica. Por un lado, la responsabilidad por productos defectuosos es esencialmente extracontractual, pero, por otro lado, la responsabilidad por servicios defectuosos derivará generalmente de una relación contractual”.

⁷ ORTIZ DE ZÁRATE DE PABLO, Irene. “La responsabilidad civil por productos defectuosos”. Universidad de la Rioja, 2013, p. 15.

En pocas palabras, y sin ánimo de establecer comparaciones con otras culturas y políticas económicas, la Ley 1480 de 2011 muestra la tendencia a ubicar solamente en cuerpo normativo las obligaciones, deberes y planteamientos de responsabilidad para bienes y servicios, incluyéndolos en el concepto de *producto*. Lo anterior puede abocar al consumidor nacional a un desamparo en asuntos de servicios.

En Perú, igualmente, la discusión se torna similar:

En el derecho peruano, los daños derivados de la defectuosa ejecución de un servicio no se asimilan a los casos de productos defectuosos. No existe ni siquiera una mínima intención de parte de la doctrina, menos aún de la jurisprudencia, para equipararlos a los fines del resarcimiento de la víctima. Por consiguiente, los daños que surjan de una mala ejecución de una prestación de servicios, se regirán por las normas correspondientes a la responsabilidad contractual, admitiendo los jueces, en algunos casos, la responsabilidad extracontractual por la defectuosa ejecución de una prestación.

Y, tratándose de servicios profesionales, la responsabilidad por los daños resultantes se rige por el art. 1762 C.C., que literalmente señala lo siguiente:

Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable⁸.

La ausencia de regulación del servicio defectuoso comienza a mostrarse como una tendencia que preocupa a los actuales y futuros consumidores. Definir *servicio* y, a la vez, *servicio defectuoso*, es una tarea que ha quedado en manos del sector académico y de la doctrina en pro de la construcción en materia de consumo. Cabe anotar que el estatuto colombiano no define, de forma separada, el servicio ni el servicio defectuoso, puesto que el concepto de producto defectuoso comprende el de servicio.

El Tratado de Funcionamiento de la Ley Europea (TFUE) define el servicio como “las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remun-

⁸ WOOLCOTT, Olenka. “La responsabilidad civil del productor de bienes y servicios defectuosos en el Perú”. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 16.

neración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas” (artículo 57). De esta manera, el servicio se caracteriza como un concepto casi universal en cualquier parte del planeta, al incluir la ejecución de una prestación. Este concepto está presente en muchos escenarios, pero no ocurre lo mismo con el concepto de servicio defectuoso, pues su definición es precaria, por no decir inexistente.

¿A qué se debe tal dificultad? Es una pregunta que puede tener varias respuestas. La primera de ellas nace de la fusión de los conceptos de *bien* y *servicio*; pues esto impide que el servicio defectuoso tenga identidad y, al carecer de este atributo, carece de regulación. La segunda hipótesis se origina por la falta de delimitación de lo que se entiende como un servicio, en el seno de una relación de consumo, puesto que se considera que el servicio que se enmarca dentro del ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011 es aquel que busca solucionar una necesidad de naturaleza familiar, privada o doméstica, ajena a la actividad empresarial de quien lo contrata; pues, si el servicio contratado se dirige a brindar un apoyo a la actividad económica o mercantil de quien lo contrata, prácticamente la discusión desaparece al evidenciarse un panorama claro que lleva a aplicar las disposiciones civiles o mercantiles de responsabilidad contractual.

Una tercera hipótesis permite señalar que es necesario tener en cuenta la importancia de construir el concepto, es decir, cuál es su fin y su deber ser, para entender que no es otro sino el de la verificación del cumplimiento del deber de seguridad, en cabeza del empresario prestador del servicio; de este modo, caracterizado el interés de la protección a la población consumidora, su regulación iniciaría en cuestión de meses.

Esta última hipótesis busca demostrar que la regulación del servicio defectuoso pretende convertirse en un esquema de responsabilidad civil para el consumidor del servicio, lo cual implica que el daño, potencialmente entendido, será presupuesto indispensable para la construcción del concepto y que, además, el daño debe ser consecuencia del desconocimiento del deber de seguridad, mas no de los deberes de garantía, información y publicidad no engañosa que involucran el ejercicio empresarial frente a los beneficiarios del producto.

Es claro que, en primer lugar, el servicio se publicita y la protección frente a la publicidad engañosa ya está estipulada en el estatuto colombiano (Artí-

culos 29, 30, 31, 32 y 33. Ley 1480 de 2011). Si la publicidad genera el impacto necesario en el consumidor, este entrará en el plano de la información y el prestador sabe que la información que otorga debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea (arts. 23 y 24. Ley 1480 de 2011).

Una vez adquirido o contratado el servicio, se pasa a la etapa de la garantía, obligación que, como se ha expresado a lo largo de este artículo, se presenta de manera explícita para los servicios que implican entrega de bienes y, aún más, con base en el Decreto 735 de 2013, para los servicios, en general, ya que esta disposición indica textualmente lo siguiente:

Artículo 16. Garantía legal en los casos de prestación de servicios. En los casos de prestación de servicios, el proveedor del servicio deberá dejar constancia escrita de la elección del consumidor sobre la forma de hacer efectiva la garantía legal, que puede ser la repetición del servicio o la devolución del dinero. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá los requisitos de la constancia escrita prevista en este artículo.

Cuando se opte por la repetición del servicio, el proveedor asumirá el costo de todos los materiales o insumos que le hayan sido suministrados inicialmente por el consumidor y no podrá cobrarle suma alguna por ellos ni por los demás materiales o insumos que, sin haber sido suministrados por el consumidor, se hayan requerido para la prestación del servicio.

Cuando se opte por la devolución del dinero, esta incluirá el monto de todos los materiales o insumos que hayan sido suministrados por el consumidor para la prestación del servicio.

De una u otra forma, el decreto citado fue más allá que la Ley 1480 de 2011, al incluir un patrón de garantía adicional a los servicios, en general, y sin limitarse a aquellos que requieren de la entrega de un bien.

Dado que aquí lo que se resalta como motivo de la urgente regulación es el incumplimiento del deber de seguridad en la prestación de un servicio, vale la pena recordar qué es la seguridad para la Ley 1480 de 2011:

ARTÍCULO 5. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley, se entiende por seguridad la condición del producto según la cual, en situaciones normales de uso, teniendo en cuenta la duración, la infor-

mación suministrada en los términos de la presente ley y, si es necesario, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se considerará inseguro.

Se discute, a partir de esta idea, qué pasa cuando el consumidor o usuario del servicio es víctima de un daño en su integridad, salud o, en el peor de los casos, sobreviene la muerte como resultado del servicio defectuoso. El siguiente caso imaginario intenta ilustrar esta idea:

El señor X, esposo y padre de familia de dos menores de edad, contrata a la empresa Matamosquitos SAS para que preste el servicio de fumigación en su casa ante la existencia de roedores, termitas y zancudos. La empresa contratada adelanta su labor y le indica a la familia que el inmueble simplemente se debe ventilar una mañana entera, luego de la aplicación del plaguicida, abriendo las ventanas para hacer desaparecer los efectos nocivos de la sustancia. El señor X ventila el inmueble como se lo indicó el prestador del servicio; pero, a los pocos minutos de ingresar al inmueble, él y su familia sufren sensación de mareo, náuseas, y uno de sus hijos menores se desmaya a causa de la inhalación de la sustancia que se utilizó en la fumigación, lo que deja una secuela médica de consideración para la esposa y el hijo del usuario. El prestador se excedió en la medida y cantidad del plaguicida empleado y, además, la información que brindó no fue precisa, en cuanto que el inmueble no podía habitarse sino tres días después de la utilización del producto ante la naturaleza nociva de la sustancia.

En el ejemplo anterior, se pueden observar ciertas características de un servicio que podría denominarse *defectuoso*. En primer lugar, se contrata el servicio para una solución doméstica y familiar; en segundo lugar, la familia se considera usuaria y es destinataria final y directa del servicio; en tercer lugar, se desconoce flagrantemente el deber de seguridad para con los usuarios, por cuanto la prestación del servicio implicaba la adopción de medidas apropiadas para la protección de la salud de los habitantes del inmueble y, por último, se verifica la existencia del daño y de unos perjuicios derivados que merecen ser reparados.

Por lo anterior, surge inevitablemente una pregunta. ¿Esta reparación integral a los miembros de la familia se obtendrá mediante el régimen de responsabilidad por producto defectuoso consagrado en la Ley 1480 de 2011?

Definitivamente, la respuesta es *no*. El motivo no es otro sino el de la ausencia de regulación del servicio defectuoso en el panorama legal colombiano.

A continuación, se abordará la preocupación por el trato distinto que se les da al producto y al servicio defectuoso en la legislación nacional de protección al consumidor.

2.5 La ausencia de regulación de responsabilidad por daño por servicio defectuoso

Es en la unificación del concepto de producto en lo primero en lo que se debe insistir para establecer este paralelo entre la responsabilidad por daño por producto defectuoso y la responsabilidad por daño por servicio defectuoso. Producto, en términos de la Ley 1480 de 2011, corresponde a todo bien o servicio (Art. 5 numeral 8). En estas condiciones, la invitación inicial que hace el Estatuto del Consumidor colombiano es a entender que, debido a esa concepción unicista del producto, la ley en mención tiene un campo de acción que cubre los dos tipos de daños; esto es, los causados por un bien y los causados por un servicio, situación que no ocurre, a pesar de la buena intención de legislar en materia de protección al consumidor.

A continuación, se exponen las características que construyen la visión del autor del presente trabajo con respecto al tema:

- *Ausencia de definición de prestador*: “el prestador debe ser empresario, es decir, persona física o jurídica que actúe en el marco de su actividad empresarial o profesional”⁹. Aunque no constituye esta omisión conceptual la conducta más representativa del trato desigual, sería importante que el concepto de prestador se implementara de forma adecuada. La Ley 1480 de 2011 incluye el concepto de *productor* y el de *proveedor* o *expendedor* de la siguiente manera:

ARTÍCULO 5. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley, se entiende por productor la persona que, de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se estima productor a quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

⁹ *Ibíd.*, p. 20.

Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

Se observa que el concepto de productor resulta excluyente del servicio, ya que, de su redacción se entiende la necesaria ubicación del consumidor ante un bien corpóreo; mientras que, una vez revisado el concepto de proveedor, se subsana de alguna forma la falencia, al anotar que este *ofrece y suministra*, verbos que se adaptan más al servicio. No está de más pensar que las disposiciones de protección al consumidor deben gozar de máxima claridad y de un fácil entendimiento; pues sus destinatarios somos todos y tener que efectuar interpretaciones y razonamientos para el restablecimiento de derechos resulta una situación ajena al deber ser del *derecho del consumo*.

- *Definición de producto defectuoso desligada por completo del factor servicio.* La redacción del numeral 17 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 estima lo siguiente:

ARTÍCULO 5. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley, se entiende por producto defectuoso aquel bien mueble o inmueble que, en razón de un error, diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho.

La contradicción es notoria cuando, por un lado, todo bien o servicio es considerado producto, y no se entiende por qué la norma en cuestión solamente se preocupa por los bienes inmuebles y muebles; la omisión de incluir el servicio defectuoso en la norma afecta a los consumidores, porque, ante tal definición, lo único que podría causar un daño es un bien de la naturaleza descrita (mueble o inmueble), lo cual, se sabe, constituye un error, ya que existirán servicios precarios que pueden concluir en la concreción de un daño. Ante este argumento, es evidente la ausencia de la definición de servicio defectuoso.

- *Regulación exclusiva de responsabilidad por daño por producto defectuoso.* Esta responsabilidad se encuentra establecida claramente en el Estatuto del Consumidor, en un capítulo único que inicia con el artículo 19 y se desarrolla hasta el artículo 22 de la ley. Basta verificar las siguientes disposiciones (especialmente, artículos 20 y 21) para que se tenga por excluido el servicio defectuoso como origen del daño.

Vale la pena analizar detalladamente las normas:

Artículo 20. Responsabilidad por daño por producto defectuoso. El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien ponga su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto.

Los siguientes son considerados como daños: 1) Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso; 2) Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

Lo anterior, sin perjuicio de que el afectado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la Ley.

Artículo 21. Determinación de la responsabilidad por daños por producto defectuoso. Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel.

Parágrafo. Cuando se viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico, se presumirá el defecto del bien.

Se resalta, en primera instancia, que la norma se refiere tan solo al productor y el expendedor, sin incluir al proveedor, quien sería el encargado de poner a disposición servicios en el mercado; además, la carga de la prueba, en cabeza del consumidor (art. 21), establece que este debe probar el defecto del *bien*, y no el del servicio, o inclusive del producto, dejando así aislado el fenómeno de responsabilidad derivado del servicio defectuoso. Definitivamente, el daño derivado de un servicio no encuentra fundamento legal resarcitorio dentro de la Ley 1480 de 2011.

Por otra parte, se debe mencionar que no existe un listado exclusivo de causales de exoneración de responsabilidad por daño por servicio defectuoso; como sí se plasmaron para la obligación de garantía, información y publicidad. Este argumento que confirma que, en Colombia, el *derecho de consumo* se encuentra en una etapa de desarrollo, maduración y socialización que supone nuevos esfuerzos para lograr una protección integral al consumidor.

Conclusiones

El concepto de consumidor reviste una gran importancia, pues no existe duda alguna de la necesidad de protección al consumidor; dado que se encuentra en una situación de desventaja frente a diferentes tipos de productores. El deber ser de la protección al consumidor se consolida en la respectiva legislación, que debe buscar una protección global e integral del consumidor, por tratarse de un concepto universal y globalizado que no debe diferenciarse, independientemente del sistema jurídico y bloque económico al que pertenezca un país.

Para el caso colombiano, en particular, se observa con optimismo un gran avance en la materia con la expedición de la Ley 1480 de 2011, que, en su corto tiempo de vigencia, ha generado un cambio en las conductas de empresarios y consumidores. Lo anterior quiere decir que la tarea de difundir la cultura del consumo está iniciando y debe continuarse con el mismo ímpetu y dinamismo con el que va creciendo.

Se demostró que existe una falencia con respecto a la falta de definición y regulación del servicio defectuoso como escenario de responsabilidad. La ley 1480 de 2011 intentó incluir las problemáticas que surgen en la prestación de los servicios que ofrecen los comerciantes y no se puede afirmar, desde ningún punto de vista, que esta ley haya fracasado en su propósito. A pesar de la buena intención legislativa, es claro que el avance en la materia se orienta hacia la construcción de una solución para el consumidor, en caso de ser víctima de un daño originado en la prestación de un servicio defectuoso; por ende, resulta indispensable definir el producto defectuoso y separarlo de la concepción que lo asemeja erróneamente a un bien específico.

Entre los aspectos más interesantes que arroja el estudio de esta temática se encuentran la dificultad para definir el servicio defectuoso, incluso en mercados que llevan años de desarrollo y de avance legislativo en lo que se refiere a la protección del consumidor; en últimas, no se trata de una deficiencia exclusiva del régimen de protección al consumidor, sino de una situación generalizada que se da por la multiplicidad de servicios que a diario aparecen para ser comercializados. Es así como el avance tecnológico y científico de la empresa mundial se convierte en el primer obstáculo que se debe vencer en la lucha por la creación de la protección integral del consumidor frente a los servicios.

La tarea es ardua, pero es el presente de la industria el que da la pauta para definir el servicio y sus efectos negativos; puesto que, de no hacerlo ahora, la empresa tomará una ventaja frente a los derechos del consumidor, quien solo contará con las soluciones tradicionales sobre responsabilidad contractual, cuya efectividad ha quedado rezagada, como se argumentó durante este trabajo.

Referencias bibliográficas

Doctrina

BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Bogotá: Doctrina y Ley, 2005.

MEDINA VERGARA, Jairo. Responsabilidad comercial. De las sociedades y sus vinculados. Bogotá: Temis, 2015.

ORTIZ DE ZÁRATE DE PABLO, Irene. “La responsabilidad civil por productos defectuosos”. Universidad de la Rioja, 2013.

RAVASSA, José. Derecho mercantil internacional. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.

SHINA, Fernando. Daños al consumidor. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2014.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2013.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan. Introducción al derecho de consumo. Universidad Militar Nueva Granada, 2012.

WOOLCOTT, Olenka. “La responsabilidad civil del productor de bienes y servicios defectuosos en el Perú”. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

Jurisprudencia

Código Civil.

Constitución Política de Colombia.

Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor.

Ley 22 de 1984 de Responsabilidad Civil y Producto Defectuoso (España).

Real Decreto Legislativo 1 de 2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (España).

Decreto 735 de 2013.

Cibergrafía

<http://www.sic.gov.co>

http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art2.PDF

El abuso del derecho y el contrato de franquicia en Colombia

*Marino Andrés Gutiérrez Valencia**

* Abogado de la Universidad San Buenaventura de Cali. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario de Bogotá. Especialista en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Magíster en Derecho Mercantil de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Aspirante al título de Doctor en Derecho de la Universidad de Baja California, México. Ejerce como consultor y litigante en las áreas de derecho civil, comercial y litigios. Docente de la Universidad Libre, Seccional Cali.

Introducción

El abuso del derecho es una figura de origen doctrinal; sin embargo, su evolución en el derecho moderno ha tenido una gran acogida, a tal punto que diferentes sistemas jurídicos la han adoptado formalmente, bien sea por su tipificación o por su aceptación jurisprudencial. Sin embargo, esta nueva figura del *Abuso del derecho* parece ser contradictoria, por cuanto se parte de la premisa de que se comete un daño a partir del uso del derecho.

Con su acogida, y con la creación de una nueva clasificación de los contratos de acuerdo a la teoría moderna, en la cual surgen los llamados *contratos atípicos* y los *contratos de adhesión*, se empieza a contemplar la posibilidad de que, ante la carencia o inexistencia de una normativa sobre contratos como el de franquicia, por ejemplo, acompañada de una manifestación de voluntad limitada, se presente el abuso del derecho, que tiene como fin la indemnización de perjuicios.

3.1 El abuso del derecho

Antecedentes

El ejercicio sin control del derecho en una sociedad, entendido como una realidad cultural integrada necesariamente por valores, hechos y normas que se relacionan e interactúan mutuamente, se constituye en una amenaza para la justicia y para la comunidad en general. La doctrina y la jurisprudencia para evitar o enfrentar esa amenaza han desarrollado la institución del abuso del derecho como un principio general, según el cual nadie puede ejercer un derecho de manera excesiva si con ello causa daño a otra persona.

Sobre los orígenes del abuso del derecho se ha discutido si nació en Roma o en Francia. Los doctrinantes¹ que niegan el origen de la teoría del abuso

¹ Para Giuseppe Grosso, la teoría del abuso del derecho no encuentra en la obra de la jurisprudencia romana ni un término propio ni una enunciación; el adagio *qui*

del derecho en el derecho romano afirman que estos resolvieron muchos casos con fundamento en el principio de la equidad. Por el contrario, quienes aseguran que esta figura tiene su génesis en Roma parten de la base de que nació en los planteamientos realizados sobre la relatividad de los derechos².

Charmont³sostiene que la presencia de la doctrina del abuso del derecho, en el derecho romano, no se manifiesta de modo accidental o aparece solamente en ciertos textos, sino que esta determina el desarrollo de un gran número de disposiciones. Para fundamentar su posición, el autor, entre otros

suo iure utitur neminem laedit parece contener una tautología, dado que puede también entenderse como *neminem laedit*, es decir, como quien permanece en su derecho, y está confirmado que en el funcionamiento de las variadas fuentes del derecho, con su individualizada fisonomía histórica, se absorbe el fundamento del abuso del derecho, pero este no asumió la propia individualización de un principio general. cfr. GIUSEPPE GROSSO. Abuso del diritto, en Enciclopedia del diritto, I, Milano, 1965, pp. 161-163. Es decir, Grosso admite, en la experiencia jurídica romana, las limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone al ejercicio de ciertos derechos (en las relaciones de vecindad, en la propiedad, por ejemplo); pero no acepta la doctrina del abuso del derecho como principio general. Esto, en efecto, es producto de que el jurista romano se muestra reacio a recoger en conceptos o categorías generales toda la riqueza y los matices que ofrece la vida práctica. No obstante, seguramente, como en casi todas las instituciones modernas, en el derecho romano se encuentran los cimientos no unitarios, sino dispersos, de modalidades que hoy serían calificadas como formas de abuso. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá, 2002, p. 39. Otros antecedentes históricos que ilustran el origen del abuso del derecho se encuentran en la expresión de viejos adagios propios del derecho romano tales como el siguiente: *Male enim nostro iure uti non debemus* (“no debemos usar mal de nuestro derecho”) (Gayo), o en esta máxima de Paulo: *Non omne quod licet honestum est* (“no todo lo que es lícito es honesto”).

² Según Josserand, el origen de la teoría del abuso del derecho se encuentra en la jurisprudencia romana, por cuanto “los prudentes habían entrevisto, e incluso construido, en cierta medida, los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos, como lo atestigua la máxima *Summum ius, summa iniuria*. Gayo decía que ya no se debía abusar de los derechos: *male enim nostro iure uti non debemus*, y el derecho pretoriano, en su conjunto, constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico. Louis Josserand, Del abuso de los derechos y otros ensayos, Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 5.

³ (1902), citado en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1999.

ejemplos, alude a la protección del esclavo para con el amo, o la del hijo para con el padre, así como a la represión del fraude y la introducción de la acción pauliana, situaciones que significan, para él, un control impuesto al ejercicio de ciertos derechos.

Fernández opina que, más que la existencia de una teoría del derecho en el mundo jurídico romano, los juristas de la antigüedad clásica abordaron y resolvieron, con base en el principio de la equidad, cuestiones muy concretas con respecto a las cuales percibieron ciertos matices de un uso anormal de los derechos, sin preocuparse por elaborar una teoría del abuso del derecho⁴.

Posteriormente, en la época medieval o del oscurantismo no es visible la vigencia de un principio jurídico semejante al abuso del derecho. Sin embargo, gracias a los valores ético-religiosos de que era portador el cristianismo, surgió la teoría de los actos de emulación, de corte subjetivista, considerada como el antecedente inmediato de la noción de abuso del derecho.

La emulación, del latín *aemulatio* ‘imitación’, consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la inconfesable o disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. Se trata de una acción proyectada y ejecutada por el titular de un derecho subjetivo con el propósito de dañar, conducida con intención decididamente vejatoria⁵.

La teoría de la emulación se desarrolló propiamente en torno a las relaciones de vecindad en la Edad Media, cuando se advirtieron conflictos entre vecinos, muchos de los cuales no obedecían a razones de utilidad para los propietarios, sino que estaban motivados por el deseo de causar un daño al otro. De ahí que la teoría de los actos emulativos haya alcanzado un importante desenvolvimiento en el derecho intermedio con el fin de prohibir el ejercicio del derecho de propiedad sin utilidad para el dueño y solamente con la intención de dañar a otro⁶.

En la misma época surge la teoría de las *inmisiones*, del latín *immissio* ‘poner dentro’, que contiene un planteamiento objetivo y un carácter diferente respecto de la emulación, por cuanto lo que le interesa no es la intención

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., pp. 89-90.

⁵ *Ibíd.*, pp. 90-91

⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

del agente de causar daño, sino el resultado de la acción⁷. En el ejercicio del derecho de propiedad se permiten las inmisiones normales en el predio del vecino, como emisiones de humos, calor, exhalaciones, humores, pero no aquellas que le ocasionan al titular un daño o perjuicio o, mejor, aquellas que son superiores a una tolerancia normal. Ahora bien, las inmisiones están restringidas al derecho de propiedad y, más específicamente, a las relaciones de vecindad; en cambio, la noción de abuso del derecho es una noción más compleja y robusta, en la medida en que se aplica, en principio, a todos los derechos subjetivos⁸.

Ordoqui señala que la teoría del abuso del derecho comienza con la elaboración jurisprudencial en Francia⁹. El autor afirma que, a partir de 1804, la jurisprudencia que representa el denominado *derecho vivo* es la que, por primera vez, tiene que enfrentar los resultados del ejercicio abusivo del derecho. Son famosas las sentencias de Colmar y de Lyon, correspondientes a los tribunales de aquellas ciudades. La Sentencia del 2 de mayo de 1855 dio lugar a lo que sería el inicio del abuso del derecho, al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX. Se trataba de un propietario que fabricó sobre su casa una falsa, amplia e inútil chimenea, delante de la ventana de un vecino, con la intención de quitarle la luz para causarle un perjuicio. Se ordenó la demolición de esa chimenea, pues la sentencia expresaba que el ejercicio del derecho debía llegar hasta la satisfacción de un interés serio y legítimo.

La teoría del abuso del derecho, en el plano real, se planteó en este campo por primera vez en 1856, o sea, un año después, en una sentencia proferida por un tribunal de Lyon que sancionó al propietario que había instalado una bomba para succionar el agua existente en el subsuelo de su heredad con la única finalidad de perjudicar al vecino, que dependía también de este recurso. El agua era succionada por quien ejercía abusivamente su derecho, y no era utilizada, sino que la dejaba perder en el río. Como se puede observar, lo expuesto en estas dos sentencias dio origen a la teoría del abuso del derecho, que, luego, sobre esta casuística, fue construida por la doctrina más sobresaliente, en cabeza de Saleiles y Jossierand Ordoqui.

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., p. 94.

⁸ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. cit., p. 41.

⁹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Abuso de derecho. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 33.

Mosset se pregunta lo siguiente: ¿pueden los derechos subjetivos ejercerse como el titular quiera, según su interés o, por el contrario, en dicho ejercicio se debe atender a criterios que el propio ordenamiento deja en manos del juez para evitar excesos, abusos o daños?¹⁰ La pregunta va dirigida, en general, a la práctica de los derechos y su respuesta varía de acuerdo con la época. De este modo, en el siglo XIX, se propiciaba un ejercicio libre de los derechos, sin restricciones ni cortapisas, y sin más criterios que los que su titular quisiera imprimirle. En el siglo XX, con el surgimiento de las ideas solidaristas que reaccionaron contra el individualismo, la respuesta a la pregunta inicial varió notablemente, dando lugar a la teoría del abuso del derecho, según la cual, los derechos subjetivos no son absolutos, sino que están limitados por los derechos e intereses de las demás personas.

Así las cosas, los derechos subjetivos solamente se pueden ejercer por un motivo lícito, y dentro de los fines establecidos por la norma¹¹, según su uso regular, de tal manera que no ocasionen a los demás un daño notorio; y para determinar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales, que varían según el tiempo y los lugares, y que, por eso, debe ser sometido a la apreciación de los jueces.

Para Fernández, la admisión del abuso del derecho también refleja una vivencia más intensa, un arraigo mayor a la vida social, respecto del supremo valor de la solidaridad¹². La teoría del abuso del derecho surge como una lógica reacción contra los códigos civiles que, inspirados en la filosofía del Código Civil francés de 1804, trasuntan una posición de corte netamente individualista. Por ello, el abuso del derecho representa, en la actualidad, un instituto indispensable para la convivencia humana, de suma importancia para edificar una sociedad más justa, solidaria y segura.

El abuso del derecho es hoy un principio general plenamente consagrado tanto en el derecho interno como en el comparado¹³ y, debido a su naturaleza, es aplicable en la práctica de un derecho contractual; por ejemplo, en el contrato de franquicia, o en el ejercicio de un derecho extracontractual.

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, 2007, p. 117.

¹¹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Op. cit., p. 10.

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., p. 7.

¹³ Figura consagrada en el Código Civil portugués de 1967, Artículo 334: “Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando su titular exceda manifiestamente los

3.2 El abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia, la teoría del abuso del derecho es, en gran medida, una construcción propia de la jurisprudencia¹⁴, especialmente, de la segunda mitad

límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres, o por la finalidad social y económica del derecho”. El Código Civil holandés expresa lo siguiente: “Existe abuso de derecho cuando se usa sin otra finalidad que perjudicar o con una finalidad diferente a aquella para la que ha sido concedido, o con los supuestos con los que, teniendo en cuenta la desigualdad entre los intereses implicados en el ejercicio del derecho y el interés que con dicha ejecución se perjudica, no hubiera debido razonablemente ejecutarse”. Código Civil de Argentina, Artículo 1071. Código Civil boliviano, Artículo 1279. Código Civil peruano, Artículos 924 y 1979. Código Civil paraguayo, Artículo 272. Código Civil cubano, Artículo 4. Código Civil mexicano, Artículo 16. Código Civil brasileño, Artículo 187 y Código Civil español de 1974.

- ¹⁴ 1). En el tema de relaciones de vecindad, la jurisprudencia obligada es el caso del Molino la Unión, debido a que el movimiento vibratorio de la maquinaria del molino se transmitía a los edificios vecinos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de octubre de 1914). El actor demandó la suspensión del movimiento de las máquinas hasta que se hicieran las obras indispensables para que no sufriera daño su casa como consecuencia de las vibraciones que sufría su finca y para la indemnización por los perjuicios sufridos. La Corte encontró el fundamento en el artículo 669 del Código Civil, porque, según la definición de *dominio* que ofrece esa norma, las facultades inherentes al dominio pueden ser limitadas no solamente por la Ley, sino también por el derecho ajeno, y nadie podría poner en duda el derecho que la demandante tiene a que no se le derribe su casa, o se haga inhabitable, a causa de la instalación de máquinas en edificio próximo. 2). En sentencia del año 1937, con ponencia de Arturo Tapias Piloneta, la Corte insistió en las obligaciones de vecindad, debido a agrietamientos producidos en pared divisoria de una propiedad. Para la Corte, aquel que cause a sus vecinos un perjuicio que exceda la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad, comete una falta que le hace responsable y debe ser condenado a pagar daños y perjuicios. Hay derecho a indemnización contra el industrial que se instala en un barrio tranquilo donde su fábrica viene a causar incomodidades graves a sus vecinos por el hollín, el humo, el ruido o los olores. 3). Con respecto a aplicación de la teoría del abuso del derecho en cuestiones de contaminación ambiental, ver la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril de 1976. 4). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de noviembre de 1969). Un distribuidor de cervezas decidió demandar civilmente a Bavaria, S. A., porque consideró que el contrato firmado con el consorcio era de compraventa de mercancías, y no de agencia comercial, y porque el contrato había sido incumplido por la sociedad mencionada. 5). En destacada

de los años 30, del siglo xx, época para la cual los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, un poco apartados de la exégesis, acogieron una interpretación basada en principios, finalidades y valores, como sustento de la legislación nacional.

Las primeras aplicaciones de la teoría del abuso del derecho, en Colombia, se consideraron en los siguientes casos: cuando se embargan, en exceso, bienes del deudor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de octubre de 1937); cuando, temerariamente, se interpone una denuncia penal (Casación Civil, Sentencia del 5 de agosto de 1937); cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado (Casación, Sentencia del 19 de mayo de 1941); y cuando se abusa del derecho de litigar (Casación, Sentencia del 22 de junio de 1943).

Posteriormente, el alto tribunal ha tratado otras formas de abuso del derecho, especialmente con respecto a la denominada *posición dominante*. Un ejemplo es el del caso Arinco vs. Corpavi, sobre el ejercicio de la actividad financiera, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 19 de octubre de 1994, magistrado ponente, Carlos Esteban Jaramillo Schloss¹⁵. En la sentencia citada, sobre la posibilidad de abuso del derecho en la actividad financiera, la Corte Suprema de Justicia expuso lo siguiente:

sentencia del 24 de mayo de 1980, la Corte diferenció entre el abuso del derecho por el ejercicio de un derecho subjetivo y el abuso del derecho en el escogimiento de las vías de derecho. La situación fáctica fue la siguiente: dentro de un proceso ejecutivo el ejecutante embargó y secuestró un automóvil del que no era propietario el ejecutado, sino un tercero. 6. El 6 de febrero de 1998, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, se pronunció frente al caso de la Constructora Arinco contra Corpavi, por abuso del derecho en las prácticas bancarias, en razón de la posición dominante que las entidades de crédito ejercen frente a los usuarios de sus servicios financieros, y por la exigencia a estos de prestaciones complementarias. Ejemplos tomados de “El abuso del derecho y su desarrollo en Colombia”. En:http://www.google.com.co/#hl=es&scient=psy-ab&q=evolucion+del+el+abuso+del+derecho+en+colombia&oq=evolucion+del+el+abuso+del+derecho+en+colombia&gs_l=serp.3..33i21.58692.60783.0.61396.11.11.0.0.1.1421.2987.0j7j2j71.10.0...0.0.gDwFLY-D244&pbx=1&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_qf.,cf.osb&fp=3ce2be9f36044f22&biw=1152&bih=745. Recuperado el 29 de junio de 2012.

¹⁵ Al respecto, véase la sentencia de la CSJ, Sala de Casación Civil, 19 de octubre de 1994, MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Caso Arinco vs. Corpavi.

(...) Un ejemplo, sin duda, persuasivo, de esa clase de comportamientos irregulares lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose, de hecho o por derecho, en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que, en la fase de ejecución o cumplimiento de este último, le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (...).”

La Corte, reconociendo la ausencia de definición legal de abuso del derecho, instó en la anterior sentencia a los jueces a apreciar la existencia y relevancia de dicha figura en cada caso, en concreto, cuando la intención del autor sea la de perjudicar, no le asista un interés legítimo o se exceda en una facultad otorgada por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la Corte sostuvo:

“Los tribunales sabrán, en cada caso, hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos en los términos de notable amplitud en que la consagran preceptos como el Artículo 830 del Código de Comercio, tomando en consideración que esa ilicitud originada por el “abuso” puede manifestarse, de manera subjetiva, cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder, o de forma objetiva, cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo”.

Sin embargo, también existen otras formas posibles de abuso del derecho, sobre todo en el plano contractual, siempre y cuando tengan como ánimo causar daño, como las siguientes: terminación anticipada del contrato, no renovación del contrato, abuso en la ejecución del contrato y en el derecho de la competencia, abuso de la posición dominante¹⁶. En el derecho socie-

¹⁶ De acuerdo con los Artículos 45 Y 50 del Decreto 2153 de 1992, que, a su vez, incorporan la decisión continental CAN, proferida en 1971 por la Comisión Europea, se

tario, abuso del derecho del voto y del derecho del retiro. En el campo de la propiedad inmaterial, el conflicto entre la propiedad material y la propiedad intelectual puede resultar del ejercicio abusivo de un derecho.

Las cláusulas abusivas en la predisposición unilateral del contrato también pueden constituirse en otra forma de abuso del derecho como una modalidad que se puede presentar, especialmente en el contrato de franquicia. Como expresa Rengifo, uno de los medios de control del contenido del contrato ha sido, precisamente, el abuso del derecho en la libertad de contratar o en el poder de negociación¹⁷.

Así pues, en el derecho interno colombiano, la figura ha tenido aplicación en asuntos de naturaleza contractual y extracontractual en las diversas disciplinas normativas tales como el derecho comercial, el administrativo, el de la competencia económica y en el plano de los derechos fundamentales¹⁸.

El abuso del derecho se encuentra previsto en las siguientes normas:

Artículo 95 de la Constitución Política de Colombia: “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Artículo 230 de la Constitución Política: “Los jueces, en sus providencias, solamente están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

considera que las empresas se encuentran en posición dominante cuando tienen la posibilidad de adoptar comportamientos independientes que las sitúan en condiciones de actuar sin tener en cuenta ni a los competidores ni a los compradores ni a los proveedores. Dicha normativa contiene una reglamentación específica de las posiciones dominantes y de sus abusos. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-59232000000400006. Extraído el 4 de julio de 2012.

¹⁷ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. cit., p. 180.

¹⁸ Ernesto Rengifo García, en su obra *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (2002, p. 69), sostiene: “Habrá dos niveles de abuso del derecho. Uno contenido en una norma constitucional, pero referido no al ordenamiento, sino al ejercicio razonable de los derechos reconocidos en el mismo texto constitucional, y el tradicional abuso del derecho que se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes, reglas o normas jurídicas a los sujetos de derecho privado, en la medida en que el abuso del derecho es un principio general del ordenamiento.

Ley 153 de 1887, Artículo 8: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

Ley 200 de 1936, Artículo 21: “Los jueces de tierras fallarán sobre lo que resulte de la inspección ocular y demás elementos de convicción producidos por las partes o allegados de oficio al informativo, y según la persuasión racional. Aplicarán el derecho, teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la Ley”.

Código Civil, Artículo 2341: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la Ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Código Civil, Artículo 2343: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”.

Código Civil, Artículo 2356: “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

- 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.*
- 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.*
- 3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.*

Código Civil, Artículo 1002: “Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte deteriorarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero, si de ello no obtuviera utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegar”.

Código Civil, Artículo 669: “El dominio, conocido también como propiedad, es el derecho real sobre una cosa corporal, de gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

Código de Comercio, Artículo 830: “Abuso del derecho-indemnización de perjuicios. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Código de Comercio, Artículo 1280: “En todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedará obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause”.

3.3 El abuso del derecho en el contrato de franquicia

La relación entre franquiciador y franquiciado no siempre es la esperada, especialmente cuando el franquiciado no alcanza los índices de rentabilidad en su negocio. Las diferencias contractuales pueden surgir, bien sea en la etapa precontractual, en la contractual o en la poscontractual, y las consecuencias pueden ser nefastas, en particular para la parte débil, en un país como Colombia, donde no existe un marco jurídico regulatorio, y donde las partes celebran el contrato apelando a la libertad negocial, a la autonomía privada y a la buena fe.

Cabe recordar que todo esto se presenta en un mundo globalizado en el que se mueven millonarias sumas de dinero en operaciones comerciales; donde los negocios se celebran de manera masiva, pero no personalmente, sino a través de un intermediario, y donde el contenido interno del contrato no siempre tiene lugar a discusión, sino a la simple adhesión.

En un contrato de franquicia tanto nacional como internacional pueden presentarse, entre otras manifestaciones de abuso del derecho, cláusulas que constituyan prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante y competencia desleal.

3.4 Prácticas restrictivas de la competencia en el contrato de franquicia

La legislación antimonopólica y de defensa de la competencia es una de las más desarrolladas en el mundo, sobre todo en Estados Unidos. En palabras de Kleidermacher (1995), en ese país se gestó y cimentó una fuerte corriente jurisprudencial, e incluso legislativa, que procuró destruir, o al menos controlar el desarrollo de los monopolios y *trust* norteamericanos que amenazaban con disolver el desarrollo de la economía de libre mercado, tan

cara a las fundamentaciones de su sistema liberal económico. La *Ley Antitrust* sirvió de referente para que en otros Estados, especialmente en la Unión Europea, se construyera un marco jurídico regulatorio del comercio, en el que se prohibieran y sancionaran las restricciones ilegales para garantizar, de esta manera, la sana competencia entre empresas y el fomento de la calidad y del servicio al menor precio posible.

En Colombia, un país que no es ajeno a la evolución del derecho y a las exigencias del comercio internacional, la Constitución Política protege la propiedad privada, mediante el Artículo 58, así como la libertad de empresa y la libre competencia económica, por medio del Artículo 333, y fija unos límites para evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas cometan aprovechándose de su posición dominante en el mercado nacional.

El derecho a la competencia está conformado por dos conjuntos de normas: las relativas a las prácticas restrictivas de la competencia, reguladas por el Decreto 2153 de 1992, y las referentes a la competencia desleal, previstas en la Ley 256 de 1996¹⁹, ordenamientos basados en el derecho de la Unión Europea. Las conductas consideradas como prácticas restrictivas de la competencia en el derecho colombiano son los acuerdos y los actos contrarios a la libre competencia y el abuso de la posición dominante.

Según el Decreto 2153 de 1992, Artículo 45, se denomina acuerdo “todo contrato, convenio, concertación o práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos, según el Artículo 47:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

¹⁹ Ley 256 del 15 de enero de 1996, por medio de la cual se dictan normas sobre competencia desleal.

6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
10. Numeral adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

El mismo Decreto 2153 de 1992 contempla los actos contrarios a la libre competencia y los define como “todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”. Conforme al Artículo 48, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor.
2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminarla, cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

La norma también establece las conductas que se consideran como excepciones o no atentatorias a la libre competencia:

No se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas (artículo 49, *ibídem*):

1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.
2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente, cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

A nivel internacional, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADCPI), aprobado por Colombia mediante Ley 170 de 1994, establece algunos aspectos concernientes a las prácticas restrictivas de la competencia, en contratos internacionales de transferencia de tecnología, al contemplar como principio, en el Artículo 8.2, lo siguiente: “Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual de sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología²⁰”.

Respecto al control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales, el Artículo 40 de la ADCPI sostiene:

1. Los miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología.
2. Ninguna disposición del presente acuerdo impedirá que los miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir, en determinados casos, un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente. Como se establece más arriba, un miembro podrá adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del presente acuerdo, medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas, que pueden incluir las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias, a la luz de las leyes y reglamentos pertinentes de ese miembro.
3. Cada uno de los miembros celebrará consultas, previa solicitud, con cualquier otro miembro que tenga motivos para considerar que un titular

²⁰ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADCPI). Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf. [citado el 5 de julio de 2012].

de derechos de propiedad intelectual, que es nacional del miembro al que se ha dirigido la solicitud de consultas, o tiene su domicilio en él, realiza prácticas que infringen las leyes o reglamentos del miembro solicitante, relativos a la materia de la presente sección, y desee conseguir que esa legislación se cumpla, sin perjuicio de las acciones que uno y otro miembro pueda entablar, apoyado en la legislación o en su plena libertad para adoptar una decisión definitiva. El miembro a quien se haya dirigido la solicitud examinará detalladamente la posibilidad de celebrar las consultas, brindará oportunidades adecuadas para la celebración de estas con el miembro solicitante y cooperará facilitando la información públicamente disponible y no confidencial que sea pertinente para la cuestión de que se trate, así como otras informaciones de que disponga el miembro, con arreglo a la ley nacional, y a reserva de que se concluyan acuerdos mutuamente satisfactorios sobre la protección de su carácter confidencial.

4. A todo miembro cuyos nacionales o personas que tienen en él su domicilio sean en otro miembro objeto de un procedimiento relacionado con una supuesta infracción de las leyes o reglamentos de este otro miembro, relativos a la materia de la presente sección, este otro miembro dará, previa petición, la posibilidad de celebrar consultas en condiciones idénticas a las previstas en el párrafo 3²¹.

Sobre el mismo asunto, el Artículo 58 de la Decisión 486 de 2000 dispone: La autoridad nacional competente no registrará los contratos de licencia para la explotación de patentes que no se ajusten a las disposiciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, o que no se ajusten a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia²².

Por otra parte, el artículo 8 del Código de la Asociación Internacional de la Franquicia ordena: “Cada una de las sociedades se compromete a evitar totalmente, a través del ejemplo y la acción, toda clase de prácticas ilegales y estimular a los concesionarios para que las eviten”.

²¹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADCP). Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf. [citado el 5 de julio de 2012].

²² Decisión 486 de 2000. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D486.htm>. [citado el 5 de julio de 2012].

Así pues, las leyes de defensa de la competencia tienen influencia directa en las relaciones que se establecen en un contrato de franquicia y, si el clausulado no es claro, preciso y libre de condiciones limitativas del derecho de la competencia en el instrumento, o ante vacíos legales, no solo puede afectarse el interés económico general, sino que puede desembocar en controversias entre las partes, generadas especialmente en la fijación de precios de venta al público de los productos que se suministren; la aplicación de condiciones de desigualdad para prestaciones equivalentes, que generan desventajas competitivas a los franquiciados; y la división del mercado entre franquiciante y franquiciado, o entre franquiciados, con el subsecuente reparto de la clientela.

3.5 Abuso de posición dominante en el contrato de franquicia

Habrá abuso de posición dominante en el contrato de franquicia y, en general, en la contratación, cuando un competidor, en ejercicio de su derecho de competir en el mercado, abuse de dicho ejercicio, tal como lo dispone la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:

Se considera como práctica restrictiva de la libre competencia la explotación abusiva, por una o varias empresas, de la posición de dominio en el mercado. Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, debido a factores como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los correspondientes productos y el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Con el fin de garantizar el principio de la libre competencia, la Constitución dispone lo siguiente en el artículo 333: “El 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”. De este modo, todo acto, acuerdo o conducta que tenga como efecto limitar o desaparecer la libre competencia o implique abuso de posición dominante, en este caso en la franquicia, atenta contra el principio constitucional expuesto.

En desarrollo de la Constitución, el legislador colombiano (art. 50 del Decreto 2153 de 1992), siguiendo el Derecho Comunitario Europeo, estableció que el abuso de la posición dominante es “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. Según la norma, constituyen abuso las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos, cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que dejen a un consumidor o proveedor en una situación de desventaja frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
3. Las que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes a las que se ofrecen a otro comprador, con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. La venta o el préstamo de servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
6. Numeral adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

En un contrato de franquicia donde la legitimidad encuentra asidero en el hecho de que son las partes las que estipulan de manera voluntaria, puede generarse abuso de posición dominante durante la relación contractual y en la fase poscontractual. El primer caso se presenta, por ejemplo, cuando el franquiciador se vincula directa o indirectamente a empresas que le hacen competencia al franquiciado, o cuando entre franquiciados establecen una red comercial paralela, desprestigiando la marca del franquiciador y generando perjuicios a los otros. En cuanto a la fase poscontractual, puede ocurrir que el franquiciado, quien ha sido capacitado por el franqui-

ciador para la prestación o venta de un servicio, compita en una actividad económica similar en igualdad de condiciones, lo cual representaría una pérdida de ventaja competitiva para el franquiciante.

3.6 La competencia desleal en la franquicia

La competitividad es un factor clave en la producción y comercialización de una compañía y, en especial, en las franquicias. Si una franquicia no es honesta, si se violan los códigos de ética empresarial, si no se atiende al principio universal de la buena fe, se termina por perjudicar al empresario o franquiciante competidor y, por supuesto, al consumidor mismo (López, 2005, p. 626).

El artículo 333 de la Constitución colombiana fomenta la libre competencia²³ y la internacionalización de la economía, y apoya las pequeñas y medianas empresas, entre ellas las franquicias. Asimismo, el Decreto 2153 de 1992, junto con la Ley 256 de 1996, desarrollan el derecho a la competencia en Colombia, a la vez que la protegen y promocionan.

Una de las obligaciones fundamentales del empresario, según el Artículo 19 del Código de Comercio Colombiano, es la de abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal. Este principio, que se repite en la mayoría de las legislaciones del mundo, permite mantener unas sanas relaciones comerciales entre los operadores económicos, ya sean empresarios, franquiciantes, franquiciados o comerciantes.

El Artículo 7 de la Ley 256 de 1996 prohíbe ejercer actos de competencia desleal: “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”.

²³ “La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados”. Corte Constitucional, Sentencia C-535-97 del 23 de octubre de 1997, magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De acuerdo con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, la Ley 178 de 1994²⁴, aprobatoria de este convenio, considera que constituye competencia desleal “todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

Este postulado es de vital importancia en el ámbito de las franquicias, pues fomenta los usos honestos, la buena fe y las prácticas leales en la dinámica competitiva. De igual forma, incentiva el éxito empresarial basado en el esfuerzo propio, fortalece el respeto por la legalidad, proscribire la arbitrariedad y, en últimas, defiende los derechos del consumidor (López, 2005, p. 631) como destinatario final de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

Los siguientes son los actos prohibidos por la Ley 256 de 1996, que atentan contra la libertad y lealtad de la competencia en las franquicias:

Actos de desviación de la clientela. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

Actos de desorganización. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

Actos de confusión. En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

Actos de engaño. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

²⁴ Ley 178 de 1994 (diciembre 28), diario oficial nro. 41.656, del 29 de diciembre de 1994. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de París para la protección de la propiedad industrial”; suscrito en París el 20 de marzo de 1883; revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900; en Washington, el 2 de junio de 1911; en La Haya, el 6 de noviembre de 1925; en Londres, el 2 de junio de 1934; en Lisboa, el 31 de octubre de 1958; en Estocolmo, el 14 de julio de 1967; y enmendado el 2 de octubre de 1979.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza; sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Actos de descrédito. En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero.

Actos de comparación. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, de las prestaciones mercantiles o del establecimiento propio o ajeno con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos ni comprobables.

Actos de imitación. La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo en caso de que estén amparadas por la Ley. No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o conlleve un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La inevitable existencia de los riesgos de confusión indicados o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor, cuando dicha estrategia se encamine a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda lo que, según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.

Explotación de la reputación ajena. Se considera desleal el aprovechamiento, en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falso o engañoso, aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como *modelo, sistema, tipo, clase, género, manera o imitación*.

Violación de secretos (know how). Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.

Así mismo, se considerará desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos similares, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán, sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2 de esta ley.

Inducción a la ruptura contractual. Se considera desleal la inducción de trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena, en beneficio propio o ajeno, sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o se acompañe de circunstancias como el engaño o la intención de eliminar a un competidor del mercado.

Violación de normas. Se considera desleal una ventaja competitiva en el mercado cuando ha sido adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

En el derecho interno, en el campo de las franquicias, esta normativa se ha aplicado poco y, por tanto, no son muchos los precedentes judiciales. En el ámbito internacional, el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado en Colombia por la Ley 178 de 1994, establece que en los Estados miembros deberá prohibirse, en particular, lo siguiente:

1. Cualquier acto capaz de crear confusión, por cualquier medio, con respecto al establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
2. Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
3. Las indicaciones o aseveraciones que puedan, en el ejercicio del comercio, inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos²⁵.

Conclusiones

En Colombia, la *teoría del abuso del derecho* es una construcción propia de la jurisprudencia. La doctrina, por su parte, ha considerado que existen, entre otras formas posibles de abuso del derecho, la terminación anticipada del contrato, la no renovación del contrato y el abuso en la ejecución del contrato.

En el derecho de la competencia se puede presentar abuso de la posición dominante y, en el derecho societario, abuso del derecho del voto y del derecho del retiro. Con respecto al campo de la propiedad inmaterial, el conflicto entre la propiedad material y la propiedad intelectual puede resultar del ejercicio abusivo de un derecho. Otra forma importante de abuso del derecho es el de las cláusulas abusivas en la predisposición unilateral del contrato; situación muy común en los contratos de franquicia, donde el franquiciado, a pesar del postulado de la autonomía de la voluntad, tiene poca injerencia sobre el contrato.

En un contrato de franquicia, tanto nacional como internacional, pueden presentarse, entre otras manifestaciones de abuso del derecho, cláusulas que constituyan prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante y competencia desleal. El abuso del derecho se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico colombiano; en los artículos 95 y 230 de la Constitución política de Colombia; en la Ley 153 de 1887; en la Ley 200 de 1936 (artículo 21); en el Código Civil (artículos 2341, 2343, 2356, 1002, 669 y 830); y en el Código de Comercio (artículo 1280).

²⁵ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Convenio de París. Disponible en <http://www.edicion.unam.mx/pdf/ConvParis.pdf>. [citado el 6 de julio de 2012].

Referencias bibliográficas

Doctrina

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago de Chile: Editar Editores.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos mercantiles. vol. III. Contratos contemporáneos. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2005.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1999.

GROSSO, Giuseppe. Abuso del diritto. En: Enciclopedia del diritto, I, Milano, 1965.

JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá: Temis, 1999.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, 2007.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Abuso de derecho. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá: Temis.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. vol. I y II. Bogotá: Legis, 2007.

TORRENTE BAYONA, César; GALINDO VANEGAS, Héctor y ALTURO GARCÍA, Sandra. Las franquicias. Un estudio legal y contractual. Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.

Artículos

ADAME, Jorge. El derecho de los contratos internacionales. México: UNAM, s.f. Disponible en www.juridicas.unam.mx

ARCILA SALAZAR, Carlos Andrés. ¿Derecho comercial: derecho excepcional o derecho especial? En: Vniversitas. Julio-diciembre, 2007, n.º 114, pp. 31-48. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/02-DERECHOCOMERCIAL_000.pdf

AROSEMENA, Mauricio. El contrato de franquicia de distribución exclusiva: un análisis desde la perspectiva del libre comercio internacional y de la libre competencia en la Unión Europea. Madrid, 2005.

KAPLAN, Ernest. "Franquicia y libre competencia". En: Revista Electrónica de Derecho Comercial, (s.f.). Disponible en www.derecho-comercial.com

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En: *Universitas: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana*, 2004, n.º 108.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Contratación internacional de marcas, patentes y *Know-how*. En: *Universitas: Revista de la Pontificia Universidad Javeriana*, 2004, n.º 107.

TEEGEN, Hildy. Examining strategic and economic development implications of globalizing through franchising. En: *International Business Review*, 2000, 9.

VIVES FRANCO, Germán y JARAMILLO LEMA, Luis Felipe. Reporte sobre la situación de la franquicia en Colombia. Bogotá, 2010.

Cibergrafía

FIAF (2010a): <http://www.portalfiaf.com/quienessomos.asp>

Franchise(2010): <http://www.franchise.org/industrysecondary.aspx?id=3554>

World Franchise Council (2010ª):

http://www.worldfranchisecouncil.org/control/cpview?contentId=WFC_CONSTITUTION

World Franchise Council (2010b): <http://www.worldfranchisecouncil.org/control/productfc>

<http://www.infofranquicias.com/cd-7077/El-codigo-deontologico-europeo-de-la-franquicia.aspx>

http://www.elnuevoempresario.com/inversiones_1425_aspectos-legales-de-la-franquicia.php

<http://www.franchisekey.com/co/franquicia-guia/Bases-de-derecho-de-la-franquicia-.htm>

<http://www.franquiciadores.com/legislacion.asp?mn=legislacion>

http://www.tormo.com/franquiciadoresinternacional/482/Estados_Unidos_el_gran_mercado_de_las_franquicias.html

http://www.ufocs.com/articles/what_is_ufoc.php

http://www.tormo.com/internacional/482/Estados_Unidos,_el_gran_mercado_de_las_franquicias.htm

<http://www.myfranchiselaw.com/ExistingFranchisors/FranchiseDisclosure.aspx>

http://es.wikipedia.org/wiki/Comisi%C3%B3n_Federal_de_Comercio

<http://www.myfranchiselaw.com/ExistingFranchisors/FranchiseDisclosure.aspx>

http://javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/17-ELCONTRATO-DEFRANQUICIA_000.pdf

<http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/Indice01/Conceptos.Creg-2001-C012603>

<http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf>

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122008000200012&script=sci_arttext

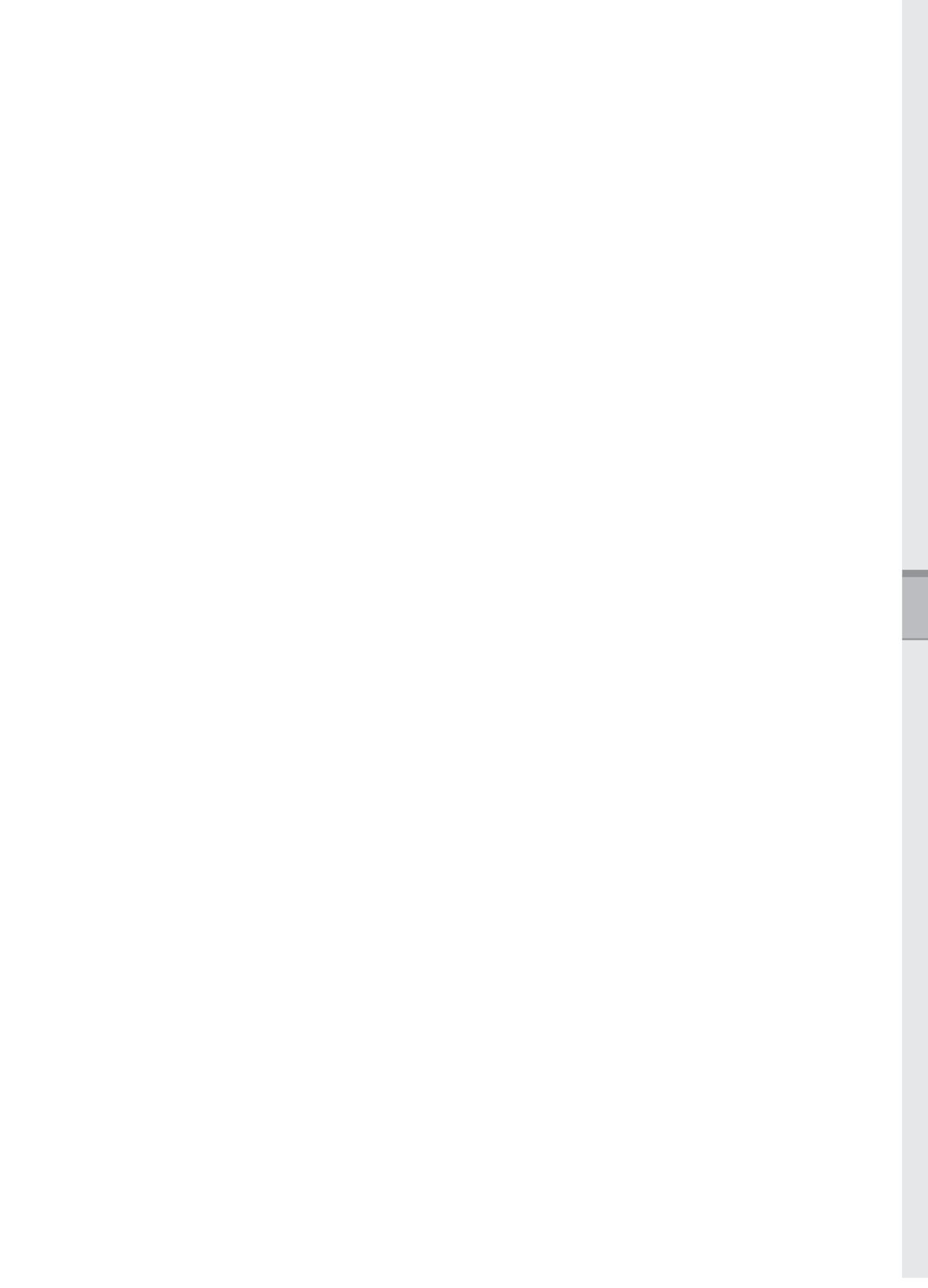
<http://contratosobligacionesugc.blogspot.com/2009/02/modulo-4-el-abuso-del-derecho.html>

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1217/1486>

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8827>

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602009000200017

<http://interpretacionabusiva.over-blog.es/article-la-institucion-del-abuso-del-derecho-66138061.html>



Capítulo IV

Contratos coligados o cadena de contratos en Colombia apuntes para un desarrollo legislativo

*Rafael E. Fierro Méndez**

* Abogado, Universidad Libre, Barranquilla, Colombia. Especialista en Derecho Comercial, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Magister en Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Profesor catedrático de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

Introducción

Siguiendo la idea parsoniana, según la cual, “la sociedad está compuesta por acciones y no por hombres”¹, cabe señalar que los empresarios, en general, y los comerciantes, en particular, han ideado formas de comerciar que imbrican una red de contratos para alcanzar la satisfacción de sus necesidades.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el mundo de los fenómenos es la fuente real del derecho y, por consiguiente, de los contratos, el comportamiento del mercado, traspasando el “principio de la relatividad de los contratos”, ha generado los conocidos *contratos coligados* o *contratos en cadena*:

(...) la mayor parte de la contratación se realiza a través de unas condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una empresa, un profesional o un grupo de empresas, que se imponen a sus clientes cuando celebran contratos concretos, sin que estos últimos puedan modificarlas o discutir las

(...) De este modo, el contrato con negociación previa que determina o suele determinar un equilibrio de intereses entre las partes, aunque persiste en determinados ámbitos, tiende a desaparecer en sectores como el de los seguros, la banca, el transporte marítimo y aéreo y, en general, en ciertos tipos de servicios. Debido a ello, se ha dicho, sobre todo a finales del siglo XX, que el derecho contractual y obligacional tradicional se encuentra en crisis y necesita una actualización².

¹ NEWMARK DIAZ, H.F. De la legalidad al sistema del derecho. Serie Investigaciones Sociojurídicas, CIJUS. Bogotá: Universidad de los Andes, 2003; TEUBNER, G. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho, En: DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989, 25, p. 535.

² SIERRA RODRÍGUEZ, A. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En: Derecho privado de consumo, coordinadora María José Reyes López, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 316.

4.1 El contrato en su sentido clásico o tradicional

Tradicionalmente se ha enseñado que el contrato representa libertad e igualdad, ya que es el vínculo con el que, de forma autónoma, se entrelazan sujetos iguales al relacionarse. Esta enseñanza parte del Código Civil francés de 1804 o Código Napoleónico, de donde se nutre el Código Civil colombiano, en cuanto a las obligaciones y a los contratos³.

La anterior concepción del contrato se fundamenta en las ideas políticas de la época de la codificación (siglo XVIII), que supuso “el fin de la *segunda vida* del derecho romano; esto es, la historia de su aplicación práctica en Europa⁴”, derecho romano que, para Cavanna⁵, representa “el esperanto del mundo jurídico”.

Dichas ideas políticas se inspiran en el liberalismo político⁶, según el cual, el hombre es completamente libre y el Estado es el garante de las libertades, los derechos fundamentales, la paz y el orden público. De esta manera, se constituye un sistema de defensa apto frente a las intervenciones del Estado en el ámbito de los bienes o derechos de los ciudadanos⁷; permitiéndose todo, salvo lo que esté prohibido (Código Civil, 2016, arts. 15 y 16).

Sin embargo, este sistema no garantizaba en absoluto la sanidad, la educación, la protección ante el desempleo, el cuidado del suelo, de los ancianos, de la cultura, etc. Esto ocurría porque la libertad era considerada un derecho fundamental previo a la organización del Estado; por tanto, el individuo únicamente quedaba obligado cuando lo deseaba, es decir, cuando había expresado una voluntad libre⁸. Así las cosas, en el campo de los contratos, las partes se obligaban solo en la medida en que la palabra empeñada se mantuviera, sin aceptar que algún poder del Estado (legislador) o el poder judicial

³ VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A. Derecho Civil, vol. I, parte general y personas. Bogotá: Temis, 1997.

⁴ ZIMMERMANN, R. El nuevo derecho alemán. Barcelona: Bosch, 2008.

⁵ Citado en ALTERINI, A. Treinta estudios de derecho privado. Bogotá: Temis, 2011. p. 11.

⁶ RAWLS, J. Ideas fundamentales. Cuatro papeles que cumple la filosofía política. En: La justicia como equidad, una reformulación, edición a cargo de Erin Kelly. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.

⁷ BOBBIO, N. Liberalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

⁸ MONSALVE CABALLERO, V. Responsabilidad precontractual. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010.

la modificara ni que se incumpliera; pues lo libremente acordado era justo, lo cual abre paso a la asimilación del contrato a la Ley, con base en el principio de la seguridad jurídica⁹.

El contrato así concebido alcanza su época de esplendor¹⁰, bajo un estado liberal cuyo presupuesto filosófico es la doctrina de los derechos del hombre, elaborada por la escuela del derecho natural o iusnaturalismo¹¹, y el individuo, como tal, constituye el núcleo de la actuación política; los individuos pueden perseguir sus intereses, de acuerdo con las reglas de la competencia económica y del libre intercambio, sin verse coartadas por el poder público.

Por otra parte, la política no se concibe como la búsqueda del bien común, sino como el arte de equilibrar los diferentes intereses¹². Por ende, el deber del Estado es garantizar el libre ejercicio de tal derecho subjetivo, sin que ni el Estado mismo ni ninguno de sus asociados o administrados pueda impedirlo.

Esta doctrina “sirve para establecer los límites del poder, con base en una concepción general e hipotética de la naturaleza del hombre, que prescinde de toda verificación empírica y de toda prueba histórica¹³”. En esta doctrina las facultades y poderes se reconocen como *libertad*, o sea, “esferas individuales de acción y posesión de bienes, protegidas ante el poder coactivo del rey¹⁴”; “el estado liberal es justificado como el resultado de un acuerdo entre individuos, en principio libres, que convienen en establecer vínculos estrictamente necesarios para una convivencia duradera y pacífica¹⁵”.

Estas ideas aparecen consignadas en el Código Civil colombiano (2016), como aplicación clara del principio de la autonomía privada¹⁶.

⁹ LORENZETTI, R. L. Tratado de los contratos, parte general, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

¹⁰ RISOLÍA, M.A. Soberanía y crisis del contrato. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

¹¹ BOBBIO, N. El problema del positivismo jurídico. México: Distribuciones Fontamara, 2004; HART, H. L. A. Las normas jurídicas y la moral. En: El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

¹² BOBBIO, N. Op. cit.

¹³ *Ibíd.*, p. 12.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 13.

¹⁵ *Ibíd.*, pp. 14-15.

¹⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M. Estudios sobre el contrato civil. Barcelona: Atelier, 2008.

En resumen, “el Estado de Derecho se corresponde con la libertad individual y, en este sentido, esta última representa tanto separación como liberación del individuo con respecto a la soberanía estatal¹⁷”.

4.2 El contrato y su relatividad

La doctrina ha elaborado los denominados *efectos del contrato*, entre los que se destaca el *principio de la relatividad*, según el cual, el contrato, celebrado de forma correcta, es ley para las partes y las obliga solo a ellas a cumplirlo. Por tanto, el contrato “no le es aplicable ni en su provecho ni en su perjuicio” a un tercero¹⁸.

Sin embargo, la realidad actual es otra. Los siguientes ejemplos dan cuenta de ello:

Un concesionario le vende a un consumidor un automóvil, que este paga, en parte, con dinero de su propio peculio y, en parte, con un crédito que obtiene de un banco, pero el concesionario no le entrega el vehículo en el tiempo convenido; no obstante, el banco le exige el pago de las cuotas a las que se obligó, en virtud del contrato de mutuo a interés.

Un consumidor cancela la cuota inicial de su vivienda con sus propios recursos económicos y el saldo con un crédito hipotecario. La vivienda objeto del contrato de compraventa resulta afectada, en perjuicio del consumidor (comprador), por un vicio oculto que hace imposible que el bien adquirido sirva para uso natural.

Estas secuencias imbrican los siguientes contratos individuales:

- a. Compraventa entre el concesionario (vendedor) y el consumidor (comprador), en el primer caso, y compraventa entre el constructor (vendedor) y el consumidor (comprador), en el segundo caso.
- b. Prenda entre el consumidor (comprador) y el banco prestamista, en el primer caso, e hipoteca entre el consumidor (comprador) y el banco prestamista, en el segundo caso.

¹⁷ ARIÑO ORTIZ, G. Principios del derecho público económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 139.

¹⁸ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema del derecho civil. vol. II. Madrid: Tecnos, 2001, p. 86.

- c. Cada secuencia constituye un sistema o red de contratos conocida comúnmente como *contratos coligados*.

4.3 La evolución del contrato

En la *Codificación*, que, como bien se sabe, puso fin al Antiguo Régimen y dio vida, entre otras instituciones, a lo que hoy se puede denominar *derecho clásico de los contratos*, existen compradores y arrendatarios, pero no consumidores. El derecho civil –que regula las relaciones entre los particulares–, unido, posteriormente, al derecho comercial –que vino a regular las relaciones comerciales–, dio paso al derecho privado¹⁹.

El surgimiento de esta nueva categoría en el mercado (*consumidores*) dio origen al llamado *derecho del consumo* o *derecho del consumidor*, lo que, dicho sea de paso, evidencia la teoría según la cual “el derecho no cumple la tarea, meramente estática, de conservar inmutada la distribución presente de los valores económicos y sociales que existen²⁰”.

Además de la función, por sí misma estática, de proteger la actual distribución mediante la concesión de derechos subjetivos a los presentes detentadores, se le asigna también la tarea *dinámica* de hacer posible la constante renovación, de facilitar la circulación de los bienes y la recíproca utilización de los servicios, conforme a las necesidades que vayan surgiendo.

Se conoce con el nombre de *derecho de consumo* el conjunto de *normas* emanadas de los *poderes públicos*, destinadas a la protección del *consumidor* o usuario en el *mercado de bienes y servicios*, que otorgan y regulan ciertos *derechos y obligaciones*²¹.

Se debe aclarar que, si bien el derecho de consumo comenzó por abarcar los contratos de consumo, en la actualidad su misión va más allá:

Comprende, genéricamente, las relaciones de consumo, como vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario, habiendo

¹⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, S. *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2004.

²⁰ BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2008, p. 50.

²¹ WEINGARTEN, C. *Derecho del consumidor*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007.

contratado o no, y aunque la relación sea a título gratuito si tiene conexión con una relación de consumo eventual o ya celebrada²².

Siguiendo a Alterini, el derecho de consumo atraviesa transversalmente el sistema jurídico, puesto que, sin ser derecho comercial ni derecho civil, se ubica entre estos dos; tiene un carácter interdisciplinario o multidisciplinario, y se estructura sobre una pluralidad de regulaciones que afectan buena parte del ordenamiento jurídico.

Es en este estadio de la evolución del derecho de contratos donde cuentan con un espacio natural y jurídico –para su surgimiento y desarrollo– los contratos objeto de atención del presente texto; es decir, los contratos coligados o cadena de contratos, de los que se tratará a continuación.

4.4 Los contratos coligados

Con base en la revisión de los textos europeos de España e Italia, así como de los textos argentinos, es posible afirmar que no existe una definición común de *contrato coligado*.

a. Concepto

Los contratos coligados, también llamados *contratos sucesivos*, *contratos conexos*, *contratos vinculados*, *contratos interdependientes*, *grupos de contratos*, *contratos complejos* o *red de contratos*, surgen en la vida social por necesidades fácticas; de allí pasan al universo jurídico, como ha sucedido con otras figuras. “En general, se denominan contratos coligados aquellos contratos respecto de los cuales existe un nexo de interdependencia²³”.

De acuerdo con López Santamaría²⁴, “determinadas operaciones económicas, requieren a menudo que sean celebradas en varios contratos sucesivos, imbricados o estrechamente vinculados, de los cuales, por lo general, hay uno que es contrato eje y otros que son contratos subordinados o dependientes”. En términos generales, se afirma lo siguiente:

²² ALTERINI, A. Op. cit., p. 243.

²³ BIANCA, M. Derecho civil. vol. 3. El contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 502.

²⁴ LÓPEZ SANTAMARÍA, J. Las cadenas de contratos o contratos coligados, en Contratación privada, Lima, Jurista Editores, 2002, p. 305.

Hay vinculación contractual cuando los dos contratos se han celebrado con el fin de facilitarle al consumidor la adquisición de bienes de consumo con pago a plazos; esto es, cuando los dos contratos puedan considerarse, en función de datos objetivos, como partes de una única operación económica, debido a que prestamista y vendedor colaboran para permitir que el consumidor adquiera bienes a plazos²⁵.

Por tanto, se dice que existen contratos coligados cuando, en un caso concreto, las partes contratantes se sitúan frente a varios contratos unidos por una operación económica, siempre que una de ellas (el consumidor) sufra una restricción a su libertad de elección.

Lo anterior indica que cada uno de los contratos del grupo conserva su individualidad; porque tanto la pluralidad como la individualidad de los contratos enlazados son fundamentales para satisfacer las necesidades que han dado origen al grupo de contratos. No obstante, la vida de los contratos-miembros es diferente a la de cada uno de ellos, de modo que la convivencia con los otros determina que uno de ellos (de la cadena, red o grupo) se pueda ver afectado por las vicisitudes jurídicas de los demás.

b. Importancia

La importancia y trascendencia de la red de contratos surge frente a los terceros, puesto que va más allá del *principio de la relatividad de los contratos*, ya que, si bien cada contrato de la red mantiene su individualidad, los efectos de cada uno de ellos, como la ineficacia (entendida como producto de la inexistencia, la nulidad o la inoponibilidad –como especies–), el cumplimiento o la resolución pueden repercutir sobre los otros.

c. Características

En síntesis, las siguientes son las características de los contratos coligados:

- Tienen lugar entre dos o más contratos que constituyen la cadena.

²⁵ Marín López, M. J. El crédito al consumidor, trabajo realizado dentro del proyecto BJU2002-00590 de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica del Ministerio de Ciencia y Tecnología: “Las garantías del crédito en las situaciones concursales, en especial las garantías financieras relativas a los valores anotados en cuenta”, que dirige el profesor Ángel Carrasco Pereira, 2004, p. 104.

- Cada contrato, considerado de manera individual, es funcionalmente autónomo.
- Todos pretenden la realización de un fin común que trasciende las finalidades particulares de cada uno de los integrantes de la cadena.

d. Elementos

La conexidad contractual tiene tres (3) elementos: la pluralidad de sujetos, la pluralidad de contratos y el nexo jurídico o causa.

- Pluralidad de sujetos: son partes el profesional (concedente del crédito o prestamista –para el caso del contrato de crédito– y proveedor –para el contrato de adquisición–) y el consumidor.

Necesariamente, el concedente del crédito debe ejercer, como actividad empresarial o profesional, la concesión de créditos, y puede ser persona natural o jurídica. El proveedor es la persona que abastece del bien al consumidor y, al igual que el prestamista, ha de ser un profesional cuya actividad empresarial consiste en suministrar bienes o servicios, y puede ser persona natural o jurídica.

El consumidor es la persona física que recibe el crédito –para el caso del contrato de crédito– y el bien o servicio –para el caso del contrato de adquisición–, con fines que pueden considerarse ajenos a su actividad empresarial o profesional. Es en este sentido que se refiere al consumidor la legislación colombiana:

Toda persona natural o jurídica que, *como destinatario final*, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza, *para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial, cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario (Ley 1480 de 2001, art. 5).

- Pluralidad de contratos: se precisa de la existencia de dos (2) o más contratos, siendo esenciales los contratos de adquisición y de crédito.
- Nexo jurídico o *causa*: Este elemento es el que genera la dificultad cuando se presentan reclamaciones, puesto que no es un asunto de derecho, sino de hecho y, por ello, dificulta la defensa del consumidor, quien tiene que demostrar la existencia del acuerdo previo en exclusiva.

Según esto, y tomando en consideración que deben existir dos o más contratos para que surja la cadena de contratos o contratos coligados, en la cual cada uno tiene su *causa*, ¿cuál sería, entonces, la *causa* de estos, es decir, la de los contratos coligados?

El legislador colombiano sostiene que causa es “el motivo que induce al acto o contrato” (Código Civil, 2016, art. 1524). A partir de esta definición se puede formular un interrogante con el objeto de encontrar la *causa* en los contratos coligados: ¿cuál es el *motivo* que induce a su realización?

Siguiendo a Bianca, la vinculación entre los contratos puede ser *funcional* y *voluntaria*:

La coligación contractual se dice voluntaria cuando se prevé específicamente, es decir, cuando así resulta de la intención específica de las partes, de modo que se subordina la suerte de un contrato a la de otro. Y se dice funcional, cuando resulta de la función unitaria que se persigue, esto es, cuando las varias relaciones negociales a las que se ha dado vida tienden a realizar un fin práctico unitario. En tal caso, cada contrato, en particular, persigue un interés inmediato, que es instrumental respecto del interés final de la operación; interés final que conduce a determinar la causa concreta del contrato, toda vez que es ese el interés que el contrato pretende satisfacer²⁶.

Por su parte, Lorenzetti expresa lo siguiente:

Lo que sucede en estos supuestos es que el negocio excede al contrato; se hace con varios de ellos y, entonces, es necesario vincularlos en sus efectos, consagrando una excepción al efecto relativo. De este modo, la ineficacia de uno de los contratos será oponible a los otros, en virtud de esa conexión²⁷.

La doctrina comparada que aquí se expone permite aclarar que los contratos conexos o coligados tienen una *causa objetiva*; aunque entre sí son diferentes, como diferentes son las partes que los integran, lo único común es la realización del negocio plural.

²⁶ BIANCA, M. Op. cit., p. 245.

²⁷ LORENZETTI, R. L. Op. cit., pp. 24-25.

Por esta razón, en los contratos coligados se debe identificar la causa parcial de los contratos en particular y la causa compleja de la operación²⁸. Es preciso resaltar que la coligación no hace de los contratos uno solo, sino que hace que ciertas circunstancias de un contrato repercutan sobre otro. Por ello, el límite de la coligación se da justamente por la *finalidad común*.

Conviene aclarar que la coligación negocial no necesariamente presupone la coincidencia subjetiva de todas las partes que intervienen en los contratos, sino la pluralidad de contratos. De lo contrario, lo que existiría sería un contrato complejo, esto es, una pluralidad de prestaciones, pero referidas a una sola relación o contrato, caracterizado por una causa única.

De acuerdo con lo anterior, las circunstancias de uno de los contratos coligados repercuten en el otro o en los otros, solo en la medida en que, en dichas circunstancias, esté implicada la *finalidad común*. Al respecto, Marín López afirma lo siguiente:

La ineficacia de un contrato se extenderá a otro coligado «si, tras la desaparición del primero, el segundo pierde su razón de ser y se hace inalcanzable el propósito que vinculaba a ambos convenios». La razón de la ineficacia del contrato crediticio radica, por tanto, en la falta de la causa, supuesto este cuya ausencia origina normalmente la nulidad del contrato. Sin embargo, cuando la ausencia de la causa se produce de forma repentina, no tiene lugar la nulidad, sino la resolución del contrato por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio²⁹.

Por ello, el elemento que los une o los hace conexos es el *animus lucrandi*, es decir, la *razón económica* que lleva a la realización de dos o más contratos que, considerados de manera individual, tienen su causa jurídica, causa fuente y causa fin.

La primera cobra valor, con respecto a las obligaciones que genera cada contrato considerado en sí mismo, y la segunda extiende su sentido hacia el fin concreto que persigue cada contratante. Una y otra abarcan el concepto de *causa jurídica* como “el motivo que induce al acto o contrato” (Código Civil, 2016, art. 1524), con la siguiente salvedad: La *causa final* es una fuerza

²⁸ BIANCA, M. Op. cit.

²⁹ Marín López, M. J. La compraventa financiada de bienes de consumo. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 384.

determinante y, por ende, *impulsiva* para la obtención del logro propuesto. Por ello, el Código estipula: “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”, lo que equivale a decir que es razón suficiente para que la voluntad produzca el resultado que esperan conseguir los contratantes.

Se habla de *causa final*, y no de *causa eficiente* (causa fuente), porque la *causa eficiente* es *mecánica*, mientras que la *causa final* es *psicológica*, cuando de la voluntad se trata, por cuanto el hombre actúa en la búsqueda de un fin. Este es el motivo por el que la primera acepción de *causa* es ajena a los contratos, mas no así la segunda (*causa final*)³⁰.

En cuanto a la doctrina argentina, para Lorenzetti³¹, existe una *causa supracontractual* que se refiere a los objetivos trazados por los contratantes, que solamente pueden alcanzar a través de una red o cadena de vínculos contractuales.

Esto significa que los contratos *conexos* o *coligados* actúan como un sistema, es decir, como un conjunto cuyas partes son interdependientes, de modo que ninguna de ellas puede existir sin la otra; lo que resulta ser un asunto de convivencia contractual por la cual, siendo distintos los contratos que conforman la cadena, no pueden lograr su función económica el uno sin el otro. De allí el término *supracontractual* propuesto por Lorenzetti.

Todo lo anterior pone de relieve que, con respecto a la causa, en los contratos coligados es doctrina imperante la de la *causa objetiva*, es decir, la *razón económica*, que es la *finalidad común* perseguida por las partes³².

4.5 El problema a la luz de la doctrina

Sobre el problema planteado se destacan dos corrientes doctrinarias:

- a. La que sostiene que no es posible resolver el tema propuesto, que se llamará *teoría clásica*.
- b. La conocida como *eficacia del rebote*³³.

³⁰ FIERRO MÉNDEZ, R. Teoría general del contrato. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

³¹ LORENZETTI, R. L. Op. cit.

³² Marín López, M. J. Op. cit., p. 384.

³³ BIANCA, M. Op. cit., p. 594.

Según la primera teoría, el contrato surge de una relación recíproca cuyo *contenido* son las obligaciones que crea y los correlativos derechos que se originan, y que se extienden, por regla general, a las partes; pero, de manera excepcional, pueden extenderse a terceros, conforme al *principio de la relatividad del contrato*.

Por consiguiente, los efectos son las consecuencias jurídicas que determina dicha relación, en otras palabras, las *obligaciones* y sus correlativos *derechos*.

Debido a la relatividad, esos efectos no se extienden sino a las partes y, por ello, el contrato únicamente las vincula a ellas como acreedor y deudor; por lo cual, solo entre sí mismas pueden exigirse el cumplimiento, dado que solo ellas están obligadas a cumplir.

En el ordenamiento positivo colombiano, este fundamento se basa en la función de la autonomía privada, pues es la autorreguladora de los intereses privados y, por tanto, de libertad; esta última, sin embargo, se ve afectada actualmente, de manera notoria, en virtud de los *contratos de adhesión* por los cuales “el profesional puede hacerle al adherente, algo que este no puede imponerle al primero, a saber, la formulación unilateral del contenido contractual³⁴”.

Por su parte, la teoría de la *eficacia del rebote* se refiere a la *relevancia externa del contrato*, como presupuesto de posiciones jurídicas referidas a terceros y a la oponibilidad del contrato en conflicto con terceros.

La *relevancia externa del contrato* hace referencia a la tutela de todos los derechos contractuales frente a la generalidad de los coasociados.

En el sentido clásico, el *principio de la relatividad del contrato* se entendió como el respeto absoluto de los derechos ajenos, pero, en la actualidad, el concepto se entiende como *las posiciones jurídicas contractuales que pueden ser asumidas como presupuesto de pretensiones y obligaciones, poderes y sujeciones por fuera de la relación contractual³⁵*.

Por consiguiente, dichas posiciones jurídicas pueden ser oponibles a terceros y corresponden a la exigencia general de seguridad jurídica, puesto que, quien adquiere de buena fe un bien tiene que poder contar, razonablemente, desde luego, con un derecho que prevalezca sobre los demás.

³⁴ BALLUGERA GÓMEZ, C. El contrato no-contrato. Madrid: Centro de Estudios, 2006, p. 36.

³⁵ BIANCA, M. Op. cit., p. 594.

4.6 La cadena de contratos o contratos coligados en Colombia, España y la Unión Europea

La realidad colombiana muestra cómo tienen lugar los contratos coligados, a partir de los ejemplos antes presentados. Sin embargo, observando el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra que, con respecto a aquellas conductas humanas capaces de originar, modificar, transmitir o extinguir un derecho subjetivo, estado o situación³⁶, conocidas como *cadena de contratos* o *contratos coligados*, no existe ninguna norma que las regule de manera típica. Lo que existen son regulaciones aisladas de algunos contratos; para el caso propuesto, el de crédito y el de compraventa, pero, cabe insistir, de forma aislada, no como grupo o cadena de contratos, es decir, no como *contratos coligados*.

En relación con el tema de investigación, vale la pena recordar que los dos contratos, esto es, compraventa y mutuo a interés, son relevantes, dado que la figura de los contratos coligados basa en ellos, especialmente con la inserción de un elemento central, el nexo jurídico, como se dijo antes.

En el ordenamiento jurídico español, el tema objeto de estudio está regulado, en particular en los artículos 14 y 15 de la Ley de Crédito al Consumo, razón por la cual, siendo típico el negocio, la solución la ofrece la Ley. En este ordenamiento jurídico, el requerimiento para la existencia de la cadena de contratos es el “acuerdo previo, concertado en exclusiva” (Ley 7/1995 de España, art. 15, literal B) entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios:

En virtud del cual aquel ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de este, salvo que se trate de servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, caso en el que el consumidor dispondrá de la opción de concertar el contrato de crédito con otro concedente distinto al que está vinculado el proveedor de los bienes y servicios, en virtud del acuerdo previo (Ley 7/1995 de España, art. 15, literal B).

En esta línea de protección de los consumidores, la Unión Europea también regula los contratos coligados en el siguiente sentido:

³⁶ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. Op. cit.

Se entenderá, sin perjuicio de las disposiciones nacionales que asignen al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor, cuando la adquisición a este de bienes o servicios se haya financiado mediante un contrato de crédito (Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo Europeo).

Conclusiones

a. En cuanto a la hipótesis de trabajo

La existencia de contratos coligados o redes de contratos es una realidad que cada vez adquiere mayor importancia en el ámbito del derecho. Se trata de una convivencia de contratos distintos e individuales que, no obstante, se vinculan entre sí con respecto a la finalidad económica supracontractual, razón por la cual deben ser interpretados teniendo en cuenta esta finalidad.

b. En cuanto a la propuesta legislativa

Debido a la falta de una normativa específica sobre el tema investigado, el legislador colombiano debe emprender una tarea codificadora capaz de resolver el problema, que comprenda todo el *iter contractus*; es decir, desde la etapa precontractual hasta la terminación del contrato, incluida su ejecución.

Al respecto, teniendo como referente a la Unión Europea (Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo Europeo), especialmente a España, y siguiendo a Marín López, un esbozo de propuesta legislativa con respecto al tema del presente trabajo se sustenta de acuerdo con los términos siguientes:

- *En cuanto a las medidas de protección en la fase de formación del contrato*

En ellas han de incluirse estos aspectos:

La información y publicidad de las ofertas de crédito. El propósito es que el consumidor pueda elegir entre estas últimas el derecho de desistimiento, sin alegar causa alguna, y sin someterse a ninguna formalidad, lo cual supone la extinción de un contrato ya celebrado. De este modo, se le permite reflexionar sobre la conveniencia del crédito obtenido, y sobre las obligaciones que asume con respecto a este. Esto implica, además, una eficaz medida para luchar contra el sobreendeudamiento del consumidor, pues le brinda la posibilidad de desligarse de un contrato de crédito ya celebrado.

La oferta irrevocable de crédito. Si un prestamista hace una oferta de crédito, el consumidor tiene derecho a solicitar constancia escrita y a que la oferta sea irrevocable. La finalidad es la misma del desistimiento: permitirle reflexionar sobre la opción de concluir ese contrato.

La forma escrita del contrato de crédito al consumo. Esto, además de dar seguridad jurídica a lo pactado, facilita la prueba de los contratos a distancia.

El establecimiento de un determinado contenido en los contratos. Ello le permite al consumidor conocer las obligaciones más importantes que asumen las partes contratantes.

- *En cuanto a las medidas de protección en la fase de ejecución del contrato*

En ellas han de incluirse la modificación del tipo de interés, la cesión del crédito al consumo y la protección del consumidor ante el cobro indebido realizado por el prestamista, dado que es usual que este último pretenda cobrar cantidades que en realidad el consumidor no está obligado a abonar (comisiones inexistentes o de cuantía más baja, intereses no devengados, cálculo impreciso de las cuotas de amortización, etc.). También han de incluirse los límites a los intereses retributivos y la represión de la usura, así como la vinculación contractual entre los contratos de crédito y de compraventa, puesto que así puede entenderse si se tiene en cuenta el origen de esta modalidad contractual, lo cual, además, libera de la demostración de su existencia.

- *En cuanto a las medidas de protección en la fase de extinción del contrato*

En ellas han de incluirse los siguientes aspectos:

El incumplimiento del consumidor y el vencimiento anticipado del contrato. El objetivo es que se establezca que el vencimiento anticipado solamente sea viable cuando el incumplimiento sea relevante.

El incumplimiento del consumidor y la resolución del contrato. Como en la hipótesis anterior, es preciso que el incumplimiento sea relevante para que se abra camino a la terminación del contrato.

Referencias bibliográficas

ALTERINI, A. Treinta estudios de derecho privado. Bogotá: Temis, 2011.

ARIÑO ORTIZ, G. Principios del derecho público económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BALLUGERA GÓMEZ, C. El contrato no-contrato. Madrid: Centro de Estudios, 2006.

BETTI, E. Teoría general del negocio jurídico. Granada: Comares, 2008.

BIANCA, M. Derecho civil. vol. 3. El contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BOBBIO, N. Liberalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

_____. El problema del positivismo jurídico. México: Distribuciones Fontamara, 2004.

_____. Teoría general del derecho. Bogotá: Temis, 2007.

BOTERO BERNAL, A. La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. En: Opinión Jurídica. Julio-diciembre, 2003, n. ° 4.

Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Espasa-Calpe, 1984.

DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias. vol. II. Madrid: Civitas, 1996.

_____ y GULLÓN, A. Sistema del derecho civil. vol. II. Madrid: Tecnos, 2001.

DURKEIM, E. Las reglas del método sociológico (s/f).

ESCUIN IBÁÑEZ, I. Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo. Granada: Comares, 2002.

FIERRO MÉNDEZ, R. Teoría general del contrato. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

_____. El contrato ¿libertad o poder? En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del derecho contemporáneo. Álvaro Echeverry Uruburru, director; José Manuel Gual Acosta y Joaquín Emilio Acosta Rodríguez, coordinadores. Bogotá, Universidad Santo Tomás, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2011.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. Estudios sobre el contrato civil. Barcelona: Atelier, 2008.

HART, H. L. A. Las normas jurídicas y la moral. En: El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

_____. Los fundamentos de un sistema jurídico, regla de reconocimiento y validez jurídica En: El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HINESTROSA, F. Tratado de las obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

KENNEDY, D. La educación legal como preparación para la jerarquía, publicado en David Kairys, (ed.), *The Politics of Law*, Nueva York, Pantheon, 1990.

LÓPEZ SANTAMARÍA, J. Las cadenas de contratos o contratos coligados, en *Contratación privada*, Lima, Jurista Editores, 2002.

LORENZETTI, R. L. "Inclusión y Exclusión". En: *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998.

_____. Tratado de los contratos, parte general, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

Marín López, M. J. Comentario a la STS del 8 de febrero de 1996. *Leasing*: vicios de la cosa. Subrogación del usuario en las acciones del comprador arrendador. Resolución de la compraventa y del arrendamiento financiero. Daños y perjuicios. Congruencia. En: *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, (1996), n.º 41.

_____. La compraventa financiada de bienes de consumo. Navarra: Aranzadi, 2000.

_____. El crédito al consumidor, trabajo realizado dentro del proyecto BJU2002-00590 de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica del Ministerio de Ciencia y Tecnología: "Las garantías del crédito en las situaciones concursales, en especial las garantías financieras relativas a los valores anotados en cuenta", que dirige el profesor Ángel Carrasco Pereira, 2004.

MEJÍA QUINTANA, O. El derecho: ¿liturgia del procedimentalismo? En: *Revista de Derecho Privado*: Bogotá, Universidad de los Andes, 1995, n.º 17.

MONSALVE CABALLERO, V. Responsabilidad precontractual. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010.

NEWMARK DIAZ, H.F. De la legalidad al sistema del derecho. Serie Investigaciones Sociojurídicas, CIJUS. Bogotá: Universidad de los Andes, 2003.

Newmark Diaz, H.F. Normas y valores: *¿Double bind?* En: Revista Colombiana de Sociología: Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, número especial sobre sociología del derecho, n. ° 26.

PÉREZ VIVES, A. Teoría general de las obligaciones, volumen I, Bogotá: Temis, 1953.

RAWLS, J. Ideas fundamentales. Cuatro papeles que cumple la filosofía política. En: La justicia como equidad, una reformulación, edición a cargo de Erin Kelly. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.

RIPERT, G. y BOULANGER, J. Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol, vol. I. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 1998.

RISOLÍA, M.A. Soberanía y crisis del contrato. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

RODRÍGUEZ AZUERO, S. Contratos bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá: Legis, 2004.

RODRÍGUEZ, G.H. Derecho probatorio colombiano. Bogotá: Ediculco, 1976.

SCHMITT, C. Distinción de los modos de pensar la ciencia jurídica. En: Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Madrid: Tecnos, 1996.

SIERRA RODRÍGUEZ, A. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En: Derecho privado de consumo, coordinadora María José Reyes López, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

TEUBNER, G. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho, En: DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989, 25.

VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A. Derecho Civil, vol. I, parte general y personas. Bogotá: Temis, 1997.

VALLESPÍN, F. El Estado liberal. En: Manual de ciencia política, Madrid: Trotta, 2008.

WEINGARTEN, C. Derecho del consumidor. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007.

ZIMMERMANN, R. El nuevo derecho alemán. Barcelona: Bosch, 2008.

Código Civil [Código Civil] Legis, 2016.

Código Civil español.

Código de Comercio colombiano.

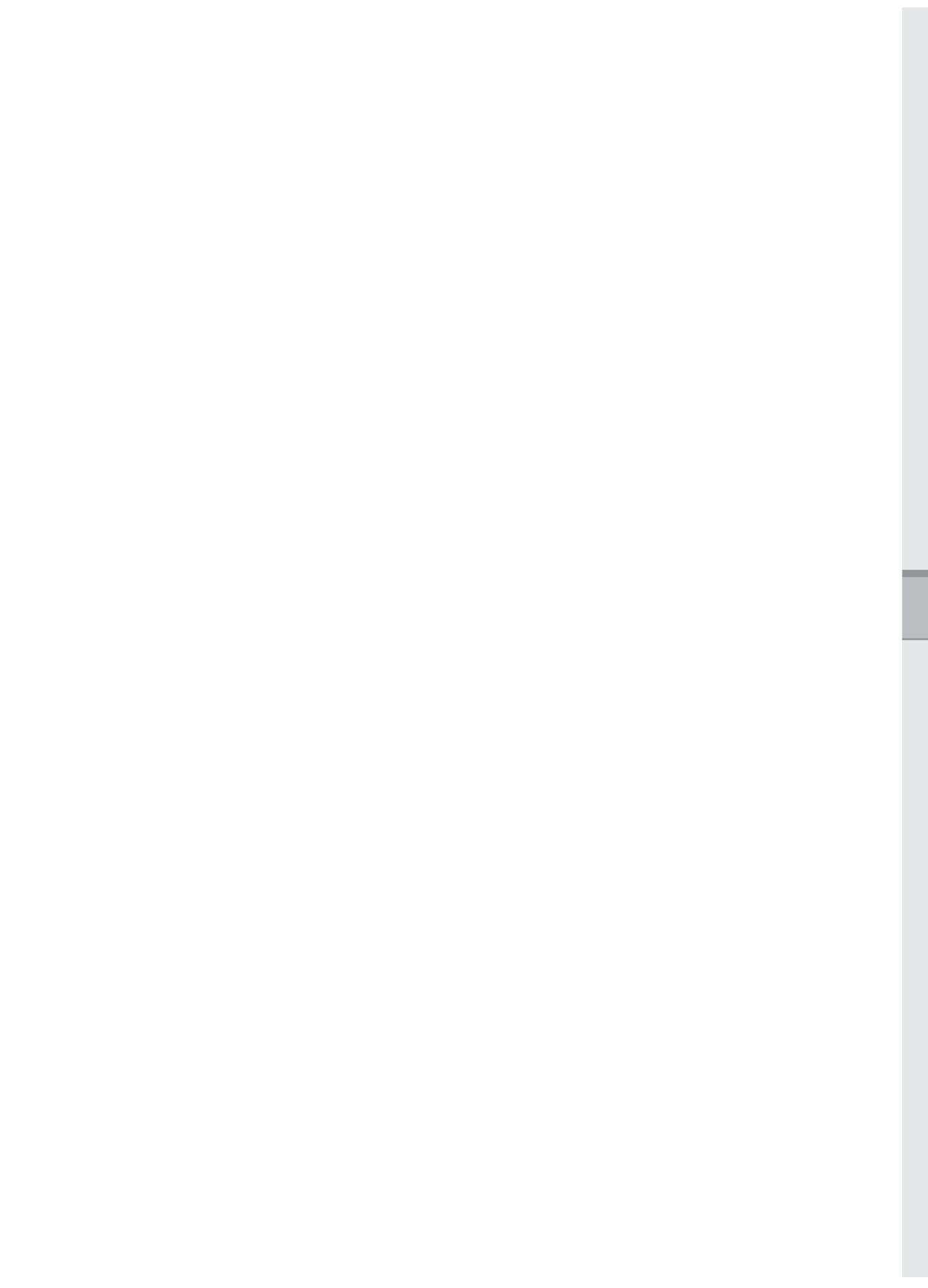
Código de Procedimiento Civil colombiano.

Congreso de Colombia. (12 de octubre de 2011). Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones [Ley 1480 de 2011].

Constitución colombiana.

Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala de Casación Civil, Sentencias del 25 septiembre de 2007. Magistrado ponente: doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y del 28 de Julio de 2005, Magistrado ponente: doctor Manuel Ardila Velásquez.

Cortes Generales de España y Rey de España. (1995) Ley 7 del 23 de marzo de 1995: de Crédito de Consumo (Ley 7/1995 de España). «BOE» núm. 72, del 25 de marzo de 1995, pp. 9370 a 9375.



Armonización y modernización del régimen de constitución y de reformas estatutarias de las compañías mercantiles en Colombia. La SAS como punto de referencia

*Wilson Iván Morgestein Sánchez**

* Trabajo de reflexión académica, resultado del proyecto “Actualización y modernización del derecho societario colombiano: la SAS como punto de referencia, y la responsabilidad social de los productores y distribuidores de bienes y servicios”, desarrollado por el grupo de investigación en Derecho Privado y del Proceso; línea de investigación en Derecho Privado Sustancial, de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Especialista en Derecho Privado–Económico de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, autor de diversos escritos sobre asuntos propios del derecho privado, profesor-investigador de derecho comercial en la Universidad Libre.

Introducción

No hay duda alguna de que la función del derecho societario es ofrecerle a la economía las herramientas jurídicas necesarias para el adecuado desarrollo de la actividad empresarial; pero, para que esta rama del ordenamiento jurídico pueda cumplir con su cometido, se hace estrictamente necesario que evolucione al compás de los cambios filosóficos, políticos, culturales, tecnológicos y económicos que rodean la colectividad donde se pretende aplicar las normas que lo integran.

Así las cosas, jamás podrá afirmarse que el derecho de sociedades ha llegado a su punto máximo de evolución, sino que este campo de la ciencia jurídica debe estar siempre en un constante proceso de cambio, así como se encuentran en un permanente desarrollo los distintos factores de la vida social.

Por ello, las distintas instituciones del derecho societario deben ser continuamente revisadas a la luz de la evolución de los pueblos a fin de establecer su aporte a la integración y al fortalecimiento de la actividad empresarial, en especial en un país como Colombia, que ha atravesado por un sinnúmero de dificultades socioeconómicas desde hace ya varias décadas.

En este sentido, el 12 de agosto de 2015, el Gobierno nacional radicó en la Secretaría de la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 070 (en lo sucesivo, el proyecto), fruto del ingenio jurídico del actual superintendente de sociedades, doctor Francisco Reyes Villamizar, que buscaba introducir reformas sustanciales al régimen de las compañías mercantiles en Colombia, especialmente en aquellas de carácter cerrado; esto es, las que ni inscriben ni negocian sus alícuotas de capital social en el mercado de valores. Un buen número de las normas que integran la mencionada iniciativa estaban dirigidas a flexibilizar las normas sobre constitución y funcionamiento de las especies societarias de carácter tradicional, tomando como modelo la exitosa experiencia de la Ley 1258 de 2008, que introdujo la sociedad por acciones simplificada en el ordenamiento societario colombiano, de gran acogida entre los empresarios nacionales y de alto impacto en el contexto internacional.

Instituciones tan básicas, pero de tanta trascendencia durante la vida de la persona jurídica societaria, tales como la constitución de las compañías mercantiles y las reformas a los estatutos sociales, deben ser revisadas con base en las actuales necesidades y exigencias del empresariado nacional no solo para armonizar la totalidad de la legislación de sociedades con las experiencias más exitosas que en los últimos lustros ha tenido Colombia en esta materia, sino para dotar de herramientas verdaderamente ágiles y efectivas para el desarrollo de la actividad empresarial a los agentes económicos que operan en el país. Sobre este particular, el proyecto pretendía extender a los tipos societarios convencionales varias de las normas contenidas en la Ley 1258 de 2008, mediante la cual se incorporó al derecho colombiano la sociedad por acciones simplificada.

Así las cosas, resulta incontestable que la academia sea uno de los agentes llamados a dar a conocer las diversas propuestas dirigidas a la actualización y modernización del régimen societario colombiano para que los distintos operadores jurídicos puedan opinar sobre ellas y, de esta manera, establecer la conveniencia de integrarlas o no al derecho positivo del país, de postergar su trámite legislativo o de modificarlas antes de que estén llamadas a convertirse en ley de la República. En lo que respecta al caso del Proyecto de Ley 070 de 2015, a pesar de que no tuvo el éxito que en su trámite legislativo se esperaba, sí vale la pena hacer un análisis de las normas que contiene a fin de determinar si podría servir de base para otros proyectos futuros que pretendan reformar el Libro Segundo del Código de Comercio colombiano.

Pues bien, teniendo en cuenta que el objetivo de este trabajo es presentar a la comunidad jurídico-empresarial colombiana la necesidad de armonizar y modernizar el régimen de constitución de las compañías mercantiles y las reformas a los estatutos sociales, tomando como punto de referencia la ley 1258 de 2008, la metodología jurídica que se va a emplear para el desarrollo de este escrito es de naturaleza esencialmente normativa, para lo cual se hará uso de un método básicamente cualitativo. De conformidad con lo antes expuesto, se empezará estudiando las dificultades que implican para el empresariado colombiano varias de las normas que en la actualidad rigen la materia, y luego se hará un estudio de la conveniencia de darles a conocer a los tipos societarios tradicionales varias de las disposiciones jurídicas que la ley de SAS consagra para el tema de constitución y funcionamiento de una sociedad comercial.

5.1 Discusión jurídica y resultados

5.1.1 Constitución por documento privado, objeto indeterminado y duración indefinida

El inciso 2° del artículo 98 del Código de Comercio establece: “La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Ahora bien, el problema que gira en torno a la hermenéutica de la norma consiste en determinar cuándo debe entenderse que una compañía mercantil ha sido constituida legalmente y, por tanto, que ha surgido la persona jurídica societaria¹.

Conforme al criterio de interpretación generalmente aceptado, la personalidad jurídica de la sociedad surge cuando se otorga la escritura pública en la que consta su constitución; para respaldar dicha tesis se exponen, entre otros, los siguientes argumentos: (i) Que si la persona jurídica surgiera cuando se inscribe la escritura de constitución en el registro mercantil, “[...] existiría un contrasentido consistente en que el dominio de los bienes aportados por los socios se transfieren en un instante en que la sociedad todavía no tiene capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones [...]”; (ii) Que la inscripción de la escritura constitutiva en el registro mercantil se exige para que el régimen convencional sea oponible a terceros; (iii) Que el Congreso de la República rechazó la iniciativa consistente en que la sociedad adquiriera personalidad jurídica con tal inscripción, habida cuenta de que eso se justificaría en un régimen donde la figura de la inscripción tuviera un carácter esencialmente constitutivo y no declarativo como lo tiene actualmente el sistema colombiano².

Sin embargo, otro sector de la doctrina sostiene que la sociedad no se constituye legalmente ni la persona jurídica comienza a tener existencia legal con

¹ REYES, F. Derecho Societario I. Bogotá: Temis, 2016, pp. 267-268. “La determinación temporal relativa al comienzo de la personalidad jurídica de la sociedad tiene trascendencia significativa respecto de las denominadas *sociedades de capitales*. La definición del momento a partir del cual se considera personificada jurídicamente la sociedad es relevante para determinar a partir de cuándo se hace efectivo el beneficio correlativo de la separación patrimonial y el consecuente límite cuantitativo en el riesgo asumido por los asociados, hasta el monto de lo aportado al fondo social [...]”.

² NARVÁEZ, J. Teoría general de las sociedades. Bogotá: Legis, 2009, pp. 21 y 132-133.

el simple otorgamiento de la escritura pública, sino que se hace necesaria, para esos efectos, la inscripción del instrumento público en el correspondiente registro mercantil³, y para sustentar dicha afirmación se exponen, entre otras razones, las siguientes: (i) “[...] el fenómeno de la personalidad jurídica inoponible a terceros es contradictorio e inconcebible, toda vez que la persona nace precisamente para relacionarse con los terceros [...]. Una prueba de lo anterior se encuentra en el artículo 116 del Código; si este dispone que antes del registro mercantil la sociedad no puede iniciar actividades, es precisamente porque aún no es persona, y si, además, según el parágrafo de la misma norma, de los actos dispositivos prematuros responden solidariamente los administradores, pero no la sociedad, es porque esta última aún carece de personalidad [...]”⁴, (ii) “Aunque generalizada, esta concepción [la que considera a la sociedad legalmente constituida –y, por tanto, personificada–, en el momento en que se otorga la escritura pública de constitución, a pesar de que esta no se haya inscrito en el registro mercantil] se enfrenta al escollo de justificar la contradicción en que se incurre al considerar que para los terceros no resulta eficaz el contrato social que origina la personalidad jurídica de la sociedad (es inoponible), pero sí se les enrostra la separación patrimonial que les impide perseguir los patrimonios de los asociados por obligaciones de la compañía [...]”⁵.

Ahora bien, es necesario que en Colombia el régimen legal de sociedades adopte, para todas las especies societarias, una norma que sincronice el

³ Así, PINZÓN, G. *Sociedades comerciales*. vol. I. Teoría general. Bogotá: Temis, 1988, pp. 40-41, sostiene: “[...] De manera, pues, que el problema se reduce así a determinar cuándo ha de entenderse ‘legalmente constituida’ la sociedad, porque es desde entonces –únicamente desde entonces– cuando empieza su existencia legal como persona jurídica... Con lo cual queda dicho que la formación legal o regular de la sociedad se cumple en dos etapas sucesivas: la de formulación auténtica –mediante una escritura pública– de las cláusulas del contrato social que determinan el régimen convencional de la sociedad, y la de la publicidad comercial de este régimen convencional de la sociedad mediante su inscripción en el registro público de comercio para hacerlo oponible a terceros en todo en cuanto a ellos pueda interesar. Consecuencialmente, no es con la sola escritura pública, sino con esta y con su subsiguiente registro como se constituye legalmente la sociedad y como se inicia su existencia legal de persona jurídica”.

⁴ GAVIRIA, E. *Apuntes sobre el derecho de sociedades*. Medellín: Señal, 2004, pp. 131-132.

⁵ REYES, F. *Op. cit.*, p. 268.

tiempo en el que se perfecciona el negocio jurídico que le da origen a la compañía mercantil, con el momento en que este acto o contrato resulta oponible a terceros. Esto, además, es conveniente para evitar divergencia de opiniones que lo único que han generado son fallos jurisdiccionales contradictorios e inseguridad entre los empresarios que desarrollan operaciones económicas en el territorio nacional.

El numeral 1 del artículo 1° del proyecto determinaba que se podrían crear sociedades colectivas, comanditarias, de responsabilidad limitada, y anónimas, por instrumento privado inscrito en el registro mercantil⁶. En efecto, el citado precepto establecía que les sería aplicable a todas las especies societarias -exclusivamente en lo relacionado con su forma de constitución- el artículo 5° de la Ley 1258 de 2008: “*La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal*”⁷ [...]”. Parágrafo 2°. Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución deberá

⁶ REYES, F. SAS. La sociedad por acciones simplificada. Bogotá: Legis, 2009. p. 84: “El carácter del registro es constitutivo, pues da lugar a la regularidad de la sociedad, con la secuela de separación patrimonial que origina limitación plena de responsabilidad, salvo en los casos de allanamiento de personalidad jurídica de la sociedad en los términos previstos en el Artículo 24 [...]”.

⁷ A su vez, el numeral 2 del artículo 1° del proyecto establecía que les sería aplicable a todos los tipos societarios el artículo 6° de la Ley 1258 de 2008, en lo relativo al control del acto constitutivo, cuando no se otorgara para el efecto escritura pública. Ciertamente, el Artículo 6° de la ley de SAS estatuye: “Las cámaras de comercio verificarán la conformidad de las estipulaciones del acto constitutivo [...] con lo previsto en la Ley. Por lo tanto, se abstendrán de inscribir el documento mediante el cual se constituye la sociedad, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior o en la ley [...]”. Sobre el control de legalidad que ejercen las cámaras de comercio, GIL, J. Tratado de registro mercantil. Bogotá: Uniempresarial-Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, p. 437, enseña lo siguiente: “El control de legalidad consiste en la verificación que oficiosamente debe efectuar la oficina registral en relación con el documento objeto de inscripción con el fin de constatar que se cumplen los presupuestos legales para acceder al registro de la correspondiente relación jurídica, examinando el cumplimiento de los requisitos de fondo y forma, o cualquier otro requisito que, de manera expresa y determinada, le haya asignado el legislador [...]”.

hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes⁸.

Ahora bien, ya sea que se trate de una escritura pública o de un instrumento privado y su correspondiente inscripción en el registro mercantil, hay que dejar en claro que estas formalidades no se requieren para el perfeccionamiento del contrato de sociedad⁹, sino para que surja una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados con todos los atributos que le son propios¹⁰. Tal y como enseña¹¹, si la formalidad escrituraria fuera un requisito de la esencia del contrato de sociedad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1500 del Código Civil, su omisión generaría la inexistencia del negocio jurídico societario o que este no produjera efecto alguno; pero ello no es así, ya que la ausencia de las formalidades que se han mencionado traen como consecuencia el surgimiento de una sociedad de hecho¹².

⁸ REYES, F. Op. cit., p. 87): “[...] Esta exigencia pretende, tan solo, ajustar el sistema de la SAS al régimen de bienes contenido en el Código Civil y en otras disposiciones legales en las que aún se exige instrumento notarial como medio de formalización para la transferencia de ciertos activos”.

⁹ A ello se oponen, entre otros, NEIRA, L. Apuntaciones generales al derecho de sociedades. Bogotá: Temis, 2006, p. 49: “[la escritura] es la solemnidad destinada a darle *existencia y autenticidad* al contrato de sociedad” y PEÑA, L. De las sociedades comerciales. Bogotá: Universidad del Sinú-ECOE, 2014, p. 62: “[...] Entonces, la sociedad se caracteriza básicamente por su solemnidad”.

¹⁰ En el mismo sentido, MARTÍNEZ, N. Cátedra de derecho contractual societario. Bogotá: Abeledo-Perrot, 2010, p. 47, expresa: “Las sociedades tienen origen en un contrato de naturaleza consensual. Cuando las partes consienten en los distintos elementos esenciales de dicho negocio jurídico, se forma el contrato y este produce efectos interpartes [...]”.

¹¹ NARVÁEZ, J. Op. cit., p. 131.

¹² Sobre esta noción y su origen, función económica y modalidades, PEÑA, L. Op. cit., pp. 279-280, señala lo siguiente: “La sociedad de hecho, entendida como la actuación conjunta de dos o más personas para adelantar una actividad determinada, debió existir desde que el hombre se reunía en grupos. De esta manera, una empresa económica hecha en común por dos o más individuos pudo ser el antecedente de lo que hoy llamamos sociedad de hecho. Pero el primer antecedente histórico lo encontramos en el derecho romano, que, a pesar de su formalismo, permitía que ciertas sociedades pudieran formarse tácitamente, y duraban según la voluntad de los socios. La sociedad de hecho ha surgido como un mecanismo que les ha otorgado la Ley a las personas o a aquellas pequeñas empresas que en su primera etapa no tienen los medios suficientes para encarar una organización

En cuanto a la capacidad de goce de las personas jurídicas societarias, y de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 99 del Código de Comercio, hay tres grupos de negocios que puede realizar una compañía mercantil, a saber: (i) los contemplados en su objeto social, (ii) los directamente relacionados con el mismo y (iii) los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad¹³. Así, los negocios jurídicos ajenos a la actividad social previamente especificada serán absolutamente nulos por objeto ilícito, y solo comprometerán la responsabilidad personal de los administradores que los realicen¹⁴, aun en el caso en que los propios asociados hubieran autorizado la celebración del acto correspondiente¹⁵.

La doctrina justifica la denominada *teoría de la especialidad* o del *ultra vires* mediante argumentos como los siguientes: “[...] Aquí consagró el legislador la *teoría de la especialidad*, prevaleciente en las legislaciones latinas, que tiende a evitar la imprecisión del objeto social: este determina el ámbito de la capacidad de la persona jurídica”¹⁶.

Con esta limitación de la capacidad en su extensión se asegura el sentido eminentemente funcional de la personificación jurídica de la sociedad, cuya

más compleja con el fin de que puedan entregarse a la explotación de una actividad económica por un tiempo determinado, sin necesidad de constituir una sociedad como persona jurídica ni cumplir con las formalidades para su constitución [...] Las sociedades de hecho se forman de dos maneras: la primera, modalidad donde los socios quisieron formar una sociedad, pero a la cual le faltaron solemnidades legales; la segunda, la resultante de los mismos hechos y el consentimiento implícito de los socios, sin solemnidad alguna”.

¹³ REYES, F. Op. cit., p. 296: “[...] Se puede afirmar que el objeto secundario es presunto y no requiere pacto expreso, porque se entiende que toda sociedad necesita realizar una multiplicidad de actividades indeterminadas pero conexas para poder cumplir su objeto principal. Dentro de ellas se encuentran, entre otras muchas, las de efectuar adquisiciones y enajenaciones de toda clase de bienes, girar, aceptar o negociar toda suerte de títulos valores, realizar operaciones activas y pasivas de mutuo, participar en licitaciones públicas, realizar múltiples modalidades de contratos y operaciones financieras, invertir sus recursos en otras entidades que tengan objetos afines o complementarios y, en general, celebrar todos los actos, contratos y operaciones que sirvan de medio para cumplir las actividades previstas en el objeto principal”.

¹⁴ NARVÁEZ, J. Op. cit., p. 25.

¹⁵ REYES, F. Op. cit., p. 299.

¹⁶ NARVÁEZ, J. Op. cit., p. 25.

finalidad no es ni pueda ser la de poblar el mundo de los negocios con sujetos de derechos y de obligaciones que, como las personas naturales, escojan libremente una actividad comercial, sino la de facilitar y proteger los intereses colectivos creados y regulados previamente en el contrato social [...] Siendo útil hacer resaltar que la limitación de la capacidad de la sociedad por su objeto resulta ventajosa tanto para los socios como para terceros; para los primeros, porque, con ella, y como consecuencia directa, se limitan las facultades de los administradores de los bienes y negocios sociales, y se asegura la destinación concreta de sus aportes al desarrollo de la empresa social; y para los terceros, toda vez que, por la misma razón, se protege la prenda común de sus créditos, al asegurar a los bienes sociales la afectación a la empresa social que les da esta destinación concreta de los aportes¹⁷.

Se procuraba la protección de los accionistas, quienes hicieron una inversión, siendo la causa determinante de esta el objeto social que desarrollaría la sociedad; por lo cual no es posible que después se cambiara a otra actividad en la que no tienen interés de participar¹⁸.

No obstante, lo cierto es que el moderno *derecho de sociedades* considera demasiado inconveniente y formalista la *teoría de la especialidad*, habida cuenta de la gran inseguridad jurídica que genera, comoquiera que sobre los negocios y operaciones celebrados por las compañías se cierne la eventualidad de que se impetre la acción de nulidad absoluta de estos mientras transcurre el término de prescripción legal¹⁹.

Ahora bien, mucho más conveniente para la seguridad del tráfico jurídico-económico resulta el otorgarles a las sociedades comerciales la posibilidad de pactar en sus estatutos un objeto social indeterminado:

[...] se configura una garantía para los terceros que contraten con la sociedad, quienes pueden deponer la necesaria prevención que supone un objeto social restringido, con la incertidumbre que la acompaña respecto de la validez de los negocios jurídicos en que participa la sociedad²⁰.

¹⁷ PINZÓN, G. Op. cit., p. 43.

¹⁸ VELÁSQUEZ, C. Orden societario. Medellín: Señal, 2010, pp. 87-88.

¹⁹ REYES, F. Op. cit., p. 301.

²⁰ *Ibíd.*, p. 303.

En este sentido, el numeral 2 del artículo 2° del proyecto pretendía hacer extensiva a las sociedades colectivas, comanditarias, de responsabilidad limitada y anónimas, la disposición contenida en el numeral 5 del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 o *ley de SAS*, al permitir que todas las sociedades comerciales pudieran pactar en sus estatutos un objeto social indeterminado²¹, excluyendo de esta prerrogativa a las compañías respecto de las cuales se exija legalmente la estipulación de un objeto exclusivo.

Ahora bien, adviértase que lo que sobre este punto consagraba el proyecto es una posibilidad, no una obligación; lo que permitiría que, en el escrito de constitución de cualquier compañía mercantil, se disponga un objeto social delimitado, en cuyo caso los negocios jurídicos ajenos a la actividad social previamente especificada serían absolutamente nulos por objeto ilícito, y solo comprometerían la responsabilidad personal de los administradores que los realicen. También sería posible que se señalaran algunas de las actividades principales que serán objeto de la empresa societaria para luego expresar que la sociedad podrá acometer cualesquiera otras, siempre y cuando sean lícitas.

Con respecto al tema de la duración de la sociedad, el numeral 9 del artículo 110 del Código de Comercio establece que debe expresarse, de manera precisa, en la escritura pública de constitución de la compañía²², previsión que, según Peña²³, normalmente está inspirada en el tiempo que

²¹ Sobre este punto, REYES, F. Op. cit., p. 53, sostiene: “[...] Se pretende así que los empresarios puedan acometer por conducto de la SAS cualquier actividad de negocios, sin las obsoletas restricciones derivadas de la teoría de la especialidad del objeto social. Estas reglas, muy próximas a las anticuadas concepciones del *ultra vires*, aún prevalecen en el sistema contenido en el Código de Comercio. En efecto, lo previsto en los artículos 99 y 110-4° de ese estatuto da lugar a la nulidad de actos realizados por fuera del objeto, con la grave secuela de inseguridad jurídica para los terceros que contratan con la sociedad”.

²² Lo que permite concluir, siguiendo a MARTÍNEZ, N. Op. cit., p. 110, que la sociedad es un contrato a plazo. Ahora bien, en la autorizada opinión de REYES, F. Op. cit., pp. 208-209, “[...] esta exigencia comienza a convertirse en un requisito anacrónico, que pierde importancia en la época actual. Es verdad que, en ciertos esquemas de asociación, puede ser de gran relevancia la definición de un ciclo temporal que defina el ámbito de las relaciones de las partes; pero tal exigencia corresponde, en general, a una necesidad específica de las partes, en especial en sociedades de dimensión pequeña o mediana, y no al imperativo de un verdadero interés común reglado por normas de obligatoria observancia”.

²³ PEÑA, L. Op. cit., p. 69.

se estima necesario para alcanzar los objetivos sociales²⁴. Este término comienza a contarse a partir del otorgamiento del correspondiente instrumento público, y su expiración, al tenor de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 218 del Estatuto Mercantil colombiano, se constituye, si no se ha prorrogado válidamente antes de su vencimiento, en una causal de disolución de la sociedad, que se producirá, entre los asociados y respecto de terceros, sin necesidad de formalidades especiales (artículo 219 del Código de Comercio)²⁵.

La doctrina contemporánea del derecho de sociedades ha criticado profundamente la exigencia de un término definido de duración; entre otros argumentos, expone los siguientes: (i) “los socios no necesitan del paternalismo legal para impedirles someterse a un régimen que [...] deja mayor libertad a las partes, en cuanto a la duración de las vinculaciones societarias”; (ii) “[...] si la empresa es rentable, los socios tendrán motivos para mantenerla en funcionamiento. Si no es rentable, es socialmente conveniente su disolución”; (iii) “la disolución no afecta los derechos de los acreedores sociales en contra de la compañía disuelta [...]”²⁶.

Ahora bien, la propuesta consagrada en el numeral 1 del artículo 2º del proyecto estaba dirigida a permitirles a todos los tipos societarios –al igual que la SAS– el establecimiento de un término indefinido de duración²⁷; lo cual, además, beneficia a cualquier especie societaria, dado que, si no se quiere que la compañía se disuelva por el vencimiento de su plazo de duración, se debe proceder a la correspondiente reforma estatutaria de prórroga o ampliación del término, con toda la inversión de tiempo y de dinero que cualquier modificación al contrato social implica.

²⁴ REYES, F. Op. cit. p. 208: “[...] Por lo demás, a diferencia del modelo legislativo francés, en la legislación colombiana no se establece un término máximo de permanencia, [...]”.

²⁵ NARVÁEZ, J. Op. cit., p. 145, enseña lo siguiente: “[...] Esta no permite la prórroga automática o tácita, como cuando se estipula que, vencido el término fijado, si se cumple determinada condición positiva o negativa, la duración de la sociedad se entenderá prorrogada por otro periodo igual”.

²⁶ CABANELLAS, 1994, p. 693, citado en REYES, F. Op. cit., p. 209.

²⁷ Aunque debe recordarse que las empresas unipersonales, las sociedades microempresarias, las sociedades de economía mixta, las empresas de servicios públicos y las cooperativas también pueden, por expresa disposición legal vigente, hacer uso de esta prerrogativa.

5.2 Clases de acciones

El numeral 1 del artículo 5° del proyecto determinaba que las sociedades anónimas y en comandita por acciones podrían, previa reforma estatutaria aprobada por unanimidad de los accionistas,²⁸ crear diversas clases y series de acciones. De esta facultad también podrían hacer uso, de conformidad con el artículo 7° del proyecto, los tipos societarios de nueva creación mencionados.

La posibilidad de crear diversas clases y series de acciones –incluidas las acciones privilegiadas, las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, las acciones con dividendo fijo anual²⁹ y las acciones de pago³⁰–, se

²⁸ Para trasplantar este y otros beneficios de la SAS a las demás especies societarias se exige la aprobación unánime de todos los socios o accionistas de la respectiva compañía, habida cuenta de que muchas de las prerrogativas contenidas en la Ley 1258 de 2008, y que ahora se quieren hacer extensivas a los demás tipos societarios, están cimentadas sobre un principio de amplísima libertad contractual que, si no es tratado con las debidas salvaguardas –como, por ejemplo, la exigencia de la unanimidad para hacerlo efectivo–, podría generar la opresión de los asociados minoritarios que ingresaron a la sociedad, teniendo en cuenta el régimen vigente para ese momento (cfr. Colombia, Exposición de motivos al Proyecto de Ley 070 del 12 de agosto de 2015).

²⁹ REYES, F. Op. cit., p. 93: “[...] la nueva ley [1258 de 2009] introduce el concepto de acciones con dividendo fijo, como modalidad especial de las acciones preferentes. Nótese cómo estas acciones no están necesariamente sujetas a la pérdida de los derechos de votación. Así, ellas podrían conferir ese derecho, sin contrariar el sistema legal. Además, el concepto de acciones con dividendo fijo es particularmente novedoso, pues permite pactar cualquier fórmula financiera que asegure el pago periódico del dividendo, en la medida en que la sociedad tenga recursos líquidos repartibles. Por otra parte, la emisión de estas acciones no se sujeta a los porcentajes máximos de emisión de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto previstos en la Ley 222 de 1994”.

³⁰ *Ibíd.*, p. 93: “[...] la idea de que la sociedad emita acciones a favor de sus propios ejecutivos y empleados constituye una significativa innovación que permite acercar los intereses, especialmente de los administradores sociales, a los de los accionistas. En el parágrafo del artículo 10° se advierte, con todo, que, cuando las acciones de pago sean utilizadas frente a obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para el pago en especie. Estas normas, como se recordará, establecen que no puede efectuarse un pago en especie por un valor superior al 50% del salario del trabajador. Claro está que siempre podrá convenirse la modalidad de aporte de industria, según la regulación prevista en el Código de Comercio o, incluso, proceder a la capitalización

encuentra actualmente consagrada en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008. Las clases “[...] son modalidades disímiles de acciones, diferenciadas por los derechos inherentes a cada una de ellas, según el reglamento específico”. Las series “[...] identifican emisiones sucesivas de acciones de una misma clase, cuya colocación se ha efectuado en épocas diversas”³¹.

5.3 Restricción a la negociación de acciones

La posibilidad de que, en los estatutos sociales de las compañías cerradas, se pueda estipular la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o algunas de sus clases resulta muy conveniente para las sociedades de familia o para grupos pequeños de inversionistas “[...] a los que no les interesa recibir nuevos accionistas que puedan parecer extraños a la administración del negocio social familiar”³².

de créditos a favor de los trabajadores”. Sin embargo, de acuerdo con NIETO, N. e ISAZA, E., 2010, 40 (112), p. 67, “[...] esta es una tipología innecesaria, pues las acciones ordinarias pueden cumplir esta función, ya que, por ser bienes muebles, pueden ser objeto de una dación de pago, salvedad hecha de las reservas laborales con relación a los pagos en especie”.

³¹ VEIGA-COPO, A., 2012, pp. 340-341: “[...] Así las cosas, la clase de acciones identifica una emisión en la que las acciones ostentan identidad de derechos, de tal modo que todas las acciones que integran una misma clase gozan de iguales derechos, pudiendo existir distintas clases de acciones dentro de una misma emisión; por ejemplo, acciones ordinarias y acciones preferentes o con privilegio, sin voto, etc., mientras que la serie identifica emisiones ulteriores de acciones que forman parte de una misma clase de acciones, por ejemplo, clase preferente acciones de la serie A, de la serie B, etc.”.

³² VELÁSQUEZ, C. Op. cit., pp. 150-151. En cuanto a este tema, VEIGA-COPO, A. Op. cit. p. 347 y 349, sostiene: “[...] los socios, a través del acuerdo social, con los estatutos pueden restringir o trabar, en cierta medida, la libre enajenación de los títulos, intentando con ello preservar la identidad o núcleo personal esencial de la sociedad y evitando la entrada a la sociedad de terceros extraños o ajenos al vínculo fundacional; restricciones que pueden hacerse efectivas tanto en las enajenaciones intervivos, sean estas voluntarias o forzosas, como en las enajenaciones *mortis causa*. La SAS sí prevé expresa y temporalmente —Artículo 13— un plazo máximo de restricción absoluta a la negociabilidad de las acciones, restricción que tendrá un máximo de diez años, que puede ser prorrogable por iguales períodos de tiempo, y cuyas restricciones han de reflejarse, obligatoriamente, sobre el título a efectos de oponibilidad”.

Así, el numeral 3 del artículo 5° del proyecto establecía que, a las sociedades anónimas y en comandita por acciones, les sería aplicable, previa reforma estatutaria, aprobada con el voto unánime de la totalidad de los accionistas, el artículo 13 de la ley de SAS, que regula el establecimiento de restricciones a la negociación de acciones. De esta facultad también podrán hacer uso, de conformidad con el artículo 7° del proyecto, los tipos societarios de nueva creación mencionados.

5.4 Voto múltiple

La posibilidad de pactar el voto múltiple³³ en cualquier sociedad de capitales trae, entre otras ventajas, las siguientes:

- (i) Contribuye, de manera significativa, a la efectividad de los Códigos de Gobierno Corporativo de las sociedades de familia en Colombia, comoquiera que, a través del uso de esta herramienta, se pueden evitar conflictos en la compañía, por cuanto previamente van a estar definidas las relaciones de poder entre accionistas fundadores y miembros de familia que ingresen posteriormente a la sociedad para que, de esta forma, cada asociado conozca sus verdaderas expectativas de gobierno dentro de la compañía;
- (ii) Se puede determinar el poder de decisión de cada sujeto o grupo de accionistas dentro de la asamblea general, lo que puede lograrse “[...] mediante la clasificación de acciones, de modo que, por ejemplo, las de clase A den derecho al 80% de los votos, mientras que las de clase B, solo confieran votación sobre el porcentaje restante. Así, será indiferente el valor que unas y otras tengan en el momento de computar los votos. Claro está que los beneficios económicos, tales como la participación de dividendos, pueden obedecer a una regla diferente, ser asimétricos o proporcionales, etc.”;

³³ En palabras de ENGRACIA ANTUNES (2004, p. 119), citado en REYES, F. Op. cit., p. 94, “[...] a través de numerosas estipulaciones estatutarias puede derogarse el principio según el cual cada acción da derecho a un solo voto (*one share – one vote*), de tal forma que, mediante el poder de subordinación que tales estipulaciones confieren, puede atribuírsele a un individuo o sociedad el control, aunque esta detente la minoría de acciones”.

- (iii) “[...] Resulta de gran utilidad, en los procesos de sucesión en la empresa familiar, puesto que facilita el traspaso de la propiedad, pero manteniendo el control para los fundadores. En la realidad de las sociedades de familia se encuentran destacados casos en que los padres entregan a sus hijos la titularidad de la mayoría de las cuotas o acciones, sin establecer una clara regulación sobre el control, así que se exponen a que los hijos, en cualquier momento, les den un ‘golpe de Estado’, sacándolos de la sociedad con fundamento en las mayorías que ostentan en el máximo órgano social”³⁴;
- (iv) “[...] incentiva la inversión y la creación de empresa, pues la posibilidad de controlar la sociedad, sin tener que realizar grandes inversiones, atrae a grupos de inversionistas nacionales y, principalmente, a extranjeros”³⁵.

Sobre este particular, el numeral 2 del artículo 5° del proyecto establecía que las sociedades anónimas y en comandita por acciones podrían, previa reforma estatutaria aprobada con el voto unánime de la totalidad de los accionistas, pactar en los estatutos el denominado voto múltiple. De esta prerrogativa también podrían hacer uso, de conformidad con el artículo 7° del proyecto, las especies societarias de nueva creación mencionadas.

5.5 Exclusión de asociados

Sobre este punto, el numeral 7 del artículo 4° del proyecto establecía que les serían aplicables a los tipos societarios tradicionales, previa reforma estatutaria, aprobada con el voto unánime de la totalidad de los asociados, la norma contenida en el artículo 39 de la Ley 1258 de 2008, relativo a la exclusión de asociados. De igual forma, los artículos 6° y 7° del proyecto permitían que las sociedades de nueva creación de las especies colectivas, comanditarias, de

³⁴ GAITÁN, A. La SAS: una nueva alternativa para las empresas de familia. En: Estudios sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. Al respecto, también puede verse VÁSQUEZ, M. “La Sociedad por Acciones Simplificada como herramienta de planeación sucesoral”. En: Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, 2014, (51), pp. 1-33.

³⁵ VELÁSQUEZ, C. Op. cit., p. 150.

responsabilidad limitada y anónimas³⁶ pudieran hacer uso de la prerrogativa contenida en la ley de SAS.

Así las cosas, el proyecto expandía la autonomía contractual de los asociados en cualquier tipo societario, al permitir que, en la redacción o reforma de los estatutos sociales, se inserten, aparte de las previstas en la ley³⁷, otras

³⁶ En las sociedades anónimas, la posibilidad de pactar causales estatutarias de exclusión de un accionista sería una verdadera novedad en el derecho societario colombiano, ya que, teniendo en cuenta la legislación actual, esta posibilidad ha sido descartada de manera casi unánime por diversos operadores jurídicos. En efecto, la Superintendencia de Sociedades (Oficio 220-005299 del 9 de febrero de 2005) ha dicho: “[...] en el escenario de la legislación mercantil colombiana no está consagrada dicha figura para este tipo societario y no es viable, a la luz de la misma norma, establecer causales estatutarias que contemplen supuestos de exclusión, razón por la cual no es probable, bajo ninguna circunstancia, hablar de mecanismos idóneos que conduzcan a este propósito”.

³⁷ Como, por ejemplo, las contenidas, entre otros, en los siguientes artículos del Código de Comercio colombiano: (i) inciso 1° del artículo 109, el cual establece: “[...] declarada judicialmente una nulidad relativa, la persona respecto de la cual se pronunció quedará excluida de la sociedad”; (ii) numeral 1 del artículo 125, que permite que se excluya de la sociedad al asociado que no pague su aporte en la forma y época convenidos; (iii) inciso 2° del artículo 297, que crea, para los socios de una compañía colectiva, el derecho de excluir al consocio que explote, por cuenta propia o ajena, directamente o por persona interpuesta, la misma clase de negocios de que se ocupe la compañía, o que forme parte de sociedades por cuotas o partes de interés o intervenga en la administración de sociedades por acciones que exploten el mismo objeto social; (iv) Artículo 298, que permite que se excluya de una compañía colectiva al socio que retire cualquier clase de bienes de la sociedad o que utilice la firma social en negocios ajenos a ella; (v) Artículo 308, que establece la posibilidad, en las sociedades colectivas, de excluir al asociado-administrador que, bajo la razón social de la compañía, ejecute actos que no estén autorizados estatutariamente o negocios que estén limitados por la Ley o los mismos estatutos; (vi) Artículo 365, que permite que, en las sociedades de responsabilidad limitada, después de surtido infructuosamente el procedimiento para efectuar la cesión de cuotas sociales, los asociados puedan excluir de la compañía al socio interesado en ceder sus alícuotas de capital social; pero, en este caso, se le deben liquidar en la forma prevista en el artículo 364 del Estatuto Mercantil; (vii) inciso 2° del artículo 397, que establece que, si la sociedad anónima tuviera obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá, a elección de la junta directiva, al cobro judicial o a vender, de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiera suscrito.

causales por las que un socio o accionista puede ser excluido de la compañía mercantil³⁸, siendo necesario advertir que el artículo 39 de la Ley 1258 de 2008 “no previó condición o prohibición alguna que limite la posibilidad de establecerlas, sino que, por el contrario, dejó a entera discreción de los asociados la facultad de estructurar tanto los presupuestos que den lugar a la exclusión como el procedimiento que para ese fin haya de seguirse, con la única condición de que unas y otro queden definidos expresamente en los estatutos respectivos [...]” (Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-113870 del 2 de octubre de 2011).

5.6 Los acuerdos de accionistas

El derecho societario contemporáneo ha reconocido “la posibilidad de que las relaciones entre los socios se rijan por estipulaciones diferentes de las contenidas en el contrato social. De este modo, es frecuente encontrar regulaciones normativas de la denominada *sindicación de accionistas* [...]”³⁹.

Así, se les reconoce a los asociados la posibilidad de celebrar válidamente acuerdos parasociales, sin que exista limitante alguno respecto de la persona

³⁸ GAVIRIA, E., Op. cit. pp. 102-103, plantea la siguiente cuestión: “[...] ¿puede la sociedad excluir al socio, de manera extrajudicial, dando cumplimiento a las formalidades necesarias y sin más trámites o, por el contrario, tendrá que acudir a la vía judicial, solicitando al juez, mediante demanda, que ordene la exclusión? [...] pareciera, por tanto, que la exclusión es asunto privado y extraoficial, y que esta afirmación vale para todos los tipos de sociedad [...] lo que ocurre es que, aunque no lo parezca, en todos los casos de exclusión del socio están abiertas las puertas para la intervención de la autoridad judicial porque no se debe olvidar que las decisiones de la asamblea general, la junta de socios y la junta directiva, que se consideren ilegales, pueden ser objeto de impugnación judicial, incluso con la excepcional garantía protectora de la suspensión provisional”. En un sentido muy similar, y en lo que tiene que ver con la sociedad por acciones simplificada, la Superintendencia de Sociedades (Oficio 220-079895 del 24 de junio de 2015) ha dicho: “[...] es pertinente advertir que, en el evento de producirse la exclusión, por la razón señalada, esta no conlleva un trámite que deba surtirse ante la Superintendencia de Sociedades, puesto que ella solo interviene en caso de existir discrepancia sobre la ocurrencia de la causal de retiro y, si llegara a proceder el reembolso, en la determinación del precio, cuando no logran ponerse de acuerdo en dicho valor”.

³⁹ REYES, F. Op. cit., pp. 636-637.

que los suscriba o las cuestiones sobre las que recaiga el pacto⁴⁰; solo se exige, como requisitos de eficacia para estos convenios, que (i) contengan estipulaciones lícitas⁴¹, (ii) consten por escrito, (iii) sean depositados en las oficinas de administración de la sociedad, (iv) que el término de duración o de la prórroga respectiva no exceda de diez (10) años y (iv) que, en el momento del depósito, quienes hayan firmado el acuerdo señalen la persona que habrá de representarlos para recibir o suministrar información, cuando esta sea solicitada, puesto que, la compañía podrá solicitarle al representante aclaraciones por escrito sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo.

Al tenor de la norma contenida en el artículo 24 de la ley de SAS, estos acuerdos pueden versar, entre otros temas⁴², sobre compra o venta de alícuotas de capital social, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto y la persona que habrá de representar las partes de interés, cuotas sociales o acciones en el máximo órgano social. Estos convenios resultan muy eficaces si se tiene en cuenta lo siguiente: (i) pueden proyectar sus efectos sobre el funcionamiento de todos los órganos sociales; (ii) una vez que se cumpla el depósito de los acuerdos en las oficinas donde funcione la administración de la compañía, estos deben ser acatados por la sociedad; (iii) el presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la sociedad no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de asociados debidamente depo-

⁴⁰ MARTÍNEZ, N. Op. cit. p. 115: “[...] por ello, la doctrina ha reseñado la dificultad de definir los acuerdos de accionistas, en virtud de la variedad de fines u objetos que estos persiguen o pueden perseguir lícitamente”.

⁴¹ GAVIRIA, E., Op. cit. p. 57: “Las normas imperativas son las mismas para los estatutos que para los paraestatutos, y la libertad que se concede a las partes, en sus estipulaciones, no puede ser más amplia en un caso ni menor en el otro [...]”.

⁴² REYES, F. Op. cit., p. 109: “[...] Dentro de estos convenios son muy conocidas las denominadas *opciones de compra o de venta (calls y puts)*, las cláusulas de adhesión (*tag along*), las de arrastre (*drag along*) y los convenios de compra y venta (*buy-out agreements*). GAVIRIA, E., Op. cit., p. 56: “Algunos casos clásicos de pactos paraestatutarios serían los siguientes: compromiso de aumentar el capital social en determinadas fechas, formas, cuantías y pagos; repartición de ganancias de modo diferente al que la Ley indica; nombramiento de administradores predeterminados o que reúnan ciertos requisitos; ratificación periódica de esos administradores; predeterminación de condiciones para la compraventa de acciones; obligación de no admitir como accionistas a personas de determinadas razas, ideas, regiones o países; acuerdos de voto [...]”.

sitado; (iv) en las condiciones previstas en el acuerdo, los asociados podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

El numeral 3 del artículo 2° del proyecto establecía que les sería aplicable a las sociedades colectivas, comanditarias, de responsabilidad limitada y anónimas, previa reforma estatutaria aprobada con la mayoría prevista en los estatutos o, en su defecto, en la ley para las modificaciones del contrato social, la disposición contenida en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, relativa a permitirles a los asociados de cualquier compañía mercantil pactar en los estatutos sociales una cláusula conforme a la cual se acogen total o parcialmente al régimen allí regulado. De la misma manera, los artículos 6° y 7° del proyecto permitían que las sociedades de nueva creación de las especies societarias tradicionales pudieran hacer uso de esta facultad.

5.7 Reformas estatutarias por documento privado inscrito en el registro mercantil

La posibilidad de efectuar cualquier reforma estatutaria, para cualquier especie societaria, por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, reportaría, entre otras, las siguientes ventajas: (i) se lograría una simetría entre el régimen de constitución de una sociedad comercial y las reformas a sus estatutos sociales, ya que, tanto la una como las otras se reducirían al otorgamiento de un documento privado inscrito en la Cámara de Comercio –incluso por medios virtuales–, exceptuando el caso de la transferencia de bienes inmuebles a la compañía, evento en el cual es necesaria la escritura pública, conforme a las exigencias del derecho común; (ii) se obtendría un mayor grado de flexibilidad en el desarrollo de la empresa societaria y, en especial, en la simplificación de las operaciones de reorganización empresarial que son necesarias para que una compañía se adapte a las cambiantes necesidades del tráfico mercantil⁴³.

En este sentido, el numeral 6 del artículo 1° del proyecto determinaba que les sería aplicable, de manera inmediata y automática, a las sociedades colectivas, en comandita simple, en comandita por acciones, de responsabilidad

⁴³ REYES, F. Op. cit., p. 127.

limitada y anónima, la norma contenida en el artículo 29 de la Ley 1258 de 2008, exclusivamente en cuanto tiene que ver con la posibilidad de efectuar cualquier reforma estatutaria por documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

5.8 De la fusión abreviada

La fusión abreviada, figura introducida en el derecho societario nacional por medio del artículo 33 de la ley de SAS, provee a las compañías mercantiles de un instrumento que simplifica los trámites necesarios para llevar a cabo procesos de reorganización empresarial entre sociedades matrices y subordinadas. Este procedimiento se constituye en una excepción a la regla según la cual las juntas de socios o asambleas de accionistas son el único órgano social facultado para aprobar reformas estatutarias, permitiendo que las juntas directivas y/o representantes legales de las sociedades participantes en el proceso aprueben fusiones a través de las cuales una sociedad matriz absorba a una de sus subordinadas.

Ahora bien, una de las notas esenciales de la fusión abreviada consiste en que esta solo es posible cuando la absorbente sea titular de mínimo el 90% del capital social de la subordinada (Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficios 220-057310 del 25 de marzo de 2008 y 220-080607 del 1 de septiembre de 2010); lo que supone una consecuencia muy importante en lo relacionado con el ejercicio del derecho de receso, dado que los asociados minoritarios de la subordinada –representantes del 10% del capital, como máximo– deben tenerse como ausentes para efectos del ejercicio del derecho de retiro⁴⁴.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 138-139. Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-048575 del 22 de junio de 2012: “[...] Al respecto, cabe afirmar que la calidad de ausente la tienen todos los accionistas de las sociedades participantes en la fusión abreviada, por cuanto la decisión es adoptada por los órganos de administración y, por ende, no se celebra reunión del máximo órgano social respecto del cual pueda predicarse la ausencia de algunos asociados. Y la disidencia solo puede predicarse de asuntos de los cuales se tiene conocimiento y los asociados, como no participan en la toma de la decisión, oficialmente no tienen la información pertinente que les permita adoptar la posición de aprobación o disidencia. No obstante, bajo el principio de interpretación de la Ley, consagrado en el artículo 32 del Código Civil, que ordena que, “en los casos a que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación ante-

Así, el numeral 7 del artículo 1° del proyecto establecía que les sería aplicable, de manera inmediata y automática, a las sociedades colectivas, en comandita simple, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada y anónima, la norma contenida en el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, relativo a la fusión abreviada.

5.9 Registro mercantil y escrituras públicas electrónicas

A pesar de que Colombia, en el contexto latinoamericano, ha estado a la vanguardia en la implementación de normas jurídicas que permiten a los distintos sujetos de derecho la utilización, en sus diversas actuaciones, de los avances en los medios y tecnologías de la información –y de ello da cuenta, en especial, la Ley 527 de 1999–, todavía se exigen, para ciertos asuntos, en el tráfico jurídico-mercantil, muchos soportes documentales físicos, lo que no se justifica si se tiene en cuenta que hoy muchas de esas operaciones perfectamente podrían efectuarse en línea (cfr. Colombia, Exposición de motivos al Proyecto de Ley 070 del 12 de agosto de 2015)⁴⁵.

riores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”, este Despacho considera que, para lograr, a través de un proceso ágil y expedito, una fusión abreviada como instrumento de integración empresarial, sin menoscabo de los derechos que la Ley les ha otorgado a los accionistas, en orden a que estos puedan ejercer el derecho de retiro, como lo consagra el artículo 33 de la citada ley, los administradores, junta directiva o representante legal, según el caso, cual sea el órgano que adopte la decisión, deberán, el mismo día en el cual se celebre la reunión en la que se tomó la decisión de fusionar la sociedad abreviadamente, comunicar a todos los socios o accionistas tal decisión, a través de telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares. Así mismo, durante los ocho (8) días siguientes a la fecha en la cual se celebró la reunión en la que el órgano de administración correspondiente adoptó la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad, la administración deberá mantener a disposición de los asociados, en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, toda la información contable, es decir, estados financieros, así como el acuerdo de fusión abreviada que sirvió de base para tal decisión [...].”

⁴⁵ Desde hace ya varios años, REYES, F., Op. cit., pp. 87-88, advertía: “[...] Es de esperar que las cámaras de comercio adopten rápidamente un sistema de inscripción y certificación mediante mecanismos electrónicos. La inexistencia de un registro en línea carece por completo de justificación en la época actual, en especial si se considera la

Es por eso que el artículo 39 del proyecto pretendía endilgarles a los notarios el deber de disponer de sistemas electrónicos mediante los cuales fuera factible el otorgamiento y expedición de copias auténticas de las escrituras públicas sujetas al registro mercantil, y el artículo 37 creaba, para las Cámaras de Comercio, la obligación de poner en marcha sistemas telemáticos compatibles con una ventanilla única empresarial, ante la cual se pudieran surtir los distintos trámites necesarios para la constitución de una sociedad comercial (obtención de la identificación tributaria, inscripciones ante los fondos de pensiones y cesantías, cajas de compensación familiar, empresas prestadoras de salud y riesgos profesionales, entre otros), a fin de minimizar, de esta forma, los costos de transacción que actualmente tienen que cancelar los empresarios en el proceso constitutivo de una compañía mercantil.

Una conclusión con referencia especial a la clasificación de las sociedades, según el Código de Comercio y el régimen de responsabilidad de sus asociados

En la exposición de motivos al Proyecto de Ley 070 de 2015, se puede leer lo siguiente:

Las estadísticas disponibles sobre la Sociedad por Acciones Simplificada son elocuentes sobre su éxito en todos los ámbitos de la actividad empresarial. En un lapso que supera las cuatro décadas, no existen antecedentes empíricos que permitan evaluar un impacto

difusión de tecnologías de información que permiten la realización de estos procesos con relativa facilidad. Sería muy útil para este propósito que el Gobierno exigiera esta adaptación tecnológica a las cámaras de comercio”. Además, LÓPEZ, F, 2012, pp. 261-262, expresa: “No se puede cuestionar las ventajas de constituir Sociedades por Acciones Simplificadas, SAS, en forma virtual; por el contrario, esta ventaja tecnológica se debe introducir a los demás tipos societarios [...] el derecho de constituir sociedades comerciales vía internet debe ser la regla general y no la excepción, pues ello también se traduce en crecimiento empresarial e inversión [...] el problema es que esta posibilidad tan solo beneficia a los inversionistas que van a constituir y establecer SAS en Bogotá o Medellín, porque las demás regiones del país no cuentan con los recursos tecnológicos para hacerlo. De ahí que este aspecto sea objeto de crítica, así como el hecho de que si se constituye en el exterior en forma virtual, tan solo puede establecer su domicilio en Bogotá y no en otra región de Colombia. Ante los valladares tecnológicos y conceptuales aquí esbozados, lo más recomendable, con miras a una reforma a la legislación mercantil, es ampliar la mencionada prerrogativa a todas las sociedades comerciales e incrementar la cobertura tecnológica a todo el país, o por lo menos a las ciudades con mayor densidad demográfica...”

semejante al que tuvo lugar a partir de la creación de la SAS. En la actualidad, su prevalencia es indiscutible frente a los demás tipos de sociedad existentes en la legislación colombiana. Esta realidad incontrastable ha dado lugar a una situación previsible, pero no del todo deseable, como es el progresivo marchitamiento de los tipos de compañía previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Los datos suministrados por la Confederación de Cámaras de Comercio demuestran que, durante los últimos tres años, las formas asociativas tradicionales no llegan ni siquiera al cinco por ciento de las compañías que se inscriben mensualmente en el Registro Mercantil. Esta circunstancia podría representar, a largo plazo, la desaparición de los tipos de sociedad regulados en el Código o, en el mejor de los casos, su reducción a cifras infinitesimales.

Y aunque las características tipológicas de la SAS son, en general, adecuadas para suplir las necesidades de toda clase de empresarios, lo cierto es que siempre será preferible la existencia de una multiplicidad de formas asociativas disponibles para los empresarios. Basta aplicar la conocida máxima de la economía, según la cual, los consumidores prefieren una mayor oferta de bienes y servicios. Por ello es que un menú amplio de tipos de sociedad tiene utilidad significativa, en la medida en que cada uno de ellos ostente facetas específicas que correspondan a finalidades predefinidas, según la modalidad de emprendimiento que se pretenda acometer. Es por eso que carecería de interés y finalidad una reforma en la que se extendieran de modo automático todas las facetas de la sociedad por acciones simplificada. Una determinación de esta naturaleza no tendría más efecto que el de privar a los empresarios de las especificidades regulatorias de cada forma asociativa y la eliminación del carácter multifuncional de los tipos previstos en el Código de Comercio.

Ahora bien, a pesar de que el proyecto pretendía extender algunas facetas de la sociedad por acciones simplificada a tipos societarios tales como la colectiva, las comanditarias y la de responsabilidad limitada, a fin de que, a largo plazo, estos tipos societarios ni desaparecieran ni se redujeran a cifras infinitesimales, para proveer así al empresariado colombiano de distintas clases de sociedades mercantiles cuando acometiera su actividad económica, lo cierto es que la reforma, en manera alguna, modificaba el régimen de responsabilidad de los asociados por las operaciones realizadas por las compañías

comerciales mencionadas, lo que las hace poco atractivas en el momento de escoger una forma societaria.

En cuanto a la sociedad colectiva, ha venido desapareciendo, casi en su totalidad, del tráfico jurídico-mercantil, dado que los asociados responden con su propio patrimonio por las obligaciones de la sociedad, de manera solidaria e ilimitada⁴⁶, mismo régimen de responsabilidad que asumen los socios gestores de las compañías comanditarias, al tenor de lo dispuesto por el artículo 323 del Estatuto Mercantil colombiano.

Con respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, si bien es cierto que la regla general es la de que sus asociados limitan su responsabilidad por las obligaciones de la compañía al monto de los aportes que hayan hecho para integrar el capital, no lo es menos que este principio cuenta con varias excepciones que emanan directamente de la Ley⁴⁷, dentro de las cuales se destaca la responsabilidad solidaria e ilimitada que deben asumir los socios por obligaciones de carácter laboral y tributario.

Así las cosas, y hasta que no se modifique el régimen de responsabilidad de los socios por las operaciones que realicen las compañías colectivas, comanditarias y de responsabilidad limitada, seguirá resultando mucho más conveniente, para la mayor parte de los empresarios colombianos⁴⁸ que quieran acometer una empresa pequeña o mediana, participar como asociados en sociedades por acciones simplificadas o en sociedades anónimas de carácter cerrado, ya que estas especies societarias encuentran su capital fraccionado en acciones, lo que otorga una mayor facilidad para que estas circulen en el tráfico jurídico-económico; pero, sobre todo, por el régimen de responsabilidad que los accionistas asumen por las operaciones sociales, que

⁴⁶ Artículo 294 del Código de Comercio.

⁴⁷ En el Código de Comercio colombiano: inciso 2° del artículo 353, inciso 2° del artículo 354, artículo 355 y artículo 357.

⁴⁸ Porque hay que reconocer que las compañías comanditarias siguen siendo utilizadas por algunos de quienes pretenden disponer de sus bienes en vida; pero, tal vez, porque se desconocen las ventajas que para estos efectos trae la creación de acciones con voto múltiple. Por otra parte, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8° del Decreto 356 de 1994, las empresas de vigilancia y seguridad privada deben desarrollarse a través de sociedades de responsabilidad limitada, sin que exista la posibilidad de que se transformen en sociedades por acciones simplificadas (Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-099861 del 20 de junio de 2009).

se limita al monto de sus respectivos aportes, lo que representa un recurso muy efectivo para fortalecer el desarrollo económico de un país⁴⁹.

De esta forma, un proyecto de ley como el 070 de 2015, debe estar dirigido inicialmente a flexibilizar y modernizar los trámites de constitución y funcionamiento de la sociedad anónima cerrada; es decir, la que ni inscribe ni negocia sus acciones en el mercado público de valores, a fin de que esta especie societaria se constituya, para el desarrollo de la pequeña y mediana empresa en Colombia, en una herramienta tan atractiva y funcional como desde hace ya varios años lo es la sociedad por acciones simplificada.

Referencias bibliográficas

GAITÁN, A. La SAS: una nueva alternativa para las empresas de familia. En: Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

GAVIRIA, E. Apuntes sobre el derecho de sociedades. Medellín: Señal, 2004.

GIL, J. Tratado de registro mercantil. Bogotá: Uniempresarial-Cámara de Comercio de Bogotá, 2008.

LÓPEZ, F. La sociedad por acciones simplificada SAS. Un modelo estratégico empresarial. Bogotá: Doctrina y Ley, 2012.

MARTÍNEZ, N. Cátedra de derecho contractual societario. Bogotá: Abeledo-Perrot, 2010.

NARVÁEZ, J. Teoría general de las sociedades. Bogotá: Legis, 2009.

NEIRA, L. Apuntaciones generales al derecho de sociedades. Bogotá: Temis, 2006.

NIETO, N. e ISAZA, E. “Flexibilización societaria. Un acercamiento a la Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la intervención de la Superintendencia de Sociedades”. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín, 2010, 40 (112), pp. 43-79.

⁴⁹ Para profundizar sobre este particular, se recomienda el trabajo de SOTOMONTE, S. El fortalecimiento de la sociedad anónima por vía jurisprudencial. En: La empresa en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 525-545.

PEÑA, L. De las sociedades comerciales. Bogotá: Universidad del Sinú - ECOE, 2014.

PINZÓN, G. Sociedades comerciales. vol. I. Teoría general. Bogotá: Temis, 1988.

REYES, F. SAS. La sociedad por acciones simplificada. Bogotá: Legis, 2009.

_____. Derecho Societario I. Bogotá: Temis, 2016.

SOTOMONTE, S. El fortalecimiento de la sociedad anónima por vía jurisprudencial. En: La empresa en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-005299 del 9 de febrero de 2005.

_____. Oficio 220-057310 del 25 de marzo de 2008.

_____. Oficio 220-099861 del 20 de junio de 2009.

_____. Oficio 220-080607 del 1 de septiembre de 2010

_____. Oficio 220-113870 del 2 de octubre de 2011.

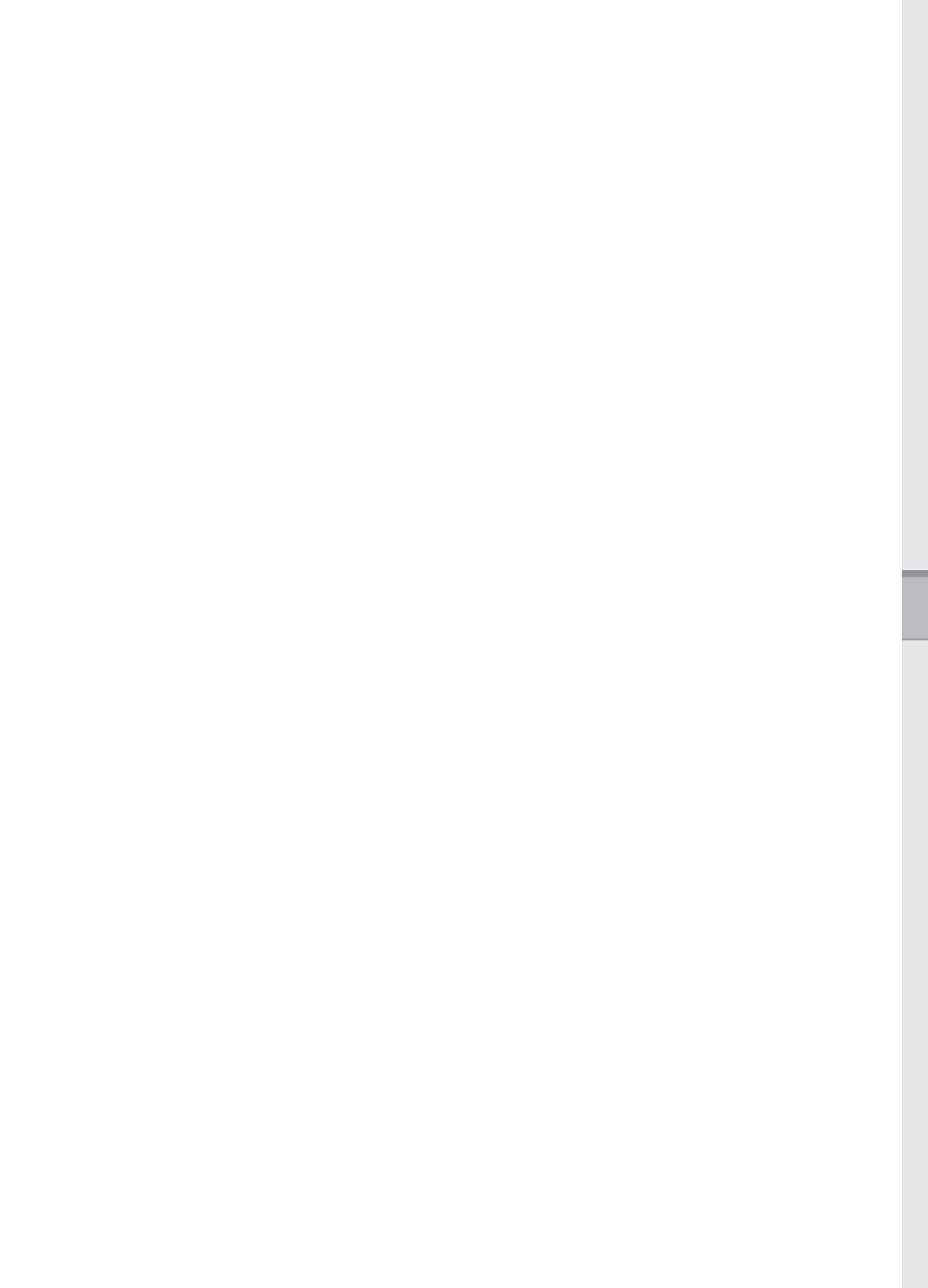
_____. Oficio 220-048575 del 22 de junio de 2012.

_____. Oficio 220-079895 del 24 de junio de 2015.

VÁSQUEZ, M. “La Sociedad por Acciones Simplificada como herramienta de planeación sucesoral”. En: Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, 2014, (51), pp. 1-33.

VEIGA-COPO, A. “El régimen jurídico de las acciones en las SAS (II)”. En: Vniversitas, 2012, (124), pp. 325-357.

VELÁSQUEZ, C. Orden societario. Medellín: Señal, 2010.



Restricción en la transferencia de acciones en la sociedad por acciones simplificada, ¿una medida favorable a los socios o una posibilidad de lesión a sus derechos fundamentales?

*Laura Victoria Castellanos Hernández**
*Juan Carlos Sarmiento Espinel***

* Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Comercial de esta misma universidad, estudiante de Maestría en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

** Abogado de la Universidad Agraria de Colombia, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre de Colombia.

Introducción

No se puede negar que en Colombia la naturaleza jurídica y el manejo de la Sociedad por Acciones Simplificada resultan ser bastante amplios en el espectro de actuación de los comerciantes y la actividad mercantil. Contemplando distintas posibilidades frente a aspectos internos y externos de la sociedad, la SAS conlleva una serie de particularidades que, a simple vista, pueden considerarse, además de novedosas, beneficiosas y compatibles con la legislación y el orden constitucional, en el marco de la actividad económica y los derechos de quienes en ella intervienen. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando una de las aristas normativas de este tipo societario puede tener, en el fondo, una doble connotación y resultar lesiva para sus mismos socios?

La Ley 1258 de 2008, como derrotero normativo de la SAS, contempla una disposición que, por sus futuras consecuencias ambivalentes, refleja una situación manifiesta de inconstitucionalidad frente a uno de los derechos fundamentales de los socios, a saber, su derecho fundamental a la propiedad. La referida disposición es el artículo 13, hoy vigente y sin exámenes de exequibilidad a la fecha.

La mencionada norma señala lo siguiente: “En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda el término de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este término solo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas (...)” (Colombia, Ley 1258 de 2008, art. 13).

La importancia que merece el estudio del tema no es mínima, dado que se observa que el posible beneficio que reportaría la imposibilidad de enajenar acciones con el fin de blindar a la sociedad para que no entren socios extraños a esta no representa un margen pleno de seguridad frente a los derechos de un socio que, debido a las futuras eventualidades que lo podrían afectar, requiera disponer de su paquete accionario y no pueda hacerlo.

Por ello, es urgente la realización de un análisis jurídico que apunte a estudiar el contenido de la norma en cuestión, a la luz de los postulados constitucionales y, en esa misma línea, jurisprudenciales, en lo que respecta al derecho fundamental de propiedad. En este escenario, podrá ser verificado el ajuste del artículo 13 de la Ley 1258 de 2008 a los lineamientos constitucionales que toca esta norma; básicamente, el derecho fundamental a la propiedad en cabeza de los socios, ejercicio que, sin duda, permitirá llegar a una conclusión, si no definitiva, al menos aproximada, de la constitucionalidad de la norma y su necesidad de permanencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como ya se mencionó, una de las novedades que trae consigo la SAS, y que es el eje de este estudio, es la regulación que implica, en el punto de la enajenación de acciones, el artículo 13 de la Ley 1258 de 2008. Como se ha dicho, existe la posibilidad de pactar estatutariamente que la *asamblea de accionistas*, mediante decisión unánime, pueda restringir la enajenación de acciones para uno o varios de sus socios durante un periodo de tiempo determinado, disposición que, pese a perseguir una finalidad práctica y legítima con respecto a los intereses de la sociedad, podría significar que, en el futuro, por circunstancias excepcionales, la misma regla devenga perjudicial para los derechos fundamentales de los socios, empezando por el derecho fundamental a la propiedad.

¿Qué pasaría si la mencionada limitación, dadas las circunstancias económicas del socio y su necesidad de enajenar lo propio, hace que la decisión, más que una determinación favorable a la sociedad, represente un perjuicio directo para quien, siendo titular de su derecho a la propiedad, requiera transferirla de manera urgente? Por esta razón, se advierte que, frente al socio de una SAS titular del derecho de propiedad de sus acciones y la imposibilidad de que este disponga de ellas, en virtud de una decisión adoptada por la *asamblea de accionistas*, existe una situación manifiesta de inconstitucionalidad, puesto que la norma es inflexible ante su situación jurídica sin excepción alguna.

Estrategia metodológica

A través de un análisis jurídico, particularmente jurisprudencial, se revisará la naturaleza del artículo 13 de la Ley 1258 de 2008, en relación con el artículo 58 de la Constitución Política, relativo al derecho a la propiedad; garantía que, al tenor de las consideraciones de la jurisprudencia constitucional, es

un derecho fundamental por conexidad, lo que lo sitúa jurídicamente en una circunstancia que merece un examen especial frente a la mencionada norma. De esta forma, del detallado ejercicio analítico y argumentativo, con apoyo hermenéutico y jurisprudencial, se llegará a la conclusión de que la restricción de la enajenación de acciones dentro de la SAS es una norma que resulta inconstitucional y, por ello, merece ser objeto de estudio académico y jurídico.

Bajo la hipótesis de que en la SAS se haya pactado la restricción para la enajenación accionaria por determinado periodo, y uno de sus socios presente alguna urgencia personal en donde estén involucrados sus derechos fundamentales, por lo cual este necesite disponer de sus acciones para tener liquidez y solucionar sus inconvenientes, existiría, sin duda, una situación que, pese a haber sido consentida por el afectado, en ese momento estaría perjudicándolo, siendo entonces contraproducente dicha disposición en sentido de inconstitucionalidad.

La prohibición de negociar acciones de una SAS es una norma que persigue un fin legítimo y constitucionalmente aceptable; no obstante, es una disposición que no toma en consideración el contexto fáctico al cual se aplica, pues no debe olvidarse que las circunstancias que en un momento dado llevan a decidir a un socio a limitarse a sí mismo en su derecho a la propiedad pueden no ser las mismas en el futuro, dado que el contexto social es dinámico. En este sentido, el derecho también adquiere esa condición, cambiante y útil para los intereses y necesidades de sus destinatarios.

La sociedad por acciones simplificada (SAS)

6.1 Antecedentes

“La fuente inicial de los nuevos tipos de sociedad se encuentra en los desarrollos del derecho societario estadounidense respecto de las sociedades de personas y de responsabilidad limitada”¹. En Estados Unidos, alrededor de la década de los 70, se introdujeron reformas legislativas a las tradicionales sociedades de capital con responsabilidad limitada (LLC), flexibilizando un poco más su régimen contractual; de esta manera, se convirtieron en el tipo

¹ REYES, F. Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea. Bogotá: Legis, 2013, p. 65.

societario más atractivo para los empresarios, considerando algunas exenciones tributarias que contemplaba, como la facilidad de su constitución, entre otras. En cuanto a sus características, este tipo societario comprendía particularidades similares a las de la SAS.

En 1994, en Francia, esta clase de sociedad se introdujo en la legislación bajo el nombre de *Sociedad Anónima Simplificada*, “por cuanto no alteraba el régimen general, salvo en lo necesario, pues las modificaciones estaban dirigidas a flexibilizar las normas que regulaban la sociedad por acciones tradicional”².

En Alemania, en ese mismo año, se estableció una sociedad similar, donde las ventajas de tipo social quisieron ser adoptadas en procura del avance en la materia. Allí, “se acogió un régimen jurídico aplicable a las sociedades por acciones de carácter cerrado que no negocian en el mercado de valores sus acciones denominadas *Kleine AG*”³.

A través de la Ley 7ª de 2003, España incorpora a su ordenamiento jurídico el tipo social denominado *Sociedad Nueva Empresa*, que, como una especialidad de la ya existente Sociedad de Responsabilidad Limitada, tendría algunas ventajas novedosas, como el poder constituirse y subsistir con un solo socio y el establecer un objeto social abierto e indeterminado.

A pesar de que la aparición de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) sea relativamente reciente –aunque ya se encuentre consolidada en la legislación mercantil colombiana–, su naturaleza obedece a una serie de elementos que, además de estar previamente presentes en distintos modelos societarios, existían como una expectativa para quienes, incorporados en el comercio, requerían, de manera unificada, todos los beneficios que trae la SAS en una misma persona jurídica.

Tal y como lo señala Reyes⁴, la Ley 222 de 1995 fue la norma que le dio un giro total al derecho societario en Colombia, en relación con la ruptura de muchos paradigmas legislativos que concebía el derecho de sociedades. En efecto, con la misma finalidad de toda sociedad comercial, con la creación de la empresa unipersonal, se conciben nuevas formas de comercio desde

² PEÑA, L. De las sociedades comerciales. Bogotá: Temis, 2009, p. 268.

³ *Ibid.*, p. 268.

⁴ REYES, F. SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá: Legis, 2009.

el establecimiento de una persona jurídica con responsabilidad limitada, de creación unipersonal y con objeto social abierto e indefinido en el tiempo, situaciones normativas que en ese momento histórico no tuvieron una acogida inmediata.

La SAS ingresaba al país como una verdadera alternativa para quienes, con miras a ejercer el comercio desde una perspectiva macro, demandaban la canalización de este mismo a través de una persona jurídica que revistiera todas las necesidades y prerrogativas que el tráfico económico reclamaba con urgencia. Así, en ese escenario de insuficiencia de actualización de los tipos societarios y de crisis en cuanto a la existencia de una figura jurídica que respondiera a las necesidades del comercio, el legislador colombiano decidió dar vida jurídica a esta nueva sociedad.

6.2 Conceptualización y caracterización

La Sociedad por Acciones Simplificada es un nuevo tipo societario perteneciente a las llamadas *sociedades de capital*, que, por su especial naturaleza jurídica, se convierte en una sociedad ideal, si así se puede denominar, para cualquier empresario. De responsabilidad limitada, incluso frente a pasivos fiscales y tributarios, de fácil constitución por documento privado y con la particularidad, entre otras cosas, de poder nacer a la vida jurídica como sociedad, aun cuando esté conformada por una sola persona, la SAS puede contemplar un objeto social abierto, logrando ejercer en el mercado cualquier actividad mercantil lícita.

Además, dentro de las principales características de este tipo de sociedad, como bien lo resume Peña⁵, se encuentran las siguientes:

1. La SAS solo nace a la vida jurídica, como sociedad, una vez que sea inscrita en el registro mercantil; por ende, su existencia o terminación únicamente se acreditan a través de la respectiva certificación de la Cámara de Comercio.
2. De conformidad con el artículo 42 de la misma norma, existe el levantamiento del velo corporativo para la sociedad, cuando esta se haya creado para defraudar a terceros y, con ocasión de la comisión de actos ilícitos, se causen perjuicios. En esta eventualidad, los socios que hayan intervenido

⁵ PEÑA, L. Op. cit., pp. 270-271.

en estas actuaciones responderán por los perjuicios causados, personal, solidaria e ilimitadamente.

3. Además de las acciones previstas en la *sociedad anónima*, la Ley 1258, en su artículo 10, crea para la SAS la emisión de otras clases de acciones tales como las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, las acciones con dividendo fijo anual y las acciones de pago.
4. Se crea la denominada *fusión abreviada*, consistente en la posibilidad de absorción de una Sociedad por Acciones Simplificada por parte de una sociedad accionista que tenga el 90% de las acciones del capital de aquella; el procedimiento podrá realizarse mediante documento privado, salvo que existan bienes sujetos a registro.

6.3 La restricción en la enajenación de acciones dentro de la SAS

Como se ha mencionado, el artículo 13 de la Ley 1258 de 2008 establece la restricción a la negociación de acciones, a partir de la cual, con fundamento en el acuerdo estatutario, se comprometen los derechos e intereses de los socios y la sociedad, de manera concomitante.

En esta disposición, sin duda, se privilegia la autonomía de la voluntad, en el marco de los actos jurídicos realizables en el desarrollo del objeto social de la SAS, autonomía que goza de una gran fuerza normativa como si su carácter vinculante emanara de la ley; no en vano, el artículo 15 de la misma norma establece la ineficacia de pleno derecho a toda negociación accionaria celebrada en contravención de los estatutos, a título de sanción.

En cuanto a esta posibilidad que trae consigo la ley de SAS, diversas son las opiniones con respecto a su conveniencia o inconveniencia. De esta manera, defendiendo su pertinencia, Puyo afirma: “Esta norma será de gran utilidad en muchos casos, y obligará a los asociados a mantener un mayor interés en los negocios sociales (art. 13)”⁶.

Por el contrario, en relación con la inconveniencia de la norma, en este escrito se defenderá la tesis opuesta, pues su inconstitucionalidad es manifiesta.

⁶ PUYO, R. Los diez grandes capítulos de la legislación de las sociedades comerciales en Colombia. En: Reyes, F. (coord.). Estudios sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 254.

Uno de los derechos esenciales, intangibles e inviolables de todo accionista, a la luz del artículo 379 del Código de Comercio, consiste en la facultad de enajenar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos⁷.

6.4 El derecho a la propiedad privada en la normativa nacional e internacional

El derecho a la propiedad privada se encuentra reconocido internacionalmente como un derecho humano de segunda generación ubicado entre los llamados Derechos Económicos Sociales y Culturales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, dispone, en su artículo 21, lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la Ley (Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 21).

Por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 17, establece: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad” (Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 17).

Es así como, desde el derecho internacional, se le confiere una protección expresa al derecho a la propiedad, estableciéndose la titularidad de esta misma en cabeza de cualquier persona, sin distingo alguno, con la característica de ser inviolable, salvo razones de interés público acordes con el principio de legalidad, según las leyes de cada país.

⁷ MARTÍNEZ, N. H. Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios. Bogotá: Legis, 2014, p. 603.

Colombia, siendo un país perteneciente a las Naciones Unidas, y suscriptor de la mayoría de tratados internacionales de derechos humanos, además de incorporar a su ordenamiento jurídico interno los mencionados instrumentos internacionales, tiene una Constitución política con una filosofía neoliberal y garantista del derecho a la propiedad; filosofía que se corresponde con el derecho internacional, independientemente de la aplicación inmediata de los convenios sobre la materia por vía del bloque de constitucionalidad.

En Colombia, son varias las disposiciones constitucionales que la carta política refiere respecto del derecho a la propiedad y su protección; como ocurre con los artículos 60, 61 y 64, entre otros. Sin embargo, el artículo 58 es el que, de manera expresa, confiere la garantía de este derecho. Al respecto, la norma establece:

ARTÍCULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando, de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaran en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio (Constitución política de Colombia, 1991, art. 58).

Desde la Constitución política se le confiere especial protección a la propiedad, en lo concerniente a ese carácter inalienable, perpetuo, exclusivo y patrimonial de que tradicionalmente habla el Código Civil. No obstante, tal y como lo ha entendido el constituyente, este derecho no es absoluto, pues, además de implicar una función social y ecológica, frente a este derecho indi-

vidual habrá de prevalecer el interés general; de ahí que la expropiación por motivos de utilidad pública tenga justificación constitucional y persiga fines constitucionalmente válidos y legítimos.

Una definición bastante completa de derecho a la propiedad es la que construye la Corte Constitucional: “puede definirse la propiedad privada como el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189 de 2006).

En la misma providencia, la Corte señala las principales características de la propiedad; allí se sintetiza, de manera concreta, la naturaleza de este derecho:

Al derecho de propiedad se le atribuyen varias características, entre las cuales se pueden destacar las siguientes: (i) Es un *derecho pleno* porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un *derecho exclusivo*, en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un *derecho perpetuo*, en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio y, además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; (iv) Es un *derecho autónomo*, al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un *derecho irrevocable*, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende, por lo general, de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero; (vi) Es un *derecho real*, teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189 de 2006).

En Colombia y en el mundo, el derecho a la propiedad se manifiesta de diversas formas, comoquiera que su ejercicio se expande a distintas situaciones en donde este cobra vigencia. Por ejemplo, la propiedad se puede materializar respecto de distintas clases de bienes, ya sean estos materiales, como los muebles o inmuebles, o inmateriales, como la propiedad intelectual. Así mismo, se puede apreciar la trascendencia jurídica de la función social de la propiedad en lo relativo al hecho de la posesión como situación normativa de amplia regulación.

En este sentido, aunque resulte lógico, vale la pena recordar que la propiedad accionaria también es una expresión del derecho a la propiedad, en donde el ser dueño de acciones dentro de una sociedad de capital es ser titular del derecho de propiedad de esa sociedad, en determinada proporción. No en vano, la Corte Constitucional reconoció expresamente que la propiedad sobre acciones de sociedades goza de los mismos atributos del derecho de propiedad respecto de otra clase de bienes; por lo cual, es pertinente traer a colación que la alta corporación ha señalado y conferido a esta relación jurídica con esta clase de bienes las mismas prerrogativas del derecho a la propiedad en general.

Como atribuciones de la misma propiedad se han señalado (i) el *ius utendi*, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir, (ii) el *ius fruendi* o *fructus*, que es la posibilidad de que el dueño recoja todos los productos que acceden o se derivan de su explotación. Finalmente, el *derecho de disposición*, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien.

En este orden de ideas, tanto las características de la propiedad como sus atribuciones son intrínsecas a la propiedad accionaria. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-133 de 2009).

En cuanto al tema de estudio que se desarrolla, aunque parezca redundante e innecesario, la claridad dogmática y jurídica, en el punto del derecho a la propiedad sobre las acciones de una sociedad, resulta especialmente relevante considerando que las consecuencias jurídicas que del artículo 13 de la Ley 1258 de 2008 se derivan, y cuya constitucionalidad se cuestiona, hacen que la precisión conceptual sea indispensable para la fundamentación de la hipótesis que aquí se defiende.

6.5 El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental por conexidad

Para abordar la connotación jurídica del derecho a la propiedad privada en Colombia, se deben realizar algunas precisiones conceptuales, teniendo en cuenta que se mencionó la cualidad de ser un derecho humano protegido por

el derecho internacional; situación que, en realidad, genera algunas dudas, si se considera que, en esas condiciones, podría pensarse que la Constitución política debió reconocerlo expresamente como derecho fundamental y, como no ocurrió así, surge el interrogante sobre cuál es, efectivamente, su naturaleza dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En primer lugar, es necesario establecer las diferencias entre los derechos humanos y los derechos fundamentales y, posteriormente, ubicar dentro de estas categorías jurídicas el derecho a la propiedad para, luego, sobre una base normativa y jurisprudencial, llegar a la conclusión de que en Colombia la propiedad es un derecho fundamental por conexidad.

Más allá de las distintas discusiones doctrinarias, los derechos humanos son, en términos generales, aquellos reconocidos como tal por el derecho internacional a través de los distintos tratados internacionales. En el gran universo que comprenden los derechos humanos, existen varias clasificaciones, de las cuales la que más ilustra, si así se puede decir, la jerarquía de cada uno de ellos es la que los califica como los derechos de primera, segunda y tercera generación.

Los derechos fundamentales, a su vez, son aquellos que se conciben con este carácter en la legislación interna de cada país. En Colombia, se encuentran expresamente señalados en la Constitución, y la concepción de *derecho fundamental* está sujeta a ciertos parámetros, según los cuales, aun cuando un derecho no esté enunciado de forma explícita como fundamental, lo será en caso de que se verifiquen estos criterios.

En el título II, capítulo I, de la carta política colombiana, el constituyente quiso expresar cuáles son los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico del país; sin embargo, se debe aclarar que tal catálogo de derechos no funciona de modo restrictivo, sino solamente enunciativo. En efecto, además de los derechos allí señalados, a lo largo del texto constitucional hay otros que también se denominan fundamentales; por ejemplo, los derechos de los niños (art. 44), los artículos 50, 53 y 73, y la cláusula abierta de que trata el artículo 94.

Aparte de la codificación expresa de los derechos fundamentales que contempla la Constitución, que los asimila a los derechos humanos de primera generación, su alcance resulta ser mayor, teniendo en cuenta que, según distintos pronunciamientos jurisprudenciales, muchos derechos de segunda y tercera generación, de acuerdo con su naturaleza, son conside-

rados ya derechos fundamentales, tal como ocurre con el derecho al trabajo, la salud, la vivienda digna, entre otros.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha ido mucho más allá, puesto que, frente a aquellos derechos respecto de los cuales no existe un pronunciamiento expreso y necesitan amparo urgente mediante la acción de tutela, estando de por medio la dificultad de establecer su carácter de fundamentales, ha señalado una serie de pautas hermenéuticas y normativas que el operador jurídico, en el caso concreto, habrá de analizar para saber si un derecho no enunciado taxativamente como fundamental, bien sea en el texto constitucional o en la jurisprudencia, goza en efecto de este carácter ante una circunstancia particular.

Estos requisitos fueron expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-406 de 1992. Entre ellos se encuentran la conexión directa con los principios, la eficacia directa del derecho, su contenido esencial, la consagración y remisión expresas, la tesis de la conexidad, el carácter de inherente a la persona, la importancia del hecho y el carácter histórico.

En cuanto al derecho a la propiedad sobre el que trata el artículo 58 de la Constitución política, y que pertenece a los derechos de segunda generación denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el debate ha sido superado; y, no siendo necesaria en la actualidad la verificación de los requisitos para saber, en el caso concreto, de qué clase de derecho se está hablando, se encuentra que, por vía jurisprudencial, desde 1992 hasta la fecha, el derecho a la propiedad se concibe como derecho fundamental por conexidad.

Utilizando la mencionada tesis de la conexidad como parámetro hermenéutico para determinar el carácter de fundamental de un derecho, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-506 de 1992, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón, elevó el derecho a la propiedad como derecho fundamental por conexidad, tesis que en la actualidad continúa vigente y es ampliamente reiterada por esta misma corporación.

Para llegar a esta conclusión la Corte parte de establecer, de manera precisa, la diferencia entre los derechos de primera generación que por ser fundamentales son de aplicación inmediata, y los de segunda generación, en donde se ubica el derecho a la propiedad, en cuanto a su eficacia normativa. Al respecto, señala lo siguiente:

(...) 2. Los derechos que son fundamentales por aplicación directa e inmediata son todos aquellos derechos de libertad e igualdad formal y, además, ciertos derechos de igualdad material que se relacionan con la vida y la dignidad humana. Su carácter de derechos de aplicación directa se deriva de su naturaleza general válida en todos los casos.

Los derechos fundamentales que son aplicables de manera indirecta son aquellos derechos económicos sociales o culturales que se encuentran en una estrecha relación de conexidad con los derechos fundamentales de aplicación directa. Este tipo de aplicación es resultado de la necesidad de establecer una ponderación de las circunstancias de cada caso concreto, y ello, a su vez, se deriva de su naturaleza de derechos que suponen un tratamiento desigual con el fin de lograr cierta igualdad material (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-506 de 1992).

Posteriormente, y determinando el carácter de fundamental por conexidad que conlleva el derecho a la propiedad, la Corte define un aspecto muy importante de esta trascendental conclusión: la categoría de fundamental del derecho a la propiedad no lo es en abstracto, en todos sus escenarios, como los demás derechos fundamentales de aplicación directa, sino que, atendiendo a la tesis de la conexidad, este derecho será fundamental, en la medida en que las circunstancias fácticas de cada caso así lo reclamen.

La propiedad es un derecho económico y, a la vez, social. En consecuencia, la posibilidad de considerarlo como derecho fundamental depende de las circunstancias específicas de su ejercicio. De aquí se concluye que tal carácter no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Sin embargo, esto no significa que tal definición pueda hacerse de manera arbitraria.

En el momento de definir el carácter de derecho fundamental de la propiedad en un caso concreto, el juez de tutela debe tener, como criterio de referencia, la Constitución misma, y no simplemente el conjunto de normas inferiores que definen sus condiciones de validez. Esto significa que, en su interpretación, el juez de tutela debe mirar el caso concreto bajo la óptica de los principios, valores y derechos constitucionales, de tal manera que ellos sean respetados.

Solo en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad, que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los prin-

cipios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. (...) la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-506 de 1992).

Esta sentencia, fundadora de una línea que actualmente la Corte Constitucional sigue refrendando, entre otras en las sentencias T-413 de 1997 y T-580 de 2011, es, sin duda, una de las jurisprudencias más importantes en lo que respecta al derecho a la propiedad en Colombia en cualquiera de sus manifestaciones, doctrina que, cabe insistir, sigue teniendo plena vigencia.

6.6 La sociedad por acciones simplificada y el régimen de negociación de acciones en el derecho comparado y la doctrina

6.7 Régimen legal en Estados Unidos

En relación con un tipo societario que, en su estructura y filosofía, se asimile a la SAS, se observa que la Sociedad de Responsabilidad Limitada (*Limited Liability Company* –LLC–) es la que, por sus particulares características, se asemeja a la Sociedad por Acciones Simplificada colombiana. Esta clase de sociedad, creada en Estados Unidos en 1977, en el estado de Wyoming, es una de las de mayor acogida en ese país, pues, entre los 50 estados de la unión federal, este modelo societario ya se encuentra regulado en todas las legislaciones.

La LLC, entre otros aspectos, tiene como características la limitación contractual de la responsabilidad de sus socios al monto de sus aportes, y la no exigencia legal de la pluralidad de socios para poder nacer a la vida jurídica como sociedad, lo cual no es concebible, de ninguna manera, en los demás tipos de sociedad norteamericanos.

“Otro avance significativo dentro de la moderna regulación de la sociedad de responsabilidad limitada tiene que ver con la libertad de

estipulación que se da en relación con el objeto social (...)”⁸. Antes de la reforma normativa de 1996, estas sociedades presentaban ciertas restricciones en su objeto social, en relación con determinados actos mercantiles; luego de esta reforma, esta clase de sociedad puede desarrollar cualquier actividad mercantil lícita respecto de su objeto social.

Frente al principio de la autonomía de la voluntad, “existe consenso, en el sentido de que, en materia de sociedades comerciales, la Ley de los Estados Unidos les ofrece a los inversionistas una amplísima libertad para estipular cualquier cláusula que consideren adecuada a sus intereses personales”⁹. En relación con la enajenación de acciones, se encuentra que en este tipo de sociedades son numerosas las modalidades de enajenación bajo distintos pactos de cláusulas. Al respecto, Reyes expone lo siguiente:

Otro aspecto de la sociedad que puede ser regulado mediante un acuerdo parasocial es el relativo a la enajenación de las acciones en que se divide el capital. En este sentido, puede aludirse a las cláusulas adhesivas (*tag along*) o de arrastre (*drag along*), que permiten que ciertos asociados adquieran el derecho a unirse a una determinada operación o la obligación de enajenar sus acciones, respectivamente. También son relevantes los denominados *acuerdos de compra o venta forzosa (buy-sell agreements)* y las opciones de compra (*call options*) o de venta (*put options*). Estos pactos implican para los asociados suscriptores diversas modalidades relacionadas con la transferencia de la propiedad sobre un número determinado de acciones¹⁰.

Las llamadas opciones de compra (*call options*) consisten en que la operación de la venta de acciones de un asociado se realiza conforme al acuerdo previo de los asociados y no como regularmente ocurre, mediante las estipulaciones de la compraventa en el momento de su perfeccionamiento.

A través de esta modalidad, la sociedad o uno o varios de sus socios compran, de manera forzosa, las acciones de su titular, aun en contra de su voluntad, conforme a las condiciones pactadas con anterioridad y de manera libre en los estatutos. Las causas de esta clase de convenios son diversas; sin embargo, su utilidad se manifiesta principalmente en las llamadas sociedades cerradas.

⁸ REYES, F. Op. cit., p. 151.

⁹ REYES, F. Derecho societario en Estados Unidos. Bogotá: Legis, 2006, p. 66.

¹⁰ REYES, F. Op. cit., p. 264.

En este tipo de sociedades, los socios administradores, reconocidos como tal solo por su gestión y administración, con el paso del tiempo consideran necesario obtener titularidad de las acciones y participaciones en el capital social como los inversionistas, pues el éxito de la sociedad se debe a su buena administración.

En esta clase de convenios, aun cuando el titular de las acciones haya aceptado previamente la posibilidad de que la sociedad o sus socios adquieran de forma forzosa sus acciones en un momento determinado, también se evidencia una restricción al derecho fundamental a la propiedad (de forma similar, aunque a la inversa, a la restricción en la negociación de acciones de que trata la Ley 1258 de 2008), puesto que, en el momento de la compra no se tienen en cuenta las circunstancias particulares del titular de las acciones y las consecuencias que este puede sufrir con su enajenación, sino el pacto que con anterioridad se había perfeccionado entre los asociados.

(...) Puede apreciarse que las opciones de compra son una verdadera limitación a la propiedad sobre los títulos representativos del capital social. Esta circunstancia se verifica, en la medida en que el titular de las acciones sujetas a esta estipulación puede verse despojado de su derecho de propiedad sobre los títulos, en cualquier momento, durante la vigencia del pacto. La legislación del estado de Delaware le da el carácter de restricción al derecho de dominio a esta clase de pactos, al mencionarlos en la sección 202 de la Ley General de Sociedades¹¹.

6.8 Régimen legal en Argentina

Villegas, citando la jurisprudencia argentina, señala lo siguiente: “En materia de restricciones a la transmisión de acciones de sociedades anónimas pueden diferenciarse las que derivan de la Ley, de convenciones y del estatuto”¹².

De este modo, en cuanto a los pactos estatutarios relacionados con la limitación de la restricción de acciones, la Ley General de Sociedades, Ley 19.550, en su artículo 214, contempla la posibilidad de limitar la transmisión de

¹¹ *Ibíd.*, p. 272.

¹² VILLEGAS, C. G. *Sociedades Comerciales*. vol. II. De las sociedades en particular. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, p. 262.

acciones, pero no la posibilidad jurídica de prohibirla. “El art. 214 de la LSC determina el régimen de libre transmisibilidad de las acciones, autorizando insertar en el estatuto limitaciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de la transferencia”¹³.

La transmisibilidad de acciones en la sociedad anónima es una simple técnica de organización que puede asumir tres modalidades: libre transmisibilidad, transmisibilidad condicionada e intransmisibilidad absoluta. Nuestra LS solo admite las dos primeras: la libre y la condicionada. Excluye -de manera definitiva- la intransmisibilidad absoluta¹⁴. “El art. 214 (LS) prohíbe cualquier cláusula estatutaria que implique una prohibición de la transferencia. Puede limitar la transmisión, pero nunca proscribirla. La prohibición absoluta de transferencia sería nula, por afectar la propia esencia del tipo societario”¹⁵.

Según Molina (2001), en caso de duda, la restricción en la enajenación accionaria debe interpretarse en pro del principio general de la transmisibilidad, evitando al máximo la restricción de esta facultad, puesto que la interpretación, en este sentido, deberá ser mucho más restrictiva, de cara a los propósitos de la Ley General de Sociedades.

En términos generales, con respecto a la modalidad estatutaria la restricción en la enajenación de acciones se relaciona, cabe insistir, con una serie de limitaciones para la transmisión de las acciones, mas no con una prohibición total de su enajenación. De esta manera, como lo señala Molina, se limita la transmisión, por ejemplo, a socios que carezcan de determinadas calidades o características, se establecen procedimientos previos para que se haga efectivo el derecho de preferencia para los demás socios, o se somete a la aprobación de la sociedad el negocio jurídico de enajenación en concreto.

Por otra parte, además de prohibirse legalmente la restricción estatutaria para la negociación de acciones, la legislación argentina contempla distintas variantes en relación con la validez que la Ley le otorga a esta clase de pactos

¹³ RICHARD, E.H. y MUIÑO, O. M. Derecho societario, sociedades comerciales, civil y cooperativa. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 452.

¹⁴ MOLINA, C.A. Transmisibilidad de acciones y sus restricciones. VIII congreso argentino de derecho societario, IV congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa, p. 219. Disponible en <http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASHec17/b97bb6bb.dir/doc.pdf>

¹⁵ *Ibíd.*, p. 219.

estatutarios, puesto que de ello dependen el interés social y los derechos de los accionistas.

(...) Si la cláusula tiende a tutelar el *interés social* (de difíciles contornos), su validez no corre riesgos. Siempre que una restricción estatutaria tenga por objeto la protección del interés societario su licitud estará garantizada.

Ahora bien, la cuestión puede cambiar cuando la causa de la cláusula tenga una finalidad ilícita o contraria a las buenas costumbres. En este caso, no puede pregonarse la validez de tales pautas contractuales, con base en el art. 953, Código Civil (...).

Por último, existen algunos supuestos –los más comunes– en los cuales, si bien la pauta estatutaria no tiene directamente una finalidad espuria, sino que su *utilización en una situación concreta* puede calificarse de ese modo, no debe atribuírsele nulidad a la cláusula en sí, sino al proceder operativo en ese caso (concreto). Por consiguiente, pueden impugnarse los actos colegiales (asamblea, directorio, consejo de vigilancia) que respondan a objetivos diferenciales o contradictorios con los sociales.

(...) En este sentido se expresa Broseta Pont cuando dice que lo que puede ser ilícito es el uso que se haga, como ocurre cuando se violan derechos individuales de los accionistas, se tiende a alterar el equilibrio de los órganos sociales, se violan preceptos legales imperativos o se perjudica el interés de la sociedad, en beneficio de un grupo de accionistas¹⁶.

6.9 Régimen legal en España

Con respecto a la enajenación accionaria, en España, al igual que en Colombia, se privilegia el pacto estatutario cuando de celebrar esta clase de negocios se trata, pues la Ley obra solamente de manera supletoria en aquellos aspectos que no hayan sido previstos por los socios. Por ejemplo, a falta de pacto, en las llamadas *sociedades de capital*, un socio puede vender libremente sus acciones a otros socios, a sus descendientes o ascendientes, o a su cónyuge; si se trata de otra persona diferente, deberá comunicarse a la sociedad con el

¹⁶ *Ibíd.*, p. 223.

fin de que los demás socios puedan ejercer el derecho de preferencia. En todo caso, la enajenación será sometida a aprobación de la sociedad, mediante el procedimiento específico que contempla la Ley.

En cuanto a la restricción en la transmisión de acciones, el Real Decreto Legislativo 1/2010, mediante el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, deja claro el régimen legal a través del cual se aborda esta clase de imitaciones. Al respecto, el artículo 123 de la mencionada norma señala los límites de los pactos estatutarios, en relación con la restricción de la enajenación accionaria, de cara a la validez de dichos actos jurídicos.

Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad

1. Solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones, cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos. Cuando las limitaciones se establezcan a través de modificación estatutaria, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo no quedarán sometidos a este durante un plazo de tres meses, contados desde la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».
2. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.
3. La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad, cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla. Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad. En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización, sin que la sociedad haya contestado, se considerará que la autorización ha sido concedida (España, Real Decreto Legislativo 1/2010, art. 123).

Precisamente, respecto de la validez de estas cláusulas, el artículo 108 de la misma norma establece lo siguiente:

Artículo 108. Cláusulas estatutarias prohibidas

1. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*.

2. Serán nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas.
3. Solo serán válidas las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios.
4. No obstante lo establecido en el apartado anterior, los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos*, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años, contados desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución (España, Real Decreto Legislativo 1/2010, art. 108).

Se observa, entonces, que la legislación española no contempla la situación de que estatutariamente se pacte de manera absoluta la imposibilidad de transmisión accionaria para uno de los socios; puesto que la validez de estas estipulaciones se encuentra sometida a las condiciones de que trata la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 123. Sin embargo, el artículo 108 permite la limitación de transferir acciones para un socio, siempre que la vigencia de esta restricción no supere los 5 años.

6.10 Análisis normativo y jurisprudencial nacional e internacional del derecho a la propiedad privada y sus limitaciones dentro de la SAS

En Colombia, el derecho a la propiedad goza de una jerarquía normativa importante en todas sus esferas; bien sea como derecho humano de segunda generación o como derecho fundamental por conexidad. La propiedad sobre las acciones de una sociedad es un derecho que conlleva cualidades y prerrogativas idénticas a las del derecho a la propiedad sobre cualquier otra clase de bienes; de manera que su protección y efectos se conciben de forma idéntica en el ordenamiento jurídico colombiano.

El artículo 13 de la Ley 1258 de 2008, al permitir que sean los socios quienes se restrinjan a sí mismos con respecto a disponer de sus propias acciones en

el futuro, es una muestra de la potestad de la voluntad privada operando en su máxima expresión. La causa de ello no es menos importante –precisamente, de ella se deriva la razón de ser de tan especialísima norma–, la protección de la sociedad en cuanto a prohibir el ingreso de terceras personas con miras a la estabilidad y progreso de la persona jurídica.

En efecto, el impedir el ingreso de nuevos socios, extraños a la sociedad, a través de la prohibición de la negociación de las acciones, es una medida que, en el marco de la libre empresa, resulta válida y, en muchos casos, necesaria para la seguridad de la sociedad y su futuro crecimiento. Sin embargo, esta disposición, pese a ser coherente respecto de su finalidad, no consulta las circunstancias fácticas en las cuales tiene aplicación.

¿Qué ocurre, entonces, cuando, por una situación de extrema urgencia, un socio debe enajenar su participación accionaria? A la luz del artículo 13 de la norma citada, dicho accionista deberá buscar liquidez en otra parte, comoquiera que la sociedad no podrá encontrar la solución a su problema a través de la disposición de su participación. La norma, por tanto, sí es imperativa, no derogable por acuerdo privado, incluso cuando, paradójicamente, este mismo acuerdo dio lugar a su creación.

Si el socio en cuestión necesita cierta liquidez para poder atender una situación de emergencia, entendida esta como amenaza o vulneración efectiva a sus derechos fundamentales, no pudiendo obtener dicho flujo de capital mediante la disposición de sus acciones, indudablemente se debe concluir que se está frente a una norma con un contenido inconstitucional intrínseco, dado que su carácter inflexible no tiene en cuenta circunstancias relativas a los derechos fundamentales de sus destinatarios; materializándose así la afectación al derecho fundamental a la propiedad por conexidad con otros derechos, según sea el caso concreto, con la vida, la dignidad humana, etc.

En términos generales, respecto de la imposibilidad de enajenar acciones, el único derecho que se ve afectado de manera directa es el derecho a la propiedad, aun cuando las razones por las cuales se necesite realizar la operación tengan que ver con otros derechos fundamentales como la salud, la vida, etc. No obstante, se observa que, en este caso particular, el vínculo entre unos y otros es inescindible; de modo que, sin la protección del derecho a la propiedad accionaria, se generaría automáticamente la vulneración de los otros derechos fundamentales.

Los *derechos fundamentales por conexidad* son aquellos que, no siendo denominados así en el texto constitucional, se califican de esta forma, en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales; de modo que, si no fueran protegidos de manera inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-491 de 1992).

En el ordenamiento jurídico colombiano no existen derechos absolutos; estos encuentran sus límites cuando entran en contacto con otros derechos, situación que es definida por el operador jurídico a través de un juicio de ponderación, tal como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la libertad de expresión versus el derecho al buen nombre, o con el derecho a la libertad de culto versus el derecho a la intimidad personal.

En todos estos casos, mediante el juicio de proporcionalidad y razonabilidad, el juez determina si una norma jurídica que ampara un derecho, pero que invade la esfera de otro de igual categoría, resulta necesaria y proporcional, a la luz de los fines que este persigue y los medios que se utilizan para ello, a fin de concluir que la medida es razonable y, por ende, resulta constitucionalmente válido que el derecho afectado ceda frente al otro que predomina en el caso concreto.

Lo cierto es que, en el caso que aquí se estudia, no se concluye que, a simple vista, mediante el ejercicio de la ponderación, la norma cuestionada presente una justificación con una relevancia tal que resulte necesaria y razonable para que los derechos fundamentales de sus destinatarios se puedan ver conculcados y sea admisible constitucionalmente. En otras palabras, no se observa cómo la finalidad de proteger a la sociedad de la inclusión de nuevos socios sea lo suficientemente razonable y necesaria como para afectar el derecho fundamental a la propiedad por conexidad con otros derechos fundamentales a través del medio utilizado por la norma, a saber, la prohibición de enajenar acciones; por ello, se puede entrever la desproporcionalidad de la relación medios-fines y cómo la disposición cuestionada se torna inconstitucional.

En este escenario, es posible llegar a la conclusión de que la restricción en la enajenación de acciones, de que trata el artículo 13 de la Ley 1258 de 2008, es una disposición que, no tanto por su contenido, sino por su alcance, deviene inconstitucional. En efecto, la norma no prevé una excepción frente a la posibilidad de vulnerar derechos fundamentales de los socios cuando las

circunstancias así lo reclaman; en este sentido, debería ser modificada, pues, aunque la incompatibilidad con la Constitución no se presente de manera inmediata, su disonancia con esta es potencial y latente, teniendo en cuenta que en cualquier momento saldrá a flote esa manifestación de inconstitucionalidad.

La negociación de las acciones es un derecho que emana, entonces, del estado de socio (*status socii*), como expresión de la libertad de asociación que proclama la carta política, y que, como tal, no puede ser conculcado; a lo sumo, puede ser regulado a través de la existencia de restricciones a la libre circulación de las acciones, que nunca se pueden traducir en limitaciones absolutas. Por esta razón, cabe señalar que la innovación de la Ley 1258 de 2008 (art. 13) es manifiestamente inconstitucional, por cuanto permite que en las sociedades por acciones simplificadas se pacte que las acciones de una compañía no se negocien libremente hasta por un periodo de 10 años, renovable por otra década más¹⁷.

Conclusiones

El contenido del artículo 13 de la Ley 1258 de 2008 no es inconstitucional *per se*, dado que el fin que persigue es legítimo y no en todas las circunstancias en las que tiene validez se presenta discordancia con la carta política. En efecto, el hecho de que prevalezca la autonomía de la voluntad en lo que respecta a la decisión libre de los socios para impedir que nuevas personas ingresen a la sociedad, estableciendo así la restricción en la enajenación de acciones, es una medida que se corresponde plenamente con los postulados constitucionales y legales de la libre empresa.

Es totalmente razonable que, a través de la libertad contractual, se pretenda conseguir la estabilidad y protección de una sociedad, impidiendo que terceras personas ingresen como socias y ejerzan poder o, en su defecto, tengan contacto con el funcionamiento interno de la empresa; de ahí precisamente la idea de restringir la disposición accionaria para los socios por un determinado tiempo.

Sin embargo, la vigencia de esta disposición, ante cualquier circunstancia posible, con respecto a la situación personal de los socios, no se ajusta del

¹⁷ MARTÍNEZ, N. H. Op. cit., p. 604.

todo a la Constitución; pues, si se tiene en cuenta que, frente a futuras eventualidades, los efectos de la mencionada norma no serán los mismos en determinadas circunstancias, se observa que la medida, al ser inamovible, podría resultar lesiva para los derechos fundamentales de los accionistas, comenzando, indiscutiblemente, por el derecho fundamental a la propiedad.

De acuerdo con lo anterior, es posible colegir que la disposición normativa cuestionada, en caso de llegar a ser estudiada por la Corte Constitucional, no merecería ser excluida del ordenamiento jurídico mediante una decisión de inexecutable, puesto que su contenido sí se encuentra plenamente acorde con los postulados de la carta política; no obstante, como se ha señalado, su alcance y sus efectos son los que, eventualmente, resultan discordantes con la Constitución.

Es justamente ese carácter eventual el que hace que se exija una reforma de la norma; es decir, una modificación, en el sentido de que contemple una excepción a la restricción, una suspensión a sus efectos para aquel socio que, ante una situación específica de urgencia que suponga vulneración o amenaza de derechos fundamentales, necesite disponer de su propiedad accionaria. Esto no debe eliminar por completo la posibilidad de que siga primando la autonomía de la voluntad y se pacte, en los mismos términos, la prohibición de la negociación de acciones como medida favorable a la sociedad.

De esta manera, si un socio se encontrara en una situación de emergencia tal que de la transferencia de sus acciones dependiera el evitar la vulneración de sus derechos fundamentales, podría establecerse que, una vez comprobada y reportada a la sociedad esta situación, la norma quedara sin efectos frente a ese socio en particular y, por ende, la negociación surtiera plenos efectos; solo así podrían conciliarse la finalidad legítima que persigue la norma y la naturaleza cambiante del contexto social al cual se aplica.

Así las cosas, cabe insistir, se considera que la situación de inconstitucionalidad no se presenta *ex ante*, durante toda la vigencia de la norma, sino como una contingencia que el legislador no previó en el momento de establecer una medida acorde con las finalidades económicas de toda sociedad mercantil, pero eventualmente perjudicial para los accionistas mismos, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, autorizan una situación que, al plantearse genéricamente, no toma en consideración el contexto social y cambiante del ámbito de aplicación de todo el derecho como cuerpo mutable.

Referencias bibliográficas

MARTÍNEZ, N. H. Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios. Bogotá: Legis, 2014.

PEÑA, L. De las sociedades comerciales. Bogotá: Temis, 2009.

PUYO, R. Los diez grandes capítulos de la legislación de las sociedades comerciales en Colombia. En: Reyes, F. (coord.). Estudios sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 247-295.

REYES, F. Derecho societario en Estados Unidos. Bogotá: Legis, 2006.

_____. SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá: Legis, 2009.

_____. Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea. Bogotá: Legis, 2013.

RICHARD, E.H. y MUIÑO, O. M. Derecho societario, sociedades comerciales, civil y cooperativa. Buenos Aires: Astrea, 1997.

VILLEGAS, C. G. Sociedades comerciales. vol. II. De las sociedades en particular. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.

Cibergrafía

AGUILAR, M. Las tres generaciones de los derechos humanos. Consultado el 24 de octubre de 2015. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf>

DE LA PUENTE, M. Derecho de preferencia de los accionistas. Universidad de la Rioja. Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho, 1995, n. ° 49, p. 79-86. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085272>.

MOLINA, C.A. Transmisibilidad de acciones y sus restricciones. VIII congreso argentino de derecho societario, IV congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa. 219, 223. Disponible en <http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASHeC17/b97bb6bb.dir/doc.pdf>

Diferencia entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. (2014) Consultado el 24 de octubre de 2015. Disponible en <https://internacionalesynacionales.wordpress.com/2014/07/16/diferencia-entre-derechos-humanos-y-derechos-fundamentales/>

Limitaciones y reglas en la venta de participaciones de una sociedad limitada. (2014) Consultado el 17 de enero de 2016. Disponible en <http://www.mromeroconsultores.es/blog/limitaciones-y-reglas-en-la-venta-de-participaciones-de-una-sociedad-limitada/>

Jurisprudencia

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, art. 58. 20 de julio de 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-491 de 1992 (M. P. Hernando Cifuentes Muñoz; 13 de agosto de 1992).

_____. Sentencia T-506 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Varón; 21 de agosto de 1992).

_____. Sentencia C-189 de 2006 (M. P. Rodrigo Escobar Gil; 15 de marzo de 2006).

_____. Sentencia C-133 de 2009 (M. P. Jaime Araujo Rentería; 25 de febrero de 2009).

Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Colombia, 27 de marzo de 1971. D. O. núm. 33.339.

Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada. Colombia, 5 de diciembre de 2008. D. O. núm. 47.194.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Real Decreto Legislativo 1/2010. Mediante el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. España, 2 de julio de 2010. Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 431.

La transmisión del riesgo en la compraventa internacional*

*Germán Alberto Cubillos Guzmán***

* Algunos apartes de este capítulo corresponden a avances de investigación socializados en revista arbitrada.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana, docente-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

Introducción

Para el comercio internacional, un asunto de gran trascendencia práctica es determinar cuál de las partes (vendedor-comprador) asume los riesgos derivados del deterioro o pérdida que sufran las mercancías antes de que lleguen a las manos del comprador. Esta situación resulta ampliamente controvertida, ya que su solución está subordinada a que alguna de las partes tenga que soportar un perjuicio de índole económica, sin contar con la posibilidad de exigir alguna compensación, afectando de esta forma el postulado de que las partes deben gozar de un equilibrio con respecto a sus prestaciones.

Es normal que las partes definan en el contrato cuál de ellas deberá asumir el riesgo y a partir de qué momento; en ocasiones lo hacen de manera explícita, pero muchas veces implícitamente, cuando se celebra un contrato con alguno de los términos comerciales (*incoterms*). Sin embargo, existe la tendencia de que las partes establezcan contratos, sin manifestar expresa o tácitamente el momento en que se presenta la transmisión del riesgo ni la parte que está en la obligación de asumirlo.

Por ello, la CISG regula, en el capítulo IV de la parte III, artículos 66 a 70, lo concerniente a la transmisión del riesgo por pérdida o deterioro de las mercancías, independientemente de si su dueño es el vendedor o el comprador.

El artículo 66 describe las consecuencias para el comprador, derivadas de la transmisión del riesgo por pérdida o deterioro de la mercancía; los tres artículos siguientes (arts. 67, 68 y 69) establecen las normas aplicables cuando el riesgo se transmite al comprador, y el artículo 70 se refiere a la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro cuando el vendedor haya incurrido en un incumplimiento esencial.

Estas disposiciones deben interpretarse con base en la definición de que el riesgo consiste en el perjuicio patrimonial que ha de sufrir el comprador o el vendedor por el deterioro o pérdida de los productos, por causas que no

sean imputables a un acto u omisión de uno de ellos. Cuando sobreviniera el extravío o daño de la mercancía, es necesario dilucidar la causa, ya que, si se trata de la conducta activa o pasiva de una de las partes, la pérdida o deterioro¹ deberá ser reparada por la parte que resulte responsable, de acuerdo con el contrato; pero, si se trata de otro factor, como extravío o daño, deberá asumir las consecuencias la parte a la que corresponda correr el riesgo². Al respecto, Adame señala lo siguiente:

(...) en la mayoría de los casos, la conducta activa o pasiva de la parte que causa el deterioro o la pérdida constituirá el incumplimiento de alguna obligación contractual; por ejemplo, si las mercancías se estropean por no estar empacadas apropiadamente, la falta de embalaje adecuado es un incumplimiento de la obligación del vendedor de entregarlas debidamente empacadas. No obstante, puede haber casos en que esta conducta no constituya un incumplimiento de alguna obligación contractual específica, como el que se propone en los Comentarios de la Secretaría (art. 78, párrafo 6 = DO 69), de un vendedor obligado a entregar las mercancías a bordo de un buque (FOB), quien, después de embarcarlas (momento a partir del cual el riesgo es del comprador), las daña al retirar los contenedores donde venían guardadas; en todo caso, esta conducta del vendedor lo hace responsable del deterioro de los productos, pues excluye que el daño sea considerado como un riesgo del comprador (art. 66) y que el vendedor sea exonerado de responsabilidad (art.79).

En principio, el vendedor, como propietario de las mercancías, asume el riesgo de su pérdida o deterioro. Esta premisa supone que, en caso de que las mercancías se dañen o se extravíen, sin que medie intervención de un acto u omisión de su parte, le corresponde al vendedor asumir el menoscabo patrimonial derivado de tal evento. Por tanto, si los productos perecen totalmente, el vendedor no podrá exigirle al comprador el pago convenido o, en caso de que hubiera realizado el cobro, tendrá la obligación de devolverlo.

¹ Se entiende por deterioro de las mercancías su destrucción total, los daños materiales, la degradación y la merma que hayan sufrido durante el transporte o el almacenamiento.

² ADAME, J. C. (1991). Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías. Extraído el 12 de marzo de 2011, de <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/885/7.pdf>. p. 328.

Si la mercancía solamente se deterioren, el vendedor deberá aceptar que el comprador las rechace y se niegue a pagar el valor, o que las adquiera, pero a menor precio. En los dos casos, el vendedor incurrirá en un incumplimiento contractual, ya sea por no entregar los artículos, o por haberlos entregado sin que se correspondieran con lo establecido contractualmente. Sin embargo, como este incumplimiento se deriva de un factor ajeno a su voluntad (imprevisible e insuperable), queda exonerado de la responsabilidad por los daños y perjuicios que cause³. De ahí que Adame manifieste lo siguiente:

(...) Hay un momento en que el riesgo deja de estar en el vendedor y se transmite al comprador; a partir de ese momento, el vendedor ya no está en la obligación de responder por la falta de conformidad con las mercancías y el comprador sufrirá el menoscabo patrimonial derivado de su deterioro o pérdida, que consistirá en pagar el precio convenido, a pesar de que reciba artículos deteriorados o no reciba producto alguno, y de que no pueda exigirle al vendedor, en ningún caso, responsabilidad por incumplimiento.

Esto se encuentra establecido en el artículo 66 de la Convención: “la pérdida o deterioro de las mercancías después de la transmisión del riesgo al comprador no lo librarán de su obligación de pagar el precio”. No obstante, en cuanto a la compraventa internacional, Adame advierte:

(...) las partes, por lo general, tienen contratados seguros que les cubren el riesgo de pérdida o deterioro; por ello, la atribución del riesgo al comprador o al vendedor tiene el efecto de determinar cuál es la compañía aseguradora que debe indemnizar la merma patrimonial. La compañía que pague, si se subroga en los derechos contractuales del comprador o del vendedor asegurado, podrá demandar a la otra parte si considera que la pérdida o deterioro se debieron a un acto u omisión de ella⁴.

Muchas de las operaciones internacionales se encuentran amparadas por un contrato de seguros que traslada a la compañía aseguradora la obligación de reparar el perjuicio causado. Sin embargo, este hecho no contempla un aseguramiento contra todo riesgo, lo que conlleva la necesidad de conocer

³ *Ibíd.*, p. 329.

⁴ *Ibíd.*, pp. 329-330.

la forma de solucionar dichas problemáticas entre los contratantes, a partir del análisis de las formas en que surge la transmisión del riesgo. Además, en virtud de la posibilidad que tienen el vendedor y el comprador de ponerse de acuerdo sobre el momento en que se transmitirá al comprador el riesgo de pérdida o deterioro, a nivel jurisprudencial se ha establecido que las partes podrán convenir también la repartición del riesgo, según las condiciones uniformes o las condiciones comerciales generales del vendedor o del comprador.

Uno de los casos que se trae a colación es el de la relación comercial que se estableció entre un vendedor francés y un comprador alemán (Tribunal de *Oberlandesgericht Karlsruhe*, Alemania, 20 de noviembre de 1992), en el que el vendedor suministró las mercancías, de acuerdo con sus condiciones comerciales generales –esto es, *portes pagados, sin aranceles y libres de impuestos*–, y las entregó a un porteador. El comprador negó que la entrega hubiera tenido lugar y el vendedor presentó un recibo sin firma en el que aparecía el sello del comprador a fin de probar la entrega. El tribunal alemán entendió que el vendedor no tenía derecho a reclamar el precio de compra, con base en los artículos 53 y 58 de la CISG, ya que el recibo, al estar sellado, pero sin firma, no constituía una prueba suficiente de la entrega.

Por otra parte, el tribunal consideró que el comprador no estaba obligado a pagar el precio de compra, de conformidad con los artículos 66 y 67 de la CISG, dado que el riesgo no se le transmitió en el momento en que las mercancías fueron puestas en poder del porteador para que se las entregara. Esto se debe a que el vendedor, en virtud del contrato, estaba obligado a entregar las mercancías en el lugar del establecimiento del comprador, por su cuenta y riesgo (artículo 31, en unión con el artículo 6), en consonancia con la cláusula contractual sobre “portes pagados, sin aranceles y libres de impuestos”. De allí se concluye que este acuerdo de las partes se refería no solo a los gastos de transporte, sino también a la transmisión del riesgo.

Para el tribunal alemán, el hecho de que el vendedor hubiera contratado un seguro de transporte significaba que estaba dispuesto a hacerse cargo del riesgo del transporte de las mercaderías. Además, se verificó que, en algunos casos, el vendedor trasladó productos para entregárselos al comprador, utilizando sus propios medios de transporte. Todo ello indicaba claramente la intención de las partes de aceptar la transmisión del riesgo en el lugar del establecimiento del comprador, es decir, en Alemania; y, por tanto, de no

regirse por lo dispuesto en el artículo 31 de la CISG (*Oberlandesgericht Karlsruhe*, 20 de noviembre de 1992).

Igualmente, se encuentran diversas jurisprudencias⁵, como las de los siguientes tribunales: Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría (10 de diciembre de 1996); Tribunal de *Oberlandesgericht Hamm*, de Alemania (23 de junio de 1998); Tribunal de primera instancia de Salónica, Grecia (16 de diciembre de 2008); Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos (23 de mayo de 2005); Alto Tribunal Popular de la República Popular China (27 de noviembre de 2002); Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional de la República Popular China (7 de abril de 1999 y 25 de junio de 1997). En estos casos, el momento en que se da la transmisión del riesgo está determinado por el acuerdo de las partes sobre el lugar y las condiciones de entrega; en otras palabras, el momento en que se considerará que los productos han sido puestos a disposición del comprador como lo establecen los artículos 66 a 69 de la Convención.

La CISG consagra una serie de normas aplicables a los acuerdos relativos al riesgo, como el artículo 8, sobre interpretación de las declaraciones y los actos de las partes. Al respecto, el artículo 9, párrafo primero, dispone que las partes quedarán obligadas por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, incluso para atribuir el riesgo de pérdida o deterioro. En varias ocasiones los tribunales han tenido en cuenta las prácticas anteriores de las partes para determinar su intención con respecto al riesgo de pérdida, como sucedió en una jurisprudencia emanada de un tribunal alemán en el año 2000 (*Amtsgericht Duisburg*, 13 de abril de 2000).

No obstante, se han presentado casos en que se ha llegado jurisprudencialmente a la conclusión de que la actitud adoptada por una de las partes con respecto al riesgo con anterioridad no era suficiente para demostrar la existencia de una práctica obligatoria (Tribunal de *Amtsgericht Duisburg*, Alemania, 13 de abril de 2000). En este caso, el tribunal estima que surge obligatoriedad cuando las partes han establecido en asuntos precedentes que el riesgo se transmite una vez que el vendedor haya entregado la mercancía en el establecimiento del comprador, o que hay transmisión del riesgo cuando se ha efectuado la puesta a disposición por parte del vendedor. En

⁵ Para efectos de este documento se consultaron los casos CLOUT, sistematizados por las páginas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2011) y de la Pace University (2011).

los negocios posteriores, este antecedente se consolida como de obligatoria referencia para que el riesgo se traslade a una de las partes cuando se repita alguna de estas situaciones. De esta manera, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, son estas las que determinan en qué momento se transfiere el riesgo.

Además, tanto el vendedor como el comprador podrán estar obligados por los usos comerciales en materia de riesgo de pérdida o deterioro. Con base en el artículo 9, párrafo primero, de la CISG, las partes estarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido, sea de carácter internacional o local; asimismo, estarán obligadas, con arreglo al párrafo segundo del artículo en mención, por los usos ampliamente observados en el comercio internacional de los que tengan o debieran tener conocimiento, salvo pacto en contrario. Así las cosas, si de forma expresa las partes incorporan en el contrato los *incoterms*, la definición del término será obligatoria. Cabe anotar que, teniendo en cuenta que los *incoterms*⁶ son usados con mucha frecuencia en el comercio internacional, los tribunales pueden reconocer su validez, incluso a falta de una incorporación expresa en el contrato (CNUDMI, 2011).

7.1 Pérdida o deterioro de las mercancías y transmisión del riesgo

El artículo 66 de la CISG establece que la pérdida o el deterioro de las mercancías, después de la transmisión del riesgo al comprador, no lo librarán de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor; en este sentido, no se impone una obligación de pagar el precio de compra, por cuanto le corresponde al comprador, tal como indica el artículo 53, *pagar el precio de las mercancías* y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato. Por otra parte, el artículo 66 no se pronuncia en relación con el momento exacto en que se transmite el riesgo de pérdida o deterioro; de esta manera, se concluye que, a partir de la autonomía de las partes expresada en el contrato, así como de lo establecido en los artículos 67 a 70 de la CISG, se fijan las reglas aplicables para determinar cuándo se produce esa transmisión.

⁶ Para conocer un análisis integral de las modificaciones planteadas en los *incoterms* 2010, se recomienda consultar a RODRÍGUEZ, M. Los nuevos términos comerciales internacionales *incoterms* (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano. En: *Revist@ e-Mercatoria*, 2010, 9, 2, pp. 1-73.

En cuanto a las consecuencias de la transmisión del riesgo al comprador, se identifica una línea jurisprudencial internacional en la que se les exige a las partes, de manera sistemática, que, una vez comprada la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro, el comprador está en la obligación de pagar el precio, a menos que se pruebe que el vendedor fue responsable de la pérdida o el deterioro; en dado caso, se establece que el riesgo nunca pasó al comprador, sino que siempre se mantuvo en cabeza del vendedor, quien no cumplió con las condiciones necesarias para evitar que las mercancías no sufrieran menoscabo o detrimento en calidad o cantidad.

Al respecto, se destaca el caso fallado por un tribunal alemán (Tribunal de *Amtsgericht Duisburg*, Alemania, 13 de abril de 2000), en donde un fabricante italiano de cartones para almacenar pizza demandó al propietario de una pizzería en Alemania, quien había le encargado al demandante 90 pilas de cartones de pizza, habiendo realizado el pago del precio por adelantado. Cuando se entregaron las pilas de cartones, el demandado observó que fueron dañadas por quien las había transportado y se lo comunicó al demandante. Además, se habían presentado con anterioridad dos situaciones, lo que hacía que el demandante le reconociera al demandado el monto de los daños ocasionados, pero en esta ocasión no se acreditó ninguna suma.

El tribunal sostuvo que, conforme al artículo 31, el comprador estaba obligado a probar el supuesto acuerdo relativo al lugar de entrega. Dado que el demandado no presentó ninguna prueba de ese acuerdo, el tribunal consideró que era aplicable la norma general contenida en el artículo 31, literal a. Conforme a ese apartado, el vendedor (demandante) solo estaba obligado a poner las mercancías en poder del porteador. Por tanto, el vendedor no podía ser responsable de los daños posteriores causados por el porteador (Tribunal de *Amtsgericht Duisburg*, Alemania, 13 de abril de 2000).

De manera similar, el Tribunal de *Oberlandesgericht Oldenburg* concluyó que el vendedor cumplió sus obligaciones, transmitiendo el riesgo al comprador. Por tanto, el comprador estaba obligado a pagar el precio de compra (artículo 66 de la CISG), aunque no hubiera recibido la mercancía –en este caso, salmón crudo–, puesto que el riesgo se transmitió al comprador mediante la entrega de la materia prima en la planta de tratamiento. De este modo, el comprador no fue liberado de la obligación de pagar, aun cuando la planta les entregó a otros clientes el salmón procesado (Tribunal de *Oberlandesgericht Oldenburg*, 22 de septiembre de 1998).

En otro fallo, el Tribunal alemán de *Oberlandesgericht Hamm* aplicó específicamente el artículo, al plantearse que, en aquel caso, el comprador no estaba obligado a pagar el precio de la compraventa, ya que el demandante no demostró que las mercancías se perdieran después de la transmisión del riesgo al comprador. Para el tribunal, la transmisión del riesgo debería determinarse conforme al artículo 69, numeral 2, de la CISG, pues, según el acuerdo de las partes, el comprador debía hacerse cargo de las mercancías en un lugar distinto al establecimiento del vendedor. Sin embargo, en el caso *sub judice* no se cumplieron las condiciones para la transmisión del riesgo; es decir, la entrega correspondiente y el conocimiento del comprador de que las mercaderías estaban a su disposición. Según el acuerdo entre las partes, la entrega debía realizarse a petición del comprador (artículo 33, numeral a), lo cual no ocurrió, y los vendedores no pusieron los muebles a disposición del comprador (artículo 31, numeral b) (*Oberlandesgericht Hamm*, 23 de junio de 1998).

Con respecto a la figura de la fuerza mayor en la transmisión del riesgo, se identifican dos fallos judiciales: el primero de ellos lo conoció el Tribunal de Arbitraje dependiente de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría (10 de diciembre de 1996), en el que se consideró que el daño ocasionado por fuerza mayor tenía que ser asumido por la parte a la que se transmitió el riesgo, en este caso, el demandado. El tribunal determinó necesario señalar que los riesgos del transporte se encontraban a cargo del demandado, a menos que el contrato entre las partes o el derecho aplicable dispusiera otra cosa (artículo 67); por esta razón, de acuerdo con el artículo 66, no se podía eximir al demandado con la demostración de que el daño era atribuible a un acto u omisión de la otra parte.

El otro caso se refiere a un fallo proferido en Argentina, en el que el tribunal de conocimiento consideró que la transmisión del riesgo se realizó en la etapa en la que el vendedor entregó las mercancías al primer porteador para que estas fueran enviadas al comprador, dando cumplimiento a los compromisos de entrega establecidos en el contrato (artículo 67, CISG). Dentro de sus consideraciones, el tribunal argentino valoró una cláusula en la que se establecía la entrega de la mercancía con costo y flete. Según su criterio, si bien esta cláusula obligaba al vendedor a realizar la entrega de las mercancías a quien las transportaba, y a pagar dichos importes, ello no reconfiguraba la relación en la transmisión del riesgo, por cuanto se verificó que, dentro de la ejecución contractual, el comprador, consciente de lo que implicaba el

transporte de las mercancías en cuanto a la transmisión del riesgo, decidió contratar una póliza de seguro que cubriera los riesgos (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina, 31 de octubre de 1995).

De conformidad con el artículo 66 de la CISG, la Corte argentina estimó que el comprador, después de la transmisión del riesgo, no quedó libre de su obligación de pagar el precio de compra; ni siquiera en caso de pérdida o deterioro de las mercancías, salvo que hubieran ocurrido a causa de un acto u omisión del vendedor. Para este caso, los daños sufridos por las mercancías tuvieron lugar después de la transmisión del riesgo al comprador, quien no alegó que se debieran a un acto o una omisión del vendedor.

Tal como se ha analizado, las consecuencias atribuibles al comprador, por el hecho de asumir el riesgo, se establecen, de manera expresa o tácita, tanto en el artículo 66 de la Convención como en otros artículos a los que hace remisión. En virtud de esta premisa, si el comprador recibe los productos sin notificarle al vendedor la no conformidad de estos y luego se descubre que no se corresponden con lo pactado, la carga de establecer las calidades inapropiadas de las mercaderías en el momento de la transmisión del riesgo recae en el comprador. Al respecto, se trae a colación el denominado *caso de las costillas de cerdo*, en el que un tribunal estadounidense no encontró pruebas que demostraran la responsabilidad del vendedor en el deterioro de las mercancías antes de ser transferidas al comprador, por lo que no se cumplió con la carga de demostrar el mal estado de aquellas (Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, 23 de mayo de 2005).

Así mismo, se encuentran diversas jurisprudencias como las emanadas del Tribunal de *Oberlandesgericht Oldenburg* (Alemania, 22 de septiembre de 1998), el Tribunal de *Landgericht Flensburg* (Alemania, 24 de marzo de 1999), el Tribunal Supremo de España (17 de enero de 2008), la Corte de Apelaciones de Coblenza (14 de diciembre de 2006) y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Yugoslavia (12 de julio de 1994), en las que se asienta una línea jurisprudencial dentro de la sociedad internacional; la de que, en virtud del artículo 39, numeral 1, de la CISG, el comprador pierde el derecho a invocar una falta de conformidad de la mercancía, si no se la notifica al vendedor en un plazo razonable después de que la falla sea descubierta.

En estas jurisprudencias también se identifica que, en el numeral 2 del artículo en mención, se establece que, en cualquier caso, el comprador pierde el derecho a invocar una falta de conformidad de los productos, si no da aviso

al vendedor en un plazo máximo de dos años después de la fecha en que las mercancías le fueron realmente entregadas. Este plazo no aplica cuando sea incompatible con un período de garantía contractual y, por tanto, si se vence ese lapso, sin que el comprador se queje de los defectos de las mercancías, toda reclamación se configura como extemporánea, perdiendo con ello la posibilidad de invocar cualquier incumplimiento contractual.

Por lo general, el comprador no se libera de la obligación de pagar el precio, en caso de que los productos se pierdan o deterioren después de habersele transmitido el riesgo. No obstante, el artículo 66 de la CISG establece una excepción a la regla, si se prueba que la pérdida o el deterioro se deben a un acto u omisión del vendedor. Esta situación se observó en el fallo de la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional (República Popular China, 7 de abril de 1999), en donde el vendedor, en el momento de embalar la mercancía incorrectamente, causó una fuga y pérdida de las mismas y, por tanto, el comprador no era responsable del daño, ya que este era atribuible a una omisión del vendedor.

En definitiva, cuando el comprador asume el riesgo y sobreviene la pérdida o deterioro de las mercaderías, no puede ejercer acción alguna contra el vendedor, dado que la transmisión del riesgo fue anterior a la configuración de los hechos, y le corresponde al comprador la responsabilidad de pagar el precio total y quedarse con las mercancías deterioradas. La excepción solo procede cuando la pérdida o el deterioro sean consecuencia de un acto u omisión del vendedor, lo que le permite al comprador “declarar la resolución del contrato, conceder un plazo suplementario, reducir el precio o negarse a pagar hasta que el vendedor entregue productos acordes”⁷.

7.2 Transmisión del riesgo en las compraventas que implican transporte de las mercancías

El artículo 67 de la CISG establece lo siguiente:

1. Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercancías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercancías se pongan en poder del primer porteador para

⁷ GUARDIOLA, E. La Compraventa Internacional. Importaciones y exportaciones. Barcelona: Bosch, 1994, p. 103.

que las entregue al comprador, conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará la transmisión del riesgo.

2. Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercancías estén claramente identificadas a efectos del contrato; ya sea mediante señales en ellas o a través de los documentos de expedición, o por medio de comunicación enviada al comprador o de algún otro modo.

La Convención establece las reglas para determinar cuándo se le transmite al comprador el riesgo por pérdida o deterioro, en caso de que el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías. Por regla general, el vendedor le transmite el riesgo al comprador cuando aquel le entrega las mercancías de manera adecuada al porteador para realizar el correspondiente transporte.

La transmisión del riesgo surte efecto, independientemente de que el vendedor o el comprador tengan un título de propiedad sobre las mercancías, o de quién sea el responsable de adoptar las disposiciones necesarias en materia de transporte y de seguros, como sucedió en el caso *St. Paul Guardian Insurance Co. & Travelers Insurance Co. vs. Neuromed Medical Systems & Support, GmbH* (District Court for the Southern District of New York, 26 de marzo de 2002), en el que una empresa alemana vendió un sistema móvil de imagen por resonancia magnética a una empresa de Estados Unidos, en donde se debería efectuar la entrega. El vendedor y el comprador convinieron en que el equipo se hallaba en buen estado al cargarlo en el puerto de embarque, pero se verificó que estaba dañado cuando fue desembarcado. Dos compañías de seguros estadounidenses le reembolsaron el monto al comprador y presentaron demanda contra el demandado como subrogado en el crédito del comprador.

La Corte llegó a la conclusión de que el riesgo de la pérdida pasaba al comprador en el momento de la entrega en el puerto de embarque, en virtud de la condición de entrega de la CISG. Para ello, desestimó el argumento del demandante de que el riesgo de la pérdida no podía haberse transmitido

porque el vendedor se reservó el dominio del equipo. Citando el art. 67, numeral 1, de la CISG, la Corte declaró que la Convención distinguía entre el riesgo de la pérdida y la transmisión de la propiedad, aspecto este que se encuentra fuera de su ámbito.

De manera similar, en un caso de contrato de compraventa pactado entre un vendedor italiano y un comprador español, en los términos de entrega con los *incoterms*, la mercancía objeto del contrato llegó al lugar de destino con ciertos desperfectos (Audiencia Provincial de Córdoba, España, 31 de octubre de 1997). Cuando se cargó la mercancía en el buque del puerto italiano, su capitán dejó consignada la expresión *Limpio a Bordo (Free On Board, FOB)*, acreditando que estaba en perfectas condiciones.

El tribunal consideró que, debido a la modalidad del pacto establecido entre el vendedor y el comprador, sobre la entrega y transporte de las mercancías, la responsabilidad del vendedor, conforme a los artículos 31 y 67 de la CISG, cesó en el instante en el que la mercancía traspasó la borda del buque en el puerto de origen; a partir de ese momento los riesgos sobre la cosa vendida corrieron por cuenta del comprador, independientemente de que se haya o no concertado su aseguramiento. Se observa, entonces, que el riesgo se transmite sin que sea una condición determinar cuál de las partes debe adoptar las disposiciones necesarias en materia de transporte o seguros.

El contrato de compraventa implica el transporte de la mercancía cuando prevé expresa o tácitamente un transporte ulterior; por ejemplo, se puede estipular de manera explícita que las mercancías han de ser transportadas incluyendo indicaciones detalladas de la modalidad de transporte. Ello se logra a menudo con suma eficacia, incorporando términos comerciales, como los *incoterms* de la Cámara de Comercio Internacional, que ponen de manifiesto la obligación del vendedor de entregar las mercancías por medio de un porteador; algunas condiciones adicionales pueden implicar que las mercaderías han de ser transportadas (CNUDMI, 2011).

Continuando con el análisis de jurisprudencias internacionales, un tribunal de arbitraje magiar emitió un laudo relativo a una empresa en Serbia (en aquel entonces Yugoslavia) que vendió y entregó caviar a una empresa húngara (Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, diciembre 10 de 1996). En el contrato se estipuló que el comprador recogería las huevas en el establecimiento del vendedor y llevaría la mercadería a su establecimiento en Hungría. El pago debía realizarse dos semanas

después de la entrega de la mercancía, momento histórico en el que entró en vigor en Hungría el embargo de las Naciones Unidas contra la Federación de Yugoslavia, por lo que el demandante transfirió el crédito correspondiente al precio de la mercancía a una empresa que tenía domicilio social en Chipre. El demandado reconoció la cesión, pero no pudo realizar el pago, argumentando que el embargo de las Naciones Unidas constituía un impedimento de fuerza mayor.

El Tribunal de Arbitraje entendió que el daño ocasionado por fuerza mayor tenía que ser asumido por la parte a la que se transmitió el riesgo, es decir, el demandado; salvo que existieran disposiciones contractuales o normas del derecho aplicables que dispusieran otra cosa (artículo 67 de la CISG). Por tanto, el demandado no pudo eximirse de la responsabilidad, demostrando que el daño se debía a un acto u omisión del demandante (artículo 66 de la CISG), por lo que fue condenado a pagar el precio de la mercadería entregada, con los intereses generados.

7.3 La transmisión del riesgo en la ejecución del transporte de las mercancías

El artículo 67, en su párrafo 1, establece dos situaciones distintas para las compraventas que implican transporte:

1. Cuando el vendedor no está obligado a poner las mercancías en poder del porteador en un lugar determinado.
2. Cuando el vendedor sí está obligado a entregar las mercancías a un porteador en un lugar determinado.

En los dos casos, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que el vendedor pone las mercaderías en poder del porteador designado.

7.4 Cuando el vendedor no está obligado a poner las mercancías en poder del porteador en un lugar determinado

En esta situación, el riesgo de pérdida o deterioro se transmite cuando las mercaderías se ponen en poder del primer porteador para que las entregue al comprador, de acuerdo con los términos contractuales. Esta modalidad

incluye el transporte realizado por un tercero, pero no aplica cuando el transporte es ejecutado por el mismo vendedor⁸. De ahí que, para Honnold, un contrato que exija el uso de los propios medios de transporte del vendedor implica el transporte, y el daño que ocurra mientras el vendedor está transportando las mercaderías correría aún por cuenta de este⁹.

En relación con lo anterior, Adame señala lo siguiente:

No importa que las mercaderías vayan a ser conducidas por distintos medios de transporte: primero, por un camión de carga que las llevará a un puerto; luego, por un buque y, finalmente, por un ferrocarril. El comprador asume el riesgo desde el momento que inicia la travesía y a lo largo de toda ella, independientemente de que se empleen distintos medios de transporte, se hagan más o menos operaciones de carga o descarga, o intervengan dos o más porteadores. El atribuir el riesgo al comprador desde el primer momento del viaje es una regla que evita las discusiones que puedan surgir cuando el riesgo se transmite en un punto intermedio de la travesía¹⁰.

Esta disposición no es contraria a la obligación del vendedor de entregar las mercaderías, tal como se indica en el artículo 31 de la CISG. Esta situación se observa en el caso analizado sobre los cartones de pizza (Tribunal de *Amtsgericht Duisburg*, 13 de abril de 2000), en donde el demandado, propietario de una pizzería en Alemania, encargó 90 pilas de cartones de pizza a un fabricante italiano, pagando el precio por adelantado. La controversia se refería a los requisitos necesarios para establecer una práctica entre las partes y la asignación de la carga de la prueba de un supuesto acuerdo sobre el lugar de entrega.

El tribunal desestimó el argumento del demandado, al declarar que la acreditación de la cuantía de los daños en dos ocasiones no era suficiente para demostrar la existencia de una práctica entre las partes, conforme al artículo 9 de la CISG. En consonancia con el artículo 31, el comprador estaba obligado

⁸ OVIEDO, J. Estudios de Derecho Mercantil Internacional. Bogotá: Ediciones Jurídicas Jorge Ibáñez, 2009, p. 213.

⁹ HONNOLD, J. Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980). Revista de Derecho Mercantil, 1987, 101, pp. 7-21, 368.

¹⁰ ADAME, J. C. Op. cit., pp. 331-332.

a probar un supuesto acuerdo sobre el lugar de entrega, pero, dado que no presentó ninguna prueba de ese acuerdo, era aplicable la norma general contenida en el artículo 31, literal a, por la cual el vendedor (demandante) solo estaba obligado a poner las mercaderías en poder del porteador; por tanto, no era responsable de los daños posteriores causados por el porteador. A falta de pruebas de que las partes convinieran en que la entrega se realizaría en otro lugar, el tribunal concluyó que el riesgo se transmitió en el momento en que el vendedor dispuso las mercaderías en poder del primer porteador.

Otro fallo jurisprudencial que ilustra este punto es el emitido por un tribunal suizo, en donde el demandante, una empresa italiana, vendió una excavadora a una empresa suiza que no pagó las dos últimas cuotas, aduciendo entrega tardía y falta de conformidad (Tribunal de Apelación del Cantón de Valais, 19 de agosto de 2003). El tribunal reconoció el derecho del demandante al cobro de la cuenta pendiente, ya que realizó la entrega de manera satisfactoria, dejando la máquina en poder del porteador en el lapso de dos semanas después de efectuarse el primer pago parcial, aunque las partes no determinaron una fecha específica (artículo 33 de la CISG).

En este caso, el tribunal suizo dictaminó que la reclamación de no conformidad del comprador no era legítima, puesto que el comprador probó la excavadora, pese a los defectos evidentes de la mercancía, y no emitió una comunicación en donde se evidenciara la presunta falta de conformidad (artículo 39). En esta medida, conforme al principio de buena fe y a lo establecido en el artículo 36, el riesgo se transmitió cuando el vendedor puso las mercaderías en poder del porteador dentro del plazo estipulado y, por ende, el vendedor no fue responsable de cualquier demora ulterior en la entrega. En este sentido, Adame advierte:

El acto que determina la transmisión del riesgo, el poner las mercaderías en poder del porteador, consiste, de acuerdo con lo que disponen los *incoterms*, en colocar las mercaderías a bordo del vehículo, dejarlas estibadas para que el transportista las cargue, o dejarlas bajo su custodia. En todo caso, como la transmisión del riesgo al comprador requiere que las mercaderías sean puestas en poder del porteador para que las entregue al comprador, se requiere que el vendedor le dé al transportista el nombre de la persona o empresa que las recibirá y el lugar donde deberán ser recibidas¹¹.

¹¹ *Ibíd.*, p. 332.

7.5 Cuando el vendedor está obligado a poner las mercaderías en poder del porteador en un lugar determinado

En esta situación el riesgo se transmite en el momento en que las mercaderías se ponen en poder del porteador en el lugar establecido. La Convención consagra que, cuando las compraventas implican el transporte, salvo pacto en contrario, el riesgo se transmite con el embarque de las mercaderías, pudiéndose presentar dos eventos:

- a) Que el embarque o entrega al porteador deba producirse en un lugar determinado, en cuyo caso el riesgo se transmitirá al comprador cuando el vendedor ponga la mercadería en poder del porteador de ese lugar.
- b) Que intervengan diversos porteadores por tratarse de un transporte combinado o multimodal, caso en el que el riesgo se transmite con la entrega al primero de los porteadores.

Este precepto no se aplicaría si el vendedor actuara como transportista, pues, en ese caso, estaría obligado a efectuar la entrega física de las mercaderías en el lugar determinado contractualmente, debiendo asumir los riesgos que se generaran, salvo que el contrato previera estipulaciones contrarias¹².

En las compraventas que implican el transporte, el riesgo solo se transmite al comprador cuando las mercaderías son puestas a disposición del primer porteador. Para ello, el artículo 67 distingue dos modalidades de compraventas que implican transporte: el transporte desde el lugar en donde están las mercaderías y el transporte a partir de un lugar intermedio. Para consultar jurisprudencias que complementan este tema, se destacan los fallos del Tribunal Federal Suizo (16 de diciembre de 2008), del Tribunal de Distrito de Saarbrücken (26 de octubre de 2004) y del Tribunal del Condado en Randers (8 de julio de 2004).

7.6 Retención de documentos e identificación de las mercancías

El último aspecto que se analiza en este escrito acerca de los artículos 66 y 67 de la CISG se refiere al numeral 1 del artículo 67, que establece que la

¹² GUARDIOLA, E. Op. cit., pp. 331-332, p. 104.

transmisión del riesgo no se verá perturbada por el hecho de que el vendedor retenga los documentos representativos de las mercaderías. Es frecuente, dentro del comercio internacional, que los documentos sean conservados por el vendedor como una garantía de la realización del pago de la compraventa. De ahí que la Convención establezca de manera coherente que esta situación no afecta en forma alguna la transferencia del riesgo, que sí está ligada directamente al desplazamiento físico de las mercaderías.

Según el artículo 67, numeral 2, en concordancia con el artículo 32, párrafo 1, la transmisión del riesgo no se materializará hasta que se realice una clara identificación de las mercaderías afectadas por el contrato de compraventa. Este artículo establece que, si el vendedor, conforme al contrato o a la Convención como ley aplicable, pusiera las mercaderías en poder de un porteador y estas no estuvieran claramente identificadas a efectos del contrato, mediante documentos de expediciones, señales distintivas o de alguna otra forma, el vendedor deberá enviarle al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.

En el mencionado caso fallado por un tribunal suizo (Tribunal de apelación del Cantón de Valais, 19 de agosto de 2003), en donde un cliente le compró a un vendedor que vivía en París ropa de lino para el hogar, sin que las facturas de compra fueran efectivamente pagadas, y donde algunas de las entregas realizadas tenían diferencias con respecto a la cantidad de mercancía solicitada. Sin embargo, el comprador nunca discutió sobre la calidad o la cantidad de las entregas, a pesar de las inconsistencias. En su razonamiento, el tribunal suizo determinó que, para el vendedor, la entrega de la mercancía consistía en la entrega a un transportista (compañía de ferrocarril, compañía de camiones, servicios postales, entre otros) para que le fuera remitida al comprador, sin que el transportista dependiera de la calidad del vendedor.

Así, de conformidad con el artículo 32 de la CISG, se debe realizar la identificación de las mercaderías por la fijación de etiquetas o la dirección del receptor. De este modo, cuando se cumplan estas condiciones, el riesgo pasa al comprador en el momento de la entrega de las mercaderías al primer transportista (art. 67, numeral 1). De lo anterior se colige que la obligación de pagar el precio también pasa al comprador a partir de ese momento, quedando este obligado a pagar el precio de la compraventa, incluso en caso de pérdida o deterioro de los bienes.

Para que la transmisión del riesgo se haga efectiva, las mercaderías deben estar plenamente identificadas, como se ha señalado, de tal manera que se evite cualquier engaño tanto al comprador como al vendedor para impedir que surjan reclamaciones infundadas referentes a mercancías que no fueron objeto de la transacción comercial¹³.

Asimismo, se encuentran diversos fallos como los emanados de la Corte de Primera Instancia de Atenas (2009), el Tribunal de Distrito de Múnich (29 de noviembre de 2005), la Corte Suprema Federal (2 de marzo de 2005), el Tribunal de Apelación de Helsinki (31 de mayo de 2004), la Corte de Apelaciones de Frankfurt (29 de enero de 2004) y el Tribunal de Distrito de Colonia (25 de marzo de 2003), en donde se verifica una línea jurisprudencial internacional en la que se confirma lo expuesto. Además, se observa que la falta de conformidad tiene lugar en el momento en que el riesgo pasa al comprador, incluso cuando se hace evidente después de que ha pasado el riesgo, como ocurre con los defectos ocultos. Al respecto, Adame señala:

(...) cuando se envían en un mismo transporte mercancías genéricas para varios compradores, sin separar las cantidades que serán para un comprador de las que serán para otro, por ejemplo, un buque que lleva petróleo para entregarlo a tres compradores distintos, si las mercancías llegaran a deteriorarse o perderse, el riesgo, conforme a alguna opinión, deberá distribuirse proporcionalmente entre los tres compradores; pero, más bien, parece que, en ese caso, el riesgo no se ha transmitido a los compradores, pues las mercancías no quedaron claramente identificadas, por lo que el vendedor queda obligado a entregar las cantidades completas, si bien puede quedar exonerado de la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la demora en la entrega¹⁴.

Actualmente, la compraventa internacional implica transporte con riesgos que le son inherentes; de ahí que se deba hacer una adecuada identificación de las mercancías por medio de documentos que las acrediten, en los que se especifica el tipo de producto, la cantidad, el nombre y el domicilio del destinatario. Debido a que los documentos se expiden cuando el vendedor pone las mercancías en poder del porteador, el riesgo se transmitirá en ese momento al comprador.

¹³ *Ibíd.*, pp. 104-105.

¹⁴ ADAME, J. C. *Op. cit.*, p. 334.

Sin embargo, si, por algún error u omisión, las mercancías no quedaran claramente identificadas en los documentos del transporte, el riesgo seguiría a cargo del vendedor hasta que envíe un aviso al comprador, mediante el cual queden debidamente identificadas. De esta manera, el riesgo correspondería al comprador a partir del momento en que el vendedor enviara el aviso, de acuerdo con la regla general de que las comunicaciones surten efecto en el momento de su expedición, según el artículo 27 de la CISG¹⁵.

Cabe resaltar, como cierre de este capítulo, que la operación internacional de compraventa conlleva que el objeto del contrato tiene ubicado a un remitente y a un destinatario en diferentes estados e, implícitamente, involucra múltiples riesgos. En la mayoría de los casos, la forma de transporte es multimodal (terrestre, aéreo, marítimo, férreo o fluvial) y pareciera existir un criterio universal gestado en el derecho francés que denomina la mayoría de estas actividades como peligrosas, con las correspondientes consecuencias de cara a la declaratoria de responsabilidad.

La doctrina universal ha creado once formas contractuales para que el comprador y el vendedor de cualquier operación internacional ajusten sus obligaciones y sus derechos conforme a la versión de 2010 de los *incoterms*, publicados por la Cámara de Comercio Internacional. Esta norma de *soft law* ampara en cada una de sus modalidades lo correspondiente a la transmisión del riesgo; es decir, que, de acuerdo con lo planteado en cada negocio jurídico, las partes asumirán mayor o menor grado de responsabilidad y, por supuesto, de riesgo en cuanto a las mercancías que se transportan por los puertos del mundo.

Esta responsabilidad con respecto al riesgo va desde el *Ex Works*, en donde el vendedor entrega en la puerta de su fábrica y el comprador asume todos los riesgos, hasta el *DDP (Delivered Duty Paid)*, entrega de derechos pagados, que implica que el vendedor asume todos los costos y riesgos, teniendo en cuenta que deberá entregar la cosa vendida en el domicilio del comprador. Frente a la falta de una estipulación contractual basada en un *incoterm*, la CISG suple el vacío normativo con las disposiciones establecidas en los arts. 66 a 70, que se configuran, junto con los principios UNIDROIT de 2010, en los instrumentos internacionales que regulan de manera integral la transmisión del riesgo y la contratación internacional de mercancías en general.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 334.

7.7 Algunas disposiciones comunes a las partes

Incumplimiento previsible

La Convención de Viena se centra en la conservación del negocio jurídico; no obstante, cuando se manifiesta un incumplimiento previsible, se debe ofrecer a las partes la capacidad de abstenerse de ejecutar sus obligaciones, únicamente cuando la parte contraria realiza actos que demuestren o permitan suponer que no va a cumplir con sus respectivas obligaciones.

La parte final de la Convención regula, entre otros aspectos, la figura del incumplimiento previsible:

- 1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.
- 2) El vendedor, si ha expedido las mercancías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercancías se pongan en poder del comprador, aun cuando este sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne solo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercancías.
- 3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le compete, antes o después de la expedición de las mercancías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento, si esa otra parte ofrece garantías suficientes de que cumplirá sus obligaciones (CISG, art. 71).

Con base en la finalidad esencial de la Convención, en cuanto a la preservación del negocio jurídico, como una invitación a evitar los métodos judiciales o de arbitramento para la solución de conflictos que pueden ser solucionados por consenso de las partes, la CISG incorpora la figura del incumplimiento previsible, que no trata de resolver el contrato, sino que se presenta como una especie de garantía que poseen las partes para hacer que se cumpla debidamente.

Este sería el caso de un vendedor de zapatos colombiano que tuviera un encargo de exportación para Austria de una orden de mil pares de óptima calidad. Sin embargo, el vendedor recibe información confiable de que la

empresa compradora no tiene actualmente solvencia económica, lo que le permite, de manera razonable, poner en duda su cumplimiento con el pago. Por ello, el vendedor decide dejar de producir el encargo de zapatos y notifica al comprador de su decisión, informando acerca de la necesidad de tener claridad y garantías acerca del cumplimiento del pago. En este caso, aplica el artículo 71, literal b, ya que el acto del vendedor está acorde a la Convención. No obstante, el vendedor no va a terminar el negocio como tal, simplemente difiere sus obligaciones con el fin de buscar que el comprador cumpla con su futura obligación de pagar el debido precio por la mercancía.

La diferencia planteada entre los artículos 71 y 72 de la CISG se refiere a los verbos que rigen la acción. En el artículo 71 es *diferir*, esto es, dilatar o suspender la ejecución de una cosa, mientras que en el artículo 72 el verbo es *resolver*, es decir, terminar o solucionar una cosa. Ello marca una diferencia importante en los alcances de cada uno de los artículos.

Respecto al incumplimiento previsible, cabe destacar que, para la Convención, esta figura no acaba con el negocio de compraventa; lo que busca es suspenderlo hasta que haya claridad en relación con el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato que le da origen. Así las cosas, el incumplimiento previsible es, como indica Adame, un incumplimiento sustancial, puesto que “la posibilidad de incumplimiento debe manifestarse después de la celebración del contrato, dado que, si era conocida cuando se convino el contrato, se entendería que tal posibilidad fue un riesgo del que estaba enterada y que asumió la parte afectada”¹⁶. De esta forma se dilucida el momento oportuno en el cual la parte responsable debe manifestar el incumplimiento previsible; de ahí que, para Adame, el momento de la manifestación es lo fundamental, así se sustente en hechos preexistentes a la celebración del contrato.

Vale la pena mencionar un ejemplo, con base en algunos fallos judiciales proferidos, tomando en consideración la CISG como fuente directa de derecho: un viñedo francés tiene un importante encargo de vinos por parte de la Casa Real española para una fiesta que se celebrará en el Palacio de Asturias. A los compradores se les informó previamente que el viñedo tenía problemas con los insumos y que a veces las producciones se retrasaban de manera imprevista. Sin embargo, la Casa Real hizo el encargo con seis meses de antelación y se acordó pagar la primera mitad del precio pasados

¹⁶ *Ibíd.*, p. 235.

tres meses y la segunda parte cuando el encargo fuera entregado. Después de tres meses al comprador se le notificó de manera suficientemente clara que el vino no iba a estar listo dentro del plazo convenido y, por tanto, se abstuvieron de pagar el precio acordado.

De acuerdo con el caso anterior, se debe valorar si la intención del comprador, una vez notificado del incumplimiento previsible, es la de resolver el contrato o buscar suspender el cumplimiento del pago hasta que se entregue la mercancía en un nuevo plazo en común acuerdo. Si la Casa Real requiere de la mercancía debido a sus altas calidades, y hay un tiempo razonable para extender el lapso, ya que la celebración no se realizará inmediatamente se cumplan los seis meses convenidos en el contrato, es procedente la suspensión del pago.

Se reconoce que el vendedor cumplió, al notificar de forma debida y clara las razones del incumplimiento, lo cual se presentó fuera del tiempo de la negociación contractual, es decir, antes de la celebración del contrato; de ahí que se configure el incumplimiento previsible, ya que el comprador conocía de antemano la posible contingencia y aceptó esa condición. Al respecto, Adame plantea que “la previsión de incumplimiento es, pues, una opinión, que debe ser fundada, pero no es más que una opinión que emite la parte que se siente amenazada por el incumplimiento de la otra¹⁷.”

En un fallo dado por un tribunal español (Audiencia Provincial de Navarra, sección 3ª, 27 de marzo de 2000), un comprador español acuerda con un vendedor estadounidense de artículos eléctricos para calentamiento y refrigeración el pago de las mercancías después de haberse realizado la entrega de estas; lo acordado entre las dos partes fue una garantía de cinco años. Después de recibidas las mercancías, el comprador español se dio cuenta de que los elementos empezaban a mostrar fallas, por lo cual se limitó a no pagar el precio acordado, manifestando que las obligaciones del vendedor no se cumplieron de manera apropiada y que, por tal motivo, podía suspender el cumplimiento de las suyas.

Revisando el caso, el tribunal determinó que no solo no hubo una debida comunicación de la inconformidad de las mercancías y de la exigencia del comprador hacia el vendedor de hacer efectiva la garantía, sino que también se excluyó del principio de inmediatez consagrado en el artículo

¹⁷ *Ibíd.*, p. 236.

39 de la Convención. Así mismo, el tribunal decidió rechazar la demanda del comprador, en la que solicitaba el pago, ya que decidió cubrir los gastos de reparación de las mercancías; el resarcimiento no procedió porque la notificación no daba términos para que esta acción unilateral de reparación tuviera lugar.

Una situación similar se presentó entre una empresa vendedora de bolsas de Singapur, que contrajo obligaciones con unos compradores belgas, con quienes acordaron el pago de la mercancía tiempo después de que el comprador la recibiera (Corte de Apelaciones de Gent, Bélgica, 26 de abril de 2000). Luego de recibidas las bolsas, el comprador se dio cuenta de que estas se encontraban en un estado defectuoso, por lo cual no pagó el precio total y demandó la resolución del contrato, solicitando el pago de daños y perjuicios. Para la corte belga, el principio de inmediatez no se surtió de manera apropiada; además, no se realizó una debida notificación respecto a la inconformidad o el daño en la mercancía, por lo que lo enunciado en el artículo 71 no es procedente en este caso, teniendo en cuenta también el no cumplimiento de la inmediatez enunciado en el artículo 39 de la misma Convención.

Es claro que, para el derecho internacional privado, la defensa de la autonomía de la voluntad es un eje esencial, lo cual se refleja en el espíritu normativo de la CISG; esta situación se evidencia en los literales a y b del numeral 1 del artículo 71. Un aspecto que es relevante en este apartado normativo es el término *menoscabo*, que se debe interpretar como la capacidad para cumplir con la obligación por parte del vendedor.

Cabe mencionar el caso de un vendedor de automóviles alemán que suscribió un contrato de compraventa de un lote de 25 autos con un comprador serbio. En esta situación comercial pueden surgir graves menoscabos que afecten la capacidad del vendedor para cumplir con sus obligaciones como, por ejemplo, inconvenientes no previstos en las líneas de ensamblaje, huelgas laborales o insuficiencia en las entregas de la materia prima por parte de los proveedores. Estos hechos generan un alto grado de incertidumbre que afecta al comprador; los riesgos para este se ciernen con respecto a la posible configuración de un incumplimiento previsible.

Asimismo, puede ocurrir que el comprador serbio no tenga la solvencia económica para pagar el precio estipulado en el plazo convenido, lo que también se puede configurar como un incumplimiento previsible a favor del vendedor, mediante el cual pueda diferir sus obligaciones. En este sentido,

Adame sostiene que “el deterioro de la solvencia económica puede conocerse, por ejemplo, por no haber cumplido las obligaciones pecuniarias derivadas de otros contratos”¹⁸. Se trataría de una revisión por parte del vendedor de los antecedentes crediticios recientes del comprador, que puede desencadenar la desconfianza en relación con el cumplimiento de sus obligaciones.

Así las cosas, tanto el comprador como el vendedor tienen la potestad de defender sus posiciones suscribiéndose en los términos de la compraventa de mercancías (automóviles, en este caso) y haciendo del negocio jurídico el punto de interés común; por tanto, no se plantearía que esta revisión de antecedentes crediticios o de solvencia vulnera la intimidad del comprador, dado que la esfera de valoración se limitaría al objetivo de que el negocio jurídico se pueda efectuar. Sin embargo, este aspecto puede ser bastante discutible, ya que, en el país, fallos recientes relacionados con la protección del *habeas data* y la inconstitucionalidad del boletín de los deudores morosos con el Estado marcan una interpretación jurisprudencial contraria al criterio propuesto por el tratadista mexicano.

El incumplimiento sustancial (al tenor del art. 71, numeral 1, literal b) se desprende del *comportamiento al disponerse a cumplir o al instante de cumplir el contrato*. Se hace una diferenciación de dos momentos: primero, el comportamiento frente al cumplimiento del contrato y, segundo, el comportamiento de la parte a través del cumplimiento del contrato. Retomando el ejemplo de la venta de los 25 automóviles, se puede presentar una situación en la que la parte se dispone a cumplir, esto es, si los automóviles están siendo fabricados. La otra acepción, *al cumplir el contrato*, se refiere al momento de ejecutar el contrato, por ejemplo, cuando una grúa en el puerto sube los automóviles a la embarcación en un contrato regido por el *incoterm* FOB.

Los numerales 2 y 3 del artículo 71 hacen referencia a la temporalidad de la notificación; en este caso, se enuncia lo siguiente:

El vendedor, si hubiera expedido las mercancías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que se pongan en poder del comprador, aun cuando este sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne solo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías (CISG, art. 71, numeral 2).

¹⁸ *Ibíd.*, p. 236.

En este numeral se establece el mecanismo que tiene el vendedor para asegurar el cumplimiento enunciando las obligaciones de cada parte; el vendedor debe entregarle al comprador todos los documentos necesarios para el uso y goce de las mercancías.

Al respecto, según un fallo de un tribunal del Distrito de Primera Instancia alemán, una empresa italiana vendedora de zapatos realizó un contrato de compraventa con una empresa compradora alemana. El contrato consistió en que un 40% del precio de los zapatos debía cancelarse antes de la entrega y después de esta debían ser pagados en su totalidad, en un plazo de sesenta días (*Amtsgericht, Frankfurt*, 31 de enero de 1991).

Posteriormente, la empresa italiana suspendió la entrega, al exigirle al comprador que le pagara la totalidad del precio antes de que la mercancía fuera entregada. Para el vendedor, la causa de la suspensión era precisamente lo acotado en el artículo 72, numeral 2, puesto que tenía dudas razonables sobre la solvencia de la empresa compradora y, por tanto, realizó esta exigencia en términos de incumplimiento previsible con el fin de asegurar que el precio le fuera cancelado en su totalidad.

Para el tribunal, la suspensión de la obligación no era procedente en este caso, dado que la parte que se dispone al uso de la atribución que este artículo le concede debe notificarle con anterioridad al comprador sobre las dudas con respecto a su solvencia para darle así la oportunidad de que resuelva estas inquietudes; por ello, el tribunal alemán decidió que la empresa italiana pagara los perjuicios causados al comprador.

La parte que difiera en el cumplimiento de sus obligaciones, sea antes o después de la ejecución del contrato, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y tendrá que proceder al cumplimiento de este, en caso de que se brinden las garantías suficientes de cumplimiento (CISG, art. 71, numeral 3).

En este sentido, en un fallo del Tribunal Provincial de Apelaciones de Hamburgo se presentó un caso donde dos vendedores austriacos de muebles y un comprador alemán acordaron el pago de ciertas mercancías después de que estas fueran recogidas por los alemanes en una bodega de Hungría; es decir, a medida que las facturas de almacenamiento fueran siendo pagadas por los alemanes, estos podían recoger las mercancías en las bodegas (*Oberlandesgericht Hamm, Alemania*, 23 de junio de 1998).

Los vendedores cedieron los derechos con respecto a las facturas de almacenamiento a unos terceros y, posteriormente, se le notificó al comprador esta novedad contractual. Las mercancías que habían sido pagadas parcialmente con antelación no fueron entregadas, por lo que el comprador suspendió los nuevos pagos (CISG, art. 71). A su vez, el tercero, una empresa de almacenamiento, entró en bancarrota y, de esta manera, se perdieron las mercancías.

El comprador fue demandado solicitándole el pago total del precio de las mercancías, pero este se abstuvo de realizarlo debido a que, tal como se estudió en el capítulo precedente, la transmisión del riesgo no se había efectuado, ya que no se pudo comprobar que las mercancías entraron en la esfera de responsabilidad del comprador antes de haberse perdido. Para el tribunal, quedó comprobada de forma fehaciente la notificación de la falta de cumplimiento de las obligaciones del vendedor a través de la suspensión del pago de las facturas de depósito, tal como indica el art. 71, numeral 3 de la Convención.

7.8 Contrato de entregas sucesivas

La Convención también incorpora el incumplimiento en contratos de entrega sucesiva, de manera similar a los contratos de aprovisionamiento que maneja la legislación comercial colombiana. De acuerdo con esta figura, si no existe una satisfacción integral de las partes frente a los compromisos contractuales, lo coherente, conforme al CISG, es que se retrotraigan al estado precontractual, tal como indica el art. 73:

En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercancías, si el incumplimiento de una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato, en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega (Naciones Unidas, 1980, art. 73, numeral 1).

Con esta disposición normativa, la Convención procura defender de manera coordinada la ejecución contractual frente a las obligaciones implícitas en la compraventa de mercancías. El art. 73, numeral 1, plantea que, en aquellos casos donde se verifica la existencia de un incumplimiento esencial en una de las entregas, no necesariamente se debe echar para atrás el contrato en

su totalidad, sino que se deberá resolver el contrato en lo que respecta a esa entrega parcial.

Vale la pena retomar el ejemplo de la Casa Real española. Esta vez contrata con el viñedo francés la entrega mensual de 50 cajas de vino para abastecer periódicamente el palacio, y se establece contractualmente que los vinos serán pagados cinco días antes de cada entrega. En una de estas ocasiones, realiza de manera adecuada el pago, pero el viñedo incumple con la entrega de las mercancías, sin mediar una notificación oportuna al comprador, que justifique el incumplimiento. Entonces, la acción que lleva a cabo el comprador es simplemente resolver el contrato en lo que compete a esa entrega, mas no toma esa decisión con respecto a la totalidad del contrato, lo que no excluye esta última posibilidad para efectos futuros. Como se observa, la clave de interpretación jurídica radica en el significado del incumplimiento esencial.

El artículo 73 de la CISG establece normas especiales para los contratos a plazos. Estas normas son procedentes cuando un vendedor o un comprador tienen derecho a declarar resuelto el contrato con respecto a una única cuota, a las cuotas futuras o al contrato en su conjunto. Tal como se analizó en otro apartado, de acuerdo con el artículo 26, una declaración de resolución solo es eficaz si la parte perjudicada notifica, de manera clara y oportuna, a la otra parte (CNUDMI, 2004, Compendio Jurisprudencial de la CISG).

En repetidas ocasiones la CNUDMI ha hecho claridad acerca de los tres momentos en que este tipo de resolución puede ser invocado. Para ello, será fundamental determinar que, a fin de que la resolución surta efecto, debe ser notificada a la otra parte. A diferencia de la notificación en el incumplimiento previsible, en este caso, no se trata solamente de una finalidad informativa, sino que además debe brindarle la oportunidad a la otra parte de que sustente la posibilidad de cumplir.

La resolución prevista en el numeral 1 del artículo 73 es similar a la planteada por la Convención para el cumplimiento esencial (art. 72). De allí que se concluya que el objetivo de aquella disposición sea, de manera prioritaria, la preservación de las obligaciones contractuales posteriores. Por su parte, el numeral 2 del art. 73 establece:

Si el incumplimiento de una de las partes, de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas, le da a la otra parte motivos claros para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del

contrato, en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable (Naciones Unidas, 1980, art. 73, numeral 2).

De este modo, se procede a la resolución del contrato hacia el futuro, a pesar de que este sea de entregas sucesivas; se trata de una posibilidad, de una alternativa. Si bien en un contrato de entregas sucesivas se establecen, identifican y correlacionan los diversos estadios de cumplimiento de las obligaciones, mediante este apartado del artículo 73 se le otorga la potestad de resolver el contrato por incumplimiento esencial a aquella parte afectada por un incumplimiento parcial.

Se trata de una decisión jurídica extrema que deberá valorar tanto la parte que la adopta como el juez, en caso de que el caso sea dirimido jurisdiccionalmente. Tal como se ha expresado, el espíritu ecuménico de la Convención incentiva la preservación de la compraventa de mercancías, sin dejar a un lado esta medida de resolución del contrato como una opción de último recurso.

Cabe suponer que un comprador suizo le hace un encargo a una empresa colombiana por los próximos tres años para la entrega bimestral de 200 pares de zapatos. Durante el primer año no se presentan inconvenientes en el cumplimiento de las dos partes. Sin embargo, a comienzos del segundo año del contrato, el vendedor empieza a entregar la misma cantidad de zapatos, pero de una calidad inferior. Se estaría eventualmente configurando un incumplimiento esencial, lo que le daría el derecho al comprador suizo de determinar si resuelve el contrato frente a esa entrega parcial, dándole la oportunidad al vendedor colombiano de que mejore la calidad de la mercancía para la próxima entrega, si no se decide finalmente resolver la totalidad del contrato.

Según ello, lo recomendable es la primera alternativa, ya que se le brinda una segunda oportunidad al vendedor para que corrija la situación, en la medida en que esta baja en la calidad de la mercancía sea justificable por haberse presentado algún problema de planta en la fábrica colombiana o por la falla imprevisible de cueros de óptima calidad por parte del proveedor del vendedor, lo que ha afectado el proceso. Dependerá entonces del arbitrio del comprador el que se valore la situación y las consecuencias de cada una de las opciones para la aplicación de los dos numerales del artículo 73.

Cabe colegir que, ante la multiplicidad de prácticas y procesos que surgen como consecuencia del creciente comercio internacional, caracterizado

por la circulación de flujos de recursos, mercancías, tecnologías, culturas e informaciones, y donde la relación espacio-temporal adquiere nuevas dimensiones, la regulación privada y estatal de los usos propios del comercio internacional cobra una gran importancia, que se ve reflejada en el contrato de compraventa internacional de mercaderías:

La compraventa internacional se encuentra regulada en la actualidad por un amplio conjunto de normas de diversa índole, que, de forma individual, no logran, desafortunadamente, una regulación integral del contrato; por lo que siempre es necesario acudir a más de una de ellas para solucionar los inconvenientes que se puedan presentar en la ejecución e interpretación de dicho contrato (...), con la salvedad, claro está, de que el contrato que celebren las partes se constituya en el regulador primigenio de la relación, por lo que, solo en los casos en que las normas incorporadas en este no sean suficientes para la solución de los conflictos y controversias que se generen con su ejecución, se requerirá de la asistencia de otras normas, ya sean estas o no de rango legal¹⁹.

Referencias bibliográficas

ADAME, J. C. (1991). Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías. Extraído el 12 de marzo de 2011, de <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/885/7.pdf>.

Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Extraído el 18 de septiembre de 2011, de <http://www.uncitral.org/uncitral/index.html> y http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

GUARDIOLA, E. La Compraventa Internacional. Importaciones y exportaciones. Barcelona: Bosch, 1994.

HONNOLD, J. Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980). Revista de Derecho Mercantil, 1987, 101, p. 7-21.

Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de

¹⁹ RODRÍGUEZ, M. Op. cit.

abril de 1980, Documentos Oficiales, documentos de la conferencia y actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de las Comisiones Principales. Nueva York: Naciones Unidas, 1981.

OVIEDO, J. Estudios de Derecho Mercantil Internacional. Bogotá: Ediciones Jurídicas Jorge Ibáñez, 2009.

RODRÍGUEZ, M. Los nuevos términos comerciales internacionales *incoterms* (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano. En: *Revista e-Mercatoria*, 2010, 9, 2, pp. 1-73.

Jurisprudencia

Audiencia provincial de Navarra, sección 3ª, España. EMC v. C de AB SL. CLOUT núm. 397. (27 de marzo de 2000).

Alto Tribunal Popular de la Región Autónoma de Ningxia Hui. República Popular China. Empresa de comercio Xinsheng (China) vs. Shougang Nihong productos metalúrgicos (Japón). Ningminshangzhongzi núm. 36 (27 de noviembre de 2002).

Amtsgericht Duisburg, Alemania. 49 C 502/00. CLOUT núm. 33. (13 de abril de 2000).

Amtsgericht Frankfurt, Alemania. 32 C 1074/90-41. CLOUT núm. 51. (31 de enero de 1991).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C. Argentina. Bedial, S.A. vs. Paul Müggenburg and Co. GmbH. V.98-50629. (31 de octubre de 1995).

Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China. República Popular China. Comprador estadounidense vs. vendedor chino. (7 de abril de 1999).

Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China. República Popular China. Comprador de Corea del Sur vs. vendedor chino. CLOUT 864. (25 de junio de 1997).

Corte de Apelaciones de Gent, Bélgica. 1997/AR/2235. BV BA. J.P. v. S. Ltd. Comprador belga vs. vendedor singapurense. (26 de abril de 2000).

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Yugoslavia. Serbia. Empresa serbia vs. empresa alemana. T-3/92 (12 de julio de 1994).

Corte de Primera Instancia de Atenas, Grecia. Vendedor holandés *vs.* comprador griego. Caso núm. 4505/2009. (2009).

Corte Suprema Federal, Alemania. Empresa vendedora belga *vs.* empresa compradora alemana. Caso núm. VIII ZR 67/04. (2 de marzo de 2005).

District Court for the Southern District of New York, Estados Unidos. 00 Civ. 934 (SHS). St. Paul Guardian Insurance Company and Travelers Insurance Company, as subrogees of Shared Imaging, Inc. *v.* Neuromed Medical Systems & Support, GmbH, *et al.* CLOUT núm. 447. (26 de marzo de 2002).

Landgericht Flensburg, Alemania. Empresa alemana *vs.* empresa francesa. Caso núm. 2 O 291/98 (24 de marzo de 1999).

Oberlandesgericht Hamm, Alemania. Empresa austriaca *vs.* empresa alemana. Caso núm. 19 U 127/97. CLOUT 338. (23 de junio de 1998).

Oberlandesgericht Karlsruhe, Alemania. Empresa francesa *vs.* empresa alemana. Caso núm. 15 U 29/92. CLOUT 314. (20 de noviembre de 1992).

Oberlandesgericht Oldenburg, Alemania. Empresa noruega *vs.* empresa alemana. Caso núm. 12 U 54/98. CLOUT núm. 340. (22 de septiembre de 1998).

Tribunal de Amtsgericht Duisburg, Alemania. Empresa alemana *vs.* empresa italiana. núm. 49 C 502/00. CLOUT núm. 360. (13 de abril de 2000).

Tribunal de Apelación de Cantón de Valais, Suiza. Caso núm. C 1 03 100. Plaintiff I... S.p.r.l. (Francia) *vs.* Defendant A... S (Suiza). (19 de agosto de 2003).

Tribunal de Apelación de Helsinki, Finlandia. Crudex Chemicals Oy *vs.* Landmark Chemicals S.A. Caso núm. S 01/09. (31 de mayo de 2004).

Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos (Séptimo Circuito). Chicago Prime Packers, Inc. (Estados Unidos) *vs.* Northam Food Trading Co (Canadá). (23 de mayo de 2005).

Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría. Empresa yugoslava *vs.* empresa húngara. Laudo arbitral caso núm. VB/96074. V.97-21712l. CLOUT 136. (10 de diciembre de 1996).

Tribunal de Condado, Randers (Aarhus), Dinamarca. Vendedor danés *vs.* comprador alemán. Caso núm. BS 2-2229/2002. (8 de julio de 2004).

Tribunal de Distrito de Colonia, Alemania. Empresa vendedora danesa *vs.* empresa compradora alemana. Caso núm. 3 O 196/01. (25 de marzo de 2003).

Tribunal de Distrito de Múnich, Alemania. Empresa vendedora española *vs.* empresa compradora alemana. Caso núm. 5 HKO 10734/02. (29 de noviembre de 2005).

Tribunal de Distrito de Saarbrücken, Alemania. Empresa vendedora alemana *vs.* empresa compradora canadiense. Caso núm. 8 U 75/09-22. (26 de octubre de 2004).

Tribunal de Primera Instancia de Salónica, Grecia. Empresa griega *vs.* empresa italiana. Caso núm. 43945/2007. (16 de diciembre de 2008).

Landgericht Frankfurt a.M., Alemania. 2-26 O 264/04. CLOUT núm. 775. (11 de abril de 2005).

Capítulo VIII

La aplicación de la carta de crédito *stand-by* a los contratos de prestación de servicios profesionales

*Camilo Augusto Burbano Ochoa**

* Especialista en derecho comercial de la Universidad Libre seccional Bogotá.

Introducción

El propósito de este trabajo es darle a conocer al lector cuál es la normativa de derecho internacional de la carta de crédito *stand-by* aplicable al ordenamiento nacional colombiano y su posible uso en el contrato de servicios profesionales. Para ello, se inicia aclarando el concepto de *carta de crédito documentario*, ya que de este mecanismo de pago internacional surge la carta de crédito documentario *stand-by*, como se describirá en los capítulos siguientes.

En primer lugar, el objetivo es que el lector obtenga las bases fundamentales acerca de los créditos; su definición, partes, ventajas, riesgos y clases, sin entrar en profundidad, dado que este no es un trabajo dedicado exclusivamente a ellos.

Posteriormente, con respecto a los créditos *stand-by*, se hace un análisis más detallado, que incluye su definición y sus rasgos más distintivos con las cartas de crédito, así como sus partes, principales características y un recuento histórico acerca de su evolución jurídica en el ámbito nacional e internacional.

Luego se describe el contrato de prestación de servicios y se intenta definirlo, puesto que legalmente no existe ningún concepto sobre este; asimismo, se abordan sus elementos esenciales y sus características más importantes, lo que resulta clave para entender su funcionamiento jurídico en Colombia. En este trabajo de investigación no se realiza una descripción exhaustiva de esta figura, dado que en el país es ya reconocida y sus conceptos, a pesar de ser escasos, no son discutidos.

Por último, se elabora una propuesta sobre cómo se reglamentaría esta clase de contratos en la legislación nacional y con qué tipo de contratos y condiciones se podría manejar el contrato de prestación de servicios con la garantía de crédito *stand-by*.

El crédito documentario

8.1 Definición

Antes de comenzar con las definiciones, conviene aclarar que el crédito documentario y la carta de crédito no son lo mismo; el primero es un mecanismo de pago internacional, mientras que el segundo es un documento mediante el cual se paga a un comerciante por cumplir con lo estipulado en la carta.

La carta de crédito documentario es un mecanismo del derecho internacional, a través del cual un banco le paga a un comerciante, conocido como *beneficiario*, por cumplir con unos requisitos exigidos en esta carta de crédito; la obligación de pago surge anteriormente por un contrato de compraventa internacional celebrado por dos comerciantes, cada uno residente o domiciliado en diferentes países.

El crédito documentario se puede deducir leyendo las RUU 600, Reglas y Usos Uniformes n. ° 600 o UCP 600 de la Cámara de Comercio Internacional, dado que no cuenta con un artículo concreto donde sea definido de manera clara.

La Cámara de Comercio de Bogotá (2009) define la carta de crédito documentario como un documento utilizado en el comercio internacional para que un comerciante, llamado *importador* (ordenante), emita una orden de pago a un banco (banco emisor) para que este le pague un dinero a un *exportador* (beneficiario) por medio de otro banco (banco corresponsal), por cumplir con los requisitos contenidos en la carta de crédito.

Para Cadena y Cubillos¹, el crédito documentario es un instrumento cuya fuente es el pago de una obligación surgida en la compraventa o la prestación de un servicio utilizado en las transacciones internacionales; su finalidad es la de asegurar el pago de la obligación en el vendedor porque, en los negocios en donde media una carta de crédito documentario, las dos partes se encuentran reguladas por ordenamientos jurídicos distintos.

Asimismo, Cadena y Cubillos afirman que el crédito documentario es un mecanismo jurídico, con antecedentes como el *receptum argenterarii*², en

¹ CADENA, Walter y CUBILLOS, German. El crédito documentario. Régimen internacional y su aplicación en Colombia. Bogotá: Universidad Libre, 2011.

² Estas consistían en la acción del cliente de exigirle al banquero que pagara la obligación de él a un tercero.

Roma, en el siglo II d. C, que llega hasta las RUU 600 de la Cámara de Comercio Internacional.

El Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), en su artículo 1408, lo define de la siguiente manera:

Se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero; o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados, y de conformidad con los términos y condiciones establecidos.

Al realizar un análisis de la regulación de los artículos 1408 a 1415 del Código de Comercio se encontraron los siguientes inconvenientes:

- El Código de Comercio incluye el crédito documentario como una figura aplicable al derecho interno e internacional y, en el momento de aplicar las normas, entra en conflicto con el derecho internacional, puesto que en este se manejan las Reglas y Usos Uniformes n. ° 600 de la Cámara de Comercio Internacional.
- Se menciona el crédito documentario³ y no se le diferencia con respecto a la carta de crédito⁴.
- El crédito documentario es un mecanismo de derecho internacional que no debería aplicarse al derecho interno; por lo cual no debería estar regulado en el Código de Comercio, sino someterse a los tratados internacionales que regulan esa materia.

Actualmente, se toma de la doctrina la conceptualización sobre la carta de crédito documentario de las Reglas de Usos Uniformes n. ° 600, artículo 2., donde el crédito documentario es un acuerdo mediante el cual el cliente (ordenante) le pide a su banco que pague una deuda a un tercero (beneficiario), a nombre propio o de la entidad bancaria.

³ El crédito documentario es una figura del ordenamiento internacional en donde se da la orden de pago a un banco para que pague a un tercero.

⁴ La carta de crédito es un documento mediante el cual se ha comprometido un banco a pagar la obligación en ella contenida.

Este mecanismo representaba un avance muy importante en materia de pagos bancarios, que se implementó en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo con las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional. En Colombia, a los juristas les resulta difícil comprender y asimilar este tema porque su regulación en el ordenamiento interno posee lagunas y esta desactualizado frente al derecho internacional; además es más común en las ciencias económicas, aduaneras y financieras.

8.1.1 Partes

1. Ordenante: Es la persona que solicita la apertura del crédito, en virtud de un contrato de compraventa; la solicitud se realiza ante un banco denominado *banco emisor*.
2. Beneficiario: Es la persona que debe cumplir con las instrucciones contenidas en la carta de crédito para reclamar el pago ante el banco corresponsal.
3. Banco emisor: Es el banco ubicado en el país del comerciante importador, que tiene a su cargo la obligación de expedir o emitir la carta de crédito, según los términos y condiciones del ordenante.
4. Banco corresponsal: Es el banco ubicado en el país del comerciante exportador, encargado de pagar el valor de la carta de crédito o de recibirla para avisarle al beneficiario sobre la apertura del crédito.

8.1.2 Ventajas

- I. Las ventajas con que cuenta el importador cuando usa este medio de pago
 1. El beneficiario solo recibe el pago si cumple con los requisitos estipulados en la carta de crédito.
 2. En el negocio comercial intervienen dos bancos encargados de darle mayor confianza a la operación financiera.
 3. El importador tiene la posibilidad de financiar su compra internacional a través del banco emisor.
 4. El importador recibe asesoría.
- II. Las ventajas con que cuenta el exportador cuando usa la carta de crédito documentario
 1. El pago es garantizado por el banco corresponsal.
 2. El pago se realiza en el mismo país del exportador.

3. El pago es puntual, en la medida en que se hace cuando se cumplen los requisitos para el pago.
4. El exportador recibe asesoría.

8.1.3 Riesgos

- I. Los riesgos cuando el ordenante usa la carta de crédito
 1. La mercancía puede sufrir daños que no se detectan hasta que llega al país de origen.
 2. No existe un organismo encargado de verificar a cabalidad que las mercancías tengan la calidad requerida.
- II. Los riesgos cuando el exportador usa la carta de crédito documentario
 1. El importador puede rechazar las mercancías.

8.1.4 Clases

Las siguientes clases de crédito documentario son una síntesis de la Cámara de Comercio de Bogotá (2009); se trata de una descripción muy completa y sencilla que ayuda a entender, de manera más clara, el funcionamiento del crédito documentario.

1. **Confirmado:** El banco emisor le hace una solicitud al banco corresponsal para que este decida si confirma la carta de crédito; lo que en adelante lo hace responsable de pagar, aceptar o negociar los documentos, cuando se cumpla con los requisitos estipulados previamente por el ordenante.
2. **No confirmado:** El banco corresponsal no se compromete a pagar, aceptar o negociar la carta de crédito; su única obligación es avisarle al beneficiario que el crédito existe y es legítimo.
3. **Revocable:** Es un tipo de crédito documentario en el que cualquiera de las partes puede cancelar el crédito de forma unilateral; este tipo de crédito es considerado de alto riesgo.
4. **Irrevocable:** Es el tipo de crédito documentario en el cual la modificación o cancelación se hace por mutuo acuerdo de todas las partes (plurilateral); es el crédito que da mayor seguridad al beneficiario.
5. **Rotativo:** Le permite al beneficiario disponer de dinero del crédito para otros beneficiarios por una única vez; el beneficiario puede cobrar en diferentes ocasiones hasta completar el valor total contenido en la carta.

6. Transferible: Es una condición estipulada en la carta de crédito, mediante la cual el beneficiario obtiene la facultad de pagarle a un tercero parcial o totalmente el dinero obtenido por el crédito.
7. Intransferible: Este tipo de crédito no puede ser transferido a ningún beneficiario.
8. A la vista: Estipulación hecha en favor del beneficiario para que le sea pagado el valor pactado en la carta de crédito, por cumplir con los requisitos y documentos.
9. Aceptación: Es una concesión que le hace el vendedor al comprador de las mercancías para que pague.
10. Carta de crédito con cláusula roja: Esta carta de crédito le permite al beneficiario recibir una determinada suma de dinero como pago adelantado del crédito, sin necesidad de haber embarcado la mercancía. Esta clase de cartas están prohibidas en Colombia.
11. Carta de crédito con cláusula verde: Esta carta de crédito le permite al beneficiario recibir una determinada suma de dinero del crédito como pago anticipado, previa certificación de que la mercancía se encuentra en bodega o lista para embarcar, rumbo al país de destino. Este tipo de crédito se encuentra prohibido en Colombia.

Los anteriores créditos se consideran reembolsables al ordenante, siempre y cuando el beneficiario no cumpla con las condiciones de la carta de crédito; este mecanismo jurídico es relativamente económico para el ordenante, ya que se cobra sobre porcentajes del valor de la mercancía, y no en valores fijos, lo que hace muy flexible el recurso de los créditos para comerciantes con poco capital.

8.2 La carta de crédito documentario *stand-by*

8.2.1 Definición

Antes de definir el crédito *stand-by*, el lector debe saber que este mecanismo se origina en el derecho anglosajón. Quizá por este hecho no se ha podido determinar su nombre en español; la traducción literal del término es la de *créditos suspendidos*, razón por la cual algunos autores usan la expresión *crédito contingente*.

La carta de crédito *stand-by*, conocida entonces como crédito contingente, es una garantía que le ofrece un deudor a su acreedor para darle confianza en el

cumplimiento de una obligación; en caso de incumplimiento, este es indemnizado por el perjuicio causado. Según Serantes, “(...) el crédito *stand-by* actúa como una garantía de reembolso o como un medio de respaldo de pago secundario, constituyendo, sin embargo, una obligación primaria para el banco emisor”⁵.

Los créditos *stand-by* surgen a partir de la necesidad de los comerciantes ordenantes de solicitar créditos documentarios para obtener una garantía, en caso de que el beneficiario (de estos créditos documentarios) incumpla con las obligaciones estipuladas en el contrato de compraventa; por ello, este tipo de créditos no es considerado un medio de pago, sino una garantía bancaria. Así lo confirma Serantes: “La carta de crédito *stand-by* no solo es un crédito documentario, ni siquiera se puede considerar un medio de pago, en sentido estricto”⁶.

Fue un mecanismo creado por los bancos de Estados Unidos en la década del 60 para garantizar el cumplimiento de los contratos a terceros, permitiendo tener créditos en suspenso “*stand-by*” hasta que se cumplieran las condiciones para generar el instrumento financiero.

La principal diferencia de los créditos *stand-by* con respecto a los créditos documentarios consiste en que los primeros le ofrecen seguridad al beneficiario en caso de incumplimiento, mientras que los créditos documentarios se efectúan con base en el cumplimiento del beneficiario. Otra diferencia radica en que este tipo de garantía cuenta con un respaldo financiero muy amplio que ayuda a disminuir el riesgo, debido a que la solvencia en el pago del crédito la asume el banco después de confirmar. Ahora bien, en el ámbito internacional esta garantía no es la única existente, ya que para respaldar los contratos internacionales existen otras como el crédito comercial y el aval bancario; pero, tal como se comentó, es la que le da mayor seguridad al beneficiario. En este sentido, Ustáriz expresa:

Efectivamente, en el negocio internacional, el riesgo de no pago ha venido siendo mitigado por instrumentos como la carta de crédito comercial o el aval bancario. No obstante, el riesgo de incumplimiento en obligaciones contractuales expresadas en moneda legal contaba como garantes a fiadores, codeudores y compañías de seguros; lo cual, en el marco de los negocios,

⁵ SERANTES, Pedro. El crédito documentario. Como medio de pago como instrumento de financiación. Madrid: ICEX, 2013, p. 237.

⁶ *Ibíd.*, p. 51.

marcaba una clara desventaja y, en el plano legal, se vislumbraban largos y complejos procesos para obtener este tipo de garantías⁷.

El crédito *stand-by* ha sido de gran importancia en el mercado internacional porque su trámite puede hacerse por medios electrónicos y, a diferencia de los créditos documentarios, en los cuales solo es aplicable a los contratos de compra de mercancías internacionales, este mecanismo es válido en contratos financieros o no financieros, y también puede ser un recurso en contratos de compraventa, licitación pública, arrendamiento, prestación de servicios, etc.

8.2.2 Partes

Para Belalcázar (2005), en este tipo de créditos intervienen muchas partes, pero las más importantes son tres:

1. Ordenante: Persona natural o jurídica que busca que el banco emisor la respalde en determinadas obligaciones.
2. Banco emisor: Es la entidad financiera que asume la responsabilidad del ordenante frente al beneficiario, por el incumplimiento de las obligaciones.
3. Beneficiario: Persona natural o jurídica que obtiene un pago por parte del banco, en respaldo por el incumplimiento de las obligaciones del ordenante.

Otras partes que pueden surgir, en virtud de este negocio jurídico, son las siguientes:

1. Banco confirmante: Es un banco designado por el banco emisor, que se compromete a respaldar el pago por el incumplimiento de las obligaciones del ordenante. Se recurre a esta figura cuando el ordenante y el beneficiario se encuentran en diferentes países.
2. Banco avisador o notificador: Este banco, al contrario del anterior, no se hace responsable por el pago del incumplimiento, solo le notifica al beneficiario que los documentos son legítimos para exigir la garantía.
3. Banco presentador: Es un banco que representa al beneficiario y actúa por cuenta de este para la presentación de los documentos necesarios para exigir la garantía.

⁷ USTÁRIZ, Luis. La carta de crédito *stand-by* y su desarrollo internacional. En: Derecho Privado, 2004, XVII, pp. 3-37, p. 5.

8.2.3 Características

Las características de este tipo de crédito están contenidas en las normas *International Standby Practices* (ISP98) de la Cámara de Comercio Internacional; estas describen los créditos *stand-by* como una promesa irrevocable, independiente, documentaria y vinculante desde su emisión. A continuación, se detalla cada una de estas características:

- a. Irrevocable: ninguna de las partes vinculadas puede cancelar o modificar el crédito, a menos que el perjudicado acepte; esto constituye una diferencia frente a los créditos documentarios porque estos últimos no permiten la modificación sin el consentimiento de todas las partes.
- b. Independiente: lo que significa que el derecho que tiene el beneficiario al pago del crédito *stand-by* es autónomo con respecto a otras obligaciones; es decir, no es accesorio a un tipo de contrato específico, sino que goza de una especie de autonomía igual que los títulos de valores.
- c. Documentaria: esto lleva a que el banco emisor solo tenga la obligación de presentar los documentos físicos o electrónicos después de un examen superficial de la documentación exigida; para Belalcázar (2005), la forma de presentación electrónica de estos documentos se realiza a través del sistema *Swift* porque permite identificar al emisor de los datos mediante claves.
- d. Vinculante desde la emisión: una vez emitido, es exigible por parte del beneficiario, sin importar las razones por las que se ordenó.

En cuanto a esta última característica, el beneficiario debe cumplir con los documentos que se requieren.

8.2.4 Evolución histórica internacional

La recopilación de los usos y costumbres de los créditos documentarios inicia hacia 1920, como un texto de reglas supletorias aplicables a estos créditos y vigente hasta 1926, año del Congreso de la Cámara de Comercio Internacional número XX, donde se desarrolla el reglamento uniforme relativo a los créditos documentarios, posteriormente actualizado en los congresos de 1933 y 1951.

En 1994, la Cámara de Comercio Internacional expide un documento denominado RUU 500, elaborado por la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la CCI. Al respecto, cabe aclarar que anteriormente existían

otras versiones de las RUU, que fueron actualizadas debido a lo incompletas que resultaban; pero las RUU 500 recopilan toda la regulación jurídica de los créditos documentarios.

En 1995, gracias a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, se publica la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes, que trata los principios aplicables a los Estados que se adhieran a los convenios internacionales en materia de cartas de crédito documentario.

Cuatro años más tarde, en 1999, se expide una reglamentación propia relativa a los créditos *stand-by*, denominada ISP 98, puesto que las RUU 500 no regulaban completamente esta clase de créditos.

Actualmente, en el derecho internacional rigen las RUU 600 de la CCI, publicadas en el 2007, cuyos cambios eran necesarios debido a las continuas transformaciones del derecho comercial internacional.

8.2.5 Evolución histórica del crédito contingente en el derecho Colombiano

Este trabajo investigativo coincide con Ustáriz en que en Colombia la correcta incorporación de esta normativa internacional se ha llevado a cabo por medio del artículo 3 del Código de Comercio; de esta manera, la costumbre *secundum legem y praeter legem* forma parte de la Ley nacional, cuando no existen otras normas que regulen la materia. En este sentido se debe leer el artículo 9 del Código de Comercio, según el cual, una certificación de la entidad internacional correspondiente es prueba de la costumbre global; lo que, sin duda, hace de las convenciones y normas de la CCI recopiladas desde 1920 una normativa aplicable a la ley colombiana.

Con respecto a lo anterior, la evolución histórica en Colombia comienza con el Decreto 2556 de 1976, que contenía los mismos artículos 1408, 1409 y 1413 del actual Código de Comercio; esta norma fue derogada por un fallo del Consejo de Estado, ya que en estos artículos no era clara la responsabilidad de los bancos. Otra crítica a este decreto fue la del laudo arbitral de Cadenalco a Corfinsura, dado que el decreto permitía aplicar el crédito documentario a todo tipo de contratos. El Gobierno optó por regirse por la Resolución 51 de 1972 de la Junta Monetaria, en la cual se prohibía expedir cartas de crédito en el país en donde hubiera compromiso de pagar sumas

derivadas de contratos de mutuo, pues estas operaciones se subsanaban con avales y garantías de obligaciones en moneda legal.

Con la Resolución 24 de 1990 de la Junta Monetaria, los bancos y los establecimientos financieros obtuvieron la posibilidad de otorgar garantías y avales de entidades del sector público y de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, así como de gremios y obligaciones derivadas de la emisión y colocación de bonos de las demás obligaciones pactadas en moneda legal; ese mismo año se expidió la Resolución 31 de la Junta Monetaria, donde se facultó a que las corporaciones y bancos pudieran respaldar las obligaciones pactadas en moneda exterior. Un año más tarde, con la Resolución 03 del Banco de la República, se dio la facultad a los bancos de otorgar avales y garantías en moneda legal por obligaciones derivadas de negociaciones internacionales en la comisión nacional de valores.

Otro antecedente en Colombia fue el Decreto 0926 de 1997, mediante el cual el Gobierno se propuso lograr una regulación única en materia de cartas de crédito *stand-by*. Sin embargo, debido a que esta reglamentación no fue suficiente, el Gobierno expidió el Decreto 1516 de 1998, que recopiló todas las resoluciones de la Junta Monetaria y de la Junta Directiva del Banco de la República; la única novedad radicaba en que estos tipos de crédito no podían otorgarse si estaban respaldados con títulos valores.

La última normativa existente en el país es la Resolución 08 del 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, donde se establecieron tres principios que regulan los avales y garantías en moneda extranjera: 1) estos créditos solo podían negociarse a través del mercado de valores; 2) si se daban estas garantías en moneda extranjera a comerciantes dentro del país, estas divisas solo podían cobrarse por medio del mercado bursátil; 3) los bancos o entidades financieras que prestaran este tipo de servicios debían cumplir con un capital mínimo que le ofreciera seriedad a la garantía.

8.3 Contrato de prestación de servicios

8.3.1 Definición

Al distinguir este contrato de los demás, es necesario aclarar que su naturaleza corresponde al derecho civil y comercial; razón por la cual es aplicable la teoría general de los contratos y el artículo 1602 del Código Civil colombiano (Ley 57 de 1887), que consagra lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por

su consentimiento mutuo o por causas legales”, lo que significa que cualquier obligación convenida por las partes será de obligatorio cumplimiento.

Para reconstruir el concepto de contrato de prestación de servicios también es importante leer el artículo 1495 del Código Civil: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”. A su vez, el artículo 1502 del Código Civil consagra los requisitos para que este contrato surja jurídicamente:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario lo siguiente: 1) ser legalmente capaz; 2) consentir en dicho acto o declaración y su consentimiento no debe adolecer de vicio; 3) el contrato debe recaer sobre un objeto lícito; 4) tener causa lícita.

El Consejo de Estado (2005), mediante radicado n. ° 11001-03-06-000-2005-01693-00(1693), describió este tipo de contratos de esta manera:

El contrato de prestación de servicios tiene por finalidad realizar actividades relacionadas con la administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones; el carácter de este contrato es temporal. El contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales; en este último caso, las actividades contratadas no pueden cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exijan conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad.

De Buen⁸ refiere un caso específico, el contrato de prestación de servicios profesionales como “un convenio en virtud del cual un profesor se obliga a prestar a una persona física o moral un servicio profesional, a cambio de una retribución”.

En este trabajo investigativo se propone la siguiente definición: El contrato de prestación de servicios es un pacto celebrado entre dos o más personas, naturales o jurídicas, conocidas como contratante y contratista, cada una con mutuas obligaciones; el contratante se obliga con el contratista a pagar una remuneración llamada honorarios, ya sea mensual, quincenal, etc., y el contratista con el contratante a prestar un servicio que requiere conocimientos especiales sobre ciertas áreas.

⁸ DE BUEN, Claudia. El contrato de prestación de servicios profesionales, vía fraude laboral. En: *Latinoamericana de Derecho*, 2006, n.º 5, pp. 67-84.

8.3.2 Partes

1. Contratante: Persona natural o jurídica que se obliga con el contratista a cumplir ciertas obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios; generalmente se compromete a pagarle una remuneración al contratista por los servicios prestados.
2. Contratista: Persona natural o jurídica que se obliga con el contratante a cumplir ciertas obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios; generalmente se compromete a ofrecer un servicio cuya prestación requiere conocimientos especiales o profesionales.

Este tipo de contratos puede incluir una pluralidad de sujetos, como lo consagra el artículo 1495 del Código de Comercio.

8.3.3 Características

1. Las obligaciones del contratista consisten en ejecutar labores en razón de su capacidad, formación y experiencia profesional.
2. Existe autonomía y dependencia del contratista, lo que lo diferencia de los contratos laborales en los cuales esta es un elemento esencial.
3. El contrato se celebra teniendo en cuenta el carácter temporal; su duración debe determinarse en el contrato.
4. La remuneración recibida por el contratista se denomina *honorarios*.
5. Este tipo de contratos no genera ninguna obligación laboral, lo que significa que no habrá pagos por concepto de prestaciones sociales.

8.3.4 Aplicación de la carta de crédito stand-by al contrato de prestación de servicios

Hasta aquí se ha descrito de manera clara y sencilla cada uno de los elementos de este trabajo para proponerle ahora al lector cómo podría aplicarse la garantía bancaria del crédito *stand-by* a los contratos de prestación de servicios celebrados en Colombia.

Cabe recordar que este tipo de créditos se realiza para respaldar y dar seguridad a los contratantes perjudicados por el incumplimiento de la otra parte; por ejemplo, cuando en un contrato de compraventa de mercancías internacionales existe inseguridad por parte del comprador sobre la calidad de las mercancías o el posible retraso en su entrega, caso en el cual este le solicita al

vendedor un crédito contingente que será cobrado en caso de resultar perjudicado.

Con respecto a este tipo de contratos en los cuales alguna de las partes se encuentra en el exterior o la prestación del servicio tiene que realizarse en un país extranjero, el artículo 7 de la Resolución 08 del 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República establece que las operaciones de cambio deben hacerse, obligatoriamente, a través del mercado cambiario; entre ellas se encuentran los avales y garantías en moneda extranjera.

Aquí se presenta un inconveniente, puesto que los contratistas perjudicados solo podrían cobrar estas garantías en el país a través del mercado de valores; lo que haría que sus pagos, los pactados en la carta, estuvieran supeditados a mercados como el de la venta del dólar o el euro, o de productos como el café o el petróleo.

En cambio, en el comercio internacional, si un contratista prestara sus servicios en el exterior, estaría totalmente cubierto por esta garantía, ya que para reclamar el pago por un incumplimiento solo bastaría presentar la reclamación ante el banco emisor a fin de que se le pague en la divisa pactada.

Si en el derecho internacional se aplicara con más frecuencia este mecanismo al contrato de prestación de servicios, habría una mejor garantía que la de un seguro o, incluso, algún tipo de título valor, dado que el cobro de estos requiere una intervención judicial y su recaudo toma más tiempo del esperado, e implica costos para el demandante.

Otro punto a favor de este mecanismo es que está regulado por las ISP 98, RUU 600 y e-RUU 600, normas de derecho internacional que ya tienen muy resuelto el tema del cobro de los créditos contingentes y, en caso de presentarse litigios por inconvenientes entre las partes, sin importar el país, el fallo sería similar. Sin embargo, con la llegada de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), la Superintendencia de Industria y Comercio podría llevar en primera instancia ese tipo de procesos por medio de comisiones especiales que contribuirían a una pronta solución de los conflictos.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo se buscó que el lector conociera los orígenes y características esenciales de cada uno de los ejes temáticos; inicialmente con

el crédito documentario, por cuanto forma parte de los comienzos de los créditos contingentes o *stand-by* y presenta similitudes con la aplicación y regulación internacional. Se demostró, a través de la mención de autores y normas de derecho internacional, que la diferencia fundamental entre el crédito *stand-by* y el documentario consiste en que los primeros constituyen una garantía, mientras que estos últimos representan un medio de pago o financiación; se trató también el tema de la evolución histórica de la normativa nacional e internacional.

Los créditos *stand-by* surgieron en la década de los 60 por una necesidad de los bancos norteamericanos, debido a que no tenían cómo dar mayor seguridad a sus inversionistas de recuperar sus dineros en caso de incumplimiento. Esta figura jurídica es relativamente nueva y ha tenido un gran impacto en los comerciantes internacionales, puesto que en la actualidad no existen métodos más seguros en el comercio internacional.

Se llevó a cabo una explicación sobre el contrato de prestación de servicios, de acuerdo con sus características, sin dejar de lado una descripción de lo que podría ser este tipo de contrato, pues en Colombia no existe una norma que lo defina de manera explícita.

Se hizo referencia a la forma como podría aplicarse el contrato de prestación de servicios cuando sea necesario pactar o cobrar la garantía otorgada por un crédito *stand-by*. En este orden de ideas, se delimitó el campo de aplicación solo hasta el pago de esta obligación a través del mercado cambiario; esto último, desde el punto de vista del escritor, es un inconveniente, a pesar de que en Colombia esa controversia podría ser resuelta, en primera instancia, por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La mejor opción para la aplicación de estas garantías se presenta cuando el servicio es prestado y pagado en un país extranjero, porque, al generarse el incumplimiento, solo bastaría con la presentación de la solicitud y algunas pruebas sumarias para que se pague por esa falta.

Referencias bibliográficas

CADENA, Walter y CUBILLOS, Germán. El régimen internacional de las cartas *stand-by* y el papel del Estado. En: Revista Diálogo de saberes. Enero-junio, 2009, n.º 30, pp. 39-60.

_____. El crédito documentario. Régimen internacional y su aplicación en Colombia. Bogotá: Universidad Libre, 2011.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Nuevo reglamento internacional de las cartas de crédito, reglas y usos de la Cámara de Comercio Internacional. Bogotá, 1985.

_____. Guía práctica. Medios de Pago Internacionales. Bogotá: Panamericana, 2009.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios Folleto n.º 600. París: CCI, 2006.

_____. Comentario sobre las UCP 600. Análisis artículo por artículo realizado por el grupo redactor de las UCP 600. Barcelona, 2008.

CANCINO, Fernando. Elementos técnicos y jurídicos del crédito documentario, 1974.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 57 de 1887. Bogotá: Legis, 2012.

_____. Decreto 410 de 1971. Bogotá: Legis, 1971.

DE BUEN, Claudia. El contrato de prestación de servicios profesionales, vía fraude laboral. En: Latinoamericana de Derecho, 2006, n.º 5, pp. 67-84.

SÁNCHEZ BELALCAZAR, Alfredo. Cartas de crédito *stand-by* y garantías de casa matriz. En: Socio-Jurídicos. Enero-junio, 2005, vol.7, pp. 235-248.

SERANTES, Pedro. El crédito documentario. Como medio de pago como instrumento de financiación. Madrid: ICEX, 2013.

USTRÁIZ, Luis. La carta de crédito *stand-by* y su desarrollo internacional. En: Derecho Privado, 2004, XVII, pp. 3-37.

Desconocido. (s/f). ¿Cuál es la diferencia entre un contrato de trabajo y un contrato de prestación de servicios? Extraído el 18 de diciembre de 2016, de <http://www.lared.com.co/kitdeherramientas/casoslaborales/diferenciasentrecontratos.asp?clave=>

Capítulo IX

Derechos morales de autor: ¿son de carácter fundamental?

*Andrés Agudelo**

* Abogado egresado de la Universidad Libre y estudiante de posgrado en Derecho Comercial. Correo electrónico: handres32@yahoo.es

Introducción

La contribución a la doctrina del derecho va desde la postulación de ideas hasta la crítica y análisis de las distintas innovaciones y consideraciones, conforme a la evolución de los derechos de autor, y a la concepción, caracterización y composición de estos últimos; entendiendo que, con la expansión global, las obras literarias, artísticas e intelectuales están al alcance de la humanidad, a su disposición, y es factible el uso indebido de estas creaciones cuando la legislación local no es fuerte o suele ser permisiva con esta situación.

En la actualidad, la industria considera el tema de los derechos de autor como producto material de protección a nivel nacional, que, por la difusión masiva, la alta tecnología y la internacionalización de la cultura, la información y el entretenimiento, forma parte de la manifestación del proceso de la globalización económica.

La importancia del estudio analítico de los derechos morales de autor, para determinar si son fundamentales o no, es un llamado de atención de los autores para el mundo legislativo. El desarrollo de la protección de los autores sirve como estímulo para la creación y el progreso cultural de cada comunidad; es un monopolio exclusivo para la explotación de la obra, compensatorio en relación con el trabajo creado y producido. Por ello, la retribución económica que reciben por su trabajo sirve como incentivo para el esfuerzo creativo y fomenta el progreso intelectual y artístico.

Ahora bien, no solo basta con legislar como único mecanismo de defensa de los derechos morales de autor, no se trata del proteccionismo acérrimo estatal para salvaguardar esa conexión del creador con su obra, sino que hace falta algo más; es imperativo considerar ir más allá, propender a una concepción de respeto y altruismo que debe brindarse a la conjugación de palabras, formas, colores y notas musicales que conjugadas de manera armónica conciben la luz, el arte, la literatura y el compendio musical para el mundo, digno de ser conservado por su belleza, y recordado y respetado por el esfuerzo intelectual que ello implica. En principio, la creación inte-

lectual descarta el carácter personal con respecto al derecho moral, ya que es un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable, además de inembargable e imprescriptible¹.

La determinación de la importancia de los derechos morales de autor es el centro de la presente investigación. La justificación del trabajo se basa en el interés de realizar un aporte significativo en materia comercial; por consiguiente, este estudio profundiza por medio del análisis crítico, teniendo en cuenta la comunidad lectora de derecho interesada en este tema.

De acuerdo con lo anterior, el objetivo es el de establecer la importancia de los derechos morales del autor frente a la normativa jurídica, la jurisprudencia y la doctrina especializada. La pregunta de investigación es la siguiente: ¿tienen carácter de derechos fundamentales los derechos morales de autor? Este interrogante se formula con base en la hipótesis de que los derechos morales de autor son parte de la personalidad del autor mismo; tomando en consideración que no son innatos, pues la creación intelectual debe concretarse en obras artísticas como novelas, poemas, diseños arquitectónicos, esculturas, fotografías, pinturas, dibujos, obras de teatro, películas, obras musicales, etc., que también comprenden los derechos conexos, entre los cuales se encuentran las transmisiones de organismos de radiodifusión, las interpretaciones y ejecuciones, los fonogramas, los videogramas y la edición de libros.

Es así como los derechos de autor van dirigidos a proteger la forma de expresión de las ideas, la creatividad para seleccionar y cincelar las palabras, las notas musicales, los colores y las formas, que se tutelan justamente a través de la restricción del uso no autorizado de la expresión de las ideas; de esta manera se consolida la protección de los derechos de autor como derechos morales o extrapatrimoniales.

El método utilizado en este trabajo es dogmático-descriptivo, puesto que se busca analizar el tema de los derechos morales de autor, explicar su evolución a partir de los antecedentes generales y nacionales, caracterizar su denominación y confrontar con el contexto de los derechos de carácter fundamental, punto central del trabajo.

Se inicia con la delimitación de la noción de derecho de autor para continuar con los diferentes antecedentes en Colombia y la identificación

¹ RENGIFO, E. Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2003.

de la naturaleza jurídica y los sujetos de derecho. Luego se trata el tema del derecho moral del autor, por su doble contenido, concepción teórica y características, así como la diversidad de facultades y la determinación de la titularidad de los derechos morales. Finalmente, se identifica la importancia de los derechos morales del autor, confrontándolos con el sistema normativo colombiano.

9.1 De los derechos de autor

9.1.1 Definición

En principio, según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la noción de *autor* es aquella de persona creadora de determinada obra. En este orden de ideas, el autor, como sujeto de protección, “es la persona física que mediante su raciocinio es capaz de crear una obra intelectual que refleja su personalidad, combinando elementos preexistentes de la naturaleza, de la cultura o de su imaginación, creando nuevas formas y expresiones².

Los derechos de autor representan una de las disciplinas que renuevan el derecho, en cuanto al estudio y regulación sobre la creación intelectual y el autor, y sobre la relación con el medio social. El autor de la obra intelectual adquiere facultades patrimoniales y morales que le permiten explotar su obra y construir un reflejo de su personalidad. Con respecto a la relación con la sociedad, se precisa que esta puede disfrutar de la obra intelectual de un determinado autor, respetando los límites de explotación de la obra y sus beneficios para el ejercicio y alcance de los derechos de protección³.

Una idea lleva a la creación, la estimulación intelectual para que el autor defina nuevas formas de arte; los derechos de autor protegen precisamente estas expresiones. En este sentido, el derecho de autor protege la forma en la cual el trabajo es expresado, mas no las ideas o la información contenida en la creación⁴.

² ANTEQUERA, R. Estudios de derecho de autor y derechos afines. Madrid: Reus, 2007.

³ ROSELLÓ, R. Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores. Madrid: Reus, 2011.

⁴ *Ibíd.*

Rodríguez Moreno, en su obra *La era digital*, resalta la excepción establecida en la Ley 23 de 1982, que indica que, en los casos de obras creadas por empleados o funcionarios del Estado en ejercicio de sus obligaciones, estas son de propiedad de la entidad pública correspondiente; y su autor, en este caso, verá restringidos sus derechos morales porque su invento fue producto de las instrucciones impartidas por su empleador o por la entidad, en razón de las actividades que desarrolla la empresa, necesarias para que administrativamente pueda cumplir con sus obligaciones frente al Estado y la comunidad.

El concepto de derechos de autor comprende dos dimensiones esenciales que desarrolla la Corte Constitucional en la Sentencia C-276 de 1996, de la siguiente forma:

La primera, la que se traduce en el derecho personal o moral, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; son extrapatrimoniales, inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y, con respecto a ellos, el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre esta, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido (Sentencia C-276 de 1996. C. C.).

Se trata de los derechos morales del autor, que son inalienables, irrenunciables y de duración interminable, por su misma naturaleza frente a la obra intelectual creada, que no depende de la Administración. Se catalogan como derechos extrapatrimoniales que tienen como finalidad la tutela de aquellos intereses del autor que se respaldan en las acciones estatales de tipo garantista sobre el autor mismo y la obra, el reconocimiento de ambos y la integralidad del contenido de la creación.

La segunda dimensión es la de los denominados derechos patrimoniales, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y, por lo tanto, objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de esta, con miras a su explotación económica (Sentencia C-276 de 1996. C. C.).

Así las cosas, los derechos patrimoniales se diferencian esencialmente en relación con los derechos extrapatrimoniales, por cuanto, conforme a lo expresado por la Corte Constitucional, tratan de la capacidad de disposición que tiene el creador de la obra en cuanto a las acciones de transferencia, en los límites del ejercicio del derecho de autor para la explotación de tipo económico que la Ley protege de acuerdo con los mecanismos que el Estado le otorga.

Los derechos extrapatrimoniales, es decir, las facultades morales, no hacen referencia a la manera directa de la explotación económica del ahora, sino a la creación de la obra intelectual, con cierto sentido espiritual, reflejo de la personalidad del autor⁵. Así parecen confirmarlo las siguientes palabras de Serrano: Conjunto de privilegios y prerrogativas morales y pecuniarias que poseen los creadores de una obra por el hecho mismo de haberla creado, a partir de un acto soberano del Estado que los concede⁶.

9.1.2 Antecedentes generales

La historia se remonta a la antigua Roma, donde se instituyó la protección de aquellas obras producto del trabajo del ser humano y, aunque no había una regulación clara al respecto, se pretendía proteger de manera indirecta aquellas creaciones intelectuales como la obra literaria que fuera muestra de los partidos; o pergaminos conforme a la firma que identificaba al propietario, entendiendo tal firma como la escritura de determinados caracteres. Además, gozaban de la *actio injuriarum* o acción de injuria que el pretor interponía en los casos en los que una obra era presentada en público, a nombre de una persona que no la creó; de la misma forma se protegieron aquellas obras como pinturas y estatuas⁷.

Carnelutti ha señalado que la creación es un modo de adquirir un espacio intermedio entre la ocupación, en que el objeto preexiste *in rerum natura*, y la *specificatio*, en que, con otra cosa preexistente fuera del hombre, al crear por sí mismo la *res nova*, puede llamarse, en verdad, *autor*⁸.

⁵ Ibíd.

⁶ SERRANO, F. Marco jurídico del derecho de autor en México. México: Porrúa, 2008, p. 630.

⁷ ROSELLÓ, R. Op. cit.

⁸ Ibíd., p. 54.

En la Edad Media, la propiedad intelectual tomó un nuevo impulso y se reconoció la autonomía y libertad del autor, que, durante el Renacimiento, produjo una nueva concepción de la obra artística, precisando su autonomía en relación con la personalidad, independientemente de la tradición y la objetividad. En esta época se observa el reconocimiento del sentido de la originalidad y espontaneidad del espíritu de la obra que el autor había creado en ella, y se apoyan las prácticas de imitación de los grandes maestros.

La contundente prerrogativa constitucional protegía radicalmente el ingenio, la enseñanza y la industria que promoviera las buenas prácticas que contribuyeran al crecimiento de la sociedad en general; mientras que toda actividad contraria a ello se consideraba como una prohibición.

9.1.3 Los derechos de autor en la constitución política de Colombia de 1991

La consagración en el texto constitucional es esencial para el análisis de la temática del derecho de autor, ya que su identificación se presta para profundizar en su carácter fundamental con respecto a los derechos morales. De esta forma, la Constitución expresa lo siguiente:

Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley.

Las prerrogativas que resalta el artículo constitucional se extienden indistintamente a los derechos de autor, propiedad industrial, propiedad comercial y propiedad científica, a los que, por medio de la Ley, los entes reguladores ofrecerán los mecanismos de vida jurídica. Las entidades que se encargan de esta materia son el Ministerio del Interior, a través de la Dirección Nacional de Derecho de Autor; la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo relacionado con la propiedad industrial y comercial; y el Ministerio de Salud y el Invima, que tiene dentro de sus funciones la regulación, vigilancia y sanción de lo correspondiente a la propiedad científica en particular.

9.1.4 Carácter fundamental de los derechos morales y derechos de autor

El derecho de autor se entiende como el conjunto de derechos de carácter moral y pecuniario de que es titular un escritor o artista sobre su obra. En

este sentido, la legislación se concentra en la protección del producto entero, mas no de su surgimiento ni desarrollo, teniendo en cuenta que los sujetos del derecho de autor son, artistas, editores, productores y radiodifusores, etc. De igual manera, se asume que los derechos de autor son un conjunto de normas jurídicas y principios que aclaran los derechos morales y patrimoniales que la Ley concede a los autores⁹.

La regulación legal de los derechos de autor, además de la norma constitucional, se concreta en tres leyes fundamentales para su desarrollo en Colombia:

- Ley 23 de 1982, artículos 1 y 2. El primero de ellos trata sobre los derechos de autor con respecto a las obras literarias, artísticas y científicas, conforme al derecho común; el artículo 2 hace referencia a que la creación de la obra se comprende desde su espíritu, que puede ser literario, artístico o científico, sin importar la manera de expresión ni destinación misma.
- Ley 44 de 1993. El artículo 6 describe la enajenación del derecho de autor y derechos conexos, que además debe constar en el Registro Nacional de Derecho de Autor para que pueda ser publicitado y oponible ante terceros; el artículo 51 determina la sanción jurídica, consistente en prisión y multa, que dependerá del tipo de conducta cometida en contra de la Ley, así como el incremento de la sanción bajo ciertas condiciones de uso del nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular del derecho reconocido (Congreso de la República, 1993).
- Ley 599 de 2000, artículo 270, sobre la violación a los derechos de autor; artículo 271, acerca de la violación de los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos; y artículo 272, relativo a la violación de los mecanismos de protección del derecho de autor y derechos conexos, entre otras defraudaciones (Congreso de la República, 2000).

El Decreto 1474 de 2002 identifica la relación que tiene con el Convenio de Berna y el ámbito de protección del derecho autor, entre otros asuntos (Presidencia de la República, 2002). De esta disposición legal se resalta que la protección del derecho de autor abarca la expresión misma de la idea:

⁹ GALLEGO, H. Derechos de autor. En: *Scientia et Technica*, 2014, 9, (2).

Artículo 2°. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

Teniendo en cuenta el marco legal que regula los derechos de autor, el conglomerado normativo se resume de la siguiente forma:

9.1.5 Marco legal nacional e internacional sobre derechos de autor

Tratados internacionales	Legislación colombiana
Tratado de Libre Comercio suscrito entre Venezuela, México y Colombia, Grupo de los Tres, G-3	Regulado por Ley 172 de 1994
Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, sobre Interpretación o Ejecución y Fonograma, de 1996, conocido como Tratado WPPT	Ley 545 de 1999
Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, sobre derecho de autor, de 1996, conocido como Tratado WCT	Regulado por la Ley 565 de 2000
	Artículo 671 del Código Civil, según el cual, las producciones de talento o del ingenio son de sus autores y se regirán por leyes especiales y algunas normas de importancia como la Ley 98 de 1993, por medio de la cual se dictan normas sobre democratización y fomento del libro colombiano.

Fuente: Anexo de Disposiciones legales sobre derecho de autor de Alfredo Vega Jaramillo (Manual de derecho de autor, 2010)

Los derechos morales se caracterizan por manifestarse en la personalidad del autor, que se faculta con la creación intelectual, la que se reconoce por ser inalienable, irrenunciable e imprescindible, según lo dicho por la Ley (Ley 23 de 1982).

Los derechos morales están constituidos por los derechos de paternidad, divulgación, integralidad y retracto¹⁰. El derecho de paternidad se relaciona

¹⁰ GARCÍA, A. El derecho de autor en la obra audiovisual. México: Porrúa, 2012, pp. 57-58.

con el acto de creación de la obra por parte de su autor, y es la facultad que este tiene de ser reconocido como su creador, precisando la autoría, anonimato o seudónimo; el derecho de divulgación consiste en la facultad que tiene el autor para decidir sobre su propia obra con respecto a la forma y el momento de divulgarla en público, aunque puede ocurrir que decida mantenerla en reserva; el derecho de integralidad se centra en la reputación del autor, expresada en la obra de manera original, sin modificaciones, y guarda relación con el mérito que a este se le reconoce; y el derecho de retracto implica la facultad que el autor tiene de modificar su obra parcial o totalmente, en cualquier momento, así como de sacarla de circulación si así lo prefiere.

Por otra parte, la Corte Constitucional se refiere a la manera como los derechos morales protegen como bien jurídico:

El derecho de autor, en los países de vieja tradición jurídica latina, como en el caso colombiano, es un concepto complejo y bien elaborado, en el que convergen las dos dimensiones que actualmente se le reconocen como esenciales: la primera, la que se traduce en el derecho personal o moral, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; son extrapatrimoniales, inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y, con respecto a ellos, el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre esta, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido (Sentencia C-276 de 1996. Corte Constitucional).

En otro pronunciamiento, la Corte señala que a este derecho moral o personal se le ha dado el carácter de fundamental, con base en los siguientes argumentos:

El derecho moral es inalienable, irrenunciable, extrapatrimonial y perpetuo. Se refiere a la posibilidad de que el autor de determinada creación reivindique, en cualquier momento, la paternidad de su obra, exigiendo que se indique su nombre o seudónimo cuando esta se haga pública por cualquier medio. Comprende igualmente el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de su

obra que desconozca su reputación, así como la posibilidad de mantenerla inédita o anónima, o modificarla antes o después de hacerla pública. En esta dimensión se reconoce también el derecho del autor de suspender la circulación de su obra, así la haya autorizado previamente, reconociendo los respectivos perjuicios a terceros (Sentencia C-148 de 2015 C.C.).

Han sido varios los pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental de los derechos morales de autor; en 1996 sostiene que, por tradición, los derechos morales de autor surgen con la propia obra, sin necesidad del reconocimiento administrativo, que se afirma por la creación misma de la obra literaria o artística. Es así como se caracteriza por ser inalienable, irrenunciable y de duración ilimitada, teniendo en cuenta la forma de divulgación de la creación intelectual en una obra literaria o artística, la reivindicación de la paternidad intelectual reconocida, la exigencia de respeto de la obra en su integridad y la retracción del contenido de la obra, ya que el interés intelectual del autor es el bien jurídico destinado a ser protegido por la acción del Estado (Sentencia C-276 de 1996. C.C.).

En este sentido, en 1998 la Corte ratifica el mismo concepto de fundamental para los derechos morales:

Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar sus ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y, en general, todas las formas de manifestación del espíritu son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer su condición de individuo que piensa y crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por esta razón, los derechos morales de autor deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre (Sentencia C-155 de 1998 C.C.).

El reconocimiento de parte de la Declaración de los Derechos Humanos al derecho de autor como fundamental, por cuanto el sujeto por excelencia es

el ser humano que realiza la producción intelectual¹¹. En este orden de ideas, vale la pena resaltar el contenido del artículo 93 de la carta política colombiana; un bloque de constitucionalidad que permite una respuesta positiva de los tratados y convenios celebrados por el Gobierno nacional y ratificados por el Congreso de la República, que recogen asuntos inherentes a los derechos humanos (Zea, 2009).

Teniendo en cuenta lo anterior, los derechos morales del autor tienen carácter fundamental por su propia naturaleza y características, relacionada con el derecho de personalidad de todas las personas físicas, es decir, naturales. Para ser vinculada con los derechos morales del autor, la expresión de carácter fundamental se relaciona con el derecho de libertad de expresión garantizado a todos los ciudadanos, independientemente de su condición de autor y su expresión en la obra creada¹².

De esta forma, en cuanto a los derechos morales, como extensión de la personalidad del autor, es prioritario también inculcar en la sociedad el respeto, prácticamente de dignificación, sobre el vínculo de la creación con su autor. En Colombia este valor es menoscabado por la multiplicidad notoria y pública del plagio en el terreno de la propiedad intelectual; es fácil encontrar obras artísticas, literarias y musicales despojadas de su verdadero contexto original.

Es realmente doloroso para un autor saber que sus obras, concebidas a lo largo de muchas horas de trabajo, a veces durante años, y con tanta dedicación y constancia, sean vilipendiadas y exhibidas en paupérrimas condiciones. Por esta razón, el Estado debe enfocar sus esfuerzos hacia su base social y canalizar a través de la educación el fortalecimiento de la culturización artística como elemento de desarrollo esencial para la comprensión, respeto y admiración del conjunto de elementos que componen las obras.

Al respecto, cabe mencionar la siguiente información, relacionada con el décimo octavo congreso de propiedad intelectual, llevado a cabo en el Parlamento Europeo:

La señora diputada Françoise Castex se refirió a la cultura artística en su país (Francia): “Tres pilares básicos de la cultura son la creación y la remuneración de los creadores; la difusión y distribución de la

¹¹ PACHÓN, M. Manual de derechos de autor. Madrid: Reus, 2008.

¹² ROSELLÓ, R. Op. cit., p. 35.

cultura (en soporte, en redes o en vivo); y el público y la pedagogía hacia este”. En este contexto hizo referencia al informe que presentó al Parlamento Europeo sobre la copia privada, en el que pone de relieve que el consumidor también se beneficia del famoso canon, puesto que sirve para, además de remunerar directamente al titular, financiar la difusión de la cultura. Por otra parte, aludió al informe sobre este mismo asunto, elaborado por el excomisario europeo António Vitorino, que abogaba por la figura del canon. Castex concluyó con la idea de que “el ciudadano tiene que entender que la copia privada es una forma de acceder a la cultura” (El blog de CEDRO, 2013).

En este sentido, no solo en Colombia, sino a nivel latinoamericano se debe salir de las salas de estudio, de las universidades y de los congresos literarios para alcanzar todos los escaños sociales, incorporándolos en las campañas de participación cultural, de modo que se interiorice en las conciencias el significado magnánimo que merecen las obras artísticas.

Cabe decir que los derechos fundamentales son esenciales e innatos; con respecto a lo cual difieren los derechos morales, que no son innatos, sino que surgen de la creación del producto de la obra y la personalidad misma del autor, conforme su obra literaria, artística o científica. Los derechos fundamentales son reconocidos, mas no concebidos por el legislador; se encuentran en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Gobierno colombiano.

Si bien los derechos humanos son fundamentales, los derechos de propiedad intelectual, de autor (y, por tanto, morales), son temporales; pueden ser revocados a causa de licencia o la asignación a otra persona¹³.

De conformidad con el marco internacional, los derechos de autor deben ser regulados progresivamente por cada uno de los Estados; de forma independiente, pero sin ignorar los mandatos superiores para la protección de los intereses morales y materiales que benefician al autor y la obra creada. Así las cosas, solo si los estados establecen las sanciones correspondientes, no están obligados a implementarlas, en caso de encontrarse la violación de las garantías para la protección de los derechos morales de autor.

¹³ *Ibíd.*

En este caso, la consideración de derechos morales de autor busca que, al escindirse la dualidad que existe con los derechos patrimoniales de autor, los primeros alcancen el reconocimiento o protección superior del que sí gozan estos últimos (Rogel, 2003).

Conclusiones

Se deben institucionalizar los derechos morales de autor, como cultura interiorizada en la sociedad que alcance los mínimos niveles adquiridos en Europa; el esfuerzo debe ser continuo desde las entidades estatales y académicas para inculcar el respeto por la conexión de las obras con sus autores. Se debe impulsar la cátedra que acoja un conjunto de valores y principios que propendan al respeto y admiración por estas creaciones artísticas; por cuanto es necesario considerar que una obra es, en relación con su creador, lo que el padre para su hijo, es decir, un vínculo que no puede ser invisible a los ojos de la sociedad y que debe ser cuidado con esmero para que siempre esté fortalecido.

La propiedad intelectual comprende dos vertientes: una de los derechos de autor y otra del derecho de la propiedad industrial. Para el caso de los derechos de autor, se consideran las obras y los derechos conexos; las obras pueden ser literarias, musicales o líricas, dramáticas, pictóricas, escultóricas, caricaturescas, arquitectónicas y cinematográficas; por su parte, los derechos conexos son las transmisiones de organismos de radiodifusión, interpretaciones y ejecuciones, fonogramas, videogramas y ediciones de libro. Los derechos de autor son el conjunto de normas que establecen los derechos y deberes sobre las obras del espíritu correspondientes a quienes las hayan creado o sean sus titulares, sus límites y vicisitudes.

En el derecho de autor los derechos morales son inalienables e irrenunciables y no quedan limitados a la paternidad del autor, sino que también abarcan, por ejemplo, el del respeto a la integralidad de la obra, este por el cual el autor puede oponerse a cualquier deformación o mutilación de la creación, que atente contra el decoro de esta o contra su propia reputación.

El carácter de la obra literaria, artística o científica permite la expresión de la personalidad del autor, donde resalta la importancia de los derechos morales con la creación de la obra, que se transmite *mortis causa*. El derecho de autor se adquiere por el hecho de haber creado una obra, aunque para ser creador

primero haya que ser persona. Así mismo, la protección de los derechos de autor se enfoca en el uso de la obra de manera no autorizada con respecto a la expresión de la idea. La creación intelectual es el acto y el resultado de crear una obra; esta creación solamente puede ser producto de una acción humana, pues se trata de una actividad intelectual, propia y exclusiva de las personas naturales.

Las facultades del autor se componen de los derechos morales y patrimoniales como unidad en el derecho de personalidad. El derecho moral es de orden personal, por ser inalienable, irrenunciable e inexpropiable, y está orientado a proteger a la persona física.

El derecho moral vinculado con la personalidad del autor guarda una relación estrecha con la existencia, circulación y explotación de su obra como creación intelectual; aunque no es innato, solo se aplica a las personas que hayan creado la obra literaria, artística o científica y a todas las relaciones asociadas a este hecho. Además, cabe insistir, los derechos de autor están relacionados con el derecho fundamental de la expresión, reconocido constitucional e internacionalmente; pero, al ser regulada progresivamente por el Estado, su protección es limitada y no exigible en muchos casos, a menos que la Ley lo regule.

Con base en lo anterior, se concreta que, aunque los derechos morales de autor son fundamentales por su relación con el derecho de expresión, al estar limitados por la regulación de cada estado, como ocurre en Colombia, su protección se atiene al mandato legal vigente, así sea reconocida en la Constitución y el bloque de la constitucionalidad.

Referencias bibliográficas

Doctrina

ANTEQUERA, R. Estudios de derecho de autor y derechos afines. Madrid: Reus, 2007.

GALLEGO, H. Derechos de autor. En: *Scientia et Technica*, 2014, 9, (2).

GARCÍA, A. El derecho de autor en la obra audiovisual. México: Porrúa, 2012.

PACHÓN, M. Manual de derechos de autor. Madrid: Reus, 2008.

RENGIFO, E. Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2003.

ROSELLÓ, R. Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores. Madrid: Reus, 2011.

SERRANO, F. Marco jurídico del derecho de autor en México. México: Porrúa, 2008.

Jurisprudencia

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (28 de enero de 1982). Ley 23. Sobre derechos de autor. En Diario Oficial.

_____. (5 de febrero de 1993). Ley 44. Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944. En Diario Oficial n.º 40740.

_____. (24 de julio de 2000). Código Penal. Ley 599. En Diario Oficial n.º 44097.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Legis, 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL. (12 de agosto de 1993). Sentencia C-334. Ref: Expediente núm. L.A.T.-010. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____. (20 de junio de 1996). Sentencia C-276. Referencia: Expediente D-1163. M. P. Dr. Julio César Ortiz Gutiérrez.

_____. (20 de noviembre de 1996). Sentencia C-276. M. P. Dr. Julio César Ortiz Gutiérrez. Ref. Expediente D-1163.

_____. (28 de abril de 1998). Sentencia C-155. Ref.: Expediente D-1797, D-1809, D-1813 y D-1818. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. (26 de mayo de 2009). Sentencia T-367. Referencia: expediente T-2141228. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Ley 23 de 1982. (s.f.). Ley 23. Sobre derechos de autor. En Diario Oficial.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. (15 de julio de 2002). Decreto 1474. Por el cual se promulga el “Tratado de la OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre derechos de autor (WCT)”, adoptado en Ginebra, el veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996). En Diario Oficial n.º 44496.

Sentencia C-276 de 1996. Corte Constitucional. (s.f.). Sentencia C-276. M. P. Dr. Julio César Ortiz Gutiérrez. Ref. Expediente D-1163.

Sentencia C-155 de 1998. Corte Constitucional. (s.f.). Sentencia C-155. Ref.: Expediente D-1797, D-1809, D-1813 y D-1818. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-148 de 2015 C.C. (s.f.). Sentencia C-148/15. Referencia: expediente D-41011 . M. P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Asamblea Nacional Constituyente. (1 de marzo de 1832). Constitución política del Estado de la Nueva Granada. Bogotá, Nueva Granada.

Asamblea Nacional Constituyente. (8 de mayo de 1863). Constitución de Rionegro. Rionegro, Estados Unidos de Colombia.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución política de Colombia. Legis, 1991.

Diputados de Santafé de Bogotá. (27 de noviembre de 1811). Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada. Santafé de Bogotá, Nueva Granada.

Gnral. D. de Texada. (1815). Constitución Provisional de la Provincia de Antioquia. Medellín.

Poder Ejecutivo de Santafé. (4 de Abril de 1811). Decreto de Promulgación. Constitución de Cundinamarca. Cundinamarca, Colombia.

Presidente Gobernador del Estado de Cartagena de Indias. (14 de junio de 1812). Constitución Política del Estado de Cartagena de Indias. Cartagena de Indias, Colombia.

Representantes de la Provincia. (3 de mayo de 1812). Consitución del Estado de Antioquia. Antioquia, Colombia.

Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (22 de mayo de 1858). Constitución para la Confederación Granadina. Bogotá, Nueva Granada.

Cibergrafía

Alejaldre, S. I. (1974). Derechos de autor. Recuperado el 20 de enero de 2015, de http://www.promexicoglobal.com.mx/work/models/promex_global/Resource/61/1/images/pmg_puesvergara.pdf

VEGA JARAMILLO, A. (2010). Manual de derecho de autor. Extraído de [http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+\(Alfredo+Vega\).pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40](http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+(Alfredo+Vega).pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40)

Capítulo X

Comercialización y transferencia de tecnología como mecanismo de crecimiento económico en Colombia

*Yina Marcela García Pino**

* Abogada de la Universidad Libre, especialista en derecho comercial, con conocimiento y experiencia en arbitraje nacional, propiedad intelectual y contratación privada.

Introducción

En Colombia, la innovación y el desarrollo tecnológico han sido una fuerza esencial para el crecimiento económico y la productividad, lo que conduce a mejores condiciones de vida para la población, que anteriormente no existían; todo ello gracias a la implementación de nuevos sistemas. Sin embargo, a pesar del gran auge tecnológico de la actualidad, el país se ha quedado estancado en este proceso; por consiguiente, es necesario dar una mirada al potencial intelectual y tecnológico, que permita aprovechar el sinnúmero de utilidades que la tecnología ofrece.

Por tanto, este texto presenta una panorámica de las figuras jurídicas que surgen en relación con la transferencia de tecnología para identificar así las problemáticas que coartan la posibilidad, desde el punto de vista jurídico y sociocultural, de que el sector tecnológico sea comercializado a nivel nacional e internacional.

En la actualidad, especialmente las universidades y las empresas han sido objeto de grandes transformaciones, debido a las necesidades globales y a la evolución de las capacidades innovadoras, que se han visto afectadas por un cambio del modelo económico mundial. Colombia, pese a los avances en materia de gestión del conocimiento, se encuentra frente a grandes retos que permiten no solo continuar con los procesos de desarrollo, sino también lograr su aprovechamiento mediante la comercialización y transferencia entre los actores del sistema económico y académico.

Para ello, en primer lugar, se analiza información presentada por entidades oficiales nacionales que describen estadísticamente el panorama en el que se encuentra el país en temas de desarrollo tecnológico y de gestión del conocimiento; en segundo lugar, se da a conocer el avance y crecimiento de este sector y, finalmente, cuál ha sido el aprovechamiento de las capacidades.

Es posible afirmar que Colombia se halla frente a la evidente necesidad de fortalecer no solo el sector de la ciencia, la tecnología y la innovación, sino

de generar también las habilidades comerciales y de transferencia de estos resultados; lo cual es posible presentar mediante la exposición de algunos mecanismos jurídicamente idóneos que lograrían, de manera adecuada, el desarrollo íntegro de la actividad comercial propia del sector tecnológico.

Antes de ahondar en el tema central de este trabajo, parece necesario indagar sobre cuáles son las causas que afectan la transferencia de tecnología e innovación en Colombia con el fin de hacer de este documento una herramienta útil que permita, al menos, identificar estas necesidades para que puedan ser posteriormente analizadas y solventadas.

El presente artículo de reflexión pretende analizar una herramienta jurídica que facilite el logro de transferencia de resultados de investigación o tecnologías; lo cual podría representar mayores oportunidades de inversión en este campo, recuperación de la inversión y crecimiento económico nacional, proporcional a lo que el sector tecnológico representa en la economía colombiana.

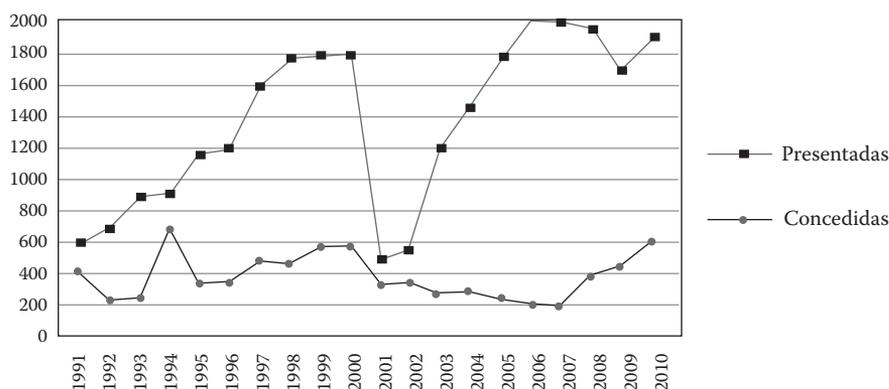
Es importante reconocer que el análisis surge de la necesidad de iniciar algunos procesos de comercialización de tecnologías desarrolladas por investigadores colombianos; lo que pone de manifiesto la ausencia no solo de legislación, sino de prácticas registradas documentalmente a nivel nacional. Por este motivo, se espera que el aporte del presente documento conduzca a que, una vez reconocido el potencial académico, tecnológico y de capacidades y desarrollo dentro de las universidades o de las empresas, se piense en su aprovechamiento mediante la transferencia o comercialización.

10.1 Tecnología e innovación en Colombia

En el marco del nuevo orden mundial, los países deben promover el avance de la tecnología e innovación con el fin de responder a las dinámicas sociales, económicas y políticas que trae cada día, que van marcando de forma decisiva la vida de las personas en las modernas sociedades. Es por ello que la Constitución introduce en su articulado la promoción de estos avances en los distintos campos con el fin de generar progreso y desarrollo, que al mismo tiempo se traduce en el mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad.

En cuanto a la generación de desarrollos tecnológicos, que permite, en adelante, justificar la necesidad de contar con los mecanismos jurídicos adecuados, no solo para la protección de la propiedad intelectual, sino para la comercialización apropiada de estos, vale la pena conocer la siguiente información:

Figura 1. Solicitudes de patentes de invención presentadas y concedidas vía nacional y PCT 1991-2010



Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio

La información presentada en la Figura 1 permite aclarar, entre otras cosas, que las cifras han crecido, no solo las de solicitudes de registro de patente presentadas, sino la cantidad de estas que han sido concedidas, pues este número fue positivo desde 2007, lo cual hace que se pueda intuir que Colombia sí cuenta con el capital intelectual necesario para generar beneficios en la economía, a partir de la comercialización y transferencia de estos intangibles.

De esta manera, se analizan algunos aspectos importantes que se deben tener en cuenta, previa suscripción de algún tipo de contrato de transferencia de tecnología, pues la capitalización y retorno de la inversión dependen también de las decisiones tomadas a partir de los resultados del ejercicio de vigilancia e inteligencia tecnológica, la valoración que de esta se pueda realizar mediante un análisis de los costos de su generación y una proyección de ingresos obtenidos con su venta; pues solo con la realización de este juicioso proceso es posible pensar en la obtención de los resultados económicos esperados.

10.2 La transferencia de tecnología

Existen varios mecanismos jurídicos a través de los cuales es posible transferir tecnología; pero, antes de dar una mirada al mecanismo que se pretende destacar en este documento, es necesario examinar el concepto de transferencia de tecnología.

Para ello, se toma en consideración un concepto emitido por COTEC (Fundación para la Innovación Tecnológica), relacionado en el portal de la Universitat de les Illes Balears, UIB, que define la transferencia de tecnología de esta manera:

(...) un conjunto de acciones cuyo objetivo es tener un rendimiento comercial en el mercado de aquellos conocimientos y resultados de I+D+I que se generan en las universidades, empresas o centros de investigación. Se entiende que la transferencia de tecnología es una etapa del proceso global de comercialización y se presenta como la transferencia de propiedad intelectual y del know how entre organizaciones, con el fin de utilizarlos en la creación y el desarrollo de productos y servicios viables comercialmente¹.

Para la mayoría de las universidades y centros de investigación, la transferencia de tecnología se define como el proceso de transferir de una organización a otra los descubrimientos científicos con el objeto de promover el desarrollo y la comercialización. Esta transferencia se lleva a cabo, por lo general, a través de la firma de acuerdos o contratos de concesión de licencias entre las universidades y las empresas privadas o entidades comerciales de capital público.

En este sentido, en España, el Consejo Aragonés de Cámaras de Comercio considera lo siguiente:

La transferencia de tecnología es el proceso por el cual se lleva a cabo la transmisión del saber hacer (know-how), de conocimientos científicos y/o tecnológicos y de tecnología, de una organización a otra. Se trata, por tanto, de un proceso de transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos para desarrollar nuevas aplicaciones, por lo que es un factor crítico para el proceso de innovación y la competitividad. Las fuentes de transferencia u orígenes de la tecnología transferida son de muy diverso tipo, como universidades, centros de investigación, laboratorios, centros tecnológicos y otras empresas. Hay que tener en cuenta que transferir tecnología implica adquirir, ceder, compartir, licenciar, acceder o posicionar conocimiento innovador en el mercado².

¹ <http://tecnologiauib.com/es/15/sobre-la-transferencia-de-tecnologia>

² http://www.camarasaracon.com/innovacion/docs/0502_PropiedadTransferencia-Tecnologia.pdf

Desde el año 2014, la Unión Europea ha desarrollado un nuevo reglamento que regula los contratos de transferencia de tecnología (Reglamento 316/2014). En este reglamento se reconocen los efectos benéficos de un correcto ejercicio de los acuerdos que involucren derechos de propiedad intelectual que tengan por efecto una transferencia de tecnología; pero se impone una vigilancia activa con el propósito de evitar los abusos y distorsiones que con ellos puedan generarse.

La Unión Europea ha sido especialmente consciente de la importancia que posee el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual a través de procesos de transferencia de tecnología que, en la mayoría de los casos, supone un efecto benéfico en el mercado, reflejado a la vez en un aumento de la productividad.

Francia, una de las principales potencias económicas mundiales y europeas, ha comprendido la importancia que tiene desarrollar y consolidar un sólido sistema de innovación para fortalecer la productividad y la competitividad de su economía; buena muestra de ello es el crecimiento continuado de I+D nominal y real durante los últimos años³.

Por otro lado, desde el año 2012, en España se dispone de una norma que establece los requisitos para la correcta realización de la transferencia de activos intangibles provenientes de actividades de investigación y desarrollo tecnológico; lo que a la fecha aún no existe en Colombia, por lo cual se hace valiosa la identificación de la necesidad que se aborda en este artículo.

Colombia ha avanzado en este sentido, pues, en julio de 2016, la Universidad Nacional, de acuerdo con lo informado en su portal web, analiza leyes que rigen la transferencia de tecnología. *“La investigación, convocada por la Universidad de Cantabria (España), a través de la RedEmprendia, se centra en comparar las normas y leyes establecidas en países iberoamericanos, en materia de transferencia de tecnología, innovación y emprendimiento universitario”⁴*, hecho, por supuesto, bastante alentador.

³ BERUMEN, Sergio. (coordinador). Los sistema de innovación en Europa, ESIC, 2011, p. 148.

⁴ <http://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/article/analizan-leyes-que-rigen-transferencia-de-tecnologia.html>

10.3 El contrato de transferencia de tecnología

El contrato de transferencia de tecnología es el mecanismo jurídico contractual mediante el cual se ceden derechos de propiedad intelectual con el ánimo de comercializar un producto de innovación o tecnología; esto es, ofertarlo en el mercado para producir la máxima utilidad posible o retorno de la inversión a partir de su comercialización.

La característica de este contrato, como bien lo identifica el doctor Castro García, es la necesidad de enmarcar la libertad contractual, dentro de las condiciones esenciales de formación de todo contrato: la capacidad, el objeto y la causa lícita, de manera que este no deba perder, después de su suscripción, sus efectos jurídicos⁵. Asimismo, el doctor Castro García manifiesta:

*Los contratos que tienen por objeto un derecho de propiedad industrial, o en los que ese derecho interviene, pueden ser contratos típicos (nomi-
nados y reglamentados por la Ley) como, por ejemplo, los de alquiler
o licencia, o atípicos como la convención de no oposición, cesión de la
prioridad o un contrato mixto⁶.*

Ahora bien, independientemente de la forma jurídica adoptada en los contratos de transferencia de tecnología, se observa que cualquier tipo de afectación que se realice a estos derechos debe darse bajo el pleno cumplimiento de las formalidades impuestas en el registro que se adelanta en Colombia ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Además de las cláusulas generales aplicables a todos los contratos, tales como objeto del contrato, individualización suficiente de la tecnología, patente, obra o intangible, ámbito territorial, duración, valor, obligaciones de las partes, confidencialidad, propiedad intelectual, prohibición de realización de ingeniería reversa o modificaciones, cesiones del contrato, cláusulas de terminación, cláusula compromisoria, jurisdicción y ley aplicable, se debe tener en cuenta que, dependiendo de la naturaleza de la tecnología, algunos contratos requieren la inclusión de unas cláusulas especiales, como aquellas

⁵ CASTRO GARCÍA, J. D. La propiedad industrial. Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 466.

⁶ *Ibíd.*, p. 464.

que pretenden salvaguardar los intereses del desarrollador, junto a aquellas que apuntan a la debida aplicación del objeto contractual⁷.

Vale la pena identificar dentro del contrato de licenciamiento algunas estipulaciones de vital importancia, si se tiene en cuenta que el interés del titular de los derechos de propiedad intelectual de un desarrollo o tecnología no siempre es el de transferir la titularidad, sino, tan solo, otorgar la posibilidad de goce de esta. Al respecto, el doctor Castro expresa lo siguiente:

El contrato de licencia de patente es aquel contrato por medio del cual el titular de un derecho de patente concede a un tercero el goce de su derecho de explotación, mediando una tasa y conservando la propiedad de la patente; el contrato de licencia se asimila al contrato de alquiler⁸.

10.4 Principales cláusulas dentro del contrato de licenciamiento

- Regalías, canon y pago de estas
- Asistencia solidaria en caso de infracción de derechos de propiedad intelectual por parte de terceros
- Exclusividad
- Campo técnico de aplicación:
 - Para todos los campos técnicos de aplicación de la tecnología licenciada, mediante el cual se hará cualquier uso implícito de esta tecnología.
 - La licencia se otorga únicamente para X o Y campo de aplicación.
- Gastos sufragados por el licenciatarario
- Sublicencias

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual presenta un artículo titulado *Concesión de licencias y transferencia de tecnología en la industria farmacéutica*, que deja entrever las figuras jurídico-contractuales utilizadas para transferir tecnologías del sector farmacéutico; lo que no impide que, para efectos de este trabajo, se puedan traer a colación algunas de sus anota-

⁷ “Acuerdo de confidencialidad para revelar información de carácter sensible con garantías de seguridad para el proveedor. Acuerdo de declaración de intenciones (memorando de entendimiento mutuo, acuerdo o convenio marco...)”. GONZALES SABATER, Javier. Proveedores de conocimiento, Netbiblo, 2010, p. 93.

⁸ CASTRO GARCÍA, J. D. Op. cit., pp. 464 y 482.

ciones que permiten identificar las principales características de las licencias exclusivas y no exclusivas:

La característica fundamental de una licencia exclusiva, y que le da ese carácter, es que el titular de la propiedad intelectual no puede 1) conceder licencias a otros ni 2) explotar por sí mismo la propiedad intelectual.

En cambio, en virtud de una licencia única, 1) el titular de la propiedad intelectual concede una licencia, 2) no puede conceder una licencia a ninguna otra persona y 3) conserva el derecho de explotar por sí mismo la propiedad intelectual.

El efecto de una licencia única es que hay solo dos personas facultadas para explotar la propiedad intelectual, a saber, el licenciataria y el titular. Este caso puede darse, por ejemplo, cuando existe un acuerdo para la comercialización conjunta, pero es inusual en el sector farmacéutico.

Así como el titular de la patente es la única persona facultada para explotar la patente, también el licenciataria, en el campo de los productos farmacéuticos, procura ser la única persona facultada para explotar la patente; una licencia única dista de ser el medio adecuado para cumplir ese objetivo y hasta puede constituir un impedimento.

En virtud de una licencia no exclusiva, 1) el titular de la propiedad intelectual concede la licencia a un licenciataria, 2) puede también conceder la licencia a otros licenciataria y 3) mantiene el derecho a explotar por sí mismo la propiedad intelectual. Por lo tanto, un licenciataria puede conceder numerosas licencias no exclusivas.

En el sector farmacéutico tampoco es común la concesión de licencias no exclusivas, puesto que, habida cuenta de la magnitud de la inversión especulativa, el licenciataria del ámbito farmacéutico querrá ser la única persona facultada para explotar una patente. Sin embargo, este criterio no es universal; algunas esferas de la biotecnología se prestan a la concesión de numerosas licencias no exclusivas⁹.

Revisados los elementos básicos del contrato de licenciamiento, a continuación se relacionan algunos mecanismos jurídico-contractuales, además de los que se mencionaron, mediante los cuales es posible transferir tecnología, dependiendo de la naturaleza de esta y de la necesidad de las partes:

⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. <http://www.wipo.int/patents/es/>

- Contratos de know how
- Contratos de cesión de tecnología
- Contratos de asistencia técnica
- Contratos de colaboración entre empresas o acuerdos
- Acuerdos de confidencialidad
- Creación de una *spin off*

En esta oportunidad, estas figuras jurídicas solo serán enunciadas, por tratarse de mecanismos con finalidades muy específicas, dependiendo del desarrollo o la innovación, lo cual, no es objeto de este trabajo; sin embargo, vale la pena mencionarlas con el fin de señalar que por medio de estos contratos puede llevarse a cabo la transferencia de tecnología.

10.5 Etapas en el proceso de transferencia de tecnología

Las ya anunciadas etapas necesarias para la transferencia o comercialización de tecnologías son, en términos generales, las siguientes (aunque pueden variar, dependiendo del desarrollo, y siguiendo lo presentado por Clarke, Modet & Co, uno de los mayores grupos especializados en propiedad industrial e intelectual, en países de habla hispana y portuguesa, fundado en España en 1879, y con filial en Colombia):

Investigación: las observaciones y experimentos durante las actividades de investigación conducen usualmente a descubrimientos e invenciones. Una invención puede ser cualquier proceso, máquina, composición de materiales, o cualquier mejora nueva y útil de lo anterior; a menudo, varios investigadores pueden haber contribuido a la invención.

Evaluación: es preciso realizar búsquedas de patentes y analizar las tecnologías del mercado y la competencia para determinar el potencial de comercialización de la invención; este proceso de evaluación puede conducir a una ampliación o perfeccionamiento de la invención y guiará la estrategia de transferencia.

Protección: el proceso en el que se persigue la protección para una invención puede realizarse mediante patentes, pero también puede conllevar otros métodos que incluyen los derechos de autor y propiedad intelectual, los diseños, las marcas, los secretos industriales y las restricciones contractuales de uso (por ejemplo, bases de datos y materiales).

Marketing: se identifican las empresas candidatas que tienen la experiencia, los recursos y las relaciones necesarios para llevar la tecnología al mercado. Esto puede implicar la asociación con una empresa existente o la formación de una nueva empresa o startup: Formar una startup. Si la creación de una nueva empresa es el camino de comercialización óptima, es preciso abordar la planificación y la financiación de la puesta en marcha; Empresas existentes. Si la mejor vía de comercialización es a través de empresas ya existentes, entonces se seleccionan los potenciales licenciarios, se contacta con ellos y se llevan a cabo las diligencias debidas y la negociación de términos operativos y financieros apropiados para comercializar la tecnología.

Licencia de uso o cesión: un acuerdo de licencia o de cesión se usa tanto con una start-up como con una empresa establecida.

Comercialización: el licenciario realiza las inversiones necesarias para desarrollar un producto o servicio plenamente comercializable; este paso puede implicar un mayor desarrollo, aprobaciones regulatorias, generación de la red de ventas y apoyo a la comercialización, la capacitación del personal y otras actividades¹⁰.

De esta manera, resulta claro que no basta con que haya un desarrollo tecnológico apto para ser comercializado por sus características innovadoras y de utilidad en la sociedad; pues la entidad o universidad que pretenda transferirlo deberá tener en cuenta la necesidad de adelantar los procesos mencionados.

10.6 Colombia y la transferencia de tecnologías

10.6.1 Causas de la deficiencia

No obstante el crecimiento que ha tenido la innovación en Colombia (lo cual se puede afirmar a partir de las estadísticas presentadas por la Superintendencia de Industria y Comercio), dentro de la universidad y la empresa todavía no se cuenta con las herramientas y mecanismos necesarios para comercializar ese potencial tecnológico. También es posible poner en tela de juicio la existencia de una política de incentivos en las organizaciones que permita generar nuevas capacidades.

¹⁰ <http://www.clarkemodet.com/es/faqs/transferencia-tecnologica/etapas.html>

Vale la pena recordar que la Constitución de 1991, en su artículo 71, reconoce como prioridad del Estado ofrecer estímulos especiales, que pretenden incentivar la ciencia y la tecnología en los siguientes términos:

ARTÍCULO 71. (...) Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento de las ciencias y, en general, de la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales, y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades¹¹.

Si bien el hecho de incentivar aspectos tecnológicos y de innovación para generar desarrollo económico se establece como principio constitucional, en la práctica no ha sido posible reflejar el cumplimiento de este artículo, pues existen varias causas que impiden su cabal aplicación; entre otras, la falta de recursos económicos destinados para estos fines por parte de las distintas instituciones, tanto públicas como privadas.

Por otra parte, diversos estudios sobre el sector innovador colombiano han podido identificar que la ausencia de inversión nacional es una de las principales causas de estancamiento y lentitud en los procesos de gestión del conocimiento. Al respecto, el doctor Rafael Vega, en su artículo *Emprendimiento e innovación en Colombia: ¿qué nos está haciendo falta?*, manifiesta lo siguiente:

De acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación, la inversión privada en tecnología en Colombia oscila entre el 15% y el 20% del total, cuando en países como México y Brasil ese porcentaje llegó en el 2003 a 29,8% y 39,8%, respectivamente. Según la información del documento Visión Colombia II centenario, del Departamento Nacional de Planeación, mientras que, durante el período 2002-2004, en Colombia se expidieron en promedio 0,03 patentes por cada 100.000 habitantes, en Chile el indicador fue 0,13 y en Argentina, 0,53. En 2003, el número de investigadores en Colombia por cada 100.000 habitantes era de 109, mientras que en Chile era de 444, en Brasil, de 323, y en Corea del Sur, de 3.187. En 2004, en Colombia el gasto total en investigación y desarrollo llegó a 0,37% del PIB, mientras que en Chile fue de 0,65%,

¹¹ Constitución política de Colombia, artículo 71.

en Brasil, de 0,93%, y en Israel, de 4,55%. Las agencias internacionales estiman que un país debe invertir al menos el 2% de su producto interno bruto en ciencia y tecnología¹².

De este modo, se puede concluir que Colombia, en comparación con otros países latinoamericanos, no ha logrado desarrollar políticas públicas que conduzcan a la implementación y generación de la transferencia de tecnologías. A causa de la falta de interés y de recursos económicos no es posible sacar las ideas del papel; lo que se traduce en pérdidas materiales, pues con ello se pueden iniciar contratos que traerían necesariamente desarrollo y retorno de recursos.

Además, la falta de cultura en las instituciones públicas, con respecto a la necesidad de producir tecnología e innovación, representa un obstáculo, ya que, en muchas ocasiones, no se considera importante la implementación de centros de investigaciones que contribuyan a generar innovación y tecnología dentro de las entidades. Tampoco existen políticas claras en materia de comercialización ni se identifica todavía el interés de las instituciones por crearlas, debido, precisamente, a la ausencia de una cultura que reconozca el potencial nacional y su proyección económica.

Se puede afirmar que, a pesar de que existe una política a nivel nacional para el fomento de la actividad científica, orientada por Colciencias, esa iniciativa no es más que eso, una iniciativa que no se ha materializado, de acuerdo con los objetivos para los cuales fue planeada.

10.6.2 Propuesta

Se hace necesaria la implementación de mecanismos que obliguen a las entidades a crear una política nacional e institucional clara sobre la producción de capacidades tecnológicas que, a su vez, permitan identificar el gran potencial, así como los eventuales beneficios de la comercialización para los investigadores, la institución o empresa y el país.

Además, se debe generar un proceso de crecimiento y fortalecimiento de las capacidades, de la mano con el ritmo del comercio global, que exige que las

¹² VEGA, Rafael. Emprendimiento e innovación en Colombia. ¿Qué nos está haciendo falta? p. 7. Disponible en <http://www.eduteka.org/gestorp/recUp/013c0c8be764620dec6b2b1d65a31128.pdf>.

entidades, el Estado y la universidad intensifiquen sus esfuerzos e inversión para proyectar económicamente sus desarrollos, lo cual seguramente producirá buenos resultados financieros para la región y el país.

Conclusiones

1. En relación con el artículo 71 de la Constitución, específicamente en el tema de desarrollo e innovación, Colombia no ha logrado concretar o ejecutar los propósitos, porque, por una parte, el Estado no ha invertido lo suficiente para que este proyecto sea una realidad y, por otra parte, jurídicamente en el país no existe una regulación que conduzca al desarrollo y generación de los contratos.
2. Habiendo identificado los aspectos que se deben fortalecer, cabe resaltar que este es el mejor punto de partida para realizar análisis y estudios sobre los mecanismos que se espera implementar, pues qué mejor que la academia para fortalecer e incentivar la innovación, su protección ante las entidades encargadas y la búsqueda de una adecuada comercialización.
3. Por otra parte, en cuanto a lo contractual, se puede concluir que, a pesar de la existencia de las figuras jurídicas, es necesario, con el fin de que alcancen un grado de eficacia, fundar la cultura de comercialización y transferencia de tecnología, que produzca mayor oferta y demanda y, por consiguiente, el conocimiento y mejoramiento de la estructura y aplicación de estos mecanismos jurídicos.
4. Con base en los hechos actuales, y concretamente en el análisis práctico de la ciencia y la tecnología, se debe calificar como lento el proceso de crecimiento de este sector, lo cual, por obvias razones, es causa de falta de apropiación de conceptos que permitan identificar su importancia y proyectar su comercialización.

Referencias

BERUMEN, Sergio. (coordinador). Los sistema de innovación en Europa, ESIC, 2011, p. 148.

CASTRO GARCÍA, J. D. La propiedad industrial. Universidad Externado de Colombia, 2009.

GONZALES SABATER, Javier. Proveedores de conocimiento, Netbiblo, 2010, p. 93.

Jurisprudencia

Constitución política de Colombia de 1991

Código de Comercio, Decreto 410 de 1971

Cibergrafía

<http://www.sic.gov.co/drupal/estadisticas-propiedad-industrial>

<http://tecnologiauib.com/es/15/sobre-la-transferencia-de-tecnologia>

<http://www.banrepcultural.org/node/69886>

<http://www.wipo.int/patents/es/>

<http://www.sic.gov.co/drupal/estadisticas-propiedad-industrial>

<http://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/article/analizan-leyes-que-rigen-transferencia-de-tecnologia.html>

<http://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/article/analizan-leyes-que-rigen-transferencia-de-tecnologia.html>

<http://www.clarkemodet.com/es/faqs/transferencia-tecnologica/etapas.html>

Reglamento (CE) n. ° 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, DOUE L 93/18 de 28.3.2014, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/>

VEGA, Rafael. Emprendimiento e innovación en Colombia. Disponible en <http://www.eduteka.org/gestorp/recUp/013c0c8be764620dec6b2b1d65a31128.pdf>

Principios hacia el comercio justo y responsable

*Germán Alfredo Garzón Monzón**

- * Abogado de la Universidad Santo Tomás; Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes; Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Integración al Sistema Económico Internacional de la Pontificia Universidad Javeriana, Instrumentos Jurídicos de las Relaciones Internacionales y de la Integración Económica de la Universidad de Barcelona; Fundación CEDDET. Gerente de GGM Inteligencia Empresarial; docente universitario en pregrado y postgrado de la Universidad Libre y de la Fundación Universidad Jorge Tadeo Lozano; conjuer del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Introducción

El siglo XXI impone nuevas tendencias del derecho que deben ir acompañándose con el nuevo orden mundial, que, sin duda, se está consolidando en torno al capitalismo y la democracia.

Sin embargo, es necesario reconocer que, en el trasegar de la humanidad por estas instancias económicas y políticas, estas han llevado a nuevas manifestaciones que buscan lo más excelso en uno y otro caso.

Así, el capitalismo comienza a transitar por las sendas de la responsabilidad para exigir de quienes concurren en el mercado para ofrecer mejores estándares en bienes y servicios no solo la calidad, cantidad y oportunidades ofrecidas, sino el cumplimiento de convenciones universales que demuestran que el bien y el servicio son responsables.

De igual manera, como por acto reflejo, el oferente mismo se obliga a asumir los costos para lograr acreditarse, de acuerdo con los nuevos estándares, a fin de poder incursionar exitosamente en los mercados, pues no basta con producir bienes o prestar servicios de calidad, en la cantidad demandada y en el momento preciso en que se requieren; es imprescindible que se trascienda la simple regla del mercado de satisfacer necesidades y en función de ellas concurrir al mercado. Actualmente hay que saber que el mercado que se pretende impactar exige algo más que le satisfaga; no la necesidad en particular, sino algo que responda a la demanda de un mundo al que le urge preservarse, respetarse e incluirse.

En este sentido transitan las expresiones políticas, pues es necesario que las democracias no solo se legitimen por las mayorías, sino por el deber de cuidado de quienes ejercen el poder, que, sin duda, debe connotar la realización efectiva de los derechos ciudadanos y la defensa de los recursos naturales; lo contrario es la manifestación inconsecuente del gobernante y su séquito, que ejercen vanidosamente el poder encaminado al bien particular, pero no al de los ciudadanos que los eligen, y menos al de aquellos que no los

han elegido. El gobernante actual tiene a cargo la realización de los derechos colectivos, cuyo cumplimiento ha de repercutir en el de los derechos particulares; sin embargo, su realización no puede escindirse de la libertad individual de emprender y alcanzar metas personales.

Estas dos tendencias en lo económico y lo político dan como resultado las nuevas exigencias para legitimar los derechos comunes a todos los seres humanos, sin desconocer las regulaciones particulares que existan para reglamentarlas, supervisarlas y garantizarlas como propósito de sociedad.

Por consiguiente, el propósito de este trabajo, más que transmitir un conocimiento sustentado en teorías, doctrinas o fallos, o en cualquiera de las fuentes tradicionales del derecho, es el de suscitar la reflexión en el lector; pues, sin duda, el tema de análisis se basa en la observación, en la práctica y en el paso del tiempo que ha venido legitimando los derechos que, desde finales del siglo XX, se han hecho evidentes como manifestaciones sociales libres, independientes y universales.

11.1 Principio de la libre concurrencia a los mercados

Vale la pena comenzar por definir el término *mercado*, de acuerdo con el Diccionario de la lengua española:

(Del lat. *mercātus*)

1. m. Contratación pública en lugar destinado al efecto y en días señalados.
2. m. Sitio público destinado permanentemente, o en días señalados, para vender, comprar o permutar bienes o servicios.
3. m. Concurrencia de gente en un mercado.
4. m. Conjunto de actividades realizadas libremente por los agentes económicos sin intervención del poder público.
5. m. Conjunto de operaciones comerciales que afectan a un determinado sector de bienes.
6. m. Plaza o país de especial importancia o significación en un orden comercial cualquiera.
7. m. Conjunto de consumidores capaces de comprar un producto o servicio.

8. m. Estado y evolución de la oferta y la demanda en un sector económico dado (RAE).

Para los expertos en marketing, William J. Stanton, Michael J. Etzel y Bruce J. Walker, el *mercado* se refiere a “(...) las personas u organizaciones con necesidades que satisfacer, dinero para gastar y voluntad de gastarlo”¹.

Jurídicamente, el *mercado* ha sido tratado, pero no definido de forma específica; se le ha reconocido más en su ámbito que en su significado.

Así, sin pretender construir un concepto inflexible, cabe afirmar que el *mercado* es, en efecto, el lugar donde concurren libremente oferentes y demandantes de bienes y servicios, y que, en virtud de su interacción, se determinan los precios de dichos bienes y servicios. Sin embargo, esta aproximación a una definición carece de toda intención jurídica, si se considera que el *mercado* no puede entenderse como algo abstracto sin temporalidad; dado que, para las leyes nacionales, es necesario delimitar el espacio y el tiempo, los sujetos concurrentes y las actividades que se realizan.

Además, en función de los fines esenciales que debe cumplir el Estado, se hacen necesarias las competencias funcionales a cargo de la administración de regulación y supervisión, ya que los sectores económicos que concurren en el mercado exigen que no haya conductas de competencia desleal o se incurra en prácticas restrictivas de la libre competencia, que actualmente también han de ser consideradas en el juego de la integración de mercados y la celebración de simples acuerdos de libre comercio.

De esta suma de circunstancias emerge con toda su fuerza el sujeto principal de las nuevas tendencias del derecho en el ámbito económico y político, el consumidor y ciudadano. Frente a sus exigencias, consecuentes con las realidades que agobian al mundo en el siglo XXI, el Estado debe indagar si los actores del mercado cumplen o no, o, por lo menos, supervisar el cumplimiento de estas exigencias, aun cuando no provengan del propio Estado, sino del libre acuerdo entre los comerciantes.

En 1945, tras el lanzamiento de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki, se puso fin a la II Guerra Mundial, y se estructuró desde entonces una nueva realidad global, creando un sistema internacional a partir de la

¹ STANTON, William J., ETZEL, Michael J. y WALKER, Bruce J. Fundamentos de marketing. México: McGraw Hill, 2014.

Organización de las Naciones Unidas, un sistema multilateral de cooperación y otro de comercio². De esta manera, se dio paso al establecimiento de un mundo abierto al comercio, que, amparado por un sistema multilateral financiero o de cooperación, permitiría a los estados en vías de desarrollo lograr sus metas, con base en la inversión en infraestructuras de crecimiento, el acceso a la energía y obras civiles de gran envergadura como vías, puertos, aeropuertos, entre otras, que llevarían el desarrollo a las naciones.

Sin embargo, este camino tuvo que enfrentar un opositor ideológico como fue la URSS, cuyo sesgo político y económico se constituyó en la amenaza de occidente, y esa latente confrontación condujo a la llamada Guerra Fría, que, desde 1945 hasta 1989, polarizó al mundo entre los aliados, los no alineados y los seguidores del pensamiento soviético socialista y del comunismo chino.

Esta realidad hizo que los estados prefirieran sustraerse del mundo para no verse involucrados en conflictos internacionales, a pesar de vivirlos dentro de cada país, pues fue tal la injerencia externa, especialmente en los países latinoamericanos y asiáticos en vías de desarrollo, que experimentaron de manera directa la filtración de ideales, capitales, armas e instrucciones que hacían temblar los regímenes existentes; estos se dedicaron a buscar el auxilio de las potencias para contener los ataques y amenazas de quienes lideraban las manifestaciones “rebeldes”.

Lo que ocurrió en medio de estos tiempos de Guerra Fría fueron hechos que, de algún modo, permitirían intuir hacia el futuro los grandes cambios de la humanidad; entre estos hechos cabe recordar el ataque en las olimpiadas de Múnich en 1972, la crisis petrolera de 1973, la represión en Latinoamérica, el tráfico de drogas alucinógenas y otros eventos como la llegada del hombre a la luna y la conquista aeroespacial.

Estas circunstancias resultan contundentes para el aporte propuesto con respecto al derecho comercial internacional en el siglo XXI, pues los principios que lo caracterizan se encuentran íntimamente relacionados con estos fenómenos.

Así, retomando el hilo conductor en torno al principio de la libre concurrencia a los mercados, e insistiendo en que el *mercado*, como tal, no ha sido tratado

² Carta de las Naciones Unidas del 24 de octubre de 1945; Carta de la Habana de 1947 y Bretton Woods 1944.

jurídicamente de manera específica, sí hay que reconocer que, en busca de tutelar los derechos ciudadanos y, en particular, del consumidor, surgen las iniciativas de regulación y supervisión; lo que deja en claro que al Estado le compete el compromiso de regular los mercados en el ámbito económico para salvaguardar la satisfacción de todas las necesidades y verificar si los empresarios realizan este ejercicio, conforme a las leyes sectoriales que les imponen un quehacer ético y moral.

En este sentido, no basta con reconocer que en Colombia han sido ya varios los casos que propenden a la regulación, pues se crearon, a finales de los 90, las mal tratadas comisiones de regulación, que, por los avatares de la política, fueron poco a poco desmontadas a causa del recelo de los ministerios hacia ese tipo de instituciones; no supieron entender que uno es el que diseña y ejecuta la política de Estado, otro el que, en virtud de ello, determina técnicamente su regulación y otro el que supervisa, como consecuencia de los dos hechos anteriores³.

Este ejercicio de competencias funcionales permitió que las comisiones de regulación o, en su defecto, los ministerios regularan debidamente actividades económicas y les facilitaran a las superintendencias ejercer la supervisión mediante la inspección, vigilancia y control⁴ de aquellas empresas de cierto tipo de objeto social que, por su especialidad, merecía ser objeto de supervisión.

Obviamente, como resultado de ello, se llegó a la expedición de normativas que velaran por los derechos del consumidor de bienes y servicios en el mercado, fenómeno que ha venido decantándose a nivel global, pues estas regulaciones, a pesar de haber contado con iniciativas en el siglo XX, se han acompañado de recientes manifestaciones que contemplan compromisos ambientales o sociales, o que reconocen la interdependencia de los estados en el comercio internacional, tal como lo prevé la Unión Europea al establecer un régimen especial con respecto a los derechos del consumidor europeo, en relación con las compras hechas en el exterior⁵.

³ Ley 489 de 1998, de la República de Colombia.

⁴ Ley 222 de 1995, de la República de Colombia.

⁵ Reglamento (UE) núm. 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020, y por el que se deroga la Decisión núm. 1926/2006/CE.

Desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que la libre concurrencia al mercado parte de la presunción de buena fe de los comerciantes, de manera que no puede concebirse que el consumidor se vea afectado por planes urdidos por los empresarios para sacar el mejor provecho del comprador como parte débil del contrato, como ciudadano inerme y desamparado que, por su ignorancia frente al proceso productivo, de no ser plena y difundida la regulación a cargo del Estado, se encuentra en ese ámbito de demanda como la presa en la llanura; es decir, a la vista de todas las fieras que, aprovechando muchas veces su privilegiada posición económica y la inercia e ineficacia de los derechos, lo usan en beneficio propio a partir de acuerdos, repartiéndose el mercado o estableciendo precios mínimos, actos que merecen el rechazo social, no las simples multas⁶.

Así las cosas, no basta solo con reconocer los logros relativos a la reivindicación normativa de los derechos de los consumidores, Ley 1480 de 2011; es necesario que el consumidor allane el camino a la creación de las ligas de

⁶ Decreto 2153 de 1992. Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. 2. Los que tengan por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. 3. Los que tengan por objeto o como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores. 4. Los que tengan por objeto o como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro. 5. Los que tengan por objeto o como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos. 6. Los que tengan por objeto o como efecto la limitación a los desarrollos técnicos. 7. Los que tengan por objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones. 8. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción. 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. 10. Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

consumidores, que, una vez especializadas, le faciliten al Estado la regulación sectorial, de acuerdo con la debida satisfacción de las necesidades, y que, como resultado del diálogo permanente, activo y constructivo, conduzcan a regulaciones que favorezcan la supervisión, cumpliendo así los principios previstos en la normativa y, por ende, los que constitucionalmente se han de tutelar⁷.

El principio de libre concurrencia al mercado no solo ha de beneficiar al consumidor de los bienes y servicios, sino también a quienes los ofrecen, pues, aunque las regulaciones sobre prácticas restrictivas a la libre competencia se refieren a estos últimos como sujeto pasivo, su debida supervisión, mediante sanciones ejemplares, conviene a esos jugadores del mercado que ética y moralmente se reconocen también como consumidores o partes débiles en las relaciones contractuales.

Si bien la presunción de buena fe los aleja de toda mala intención, lo cierto es que, muchas veces, son víctimas de estudios de mercadotecnia que los definen como objetivo de caza y que, de antemano, los inducen al consumo; lo que, desde ese momento, los convierte en parte débil y no reflexiva, con respecto a decidir libremente sobre lo que se desea. Esta es una práctica común y aceptada a favor de los oferentes y en perjuicio de los consumidores como parte de una masa irreflexiva e inconsciente, de modo que el oferente que juegue ética y moralmente a satisfacer necesidades, en función de unos principios generales y universales, en muchos casos va a ser preferido por la comunidad. Esta situación abre paso al otro bloque de principios que se pretende abordar en este trabajo.

⁷ Ley 1480 de 2011. Artículo 1. Principios generales. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial en lo referente a 1. La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad. 2. El acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas. 3. La educación del consumidor. 4. La libertad de constituir organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten. 5. La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

11.2 De los principios de última generación

El mercado actual, la satisfacción de las necesidades básicas, la exclusión de los menos favorecidos o de quienes no comparten los estándares sociales, la preservación del ecosistema y la conciencia reflexiva con respecto a los deberes (como humanos más que como ciudadanos) imponen una nueva forma de ver los principios en los negocios internacionales; de modo que el lucro, la movilización del capital y la satisfacción de necesidades creadas dan lugar a una nueva generación reflexiva y crítica que privilegia principios acordes a estas nuevas realidades.

Por tanto, sin ser exhaustivo, este trabajo aborda algunos de estos principios que, al parecer, han de marcar el futuro de los negocios internacionales, y que deben observarse como imperativos categóricos por su impacto sobre la humanidad. Sin duda, los principios UNIDROIT y los Lando, que de alguna manera inspiran las regulaciones propias del Convenio de Roma sobre las leyes aplicables a las obligaciones contractuales, han servido como fuente de interpretación de los contratos internacionales, cuando estos no son suficientes o cuando las partes no recurren a ellos.

En este orden de ideas, luego de la caída del Muro de Berlín, y comprendida de alguna forma la diversidad, a través del proceso de globalización y no de homogenización, es necesario entender que la interrelación humana supera las sociedades y, por consiguiente, a los estados mismos; reconociéndose una comunidad global que, con diversos intereses, comparten propósitos ecologistas, humanos, animalistas, entre otros, que se van evidenciando como reivindicatorios de derechos superiores a los de cada estado.

Los movimientos sociales surgen como manifestación de voluntades vinculantes entre grupos diversos; aunque no estén sujetos a normas, reglas o costumbres, simplemente imponen a cada grupo o comunidad principios éticos y morales propios. Este es el caso de los comerciantes de la Edad Media, quienes, rompiendo una estructura económica y social, establecieron para ellos una ética y moral que hoy se encuentra vigente y avanza a un nuevo milenio que demanda otras conductas respecto de los hábitos de consumo y del comercio.

En esta esfera de las relaciones humanas de carácter económico y social relativa a los mercados, vale la pena detenerse y referirse al comercio justo; es decir, a aquel que se establece a partir de unos principios que permiten

reconocer a comerciantes y consumidores, y que hace propicio el encuentro en los mercados y privilegia sus intereses propios y comunes.

Al respecto, es importante tomar en consideración dos procesos generadores del comercio justo, los que tuvieron lugar en Estados Unidos y los que se gestaron en Europa. En Estados Unidos, según lo reseña la propia Organización Mundial del Comercio Justo (WFTO), el proceso se dio como consecuencia de las llamadas *self-help crafts*, o manufacturas de autoayuda, que evolucionaron en las *Ten Thousand Villages*, que empezaron por comercializar solidariamente las manufacturas de los pueblos del sur, y estaban siendo afectadas por los bajos precios de sus productos en el mercado internacional; además, debían reconocer márgenes de intermediación muy altos, puesto que solo beneficiaban a quienes accedían al mercado y no a los productores o artesanos, relación que se hacía indispensable, necesaria y abusiva, como si emulara lo ocurrido en la Edad Media entre comerciantes, burgueses y artesanos.

En Estados Unidos, su pionera fue Edna Ruth Byler, quien, al visitar un centro de costura, se dio cuenta de los bellos trabajos que con sus manos elaboraban las mujeres de Puerto Rico; en medio de una gran pobreza, emprendió la tarea de llevar estas artesanías a los Estados Unidos y retornar el dinero obtenido de las ventas a estas mujeres. Esta labor daría origen a lo que se denominó *Ten Thousand Villages*; la primera tienda de comercio justo se abrió en 1958.

A finales de la década de los 70 y principios de los 80, empresarios de Estados Unidos y Canadá comenzaron a trabajar informalmente por la causa del comercio justo, creando redes y dando origen a la *North American Alternative Trade Organization* (NAATO), que, en 1994, evolucionaría en la Federación de Comercio Justo y luego se integraría como la Organización Mundial de Comercio Justo.

En Europa, el proceso tuvo lugar como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, a partir de las *Sales Exchange for Refugee Rehabilitation and Vocation* (SERRV), que prestaron ayuda a los refugiados de la guerra, y apoyo a artesanos en más de 35 países⁸.

El comercio justo nace en Europa como una expresión de la primera conferencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, llevada a cabo en 1964, en Ginebra; allí, como siempre, los

⁸ <https://www.fairtradefederation.org/history-of-fair-trade-in-the-united-states/>

países pobres o en vías de desarrollo reclamaron a los países desarrollados la abolición de toda barrera arancelaria para sus productos con el fin de renunciar al asistencialismo y crecer a partir del comercio. Como es bien sabido, esta lucha forma parte de la agenda permanente de la Organización Mundial del Comercio y se mantiene sin frutos a favor de estos países; por el contrario, los tratados de libre comercio que se celebran tienden a desfavorecerlos y a imponerles obligaciones con respecto a asuntos en los que, por obvias razones, carecen de competitividad, como es el caso de la propiedad industrial e intelectual⁹.

Ante la negativa de los países desarrollados y hegemónicos de negarse a aceptar las demandas de los países pobres, se creó la Fundación de Comercio Justo, que abrió, en 1969, en la ciudad de Brenkelen, Holanda, la primera tienda; sin embargo, no puede desdeñarse la iniciativa que tuvo OXFAM, en el Reino Unido, de vender artesanías elaboradas por refugiados chinos, que, finalmente, daría origen, en 1964, a la primera organización de comercio justo. Cabe resaltar que OXFAM nació como consecuencia del Comité de Ayuda de Oxford contra el Hambre, creado en 1942 para que, en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, los buques aliados llevaran comida a mujeres y niños varados en Grecia durante la ocupación enemiga¹⁰.

En Holanda, en 1967, se estableció la primera *Fair Trade Organisatie*; dedicada a la importación de comercio justo, dio paso en Europa al nacimiento de las denominadas tiendas solidarias diseminadas.

El café fue el impulsor de un auge en el comercio justo, pues productores centroamericanos, particularmente de Guatemala, crearon la cooperativa de productores llamada *Indio Solidarity Coffee*, que exportaba hacia Europa el café producido por ella, llevando el producto a las tiendas de la solidaridad, y logrando así una expansión muy importante del comercio justo en lo que atañe a alimentos; esto abriría el camino a otros productos en el proceso, artesanías y alimentos como miel, azúcar, cacao, té, entre otros.

⁹ Véase el caso de las patentes sobre los medicamentos y cómo estas transnacionales buscan mantener los monopolios a partir de los derechos exclusivos derivados, los segundos usos y la renuencia a aceptar las licencias obligatorias como mecanismos de protección de la salud pública de países pobres o en vías de desarrollo como los países de África; además, se debate con respecto a los precios de medicamentos que atacan o mitigan los efectos de algunos tipos de cáncer, como ocurre en Colombia.

¹⁰ <https://www.oxfam.org/es/paises/nuestra-historia>

En 1971 ya existían 120 tiendas de comercio justo en Holanda, que ofrecían productos de países pobres; independientemente de su precio, eran preferidos por la comunidad, que, sensible con respecto a los derechos de las personas de estos países, los compraba con el fin de hacerles llegar los frutos o beneficios de sus esfuerzos comerciales.

El sustrato de este movimiento no era otro que la solidaridad; no consistía en la simple cooperación, era algo más que se sustentaba en la sensibilidad, en relación con los derechos violados de otros seres sometidos por regímenes dictatoriales, hambre, enfermedad, analfabetismo y todos esos males que, por desgracia, identifican a los países pobres. La iniciativa buscaba romper con los precios de mercado para reconocer mejores precios a esos productos y, de esa manera, demostrar que solidarizarse justamente con los derechos de otros seres humanos que sufrían era más importante que las propias reglas de mercado.

Esta iniciativa avanzó a tal punto que se crearon las denominadas Organizaciones de Comercio Justo (OCJ), encargadas de contactar en los países pobres a los productores y establecer con ellos una red comercial; actualmente, el mecanismo se ha afianzado tanto que las OCJ terminan siendo socias en el ciclo productivo y comparten los beneficios con las personas beneficiarias de estos países.

Estas manifestaciones de la comunidad internacional reconocen que los estados pueden servir de barrera a sus más nobles expresiones, entre ellas, la solidaridad; tal ha sido la fuerza de estos movimientos que, a la fecha, ya acreditan los procesos productivos y los bienes que son fruto de la cadena de valor del comercio justo.

Durante sus dos primeras décadas, la iniciativa se fortaleció con el propósito de consolidarse y hacerse reconocer por quienes se adherían voluntariamente al movimiento, multiplicándose así el esfuerzo de comercializadores (si así se les puede llamar) como iglesias, grupos de personas o personas particulares.

Si de contextualizar se trata, es necesario precisar que en Europa se respiraba otro aire, pues los movimientos juveniles se oponían al *statu quo*, en especial al que reinaba en contra de los derechos ciudadanos en los países menos favorecidos, ya que era evidente que la riqueza y opulencia de algunas economías no se compadecía para nada con la realidad de los países pobres, subdesarrollados o en vías de desarrollo, que sufrían opresiones; solo entonces algunos lograban descolonizarse e “independizarse” para colocar en el trono, de

manera democrática, otros títeres del sistema internacional que cedían a las ideas del desarrollo económico propuesto por un perverso sistema multi-lateral de cooperación. Así, en 1968, los jóvenes lideraron la revolución en la que la libertad del ser humano era el eje; un ser humano que no estaba dispuesto a vivir bajo la opresión de sistemas o gobiernos que lo anulaban.

A la vez, se empezaban a fraguar las ideas del consumo responsable, a partir del llamado consumo con causa, es decir, aquel que buscaba reivindicar, de algún modo, los derechos de aquellos seres humanos de países tercermundistas, vilipendiados, como se dijo, por regímenes autoritarios, corruptos y violadores de las libertades ciudadanas¹¹.

Estas propuestas liberalizadoras de las distintas manifestaciones de opresión perfilaban los tres tipos de sujetos de la cadena de valor solidario: el consumidor responsable, el productor asociado y el intermediario de la cadena que no persigue ánimo de lucro¹².

Así, a finales de la década de los 80, en Europa la ONG holandesa Solidaridad, junto con la Unión de Comunidades Indígenas de la Región del Istmo (UCIRI)¹³, dieron paso a la creación de la primera certificación de comercio

¹¹ <http://edant.revistaenie.clarin.com/notas/2008/05/17/01673634.html>

¹² Comercio justo, consumo responsable y productores asociados de ESPÁNICA. Revista núm. 1, 1999.

¹³ http://vinculando.org/comerciojusto/mst_comercio_justo/uciri.html. Organización que “incluye a productores campesinos del café provenientes de 53 comunidades diferentes en las tierras bajas de la Sierra Juárez, principalmente del interior de cinco municipios. Casi la totalidad de sus miembros pertenecen a los grupos étnicos zapoteco mixe y chontal. UCIRI se fundó en 1984 y se encuentra registrada legalmente para exportar café y otros productos. La venta de café ha representado siempre una dificultad para los productores. Antes del establecimiento de Inmecafé, tenían que vender a los intermediarios a bajos precios, debido a la carencia de caminos a Ixtepec. Pronto, después de que algunas compañías forestales llegaron y construyeron más caminos, fueron expulsadas por las comunidades en 1977. Posteriormente, fueron visitados por otros compradores de café y por Inmecafé, quienes abrieron centros de recepción del producto y mejoraron los precios ligeramente. Sus problemas continuaron con Inmecafé, que les imponía continuos descuentos en sus pagos debido a la rigurosidad de los requerimientos. Con el banco se endeudaron, además, a causa de sus altas tasas de interés (VAN DER HOFF y GALVÁN, 1998. pp. 129-130). Con el apoyo de un equipo misionero católico, UCIRI reflexionó su problemática productiva y comenzó la búsqueda de otros compradores que ofrecieran mejores precios. Encontraron en Misantla, Veracruz, una organización de productores de tercer nivel, también

conocida como Asociación Regional de Interés Colectivo (ARIC), que ya estaba exportando café. Durante la cosecha de 1982-1983, junto con gente de Veracruz, Puebla y Chiapas, se fundó una ARIC de nivel nacional, con base en México D. F. Aunque el precio se incrementó considerablemente, el pago tardaba después de que el café era vendido y, en ocasiones, pensaron en volver a vender a INMECAFÉ. Sin embargo, continuaron intentando debido a que aprendieron a pesar y tostar el café, a hacer recibos y movilizar recursos (VAN DER HOFF y GALVÁN, 1998, p. 131). En 1983, la ARIC se convirtió en UCIRI, que ya era para entonces una organización legal con membresía de cerca de 17 comunidades y, tras una intensa lucha, recibieron permiso para exportar. Antes de 1985, un grupo de agrónomos holandeses y alemanes, así como representantes del Mercado del Comercio Justo, invitados por activistas religiosos de base, visitaron UCIRI y se interesaron en apoyar su lucha. Durante su visita se discutió el potencial económico y las ventajas ecológicas del café orgánico. Ello resultó en la decisión de UCIRI de optar por la producción orgánica y vender a los mercados holandeses y alemanes, específicamente con el establecimiento de una relación con dos OIA: GEPA y Max Havelaar. Actualmente, UCIRI le vende a más de 10 organizaciones de siete países (MACE, 1998, p. 22). Porter señala que los misioneros oaxaqueños "(...) han establecido relaciones entre la organización y algunas OIA, lo que ha sido vital para el éxito de UCIRI" (1987, citado en MACE, 1998, p. 22). De 773,000 kilos de café producidos en la cosecha de 1996-1997, 90% fue destinado al mercado alternativo, mientras el resto permaneció en México (Ibíd.). Las comunidades que pertenecen a UCIRI no confían solamente en el café para resolver sus necesidades de sustento; junto a este cultivan para el autoconsumo maíz, frijol, chile, hortalizas y árboles frutales que incluyen naranja, limón, plátano, aguacate, chicozapote, zapote negro, mamey, mango, etc. Además, trabajan para mejorar sus tierras y sus sistemas de producción, en vez de incrementar su área de cultivo (VAN DER HOFF y GALVÁN, 1998, pp. 129-132). UCIRI considera que los principales logros de su forma de organización son 1) la habilidad y experiencia para exportar, hacer contratos y ofrecer café a una amplia gama de clientes a nivel nacional, y vender a mejores precios a través del mundo por medio del mercado del Comercio Justo; 2) la construcción de infraestructura como tostadoras, almacenes, transporte, tiendas de abasto, servicios de salud, y la capacitación de campesinos jóvenes en tecnologías orgánicas; 3) la creación de redes de organizaciones de pequeños productores independientes; 4) el establecimiento de un fondo de solidaridad cooperativo para la adquisición de bienes de consumo y equipo; y 4) la provisión de apoyo para crédito (VAN DER HOFF y GALVÁN, 1998, pp. 135-136). Entre algunos elementos importantes de la infraestructura construida por UCIRI se incluye una ferretería, que provee de acceso a equipo apropiado a bajos costos; una bodega para almacenar y preparar el café para exportación y la consolidación de la capacidad para tostarlo. De esta forma obtuvieron mejores ganancias y, eventualmente, exportaron de acuerdo con los sabores europeos. Finalmente, construyeron un Centro para la Educación Campesina (CEC) con el fin de proveer de entrenamiento para el desarrollo de

justo, que, como se señala en el pie de página, se sustenta en el manejo del mercado del café y sus precios internacionales; iniciativa que se consolida con la *Fairtrade Labelling Organizations International* (FLO), institución que establece las normas, soportes o protocolos que se deben cumplir para certificarse bajo el comercio justo, e inspecciona y certifica a los agricultores de los países desfavorecidos que pretenden formar parte de la iniciativa.

Finalmente, como se mencionó, todo confluye hoy en la Organización Mundial del Comercio Justo, cuya misión, como movimiento social de carácter global que agrupa a muchas personas jurídicas y naturales, representantes en varios países del mundo, es la siguiente:

habilidades para la producción orgánica a través de cursos de 13 meses (VAN DER HOFF y GALVÁN, 1998, pp. 135-136). Mace observó que la opinión de los miembros de UCIRI sobre el Mercado del Comercio Justo era ampliamente favorable. El trabajo resalta la habilidad de las OIA para exportar café, su apoyo para la producción de café orgánico y el extra obtenido (5 a 10 pesos por kilo) al producir y vender un producto orgánico, la estabilidad en los precios, y el apoyo a proyectos. En general, los productores coinciden en que el mercado del Comercio Justo es realmente justo (1998:31). Desde su involucramiento en el Mercado del Comercio Justo, los ingresos de los 53 poblados miembros y de 3.000 campesinos se han duplicado (EQUAL EXCHANGE, 2002), o incluso triplicado (de un ingreso anual de 280 dólares en 1983 han pasado a 860 dólares en 1999) (ONU, 2000). UCIRI es considerado por algunos como el primer grupo de campesinos en exportar café a través del modelo del Comercio Justo en el mundo (EQUAL EXCHANGE, 2002). Se considera que han alcanzado la capitalización propia y una de las principales metas de los movimientos campesinos mexicanos: la apropiación del proceso productivo; lo que ha dado como resultado la autosuficiencia (NORGET, 1997, p. 10). UCIRI cuenta con una organización democrática que incorpora elementos de los sistemas de gobierno indígenas locales, lo cual ha sido un factor clave que ha contribuido a su éxito (FAO, 2002). Su estructura interna es simbolizada por un árbol. Las familias se representan por las raíces, los delegados electos por cada comunidad, por el tronco, y el trabajo y los proyectos de la unión, por las ramas. Los frutos producidos corresponden al fruto de su trabajo (EQUAL EXCHANGE, 2002). UCIRI también ha sido un ejemplo influyente para otras organizaciones en los estados del sur y sureste de México (Oaxaca, Guerrero, Puebla y Chiapas), así como para organizaciones de Guatemala y Nicaragua (FAO, 2002). Para el caso de Chiapas, UCIRI ayudó a la exitosa cooperativa cafetalera ISMAM (Indígenas de la Sierra Madre de Motozintla "San Labrador") en la comercialización de su primer café certificado en 1988 y en la obtención de un contacto (o cliente) para la comercialización de café orgánico. También ayudaron a la Unión de Ejidos de la Selva a establecer lazos con la organización de certificación Max Havelaar (HERNÁNDEZ y NIGH, 1998, p. 143; NIGH, 1997, pp. 432-433; HARVEY, 1998, p. 193).

Fortalecer las capacidades de incidencia, comercialización y monitoreo de los miembros de WFTO-LA y promover relaciones de cooperación entre ellos y con otros actores sociales, para contribuir al mejoramiento de las condiciones de vida de pequeños productores de América Latina, atendiendo a los principios del Comercio Justo (WFTO-LA, 2017).

El propósito es promover otro tipo de comercio no convencional, con base en los pilares del diálogo, la transparencia, el respeto y la equidad, que, indudablemente, coadyuvan a la causa sostenible y ecológica; pues el replantear las prácticas del comercio convencional conduce a la instrucción y establecimiento de iniciativas orgánicas, tradicionales y ancestrales que son responsables con el medio ambiente.

Desde esta perspectiva, el futuro de un país que pretende lograr la paz está en redescubrirse en sus nobles ancestros, replantear la política de desarrollo y auscultar el camino de lo sagrado en las tradiciones; lo que llevará a un comercio justo, limpio, verde, incluyente y, ante todo, próspero para la vida, en el que no haya lugar para el dominio sobre las especies o la genética de los seres vivos, sobre el agua o el aire, y que haga de la tierra un bien común, respetando la propiedad, pero compartiendo su beneficio. Esta propuesta seguramente abrirá los mercados de aquellos consumidores responsables o con causa, dejándoles los mejores réditos a quienes los necesitan y permitiendo acercarse a una sociedad más justa y equitativa.

Estos propósitos son claros para la iniciativa del comercio justo; el fundamento de la solidaridad supera, como se dijo, la simple cooperación, convoca la conciencia que se debe tener con respecto a la condición en que se encuentran los demás y el entorno, y rechaza, con mecanismos alternativos, un *statu quo* opresivo, excluyente, discriminatorio, depredador e irresponsable.

Así las cosas, la Organización Mundial del Comercio Justo (WFTO) establece los siguientes diez principios, que se constituyen en imperativos para toda organización que forme parte de la iniciativa:

11.3 Creación de oportunidades para productores en desventaja

La Organización Mundial del Comercio Justo reconoce la pobreza como uno de los males que afecta a la humanidad; por tanto, reducirla es uno de sus

objetivos. Sobre este tema es importante tener en cuenta lo expresado por Jeffrey D. Sachs: “Actualmente, más de ocho millones de personas mueren cada año en el mundo porque son demasiado pobres para sobrevivir (...)”¹⁴.

A manera de corolario, vale la pena resaltar las siguientes palabras de este mismo economista:

La cuestión no es predecir lo que sucederá, sino contribuir a forjar el futuro, Esa tarea es colectiva: les corresponde a ustedes tanto como a mí. Si bien los libros de texto de introducción a la economía preconizan el individualismo y los mercados descentralizados, nuestra seguridad y prosperidad dependen, por lo menos en la misma medida, de decisiones colectivas para combatir las enfermedades, promover la ciencia constructiva y la educación generalizada, y actuar al unísono con el fin de ayudar a los más pobres entre los pobres¹⁵.

La pobreza, como un signo más del capitalismo, ha sido analizada por muchos con la firme intención de ponerle fin, pero queda claro que este problema se hace incomprensible para quien todo lo tiene y pretende explicarla desde la perspectiva académica; en la pobreza las razones y la inteligencia no son virtudes, se hacen necesarias para superarla, poniendo a prueba toda dignidad no reconocible. Abhijit V. Banerjee y Esther Duflo se refieren a cinco lecciones en torno a la pobreza, que se resumen a continuación.

1) en la pobreza no se puede acceder a información fundamental que ha de salvaguardar incluso la vida; 2) los pobres son responsables de todas las decisiones que ellos mismos deben tomar, existiendo, por obvias razones, un gran margen de error, mientras que los ricos son beneficiarios de las decisiones que otros toman por ellos; 3) los mercados no tienen en cuenta a los pobres, no son para ellos, de allí que iniciativas como el banco de los pobres y las empresas sociales sean un éxito rotundo; 4) la pobreza no debe predestinarse a ello o al fracaso; 5) hay que confiar en los cambios a partir de las pequeñas cosas y renunciar a la condena.

Por consiguiente, este primer principio que plantea la Organización Mundial del Comercio Justo busca materializarse, erradicando la pobreza y apoyando

¹⁴ SACHS, Jeffrey. El fin de la pobreza. Bogotá: Random House Mondadori, 2007, pp. 25-27.

¹⁵ *Ibíd.*

a los desfavorecidos o pequeños productores, cuya iniciativa emprendedora sea fruto de la familia, la independencia o las agrupaciones asociativas o cooperativas, lo que las lleva a ser autosuficientes y propietarias.

11.4 Transparencia y responsabilidad-rendición de cuentas

Al respecto, vale la pena traer a colación las palabras de Thomas Friedman, quien se refiere a la *cleptocracia* como una característica penosa de los países menos favorecidos, donde ciertos círculos, de manera connivente, se asocian con las *corporatocracias*¹⁶ para lograr beneficios comunes, de espaldas a las necesidades reales de los pueblos y de las gentes menos favorecidas; lo que conduce a la imperiosa tarea de velar por los intereses de todos a través de mecanismos que trasciendan las simples reglas de gobierno corporativo para entender que la veeduría y el recelo por lo común merecen todo rigor. En este sentido, la Organización Mundial del Comercio Justo deja en claro que su proceder será transparente, de cara a los actores del comercio justo, y que será responsable, sensible a toda necesidad y celosa de la información confiada, pero siempre informando.

Este principio invita a reflexionar sobre las reglas comunes de los mercados convencionales, aquellas que dejan a sus propias variables de demanda y oferta la determinación de los precios, pero por todos es conocida y, de cierta forma, aceptada la especulación, como mecanismo de determinación de precios; ya sea porque se ofrecen más bienes y servicios con el fin de bajar la presión sobre los precios o porque se retienen de manera engañosa para propiciar el efecto contrario, su alza en el mercado. Al respecto, cabe recordar dos casos históricos de gran trascendencia: la crisis del petróleo en los 70 y la del café a finales de esa misma década.

En años recientes, en el caso de los bonos *subprime*, producto del sector financiero de los Estados Unidos, emitidos por los bancos más prestigiosos del mundo y sujetos a reglas de oro de la Reserva Federal del Tesoro (como muy seguramente serían las propias del gobierno corporativo), la acreditación a estándares internacionales de calidad y servicio, y la observación de la constitución y las leyes de ese país no impidieron su emisión, ante la indiferencia de más de uno de los más reconocidos banqueros, sin importar que con ello

¹⁶ PERKINS, John. Confesiones de un gánster económico. Barcelona: Urano, 2005.

perjudicaran al mundo entero y llevaran a los más desfavorecidos a perder los ahorros de toda su vida. Estas circunstancias implicaron la participación de autoridades y consumidores ávidos de riqueza o mejor rentabilidad, que, confiados todos en la portentosa operación de este sector, subestimaron la realidad especulativa hasta el día en que amanecieron quebrados.

Esta última crisis financiera global de 2007 fue tan desastrosa que aún se sienten sus efectos, pues el gobierno, connivente con los bancos, les lanzó un salvavidas de novecientos mil millones de dólares, a pesar de tener que expropiar a quienes no tenían la posibilidad de pagar las hipotecas y vieron perder sus ahorros.

Estas prácticas demuestran que la estabilidad de cualquier mercado depende de la transparencia y responsabilidad, puesto que el hecho de rendir cuentas no consiste simplemente en cumplir con los mandatos de la Ley, sino que exige la consumación real de los beneficios, sin encubrimiento alguno que los distorsione o los distraiga; por ello, la iniciativa de crear mercados no convencionales es algo más que inteligente, es necesaria para, en la medida de lo posible, erradicar la pobreza y mitigar sus efectos perversos hacia el futuro. En este sentido, la responsabilidad entraña algo más que el fuero nacional o estatal, trasciende esos límites para comprender la comunidad global y su entorno y, finalmente, la propia existencia.

Al respecto, es importante tener en cuenta que, en el siglo XXI, la responsabilidad dejará de ser un concepto que se le exija exclusivamente al Estado o a la comunidad internacional representada en la COP 21, el G7 o el G20; estos actores están siendo rebasados por las fuerzas de las comunidades humanas que, a través de medios de comunicación de última generación, cuentan con mayor capacidad de reacción y de convocatoria. Actualmente, las redes sociales reúnen a personas cada vez más inquietas e inteligentes que, una vez superadas las fronteras físicas, se agrupan compartiendo códigos éticos y morales, retando de esa manera a las democracias vigentes para legitimarse mediante el diálogo permanente entre gobernantes y gobernados; siendo estos últimos quienes, efectivamente, legitiman cualquier iniciativa de gobierno, basando sus decisiones en la responsabilidad que corresponde a la realización del bien común¹⁷.

¹⁷ BERGGRUENN, Nicolás y GARDELS, Nathan. *Gobernanza inteligente para el siglo XXI*. Bogotá: Alfaguara, 2012, p. 125.

Así, el principio de transparencia se concatena con el deber de información; no solo del relacionado con los mercados, que reivindica los derechos de consumidores y usuarios, sino que ha de llegar a la transversalidad de todos los sectores, económicos, sociales, culturales, entre otros, que impliquen la expresión de la dignidad de la vida misma, como expresión de cualquiera de los seres vivos de este planeta. Por tanto, la transparencia alude precisamente a eso, a informar a tiempo y de forma adecuada con el fin de conocer la verdad, sea cual fuera, a estar enterado para legitimar los mercados, los gobiernos y las conductas; de lo contrario, no queda otro camino que continuar con la desazón de favorecer a minorías, en perjuicio de los demás. Con respecto a lo anterior, el maestro Byung-Chul Han expresa lo siguiente:

Transparencia y verdad no son idénticas; esta última es una negatividad, en cuanto se impone e impone, declarando falso todo lo otro. Más información o una acumulación de información por sí sola no es ninguna verdad, falta la dirección, a saber, el sentido. Precisamente, por la falta de la negatividad de lo verdadero se llega a una pululación y masificación de lo positivo. La hiperinformación y la hipercomunicación dan testimonio de la falta de verdad, e incluso de la falta de ser. Más información o más comunicación no elimina la fundamental imprecisión del todo, más bien, la agrava¹⁸.

Estos principios son los que deben empezar a reclamarse en relación con las tendencias modernas del comercio justo; no basta con las simples políticas de gobierno corporativo y de responsabilidad social, pues la escuela, el puesto de salud o el parque para los niños no acaban con el daño a los ecosistemas que causa la explotación a cielo abierto del carbón ni restablecen las culturas indígenas diseminadas por las hidroeléctricas ni les devuelven la vida a quienes han fallecido de cáncer debido a la exposición al asbesto, al humo del cigarrillo, a los talcos, etc.

Este es el momento de un comercio no convencional, fundado en la transparencia y en la responsabilidad, que supere con creces la inoperancia de los estados, porque, finalmente, muchos de sus gobernantes han cedido las nobles causas de la política a la ya mencionada *corporatocracia*; para nadie es un secreto el poder de *lobby* que tienen las más grandes compañías del

¹⁸ HAN BYUNG-CHUL. La sociedad de la transparencia. Barcelona: Herder, 2013, p. 23.

mundo de infiltrar los corredores de los palacios legislativos y de gobierno¹⁹. Por ello, este es el tiempo propicio para un mercado que no renuncia al lucro, sino que lo distribuye de manera equitativa y vela por todas las dignidades.

Este principio, que hace confluir varios en uno solo, pretende el consenso en la toma de decisiones y la participación de los actores de la cadena de valor del comercio justo, dado que los empleados, productores e intermediarios han de ser, en últimas, los grandes beneficiarios, sin separar de estos beneficios a la humanidad misma.

11.5 Prácticas comerciales justas

Hoy en día, fenómenos como las prácticas restrictivas de la libre competencia, como el caso de los acuerdos sobre precios o de acceso a los mercados, demuestran que no se trata de un problema aislado; por el contrario, ha comprometido sus propios fines desde que estas prácticas se han venido ejerciendo, pues ¿quién retornará los mayores costos sobre bienes y servicios puestos en el mercado mediante estas políticas?

Colombia ha dado muestras de no ser ajena a las prácticas restrictivas de la libre competencia tanto en el ámbito local como internacional; este es el caso de los pañales, el cemento, la telefonía celular, el sector financiero y el azúcar, y habrá que ver qué otros productos más. La legislación que regula la materia se mantiene intacta²⁰; siendo complejo probar las conductas mencionadas, la administración debe aplicar el principio de oportunidad a quien se autoacuse y denuncie a los demás copartícipes para, de esa manera, no ser sancionado o condenado gravemente. El único y principal perjudicado resulta siendo el pueblo inerme e inocente con respecto a estos tratos que parten del engaño y del abuso propio de las posiciones dominantes o fuertes en el mercado. En el ámbito internacional se juega de la misma manera, se privilegian intereses, en perjuicio de los pueblos; como en el caso de la seguridad alimentaria en relación con el dominio de la genética.

Los gravámenes a las importaciones de países menos favorecidos, el rompimiento y constante violación de la igualdad en los mercados, el trato nacional y la nación más favorecida, así como el comercio sin discriminaciones,

¹⁹ SACHS, Jeffrey. El precio de la civilización. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2012, p. 145.

²⁰ Decreto 2153 de 1992.

terminan siendo definitivos en el marco referente al comercio mundial²¹, y en la práctica se siguen imponiendo barreras discriminatorias que alejan a los pueblos de un comercio justo y equitativo.

Muchos, entre ellos el expresidente de México, Ernesto Zedillo²², cuestionan la eterna e inconclusa agenda *Doha* del Sistema Multilateral de Comercio (OMC), puesto que, a la fecha, continúa siendo una agenda por desarrollar y sobre la cual no hay decisiones tomadas; esta busca reivindicar los derechos de los países africanos y de menor desarrollo económico, a partir de la exportación libre de sus productos a los países más desarrollados.

La Organización Mundial del Comercio Justo sustenta este principio en el bienestar social, económico y ambiental, reconociendo a los pequeños productores con miras a lograr para ellos un estado de bienestar, de modo que sus productos o provisiones sean debida y oportunamente pagados, con previo acuerdo de las condiciones propias de calidad, cantidad y oportunidad.

En lo que respecta a las artesanías, se ha establecido como estándar el pago del 50% del producto, con antelación a la orden de compra, lo que también ocurre con los alimentos; en los dos casos, con derecho a cobrar intereses razonables que no excedan los comunes pagados por las partes a terceros, pero las partes pueden acordar no cobrarlos.

Puede presentarse el caso de que la compra ordenada no cumpla con las especificaciones, ya sea de calidad, cantidad u oportunidad; evento ante el cual el comprador siempre agotará el diálogo con su proveedor a fin de verificar si hay lugar o no a una convalidación sobre la compra²³. En todo caso, se permite el reconocimiento del esfuerzo del artesano o productor,²⁴ a manera

²¹ Acuerdo General de Aranceles y Comercio de 1947, incluido en el Acuerdo de Marrakech de 1994, que da origen a la Organización Mundial del Comercio, OMC.

²² BERGGRUENN, Nicolás y GARDELS, Nathan. Op. cit., p. 24.

²³ Típica aplicación del principio estoppel o de convalidación, previsto en los UNIDROIT, y que busca mantener el negocio y la relación comercial entre las partes, que se prestan al arreglo sobre los incumplimientos parciales en calidad, cantidad u oportunidad.

²⁴ Típica aplicación del principio por el cual debe hacerse menos gravosa la situación del deudor, pues en latitudes como esta es normal pensar ante el incumplimiento en las sanciones por mora y, por qué no, en la cláusula penal sin perjuicio de ejercer la acción resolutoria, que, como bien es sabido, persigue también la indemnización de los perjuicios.

de compensación, siempre y cuando la cancelación o rechazo del pedido no sea atribuible al proveedor.

Es claro que este principio, más que propender a la preservación de las relaciones comerciales, busca crear para las partes un vínculo más allá de lo obligacional; es decir, reforzar la solidaridad como fundamento de toda relación humana, como valor que se consolida en la confianza y el respeto común.

El resultado de ello es el fortalecimiento de las redes de comercio justo, aquellas que, a finales de los 60, rechazaban las prácticas discriminatorias y vejatorias en relación con los países de menor desarrollo económico relativo; pues su meta es el beneficio, como expresión eficaz de las relaciones entre los seres humanos que supera las barreras de los propios estados, e incluso puede imponerse sobre el estándar de los mercados para constituirse en fueros alternativos de comunidades debidamente cohesionadas mediante propósitos nobles y, más que altruistas, solidarios. En ese entonces implicaban una gran revolución, la misma que está por acercarse al capitalismo social y responsable, antes de dar el paso a instancias de mayor complejidad, pero de plena realización de los derechos de la vida²⁵.

Estos propósitos también salvaguardan las tradiciones y la cultura porque, por ejemplo, las artesanías, al establecerse un comercio justo, se conocen, reconocen y aprecian en otras latitudes, y se consolidan como expresión propia de una cultura.

11.6 Pago de un precio justo

Hablar de precios justos conlleva necesariamente la paradoja de los economistas neoclásicos defensores de los sistemas económicos que se rigen por la racionalidad, la ambición y el equilibrio. De este modo, pareciera no haber otra alternativa para los mercados convencionales, pues en ellos se obligaría como propósito de estado la regulación y la consecuente supervisión con el fin de satisfacer las necesidades de la población y mantener las reglas “justas” del mercado; es decir, que no haya competencia desleal, no se incurra en prácticas restrictivas de la libre competencia y no se vulneren los derechos del consumidor de bienes y servicios.

²⁵ Vale la pena mencionar a RIECHMAN y FERNÁNDEZ BUEY. Redes que dan libertad. Buenos Aires: Paidós, 1994, pp. 80-101.

Sin embargo, ¿cómo se logra que los empresarios no acuerden en perjuicio de las partes débiles de las relaciones de mercado? La respuesta no se hace esperar: emancipándose del estándar, buscando mercados no convencionales, solidarios y responsables, en donde el precio sea fruto del acuerdo entre todos los actores que intervienen para poner el bien en el mercado; este diálogo necesario no desconoce los costos, entre los cuales han de contarse los propios del interviniente, y que, de ninguna manera, comprenden el abuso o el enriquecimiento sin causa, ya que, en este caso, la causa está determinada por la solidaridad y la intención firme de erradicar la pobreza²⁶.

Este principio se encuentra bien resumido en la página web de la Organización Mundial del Comercio Justo:

El pago justo significa la provisión de una remuneración socialmente aceptable (en el contexto local), considerado justo por los mismos productores, y que tiene en cuenta el *principio de pago igual por trabajo igual tanto para las mujeres como para los hombres*.

11.7 No al trabajo infantil y al trabajo forzoso

La Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, establece claramente que se entiende como tal toda persona menor de 18 años; no obstante, se comienzan a concebir relativismos al respecto para determinar responsabilidades sociales que en la actualidad agobian cada vez más a las sociedades, como la cuasi capacidad del menor adulto y su responsabilidad penal, aunque sea tratada especialmente. Sin embargo, así lo establece la referida convención al permitirles a los estados miembros su regulación.

En el artículo 22 se advierte lo siguiente: *“Los estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.*

²⁶ En este caso, la onerosidad excesiva en los contratos tradicionales se constituye en principio que legitima a la parte afectada para revisar las prestaciones, encontrando en el diálogo la convalidación o la compensación, de probarse la desproporción; de manera que, en estos tiempos, el *animus lucrandi* no es suficiente razón ni fuente del derecho comercial. Este es un siglo de acceso a la información; por tanto, los mercados no son desconocidos ni mucho menos los precios medios de bienes y servicios.

Precisamente, en el ejercicio del diálogo continuo y la debida información, todas las organizaciones de comercio justo velan por la realización de los derechos del niño, verificando el cumplimiento de lo previsto en la convención y en las leyes nacionales, regionales o subregionales que afecten en particular el asunto; de suerte que, si se llegara a evidenciar la participación de los niños en procesos productivos, ha de velarse por que a ellos no les afecte, dado que, en muchos casos, este hecho forma parte de la cultura propia de los pueblos o de sus comunidades, donde el proceso productivo de una artesanía involucra a todos los miembros del grupo²⁷.

En la actualidad, el caso de China, África y los países en conflicto causa indignación, por cuanto, de manera flagrante, se vulneran los derechos de los niños; estos son forzados a enfrentarse unos contra otros, son usados como escudos de batalla y, lo que es peor, son arrancados de su seno familiar a temprana edad para ser encausados en el conflicto, lo que lleva a la deshumanización de su futuro a partir de la guerra y del odio, incluso hacia sus congéneres por ser considerados “enemigos”.

Desde esta perspectiva, resulta obvio el repudio y el rechazo, pero ¿qué ocurre en algunas latitudes donde la deslocalización productiva deja grandes utilidades justamente porque la fuerza de trabajo la aportan los niños? El líder paquistaní contra el trabajo infantil, Ehsa Ullah Kahn, le manifestó, el 28 de abril de 2015, al diario Canarias Ahora que el 100% de la producción de Zara en Asia era resultado del trabajo infantil²⁸. Ehsa Ullah Kahn especificaba la cifra de trabajo y esclavitud infantil, aproximadamente 400 millones de niños alrededor del mundo, e invitaba a dejar de comprar en las tiendas que aceptan de alguna manera el trabajo forzoso de los niños.

Sin ahondar en otros datos que pueden escocer las entrañas de quienes son fieles a los valores humanos, cabe resaltar que, en efecto, el comercio justo vela por los derechos de los niños y sus procesos se llevan a cabo con transparencia; los monitorea y los hace públicos para garantizar que, en ningún caso, se vulneren los derechos propios de la dignidad de los menores.

²⁷ Véase el caso del sombrero vueltiao en Colombia, donde la comunidad zenú gravita en torno a la producción de este artículo, y guarda su tradición en la experiencia y la oralidad.

²⁸ http://www.eldiario.es/canariasahora/sociedad/esclavitud-infantil-trabajo-Asia-ninos_0_382161784.html

11.8 Compromiso con la no discriminación, la igualdad de género y el empoderamiento económico de la mujer y la libertad de asociación

El comercio justo no discrimina a nadie por razones de edad, raza, religión, clase social, nacionalidad, membresía sindical, afiliación política, género, orientación sexual, discapacidad o VIH/SIDA, en el momento de emplear, compensar, entrenar, promover, despedir o jubilar.

A su vez, promueve la igualdad de género, en la que tanto mujeres como hombres accedan en las mismas condiciones a los recursos necesarios para hacerlos productivos y participativos en la toma de decisiones. Los comienzos de la igualdad de género se remontan a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que defiende el trato igualitario entre las personas en todos los aspectos de su vida; en particular en lo legal, lo cultural, lo laboral, lo social y lo político, sin que haya lugar a discriminación alguna.

La Universidad Nacional Autónoma de México introduce el concepto de equidad de género, refiriéndose con ello “a que las mujeres y los hombres gozan de condiciones iguales en el ejercicio pleno de sus derechos humanos, en cuanto a su posibilidad de contribuir al desarrollo nacional, político, económico, social y cultural, y de beneficiarse de sus resultados” (<http://www.iimas.unam.mx/EquidadGenero/>)²⁹.

La Organización Mundial del Comercio Justo permite la participación de la mujer como miembro activo en la toma de decisiones, teniendo acceso al liderazgo de sus instituciones; las mujeres reciben igual pago por trabajo igualitario, sin perjuicio de considerar las circunstancias propias de salud y seguridad, en relación con su embarazo o maternidad.

Asimismo, la organización respeta el derecho de libre asociación sindical y las negociaciones; de modo que, en aquellos países o lugares en que estos derechos sean restringidos, se permite la negociación directa con los empleados asociados de manera independiente, asegurando que esos trabajadores sindicalizados no sean discriminados. Si bien la tutela de estos derechos es parte del fuero local o nacional, la Organización del Comercio

²⁹ http://www.sdei.unam.mx/equidad_genero.html

Justo vela por que sean respetados y verifica que sean estimados por sus empleadores o por los regímenes donde se encuentran establecidos.

La Organización Internacional de Trabajo reconoce la libertad sindical como un valor que se constituye en eje; este derecho se encuentra consagrado en la Constitución de la OIT de 1919, en la Declaración de Filadelfia de la OIT, de 1944, y en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998. Entendida la libertad sindical como una libertad de asociación, también debe tenerse en cuenta lo previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Además, la Organización Mundial del Comercio Justo tiene en cuenta el cumplimiento de los diferentes ordenamientos que rigen el derecho sindical; entre otros, se encuentran los siguientes:

- Convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948.
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.
- Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971.
- Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975.
- Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978.

En conclusión, hoy en día no es posible emular, proteger o privilegiar a aquellos empresarios que cercenan una de las expresiones excelsas del ser humano, la de asociarse y sindicalizarse en un sistema económico; este derecho, sin duda, siempre acude a la dignidad como sustrato de sus reivindicaciones. Por ello, aquellos que no honran sus compromisos humanos merecen el repudio social, debido a sus prácticas indignas, que se manifiestan en las relaciones económicas y laborales.

En el marco del comercio mundial, y en el de una globalización apurada por lo económico, es necesario tener en cuenta los derechos laborales y las relaciones dignas, puesto que el trabajador es el sustrato de toda sociedad y aparato económico; merece la tutela de sus derechos, no como un mínimo, sino como la realización del derecho del ciudadano que convive y coexiste en paz, en libertad, y con todas sus necesidades satisfechas.

11.9 Garantizar buenas condiciones de trabajo

Este principio lleva a recordar el desastre ocurrido en Bangladesh, bien llamado por algunos la tragedia de los talleres de la miseria, aludiendo al colapso de una edificación en abril de 2013, en el que perdieron la vida 300 personas a causa del hacinamiento y la defectuosa calidad de la construcción que les servía de lugar de empleo. La exhibición de la etiqueta *Made in Bangladesh* debería ser sinónimo de indignidad, pues no se puede entender cómo las empresas occidentales no exigen condiciones de calidad en los lugares de trabajo de quienes fabrican sus productos, cómo la lógica se reduce al simple análisis de unos costos y al propósito de optimizar los recursos financieros en una relación donde el gran perdedor es el ser humano; la codicia no puede ser una razón para justificar la inteligencia de quienes, en su *cost arbitrage*, vilipendian los derechos humanos.

El lugar de trabajo de la Organización Mundial del Comercio no puede menos que cumplir y verificar que se cumplan las condiciones de seguridad exigidas y el ambiente sano de todos aquellos que forman parte de la red o de la organización. Al respecto, no está de más reflexionar sobre las condiciones de trabajo que muchos deben enfrentar día a día para lograr satisfacer sus necesidades mínimas; transportes inseguros y contaminantes, locaciones en mal estado, servicios de salud pública insuficientes y poco efectivos, etc.

Además de no contar con políticas públicas que les garanticen un empleo estable, un sinnúmero de seres humanos trabajan hasta 20 horas al día, fraccionándose para mejorar sus ingresos y calidad de vida. ¡Cuántos tienen que consentir el trabajo de sus hijos para sobrevivir y, en muchos casos, se juegan incluso la vida, al exponerse a elementos nocivos para su salud! Es urgente concitar a la humanidad a la reflexión responsable sobre las expectativas en torno a la vida, que merece ser vivida en las mejores condiciones, sin confundirlas con las mejores comodidades o con el lujo, pues estos últimos son, en muchas ocasiones, depredadores de la vida misma y el acceso a ellos puede costar el futuro.

Colombia, que goza de verdaderas ventajas con respecto a su biodiversidad, merece políticas públicas alrededor del *Made in Colombia*, como sinónimo de productos y servicios responsables, preservacionistas, incluyentes, verdes, orgánicos, naturales, etc.; ahora es posible rescatar el paisaje

como la mejor fuente de trabajo y el mejor y más sano ambiente laboral, mientras a nadie se le ocurra emprender el desarrollo involutivo hacia la destrucción.

11.10 Desarrollo de capacidades

El comercio justo toma del desarrollo los impactos positivos con el fin de volverlos ventajas para los pequeños o discriminados productores, haciéndose necesaria la capacitación y el desarrollo de habilidades más competitivas (si se admite este calificativo) en el comercio justo mundial, al agregar valor o innovar, como criterios de la competitividad. Según Michael Porter, esta radica en un cambio de paradigmas porque la tradición y la cultura pueden constituirse en sí mismas como innovadoras o agregados.

Colombia, un país cuya vocación agrícola todavía cuenta con tierras no nitrogenadas, es decir, altamente productivas, puede emprender su cultivo con especies nativas, de manera orgánica y limpia, y hacerse a un sello verde, agregándole valor con el trabajo comunitario de la población desplazada y vulnerable para buscar redes de comercio justo y lograr así la inclusión, la equidad y la prosperidad.

Además, es necesario llamar la atención con respecto a la riqueza étnica del país, que, basada en la tradición y en la cultura, ha venido atesorando un conocimiento ancestral que honra la inteligencia natural, reconociendo en los procesos productivos de la tierra sus momentos y garantizando de esa manera una supervivencia digna y consecuente con las necesidades de la población. Desafortunadamente, el consumo irresponsable ha creado estereotipos negativos en relación con el bienestar; se han trocado los valores de algunas comunidades por simples monedas ilusorias que distraen la difusión y preservación de conocimientos tradicionales. Sin embargo, la tradición oral aún se conserva en muchas de esas culturas o etnias, garantizando así el reconocimiento de mitologías y visiones de mundo.

La academia es cada día más consciente de la necesidad de desarrollar las habilidades a partir de procesos convencionales; no obstante, el conocimiento ancestral ha demostrado que tiene fundamentos válidos, seguramente no científicos, pero exitosos. Este es el caso de la explotación de la tierra y su mantenimiento productivo generación tras generación, que, confrontado con la agroindustrialización, resulta quizá menos efectiva,

pero más provechosa, si se tiene en cuenta que garantiza la productividad de la tierra hacia el futuro. En el caso de la industria agrícola, el abuso de los abonos químicos y de los pesticidas altera los ecosistemas y aumenta los niveles de nitrógeno en la tierra, anulando la posibilidad de cultivarla³⁰.

11.11 Promoción del comercio justo

Así como todo modelo convencional de comercio se difunde a partir de los acuerdos de alcance total y parcial, esto es, integraciones regionales, subregionales o universales, en el marco del Acuerdo General de Aranceles y de Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), incluido en el Acuerdo de Marrakech de 1994 que da origen a la Organización Mundial del Comercio, es necesario que la Organización Mundial del Comercio Justo difunda también sus principios, que, a diferencia de los previstos en la OMC, no conllevan sanciones porque no son observados, sino acogidos por identidad de causa, no por confrontación de posiciones individualistas y fundamentalmente liberales en lo económico; no se miden por las consecuencias que sobre la humanidad o la vida puedan traer esas componendas de excesos y de consumo inconsciente e irreflexivo manejado al antojo de quienes crean necesidades.

La honestidad, como valor de la información, no pretende convocar al consumo sin causa ni mucho menos de manera irresponsable; en realidad, se acude a la solidaridad como vínculo que no se impone, se comparte y se anuncia como necesario para preservarse y realizarse en todas las dignidades inherentes a la vida misma. Incluso la muerte, como expresión de la vida, adquiere dignidad y solidaridad; no es una alternativa, es una necesidad de la especie humana que se postra ante su aparente autodestrucción, es el momento de la decisión.

Vale la pena continuar con las palabras de Jeffrey Sachs:

Los medios de comunicación, intereses corporativos fundamentales, y los políticos constituyen ahora una red de interconexiones y poder sin fisuras diseñada para perpetuarse por medio de la incesante fabricación de ficciones. Los medios trafican con fantasías, y esas fantasías llevan a más conductas adictivas, incluyendo la fijación con esos mismos medios de comunicación³¹.

³⁰ En este sentido, vale la pena hacer referencia al video de Jeffrey Sachs, “El desafío sustentable”.

³¹ SACHS, Jeffrey. Op. cit.

En cuanto a este tema, no hay duda de que el sistema multilateral de comercio de la OMC lleva a cabo sus propósitos a través de los medios de comunicación, pues, aunque no lo haga directamente, los empresarios se valen de estos para expandir cada vez más su hegemonía; tanto así que hoy los procesos de fusión o adquisición de control de grandes multinacionales o transnacionales están servidos sobre la mesa. Actualmente es más común reconocer a un grupo económico como propietario de un sinnúmero de productos y servicios dispuestos en el mercado; el consumidor ingenuo escoge, sin saber que, independientemente de su elección, está beneficiando a la misma casa matriz que ejerce el control sobre las marcas.

El caso de Volkswagen, que debió impactar duramente la industria, no pasó de ser un tema simple asociado a la marca, pero pareció dejar ver que el grupo comparte plataformas productivas sobre otras marcas con las que ejerce un dominio real en el mercado automotor.

11.12 Respeto por el medio ambiente

Tal vez, cuando la humanidad afronte los fallos del mercado que nos han llevado a descontar de una forma tan drástica nuestro futuro, también consideraremos cada vez más la supervivencia de nuestro propio superorganismo –de nuestra civilización global– como el criterio para establecer una tasa de descuento y un horizonte de beneficios apropiados para el sistema de mercado. De hecho, lo que parece decirnos la teoría del inversor universal es que habría que regular los mercados, que son tan importantes para nuestro superorganismo, a fin de garantizar el futuro de Gaia, aunque esto signifique limitar los beneficios a corto plazo de las sociedades anónimas y de los individuos³².

Esta reflexión debe acompañarse de los propósitos universales comprendidos en el Protocolo de Kioto, suscrito el 11 de diciembre de 1997, que entró en vigor apenas en febrero de 2005, sin que a la fecha Estados Unidos, el mayor emisor de gases que propician el calentamiento global, lo haya ratificado. El objetivo de Kioto fue reducir progresivamente la emisión de gases de efecto invernadero; sin embargo, desde 1997 a la fecha, el efecto ha sido el contrario; parece que el interés deslocalizador de los aparatos productivos de occidente en China, India, África y otros países de oriente vino a realizarse en estas

³² FLANNERY, Tim. Aquí en la Tierra. Madrid: Santillana, 2011, p. 259.

dos décadas, aplazando el cumplimiento de las reducciones en las grandes potencias, de modo que, cuando la norma se haga exigible, ya hayan trasladado sus aparatos productivos a esas economías florecientes para que sean ellas las responsables, aunque fabriquen todo para las empresas de occidente.

El COP 21, llevado a cabo a finales de 2015, es otro fracaso porque la realidad científica sobre el calentamiento global no se acompasa con la realidad política y de desarrollo industrial; resulta iluso pensar que reducir en dos grados centígrados la temperatura de la Tierra sea posible, debido a que los hábitos de consumo y la codicia alejan la meta. Este hecho ha sido reconocido por muchos científicos y políticos, y por la misma Christiana Figueres³³ al final de la cumbre. El objetivo, en efecto, se encuentra lejos, máxime si se tiene en cuenta que el acuerdo logrado está sujeto a ratificación para que sea vinculante, al menos por los países que emitan el 55% de los gases con efecto invernadero; de lo contrario, mantendrá su ineficacia, como ha sido la constante en todos los acuerdos de similares intenciones.

La Organización Mundial del Comercio Justo procura establecer prácticas responsables en el uso de insumos que tengan origen sustentable y de productores locales, acudiendo a precursores de energía limpios y responsables, así como al uso adecuado y sostenible de los desechos.

Por tanto, los actores del comercio justo tienen clara su misión con respecto al ecosistema, al futuro de las especies y al de la Tierra. El recurrir, entonces, a prácticas sostenibles, responsables, limpias e incluyentes agrega valor a los productos y privilegia su consumo, generando una sinergia e identidad en la causa que gratifica y beneficia a unos y a otros.

Conclusiones

1. Ante las problemáticas de desigualdad, corrupción, depredación, pobreza y exclusión, entre otras, los paradigmas relativos al desarrollo económico obligan a replantear el sentido y propósito del comercio. Esto conduce a la reflexión necesaria sobre el futuro de la vida, más que el de la especie humana, puesto que, como determinadores de la historia, los seres humanos han demostrado no ser los mejores; debido a que el abuso de los

³³ Secretaría Ejecutiva de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)

- derechos, tanto de los congéneres como de los de otras especies, y de la vida en sí, ponen de manifiesto, sin duda, que el hombre se ha equivocado.
2. Las iniciativas sociales que pretenden reivindicar los derechos de los menos favorecidos trascienden al Estado como sujeto único del sistema internacional; una prueba de que los movimientos sociales pueden ser más fuertes que el propio Estado, sin controvertir su soberanía, es la de que logran lo que este no ha podido alcanzar, es decir, el beneficio transversal, por encima de los intereses particulares.
 3. Las prácticas maniqueas del poder político y económico no pueden ser razón suficiente para la hegemonía eterna. Es necesario que la solidaridad entre congéneres se haga manifiesta para superar las veleidades de los que creen ser privilegiados por detentar la confianza equívoca de quienes los eligen; se debe encontrar identidad entre el querer de los pueblos y sus líderes.
 4. El comercio justo es una expresión necesaria en contra de la injusticia, la exclusión y la pobreza; pero, principalmente, es la expresión solidaria de quienes sienten la humanidad como una identidad con los demás.
 5. El derecho, como disciplina social, debe empezar a indagar sobre los efectos que los movimientos sociales tienen en relación con las visiones estatales de los diferentes regímenes; puesto que, necesariamente, el diálogo debe mediar para entender que la visión local debe superarse con el fin de comprender, por fuera del sistema internacional, que existen movimientos con causas responsables, más que altruistas o filantrópicas.

Referencias bibliográficas

- BANERJEE ABHIJIT, V. y DUFLO, Esther. Repensar la pobreza. Bogotá: Alfaguara, 2013.
- BERGGRUENN, Nicolás y GARDELS, Nathan. Gobernanza inteligente para el siglo XXI. Bogotá: Alfaguara, 2012, p. 125.
- FIEDMAN, Thomas. Caliente, plana y abarrotada. Barcelona: Planeta, 2010.
- FLANNERY, Tim. Aquí en la Tierra. Madrid: Santillana, 2011, p. 259.
- HAN BYUNG-CHUL. La sociedad de la transparencia. Barcelona: Herder, 2013, p. 23.

PORTER, Michel. Ser competitivo. Bilbao: Deusto, 1999. pp. 289 -349.

SACHS, Jeffrey. El fin de la pobreza. Bogotá: Random House Mondadori, 2007, pp. 25-27.

_____. El precio de la civilización. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2012, pp. 145-178.

STANTON, William J., ETZEL, Michael J. y WALKER, Bruce J. Fundamentos de marketing. México: McGraw Hill, 2014.

YUNUS, Muhammad. Un mundo sin pobreza. Madrid: Paidós Ibérica, 2008, p. 107.

Cibergrafía

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (2017). Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=OyRtG0r>.

El líder contra la explotación infantil que incomoda a las grandes multinacionales (abril de 2015). El Diario.es. Extraído de http://www.eldiario.es/canaria-sahora/sociedad/esclavitud-infantil-trabajo-Asia-ninos_0_382161784.html.

History of fair trade in North America. (2017). Fair Trade Federation. <https://www.fairtradefederation.org/history-of-fair-trade-in-the-united-states/>.

Misión. (2017). WFTO-LA. <http://wfto-la.org/wfto-la/mision-y-vision/>.

RAMONEDA, J. (17 de mayo de 2008). “1968. El año en que se rebelaron los jóvenes en todo el mundo”. En: Clarín [Revista]. Disponible en <http://edant.revistaenie.clarin.com/notas/2008/05/17/01673634.html>.

World Fair Trade Organization Latin America. (2017). WFTO-LA. <http://wfto-la.org/comercio-justo/que-es/>.

Estudios contemporáneos de derecho mercantil se terminó de imprimir en los talleres de Panamericana Formas e Impresos, S.A, en diciembre de 2018.

Para su elaboración se utilizó en páginas interiores papel offset de 70 g y la carátula y contracarátula en pasta dura.

La fuente tipográfica empleada es Warnock Pro pro en 11 puntos en texto corrido y 14 puntos en títulos.

Sin duda alguna, presentar un libro es un reto, más aún en un tema tan amplio y complejo como es el derecho comercial. No obstante, cuando se nos propuso acometer una tarea de tal magnitud, la aceptamos por esa inclinación que nos conduce a los seres humanos a buscar, investigar, indagar y, esencialmente, a conocer. Desde luego, en aquel momento no podíamos saber a profundidad lo interesante o no que podría resultar la obra que teníamos en las manos y, por tanto, lo que nos impresionaba era su título, la denominación de los capítulos que lo integraban y, principalmente, la trayectoria de sus autores que, de antemano, nos llevaban a presagiar la rigurosidad con la que se acercarían a los temas abordados.

Sin más y entendiendo que presentar es dar a conocer algo al público, comenzaremos reflexionando sobre la pertinencia de su título, intentando esclarecer si este refleja su contenido o sólo es una manera de llamar la atención de los lectores.

“Estudios contemporáneos de derecho mercantil”, nombre con el cual los coordinadores y los autores decidieron designar la obra, sugiere primordialmente dos cuestiones: la primera se refiere a la categoría de “Estudios”, indicativa en que cada uno de los capítulos que lo integran es el resultado de un trabajo que implicó conocimiento, análisis y, en especial, la comprensión de uno o más problemas para ofrecer respecto a ellos posibles soluciones, ejercitando el entendimiento individual y, a su vez, moviendo la frontera del conocimiento de la ciencia jurídica.

La segunda categoría sugiere al lector que los objetos de investigación sobre los cuales se basa el libro se relacionan con temas propios de la actualidad y que, por lo tanto, indagar ellos es importante por cuanto ayuda a la construcción de soluciones a retos que enfrenta la sociedad.

ISBN: 978-958-5466-75-3



9 789585 466753