BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

Fundamentos de derecho de los negocios para no abogados

Segunda edición

Marcela Castro de Cifuentes
(Coordinadora)

Universidad de los Andes | Facultad de Derecho

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS PARA NO ABOGADOS

SEGUNDA EDICIÓN

COLECCIÓN

BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

La Colección Biblioteca Jurídica Uniandina se creó en el 2008. Sus publicaciones se destacan por la variedad temática en las áreas de derecho privado, derecho público, derecho penal, derecho internacional, derecho procesal y teoría jurídica. Las obras que acoge son escritas, en su mayoría, por profesores de planta y cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Estos títulos se emplean, en gran parte, como textos-guía en las diferentes asignaturas que componen el pénsum del programa de Derecho de la Facultad.

COMITÉ EDITORIAL

Alfredo Pablo Rey Vallejo, Carlos Julio Giraldo Bustamante,
Diana Durán Smela, Juan Carlos Varón Palomino, Mariana Bernal Fandiño,
Renata Amaya González, Sergio Carreño Mendoza, Mauricio Rengifo Gardeazábal
y Marcela Castro Ruiz (directora de la colección).

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
(Coordinadora)

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS PARA NO ABOGADOS

Universidad de los Andes Colombia
Facultad de Derecho

Nombres: Castro de Cifuentes, Marcela, coordinadora.

Título: Fundamentos de derecho de los negocios para no abogados / Marcela Castro de Cifuentes (coordinadora)

Descripción: Segunda edición | Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | xxx, 762 páginas: ilustraciones ; 17 x 23 cm. | Biblioteca Jurídica Uniandina

Identificadores: ISBN 9789587985634 (rústica) | 9789587985641 (e-book) | 9789587985658 (e-pub)

Materias: Derecho comercial | Obligaciones (Derecho) | Contratos comerciales | Responsabilidad civil | Comercio electrónico

Clasificación: CDD 346.07–dc23 SBUA

Primera edición: octubre del 2023

© Marcela Castro de Cifuentes, coordinadora
© Mariana Bernal Fandiño, Marcela Castro de Cifuentes, María Eugenia Gutiérrez Darwich, Sergio Carreño Mendoza, Carlos Julio Giraldo Bustamante, Nelson Remolina Angarita, Danilo Romero Raad, Fernando Peña Bennett, Tatiana González A., Pablo Rey Vallejo, Margarita Gómez Ordóñez, Nicolás Rico Álvarez, Daniela Páez Cala, autores
© Susana Fandiño Reyes por el diseño de las ilustraciones del capítulo 1
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Cra. 1.ª n.° 18A-12, bloque Tm
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 601 339 49 49, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
ediciones@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-563-4
ISBN *e-book*: 978-958-798-564-1
ISBN e-pub: 978-958-798-565-8
DOI: http://dx.doi.org/10.15425/2022.736

Corrección de estilo: Johana Haydee Forero Rodríguez
Diagramación interior y cubierta: Angélica Ramos Vargas

Impresión:
Imageprinting Ltda.
Carrera 27 n° 76-38
Teléfonos: 6016311350-6016311736
Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación
Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total ni parcialmente, ni registrada o transmitida por un sistema de recuperación de información, de ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo y por escrito de los editores.

Contenido

Lista de recursos gráficos xxv

Presentación 1

Capítulo I

Conceptos fundamentales del derecho

Mariana Bernal Fandiño

¿Qué es el derecho? 4
Derecho objetivo 4
Derecho subjetivo 8

Fuentes del derecho 12
¿Cuáles son las fuentes del derecho? 13

Aplicación del derecho 16
La aplicación de la ley en el tiempo 16
La aplicación de la ley en el espacio 18

Las personas y el derecho 19
Diferencia entre las personas naturales y jurídicas 19
Atributos de las personas 20

Ramas del derecho 23
¿Qué es el derecho público? 23
¿Qué es el derecho privado? 24

Conclusiones 25

Casos y preguntas 26

Bibliografía 26

Capítulo II

Fundamentos de las obligaciones

Marcela Castro de Cifuentes
María Eugenia Gutiérrez Darwich

Noción y elementos de la obligación 29

Principales clases de obligaciones 30
Según el objeto 31
Según los sujetos 35
Según el vínculo jurídico 37
Según el régimen legal aplicable 38

Fuentes de las obligaciones 39
El acto jurídico como fuente de obligaciones 40
El hecho ilícito como fuente de obligaciones 42
La ley como fuente de obligaciones 43
El enriquecimiento sin causa 44

Efectos de las obligaciones 45
Efectos principales 47
Medidas auxiliares 48

Transmisión de las obligaciones 51
Sucesión por causa de muerte 52
Mecanismos de transmisión entre vivos 54

Extinción de las obligaciones 57
Pago o cumplimiento 58
Novación 59
Compensación 59
Remisión o condonación 60
Confusión 60
Prescripción extintiva o liberatoria 61
Imposibilidad de ejecución 62
Otros modos: mutuo acuerdo (expreso o tácito), revocación, declaración judicial de nulidad, de simulación, de lesión enorme, condición resolutoria y transacción 63

Preguntas y problemas 65

Bibliografía sugerida 67

Bibliografía 67

CAPÍTULO III

CONTRATOS: CONCEPTOS FUNDAMENTALES

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
SERGIO CARREÑO MENDOZA

Noción 69

Contratos civiles y comerciales 70

Principios rectores 72
La autonomía de la voluntad 73
El principio de normatividad 73
La relatividad 74
Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe 74
Los contratantes deben actuar siempre diligentemente 75

Clasificación 75
Contrato unilateral o bilateral 75
Contrato gratuito u oneroso 76
Contrato conmutativo o aleatorio 76
Contrato principal o accesorio 76
Contratos consensuales, solemnes y reales 77
Contrato de libre discusión y por adhesión 78
Contratos típicos y atípicos 78
Contratos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo 79
Contrato de cambio o de colaboración 79

Formación del contrato 80

Requisitos para la eficacia de los contratos 83
Requisitos de existencia 83
Requisitos de validez 84
Oponibilidad 90

Ineficacia de los contratos 91
Inexistencia del contrato 91

Nulidad 92
Ineficacia en sentido estricto 95
Inoponibilidad 95

Lesión enorme 96

Lesión enorme y teoría de la imprevisión 98

Interpretación de los contratos 99

Cumplimiento e incumplimiento de los contratos 101
Condición resolutoria tácita 101
Mutuo incumplimiento 102
Excepción de contrato no cumplido 103

Terminación y liquidación de contratos 103

El régimen general frente al especial de los contratos 104

La promesa de contrato 104

La representación (contratos entre ausentes) 106

Casos 107

Bibliografía sugerida 109

Bibliografía 109

Capítulo IV

Principales contratos de la empresa

Carlos Julio Giraldo Bustamante

Contrato de compraventa 111
Definición 112
Elementos de la esencia 113
Perfeccionamiento del contrato 115
Obligaciones de las partes 116
Venta de cosa ajena 117

Contrato de arrendamiento 117
Definición 119

Características 119
Elementos de la esencia 120
Partes 121
Obligaciones de las partes 121
Peculiaridades del contrato de arrendamiento 123

Contrato de promesa 123
Definición 124
Características 125
Elementos de la esencia 126

Contrato de mutuo 128
Definición 128
Características 129
Obligaciones de las partes 130
Préstamo con interés 131

Contrato de mandato 134
Definición 134
Características 135
Partes 135
Obligaciones de las partes 136
Revocación del contrato de mandato 137
Terminación del contrato 138

Contrato de comodato 139
Definición 139
Características 139

Contrato de depósito 140
Definición 140
Características 141

Contrato de suministro 141
Definición 142
Características 142
Elementos de la esencia 142
Partes 143
Volumen y periodicidad de las prestaciones 144
Cláusulas especiales 144
Incumplimiento del contrato 145

Terminación del contrato 146
Normas aplicables al contrato de suministro 146

Contrato de corretaje 146
Definición 146
Características del contrato 147
Partes 147
Obligaciones de las partes 148
Responsabilidad del corredor 148
Extinción del contrato 148

Contrato de agencia comercial 148
Definición 149
Elementos de la esencia 149
Partes 151
Obligaciones de las partes 151
Pacto de exclusividad 153
Terminación del contrato de agencia 154
Agencia mercantil de hecho 154

Contrato de comisión 154
Definición 154
Características 155
Objeto 155
Partes 155
Obligaciones de las partes 156

Contrato de preposición 157
Definición 157
Características 157
Partes 158
Obligaciones de las partes 158
Terminación 159

Contrato de fiducia mercantil 159
Definición 159
Características 160
Partes 161
Patrimonio autónomo 162
Órganos asesores y administradores 162

Deberes especiales asignados al fiduciario 162
Obligaciones indelegables del fiduciario 163
Obligaciones del fiduciante o fideicomitente 164
Derechos del fiduciante 165
Derechos del beneficiario 166
Terminación de la fiducia 166
Principales productos y negocios fiduciarios 167
Acreedores anteriores a la constitución de una fiducia 171

Contrato de cuentas en participación 171
Definición 171
Características 172
Partes 172
Obligaciones del partícipe activo o gestor y del partícipe oculto ... 173
Causales de terminación 173

Contrato de *joint venture* 173
Definición y función económica 174
Los joint venture en Colombia 174
Elementos esenciales del contrato 175
Derechos y obligaciones 175

Contrato de prenda 176
Definición 176
Características de la prenda 176
Partes 177
Bienes sobre los que se constituye la prenda 177
Prenda civil y comercial 178
Derechos del acreedor prendario 178
Delito 179
Peculiaridades del contrato 179
Algunas peculiaridades de la prenda sin tenencia del acreedor 180

Contrato de garantías mobiliarias 181
Definición 181
Elementos de la esencia del contrato 182
Partes 183
Bienes 183
Oponibilidad 184
Mecanismos de realización de la garantía mobiliaria 186

Contrato de hipoteca 187
Definición 187
Diferencias con la prenda 187
Características de la hipoteca como derecho real 187
Características de la hipoteca 188
Característica de la hipoteca como contrato 188
La hipoteca para seguridad de una obligación ajena 189
Extensión de la hipoteca a otros bienes 189
Reducción de la hipoteca 190

Contrato de fianza 190
Definición 190
Características 190
Elementos esenciales 191
Clasificaciones de la fianza 191
Efectos del contrato de fianza entre el acreedor y el fiador 191
Efectos entre el fiador y el deudor 192
Efectos entre los cofiadores 193
La fianza se extingue 193

Casos 193

Bibliografía 200

Capítulo V

La responsabilidad civil

Marcela Castro de Cifuentes
María Eugenia Gutiérrez Darwich

Noción de responsabilidad jurídica 201

Responsabilidad civil 203

Responsabilidad civil contractual 204
Primer requisito: contrato válido 205
Segundo requisito: incumplimiento doloso o culposo 207
Tercer requisito: daño indemnizable 211

Cuarto requisito: vínculo causal 216
Reglas particulares de indemnización en ciertos contratos 216
Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad 217

La responsabilidad civil extracontractual 220

Responsabilidad civil de las personas jurídicas 224

Causales de exoneración 225

La responsabilidad civil objetiva 228

Casos 230

Bibliografía sugerida 232

Bibliografía 232

Capítulo VI

El derecho comercial conceptos básicos

Marcela Castro de Cifuentes
Sergio Carreño Mendoza

El derecho privado y sus dos grandes ramas: el derecho civil y el derecho comercial 235

Los actos de comercio y las empresas mercantiles, criterios de mercantilidad 238
Enumeración legal 239
Actos de comercio conexos, accesorios o por relación 240
Actos no comerciales por enumeración legal 241
Actos de comercio mixtos 244
Consecuencias de la mercantilidad 245
La empresa mercantil y la empresa en sentido constitucional amplio 246

Los comerciantes y los empresarios mercantiles 248
Personas naturales 250
Personas jurídicas 250
Consecuencias de la calidad de comerciante 256

El establecimiento de comercio y el local comercial 275
Noción y componentes del establecimiento de comercio 275
El local comercial y la protección del empresario arrendatario 278
Venta del establecimiento de comercio 282

Preguntas y casos 286

Bibliografía sugerida 288

Bibliografía 288

Capítulo VII

Comercio electrónico

Nelson Remolina Angarita

Generalidades sobre el comercio electrónico 294

Armonización jurídica internacional 298

Regulación sobre comercio electrónico 301

Principales aspectos de la Ley 527 de 1999 302
Ámbito de aplicación 302
Principios 304
Firma electrónica, firma digital y entidades de certificación 312
Prueba y archivos electrónicos 329

Establecimiento de comercio electrónico, nombres de dominio y dirección de correo electrónico como elementos clave del empresario 331

Contratación con medios electrónicos 337
Los International Chamber of Commerce (ICC) e-terms 342
Convención de la ONU sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales 343
Los clickwrap *y los* browsewrap 345
Webwrap agreement 351

Protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico ... 353

Algunos aspectos de la Ley 1480 del 2011 355
Obligaciones del empresario 358

Bibliografía 364

Capítulo VIII

Responsabilidad por el tratamiento de los datos personales de clientes, empleados, proveedores y terceros

Nelson Remolina Angarita

Importancia de la información y los datos personales en el entorno empresarial y el laboral 371

Efectos negativos del indebido tratamiento de datos personales en el entorno empresarial 376

Regulación sobre el tratamiento de datos personales 377
La protección de datos personales y habeas data 377
¿Qué comprende el debido tratamiento de datos personales? 380
Ley Estatutaria 1266 del 2008 383
Jurisprudencia de la Corte Constitucional 385
La Ley Estatutaria 1581 del 2012 388

Casos y guías 392

Bibliografía 396

Capítulo IX

Derecho de la competencia con una perspectiva económica

Danilo Romero Raad

Historia 400

Libre competencia económica 402
Principio de la escasez 403

Demanda 403
Oferta 404
Elasticidad 404

El derecho de la competencia 405
Definición 405
Objetivos del derecho de la competencia 408
Mercado relevante 409

Estructura de los mercados 410
Competencia perfecta 411
Monopolio 411
Oligopolio 412
Competencia monopolística 412

Prácticas restrictivas de la competencia 413
Antecedentes normativos 414
Prácticas restrictivas de la competencia 416
Cárteles anticompetitivos 425

Actos restrictivos de la competencia 430

Posición de dominio 431
Definición 431
Abuso de la posición de dominio 432
Precios predatorios 434
Discriminación vertical 434
Cláusulas tying 435
Discriminación horizontal 435
Precios predatorios regionales 436
Obstrucción de mercados o de canales de comercialización 437

Garantías 437

Integraciones empresariales 439
Cadena de valor 440
Operaciones que implican integración empresarial 440
Umbrales 441
Trámite 442
Decisiones de la SIC 442

Competencia desleal 443
Adecuación normativa 444
Ámbitos objetivo, subjetivo y territorial 446
Legitimación activa y pasiva 447
Supuestos 447
Acciones por competencia desleal 456
Investigación administrativa 457

Bibliografía 459

Capítulo X

Los empresarios frente al derecho de consumo. Una ilustración a través de un emprendimiento

Fernando Peña Bennett

La información y publicidad en los emprendimientos 464

La publicidad en el mercado y los consumidores 466

Garantías 471

La responsabilidad por productos defectuosos 473

Comercio electrónico 476

Protección contractual a los consumidores 478

Conclusión 479

Bibliografía 480

Capítulo XI

Títulos valores y valores

Nelson Remolina Angarita

El concepto de título valor y de valor 481
Título valor 482
Valor 483

Importancia de los títulos valores y los valores 485
Diferencias entre valor y título valor 488

Mercado de valores 490
Mercados primario y secundario 494
*Mercado bursátil y mercado mostrador (*Over the Counter *[OTC])* 495

Principios rectores de los títulos valores 498
Tipicidad cambiaria 500
Incorporación 501
Legitimación 503
Literalidad 505
Autonomía 507

Requisitos de los títulos valores 509
Requisitos generales 510

Circulación y negociación de los títulos valores 514
Títulos siempre negociables por mandato legal 515
Títulos no negociables por mandato legal 515
Títulos no negociables por voluntad del creador 516

El aval como garantía típica de los títulos valores 524

Título valor electrónico 527

Bibliografía 529

Capítulo XII

Propiedad intelectual

Tatiana González A.

El derecho de autor 536
Definición 537
Definición de autor 538
Formalidades 541
El derecho penal y los derechos de autor 543
Diferencias entre la propiedad industrial y los derechos de autor 543

Propiedad industrial 544
Patentes de invención 544
Marcas 557
Diseños industriales 568
Secretos empresariales 573
Casos 575

Bibliografía 576

Capítulo XIII

Sociedades comerciales

Pablo Rey Vallejo

Formalidades en la constitución de sociedades 580
El régimen del Código de Comercio 580
El régimen de la Ley 1014 del 2006 582
El régimen de la Ley 1258 del 2008 583

Elementos esenciales del contrato de sociedad 584
Pluralidad de socios 584
Obligación de los asociados de realizar aportes 585
Reparto de las utilidades derivadas del ejercicio de la actividad social 588

Diversas formas asociativas o tipos sociales 589
Sociedad Colectiva 590
Sociedad Anónima 590
Sociedad de Responsabilidad Limitada 591
Sociedades Comanditarias 591
Sociedades por Acciones Simplificadas 592

Estructura orgánica de las sociedades 592
Órganos de dirección 593
Órganos de administración 599
Órgano de representación 604
Órgano de fiscalización 606

Aspectos sustanciales sobre los órganos de dirección y administración de las sociedades en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades 609
El abuso del derecho por parte de los asociados 610
La responsabilidad de los administradores y la regla de la discrecionalidad 615

Disolución y liquidación 618

Bibliografía 622

Capítulo XIV

Las relaciones laborales en el derecho colombiano

Margarita Gómez Ordóñez
Nicolás Rico Álvarez
Daniela Páez Cala

El derecho laboral individual 624
La noción de contrato 624
El contrato individual de trabajo en su particularidad (elementos esenciales y accidentales) 625
Otros elementos del contrato de trabajo 628
¿Cómo se prueba el contrato de trabajo? 630
Modalidades del contrato de trabajo 631
El principio de la realidad y el principio de la buena fe 633
Otras formas de contratación de personal 635
Obligaciones que derivan del contrato de trabajo 646
Otras obligaciones a cargo del empleador 651
Sujetos de la relación laboral 652
Causas que motivan la celebración de un contrato de trabajo 656
Terminación del contrato de trabajo 659

Derecho laboral colectivo 661
El derecho a la libertad de asociación 661
Sindicatos 665
Fuero sindical 668
Derecho a la negociación colectiva 672

Mecanismos de solución de conflictos 673
Convenciones y pactos colectivos 679

El derecho laboral desde la virtualidad 681
Teletrabajo 682
Trabajo en casa 684
Trabajo remoto 686
Reducción de la jornada laboral 689
Derecho a la desconexión laboral 690
Derecho laboral en las plataformas digitales 693

Conclusión 695

Casos prácticos para resolver 695

Bibliografía 697

CAPÍTULO XV

FUNDAMENTOS DE LA TRIBUTACIÓN COLOMBIANA

ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ

El tributo y sus clasificaciones 702

La obligación tributaria y sus elementos 706

Aspectos constitucionales, legales y doctrinales
de la tributación en Colombia 709
El deber del ciudadano de contribuir al Estado 709
Funciones del poder legislativo en materia tributaria 709
Iniciativa gubernamental en leyes que decreten exenciones 710
La función del presidente de la república en materia tributaria 711
Tributos en estados de excepción 711
Entidades territoriales y tributos 711
Prohibición constitucional en materia de regulación legal 712
Prohibición a rentas de destinación específica y excepciones 712
Tarifas de tasas y contribuciones 713
Principios constitucionales tributarios 713

Sistema tributario colombiano 716

Obligaciones, infracciones y litigios tributarios 726
Aspectos tributarios de los negocios internacionales..... 729
Casos 732
Glosario 733
Bibliografía sugerida..... 739
Bibliografía 739
Anexo. Otras categorías tributarias territoriales 742

Sobre los autores 759

Lista de recursos gráficos

Capítulo I

Figura 1. Concepto de derecho 4
Figura 2. Derecho subjetivo 8
Figura 3. Partes del patrimonio 12
Figura 4. Fuentes del derecho 13
Figura 5. Jerarquía de las normas 14
Figura 6. Ramas del derecho 23

Capítulo II

Figura 1. Elementos de la obligación 30
Figura 2. Clasificación de las obligaciones 31
Figura 3. Obligación de sujetos plurales 36
Figura 4. Fuentes de las obligaciones 40
Figura 5. Efectos de las obligaciones 46
Figura 6. Transmisión de las obligaciones 52
Figura 7. Modos directos de extinción de las obligaciones 57
Figura 8. Modos indirectos de extinción de las obligaciones 63

Capítulo III

Figura 1. Clasificación de los contratos 80
Figura 2. Vicios del consentimiento 89
Figura 3. Pautas para la interpretación de contratos 100

Capítulo IV

Figura 1. Modalidades del contrato de arrendamiento en Colombia 118
Figura 2. Denominaciones en un contrato de promesa 125
Figura 3. Reglas del interés bancario corriente 134
Figura 4. Qué hacen el mandante y el mandatario 135
Figura 5. Partes del contrato 142
Figura 6. Elementos de la agencia comercial 149
Figura 7. Contenido mínimo del contrato de fiducia 161
Figura 8. Participantes 172
Figura 9. Elementos 182
Tabla 1. Elementos de la esencia del contrato de compraventa 113
Tabla 2. Elementos de la esencia del contrato de arrendamiento 120
Tabla 3. Algunos motivos para celebrar un contrato de promesa 124
Tabla 4. Elementos de la esencia del contrato de mutuo 129
Tabla 5. Elementos de la esencia del contrato de mandato 134
Tabla 6. Partes del contrato de fiducia 161
Tabla 7. Principales productos o negocios fiduciarios 167
Tabla 8. Partes del contrato de garantía mobiliaria. 183
Tabla 9. Prelaciones 182
Tabla 10. Mecanismos de realización 186

Capítulo V

Figura 1. Tipos de responsabilidad civil 204
Figura 2. Daño indemnizable 215
Figura 3. Requisitos de la responsabilidad civil contractual 219

Figura 4. Requisitos de la responsabilidad extracontractual..... 224

Figura 5. Causales de exoneración..... 227

Capítulo VI

Figura 1. Clasificación de los empresarios 254

Figura 2. Deberes de los comerciantes 257

Figura 3. Libros de comercio 265

Figura 4. Régimen de protección del empresario arrendatario 281

Figura 5. Esquema, enajenación del establecimiento de comercio..... 286

Capítulo VII

Figura 1. Alternativas de identificación electrónica en la regulación colombiana 313

Tabla 1. Algunos factores incidentes en el grado de confianza en los negocios electrónicos..... 293

Tabla 2. Comercio electrónico en un escenario abierto o cerrado 297

Tabla 3. Organismos que promueven la armonización de la regulación de aspectos relacionados con el comercio electrónico ... 299

Tabla 4. Atributos de la firma digital y deberes del suscriptor..... 322

Tabla 5. Texto de los ICC *e-terms*..... 343

Capítulo VIII

Tabla 1. Principios que deben observarse en el tratamiento de los datos personales..... 382

Capítulo IX

Figura 1. Curva de la demanda 403

Figura 2. Curva de la oferta 404

Figura 3. Efectos de una ley de competencia según la OCDE 408

Figura 4. Tipos de mercado..... 413

Figura 5. Protección de la competencia en Colombia..... 414

Figura 6. Decreto 2153 de 1992..... 415

Figura 7. Tipos de integraciones empresariales 439

CAPÍTULO XI

Figura 1. Tipos de agentes que recurren al mercado de valores 491

Figura 2. Requisitos generales y especiales sobre los títulos valores ... 510

Tabla 1. Clasificación de los títulos valores según el derecho que incorpora valores..... 483

Tabla 2. Principales usos que se les da a los títulos valores..... 487

Tabla 3. Artículos del Código de Comercio sobre los principios de los títulos valores..... 499

Tabla 4. Formas de vencimiento de los títulos valores 513

Tabla 5. Clasificación de los títulos valores según la forma de circulación..... 518

Tabla 6. Clases de endoso y comparación de sus efectos jurídicos 522

Tabla 7. Regulación general y especial (factura) del título valor electrónico..... 528

CAPÍTULO XII

Figura 1. Propiedad intelectual 536

Figura 2. Ejemplo 1..... 546

Figura 3. Ejemplo 2..... 547

Figura 4. Ejemplo 3..... 548

Figura 5. Procedimiento para obtener una patente..... 550

Figura 6. Ejemplo 4 554
Figura 7. Ejemplo 5 555
Figura 8. Ejemplo 6 556
Figura 9. Ejemplo de coexistencia de marcas 564
Figura 10. Ejemplo 7 569
Figura 11. Ejemplo 8 569
Figura 12. Ejemplo 9 570
Figura 13. Ejemplo 10 570
Figura 14. Procedimiento para registrar un diseño industrial 572
Tabla 1. Clasificación de las marcas 559

Capítulo XIII

Tabla 1. Número mínimo y máximo de asociados para cada tipo social 584
Tabla 2. Cuórum deliberatorio para cada tipo social 596
Tabla 3. Estructura administrativa de la sociedad 600
Tabla 4. Representación legal de los tipos societarios 605
Tabla 5. Designación del revisor fiscal 608
Tabla 6. Particularidades para cada tipo societario 619

Capítulo XIV

Figura 1. Instrumentos colectivos suscritos en Colombia 681
Tabla 1. Tipo de contrato por duración 632
Tabla 2. El contrato de trabajo y otros contratos de naturaleza civil o comercial 638
Tabla 3. Modalidades de intermediación laboral 642

Tabla 4. Terminación del contrato de trabajo e indemnizaciones a cargo del empleador 660

Tabla 5. Cobertura de las convenciones colectivas en Colombia entre 2015 y 2018..... 680

Capítulo XV

Figura 1. Orden jerárquico de las normas tributarias..... 716

Figura 2. Etapas del proceso tributario 728

Tabla 1. El tributo y sus clasificaciones, algunas definiciones doctrinarias 703

Tabla 2. Obligación tributaria, algunas definiciones doctrinarias..... 706

Tabla 3. Impuestos nacionales y dos impuestos territoriales en Colombia, elementos de la obligación tributaria..... 717

Tabla 4. Sistema tributario actual: dispersión y caos..... 723

Tabla 5. Sanciones relativas a la no inscripción, datos falsos y no actualización del RUT o infracción..... 727

Presentación

Fundamentos de derecho de los negocios para no abogados es fruto del esfuerzo de un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, cuyo propósito es contar con un material que presente en forma clara y didáctica los principales temas que debe conocer el no abogado que se aproxima a la ciencia jurídica. Por años, la Facultad ha reconocido la importancia de la formación interdisciplinaria y por ello ha diseñado cursos para no abogados tanto en pregrado como en los programas de posgrados y ha acumulado valiosas experiencias que le han permitido identificar la pertinencia de los contenidos que aquí se incorporan.

El énfasis del libro se encuentra en los aspectos más relevantes del llamado *derecho de los negocios* o derecho de la empresa, conjunto de especialidades del derecho que interactúan en el que hacer de los empresarios: derecho comercial, derecho laboral y derecho tributario. Estas disciplinas se tratan de manera dispersa y con un lenguaje técnico en la literatura jurídica concebida para formar frutos juristas o para la consulta de los abogados en ejercicio, lo que explica que a los no abogados se les dificulte encontrar documentos preparados a la medida de sus necesidades, que contengan la información básica requerida en distintos campos del derecho.

La obra pretende sistematizar e integrar los conceptos jurídicos fundamentales que requieren el hombre y la mujer de negocios para tomar decisiones y medir las implicaciones y riesgos legales de su actividad económica.

Reconocidos expertos en la enseñanza y en el ejercicio profesional prepararon quince escritos que van desde los más generales e introductorios, necesarios para contextualizar la obra, hasta subespecialidades del moderno derecho de los negocios que, con su vertiginosa evolución, han ganado protagonismo en los años recientes. Los quince capítulos se ocupan de los siguientes aspectos: conceptos fundamentales del derecho, obligaciones, contratos (conceptos básicos y contratos de la empresa),

responsabilidad civil, derecho comercial, comercio electrónico, tratamiento de datos personales, derecho de la competencia, protección del consumidor, títulos valores, propiedad intelectual, sociedades comerciales, derecho laboral y derecho tributario.

Confiamos en que el libro podrá satisfacer las necesidades de los profesionales no abogados —administradores de empresas, ingenieros industriales, economistas, contadores públicos, entre otros— y de quienes requieran un material pedagógico claro y actualizado que facilite la compresión de los temas jurídicos a quienes desarrollen actividades comerciales, industriales o de servicios, con ánimo de lucro o sin él.

En la segunda edición de la obra, los lectores encontrarán textos actualizados, además de versátiles para una mejor comprensión de los problemas jurídicos derivados de la actividad empresarial que son dinámicos y están en constante transformación.

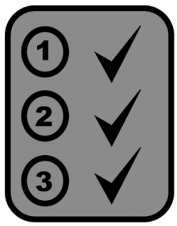
Marcela Castro de Cifuentes
Coordinadora de la publicación
Bogotá, D. C., febrero del 2023

Capítulo I

Conceptos fundamentales del derecho[*, **]

Mariana Bernal Fandiño

Este texto proporciona nociones jurídicas básicas relevantes para el desarrollo de la actividad empresarial a los no abogados. Brinda elementos normativos de modo que sirvan de herramientas para tener en cuenta al momento de planear negocios y viables jurídicamente. Para las empresas y quienes las dirigen es importante tener presente ciertos conceptos del derecho a fin de comprender sus derechos y obligaciones, y entender las instituciones y ramas de este que influyen sobre el desarrollo de los negocios. Por eso, antes de entrar en los temas concretos de esta obra, relacionados con el derecho comercial, el derecho laboral, el derecho tributario, entre otros, este capítulo provee conceptos fundamentales del derecho que permitirán comprender con mayor facilidad las distintas disciplinas que influyen en los negocios y su desarrollo.



En ese sentido, el capítulo parte por explicar el concepto de derecho, sus funciones, fuentes, algunas problemáticas referentes a su aplicación, la relación con las personas y las diferentes ramas del derecho, centrando especial atención en el derecho privado.

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.737.

[**] Este capítulo es un producto de investigación del Grupo de Investigación en Derecho Privado Contemporáneo de la Universidad de los Andes. La autora agradece a Diego Alejandro Nieto, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, por el apoyo en esta investigación.

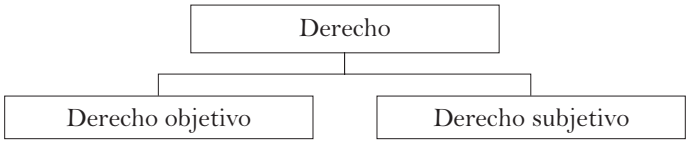
¿Qué es el derecho?

Entender la noción de derecho es fundamental para comprender el papel de las instituciones jurídicas y su capacidad transformadora[1]. La función primordial del derecho consiste en lograr la convivencia pacífica entre los individuos de la sociedad, para lo cual se establece un orden que implica que estos obedezcan las normas jurídicas[2], cuyo cumplimiento se asegura mediante el poder, la fuerza del Estado. Por lo anterior, "derecho" es una noción que tiene un significado emotivo favorable, el cual implica un orden social que las personas deben honrar y respetar[3].



Así pues, el concepto de derecho, aunque tiene muchas maneras de ser entendido, se emplea jurídicamente en dos sentidos: el derecho objetivo y el derecho subjetivo.

Figura 1. Concepto de derecho



Fuente: elaboración propia.

Derecho objetivo

En sentido objetivo, el derecho se considera un conjunto de normas[4] o preceptos de conducta necesario para estructurar la solidez y armonía

[1] Helena Alviar García, "La función social de la propiedad: entre los fines progresistas del derecho y la ineficacia", en *Introducción al derecho: obra en construcción*, coordinado por Patricia Moncada Roa (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011), 127.

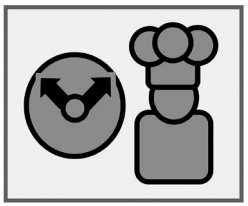
[2] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil. Parte general* y personas, tomo I, 9.ª edición (Bogotá: Temis, 1981), 13.

[3] Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Ariel, 1991), 16.

[4] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires, Eudeba, 2009), 94.

de las relaciones sociales. Constituye un medio para mantener el equilibrio entre los hombres[5] y no un fin en sí mismo, como la justicia. El ordenamiento jurídico puede adoptar diferentes posiciones frente a los hechos: de indiferencia, si considera que la situación no es relevante y por eso no la regula; o de intervención activa y regulación, si estima que deben señalarse parámetros de comportamiento o incluso una sanción para desestimular una conducta determinada.

Toda norma jurídica contiene dos elementos: una preposición hipotética y una consecuencia. En ese sentido, se ha considerado que el derecho conforma un sistema coactivo[6] que responde frente a acontecimientos de cierta relevancia. Así pues, no todas las situaciones las regula el derecho, existen relaciones entre personas que no involucran una trascendencia merecedora de la intervención del ordenamiento jurídico. Por ejemplo: si una persona invita a unos amigos a comer a su casa y no asisten, aunque incumplieron un compromiso, esto no justifica una reacción del derecho. El anfitrión no podría demandar a sus amigos por no asistir. En cambio, si la misma persona contrata a un chef para atender una comida que organiza para sus amigos y aquel no asiste en la fecha y hora acordadas, incumple un contrato y podría ser demandado por ello.



Para Kelsen, las normas jurídicas son técnicas de motivación social, pues inducen a las personas a comportarse de una determinada manera, por eso las normas establecen actos coactivos[7]. Esto quiere decir que una norma que confiere un derecho requiere de otra norma para sancionar la vulneración de este. Por ejemplo: las normas que permiten a las partes crear obligaciones en un contrato están respaldadas por otras que regulan la sanción del contratante cuando no cumple con el acuerdo.

[5] Fernando Hinestrosa, *Derecho civil: obligaciones* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1969), 8.

[6] Jerónimo Betegón Carrillo *et al*., *Lecciones de teoría del derecho* (Madrid: Mc Graw Hill, 1997), 141.

[7] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), 29.

¿Existen diferentes tipos de normas?

Sí, las normas jurídicas son solamente un tipo de normas. En la sociedad, encontramos varios tipos de normas: religiosas, sociales, familiares, morales. Constituyen reglas de conducta tanto los diez mandamientos, una prescripción médica o las reglas del ajedrez[8]. Todo grupo o individuo se fija unos objetivos y unos medios para lograrlos y esa relación medio-fin generalmente origina normas, reglas de conducta[9]. Pensemos, por ejemplo, en un deportista que se prepara para un campeonato. Ya tiene un objetivo o deseo: ganar la competencia en la que participa o por lo menos ocupar las primeras posiciones. Con ese fin, su entrenador le exige cumplir ciertas reglas: el deportista deberá entrenar a ciertas horas, realizar calentamientos antes de entrenar y realizar estiramientos después de hacerlo, cuidarse en las comidas, hidratarse debidamente, etc.

Normas religiosas. Existen numerosos ejemplos de normas religiosas. Por ejemplo: un cristiano debe asistir cada domingo a la liturgia o misa, un musulmán tiene el deber de hacer determinada peregrinación, a los judíos les está prohibido comer carne un determinado día y los hinduistas periódicamente deben rendir una ofrenda a los altares mayores.

Normas morales. También existen normas morales, que son aquellas que establece el ser humano en su interior sin que nadie se las imponga ni exija su cumplimiento. Algunos ejemplos de estas normas son: ayudar al desamparado, colaborar en centros asistenciales, apoyar obras de caridad como las de hogares de niños o ancianos, visitar a los enfermos o donar sangre cuando sea posible.

Normas familiares. En la familia también se pueden encontrar normas. Pensemos en el caso de una familia en la que sus miembros deben realizar conductas como realizar semanalmente los quehaceres del hogar: lavar los trastos, llevarlos a la cocina, limpiar las habitaciones o planchar la ropa. También pueden presentarse normas que impliquen abstenerse de hacer una determinada conducta, por ejemplo: no decir malas palabras, no llevar visitas después de determinada hora o no utilizar el celular durante las comidas familiares, etc.

[8] Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho* (Bogotá: Temis, 2007), 5.

[9] Ibídem.

Normas sociales. Comúnmente las sociedades tienen normas definidas de conducta. Hasta hace algunos años había normas de cortesía como quitarse el sombrero al llegar a ciertos lugares. Así mismo, era un deber saludar amablemente a las personas que nos saludaban, solicitar cualquier cosa empleando la expresión "por favor" o dar las "gracias"; incluso no fumar en ciertos lugares, o no comer en otros. Actualmente, al utilizar un medio de transporte masivo, se debe ceder el asiento a personas en condición de discapacidad, mujeres en estado de embarazo o adultos mayores y no utilizar los dispositivos móviles durante alguna conversación, guardar silencio en ciertos lugares, etc.

¿Qué tienen en común esas normas?

Todas establecen reglas de conducta. De no cumplirse existirá una sanción, pues no se satisface el objetivo establecido. La sanción estará determinada por una reacción del grupo social, religioso, familiar o del propio individuo, quien sentirá su propio rechazo al no cumplir lo que en su escala de valores constituye el deber de actuar conforme a esta.

¿En qué se diferencian estas normas de las normas jurídicas?

Las normas jurídicas las establece el ordenamiento jurídico no la sociedad, ni la familia o tampoco la persona según sus propios valores. La sanción la fija igualmente el ordenamiento jurídico y, dependiendo del tipo de norma, la sanción será *penal* (ir a la cárcel), civil (pagar una suma de dinero para reparar un daño causado), administrativa (pagar una multa a favor del Estado), disciplinaria (no poder ejercer un cargo determinado), u otra.

El derecho establece a través de las normas jurídicas quiénes son los dueños de las cosas y cuáles son las relaciones jurídicas mediante las cuales estas cosas se pueden intercambiar[10].

[10] Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Derecho civil*, 13.

¿Qué es una relación jurídica?

Es un vínculo que se establece entre las personas con el cual se le otorga a una un poder o facultad y a la otra se le impone un deber. Tener un poder jurídico o una facultad jurídica constituye la posibilidad de exigir un comportamiento del otro, de desarrollar intereses propios o ajenos y la contrapartida radica en el deber jurídico, es decir, en la necesidad de comportarse de alguna manera o de abstenerse de hacer algo[11].

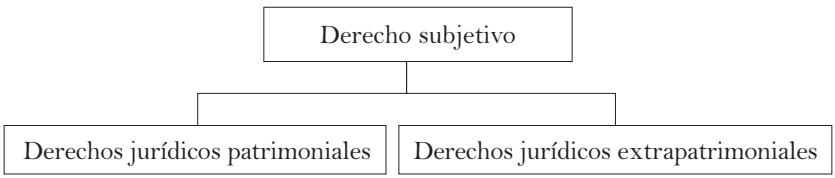
De esa manera, en las relaciones jurídicas, existe un sujeto activo y un sujeto pasivo, alguien "puede" y el otro "debe". Así, si Luisa le presta a Gabriel un millón de pesos, Gabriel es el sujeto pasivo, pues debe cumplir con la obligación de pagar la suma prestada, mientras que Luisa representa el sujeto activo, ella puede exigir el pago del dinero en el tiempo acordado.

Ese poder o facultad que posee el sujeto activo en la relación jurídica se refiere a otra forma de entender el derecho: el derecho subjetivo. En el caso anterior, Luisa tiene un derecho subjetivo, un derecho de crédito que le permite exigir el cumplimiento por parte de Gabriel.

Derecho subjetivo

El derecho subjetivo se refiere al poder o la facultad que tienen las personas para satisfacer sus necesidades. Según su contenido, los derechos subjetivos se dividen en: derechos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Figura 2. Derecho subjetivo



Fuente: elaboración propia.

[11] Hinestrosa, *Derecho civil*, 10.

Derechos jurídicos extrapatrimoniales

Los derechos jurídicos extrapatrimoniales son aquellos que no hacen parte del patrimonio, pues no pueden ser estimados en dinero. Las cosas que no pueden ser valoradas económicamente no forman parte del patrimonio[12].

¿Cuáles derechos son extrapatrimoniales?: el derecho a la vida, a la intimidad, a la libertad de expresión, al libre desarrollo de la personalidad, a la imagen propia, el derecho al trabajo, entre otros.

¿Cuáles son sus principales características?:

1. Son esenciales a la persona.
2. No son bienes jurídicos.
3. No tienen valor económico.
4. No se pueden transferir a alguien más.
5. No se pueden embargar (no pueden retenerse en un proceso judicial para pagar una deuda).

Derechos jurídicos patrimoniales

A diferencia de los derechos extrapatrimoniales, los derechos patrimoniales sí hacen parte del patrimonio de una persona, pero *¿qué es el patrimonio?* El concepto del patrimonio y sus características dependen de la visión que se adopte. Existen dos visiones principales a las que nos referimos como visión clásica y visión moderna del patrimonio.

Visión clásica del patrimonio. Desde la visión clásica, el patrimonio es un atributo de la personalidad, es decir, toda persona por el simple hecho de serlo tiene un patrimonio. Se puede pensar en el patrimonio como una bolsa que posee toda persona, puede estar vacía o llena, pero siempre lleva esa "bolsa" consigo.



Según esta manera de entender el patrimonio, este consiste en un conjunto de derechos y obligaciones que está unido a la persona por ser un

[12] Luis Guillermo Velásquez, *Bienes* (Bogotá: Temis, 2014), 2.

atributo de la personalidad. Estos derechos y obligaciones tienen contenido pecuniario y conforman una universalidad jurídica en cabeza de una persona, en virtud de la cual los activos responden por los pasivos.

El patrimonio, bajo esta visión, se caracteriza por considerar que solo las personas tienen patrimonio (incluidas las personas jurídicas); y que, al ser un atributo de la personalidad, toda persona por el hecho de serlo tiene un patrimonio, solamente uno y no puede existir un patrimonio sin persona[13].

Adicionalmente, concibe que el patrimonio es una noción dinámica, pues los elementos activos que salen del patrimonio pueden ser reemplazados por otros activos y si una persona contrae una obligación, los bienes que serán afectados por esa deuda no serán los actuales sino los activos que se encuentren en el patrimonio al ser exigible la obligación. Así, si Antonio tiene una moto y la vende por cinco millones de pesos, un activo (el vehículo) es reemplazado por otro (el dinero).

Visión moderna del patrimonio. Esta visión del patrimonio surgió como una crítica a la posición clásica y busca configurar una noción que contemple nuevas realidades del tráfico jurídico. Desde la postura moderna el patrimonio no es un atributo de la personalidad, sino una afectación de derecho a un fin determinado.

De esta manera, puede existir un patrimonio sin persona y una persona puede tener más de un patrimonio. Esto es lo que sucede en el caso de la fiducia mercantil, en la cual los bienes que se entregan a una sociedad fiduciaria constituyen un patrimonio autónomo. La fiduciaria tiene un patrimonio general y varios patrimonios autónomos dependiendo del número de los contratos de fiducia. Así, cada patrimonio autónomo responde solamente por las obligaciones contraídas por el negocio para el que fue constituido y no responde por las deudas de la sociedad fiduciaria como persona jurídica.

¿Qué postura existe en Colombia sobre el patrimonio: la clásica o la moderna? En realidad, el régimen jurídico colombiano tiene elementos de las dos teorías. Conforme a la visión clásica, según el Código Civil el patrimonio es un atributo de la personalidad, pero la legislación más reciente ha admitido la existencia de patrimonios autónomos y la

[13] Ismael Hernando Arévalo Guerrero, *Bienes: constitucionalización del derecho civil* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 451.

separación del patrimonio, es decir, es posible que algunos bienes queden por fuera del alcance de los acreedores. En efecto, en Colombia existe el contrato de fiducia comercial, que, como se explicó anteriormente, permite que la fiduciaria, como persona jurídica, además de tener su propio patrimonio, administre otros patrimonios autónomos. También existe en Colombia el patrimonio de familia, el cual es inembargable, pues constituye una figura que permite proteger la vivienda para que ese bien (casa o apartamento) sea excluido del derecho de los acreedores, quienes no podrán embargarlo, secuestrarlo, ni rematarlo en caso del incumplimiento de las obligaciones de su deudor. Esta posibilidad conforma una manera mediante la cual el derecho protege la vivienda digna, pero solo opera para viviendas cuyo valor no supere los 250 salarios mínimos.



Ahora bien, *¿quién administra el patrimonio?* El patrimonio de una persona es administrado por ella misma, excepcionalmente puede serlo por terceros como en el caso en el que se entrega un poder[14] a otro para hacerlo.

¿Cuál es la finalidad del patrimonio? La finalidad del patrimonio consiste en que los activos respondan por los pasivos. Por ejemplo, Juan le debe a María un millón de pesos. Juan es el deudor y María, la acreedora. Si Juan no cumple esa obligación que tiene con María, ella puede demandarlo judicialmente para que los bienes de Juan sean rematados y con el dinero que se obtenga del remate se le pague a María.

¿Qué son los bienes? Son las cosas que hace parte del patrimonio de un sujeto de derechos[15]. Los bienes tienen dos requisitos[16]:

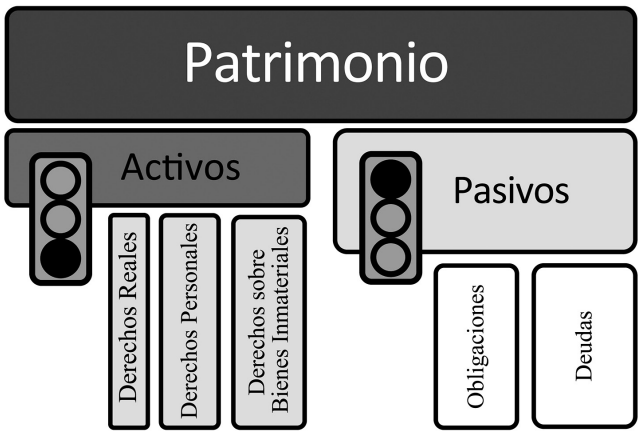
1. Que se encuentren en el patrimonio de una persona.
2. Que sean susceptibles de estimación económica (que puedan valorarse en dinero).

[14] Un poder es la autorización que una persona le da a otra para que actúe en representación de ella en un asunto o negocio.

[15] Velásquez, *Bienes*, 2.

[16] Ibídem.

Figura 3. Partes del patrimonio



Fuente: elaboración propia.

¿Cuál es la diferencia entre los derechos reales y los derechos personales?

Derecho real. Es la potestad en virtud de la cual una persona puede satisfacer de forma directa o inmediata el interés o necesidad sobre un bien, por ejemplo: el derecho de propiedad sobre una casa.

Derecho personal. Es la facultad que tiene una persona para exigir de otra un comportamiento (dar, hacer, no hacer algo), por ejemplo: Juan le debe a María un millón de pesos.

Fuentes del derecho

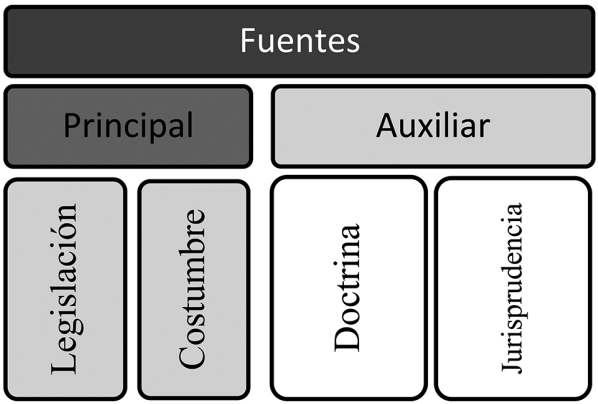
¿Qué son las fuentes del derecho? Las fuentes del derecho se refieren a su origen, a su causa. Responden a las preguntas: de dónde surge el derecho, qué origina las instituciones jurídicas, cuál es la causa de las normas jurídicas.

¿Cuáles son las fuentes del derecho?

Las *fuentes materiales del derecho* se pueden entender como hechos de la vida social, necesidades o problemas que la ley pretende resolver[17]. Las *fuentes formales* son las formas que adquieren las reglas que deben seguirse en la sociedad y se han clasificado en cuatro grupos[18]:

1. La legislación.
2. La costumbre.
3. La doctrina.
4. La jurisprudencia[19]. La legislación y la costumbre son fuentes principales; mientras la doctrina y la jurisprudencia son fuentes auxiliares.

Figura 4. Fuentes del derecho



Fuente: elaboración propia.

[17] Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al derecho* (Bogotá: Temis, 2003), 129.

[18] Ibídem, 131.

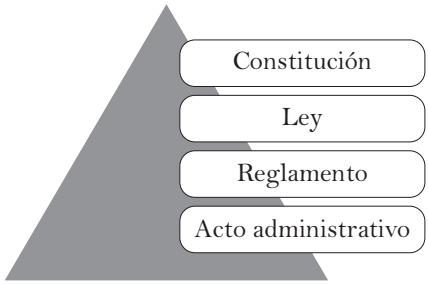
[19] La doctrina y la jurisprudencia no han sido consideradas fuentes en sentido estricto, sino autoridades: Ibídem, 131.

Fuentes principales

Legislación. En Colombia, la ley es la primera fuente del derecho. Tiene prelación y supremacía sobre todas las otras fuentes. Comprende las leyes que dicta el Congreso de la República, por supuesto, pero también otras normas como las contempladas en la Constitución (que contiene los principios que orientan todo el sistema jurídico); los reglamentos (expedidos por el gobierno para complementar una ley de manera más detallada) y los actos administrativos (los cuales son expedidos por órganos de la rama ejecutiva para definir situaciones concretas como, por ejemplo, un comparendo de tránsito).

Ahora, no todas las normas tienen la misma importancia, hay una jerarquía en la cual la Constitución representa la norma de mayor rango. Una norma inferior no puede desconocer o ir en contra de una norma superior.

Figura 5. Jerarquía de las normas



Fuente: elaboración propia.

Costumbre. La costumbre es la fuente más antigua del derecho. Se trata de "conductas repetitivas que devienen en obligatorias con el transcurrir del tiempo"[20].

¿Cómo se forma la costumbre? Por prácticas reiteradas que muchas veces son reconocidas posteriormente en una ley.

[20] Carlos Hernández Díaz, "La costumbre como fuente del derecho". *Revista Criterio Jurídico* 2, n.º 2 (2010): 147.

La costumbre es muy importante especialmente en el llamado derecho comercial, que se refiere, como se explica al final de este capítulo, al derecho de los comerciantes y los negocios mercantiles. En este sentido, se define como "un conjunto de usos o prácticas que utilizan los comerciantes y que cumplen con los requisitos exigidos por el Código de Comercio para adquirir tal denominación"[21].

¿Cuáles son los requisitos exigidos por el Código de Comercio para que una costumbre mercantil sea válida?:

- Que sea *uniforme*, es decir, que la práctica sea realizada de igual manera por un sector o grupo.
- Que sea *reiterada*, debe ser constante, repetirse por un cierto tiempo.
- Que se considere *obligatoria* para quienes la practiquen.
- Que sea *ampliamente conocida* por el sector que la practique.
- Que *esté vigente*, que se siga practicando en la actualidad.
- Que se refiera a *prácticas mercantiles*, pues de lo contrario sería una costumbre de otro tipo.

¿Por qué es importante la costumbre? Si una costumbre comercial reúne los anteriores requisitos puede ser certificada por las cámaras de comercio de la zona en la que se practique y de esa manera adquirir la misma autoridad que la ley. La costumbre ayuda a regular la práctica de los comerciantes y evita la generación de conflictos a futuro, llena los vacíos de la ley y la complementa[22].

Fuentes auxiliares

Jurisprudencia. Los conflictos que se presentan en la sociedad, con cierta relevancia, pueden ser resueltos por los jueces en decisiones llamadas sentencias. La jurisprudencia está conformada por un conjunto de sentencias que deciden sobre las disputas interpretando la ley y

[21] Cámara de Comercio de Bogotá, *La costumbre mercantil* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005), 4.

[22] Ibídem, 7.

ajustándola a los cambios sociales[23]. Los jueces interpretan las normas y las adaptan a la realidad del caso que están analizando, lo que le permite a la ley continuar vigente en el tiempo a pesar de las transformaciones de la dinámica de la sociedad.

Doctrina. La doctrina se refiere al conjunto de trabajos científicos elaborados por expertos, relacionados con algún área del derecho o con este en general, que se caracterizan por ser descriptivos, analíticos o críticos con respecto a las categorías y regímenes jurídicos existentes[24]. Esta fuente, aunque es auxiliar, resulta muy importante para ayudar al derecho a avanzar. Los jueces utilizan frecuentemente los estudios de la doctrina para argumentar sus decisiones[25].

Aplicación del derecho

Aunque existen múltiples inquietudes que se pueden abordar sobre la aplicación del derecho, se analizan dos de ellas por ser particularmente relevantes en el derecho de los negocios: los conflictos de la ley en el tiempo y en el espacio.

La aplicación de la ley en el tiempo

Si se expide una nueva ley, ¿a partir de qué momento se aplica? *¿Qué sucede si la situación que regula la nueva ley estaba regida por una ley anterior? ¿Cuál se debe aplicar?* En estos casos, se presenta lo que se conoce como conflictos de leyes en el tiempo. En estas circunstancias, por regla general[26], las leyes producen sus efectos hacia el futuro.

[23] Monroy Cabra, *Introducción al derecho*, 133.

[24] C. Const., Sent. C-284, may. 13/2015, m. p. Mauricio González Cuervo.

[25] Monroy Cabra, *Introducción al derecho*, 138.

[26] Esta regla general tiene algunas excepciones como: la *ultractividad* (aunque una ley haya derogado o extinguido una ley anterior, puede conservar algunos efectos; esto ocurre, por ejemplo, en el derecho penal si la ley anterior era más favorable para quien cometió un delito en ese momento); la *retroactividad* (también en el derecho penal se puede aplicar una ley nueva a un hecho anterior si la nueva pena es más favorable para el imputado) y la retrospectividad de la ley (se aplica la nueva ley a situaciones en curso):

Se aplican a "las situaciones jurídicas, nacidas y producidas desde el momento mismo de su entrada en observancia, al igual que sus efectos"[27].

¿Desde cuándo empieza a aplicar una ley? Desde su promulgación. La promulgación es el acto de difusión de disposiciones generales y abstractas[28], en otras palabras, constituye la manera como se le da a conocer la ley a la sociedad. Esto se realiza al insertar la nueva ley en el diario oficial[29] y entra en vigor, por regla general, dos meses después de su publicación para dar tiempo a que se conozca.

Las normas, en principio, solo rigen hacia futuro, pues no tendría sentido exigirles a las personas cumplir con reglas que no existían. Sin embargo, de manera excepcional, puede aplicarse una disposición a hechos acaecidos antes de entrar en vigor[30]. Piénsese, por ejemplo, que el congreso de un país imaginario expidió una ley que tiene las siguientes normas:



- *Norma A*. Todas las empresas del país deberán pagar un (1) salario mínimo mensual vigente, por una sola vez, al Ministerio del Comercio al momento de ser constituidas.
- *Norma B*. Así mismo, todas las empresas constituidas dos (2) años antes de la entrada en vigor de esta norma deberán pagar el mismo impuesto por una sola vez, en el plazo de un año.

En nuestro caso hipotético es claro que la *Norma A* tiene como fin que, hacía el futuro, todas las empresas paguen un impuesto al Ministerio del Comercio al momento de su constitución. Sin embargo, la

---

CSJ, S. Plena, Sent. jul. 22/69, citada por la C. Const., Sent. C-177, mar. 01/2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[27] Rodrigo Noguera Laborde, *Introducción general del derecho*, vol. 3 (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2000), 276.

[28] Felipe Mendoza, "Validez y vigencia temporal: avatares de una norma errante", en *Introducción al derecho: Obra en construcción*, coordinado por Patricia Moncada Roa (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011), 86.

[29] El *Diario Oficial* es la publicación que recoge las leyes, los actos administrativos y los decretos del gobierno nacional para que sean de conocimiento público.

[30] Mendoza, "Validez y vigencia temporal", 106.

Norma B señala que las empresas que no tuvieron que pagar dicho impuesto, es decir, las que se constituyeron dos años antes, también deben pagarlo. Si, por ejemplo, la ley entró en vigor el 2 de febrero del 2020 y una *empresa x* se constituyó el 10 de febrero, esta empresa deberá pagar el impuesto que señala la norma. La norma regirá todos los eventos futuros que sucedan después de haber sido promulgada. No obstante, si una *empresa y* se constituyó el 2 de febrero del 2019, deberá pagar también el impuesto, puesto que la *Norma B* señala que las empresas constituidas dos años antes del inicio de su vigencia también deberán hacerlo. Entonces, es claro que la ley de nuestro ejemplo tiene efectos tanto hacia el futuro como hacia el pasado.

¿Qué pasa si una ley nueva cambia lo establecido por una ley anterior? Si una ley posterior es contraria a una anterior, prevalece la nueva ley[31].

¿Qué sucede si se celebra un contrato con una ley y esa ley cambia, pero el contrato continúa ejecutándose? Se aplica al contrato, por regla general, la ley que estaba vigente cuando nació el contrato[32].

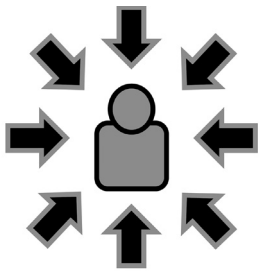
La aplicación de la ley en el espacio

¿En dónde y a quiénes se les aplican las leyes? El derecho se caracteriza por su territorialidad, es decir, las normas se aplican en un territorio determinado. Así, las normas en Colombia son distintas a las de otros países y se expiden para regular las situaciones de los individuos en el país, aunque se encuentren en este de manera transitoria. Si un bien inmueble (una casa, un lote, un edificio, un apartamento, un local comercial, etc.) se encuentra en Colombia, a pesar de que su dueño sea extranjero, se le aplican las normas del país y los impuestos que debe pagar. Si el dueño lo quiere vender, debe hacerlo de acuerdo con las normas colombianas.

[31] L. 153/1887, art. 2. Sí, la Ley 153 de 1887 ¡sigue vigente!

[32] Ibídem.

Las personas y el derecho

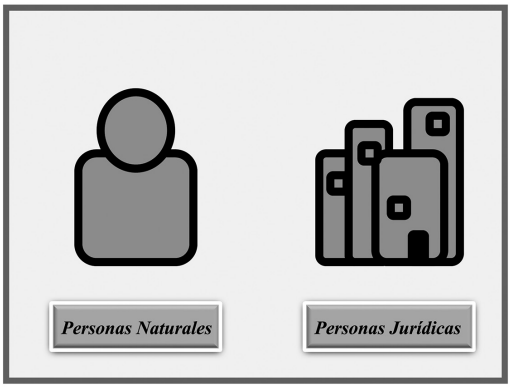


Las personas han sido tradicionalmente el centro del derecho. Existen dos tipos de personas: *las personas naturales y las personas jurídicas*. Ambas poseen atributos especiales.

Diferencia entre las personas naturales y jurídicas

¿Qué son las personas naturales? Las personas naturales son personas físicas, los individuos, por ejemplo, Andrea López. Si Andrea desea ser comerciante y no constituye una persona jurídica, debe asumir todas las obligaciones con su propio patrimonio. Eso implica que para las deudas que se generen por su actividad económica, sus bienes servirán de garantía.

Por esta razón, entre otras, los individuos prefieren, si van a dedicarse al comercio o a otras actividades, constituir una entidad diferente con patrimonio propio para que sus propios bienes no deban respaldar sus negocios. A esas entidades se les denomina personas jurídicas, pues no son personas físicas, no son seres humanos como se explica a continuación.



¿Qué son las personas jurídicas? Las personas jurídicas son entes ficticios diferentes a las personas físicas que las componen. Tienen su propio nombre; domicilio y responden por las obligaciones con los

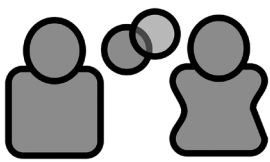
activos de su propio patrimonio, no con el de las personas físicas que hacen parte de estas.

Las personas jurídicas pueden ser de dos tipos: *con ánimo de lucro* o *sin ánimo de lucro.* Las entidades sin ánimo de lucro (también conocidas como ESAL) son corporaciones o fundaciones[33]. Las entidades con ánimo de lucro representan sociedades civiles o comerciales y empresas unipersonales.

¿Para qué crear una persona jurídica? ¿Cuáles son las ventajas? La ventaja principal de crear una persona jurídica consiste en separar el patrimonio de las personas físicas para proteger los bienes propios de estas de las deudas de la persona jurídica.

Atributos de las personas

- Estado civil: establece la posición de un individuo frente a su familia y dentro de la sociedad. Es un atributo que solamente ostentan las personas físicas. Las fuentes, lo que da origen al estado civil, son los hechos como el nacimiento o la muerte, o los actos como el matrimonio[34]. Estas situaciones se inscriben en el Registro Civil.



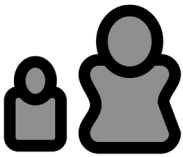
[33] En las corporaciones, "dos o más personas convienen poner en común cosas o trabajo para llevar a cabo una actividad de mutuo interés, la cual puede adelantarse con ánimo de lucro o sin él, según el tipo de corporación de que se trate, al paso que las fundaciones son patrimonios que se afectan para cumplir con una finalidad de beneficencia pública en favor de terceros, en las que el o los fundadores no tienen ánimo de percibir beneficio económico alguno de las actividades que desarrolle la entidad": Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2.ª edición (Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2016), 223-224.

[34] "Los elementos que conforman el estado civil son la individualidad, la edad, el sexo, el lugar de nacimiento y la filiación. La Corte ha señalado que la información del estado civil es indispensable para el reconocimiento de la personalidad jurídica, y guarda estrecha relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal, ya que ubica a la persona jurídicamente en su núcleo familiar y social. La constitución y la prueba de las calidades civiles de las personas se realizan mediante la inscripción en el registro civil": C. Const., Sent. T-450A, jul. 16/2013. M. P. Mauricio González Cuervo.

- Nacionalidad: se refiere al vínculo jurídico y político entre una persona y un Estado o nación[35]. Según el artículo 96 de la Constitución Colombiana, los colombianos pueden tener más de una nacionalidad.



- Nombre: este atributo se utiliza para individualizar a las personas, distinguirlas unas de otras. El nombre de las personas físicas se forma con uno o más nombres personales o de pila y los apellidos. El nombre de pila lo escoge quien esté habilitado para ello, usualmente los padres, mientras que los apellidos los asigna la ley según la filiación (apellidos de los padres)[36]. Las personas jurídicas también tienen un nombre, una identidad para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones. Este se determina al momento de su creación y las acompaña durante su vida jurídica hasta que se liquidan, se transforman o son absorbidas por otras personas[37].
- Capacidad: aunque todas las personas pueden contraer derechos y obligaciones, no todas pueden hacerlo por sí mismas; algunas requieren de la intervención de otra para que los represente[38]. La ley presume que toda persona tiene capacidad de obligarse voluntaria y legítimamente[39]. En la actualidad, todas las personas mayores de edad ostentan la capacidad para contraer derechos y obligaciones. Este es un avance muy importante que estableció la Ley 1996 del 2019, pues anteriormente algunas personas mayores de edad se consideraban incapaces ante la ley (como las personas con discapacidad mental). Hoy en día, solamente los menores de edad se consideran incapaces para obligarse por sí mismos, pues se considera que no tienen la madurez suficiente para tomar decisiones



[35] Germán Lozano Villegas, "La nacionalidad en la Constitución Política de 1991". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 15 (2003): 145.

[36] Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho civil. Aproximación al Derecho: derecho de personas* (Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario, 2014), 605.

[37] Medina Pabón, *Derecho civil*, 626.

[38] Alonso Paredes, "Ineficacia del acto jurídico", en *Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización*, tomo II, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2016), 177.

[39] Medina Pabón, *Derecho civil*, 701.

de cierta relevancia y, por lo tanto, requieren de representación legal para realizar negocios (representación que usualmente ejercen sus padres).

- Patrimonio: a pesar de que la ley no establece una definición de patrimonio, como se analizó anteriormente, se trata de un conjunto, una universalidad jurídica compuesta por activos y pasivos[40]. Toda persona tiene un patrimonio, por eso es un atributo de todas las personas, naturales o jurídicas.



- Domicilio: se utiliza para ubicar a las personas espacialmente. Es el vínculo entre un individuo y el municipio o distrito en el que actúa jurídicamente y ejerce sus derechos y obligaciones tanto en el área urbana como rural[41]. Las personas jurídicas determinan su domicilio en sus estatutos y están obligadas a declararlo ante la Cámara de Comercio donde funcionen.



¿Debe ser la persona la protagonista del derecho?

El derecho se ha caracterizado por tener como centro a la persona. Sin embargo, recientemente se plantean críticas a esta visión por excluir los derechos de otras entidades como los animales y el medio ambiente[42]. En los últimos años se ha avanzado en el reconocimiento legal y jurisprudencial de los derechos no solo de las personas. Así, la Ley 1774 del 2016 modificó el Código Civil al señalar que los animales no son cosas, sino "seres sintientes" que requieren de "especial protección contra el sufrimiento y el dolor". Ese mismo año, la Corte Constitucional reconoció al río Atrato como sujeto de derechos para encontrar una vía jurídica que garantizara su conservación[43].

[40] Francisco Ternera, *Bienes* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013).

[41] Medina Pabón, *Derecho civil*, 680.

[42] Franco Alirio Ceballos Rosero, "Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho". *Revista Estudios de Derecho* 78, n.° 171 (2021): 24.

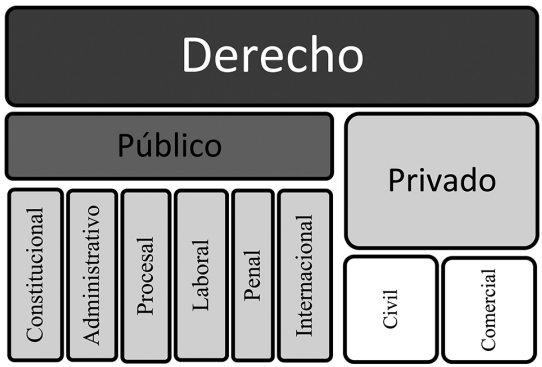
[43] C. Const., Sent. T-622, nov. 10/2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Resulta necesario para las empresas considerar dentro de sus decisiones los derechos de los animales y el deber de proteger el medio ambiente. Cada vez más las empresas deben concientizarse de la importancia de limitar su impacto ambiental e incluso ir más allá para buscar soluciones a los dramáticos efectos del cambio climático.

Ramas del derecho

El derecho es una disciplina compleja, difícil de abarcar en su totalidad. Está compuesto por diferentes ramas que comprenden distintas especialidades[44]. La división más relevante del derecho separa el derecho público del derecho privado.

Figura 6. Ramas del derecho



Fuente: elaboración propia.

¿Qué es el derecho público?

El derecho público regula la organización del Estado y las relaciones de este con los individuos. Dentro del derecho público existen varias disciplinas que regulan temáticas especiales:

[44] Alejandro Vergara Blanco, "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los 'núcleos dogmáticos'". *Revista Chilena de Derecho* 41, n.º 3 (2014), 957-991.

- Derecho constitucional: establece los principios fundamentales del Estado y los derechos y deberes de los habitantes del territorio. En los negocios, el empresario debe tener en cuenta los derechos y deberes que establece la Constitución Política. Por ejemplo, la Constitución defiende la libertad de empresa y también le impone el deber de respetar el medio ambiente.
- Derecho administrativo: regula la administración pública. Las empresas deben tener en cuenta las licencias o trámites que deben realizarse ante entidades públicas. Algunas actividades empresariales están reguladas o vigiladas por el Estado.
- Derecho procesal: regula la administración de la justicia y establece las normas de los procesos judiciales. Si la empresa celebra contratos y no los cumple, pueden demandarla judicialmente y deberá responder con sus bienes, los cuales podrán ser embargados y rematados por orden del juez.
- Derecho laboral: regula las relaciones entre los empleadores y los empleados. En los negocios, es usual que se celebren contratos laborales para llevar a cabo las actividades de la empresa.
- Derecho penal: regula la posibilidad del Estado de sancionar a las personas dentro de su territorio. Los comerciantes, personas naturales o jurídicas pueden responder penalmente si incurren en delitos establecidos por la ley.
- Derecho internacional: tiene carácter público si regula las relaciones entre los Estados y carácter privado si establece las reglas aplicables a las relaciones entre individuos nacionales y extranjeros. El derecho internacional privado es especialmente relevante para las empresas extranjeras que deseen establecer sucursales en el país o para comerciantes que quieran celebrar contratos con extranjeros.

¿Qué es el derecho privado?

El derecho privado regula las relaciones entre los particulares. Está formado por el derecho civil y el derecho comercial. Mientras el derecho civil regula las relaciones privadas como los bienes, los contratos, las relaciones de familia y las normas sobre sucesiones en caso de muerte de las personas; el derecho comercial se desprende del derecho civil,

pues, al surgir el comercio, los comerciantes necesitaron normas especiales que les permitieran adquirir una mayor agilidad y especialidad en sus negocios.

El derecho civil es el derecho común y se encuentra regulado por el Código Civil. El derecho comercial es un derecho autónomo que toma muchas de las normas del derecho civil[45], pero regula de manera especial a los comerciantes, sus deberes y las relaciones derivadas de los actos mercantiles en el Código de Comercio.

Los actos de comercio se diferencian de los actos civiles por diferentes factores como el ánimo de lucro y la intermediación. Así, si un particular le vende a otro un automóvil esta compraventa se considera civil y se le aplican las normas del derecho civil. En cambio, si un particular compra un vehículo en un concesionario, el contrato es mercantil, comercial, pues el concesionario es un comerciante que realiza una actividad de intermediación (compra o importa vehículos para revenderlos) con el ánimo de lucrarse.

Conclusiones

En los negocios es necesario tener en cuenta los límites establecidos por el derecho para que las decisiones que tome el empresario sean jurídicamente válidas. Por lo anterior, es importante entender el significado del derecho y sus conceptos más relevantes en este contexto.

El derecho tiene diferentes definiciones. Mientras el derecho objetivo se refiere a un conjunto de normas, el derecho subjetivo se refiere a las potestades o facultades de los individuos que pueden afectar su patrimonio o pertenecer a una órbita más allá de las consideraciones económicas como los derechos a la vida o a la dignidad.

Dentro de las nociones fundamentales del derecho se encuentran sus fuentes: la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia.

Acerca de la aplicación del derecho, las leyes, por lo general, tienen aplicación a futuro, es decir, a partir de su promulgación, y deben cumplirse en un territorio determinado.

[45] Castro de Cifuentes, *Derecho comercial*, 178.

El derecho ha tenido como centro a las personas, que pueden ser personas naturales (individuos) o personas jurídicas (entes diferentes a los individuos que las conforman).

Finalmente, es importante tener en cuenta que el derecho se divide en dos grandes ramas de las cuales se desprenden otras subramas: el derecho público (que regula la organización del Estado y la relación de este con los particulares) y el derecho privado (que regula las relaciones entre particulares).

Casos y preguntas

- Laura invita a comer a su casa a dos potenciales inversionistas para su empresa, para conversar sobre un posible negocio con ellos. Los invitados olvidan el compromiso con Laura y no asisten a la comida. ¿Laura puede demandarlos ante un juez por no haber asistido a la comida?
- Ana le debe 500 millones de pesos a Juan. ¿Juan, al demandar a Ana, puede exigir que se embarguen los bienes de Ana, incluyendo los que hacen parte de un patrimonio autónomo que ella constituyó con una sociedad fiduciaria?
- ¿En Colombia, la jurisprudencia es una fuente principal del derecho?
- Una empresa argentina abre una sucursal en Colombia, ¿para desarrollar su negocio en Colombia, esta sucursal debe seguir la ley argentina o la colombiana?
- Camilo inicia un emprendimiento para comercializar una aplicación para dispositivos móviles que creó. ¿Le recomendaría que creara una persona jurídica o que desarrollara el negocio como persona natural? Explique su respuesta.

Bibliografía

Alviar García, Helena. “La función social de la propiedad: entre los fines progresistas del derecho y la ineficacia”, en *Introducción al derecho: obra en construcción*, coordinado por Patricia Moncada Roa, 127-159. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.

Arévalo Guerrero, Ismael Hernando. *Bienes*: *constitucionalización del derecho civil.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Betegón Carrillo, Jerónimo; Gascón, Marina; de Páramo, Juan Ramón; Prieto Luis. *Lecciones de teoría del derecho.* Madrid: Mc Graw Hill, 1997.

Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho.* Bogotá: Temis, 2007.

C. Const., Sent. C-177, mar. 01/2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

C. Const., Sent. C-284, may. 13/2015, M. P. Mauricio González Cuervo.

C. Const., Sent. T-450ª, jul. 16/2013. M. P. Mauricio González Cuervo.

C. Const., Sent. T-622, nov. 10/2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Cámara de Comercio de Bogotá. *La costumbre mercantil.* Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.

Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2.ª edición. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho y Temis, 2016.

Ceballos Rosero, Franco Alirio. "Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho". *Revista Estudios de Derecho* 78, n.° 171 (2021): 14-35.

Hernández Díaz, Carlos. "La costumbre como fuente del derecho", *Revista Criterio Jurídico* 2, n. º 2 (2010): 142-152.

Hinestrosa, Fernando. *Derecho civil: obligaciones.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1969.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho.* Buenos Aires: Eudeba, 2009.

L. 153/1887.

L. 1774/2016.

L. 1996/2019.

Lozano Villegas, Germán. "La nacionalidad en la Constitución Política de 1991". *Revista de Derecho del Estado*, n.º 15 (2003): 143-152.

Medina Pabón, Juan Enrique. *Derecho civil. Aproximación al derecho: derecho de personas.* Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario, 2014.

Mendoza, Felipe. "Validez y vigencia temporal: avatares de una norma errante", en *Introducción al derecho: Obra en construcción*, coordinado por Patricia Moncada Roa, 79-125. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al derecho.* Bogotá: Temis, 2003.

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho.* Barcelona: Ariel, 1991.

Noguera Laborde, Rodrigo. *Introducción general del derecho*, vol. 3. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2000.

Paredes, Alonso. "Ineficacia del acto jurídico", en *Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización*, tomo II, 2.ª edición, coordinado

por Marcela Castro de Cifuentes, 164-123. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2016.

Ternera, Francisco. *Bienes*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

Valencia Zea, Arturo; y Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho civil. Parte general y personas*, tomo I, 9.ª edición. Bogotá: Temis, 1981.

Velásquez, Luis Guillermo. *Bienes.* Bogotá: Temis, 2014.

Vergara Blanco, Alejandro. "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los 'núcleos dogmáticos'". *Revista Chilena de Derecho* 41, n.° 3 (2014): 957-991.

Capítulo II

Fundamentos de las obligaciones*

Marcela Castro de Cifuentes
María Eugenia Gutiérrez Darwich

Noción y elementos de la obligación

La obligación, en sentido jurídico, es una relación entre dos personas que las vincula, las une. Estas personas se denominan acreedor y deudor[1]. Este vínculo constriñe al deudor a cumplir una prestación de contenido patrimonial en beneficio del acreedor. La prestación puede ser de dar, hacer o no hacer alguna cosa o acción.

Teniendo en cuenta la definición anterior, la obligación se configura con la presencia de los siguientes elementos: en cuanto a los *sujetos*, se requiere un acreedor y un deudor. El acreedor es el "sujeto activo" de la obligación porque tiene el derecho a exigirle al deudor la prestación. Este derecho, llamado "derecho personal" o "derecho crediticio", es un activo en su patrimonio. Por su parte, el deudor es el "sujeto pasivo" de la obligación, pues tiene una carga, algo que cumplir, que pesa en el pasivo de su patrimonio. En los extremos del vínculo, como acreedor y deudor, pueden encontrarse una o más personas naturales o jurídicas.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.738.

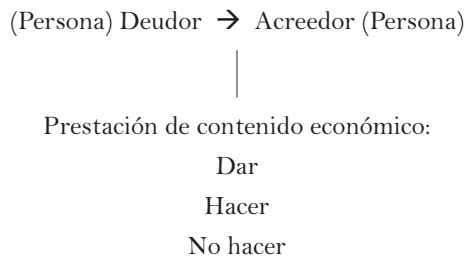
[1] El Código Civil colombiano [en adelante C. C.] no define la obligación; sin embargo, el artículo 1494 señala cuáles son las fuentes de las obligaciones. Por su parte, su artículo 1495 contiene una definición incompleta de contrato al expresar: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas": L. 84/1873, C. C., art. 1495. Esta norma se refiere en realidad a los elementos propios de la obligación. Subraya que el contrato es fuente de obligaciones, pero omite la nota esencial del contrato: el acuerdo de voluntades.

El *objeto* de la relación consiste en la prestación debida por el deudor y que el acreedor puede reclamarle: dar, hacer o no hacer algo.

El deudor se obliga a *dar* cuando debe transferir la propiedad de una cosa suya al acreedor. Constituye, por ejemplo, la obligación que tiene el vendedor de transferir la propiedad de una cosa al comprador. El deudor se obliga a *hacer* cuando debe realizar una acción, un hecho suyo, por ejemplo: *prestar un servicio*, cuando un médico debe realizar una operación o un sastre, confeccionar un vestido; o *entregar una cosa al acreedor sin transferir la propiedad*, este es el caso de un arrendador cuando tiene que entregarle al arrendatario la cosa arrendada para que la use temporalmente sin que se convierta en nuevo propietario. Finalmente, el deudor se obliga a *no hacer*, cuando debe abstenerse de ejercer una conducta que normalmente podría realizar, de no ser por la obligación adquirida, por ejemplo, no divulgar una información que le ha sido revelada en el curso de una negociación.

El vínculo jurídico, que une al deudor y al acreedor, es la relación obligatoria propiamente dicha.

Figura 1. Elementos de la obligación

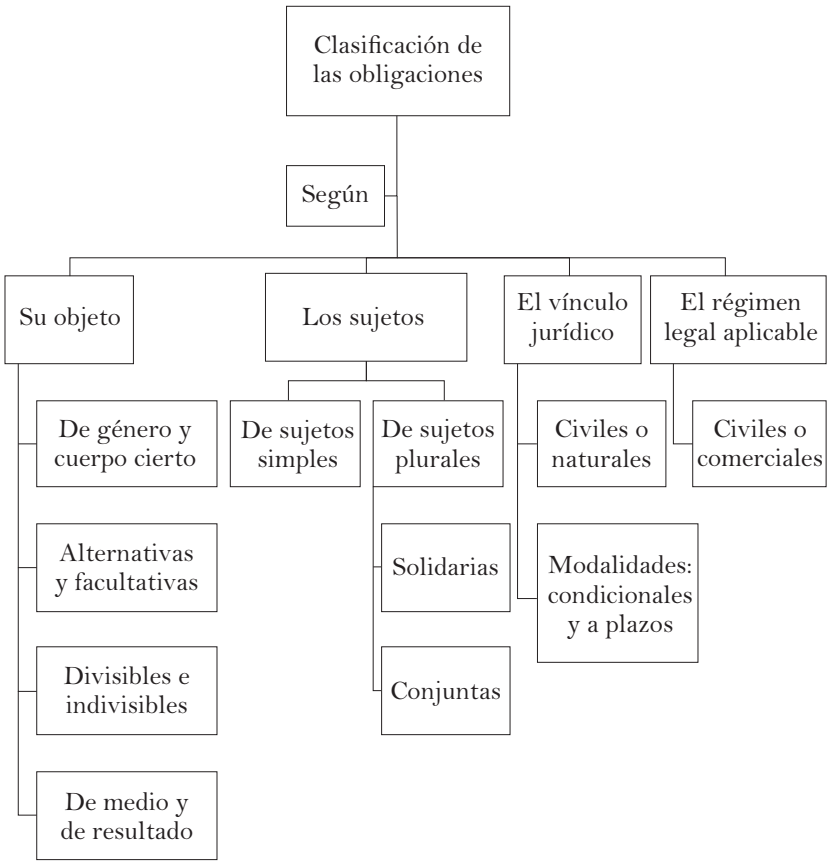


Fuente: elaboración propia.

Principales clases de obligaciones

Con base en diversos criterios, las obligaciones se clasifican atendiendo a diferencias que pueden presentarse en sus elementos estructurales, a saber: el objeto (prestación), los sujetos (deudor-acreedor) y el vínculo jurídico. La consecuencia práctica de esta clasificación es el régimen especial de determinados tipos de obligaciones.

Figura 2. Clasificación de las obligaciones



Fuente: elaboración propia.

Según el objeto

Obligaciones de género y cuerpo cierto[2]. Esta clasificación tiene importancia para las obligaciones de dar y de entregar cosas. En las *obligaciones de género*, el deudor se obliga a dar una o más cosas determinadas

[2] C. C., arts. 1565-1567.

en cierta cantidad o peso. Por ejemplo: si el deudor se obliga a dar tres computadores y diez kilogramos de arroz, este cumple su obligación cuando da tres individuos del género "computador" y diez kilogramos de cualquier tipo de arroz. También son de género las obligaciones de dinero. En cambio, en las *obligaciones de cuerpo cierto* —también llamadas de especie—, el deudor se compromete a suministrar una cosa específica totalmente singularizada, con características que la hacen única. El deudor solo cumple cuando proporciona la cosa específicamente señalada y no puede sustituirla por otra igual o parecida, por ejemplo: el cuadro de *La Mona Lisa* de Da Vinci o el caballo de raza, de nombre "Tornado".

La importancia de la distinción radica en que la pérdida o destrucción del cuerpo cierto antes de la entrega y sin culpa del deudor extingue la obligación y el deudor queda liberado porque al desaparecer el objeto no puede cumplir con otra cosa y —nadie está obligado a lo imposible—. Por oposición, en las obligaciones de género, como el deudor cumple cuando entrega al acreedor cualquier objeto que cumpla con la cantidad y calidad acordadas, la pérdida o destrucción del género prometido no extingue la obligación y el deudor está ligado a la necesidad de buscar otros objetos iguales en su reemplazo para el cumplimiento porque "el género no perece".

> "La pérdida o destrucción del género prometido no extingue la obligación —el género no perece—".

Obligaciones alternativas y facultativas[3]. En la *obligación alternativa*, el deudor debe cumplir varias prestaciones (dar, hacer o no hacer), pero se libera ejecutando totalmente una, cualquiera de ellas. La elección de la prestación corresponde al deudor, a menos que haya pactado algo distinto con el acreedor.

> "Obligaciones alternativas: el deudor debe cumplir varias prestaciones (dar, hacer o no hacer), pero se libera ejecutando totalmente cualquiera de ellas".

[3] Ibídem, arts. 1556-1564.

La obligación persiste, aunque se destruyan algunas de las cosas debidas o se hagan imposibles algunas de las prestaciones, pero si perecen o se hacen imposibles todas las cosas debidas sin culpa del deudor, se extingue la obligación. La *obligación es facultativa* cuando tiene por objeto una cosa determinada, pero se concede al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa en el contrato. El acreedor solo puede exigir la prestación a que se ha obligado directamente el deudor y, si el objeto debido se pierde o se destruye sin culpa del deudor, nada puede demandar.

> "Obligaciones facultativas: tiene por objeto una cosa determinada, pero se concede al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa en el contrato".

Obligaciones divisibles e indivisibles[4]. Son divisibles o indivisibles las prestaciones dependiendo de si tienen por objeto algo que sea susceptible de división física o intelectual. Así, en la venta de una cosa mueble como un vehículo, la prestación es indivisible, ya que el deudor debe transferir la propiedad y la posesión material del bien en su integridad, no por partes, de lo contrario se demerita la prestación misma. Por su parte, las obligaciones de dinero son divisibles por cuanto el valor podría pagarse totalmente o por instalamentos.

Debe aclararse, sin embargo, que es posible que una cosa pertenezca en común a varios propietarios en un porcentaje o cuota correspondiente a cada uno. Si la cosa se vende a un tercero, todos los propietarios deben participar en acuerdo y quien la tenga debe hacer la entrega. No obstante, cualquiera de ellos puede vender su cuota de manera independiente (por ejemplo: el veinticinco por ciento) y la obligación de dar, es decir, de transferir la propiedad de la parte que vende es en sí misma indivisible porque el vendedor debe cumplir dando el veinticinco por ciento en su totalidad.

> "Son divisibles o indivisibles las prestaciones dependiendo de si tienen por objeto algo que sea susceptible de división física o intelectual".

[4] Ibídem, arts. 1581-1591.

La distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles no solo cabe cuando lo debido es una cosa corporal como en los ejemplos anteriores, sino también en las obligaciones de hacer y no hacer. En principio, las obligaciones de no hacer son indivisibles, puesto que el deudor se compromete a una abstención, conducta que se cumple de forma total, no por partes. En las prestaciones de hacer, dependen, en cada caso, de la prestación acordada. Por ejemplo: si un artista se obliga a actuar en una obra de teatro, su conducta no puede dividirse sin demeritar la obra. Sin embargo, puede haber divisibilidad en la prestación de hacer en un servicio de consultoría en el cual el consultor se compromete a realizar unas actividades en la primera etapa y otras en una posterior.

En las obligaciones indivisibles no hay dificultad cuando la parte deudora o la acreedora está conformada por una única persona natural o jurídica, es decir, involucra a un sujeto singular. En este caso, la naturaleza indivisible del objeto y la presencia de sujetos singulares permite que el único deudor entregue la cosa debida íntegramente al único acreedor. El verdadero problema surge cuando el objeto de la obligación es indivisible, hay varios deudores o acreedores, o ambos. En ese caso, la ley establece que todos los deudores tienen que satisfacer la obligación en un todo y que cada uno de los acreedores posee el derecho a exigir el total. No obstante, para facilitar el cumplimiento de las obligaciones indivisibles cuando hay deudores plurales, la ley fija algunas reglas técnicas como concederle un plazo al deudor demandado para que se entienda con los demás para cumplirla entre todos, a menos que la prestación sea de tal naturaleza que solo él pueda cumplirla. También se prevé que, cuando se debe un cuerpo cierto, aquel de los deudores que lo tenga sea quien deba hacer la entrega. Cuando la obligación es divisible, en todo caso, el acreedor puede exigir la totalidad de la prestación en virtud de un pacto con el deudor, pues aquel tiene derecho a recibir el pago completo y no está obligado a recibirlo por partes.

Obligaciones de medio y de resultado. Esta no es una categoría creada por la ley, sino que surgió en el campo de las obligaciones contractuales, fruto de reflexiones de los pensadores jurídicos y luego fueron acogidas luego por la jurisprudencia colombiana.

Se consideran *obligaciones de resultado* aquellas en las que el deudor está en capacidad de garantizar y de hecho garantiza la producción de un resultado determinado en beneficio del otro contratante (acreedor). Si dicho resultado no se produce, se considera que existe incumplimiento

del contrato. Ejemplos de este tipo de obligaciones son: la del transportador que debe llevar a su destino las personas o cosas transportadas sanas y salvas, y la del vendedor, quien tiene que entregar la cosa vendida.

> "En las obligaciones de resultado el deudor garantiza la producción de un resultado determinado".

En cambio, son *obligaciones de medio* aquellas en las cuales, si bien se persigue un resultado determinado, el deudor no lo garantiza, aunque sí se obliga a realizar su mejor esfuerzo para lograrlo y a emplear con diligencia todos los medios a su alcance y necesarios para obtenerlo. Sin embargo, si el resultado no se logra, no implica de plano el incumplimiento del contrato. Cuando el médico se compromete a tratar a un paciente con el propósito de lograr mejoría en su estado de salud y cuando el abogado recibe el encargo de representar judicialmente a su cliente están asumiendo obligaciones de medio, pues buscan curar y ganar el pleito, pero no garantizan el resultado positivo.

> "En las obligaciones de medio, si bien se persigue un resultado, el deudor no lo garantiza, pero debe actuar diligentemente".

El efecto de la distinción se encuentra en el régimen de responsabilidad civil por incumplimiento de los contratos, que se examina en un capítulo separado de esta obra.

Según los sujetos

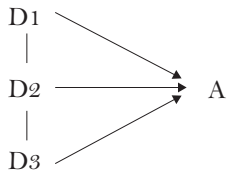
Obligaciones de sujetos simples. Son las obligaciones en las cuales existe una sola persona física o jurídica en cada uno de los extremos del vínculo, es decir, un solo deudor y un solo acreedor.

Obligaciones de sujetos plurales: conjuntas y solidarias[5]. Las obligaciones se denominan *plurales* cuando, en alguno de los extremos subjetivos de la relación o en ambos, hay dos o más personas naturales o jurídicas. Así, hay obligación de sujetos plurales en los siguientes casos:

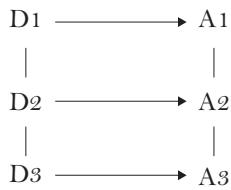
[5] Ibídem, arts. 1568-1580.

Figura 3. Obligación de sujetos plurales

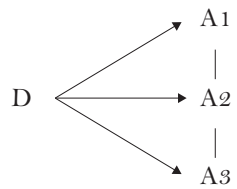
Hay dos o más deudores frente a un acreedor



Hay dos o más deudores frente a dos o más acreedores



Hay un deudor frente a dos o más acreedores



Fuente: elaboración propia.

En estos eventos, para aplicar el régimen de las obligaciones conjuntas o solidarias que se explican a continuación, es necesario que se trate de una prestación divisible, conforme se expuso arriba. Si se trata de objetos indivisibles, ello no tiene nada que ver con la pluralidad de sujetos, sino con la naturaleza del objeto debido, por lo cual, el régimen aplicable es el de las obligaciones indivisibles.

La *obligación es conjunta* cuando, al ser varios los deudores de la obligación divisible, el acreedor solo puede exigir su cuota a cada uno de ellos. Por ejemplo: si Diego y Diana le deben un millón de pesos a Alejandro y la obligación es conjunta, este solo le puede cobrar 500 mil pesos a cada uno de los deudores.

En cambio, en las *obligaciones solidarias*, el acreedor o acreedores (coacreedores solidarios) pueden cobrarle a cada uno de los deudores (codeudores solidarios) la totalidad de la deuda. Esta situación representa una ventaja para el acreedor, pues no debe requerir el pago de cada uno de los deudores por separado. La solidaridad produce una indivisibilidad jurídica donde hay divisibilidad natural de la prestación. La solidaridad puede surgir de un pacto contractual en el que las partes (deudor y acreedor) lo acuerdan; también puede emerger de la ley directamente, como en el evento en que dos o más personas causan daño a otra persona y la ley las obliga solidariamente a indemnizar el daño[6]. Por último, la solidaridad puede emanar del testamento: cuando una persona dicta su última voluntad señalando la distribución de sus bienes para que tenga efecto después de su muerte, con ello puede determinar que sus herederos respondan solidariamente por alguna o algunas de sus obligaciones[7].

> "La solidaridad produce una indivisibilidad jurídica donde hay divisibilidad natural de la prestación".

Cuando un codeudor le paga al acreedor la totalidad de la deuda, puede exigir a los otros codeudores que le reembolsen la cuota que les correspondía (subrogación); es decir, hecho el pago, la obligación se divide entre codeudores[8].

Según el vínculo jurídico

Obligaciones civiles y naturales[9]. Son *obligaciones civiles* aquellas que otorgan derecho para exigir su cumplimiento, es decir, el acreedor cuenta con acciones judiciales para que el deudor ejecute el pago coactivamente. Representan las obligaciones "normales". Las *obligaciones naturales*, por otra parte, no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero una vez son cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado

[6] C. C., art. 2344.

[7] Ibídem, art. 1568.

[8] Ibídem, art. 1579.

[9] Ibídem, arts. 1527-1529.

o pagado debido a ellas. Este es el caso de las obligaciones prescritas, en las que el acreedor ha sido negligente y no ha hecho un cobro oportuno. Si el deudor, a pesar de la prescripción, quiere pagar, el pago es válido, pues se consideran obligaciones a las que moralmente el deudor continúa ligado.

> "Las obligaciones civiles dan derecho para exigir su cumplimiento judicialmente".

> "Las obligaciones naturales no confieren ese derecho, pero, una vez cumplidas, autorizan a retener lo que se ha dado o pagado".

Modalidades: *obligaciones condicionales y a plazo*. Las obligaciones pueden ser puras y simples o someterse a las modalidades de condición y plazo. Los *plazos* son acontecimientos que, si bien son futuros, hay certeza sobre su ocurrencia. Por ejemplo: Pedro y Juan acuerdan que Pedro pagará a Juan 100 mil pesos el primer viernes del próximo año. Por su parte, las *condiciones* son acontecimientos futuros e inciertos.

La *condición es suspensiva* si, mientras no se ha cumplido, suspende la adquisición de un derecho. Por ejemplo: Pedro y Juan acuerdan que Pedro pagará 100 mil pesos a Juan si fulano gana el premio Nobel de Literatura; cuando esta condición se cumple, Pedro está obligado a pagar la suma convenida. En la misma vía, la *condición es resolutoria* cuando, por su cumplimiento, se extingue un derecho[10]. Por ejemplo: Pedro le paga mensualmente 100 mil pesos a Juan y acordaron que ese pago se hará hasta el día en que fulano gane el premio Nobel de Literatura.

Según el régimen legal aplicable

Obligaciones civiles y comerciales. En el derecho privado, hay dos ramas: el derecho civil y el derecho comercial. El campo de aplicación de cada una se determina conforme a unos criterios legales que señalan cuáles actos y contratos se consideran civiles (por ejemplo: el testamento

[10] Ibídem, arts. 1530-1550.

y la donación, respectivamente) y cuáles se consideran mercantiles (el contrato de cuenta corriente bancaria y el de un seguro)[11].

Cuando, después de aplicar tales criterios, se llega a la conclusión de que determinada operación es civil, se le aplica el régimen civil de las obligaciones contenido en el Código Civil, el cual se examina en este capítulo. Por el contrario, si se concluye que el negocio es mercantil, se le aplica el régimen de las obligaciones comerciales previsto en el Código de Comercio. Sin embargo, debe aclararse que el sistema más completo y elaborado de obligaciones lo tiene el derecho civil, por lo cual, en muchos temas, el derecho comercial se remite a ese régimen, concretamente cuando la ley comercial no propone una solución especial o distinta de la civil[12].

Por ejemplo, la nulidad relativa de los contratos[13] es una sanción que se prevé tanto para los contratos civiles como para los comerciales cuando se celebra por personas que tienen incapacidad jurídica relativa o cuando la voluntad de alguno de los intervinientes adolece de algún vicio como error, fuerza o dolo. Sin embargo, el plazo para instaurar la acción judicial prescribe en cuatro años si el contrato es civil y en dos si es comercial, pues esta rama del derecho privado prefiere que las controversias se resuelvan en plazos más breves[14].

Fuentes de las obligaciones[15]

Los vínculos obligatorios descritos resultan de alguna de las fuentes aptas para crearlas. Las obligaciones surgen ordinariamente porque se contraen de manera voluntaria mediante actos jurídicos como los contratos,

[11] Una explicación más detallada de esta dualidad civil-comercial se presenta en el capítulo sobre derecho comercial en esta obra.

[12] C. Co., art. 822: "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa".

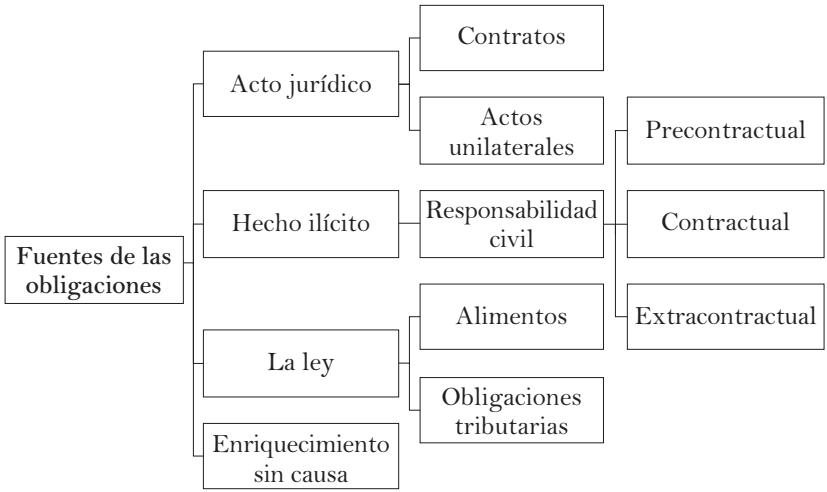
[13] Véase la explicación correspondiente a la nulidad relativa en el capítulo sobre los conceptos fundamentales de los contratos, en esta obra.

[14] Véanse: C. C., art. 1750 y C. Co., art. 900.

[15] C. C., art. 1494.

pero esta no es la única forma en que nacen. Hay otras situaciones que desencadenan la formación de las obligaciones, algunas incluso sin que intervenga la voluntad del deudor y el acreedor. Las obligaciones surgen de los siguientes fenómenos: el acto jurídico, el hecho ilícito, la ley y el enriquecimiento sin causa.

Figura 4. Fuentes de las obligaciones



Fuente: elaboración propia.

El acto jurídico como fuente de obligaciones

El *acto jurídico* es una expresión de voluntad de un sujeto, cuyo propósito explícito consiste en generar una consecuencia en derecho que puede ser precisamente crear obligaciones. Tal acto se denomina contrato cuando, para su formación, requiere de la concurrencia de las voluntades de dos o más personas. Sin embargo, también existen actos unilaterales con los cuales se producen efectos jurídicos, entre ellos, de manera excepcional, la creación de obligaciones como se verá enseguida.

> "Acto jurídico: expresión de voluntad de un sujeto que tiene como propósito generar una consecuencia en derecho".

Los contratos. Son acuerdos de voluntades por los cuales dos o más personas se proponen de manera consciente contraer obligaciones. Los principios generales que gobiernan los contratos y el régimen de los distintos tipos se tratan en capítulos separados de esta obra.

"Contratos: acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a contraer obligaciones —acto jurídico bilateral—".

Los actos unilaterales como fuente de obligaciones. La regla general es que una persona no puede obligarse, sino únicamente mediante su voluntad. Ya mencionamos que los contratos, como actos jurídicos bilaterales, son acuerdos muy comunes en virtud de los cuales dos o más personas deciden obligarse. Sin embargo, es posible, aunque en casos especiales, que surjan obligaciones con la voluntad de una sola persona.

"Actos unilaterales: surgimiento de obligaciones con la voluntad de una sola persona".

Estas declaraciones unilaterales pueden imponer obligaciones sobre la persona que las realiza, como sucede en la oferta de negocio jurídico dirigida a una persona determinada[16] porque no puede revocarse, so pena de indemnizar por los daños causados al destinatario con la revocación.

También sucede esto en los cuasicontratos, que son actos lícitos no nacidos del acuerdo de las partes, sino de la sola voluntad de la persona que se obliga[17]. Ejemplos de estos cuasicontratos son el pago de lo no debido y la agencia oficiosa. Cuando hay un "pago de lo no debido", quien paga por error puede demandar la devolución de lo pagado, es decir, quien recibe queda obligado a dicha devolución sin que haya mediado su voluntad[18]. No obstante, es aún más extraño que una persona pueda obligar a otra con la expresión unilateral de voluntad de la primera. Esto sucede en la "agencia oficiosa"[19] en la cual una persona administra sin mandato los bienes de otra, es decir, asume espontáneamente

[16] C. Co., art. 846.

[17] El art. 2302 del Código Civil dispone que las obligaciones que se contraen lícitamente sin convención se denominan cuasicontratos.

[18] C. C., arts. 2313-2321.

[19] Ibídem, arts. 2304-2312.

la gestión de negocios ajenos. En este cuasicontrato, el agente oficioso se obliga como si fuera un mandatario a pesar de que no ha celebrado contrato alguno con el principal. Además, este puede resultar obligado frente a terceros por actos del gestor si el negocio ha sido bien administrado por aquel. Por ejemplo, si Juan se percata de que hay una inundación en el apartamento de su vecino Alberto, que se encuentra de viaje, puede contratar a un cerrajero para que abra la puerta y a un fontanero para que arregle la tubería dañada. Si Juan opta por pagar estos servicios a los terceros, puede exigir a su vecino el reembolso; pero también Alberto puede quedar directamente obligado a pagar los servicios del cerrajero y del fontanero si Juan los contrata y no les paga[20].

El hecho ilícito como fuente de obligaciones

El hecho ilícito puede definirse como la conducta activa u omisiva de una persona que causa perjuicio a otra. De esta forma, cuando una persona le causa un daño a otra por dolo o culpa, debe indemnizar los perjuicios[21]. Es decir, el causante del daño es deudor y la víctima es acreedora de la reparación. Este daño puede surgir:

1. Del incumplimiento de un contrato.
2. De una conducta negligente que se produce al margen de un contrato.
3. En la etapa de negociación de un contrato, en la que una de las partes transgrede deberes de buena fe, lo cual causa un perjuicio a la otra parte.

Esta fuente especial da origen a todo el sistema de responsabilidad civil —contractual, extracontractual y precontractual, respectivamente— que se analiza a detalle en un capítulo separado de esta obra.

> "Hecho ilícito: conducta activa u omisiva de una persona que causa perjuicio a otra".

[20] Ibídem, arts. 2308 y 2309.

[21] Ibídem, art. 2341.

La ley como fuente de obligaciones

Como ya hemos estudiado, la ley señala cuáles son las fuentes de las obligaciones, de manera que, en últimas, ella constituye la fuente por excelencia[22]. Sin embargo, en algunas situaciones particulares y por motivos de interés general, la ley consagra directamente algunas hipótesis en las cuales surge la relación obligatoria típica, señalando que una persona es deudora de otra y que la prestación —que generalmente es de dar o de hacer— nace cuando se cumplen los presupuestos previstos en la norma. En Colombia, hay dos casos dignos de mención: las obligaciones tributarias y los alimentos que deben ciertas personas a otras, como los padres de familia a los hijos.

1. *Las obligaciones tributarias*. La Constitución Política, en el artículo 95, señala los deberes y las obligaciones de los ciudadanos: "Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad". Esta norma es desarrollada por distintas disposiciones que crean diversos tributos señalando cuál es el hecho generador del impuesto y quiénes están obligados a declararlo y pagarlo[23]. Es claro que cuando se satisfacen los requisitos legales para la generación del tributo, el Estado es acreedor de las obligaciones de dar sumas de dinero por concepto de impuestos, a cargo de los contribuyentes.
2. *Alimentos*. La ley civil impone a ciertas personas la obligación de pagar alimentos a otras por razones de parentesco y dependencia económica. Los alimentos son sumas de dinero que se pagan periódicamente para la manutención del beneficiario e incluyen no solo lo necesario para la alimentación propiamente dicha, sino

[22] Ibídem, art. 1494: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

[23] El Estatuto Tributario reglamenta en detalle los impuestos que administran las autoridades nacionales. Otras normas de carácter departamental y municipal complementan el régimen tributario, con impuestos que perciben y administran las entidades territoriales.

para otros gastos requeridos para la subsistencia[24]. Por razones de interés general, que propenden por la protección de la familia, los acreedores son los menores de edad y las personas incapaces. La ley radica directamente en cabeza del deudor y la correspondiente obligación, en provecho del acreedor.

El enriquecimiento sin causa

Esta es una fuente que no ha sido creada por la ley, surgió de un principio general del derecho que proclama la equidad en las relaciones jurídicas. Enuncia que: nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otra persona.

> "El enriquecimiento sin causa, como fuente de las obligaciones, surge del principio general: nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otra persona".

Esta fuente subsidiaria fue reconocida hace muchos años por la jurisprudencia y persigue rectificar situaciones injustas en las que se reúnen estos requisitos:

1. El aumento patrimonial —enriquecimiento— de una persona.
2. La disminución patrimonial —empobrecimiento— correlativo de la otra.
3. La ausencia de justificación jurídica para este desplazamiento patrimonial.

En estos casos, el empobrecido tiene una acción creada en el derecho romano, denominada *actio in rem verso*[25], cuya finalidad consiste en recuperar lo perdido para restablecer el equilibrio de los dos patrimonios. Actualmente, el principio se enuncia explícitamente en el artículo 831 del Código de Comercio en los siguientes términos: "Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

[24] C. C., arts. 411 y ss.

[25] Acción de reembolso.

Un ejemplo popular de esta fuente es la situación de una persona (que llamaremos A) que hace inversiones y mejoras en un terreno que aspira a comprar, pero cuya adquisición se frustra. El propietario del inmueble (a quien denominaremos B) se hace dueño de estas mejoras porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal. No obstante, sería injusto que A perdiera lo invertido y que, debido a ello, B se enriqueciera. Al carecer de otras acciones legales, A puede demandar a B y buscar que el juez lo condene a pagarle el valor de las inversiones y mejoras. La persona así empobrecida carece de acciones contractuales, extracontractuales o de otro tipo para recuperar lo perdido, por lo cual acude de manera residual a la *actio in rem verso*.

Se observa claramente en el ejemplo anterior que el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones: A se convierte en acreedor de B y la prestación consiste en restituir el valor que aquel ha invertido en el inmueble ajeno.

Efectos de las obligaciones

En sentido técnico-jurídico, por *efectos de las obligaciones* se entiende el conjunto de derechos que tiene el acreedor para la satisfacción de su crédito. En este capítulo, se estudian cuáles son esos derechos y cómo debe ejercerlos el acreedor para hacerlos efectivos en caso de incumplimiento o en otras situaciones que amenazan su posibilidad de pago.

> "Efectos de las obligaciones: conjunto de derechos que tiene el acreedor para la satisfacción de su crédito".

Los activos patrimoniales del deudor presentes y futuros son la garantía general de los acreedores, principio que se conoce como la función del patrimonio como prenda general de los acreedores[26]. Estos confían en que el deudor cumplirá espontáneamente o que, en caso de incumplimiento, será solvente, es decir, tendrá activos suficientes (iguales o

[26] Ibídem, art. 2488: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677".

mayores que los pasivos) que le permitan realizar un cobro efectivo. La prenda general mencionada es una garantía legal que funciona sin necesidad de que el deudor lo pacte, pero también es posible que convencionalmente las partes acuerden, en beneficio del acreedor, garantías adicionales como la prenda, la hipoteca o la cláusula penal.

> "El patrimonio del deudor es la garantía general de las obligaciones".

Estos efectos se dividen en principales y auxiliares, según si buscan el cumplimiento de manera directa o si son medidas que pretenden proteger o recomponer el patrimonio del deudor.

Figura 5. Efectos de las obligaciones



Fuente: elaboración propia.

Efectos principales

Se desencadenan cuando el deudor no cumple su obligación en la forma y tiempo debidos.

Ejecución forzosa. Todo acreedor tiene derecho de constreñir al deudor para que cumpla la obligación en sus términos originales cuando no lo ha hecho voluntariamente. Sin embargo, la acción de cobro coactivo se ejerce solo sobre los activos patrimoniales que sirven como garantía y no contra la persona del deudor, pues prima el respeto de su integridad física. El cobro coactivo a través de la ejecución individual, esto es, cuando el acreedor reclama el pago de su crédito al deudor, se realiza con la intervención de un juez mediante un trámite judicial denominado "proceso ejecutivo", pero para que el acreedor pueda acceder directamente a este procedimiento debe tener un "título ejecutivo", esto es, un documento en el que conste la obligación de manera clara, expresa y exigible[27].

> "Ejecución forzosa: el cobro coactivo se realiza con la intervención del juez mediante un trámite judicial denominado: proceso ejecutivo".

La finalidad del proceso consiste en que el juez le ordene al deudor cumplir la obligación. Si aún así el pago no se realiza, el acreedor puede solicitar la práctica de medidas cautelares (embargo y secuestro) sobre bienes del deudor para sacarlos del comercio y destinar el producto de su venta en subasta pública al pago de la obligación.

Cuando el deudor entra en un estado de cesación de pagos, es decir, cuando deja de atender una porción considerable de sus obligaciones o es inminente que dejará de hacerlo por su precaria situación financiera, todos los acreedores acuden al *proceso colectivo o concursal de*

[27] L. 1564/2012, en adelante CGP., art. 422: "Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184".

liquidación. En este, los acreedores presentan sus créditos y se paga conforme a una prelación legal que va de la primera hasta la quinta clase, así se hace un pago ordenado, hasta agotar los activos disponibles[28].

Indemnización de perjuicios. El acreedor también puede exigir la indemnización de perjuicios si la prestación original ya no le interesa. Aquí lo que cobra es un equivalente monetario de la prestación incumplida (*perjuicios compensatorios*) o los daños derivados del cumplimiento tardío o extemporáneo (*perjuicios moratorios*).

Medidas auxiliares

Además de las acciones ejecutivas, individuales o colectivas, que pueden instaurar los acreedores ante una prestación que no se ha cumplido, pueden servirse de ciertas medidas tendentes a preservar los activos del deudor y que sirven de garantía de pago, es decir, que impiden la desmejora del patrimonio como prenda general de los acreedores. Estas son las llamadas *medidas de conservación*. Sin embargo, puede suceder que, en virtud de actos dispositivos realizados por el deudor, los activos se vean disminuidos hasta tal punto que peligre seriamente la posibilidad de realizar un cobro futuro con resultados positivos. Para remediar este problema, existen las *medidas reconstitutivas o de reintegración* con el propósito de restituir dichos activos al patrimonio del deudor para poder ejercer sobre ellos las acciones ejecutivas. Las primeras tienen carácter "preventivo", mientras que a las segundas se les atribuye una función "curativa".

[28] La ley vigente que gobierna el trámite de liquidación es la 1116 del 2006 o Ley de Insolvencia. Esta prevé la posibilidad de celebrar acuerdos de reorganización para el salvamento de la empresa. Sin embargo, si la empresa deja de ser viable financieramente, procede su liquidación, que es una ejecución colectiva. La prelación legal de créditos se encuentra en los artículos 2495 al 2509 del Código Civil, de los cuales pasamos a enumerar los principales. En la primera clase, se encuentran los créditos laborales y los tributarios; en la segunda, los créditos prendarios; en la tercera, los créditos garantizados con hipoteca; en la cuarta, los créditos de proveedores; y, en la quinta, se encuentran los créditos que no tienen ninguna prelación, denominados quirografarios.

"Las medidas auxiliares pueden ser: conservatorias, reconstitutivas o de reintegración del patrimonio del deudor".

Medidas de conservación. Hay varias situaciones en que los acreedores pueden temer por la solvencia del deudor y requieren el ejercicio de medidas de conservación. Presentamos algunas de ellas a título ilustrativo.

En procesos que comprometen todo el patrimonio del deudor, como los procesos de sucesión por muerte o los concursales, las *medidas de conservación se llaman comunes*, puesto que se ejercen en beneficio de todos los acreedores para la protección de la masa patrimonial en su conjunto. Por ejemplo, el beneficio de separación puede invocarse por los acreedores del deudor difunto para que sus créditos se paguen de manera preferencial con los activos de la sucesión, de este modo se evita el riesgo de la insolvencia de los herederos[29]. En los procesos concursales por insolvencia, la ley declara ineficaces de pleno derecho —sin necesidad de una declaración judicial— los actos de disposición que realice el deudor una vez abierto el proceso. Esta sanción claramente tutela los derechos de crédito porque impide la disminución de la prenda general de los acreedores[30].

Hay algunas medidas, denominadas *particulares*, que favorecen individualmente al acreedor que las invoca. Por ejemplo, los embargos y secuestros pedidos en los procesos ejecutivos dejan por fuera del comercio los bienes comprendidos en estas medidas, permitiendo que dichos activos se destinen a la satisfacción de las obligaciones. Otra de estas medidas es el derecho de retención, que permite de manera excepcional y en ciertos eventos amparados por la ley que una persona (retentor) se niegue provisionalmente a devolver a su dueño una cosa que tiene legítimamente en su poder, mientras este no pague una deuda que a su vez tiene con el retentor, relacionada con el bien retenido. Este bien sirve de garantía de pago. Por ejemplo, la ley le concede al mandatario el derecho de retención en los siguientes términos: "Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que este fuere obligado por su

[29] C. C., arts. 1435 y ss.

[30] L. 1116/2006, art. 17, parág. 2 (insolvencia empresarial).

parte"[31]. En la legislación vigente, el derecho de retención se califica como una garantía mobiliaria[32].

Medidas reconstitutivas o de reintegración. Ya se mencionó que, cuando los bienes del deudor han salido de su patrimonio en perjuicio de la prenda general, los acreedores cuentan con varias acciones encaminadas a reconstituir dicho patrimonio para luego iniciar las acciones ejecutivas. Entre estas figuran:

- *Acción pauliana*[33]. Busca que se revoquen los actos dispositivos que el deudor ha celebrado mientras tiene la libre administración de sus bienes, es decir, cuando no se encuentra abierto un proceso concursal en su contra. Se requiere que el negocio jurídico haya dejado al deudor sin activos embargables suficientes para cubrir la deuda. Además, precisa el "fraude pauliano", esto es, que: en los *contratos onerosos*[34], el deudor y el tercero adquirente conozcan la mala situación financiera del deudor; y, en los *contratos gratuitos*, se exige que este conocimiento (mala fe) lo tenga el deudor, mas no necesariamente el adquirente.
- *Acción de simulación*. Cuando el deudor ha celebrado actos ficticios de disposición de bienes con terceros, en perjuicio de los acreedores, estos tienen a su alcance la acción de simulación. El propósito de esta acción consiste en develar la verdadera intención

[31] C. C., art. 2188.

[32] L. 1676/2013, art 3, inciso 2.

[33] Ibídem, art. 2491: "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1) los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero. 2) Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores".

[34] Véase la definición en el C. C., art. 1497: "El contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. Se contrapone al gratuito, en el cual solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen".

del deudor, que el juez declare el negocio como simulado y que los bienes permanezcan en el patrimonio de aquel como garantía para sus acreedores. Esta acción no fue creada explícitamente por la ley, pero la jurisprudencia la ha desarrollado ampliamente como una acción reconstitutiva[35]. Esta puede intentarse contra el deudor, sea que se encuentre o no en un proceso concursal[36].

- *Acciones revocatorias concursales*. Constituyen acciones que se conceden exclusivamente a los acreedores que se han presentado a los procesos concursales de reorganización y liquidación del patrimonio del deudor y pretenden dejar sin efecto contratos y otros actos celebrados antes de la apertura del proceso que afecten la capacidad del deudor para atender sus obligaciones. La ley ha establecido un periodo sospechoso para efectos de permitir la revocatoria de dichos actos con el objetivo de restablecer una situación de solvencia que permitiría a los acreedores satisfacer sus créditos[37].

Transmisión de las obligaciones

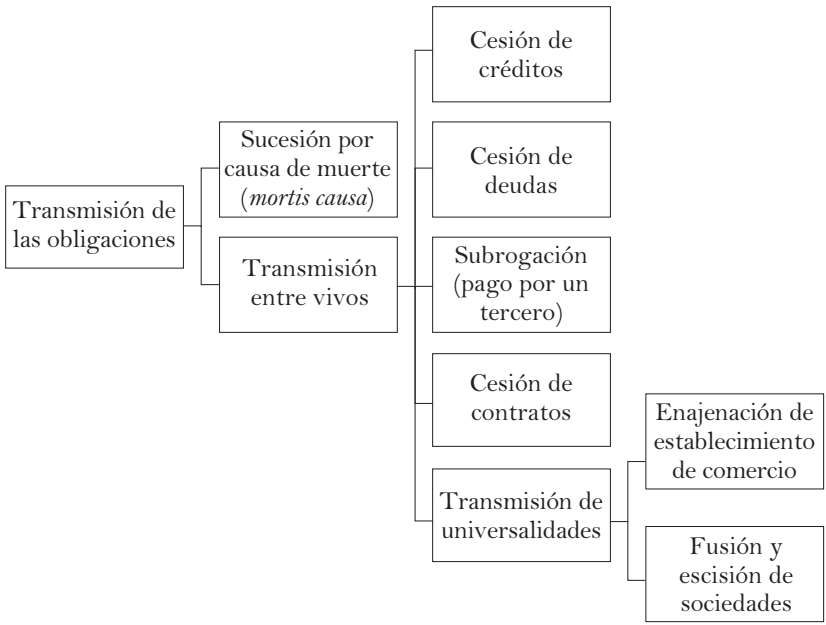
Tanto las deudas como los derechos crediticios son estimables pecuniariamente y se encuentran por ello radicados en el patrimonio; aquellas en el del deudor y estos, en el del acreedor. Como tales, salvo excepciones muy escasas, pueden ser transferidos a otras personas por el deudor o el acreedor original debido a distintos hechos o actos jurídicos. Así, se distingue la transmisión de obligaciones que opera por causa de muerte de aquella que ocurre por negocios jurídicos celebrados entre vivos.

[35] La jurisprudencia consagró la acción de simulación a partir del artículo 1766 del C. C., que dispone: "Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros".

[36] L. 1116/2006, art. 74.

[37] El artículo 74 de la L. 1116/2006 consagra las acciones revocatorias concursales y señala como periodo de sospecha seis, dieciocho o veinticuatro meses, dependiendo del acto.

Figura 6. Transmisión de las obligaciones



Fuente: elaboración propia.

"Se distingue la transmisión de obligaciones que opera por causa de muerte de aquella que ocurre por negocios jurídicos celebrados entre vivos".

Sucesión por causa de muerte[38]

Esta forma de transmisión se predica, por razones obvias, de las personas naturales exclusivamente, por lo cual se excluyen las personas jurídicas. Una vez fallece una persona (causante), sus derechos y obligaciones de contenido patrimonial forman la herencia como universalidad de activos y pasivos. Esta es una situación jurídica provisional en la cual una o más personas son llamadas a recogerla, sea por el testamento (sucesión

[38] A la sucesión por causa de muerte, se dedica el libro tercero del C. C. (arts. 1008 al 1442).

testada)[39] o por la ley (sucesión intestada)[40] para que los distintos elementos se integren definitivamente al patrimonio de los sucesores o herederos. Estos deben manifestar si aceptan la herencia, la repudian o la aceptan con beneficio de inventario. La aceptación significa que los herederos se hacen cargo de los derechos y obligaciones que el causante tenía al momento de su muerte, mientras que el repudio implica el rechazo de esta continuidad. Por su parte, el beneficio de inventario puede ser invocado por los herederos para no hacerse responsables de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta la concurrencia del valor total de los bienes que han heredado[41].

Así las cosas, los derechos del acreedor o del deudor fallecido no se extinguen con la muerte, puesto que se traspasan a sus sucesores. Para ello, se requiere además tramitar un proceso judicial o notarial de sucesión en el que se partirá la herencia y se hará la adjudicación definitiva de los bienes, derechos y obligaciones en cabeza de los herederos.

La partición en vida fue consagrada en la ley recientemente[42] como un mecanismo para anticipar el proceso de sucesión. Este proceso permite que cualquier persona, mediante escritura pública, efectúe la partición de su patrimonio total o parcialmente. Lo anterior, en todo caso, respetando las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales que puedan corresponderle al cónyuge o compañero permanente. De esta forma, la partición en vida "se constituye en un […] procedimiento para transferir gratuitamente el dominio"[43] que hace una persona en vida y que puede tener efecto antes de la muerte de quien realiza la partición.

[39] Cuando se ha dejado testamento, se deben cumplir sus disposiciones distribuyendo los activos y pasivos conforme a la voluntad del testador, pero para que el testamento sea válido, deben respetarse unas porciones obligatorias (asignaciones forzosas) para los descendientes o los ascendientes, según sea el caso.

[40] Cuando no se ha dejado testamento, los bienes, derechos y obligaciones del causante se adjudican a los parientes más próximos, siguiendo los órdenes hereditarios previstos en los artículos 1045 al 1051 del C. C. que se excluyen entre sí: primero, hijos; segundo, padres; tercero, hermanos; cuarto, sobrinos y quinto: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El cónyuge sobreviviente tiene derecho a participar en la sucesión y recibir gananciales (la mitad de los bienes de la sociedad conyugal) o porción conyugal.

[41] C. C., art. 1304.

[42] CGP, art. 487.

[43] C. Const., Sent. C-683, sept. 10/2014. M. P. Mauricio González Cuervo.

Mecanismos de transmisión entre vivos

Existen varios mecanismos mediante los cuales pueden trasladarse los derechos y las obligaciones, que son acordados libremente por las partes:

1. *Cesión de créditos*. El acreedor puede disponer del derecho que tiene a su favor, en virtud de la cesión de crédito. Este es un acuerdo de voluntades entre el acreedor (cedente) y un tercero (cesionario) para trasladar el crédito del patrimonio de aquel al patrimonio de este. Para la validez de la cesión basta con este acuerdo, pero para que sea oponible al deudor cedido debe notificársele a este para que cumpla su obligación frente al nuevo acreedor[44].
2. *Cesión de deudas*. En principio, el deudor no tiene libertad para acordar con un tercero la cesión de la deuda, pues al acreedor le interesa la solvencia de quien tiene a su cargo la obligación. Por ello, se requiere el consentimiento expreso del acreedor para que el tercero pueda asumirla. Esta asunción puede ocurrir sin que se libere al deudor original, caso en el cual pasa a ser codeudor solidario o conjunto con el nuevo (*delegación imperfecta*)[45]. No obstante, si el acreedor accede a liberar al deudor (*delegación perfecta*), se produce una extinción de la primera obligación y el nacimiento de una nueva con el deudor que se vincula[46]. Esta extinción-creación se conoce como *novación*[47]. Sin embargo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad puede celebrarse un acuerdo de asunción de deuda, de manera que la obligación no se extinga, sino que se transmita, pues la ley no lo prohíbe.
3. *Subrogación* (*pago por un tercero*). El cumplimiento de la obligación debe hacerla el deudor que la contrajo. Sin embargo, en las obligaciones en que no es indispensable contar con calidades o habilidades personales del deudor (*intuitu personae*[48]), la ley permite que un tercero pueda pagar. Este pago por medio de un

[44] C. C., arts. 1959-1966.

[45] Ibídem, art. 1694.

[46] Ibídem, art. 1690, num. 3.

[47] Ibídem, art. 1687.

[48] Atención a la persona.

tercero satisface al acreedor, pero no libera al deudor extinguiendo el vínculo. Este se transmite en idénticas condiciones al tercero que pagó, quien queda como nuevo acreedor y puede exigirle el pago al deudor original. Este fenómeno se conoce como subrogación, la cual se concede en casos especiales por la propia ley (subrogación legal) y, en los demás casos por el propio acreedor, quien, tras haber recibido el pago de manos de un tercero, le cede sus acciones voluntariamente (subrogación convencional)[49].

4. *Cesión de contratos*. En los contratos comerciales de ejecución sucesiva es posible que uno de los contratantes (cedente) ceda a un tercero (cesionario) su posición en el contrato, comprendiendo tanto derechos como obligaciones futuros. La cesión se produce mediante un acuerdo celebrado entre el cedente y el cesionario, pero para que sea oponible al contratante cedido, debe notificársele la cesión de manera que este continúe cumpliendo el contrato frente al nuevo contratante. Esta operación puede hacerse sin la aceptación del contratante cedido, a menos que la cesión se haya prohibido expresamente en el contrato o se haya pactado que se requiere dicha aceptación[50].
5. *Transmisión de universalidades*: *Enajenación del establecimiento de comercio*, *fusión y escisión de sociedades*. Finalmente, dentro de los mecanismos de transmisión entre vivos cabe subrayar unas formas más complejas que transmiten no créditos individuales, sino universalidades, ya sean bloques económicos o jurídicos.
   a. *Enajenación del establecimiento de comercio*. El establecimiento de comercio es un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa[51]. Es el elemento funcional de la empresa mercantil y se encuentra integrado por elementos heterogéneos, materiales e inmateriales, que el empresario ha dispuesto para su explotación. El empresario, como titular de esta unidad económica, puede transferirla en bloque a un tercero, quien adquiere el establecimiento en operación, el cual comprende todos los elementos que le

[49] Ibídem, arts. 1666-1671.

[50] C. Co., arts. 887-892.

[51] Ibídem, art. 515. Los elementos del establecimiento se encuentran enumerados, a título ilustrativo, en el artículo 516 del estatuto.

son esenciales. La venta debe realizarse por escritura pública o documento privado. Para que goce de oponibilidad ante terceros, debe inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del lugar donde se encuentra el establecimiento y someterse a unos requisitos adicionales de publicidad para la protección de terceros, especialmente los acreedores[52].

b. *Fusión y escisión de sociedades*. Son mecanismos de reorganización empresarial regulados por el derecho societario.

La *fusión* es un fenómeno de integración de sociedades y ocurre cuando una o más de ellas se disuelven sin liquidarse para ser absorbidas por otra o para crear una nueva[53]. Jurídicamente ocurre un traspaso en bloque de todos los activos y pasivos de la sociedad absorbida a la absorbente. Para que se perfeccione esta operación, que es una reforma estatutaria, se necesita agotar una serie de requisitos:

- La aprobación, por los máximos órganos de las sociedades, del compromiso de la proyectada fusión.
- La publicidad del acuerdo de fusión en los medios de comunicación.
- La escritura pública de fusión.
- La inscripción en el registro mercantil.

Una vez formalizada la fusión, se produce la transferencia patrimonial universal, por la cual todos los derechos —reales y personales— y obligaciones se radican en la sociedad absorbente.

Por su parte, mediante la *escisión* se dividen las actividades de la sociedad y se distribuyen entre otra u otras compañías. Esta separación implica la fragmentación del patrimonio en dos o más partes. En virtud de ella, se traspasan en bloque a las sociedades receptoras o beneficiarias los activos y pasivos correspondientes, sin que haya solución de continuidad[54]. El acuerdo de escisión también debe ser aprobado por los máximos órganos de todas las sociedades y debe surtirse una fase de publicidad como ocurre con la fusión.

[52] C. Co., arts. 526-531.

[53] Ibídem, arts. 172-180.

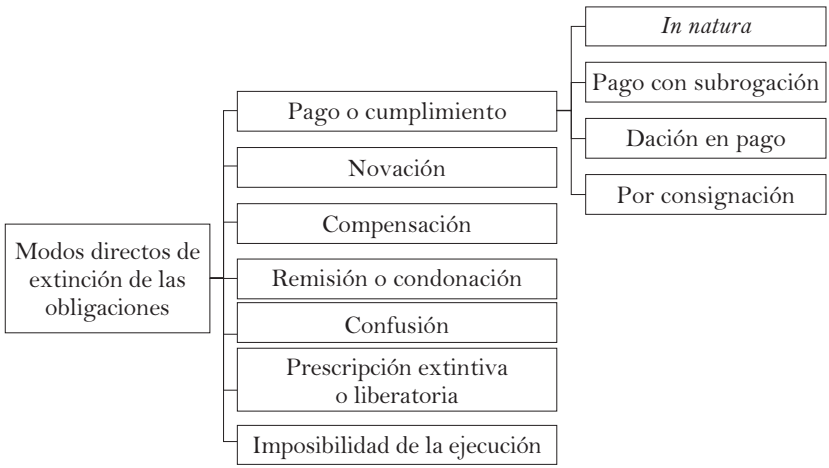
[54] L. 222/1995, arts. 3 y ss.

La escisión se perfecciona con el otorgamiento de la escritura pública, la cual surte efecto entre las partes contratantes. Debe inscribirse una copia de la escritura en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio de cada una de las sociedades intervinientes para que el negocio sea oponible a terceros. Sin embargo, estas formalidades tienen como consecuencia importante que el conjunto de activos y pasivos de la sociedad escindente se transfiere en bloque a las beneficiarias. Los derechos y obligaciones se radican en estas últimas sin solución de continuidad.

Extinción de las obligaciones[55]

Las obligaciones tienen una duración limitada en el tiempo y no son perpetuas, pues el obligado cuenta con varios mecanismos legales que le permiten liberarse de la deuda. En esta última sección, presentaremos brevemente los modos de extinguir las obligaciones.

Figura 7. Modos directos de extinción de las obligaciones



Fuente: elaboración propia.

[55] C. C., art. 1625.

Pago o cumplimiento[56]

Con el pago se extingue la obligación y, en consecuencia, se libera el deudor, sus codeudores solidarios y fiadores. Se extinguen también todas las garantías especiales que el deudor haya constituido para la seguridad del crédito, como prendas, hipotecas y cláusulas penales.

La forma natural (*in natura*) de extinguir las obligaciones consiste en el cumplimiento de la prestación (dar, hacer o no hacer) por parte del deudor en beneficio del acreedor. El pago debe hacerse de la forma prevista, es decir, debe ser completo y oportuno.

> "Pago: es la forma natural de extinguir las obligaciones, y consiste en que el deudor cumple la prestación (dar, hacer o no hacer) en beneficio del acreedor".

Puede pagar el deudor, una persona delegada por este o incluso está habilitado para hacerlo un tercero si la obligación no es *intuitu personae*[57]. Si un tercero cumple la obligación, el acreedor queda satisfecho; pero este tercero queda en la posición del acreedor para cobrarle al deudor lo pagado: este es el pago con *subrogación*[58]. En algunos casos, la subrogación la otorga la misma ley (subrogación legal) y en otros, el acreedor (subrogación convencional)[59]. Puede recibir el pago el acreedor o alguna persona que lo represente.

La dación en pago consiste en que, aunque, como ya se dijo, el deudor debe cumplir su prestación de la forma originalmente prevista, puede llegar a un acuerdo con el acreedor para que este reciba una cosa diferente. Por ejemplo: una deuda de dinero puede cumplirse entregando un bien distinto, con la aceptación del acreedor.

[56] Ibídem, arts. 1626-1686 y C. Co., arts. 873-886.

[57] Las obligaciones son *intuitu personae* si se contraen por las calidades especiales que tiene el deudor, de manera que solo este puede cumplir personalmente, por ejemplo: un pintor famoso o un prestigioso cirujano.

[58] Subrogación significa "sustitución o reemplazo".

[59] Casos de subrogación legal: C. C., art. 1668: subrogación convencional: art. 1669.

El pago por consignación[60] implica que, en las obligaciones de dar y entregar cosas, cuando el deudor está dispuesto a cumplir, pero el acreedor no le recibe, puede pagar válidamente consignando el bien en manos de un juez[61].

Novación[62]

Es un modo de extinguir las obligaciones que produce a la vez el nacimiento de una nueva. Ocurre como consecuencia de un acuerdo entre el deudor y el acreedor, por el cual modifican un elemento estructural de la obligación (objeto, sujetos o causa) hasta el punto de destruir el vínculo original. La novación ocurre siempre que haya en las partes el ánimo de novar. Con la extinción de la obligación original se extinguen también sus garantías (prendas, hipotecas, etc.).

> "Novación: es un modo de extinguir las obligaciones que produce, a la vez, el nacimiento de una nueva. La novación ocurre cuando hay cambio en un elemento esencial de la obligación, y requiere que haya en las partes el ánimo de novar".

Compensación[63]

Ocurre cuando dos personas son recíprocamente deudoras y acreedoras de sumas líquidas de dinero o de cosas fungibles del mismo género o calidad, es decir, no todas las obligaciones son compensables. En lugar de hacerse un doble pago, las obligaciones se extinguen si son de igual valor o hasta concurrencia de la menor, en caso contrario. Al realizarse un cruce de cuentas, se da por pagada la cantidad inferior, la cual permanece a cargo del correspondiente deudor.

[60] Ibídem, arts. 1656-1665.

[61] Este tipo especial de pago requiere la tramitación de un proceso llamado "pago por consignación".

[62] Ibídem, arts. 1687-1710.

[63] Ibídem, arts. 1714-1723.

Para que produzca efectos extintivos, la compensación debe ser alegada por el deudor cuando es demandado por el acreedor, que a su turno tiene a su cargo una obligación compensable[64].

Remisión o condonación[65]

Mediante la remisión, el acreedor renuncia a su derecho, de manera que sin recibir nada a cambio, voluntaria y unilateralmente perdona la deuda. La remisión puede ser expresa cuando el acreedor le manifiesta al deudor su intención de condonar la obligación. Puede ser también tácita cuando le devuelve el título contentivo de la deuda, que le serviría para realizar el cobro judicial, o lo destruye. En suma, la remisión produce la extinción de la obligación sin que haya satisfacción del acreedor, pues a iniciativa de este declara libre al deudor.

Confusión[66]

Ocurre en casos excepcionales en los que se reúnen en una sola persona las dos calidades subjetivas de una obligación: deudor y acreedor. Estas situaciones se materializan cuando, tras el nacimiento de la obligación, ocurre un fenómeno de transmisión de esta, ya sea por causa de muerte o por un acto entre vivos. Por ejemplo: hay confusión cuando una persona lega por testamento un crédito al deudor mismo de este o si un acreedor, en virtud de un acuerdo, le cede su crédito al deudor. Ante la imposibilidad jurídica de cobrarse uno mismo, se extingue el vínculo obligatorio.

[64] D. 1400/1970, en adelante: CPC., art. 306.

[65] C. C., arts. 1711-1713.

[66] Ibídem, arts. 1724-1728.

Prescripción extintiva o liberatoria[67]

El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, pero se le sanciona si no la cobra dentro de un plazo que la ley concede para ese propósito. Cuando el deudor no ha cumplido y transcurre ese tiempo durante el cual el acreedor ha permanecido inactivo, se extinguen las acciones que tenía para obtener el reconocimiento y cobro de la deuda. Este fenómeno se conoce como prescripción extintiva o liberatoria, pues se entiende que el acreedor ha perdido interés o ha abandonado su derecho. Si el acreedor acude a la justicia para reclamar su crédito después de haberse vencido ese tiempo, el deudor puede alegar la prescripción.

> "Prescripción extintiva o liberatoria: se extinguen las acciones que tenía el acreedor para obtener el reconocimiento y cobro de la deuda por el paso del tiempo".

La prescripción se cuenta desde que la obligación haya sido exigible. El tiempo es de diez años para instaurar acciones declarativas (para que el juez declare la existencia del crédito) y de cinco años para las acciones ejecutivas (para que el juez le ordene al deudor cumplir una obligación que sea clara, expresa y exigible). Estos plazos son aplicables cuando la ley no ha previsto plazos distintos en eventos particulares[68].

La prescripción se interrumpe —cuando está transcurriendo el plazo— en los siguientes casos:

1. El acreedor presenta una demanda contra el deudor para el reconocimiento o el cobro de la obligación (interrupción civil).
2. Cuando el deudor reconoce espontáneamente la obligación (interrupción natural).

La interrupción hace perder el tiempo transcurrido y el conteo debe volver a empezar. Hay suspensión de la prescripción cuando, por fuerza

[67] Ibídem, arts. 2512-2517 y 2535-2545.

[68] Por ejemplo: en ciertos contratos, la ley fija periodos de prescripción especiales: para las acciones surgidas del contrato de sociedad, cinco años (L. 222/1995, art. 235); del contrato de agencia comercial, también cinco años (C. Co., art. 1329); del contrato de seguro, dos o cinco años según sea ordinaria o extraordinaria (Ibídem, art. 1081).

mayor o caso fortuito, el acreedor se ve imposibilitado para ejercer sus acciones. En estos casos, el tiempo anterior no se pierde, sino que se computa con el nuevo una vez terminada la suspensión.

Imposibilidad de ejecución

Las obligaciones también se extinguen cuando el deudor no cumple por hechos que se lo impiden y le son totalmente extraños, pues nadie está obligado a lo imposible. Las obligaciones de dar y entregar cosas, que sean de cuerpo cierto, se extinguen cuando estas se destruyen o se pierden sin culpa del deudor[69]. Cuando las obligaciones son de género y la pérdida recae sobre ellas, la deuda no se extingue (el género no perece), sino que se le concede al deudor un plazo prudencial para que consiga otros bienes que reemplacen los que se perdieron. Por su parte, las obligaciones de hacer se extinguen cuando el hecho prometido se vuelve imposible de ejecutar.

La imposibilidad debe ser sobreviniente total, definitiva y atribuible a una causa extraña: la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa exclusiva del acreedor. La ley provee la misma definición para la fuerza mayor y el caso fortuito: se trata de un imprevisto al cual no es posible resistir: un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos y los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, eventos que se enumeran de forma simplemente ilustrativa[70].

Todas aquellas circunstancias ajenas al deudor que le hacen imposible cumplir, extinguen la obligación si describen los requisitos de ser imprevistos e irresistibles. Así mismo, cuando una conducta del acreedor obstaculiza el cumplimiento, se torna causa extraña que excusa al deudor y lo libera del vínculo jurídico.

> "Todas aquellas circunstancias ajenas al deudor que le hacen imposible cumplir extinguen la obligación si cumplen los requisitos de ser imprevistos e irresistibles".

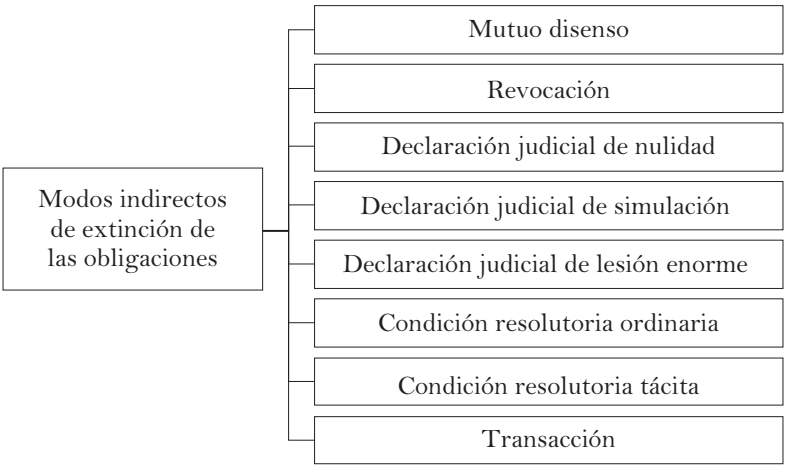
[69] Esta causal se llama la pérdida de la cosa que se debe: C. C., arts. 1729-1739.

[70] Ibídem, art. 64.

Otros modos: mutuo acuerdo (expreso o tácito), revocación, declaración judicial de nulidad, de simulación, de lesión enorme, condición resolutoria y transacción

Finalmente, existen *modos de extinción indirectos*, puesto que se producen como consecuencia de la extinción del acto jurídico que le sirvió de fuente a la obligación.

Figura 8. Modos indirectos de extinción de las obligaciones



Fuente: elaboración propia.

El mutuo disenso. Cuando las partes, en un contrato de común acuerdo, dejan sin efecto el negocio, extinguiendo las respectivas obligaciones. Este disenso puede ser expreso, cuando las partes manifiestan de forma explícita dicha intención, o tácito, cuando hay conductas de las partes que revelan inequívocamente su voluntad de dejar sin efecto el contrato, como ocurre con el mutuo incumplimiento. Extinguido el contrato fuente, se caducan sus obligaciones.

Revocación. Es la manifestación unilateral de una de las partes que da por terminado el contrato en casos en que la ley o el mismo acuerdo permiten esta forma de extinción, pues, como regla general, un contrato solo puede deshacerse con el consentimiento mutuo de las personas que lo celebraron. La ley autoriza la revocación en negocios en los cuales

prima la confianza como el mandato[71] y las partes pueden prever que cualquiera de ellas pueda terminar el contrato de manera unilateral con justa causa o sin ella, sin que haya incumplimiento contractual.

Declaración judicial de nulidad. Cuando un juez declara la nulidad de un contrato por las causales legales[72], se disuelve el vínculo contractual y, como efecto, se extinguen las obligaciones. La sentencia tiene efecto retroactivo, pues ordena volver las cosas al estado anterior a la celebración del acto, por lo cual naturalmente se extinguen sus obligaciones[73].

Declaración judicial de simulación. Con esta declaración, se hace prevalecer la voluntad real de las partes en un contrato sobre la ficticia, pero ostensible. Como se explicó en una sección previa, esta acción les sirve a los acreedores para reconstituir el patrimonio del deudor. Cuando el juez profiere una sentencia en la que declara que un acto es simulado para certeza de las partes y de terceros, de paso borra las obligaciones que tal acto había creado de manera ficticia.

Declaración judicial de lesión enorme. El desequilibrio económico que se presenta en algunos contratos al momento de su celebración le permite al lesionado demandar para que se declare judicialmente su rescisión. Cuando triunfa esta pretensión, los efectos son retroactivos, por lo cual las cosas vuelven a la misma situación que tenían antes de su celebración. Al igual que lo explicado respecto de las nulidades, este efecto retroactivo implica la muerte de las obligaciones que habían surgido del contrato.

Condición resolutoria ordinaria. Se trata de un hecho futuro e incierto establecido por las partes en un acto jurídico, como un hito que extingue una obligación existente. Por ejemplo: Pedro se ha obligado a pagar los estudios a Juan hasta que este se case. El matrimonio de Juan sería el cumplimiento de la condición resolutoria que indica la pérdida de los derechos de Juan y la extinción de la obligación de Pedro. Esta condición resolutoria ordinaria es, en realidad, un modo directo de extinguir las obligaciones[74].

[71] Ibídem, art. 2189, nums. 3 y 4.

[72] Véanse las causales de nulidad en el capítulo dedicado a los conceptos fundamentales de los contratos.

[73] C. C., art. 1746.

[74] Ibídem, arts. 1536, 1544, 1545.

Condición resolutoria tácita. En los contratos bilaterales, va implícita la condición resolutoria en caso de que uno de los contratantes no cumpla lo pactado. En ese evento, el contratante cumplido podrá, a su arbitrio y según su conveniencia:

1. Pedir la resolución judicial del contrato por incumplimiento con indemnización compensatoria de perjuicios.
2. Exigir el cumplimiento o ejecución con perjuicios moratorios.

En el primer caso, si la demanda prospera, el vínculo desaparece y se extinguen las obligaciones, con efecto retroactivo[75].

Transacción. Este modo de extinguir las obligaciones nace a partir de un acuerdo de voluntades tendiente a poner fin a una controversia de naturaleza económica o una relación jurídica incierta a través de concesiones recíprocas entre las partes. La transacción es un contrato que tiene efectos de cosa juzgada, por lo cual la controversia queda extinguida y no puede revivirse a través de demandas judiciales[76].

Preguntas y problemas

Pablo les debe 500 mil pesos a sus amigos Pedro, Juan y Alfredo por separado, sumas que todavía no son exigibles. Pablo tiene activos por 500 mil pesos y empezó a gastar exageradamente y a hacer malos negocios, por lo cual perdió todos sus activos. Además, contrajo nuevas deudas por un millón de pesos con Laura y Luis. ¿Pueden Pedro, Juan y Alfredo, de alguna forma legal, evitar que Pablo empeore su situación financiera teniendo en cuenta que sus obligaciones están próximas a vencer?

Identifique las fuentes de las obligaciones que hay en las siguientes hipótesis:

- Juan atropella a Pedro con su vehículo y le causa lesiones e incapacidad laboral.

[75] Ibídem, arts. 1546; C. Co., art. 870.

[76] Ibídem, arts. 2469 y 2483; CGP., art. 312.

- Juan entra en un restaurante, se sienta y ordena un plato del menú. Consume los alimentos, paga la cuenta y sale del local.
- Juan encarga una mudanza a una empresa transportadora y paga un anticipo. Los bienes llegan totalmente deteriorados a su sitio de destino.
- La sociedad Juan & Pedro Ltda. (J&P) recibe una cotización firmada por Jaime, gerente de Cueros, S. A., en la que ofrece suministrar periódicamente varios productos para que J&P venda en su almacén, con sus respectivos precios y condiciones de pago. El representante legal de J&P llama por teléfono a Jaime y le dice: "Acepto la oferta. Envíenme el primer pedido el próximo lunes".
- Juan debe 500 mil pesos al Banco del Emprendedor. Camino al banco para pagar la deuda, un ladrón le sustrae el dinero en efectivo del bolsillo sin que Juan se percate. Al llegar al banco, Juan alega que ya no debe nada porque el dinero se perdió haciendo imposible el pago. Analice la validez jurídica de este argumento.
- Juan le prestó un millón de pesos a Pedro para comprar un computador. Vencido el plazo acordado, Pedro no paga. Juan fue a visitar a Pedro y, en un descuido de este, tomó el computador y se lo llevó en su maletín. Cuando Pedro se dio cuenta y le reclamó, Juan le respondió que ejercía el derecho de retención hasta que Pedro le pagara la deuda de un millón de pesos que ya estaba vencida. Analice la pertinencia de esta respuesta desde el punto de vista jurídico.
- Juan y Pedro le deben al Banco del Emprendedor diez millones de pesos y firman un pagaré como codeudores solidarios. Vencido el plazo, el Banco del Emprendedor le exige a Pedro que pague el 100 % y este cumple. Explique el efecto de este pago entre Pedro y Juan.
- A (comprador) y B (vendedor) celebran un contrato de compraventa de bien inmueble mediante un documento privado, determinando rigurosamente en dicho documento el inmueble y el precio. A los tres días, B hace entrega material al A. Ante la situación antes descrita, ¿quién es el dueño del inmueble: A o B? Explique.
- Felipe toma un bus de la empresa de transportes Viaja S. A. S., en la carrera 7 con calle 19 para que este lo lleve a la carrera 7 con calle 100. En la carrera 7 con calle 50, el bus se apaga y Felipe debe tomar un taxi para llegar a tiempo a su cita. Clasifique

la obligación que existe entre Felipe y Viaja S. A. S., y enuncie una consecuencia de dicha clasificación en la ejecución y cumplimiento de esa obligación. Explique.

- Mariela es muy amiga de Rosita. Rosita saca un crédito en el Banco El préstamo S. A., y Mariela le sirve a Rosita como codeudora. Rosita incumple la obligación con el Banco y el Banco demanda a Mariela para cobrarle el dinero que Rosita dejó de pagar. Mariela le pregunta si está en la obligación de pagar la deuda de su amiga.

Bibliografía sugerida

Castro de Cifuentes, Marcela (Coordinadora). *Derecho de las obligaciones*, tomo I. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho y Temis, 2009.

Castro de Cifuentes, Marcela (Coordinadora). *Derecho de las obligaciones*, tomo II. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho y Temis, 2010.

Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*, 8.ª edición. Bogotá: Temis, 2005.

Bibliografía

C. Const., Sent. C-683, sept. 10/2014. M. P. Mauricio González Cuervo.

D. 410/1971 [C. Co.].

D. 1400/1970 [CPC].

L. 84/1873 [C. C.].

L. 222/1995.

L. 1116/2006.

L. 1564/2012 [CGP].

L. 1676/2013.

Capítulo III

Contratos: conceptos fundamentales*

Marcela Castro de Cifuentes
Sergio Carreño Mendoza

Noción

El contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más personas para regular una situación patrimonial y más concretamente para crear obligaciones[1]. Esta definición, parece reducir el contrato a su esfera obligacional situándolo como institución subordinada de la obligación. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, es un instrumento que permite articular la cooperación entre los contratantes, teniendo en cuenta que la satisfacción de los intereses propios, por lo general, está condicionada a la satisfacción de los intereses ajenos. Así las cosas, el contrato se presenta como un instrumento jurídico que contribuye a que las personas gestionen directamente sus intereses económicos, pues a través de él definen de forma voluntaria y concertada los términos de los negocios que quieren celebrar.

Desde las sociedades primitivas, el contrato ha cumplido una importante función económica, pues les permite a los individuos satisfacer sus necesidades de consumo e intercambio tanto de bienes como de servicios. El contrato es el mecanismo más civilizado para acceder a la propiedad, al uso y explotación de cosas que se requieren en el ámbito

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.739.

[1] "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa": L. 84/1873, en adelante: C. C., art. 1495. "El contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial": D. 410/1971, en adelante: C. Co., art. 864.

personal, familiar y empresarial. Así mismo, mediante él puede obtenerse la prestación de servicios de distinta naturaleza.

Los sistemas jurídicos modernos conceden gran importancia a los contratos dotándolos de obligatoriedad y brindando a los sujetos que intervienen en su celebración y ejecución facultades suficientes para celebrar sus acuerdos dentro de un amplio espacio de autonomía y libertad.

Contratos civiles y comerciales

El derecho privado gobierna los asuntos y las relaciones de los particulares que tengan relevancia para el derecho. En Colombia, el derecho privado se encuentra conformado por dos grandes ramas: el derecho civil y el derecho comercial o mercantil. El primero constituye el conjunto de normas que determinan lo referente a los derechos de los particulares como personas, sus bienes, sus obligaciones y contratos, y generalmente se encuentran contenidas en el Código Civil. El derecho mercantil, por su parte, se dedica a los asuntos comerciales y a la profesión de los comerciantes. Sus disposiciones se encuentran en el Código de Comercio.

En consecuencia, existen contratos reglamentados exclusivamente por el derecho civil (contratos civiles como la donación y el comodato), otros por el derecho comercial (contratos comerciales como el seguro y los contratos bancarios) y, en algunos casos negocios, por una doble regulación, civil y comercial (por ejemplo: la compraventa y el mandato).

En general, puede afirmarse que los contratos mercantiles tienen una función de interposición en el mercado, mientras que los civiles se destinan a satisfacer necesidades de consumo[2]. Para saber en un caso concreto si un negocio es civil o comercial y, por ende, determinar si se rige por el derecho civil o el mercantil, deben aplicarse los criterios establecidos por la ley[3]. Se considera comercial un contrato si:

[2] C. Co., arts. 20 y 23.

[3] Estos se llaman criterios de mercantilidad y se encuentran en los artículos 20 a 25 del C. Co.

1. Está enumerado en la ley comercial[4].
2. Sin estar enumerado, el acto tiene estrecha relación con un negocio comercial o es accesorio a este[5].
3. Con fundamentos en estos criterios, el negocio es mercantil para una de las partes, aunque no lo sea para la otra[6].

Lo usual es que los contratos mercantiles se celebren entre comerciantes[7] y los civiles entre personas que no tienen esa calidad[8]. Sin embargo, de acuerdo con los criterios anteriores, es factible que un negocio comercial se celebre entre un comerciante y un no comerciante[9]; e incluso, en casos excepcionales, entre no comerciantes[10]. De igual forma, puede haber negocios civiles celebrados entre un comerciante y un no comerciante[11] e inclusive entre comerciantes[12].

Determinar que un contrato es civil o comercial tiene consecuencias prácticas de importancia, pues se mantienen algunas diferencias de régimen entre las cuales citamos a título enunciativo:

1. Lo relativo a las solemnidades para celebrar ciertos contratos y los requisitos para su perfeccionamiento y ejecución[13].

[4] El artículo 20 del C. Co. hace una enumeración de los actos o negocios mercantiles. Debe precisarse que algunos contratos se encuentran regulados tanto en el C. C. como en el de Comercio (por ejemplo: los de compraventa, mutuos y de arrendamientos, entre otros) y, en estos casos, además de la enumeración legal es necesario aplicar otros criterios para determinar si el negocio es comercial.

[5] C. Co., art. 21.

[6] Actos mixtos previstos en el C. Co., art. 22.

[7] Por ejemplo: una carta de crédito abierta por un banco a un empresario dedicado a la manufactura y venta de bienes.

[8] Por ejemplo: la venta de un inmueble que ha sido utilizado como vivienda por una persona a otra también para su uso personal.

[9] Por ejemplo: la compra que un ama de casa realiza en un supermercado.

[10] Por ejemplo: una cooperativa, que comercializa bienes, vende una cosa a una fundación sin ánimo de lucro.

[11] Por ejemplo: la venta de un inmueble por una persona a una sociedad comercial si no se va a utilizar directamente en la actividad económica de esta.

[12] Como la donación de un bien realizada por un empresario a otro.

[13] La promesa para celebrar un contrato civil debe constar siempre por escrito, mientras que la promesa comercial de contrato es consensual y no requiere escrito de

2. La presunción de solidaridad cuando son varios los deudores[14].
3. Los intereses legales que producen las obligaciones dinerarias[15].

Cuando el negocio es comercial, se aplican de preferencia las normas mercantiles, pero a falta de estas puede acudirse a las previstas por el derecho civil, que tiene la función de servir como derecho común para suplir la ausencia de reglamentación específica en todas las ramas del derecho[16].

Principios rectores

En Colombia, la contratación privada[17] se enmarca en varios postulados que son comunes a los negocios civiles y comerciales, a saber:

---

acuerdo con la jurisprudencia (C. C., arts. 1611; C. Co., art. 824). La prenda con tenencia del acreedor se perfecciona con la entrega si el negocio es civil y con el acuerdo de voluntad, si es comercial (C. C., arts. 2411 y 1204). Además, en la venta civil de bienes inmuebles, se considera propietario al nuevo dueño por la simple inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; en la comercial, la ley exige además del registro, la entrega material del bien (C. C., art. 756; C. Co., art. 922). Por último, existe una diferencia en lo relativo a los riesgos de la cosa que debe darse o entregarse y que perece o se destruye por fuerza mayor o caso fortuito antes de la entrega. En los negocios civiles, incluso en la compraventa, el riesgo lo asume el acreedor —comprador—, mientras que en los comerciales lo hace el deudor —vendedor—. En ambos casos, son válidos los pactos de las partes para alterar este principio (C. C., arts. 1607 y 1876; C. Co., art. 929).

[14] C. Co., art. 825. Esto significa que el acreedor puede exigir la totalidad de la deuda a cualquiera de los deudores sin necesidad de pacto especial. En los negocios civiles, en cambio, la solidaridad no se presume, sino que debe ser acordada por las partes o fijada en un testamento o en la ley. En los actos civiles, si son varios los deudores de una obligación divisible, cada uno responde solo por la respectiva porción.

[15] La ley fija el porcentaje de los intereses que deben pagarse en ausencia de acuerdo entre las partes. En materia civil, el interés legal es del 6 % anual; en lo comercial, equivale al bancario corriente que fluctúa según las condiciones del mercado. Las sanciones por el cobro en exceso también son diferentes: en materia civil, el deudor puede pedir al juez su reducción y, en negocios mercantiles, la sanción es la pérdida de todos los intereses.

[16] C. Co., arts. 2 y 822.

[17] Estos principios se aplican a los contratos celebrados entre particulares aunque también rigen con ciertas limitaciones los contratos celebrados por las entidades públicas. Este capítulo hace referencia exclusiva a los contratos entre particulares.

1. La autonomía de la voluntad y la libertad contractual.
2. La normatividad del contrato.
3. La relatividad.
4. La buena fe.
5. La diligencia.

La autonomía de la voluntad

Es la facultad concedida a las personas por el derecho para que, dentro de ciertos límites, regulen sus intereses patrimoniales mediante la celebración de negocios jurídicos queridos por ellas. En efecto, son estas quienes están llamadas a proveerse de los medios adecuados para la satisfacción de sus propios intereses y el sistema jurídico no hace más que reconocer dicha potestad de autogobierno. La voluntad de las partes es soberana, pues con ella, los particulares tienen la potestad de determinar todo lo relativo a la disposición de sus intereses económicos. La libertad contractual es la prerrogativa de decidir si se celebra o no un contrato y de definir libremente su contenido.

Con todo, para preservar los intereses generales y el orden jurídico, el derecho ha establecido ciertos límites a la autonomía de la voluntad al prohibir que se deroguen por convenios particulares aquellas normas denominadas "imperativas", en las cuales están interesados el orden y las buenas costumbres[18]. Cuando las partes intervinientes en un negocio violan estas limitaciones, el acto queda viciado por una causal de nulidad, noción que se explicará más adelante.

El principio de normatividad

El contrato válidamente celebrado es ley para las partes[19]. Esto significa que, una vez expresado el acuerdo de voluntades con el lleno de los requisitos legales, el contrato adquiere fuerza normativa y los contratantes quedan constreñidos a cumplir lo pactado. Es una "ley particular"

[18] C. C., art. 825.

[19] Ibídem, art. 1602.

creada por los particulares, que el derecho respalda y el Estado hace cumplir judicialmente aun de manera forzosa. El contrato solo puede disolverse por el mutuo acuerdo de las partes o por otras causas legales.

> El contrato válidamente celebrado es ley para las partes.

La relatividad

Debido a que es producto de la voluntad privada, el contrato solo vincula a las partes intervinientes y por ello no puede beneficiar ni perjudicar a terceros. Debe aclararse que por "partes" se entiende no solo a las personas que dispusieron de sus intereses en un primer momento, sino sus sucesores a título universal (herederos) y singular (cesionarios), quienes ocupan la misma posición jurídica del contratante original.

Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe[20]

Las partes, en todo momento (negociación, celebración y cumplimiento del contrato), deben obrar no solo conforme a la letra del contrato, sino que también tienen que cumplir todo lo correspondiente a su naturaleza de acuerdo con la ley, la costumbre y la equidad. Por ejemplo: en una compraventa, el vendedor debe dar información completa y veraz sobre el bien que ofrece en venta. Así mismo, el comprador debe colaborar recibiendo la cosa en el lugar y tiempo pactados.

> Las partes, en todo momento (negociación, celebración y cumplimiento del contrato) deben obrar no solo conforme a la letra del contrato, sino deben cumplir todo lo que corresponda a su naturaleza, de acuerdo con la ley, la costumbre y la equidad.

[20] C. C., art. 1603 y C. Co., art. 871.

Los contratantes deben actuar siempre diligentemente

Las partes deben adoptar todas las precauciones y medidas que la razón y la experiencia aconsejen con miras al cumplimiento cabal de sus obligaciones. El derecho exige que su conducta sea la de un buen padre de familia (en los negocios civiles) o la de un buen hombre de negocios (en los contratos comerciales). Si las obligaciones contractuales se incumplen por falta de diligencia (por negligencia, imprudencia o impericia), tal incumplimiento se considera culposo; y si con él se causa perjuicio a la otra parte, el incumplido deberá indemnizar los perjuicios que haya causado[21].

Clasificación

Los contratos se clasifican según diferentes criterios y pertenecer a una u otra categoría produce diversos efectos.

Contrato unilateral o bilateral

Conforme a si surgen obligaciones para una o ambas partes, el contrato es *unilateral o bilateral*. Se considera unilateral si las obligaciones recaen en una sola de las partes como ocurre en el comodato. Se estima bilateral o sinalagmático cuando las partes se obligan recíprocamente, como en la compraventa[22]. Debe subrayarse que todos los contratos requieren para su nacimiento el acuerdo de ambas partes, pero como se observa en esta clasificación, dicho acuerdo puede disponer que se obliguen ambas o solamente una de ellas.

[21] Este es el principio fundamental de la responsabilidad civil contractual, tema que será tratado en un capítulo aparte.

[22] C. C., art. 1496. En el comodato o préstamo gratuito de uso, el único que contrae obligaciones es el comodatario, quien debe cuidar y restituir la cosa: ibídem, arts. 2200 y ss. En la compraventa, el vendedor y el comprador tienen obligaciones mutuas; aquel debe dar la cosa y este, pagar el precio convenido: ibídem, art. 1849, C. Co., art. 905.

Contrato gratuito u oneroso

Según el provecho económico que reporten las partes, el contrato será *gratuito u oneroso*. Se considera gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto el beneficio de una de las partes, con lo cual la otra sufre el gravamen como en la donación. Es oneroso si tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro como en la permuta[23].

Contrato conmutativo o aleatorio

Dependiendo de la equivalencia que tengan o no las obligaciones a cargo de las partes, el contrato oneroso puede ser *conmutativo* o *aleatorio*. Es conmutativo cuando, desde la celebración del contrato, lo que cada una de las partes se obliga a dar o hacer se mira como equivalente de lo que la otra parte debe cumplir, como en el arrendamiento. Se considera aleatorio si el equivalente consiste en una contingencia de ganancia o pérdida, como en el contrato de seguro[24].

Contrato principal o accesorio

Conforme a si el contrato tiene una función propia o una de garantía, puede ser *principal* o *accesorio*. Es lo primero cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (como el suministro); y se clasifica como lo segundo, cuando tiene la función de asegurar el cumplimiento de una obligación principal a la que accede (como la fianza, la prenda o la hipoteca)[25] sin que pueda subsistir sin ella. El contrato

[23] Ibídem, art. 1497. Sobre la donación, véase: ibídem, arts. 1443 y ss. La permuta se encuentra prevista en: ibídem, arts. 1955 y ss.

[24] Ibídem, art. 1498. El arrendamiento se encuentra definido en el artículo 1973. El régimen del contrato de seguro se encuentra en los artículos 1036 y siguientes del C. Co. En este contrato, el tomador paga la prima correspondiente al riesgo, pero para el asegurador no habrá obligación de pagar el seguro a menos que ocurra el siniestro cubierto. Las prestaciones de las partes no serán necesariamente equivalentes.

[25] Ibídem, art. 1499.

accesorio encuentra su razón de ser en la existencia de la obligación, cuyo cumplimiento asegura y perdura mientras esta no haya sido satisfecha. Si la obligación principal se cumple, ella se extingue igual que la garantía, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En sentido contrario, cuando el deudor no cumple la prestación principal garantizada, el acreedor puede exigir su satisfacción sobre la garantía pactada en el contrato accesorio.

Contratos consensuales, solemnes y reales

Según los requisitos exigidos por la ley para su perfeccionamiento, los contratos se clasifican en *consensuales, solemnes* y *reales*[26]. Son consensuales aquellos en los que basta el acuerdo de las partes frente a los términos de la operación (como es el caso del mandato y la compraventa de bienes muebles). Se consideran solemnes los contratos que, además del consentimiento mutuo, deben satisfacer una formalidad prevista en la ley, generalmente una escritura pública o un escrito privado (como la compraventa y demás actos que recaigan sobre bienes inmuebles). Estas solemnidades se imponen para seguridad de las partes y de terceros, y para asegurar un medio de prueba. Las partes también pueden hacer que un contrato consensual se sujete al cumplimiento de una solemnidad, en especial, para fines de constituir una prueba de su celebración. Por último, son reales ciertos contratos que nacen cuando, además del acuerdo, se exige que la cosa objeto del contrato sea transferida o entregada (como en el comodato o préstamo de uso).

Debe señalarse que, en nuestro derecho, la regla general es la consensualidad de los contratos. Esto significa, que los contratos existen por el simple acuerdo de las partes[27], de tal manera que las solemnidades o requisitos adicionales son la excepción y deben estar expresamente señalados en la ley o por las partes. Las obligaciones contractuales emergen solo cuando se cumplen los requisitos de perfeccionamiento propios del respectivo contrato.

[26] Ibídem, art. 1500.

[27] C. Co., art. 824.

En materia de formalidades para la celebración de actos jurídicos, cabe precisar que las partes deben necesariamente cumplir aquellas solemnidades sustanciales que la ley impone y que, dicho sea de paso, constituye la única forma de probar dichos actos. No obstante, pueden adoptar formalidades voluntariamente para mayor seguridad de ellas; pueden, por ejemplo, celebrar un contrato consensual (como el mandato) suscribiendo un escrito privado o una escritura pública que les facilite la prueba del negocio, aunque en estricto sentido los actos que no son obligatoriamente solemnes existen desde que se expresa el consentimiento mutuo y pueden acreditarse por cualquier medio de prueba (como testimonios o indicios).

La regla general es la consensualidad en los contratos.

Contrato de libre discusión y por adhesión

Dependiendo de la manera como se llegue al acuerdo para la celebración del contrato, se clasifica en *de libre discusión* y *por adhesión*. Son de libre discusión los que se forman como resultado de la negociación de sus términos por los futuros contratantes, mecanismo que debe tenerse como regla general. Sin embargo, en la contratación moderna, es cada vez más frecuente que una parte le proponga a la otra las cláusulas del negocio sin que estas sean susceptibles de discusión. El destinatario se limita a expresar su consentimiento de adherir al contrato predispuesto por la otra o a rechazar el negocio. Esta forma de contratación se ha generalizado, en la medida en que los empresarios ofrecen sus bienes y servicios de forma masiva a un gran número de consumidores y por ello adoptan modelos uniformes o estandarizados para la conclusión de sus contratos.

Contratos típicos y atípicos

De acuerdo con el hecho de si están previstos y reglamentados por la ley, los contratos pueden ser *típicos* o *atípicos*. En los típicos, la definición y régimen propios del contrato se encuentran en normas legales a las

cuales quedan sujetos los contratantes (como sucede con los contratos de compraventa y de sociedad, por ejemplo); mientras que, en los atípicos, las partes no adoptan una figura contractual ya consagrada por la ley, sino que, en desarrollo de la autonomía privada, acuerdan las condiciones de su negocio atendiendo sus necesidades específicas. A estos se les aplican las reglas previstas en el contrato, las normas que regulen situaciones análogas y los principios generales de la contratación. Los contratos típicos son nominados porque la ley les ha asignado una denominación particular. Los atípicos pueden ser nominados si son figuras contractuales ya decantadas por las prácticas comerciales con su propia denominación o innominados cuando los contratantes celebran el negocio a su propia medida sin que tenga un rótulo preexistente señalado por la ley o las costumbres.

Contratos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo

Si son ejecutables de forma inmediata y de una sola vez o periódicamente, los contratos son de *ejecución instantánea* o de *tracto sucesivo*. En los de ejecución instantánea, las prestaciones a cargo de las partes pueden descargarse de forma instantánea una vez celebrado el contrato (como en la compraventa), mientras que en los de tracto sucesivo las prestaciones se van cumpliendo de forma periódica a lo largo del tiempo (como en el contrato de arrendamiento de inmuebles).

Contrato de cambio o de colaboración

Cuando el contrato genera obligaciones que son intercambiadas por las partes o si las prestaciones van encaminadas a la realización de una actividad común en provecho de los contratantes, los contratos son *de cambio* o *de colaboración*. Se configura un contrato de cambio cuando la función económica es el cruce de prestaciones, obligándose mutuamente las partes de tal manera que cada una recibe lo que la otra da o hace (como ocurre en el de compraventa). Se denominan de colaboración aquellos contratos en los cuales las obligaciones no se destinan a ser intercambiadas, sino que las partes colaboran para satisfacer una necesidad común o realizar una actividad conjunta en beneficio de todos.

Los contratos de cambio, por su parte, son contratos bilaterales en los que las partes son necesariamente dos y cada una tiene a su cargo respectivamente la prestación y la contraprestación. En los de colaboración, los contratantes pueden ser más de dos, caso en el cual se convierten en contratos multilaterales (por ejemplo: en los negocios asociativos como la sociedad o en los *joint venture*).

En resumen, los contratos pueden clasificarse de la siguiente manera:

Figura 1. Clasificación de los contratos

Clasificación de los contratos

Unilaterales y bilaterales
Clave: a cargo de quién están las obligaciones

Gratuitos y onerosos
Clave: utilidad de la operación

Aleatorios y conmutativos
Clave: certidumbre del resultado

Principal y accesorio
Clave: función propia

Consensuales, solemnes y reales
Clave: celebración del contrato

De libre discusión y adhesión
Clave: quién define los términos

Típicos y atípicos
Clave: regulación legal

Ejecución instantánea o sucesiva
Clave: agotamiento del objeto

De cambio y de colaboración
Clave: sincronía de los intereses

Fuente: elaboración propia.

Formación del contrato

En los contratos, pueden identificarse sucesivas etapas:

1. La formación.
2. La ejecución o cumplimiento.
3. La terminación.
4. La liquidación, en ciertos casos.

En cada una de ellas, les corresponde a las partes observar determinada conducta y cumplir ciertas obligaciones, deberes y cargas. En este aparte se hace referencia a la etapa de formación y más adelante se mencionan los principales aspectos relativos a su ejecución, terminación y liquidación.

La fase inicial de los contratos es aquella en la cual se produce el acercamiento de las partes interesadas con miras a lograr un acuerdo de voluntades. Generalmente, ello ocurre mediante la oferta o propuesta de negocio que hace una persona a otra y la aceptación del destinatario[28]. Con una oferta aceptada, se logra el consentimiento mutuo y por medio de este se entiende satisfecho el presupuesto fundamental de todo contrato.

> Con una oferta aceptada se logra el consentimiento mutuo y con este se entiende satisfecho el presupuesto fundamental de todo contrato.

La oferta hecha a personas determinadas es obligatoria si no se hace salvedad al respecto. Una vez se comunica no puede revocarse so pena de indemnizar los perjuicios que esta revocatoria cause al destinatario. La oferta se entiende comunicada cuando se utiliza cualquier medio adecuado para hacerla conocer al destinatario. Por su parte, el destinatario debe expresar la aceptación de la oferta sin condicionamientos y dentro del plazo concedido por el oferente o en subsidio por la ley[29]. La aceptación condicional o extemporánea se considera una nueva propuesta[30].

No obstante, debe recordarse que el acuerdo es elemento indispensable, pero no suficiente, para el nacimiento de todos los contratos. Cuando el contrato es consensual, basta con el consentimiento mutuamente

[28] C. Co., arts. 845-860. La oferta puede ser entre presentes, verbalmente o entre ausentes por cualquier medio de comunicación que permita probar que la oferta fue comunicada. La aceptación debe ser igualmente transmitida a su destinatario por un medio idóneo: ibídem, art. 864.

[29] Las ofertas verbales entre personas presentes o realizadas por teléfono deberán aceptarse o rechazarse en el mismo momento de oírse. Si la oferta es por escrito, el plazo legal para la aceptación o el rechazo es de seis días hábiles siguientes a la fecha de la propuesta, si las partes residen en el mismo lugar; si residen en lugares diferentes, se agrega el término de la distancia: ibídem, arts. 850-851.

[30] Ibídem, art. 855.

expresado sobre los elementos esenciales del negocio para que surjan con toda su fuerza las obligaciones contractuales. Sin embargo, al tratarse de negocios solemnes, según la definición estudiada, deben concurrir además las formalidades señaladas por la ley y, en los contratos reales, la entrega o transferencia de la cosa sobre la cual recae el negocio.

Ahora bien, es usual que los contratos estén precedidos de una etapa de negociaciones en la cual las futuras partes hacen sus planteamientos, presentan sus ofertas y contraofertas con miras a concluir el acuerdo. Durante esta etapa anterior a la celebración del contrato, los negociadores deben actuar de buena fe exenta de culpa, so pena de indemnizar los perjuicios que causen[31]. Si bien en esta fase aún no se han generado obligaciones contractuales, dado que el acuerdo no se ha logrado, sí pesan sobre las partes deberes concretos de actuar con diligencia, lealtad y buena fe.

Estas, a su vez, imponen obligaciones concretas, a saber:

1. Actuar de forma consistente, sin cambios intempestivos de su propio designio. La coherencia, en este sentido, cumple un rol protector de la apariencia jurídica creada por la actitud o dichos de las partes durante la negociación y determina sus actuaciones posteriores[32].
2. Proporcionar información completa y veraz sobre el negocio proyectado.
3. Tratar con confidencialidad y discreción la información recibida por la otra parte en el curso de las conversaciones, ya sea de forma verbal, escrita o en medio magnético; de suerte que la parte receptora no la revele a terceros ni la utilice indebidamente en provecho propio al margen de las negociaciones.

Tampoco debe pensarse que toda negociación da como resultado necesariamente la conclusión de un contrato y que las partes están constreñidas a otorgar su consentimiento, pues ello reñiría con la libertad

[31] Ibídem, art. 863.

[32] Sergio Carreño Mendoza, "La ruptura de la negociación: la potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado". *Revista de Derecho Privado*, n.° 36 (2019): 233-255.

que deben tener todos los individuos al decidir sobre la celebración de sus contratos. Pese a ello, si llegara a producirse la ruptura de las negociaciones por cualquiera de las partes de forma abusiva, intempestiva o injustificada, con dolo o culpa y violando los deberes propios de la fase precontractual y ello ocasiona daños a la otra, se genera la responsabilidad precontractual[33] en cabeza del autor de dicha conducta. La revelación no autorizada o su uso para fines distintos de la celebración del contrato en beneficio propio o de terceros y en perjuicio del propietario de la información confidencial, como ya se mencionó, genera igualmente la obligación de indemnizar perjuicios[34].

Requisitos para la eficacia de los contratos

Cuando las partes manifiestan su voluntad de obligarse contractualmente, esperan que el negocio no solo sea útil o provechoso desde el punto de vista económico, sino que alcance fuerza vinculante, es decir, que surta todos los efectos jurídicos previstos por la ley.

En el momento de la formación de los contratos, deben concurrir varios requisitos. Los de orden técnico se refieren a la presencia de aquellos elementos que configuran el negocio como tal. Otros procuran que el acto se celebre en armonía con el orden jurídico, en especial, con observancia de normas que tutelan el orden público o que protegen a las partes y a los terceros en ciertas situaciones.

Así pues, se distinguen los requisitos de existencia, validez y oponibilidad de los contratos.

Requisitos de existencia

La ley exige ciertos presupuestos mínimos para que todo contrato exista. Estos son:

[33] Llamada también *culpa in contrahendo*.

[34] Por esta razón es de uso común que antes de la iniciación de negociaciones complejas y que involucran intereses económicos considerables, se suscriban acuerdos de confidencialidad con claras obligaciones para las partes y con la previsión de cuantiosas cláusulas penales o multas en caso de incumplimiento.

1. El acuerdo de voluntades, es decir, el consentimiento mutuo expresado por los contratantes y que debe recaer sobre los elementos esenciales del respectivo contrato[35].
2. Un objeto físicamente posible y determinado; si no existe al tiempo del acuerdo, al menos se espera que exista[36].
3. La solemnidad sustancial que la ley fije para el perfeccionamiento del respectivo contrato, punto que fue examinado con anterioridad al presentar la categoría de los contratos solemnes.

Requisitos de validez

Aparte de los elementos requeridos para la existencia del contrato es necesario que concurran otros, cuya función consiste en asegurar que las declaraciones de las partes se encuentran en armonía y por ende no contrarían ciertos mandatos del sistema jurídico: estos son los requisitos de validez. Como ya se mencionó, el principio cardinal de la contratación es la autonomía de la voluntad, pero ella debe ejercerse dentro de los límites admisibles, respetando las normas del derecho que tienden a proteger el interés general y la moralidad de los negocios, ante los cuales debe ceder el interés privado de los contratantes[37].

[35] Para cada contrato, se trata de la presencia de los elementos esenciales, que son aquellos inherentes a cada tipo contractual y que lo distinguen de otros negocios. C. C., art. 1501. Esta disposición indica que se distinguen, en cada contrato, las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato. Son de la naturaleza de un contrato las que, sin ser esenciales en él, se entienden pertenecientes sin necesidad de una cláusula especial. Son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el contrato de compraventa en el precio y la cosa vendida como elementos esenciales; la obligación del vendedor de sanear los vicios materiales y jurídicos de la cosa, son de la naturaleza. En cuanto a las accidentales, constituyen todas las estipulaciones que de manera especial las partes incluyen libremente en su contrato a condición de que sean lícitas y no resulten incompatibles con la finalidad del acuerdo. Son de este tipo la cláusula penal o la compromisoria (pacto de arbitraje).

[36] Ibídem, arts. 1517-1518.

[37] El art. 16 del C. C. dispone: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

Cuando falta alguno o algunos de los requisitos de validez, el contrato queda viciado con una causal de nulidad, la cual, al ser judicialmente declarada, priva al acto de todo efecto jurídico, fenómeno que se explica con mayor detalle posteriormente.

> Los requisitos de validez tienen como función asegurar que las declaraciones de las partes están en armonía y por ende no contrarían ciertos mandatos del sistema jurídico.

Los requisitos de validez de los contratos se desarrollan a continuación.

Capacidad legal

Esta exigencia tiene que ver con el discernimiento de las personas para entender y asumir las consecuencias jurídicas derivadas de sus declaraciones de voluntad. Desde el punto de vista jurídico, la capacidad es *de goce* o *de ejercicio*. La de goce es la potencialidad que tienen todas las personas que disfrutan de derechos, facultades o prerrogativas. La capacidad de ejercicio se refiere a la posibilidad de una persona para ejercitar por sí misma los derechos y para contraer obligaciones.

Para el derecho, las personas se clasifican en naturales y jurídicas. Las naturales o físicas son las personas humanas sin ninguna distinción[38]. Las personas jurídicas o morales son ficciones legales dotadas de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones[39]. Tratándose de personas naturales o físicas, se considera o presume capaz —con capacidad de goce y ejercicio— toda persona que ha cumplido la mayoría de edad, en Colombia los dieciocho años[40].

[38] Ibídem, art. 74.

[39] Ibídem, art. 633: "Las personas jurídicas de derecho privado se dividen en corporaciones y fundaciones. Las corporaciones son fenómenos asociativos que a la vez se clasifican en sociedades y asociaciones según si tienen o no ánimo de lucro; las fundaciones son conjuntos de bienes destinados a una finalidad de beneficencia sin ánimo de lucro".

[40] Ibídem, art. 1503: "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

Anteriormente, la ley establecía ciertos casos de incapacidad: algunos por razón de la edad y otros por condiciones especiales de salud física o mental de la persona, aunque tenga dieciocho años o más. Las incapacidades se clasificaban en absolutas y relativas, según su gravedad. Así, se consideraban absolutamente incapaces las personas con discapacidad mental absoluta[41], los impúberes[42] y los sordomudos que no pueden darse a entender. Estos incapaces no podían actuar por sí mismos, sino siempre a través de la mediación de representantes legales, ya sean los padres, o en ausencia o incapacidad de estos, los tutores o cuidadores.

Como incapaces relativos se consideraban las personas con discapacidad mental relativa[43] y lo son los menores adultos[44]. Estas personas pueden obligarse válidamente si cuentan con la autorización de sus consejeros y representantes legales, respectivamente.

Señálese en todo caso, que la incapacidad no es una sanción para quien adolece de ella, sino un mecanismo de protección para evitar que el incapaz asuma las consecuencias jurídicas de actos celebrados sin plena conciencia y que puedan causarle perjuicio. Sin embargo, con la reforma del 2019[45], se estableció un nuevo paradigma de capacidad frente a los mayores de edad. Por un lado, se reconoce que el grado de discapacidad de una persona varía en atención a sus circunstancias particulares y, por el otro, pretende integrárseles de mejor manera a la sociedad, reconociendo su capacidad legal plena.

[41] El derogado artículo 17 de la Ley 1306 del 2009 establecía que la discapacidad mental se predicaba de aquellas personas que sufrían una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental. Estas personas podían ser declaradas interdictas judicialmente, caso en el cual perdían su capacidad jurídica y debían actuar mediante un representante legal.

[42] El art. 34 del C. C. define varios términos: infante o niño es todo aquel que no ha cumplido siete años; impúber, quien no ha cumplido catorce años; adulto, quien ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, quien ha cumplido 18 años; y menor de edad o simplemente menor quien no ha llegado a cumplirlos.

[43] El derogado artículo 32 de la Ley 1306 del 2009 establecía que las personas que padecieran deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial podían ser inhabilitadas para celebrar algunos negocios.

[44] Los menores adultos son las personas entre catorce y dieciocho años. Las personas con discapacidad relativa pueden ser inhabilitadas para celebrar determinados actos y requieren la asistencia de un consejero para la protección de su patrimonio.

[45] L. 1996/2019.

Así pues, se establece que las personas con discapacidad son "sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos"[46]. Como complemento, se reconocen un conjunto de salvaguardas que buscan impedir abusos y promover la primacía de la voluntad, entre otros, el derecho de contar con modificaciones y adaptaciones necesarias para poder realizar actos jurídicos de manera independiente[47] y la adopción de un sistema de apoyos para realizar ciertos actos que pueden provenir de un acuerdo o de una declaración judicial[48].

Con la reforma del 2019, se estableció un nuevo paradigma en caso de discapacidad de las personas mayores de edad. Por un lado, se reconoce que el grado de discapacidad de una persona varía en atención a sus circunstancias particulares y, por el otro, pretende integrárseles de mejor manera a la sociedad, reconociendo su capacidad legal plena.

Bajo este nuevo modelo, los impúberes siguen siendo incapaces absolutos y los menores adultos incapaces relativos. Los mayores de edad, por el contrario, se consideran capaces sin perjuicio de que para la realización de ciertos actos jurídicos deban contar con un sistema de apoyos. En todo caso, los apoyos, no sustituyen la voluntad de la persona mayor de edad con discapacidad, pero si no son empleados cuando corresponde, afectarán la validez del contrato[49].

Por su parte, las personas jurídicas tienen señaladas en sus estatutos unas actividades como objeto o propósito. La capacidad de estas personas se limita a los actos necesarios para cumplir su objeto y aquellos directamente relacionados con él. Por carecer de sustrato físico, deben actuar siempre mediante su representante legal[50].

[46] Ibídem, art. 6.

[47] Ibídem, art. 8.

[48] Ibídem, arts. 9 y ss.

[49] Ibídem, arts. 19 y 39.

[50] Por ejemplo, las sociedades ordinarias tienen capacidad circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con él y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la

Los representantes legales son quienes tienen la facultad de expresar la voluntad de la persona jurídica frente a terceros, es decir, de proyectarla externamente. Pueden contraer obligaciones y adquirir derechos en nombre de la persona jurídica, siempre y cuando actúen dentro de la esfera de sus atribuciones y tengan relación con el objeto previsto en los respectivos estatutos.

Consentimiento libre de vicios

Para que el contrato sea plenamente válido, el consentimiento de ambas partes debe expresarse libremente y de forma espontánea, es decir, no debe estar viciado por *error*, *fuerza* o *dolo*. El otorgamiento del acuerdo debe ser un acto totalmente voluntario. Cada contratante no solo debe conocer plenamente las condiciones del negocio, sino querer y asumir las consecuencias que se desprenden de su actuación. En virtud del contrato, quedan radicados en su patrimonio no solo derechos, sino también obligaciones que deben satisfacer cabalmente. En caso de incumplimiento, pueden ser constreñidos judicialmente a la satisfacción de su deuda y ser condenados a indemnizar los perjuicios que ocasione su incumplimiento[51]. Por ello, es necesario que quien se obliga contractualmente lo haga con plena voluntad.

En los vicios del consentimiento, se evidencia una carencia de voluntad libre, que es la base de todo contrato. Ellos son:

1. *El error*. Consiste en una discrepancia entre la realidad y lo que considera una persona que es la realidad. En el campo contractual, debe existir coincidencia plena entre lo que cada parte percibe y lo que es el negocio en realidad. Si el error recae sobre el tipo de contrato, sobre las calidades del objeto o sobre la persona con quien se contrata, la voluntad está viciada y no puede engendrar

---

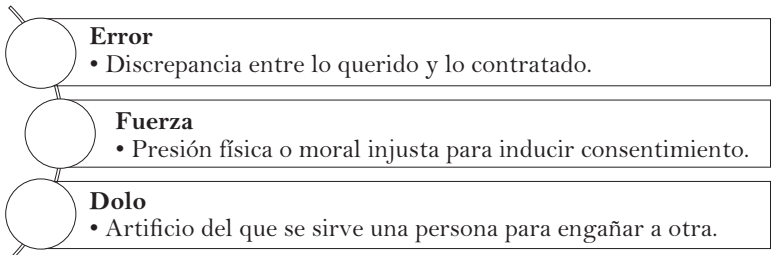
existencia y actividad de la sociedad: C. Co., art. 99. Hoy día, con el nuevo régimen de las sociedades por acciones simplificadas (S. A. S.), L. 1258/2008, ellas tienen capacidad para realizar cualquier actividad lícita; en otras palabras, son personas jurídicas bajo las cuales los constituyentes pueden establecer un objeto amplio y la capacidad de aquellas tiene un mayor alcance.

[51] *Cfr*. capítulo sobre la responsabilidad civil.

un contrato válido; pero para que el error vicie el consentimiento se requiere que sea determinante, es decir, que sin esa falsa representación de la realidad, la persona no hubiera contratado[52].

2. *La fuerza o violencia*. Consiste en la coacción ilícita que ejerce un contratante sobre el otro para buscar una declaración de voluntad que, de otra manera, no se obtendría. La fuerza puede ser física o psicológica e implica una amenaza de sufrir un mal irreparable y grave[53].
3. *El dolo*. Es una conducta engañosa de uno de los contratantes para hacer incurrir al otro en error. Constituye un error provocado sin el cual la parte engañada no hubiera contratado[54].

Figura 2. Vicios del consentimiento



Fuente: elaboración propia.

Objeto lícito

El objeto del contrato no solo debe ser físicamente posible y determinado (requisito de existencia), sino moral o jurídicamente posible, es decir, tiene que estar conforme al ordenamiento jurídico[55]. Así las cosas,

[52] C. C., arts. 1510-1512. El error que recae sobre el negocio, la sustancia o la persona es de hecho. El error de derecho, que se refiere al desconocimiento de una norma jurídica o su interpretación, no vicia el consentimiento. La ignorancia de la ley no es excusa: ibídem, art. 1510.

[53] Ibídem, arts. 1514-1531.

[54] Ibídem, art. 1515.

[55] Ibídem, art. 1517.

aquello a que se obligan los contratantes no puede contrariar normas imperativas o prohibiciones legales. De este modo, el pacto para agredir o matar a una persona tiene un objeto ilícito.

Por otro lado, las cosas a las que se refiere el contrato deben estar en el comercio. Se considera ilícito el objeto si el contrato se refiere a la venta de un bien de uso público como una calle o una cosa que se encuentra embargada por orden judicial. Hay también objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes[56].

Causa lícita

La causa es el móvil o motivo determinante que poseen las partes para concluir un contrato. Responde a la pregunta ¿por qué se obligan? Las razones por las cuales se obligan las personas pueden ser muy variadas y son por lo general irrelevantes para el derecho. Sin embargo, cobran importancia cuando la causa es ilícita, cuando el motivo que lleva a las partes a contratar se expresa contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público[57].

Oponibilidad

Al estudiar los principios rectores de la contratación, se explicó que los efectos de los contratos solo recaen sobre las partes intervinientes y por ello no afectan a terceros ajenos a su celebración. Esto equivale a decir que el contrato es oponible a las partes e inoponible a terceros en la medida en que a estos no se les pueden exigir las obligaciones, ni ellas pueden demandar los derechos nacidos del contrato. Esta es la oponibilidad que, en sentido amplio, se predica en materia de contratación[58].

[56] Ibídem, arts. 1519-1523.

[57] Ibídem, art. 1524.

[58] Esta oponibilidad se predica, por ejemplo, en la venta de cosa ajena y en la actuación del mandatario que se extralimita en sus funciones. En el primer caso, la venta es inoponible al verdadero dueño y los actos celebrados por el mandatario que se extralimita no son oponibles al mandante.

El derecho comercial ha desarrollado de forma paralela una noción más estricta de la inoponibilidad, teniendo en cuenta que ciertos negocios no solo interesan a las partes que los celebran, sino a ciertos terceros que, aunque no asumen derechos u obligaciones, sí están legitimados para conocer la existencia del acto y atenderse a él.

Es así como además de los requisitos ordinarios de existencia y validez estudiados, la ley comercial ordena que ciertos contratos cumplan una formalidad adicional para darles publicidad frente a terceros. Son casos típicos: la constitución de sociedades y la agencia comercial. En ambos casos, a los terceros que van a relacionarse con la sociedad y con el agente les interesa conocer los estatutos y las facultades del representante, además de las atribuciones y poderes del agente, respectivamente. Cuando estas formalidades no se cumplen, el acto puede tener efectos entre las partes, pero no con respecto a terceros. Esta es la inoponibilidad en sentido estricto[59].

Ineficacia de los contratos

Como ya se mencionó al estudiar los requisitos de eficacia, los contratos deben reunir ciertas condiciones para que surtan la plenitud de sus efectos en derecho. Es consecuencia lógica de lo anterior que, cuando falten algunos de esos requisitos, el negocio quede afectado por una causal de ineficacia. Esta puede entenderse en sentido amplio como un género que cobija varias manifestaciones o grados de ella, dependiendo de la severidad del vicio. Así entendida, la ineficacia comprende la inexistencia, la nulidad y la inoponibilidad, según si faltan requisitos de existencia, de validez o de oponibilidad, respectivamente.

Inexistencia del contrato

Concepto

La inexistencia es la forma más grave de ineficacia, puesto que el contrato ni siquiera ha llegado a serlo por carecer de los elementos mínimos.

[59] C. Co., arts. 111-112 y 1320.

Causales

Como su nombre lo indica, se presenta cuando están ausentes los requisitos de existencia del contrato (uno, varios o todos), aquellos sin los cuales el negocio no llega siquiera a configurarse como tal. Son causales de inexistencia:

1. La falta de acuerdo de voluntades.
2. Cuando el contrato recae sobre un objeto físicamente imposible o indeterminado.
3. La ausencia total de una solemnidad sustancial que la ley exija para el perfeccionamiento de los contratos solemnes, como la escritura pública en la venta de inmuebles.
4. La falta de algún elemento de la esencia del contrato que específicamente pretenda celebrarse, como el precio o la cosa en un contrato de compraventa.

Efectos

La inexistencia opera automáticamente o de "pleno derecho", es decir, que como regla general no requiere ser declarada por un juez porque lo que no existe simplemente no lo hace sin necesidad de ningún pronunciamiento[60]. El efecto lógico de la inexistencia es que el contrato no produce ningún efecto jurídico.

Nulidad

Concepto

La nulidad es un defecto que se presenta en la génesis o nacimiento del acto jurídico existente, pero que no se ha celebrado cumpliendo con los requisitos de validez fijados por la ley.

[60] Esta regla tiene su excepción cuando las partes en un contrato, que resulta inexistente por alguno de los motivos señalados, creyendo que están ante un verdadero contrato, cumplen algunas de las obligaciones que hubieran surgido, o todas. En tal caso, para

La nulidad se estima *absoluta* si el vicio es de gravedad y afecta no solo el interés privado de los contratantes, sino el interés general. Por otra parte, se considera *relativa* si el defecto es de menor gravedad y busca tutelar el interés de la parte afectada.

Causales

Las *causales de la nulidad absoluta* derivan de la inobservancia de los requisitos de validez más importantes, a saber:

1. La incapacidad absoluta: cuando el contrato es celebrado por menores impúberes.
2. El objeto ilícito.
3. La causa ilícita.
4. Por contrariar una norma imperativa[61].

En cambio, *la nulidad relativa* ocurre cuando la irregularidad es de menor entidad, cuando se omiten los demás requisitos de validez y se presenta si:

1. Se celebra por menores púberes o cuando en el contrato interviene una persona mayor de edad con discapacidad y no hace uso de los apoyos estipulados en el acuerdo de apoyo o en la sentencia de adjudicación de apoyos.
2. El consentimiento de alguna de las partes está viciado por error, fuerza o dolo. Es un vicio con el que no se afecta el interés general, sino el particular de las partes intervinientes.

La nulidad requiere declaración judicial. Tanto las nulidades absolutas como las relativas deben ser declaradas por un juez, ya que todo contrato celebrado se cobija por una presunción de legalidad. Cuando hay

---

deshacer los efectos del contrato inexistente se requiere de un pronunciamiento judicial que: lo declare inexistente, dote la situación de certeza jurídica y ordene que las cosas vuelvan al estado anterior a la celebración del supuesto negocio.

[61] C. C., arts. 1740-1741; C. Co., art. 899.

una causal de nulidad, pero falta el pronunciamiento del juez, no hay contrato nulo y en principio debe cumplirse porque es ley para las partes. La sentencia del juez, que declara o niega la nulidad, pone fin al proceso iniciado por una parte legitimada para demandar.

Quiénes pueden pedir la nulidad

Las nulidades absolutas pueden solicitarse por cualquier persona interesada en el contrato, por el ministerio público[62] o ser declaradas por iniciativa propia del juez, si el vicio aparece en el contrato de forma ostensible[63]. Por su parte, las nulidades relativas solo pueden ser alegadas por las personas en cuyo beneficio las ha establecido la ley[64].

Saneamiento

Las nulidades pueden sanearse en ciertas circunstancias, con lo cual curan el vicio y convalidan el contrato. La nulidad absoluta puede sanearse por ratificación de las partes, si es por motivo de incapacidad, siempre que haya cesado la causal de esta. En este caso, los contratantes persisten en el contrato y confirman su voluntad de celebrarlo (por ejemplo: el menor que alcanza la mayoría de edad). Si hay objeto o causa ilícitos no puede haber saneamiento por ratificación de las partes (pues estas no pueden convertir lo ilícito en lícito por su sola voluntad), pero sí puede purgarse el vicio por el paso del tiempo[65].

La nulidad relativa, por estar consagrada al interés particular, puede sanearse por ratificación de las partes y por el paso del tiempo (cuatro años en negocios civiles y dos en los comerciales)[66].

[62] La Procuraduría General de la Nación, como vocera del interés general, y la Defensoría del Pueblo integran el ministerio público.

[63] C. C., art. 1742.

[64] Ibídem, art. 1743.

[65] Prescripción extraordinaria de diez años.

[66] C. C., art. 1750 y C. Co., art. 900.

Efectos

Por efecto de la declaración de nulidad, el contrato desaparece del mundo jurídico y las cosas vuelven al estado anterior a su celebración (efecto retroactivo). Las partes deben restituir lo que han recibido en razón al acto anulado, pero no tendrán derecho a ello si ha habido objeto ilícito o causa ilícita a sabiendas[67].

La declaración judicial de nulidad de los contratos de tracto sucesivo hace desaparecer los efectos del contrato hacia el futuro, pero no borra los efectos anteriores, ya consolidados.

Ineficacia en sentido estricto

Existe una ineficacia en sentido estricto consagrada en el Código de Comercio[68] y consiste en que cuando el Código exprese que un acto no produce efectos, se entiende como ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial. Existen en el Código numerosos ejemplos de este tipo de ineficacia, la cual aplica a ciertos actos en conjunto, pero también a ciertas cláusulas, las cuales se tienen por no escritas[69] por contrariar normas de interés general o principios técnicos del derecho.

Con esta clase de ineficacia se busca sancionar de forma automática los actos o estipulaciones que caigan en los supuestos legales, evitando activar el aparato judicial con ahorro de tiempo y recursos.

Inoponibilidad

Como ya se mencionó al estudiar la oponibilidad, existen dos acepciones jurídicas de este fenómeno. Así las cosas, un acto será inoponible:

[67] C. C., arts. 1746 y 1525.

[68] C. Co., art. 897.

[69] *Cfr.*, por ejemplo, en materia de sociedades, los artículos 150, inciso 2; 200, último inciso, y, en el contrato de agencia mercantil, el inciso 2 del art. 1328 del C. Co.

1. Frente a quien no ha sido parte en su celebración, pues en virtud de la relatividad de los contratos, estos no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros.
2. Si se celebra sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exige[70], en concreto la inscripción en el registro mercantil de los actos con respecto a los cuales se exige esta formalidad.

Lesión enorme

En todo contrato en el que las partes busquen beneficios recíprocos[71], el acuerdo debe surgir en términos equitativos, brindando beneficios económicos a los intervinientes en proporciones si no iguales, al menos similares a las obligaciones que contraen. No se considera ajustado a este principio —que propende por el equilibrio económico en los negocios— el contrato que se celebra con excesiva utilidad para una parte y considerable pérdida para la otra.

Los contratantes pueden, en ejercicio de su autonomía, celebrar negocios que les representen ventajas económicas apreciables, y la ley no puede fijar límites ni exigir igualdad milimétrica sin intervenir de manera inapropiada en las operaciones del mercado. Sin embargo, existe una sanción especial para ciertos contratos que pueden perder eficacia jurídica cuando resultan gravemente lesivos para una de las partes. Esta es la denominada lesión enorme, que se consagra por la ley civil como una medida excepcional para restar validez a determinados contratos cuando se celebran causando grave perjuicio económico a una de las partes debido a la desigualdad notoria en que queda frente a la otra.

La lesión enorme solo produce acción de rescisión en los siguientes contratos[72]:

[70] C. Co., art. 901.

[71] Véanse las nociones de contratos onerosos y conmutativos en este capítulo.

[72] Hay otros casos de lesión enorme que no se reseñan en el texto porque no tienen que ver con la celebración de contratos, sino con otras situaciones jurídicas, a saber: 1) la aceptación de una asignación sucesorial, cuando el valor total a que tiene derecho el heredero queda disminuido en más de la mitad en razón de suposiciones testamentarias que no se conocían en el momento de la aceptación (C. C., art. 1291) y 2) la partición de la herencia, cuando un heredero ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota (ibídem, art. 1405).

- Contrato de compraventa de inmuebles, cuando el comprador paga más del doble del precio comercial del bien o el vendedor recibe menos de la mitad[73].
- Permuta de inmuebles, por la misma razón anterior[74].

En estos casos, debe hacerse una comparación objetiva, puramente aritmética, entre lo recibido y lo obtenido en el contrato. En la compraventa y permuta de inmuebles debe establecerse cuál era el valor comercial del bien al momento de acordarse el contrato, que luego se compara con el precio pactado. Si el vendedor pactó como precio menos de la mitad del valor comercial justo, puede pedir la rescisión del contrato para que el juez lo deje sin efecto; también podrá solicitarla el comprador si se obligó a pagar más del doble del valor comercial.

En todo caso, una vez pronunciada la sentencia que declara la rescisión por lesión enorme, el comprador podrá completar el justo precio con deducción de una décima parte. Si el vencido es el vendedor, podrá restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte[75]. Si el vencido en el litigio opta por esta alternativa, el contrato mantiene su eficacia, pero se ha remediado el desequilibrio.

En otras situaciones, la ley considera que hay lesión enorme en ciertas cláusulas del contrato, pero su efecto no es desencadenar la invalidación del negocio, sino realizar un ajuste para recobrar el equilibrio perdido. Estos supuestos son:

- Los intereses en el contrato de mutuo civil. Cuando se pacten tasas que sobrepasen los límites legales, pueden ser reducidos a dichos límites a petición del deudor afectado[76]. En el mutuo comercial, la sanción por sobrepasar los límites legales es la pérdida de todos los intereses[77].

[73] Ibídem, art. 1946.

[74] Ibídem, art. 1958.

[75] Ibídem, art. 1948.

[76] El art. 2231 del C. C. señala: "El interés convencional que exceda de una mitad al que probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor".

[77] C. Co., art. 884.

- En la cláusula penal que se pacte en contratos civiles, hay lugar a reducción en todo lo que exceda al doble de la obligación principal[78]. Si se pacta dicha cláusula en un contrato comercial, esta no puede ser mayor al valor de la obligación principal[79].
- El valor de la hipoteca no puede ser superior al doble de la obligación que garantiza y el deudor puede pedir la reducción a dicho importe[80].

En síntesis, los contratos, una vez celebrados, se consideran firmes y obligatorios en sus términos económicos, a menos que se trate de los casos enunciados previamente. Estos otorgan el derecho a la parte lesionada de pedir la rescisión del contrato por presentarse desproporción en uno de sus elementos esenciales (precio), es decir, que un juez lo declare sin efecto jurídico por existir desequilibrio manifiesto en las obligaciones contraídas. En las demás situaciones enumeradas, la diferencia entre el valor justo y el pactado no conlleva como consecuencia la invalidez del contrato, sino su ajuste o la sanción, consistente en la pérdida del exceso, por afectar solo algún elemento accidental o accesorio (por ejemplo: intereses, cláusula penal).

Lesión enorme y teoría de la imprevisión

En el punto anterior, señalamos que la lesión se predica cuando el contrato nace desequilibrado o cuando las prestaciones aparecen abiertamente desiguales desde el momento de su celebración. No obstante, puede suceder que el acuerdo sea equitativo en su inicio y que sus términos reflejen el equilibrio financiero que desean las partes. Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, durante la ejecución de un contrato de ejecución sucesiva, pueden surgir circunstancias extraordinarias que no fueron razonablemente previstas por las partes, haciendo mucho más oneroso el cumplimiento de las obligaciones a su cargo para uno de los contratantes. En estos casos, las partes pueden ajustar el contrato a

[78] C. C., art. 1601.

[79] C. Co., art. 867.

[80] C. C., art. 2455.

la nueva realidad, pero si no llegan a un acuerdo, la parte perjudicada puede pedir la revisión para que el juez lo modifique con el propósito de restablecer la ecuación financiera. Si eso no es posible, el juez podrá decidir la terminación del acuerdo[81].

Interpretación de los contratos[82]

Las partes, cuando llegan a un acuerdo, proceden a redactar su texto, ya sea porque la ley los obliga a otorgar algún documento —contratos solemnes— o porque desean hacerlo para verter en un escrito las cláusulas correspondientes, con lo cual constituyen de paso una prueba de su celebración —contratos consensuales—.

Cuando surge alguna duda sobre el alcance de las obligaciones o acerca de si ellas han sido satisfechas cabalmente, los contratantes acuden a verificar el contenido del acuerdo así suscrito. En caso de surgir una controversia, el contrato representa el instrumento indispensable que el juez debe examinar cuidadosamente en busca de su verdadero sentido, debe interpretarlo. La interpretación o hermenéutica es una actividad para desentrañar y precisar el verdadero significado y alcance de las declaraciones de voluntad. Esta labor corresponde, en últimas, al juez como encargado de resolver las disputas que suscite el acuerdo. El Código Civil contiene varias reglas que se resumen a continuación, aplicables también a las operaciones comerciales. Conforman pautas interpretativas para facilitar la labor del juez.

Cuando la voluntad ha sido plasmada de manera clara, no hay lugar a interpretación y debe aplicarse lo previsto en el texto. Sin embargo, cuando se constata la inexistencia de correspondencia plena entre lo acordado y lo declarado, la ley dispone que al ser conocida claramente

[81] C. Co., art. 868: "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea".

[82] C. C., arts. 1618-1624.

la intención de los contratantes, "debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras".

La conducta de las partes en relaciones previas sobre la misma materia puede también apoyar la tarea hermenéutica del juez en caso de oscuridad o deficiencia del texto, puesto que hay un indicativo de lo que implícitamente las partes han entendido como obligatorio en la ejecución de sus acuerdos. Sin perjuicio de la regla precedente, cada contrato tiene su propio objeto e identidad. Por más generales que sean sus términos, solo se aplican a la materia sobre la cual se ha contratado.

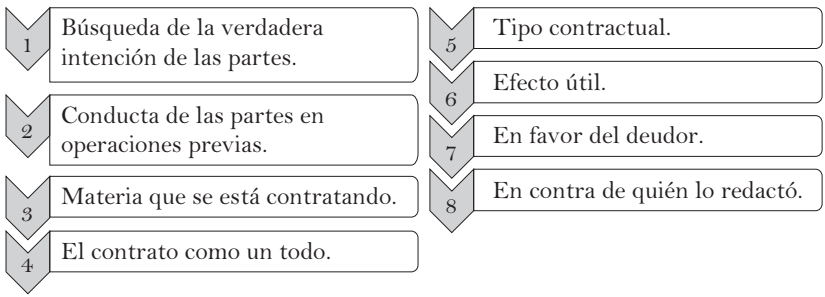
El contrato debe interpretarse en su integridad (unas cláusulas por otras) y de manera sistemática para armonizar todas sus disposiciones, dándo el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Debe evitarse la comprensión aislada de alguna porción que pueda quedar por fuera de contexto contrariando así el espíritu del negocio. Si no aparece voluntad contraria, debe preferirse la interpretación más concordante con la clase de contrato que las partes han querido celebrar.

Cuando una cláusula no es clara, se prefiere la interpretación que le atribuye efecto por encima de aquella con la cual la estipulación no produce efecto jurídico alguno. Es decir, el intérprete debe hacer su mejor esfuerzo para preservar los acuerdos expresados por las partes y que estos tengan eficacia jurídica.

Finalmente, las cláusulas ambiguas se interpretan en favor del deudor. Sin embargo, si estas han sido redactadas por una de las partes —sea deudora o acreedora—, se interpretan contra ella.

En resumen, el juez puede acudir a las siguientes pautas interpretativas:

Figura 3. Pautas para la interpretación de contratos



Fuente: elaboración propia.

Cumplimiento e incumplimiento de los contratos

Como se ha mencionado, los contratos válidamente celebrados son ley para las partes. Estas deben cumplir sus obligaciones de forma completa y oportuna. Cuando esto sucede, la finalidad de los acuerdos se da por cumplida y los involucrados satisfacen sus necesidades económicas sin mayor dificultad. Atendiendo al propósito y su función económica, este es el resultado esperado, sin embargo, las normas del derecho privado (códigos Civil y de Comercio) dedican especial atención al incumplimiento de los contratos, a "cuando las cosas salen mal". En este caso, la parte perjudicada dispone de un conjunto de alternativas para hacer frente a la situación.

Estos remedios se pueden agrupar en dos grandes grupos. El de *ejecución forzada*, que pretende el cumplimiento del contrato, y el *remedio monetario* que se orienta a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento.

> Ante el incumplimiento contractual, el perjudicado tiene dos remedios: la ejecución forzada que pretende el cumplimiento del contrato y el monetario, orientado a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento.

Condición resolutoria tácita

En materia de contratos bilaterales, la ley consagra un derecho muy importante en beneficio del acreedor cumplido, es decir, quien ha resultado afectado por el incumplimiento de la otra parte y no ha recibido a satisfacción aquello a que tenía derecho bajo el acuerdo. Así pues, sin necesidad de ningún pacto especial, la ley concede a la parte cumplida la posibilidad de escoger, a su arbitrio y según su conveniencia, una de las siguientes alternativas ante el incumplimiento de la otra parte[83]:

[83] Ibídem, art. 1546: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

1. Exigir el cumplimiento cabal del contrato, opción conocida como la "ejecución forzosa de la obligación". El acreedor puede demandar al contratante incumplido para que el juez lo constriña a cumplir.
2. Pedir la resolución del contrato, es decir, que el juez declare disuelto el vínculo.

En ambos casos, sin que importe la alternativa que escoja, el demandante puede pedir indemnización de los perjuicios que le haya producido el incumplimiento. Si opta por la ejecución, podrá pedir los perjuicios moratorios (los que ha sufrido por la ejecución tardía de la prestación); si prefiere la resolución o terminación, podrá pedir simultáneamente los perjuicios compensatorios (los que ha padecido por no recibir la prestación, la cual se pretende compensar).

En esta solución legal se observa una estrecha relación con la responsabilidad civil contractual en estricto sentido, que le permite al acreedor reclamar perjuicios por el incumplimiento de un contrato. A ese tema hacemos referencia específica en el capítulo "Responsabilidad civil".

Mutuo incumplimiento

Es posible que el incumplimiento del acuerdo provenga no de una sino de ambas partes. En este evento, la jurisprudencia ha interpretado que la conducta de las partes es un indicio de su voluntad de desistir del negocio, fenómeno llamado el "mutuo disenso". Cuando esa voluntad mutua de deshacer un contrato se expresa claramente, se presenta el mutuo disenso expreso. En cambio, la actitud renuente de las partes de cumplir con sus respectivas obligaciones puede dar lugar al mutuo disenso tácito, que requiere declaración judicial para dar certeza a las partes sobre la terminación del vínculo[84].

C. Co., art. 870: "En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios".

[84] C. C., art. 1625: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula".

Excepción de contrato no cumplido

En los contratos bilaterales, cuando un contratante es demandado por incumplimiento, puede oponerse a la demanda con una defensa llamada "excepción de contrato no cumplido" si, a su vez, la parte demandante no ha satisfecho su obligación, bajo la regla de "mora purga mora". Esta es una defensa procesal que le permite al demandado dilatar o retrasar su cumplimiento hasta que la otra parte haga lo propio, a menos que se haya pactado claramente que el demandado debe cumplir su obligación antes que la otra parte[85].

Terminación y liquidación de contratos

Los contratos terminan, por regla general, cuando las partes satisfacen sus obligaciones recíprocas. No obstante, hay otros motivos previstos en la ley o en el mismo negocio que extinguen el vínculo jurídico. Son causales de terminación:

- El pago o cumplimiento total.
- El vencimiento del plazo acordado.
- La imposibilidad absoluta de cumplirlo, por fuerza mayor o caso fortuito.
- El acuerdo de las partes (mutuo disenso).
- La revocatoria unilateral en los casos señalados por la ley o por el contrato. En los demás casos, la revocatoria constituye un incumplimiento.
- La declaración judicial de nulidad, rescisión por lesión enorme o simulación.
- La resolución judicial por incumplimiento.

Una vez producida una de estas situaciones, el vínculo contractual se disuelve y cesan las obligaciones de las partes, sin perjuicio del derecho

[85] Ibídem, art. 1609: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

que tienen estas de formular reclamaciones judiciales por incumplimiento y de la permanencia de ciertas obligaciones que sobreviven al contrato, como las cláusulas de confidencialidad.

En cuanto a la liquidación, es una etapa que se surte en ciertos contratos complejos, necesaria para establecer con certeza si las obligaciones pactadas se cumplieron satisfactoriamente, si hay prestaciones pendientes y, en últimas, para darse mutuamente las partes un finiquito o paz y salvo. En la liquidación, se hace un balance de la actividad contractual y se determina quién le debe a quién y por qué concepto. También se determina la forma de cumplir compromisos pendientes como el pago del saldo del precio o la aplicación de sanciones contractuales como la cláusula penal.

El régimen general frente al especial de los contratos

El régimen general de los contratos que se ha venido estudiando aplica a todos los contratos independientemente de su clase o denominación. Sin embargo, es importante mencionar que además de estas reglas de aplicación universal a los distintos negocios, el Código Civil y el de Comercio incluyen reglas particulares para cada uno de los contratos que tipifican. Por ejemplo: existen disposiciones especiales para la compraventa, el mandato, el depósito, el suministro, la fiducia mercantil, etcétera, las cuales se estudian en un capítulo independiente titulado: "Los contratos de la empresa".

La promesa de contrato

A la celebración del contrato pueden llegar las partes rápidamente o, por el contrario, tras un periodo más o menos largo de negociaciones en el que ellas se han acercado explorando la posibilidad de celebrar el negocio formulando ofertas y contraofertas. Es usual que cuanto más compleja y cuantiosa sea una operación, tanto mayor será el tiempo dedicado por las partes a la etapa precontractual.

En principio, la ley prefiere que los contratos sean firmes y definitivos. Sin embargo, en el camino hacia la perfección del negocio, cuando las partes ya han logrado ponerse de acuerdo en que desean celebrarlo y

han definido sus elementos esenciales, pero aún no están totalmente listas para su celebración, el derecho les permite, cumpliendo ciertos requisitos, celebrar un convenio provisional mediante el cual se obligan mutuamente a celebrar el contrato en un futuro: es la promesa de contrato.

Para que la promesa de contrato tenga fuerza obligatoria debe reunir los siguientes requisitos[86]:

1. Que el contrato prometido cumpla con los requisitos de validez (capacidad, legal, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos).
2. Que la promesa contenga un plazo o condición[87] que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.
3. Que se determine de tal manera el contrato prometido que para perfeccionarlo solo falten las formalidades legales si las hay (entrega de la cosa si el contrato es real y la solemnidad sustancial si el contrato es solemne)[88].

Para los contratos civiles de promesa existe una formalidad sustancial consistente en celebrarse por escrito; es decir, solo puede probarse con el documento y son ineficaces las promesas verbales de contrato[89]. En cambio, la jurisprudencia ha aceptado reiteradamente que las promesas mercantiles se celebren incluso verbalmente, aplicando el principio de

[86] Los requisitos de la promesa se encuentran en el C. C., art. 1611: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1) Que la promesa conste por escrito. 2) Que el contrato a que se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 [*sic*] del Código Civil. 3) Que la promesa contenga un plazo o una condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. 4) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado". Nota: el artículo correcto es el art. 1502 del C. C.

[87] Plazo es una época futura y cierta que se fija para la celebración del contrato definitivo, como una fecha determinada: C. C., art. 1551. Condición: acontecimiento futuro que puede suceder o no: C. C., art. 1530, como obtener un premio.

[88] Véanse los conceptos de contrato consensual, real y solemne en la sección sobre clasificación de los contratos.

[89] C. C., art. 1611, num. 1.

consensualidad que prima en los negocios comerciales[90]. Esto significa que estas promesas pueden probarse por distintos medios como testimonios, confesión, etcétera.

Una promesa será civil o comercial si es civil o comercial el negocio prometido[91].

La promesa válidamente celebrada es en sí misma un contrato que genera para las partes la obligación de hacer: celebrar en una época futura el negocio prometido. Como contrato que es, es necesario que cumpla todos los requisitos generales de eficacia estudiados.

Una vez celebrado el contrato definitivo, la promesa se considera extinguida por cumplimiento y las partes deberán cumplir las obligaciones que surgen de aquel.

La representación (contratos entre ausentes)

Lo normal es que las partes acudan personalmente a la celebración de los contratos. Sin embargo, mediante la figura de la representación, el derecho permite que las personas estén jurídicamente presentes, aunque no lo estén físicamente. En otras palabras, pueden válidamente concluirse negocios entre personas ausentes y sus efectos recaen sobre el patrimonio de ellas siempre que obren mediante un vocero de su voluntad. Específicamente nos referimos a la representación voluntaria o convencional, mediante la cual una persona (representado) autoriza a otra (representante) para que obre en su nombre y la obligue frente a terceros como si hubiera estado personalmente presente en la celebración del acto[92].

En la *representación convencional*, el representado confiere autorización o poder para que el representante manifieste la voluntad en su nombre y por su cuenta; es decir, los efectos patrimoniales recaen directamente sobre el interesado (representado). Ese poder, que debe revelarse ante los terceros con quienes se contrata, puede ser general cuando se autoriza al representante para gestionar la totalidad de los intereses

[90] C. Co., art. 824.

[91] Véanse estas nociones en la sección sobre "Contratos civiles y comerciales".

[92] La representación también puede ser legal cuando es la ley la que directamente autoriza a unas personas para actuar en nombre de otras, como los padres de familia con respecto a los hijos menores de edad: C. C., art. 1505 y C. Co., art, 832.

patrimoniales del representado y debe otorgarse por escritura pública. También puede ser especial cuando precisa los actos jurídicos o negocios en los que el representante cuenta con la autorización.

Esta figura se distingue del contrato de mandato, aunque tiene una relación estrecha con este. Mediante el mandato, una persona llamada mandante encarga la celebración de uno o más negocios jurídicos a otra, denominada mandatario, quien los celebra por cuenta de la primera, es decir, comprometiendo el patrimonio del mandante. Si los actos encargados son de naturaleza civil, el mandato será civil y se regirá por las disposiciones del código correspondiente. Si los negocios encargados son actos de comercio, el mandato será de carácter mercantil y le serán aplicables las normas del Código de Comercio.

El mandato puede celebrarse con representación o sin ella. En el primer caso, el mandatario-representante obra no solo por cuenta, sino a nombre del mandante, quien es también el representado, según se explicó. En el segundo caso, el mandatario obra en nombre propio, sin revelar su calidad a los terceros (mandato oculto), pero el acto se realiza por cuenta del mandatario a quien deberá trasladar los efectos jurídicos del acto celebrado[93].

Casos

1. Pedro recibe en su correo electrónico una publicidad masiva en la que una empresa ofrece la suscripción a una revista en versión digital. Se le permite una suscripción gratuita de prueba por tres meses y la oferta dice: "Si al cabo de los tres meses el cliente no avisa su intención de no suscribirse, se entiende que acepta la suscripción anual a las tarifas fijadas por la empresa". Pedro se olvidó de este correo y a los tres meses comenzó a recibir las revistas —que en realidad no le interesaban— y una cuenta de cobro por la suscripción de un año, cobrada por anticipado. Pedro le pregunta a usted si está obligado a pagar.
2. Luis, como representante legal de la sociedad La Ganancia Fácil Ltda., cuyo objeto es la importación y comercialización de computadores, logra un acuerdo con Alfredo. En virtud de este,

[93] C. C., arts. 2142 y 2177; C. Co., art. 1262.

Alfredo le vende a la sociedad un local comercial que heredó de su padre, por 500 millones de pesos; 50 % se pagaron inmediatamente y, para el pago del saldo, se fijó un plazo de 60 días. El contrato se elevó a escritura pública, pero no se inscribió en la oficina de registro de instrumentos públicos. Alfredo entregó las llaves del local a Luis, pero este no pagó el saldo del precio al vencimiento del plazo. Analice la situación de este negocio y las alternativas jurídicas que tiene Alfredo.

3. José, quien estaba pendiente de hacer buenas inversiones con su dinero, salió a un largo viaje y otorgó un "poder especial, amplio y suficiente" a su hermana Leonor para la compra de un apartamento en Bogotá. En las instrucciones verbales, dijo que el valor máximo era de 500 millones de pesos y le depositó ese valor en una cuenta con firma autorizada de Leonor. Esta exploró el mercado y vio que los precios en el sector inmobiliario en Bogotá estaban muy elevados y que la valorización era muy baja. En cambio, supo por una amiga que había buenas oportunidades en Medellín para la compra de inmuebles comerciales, así que compró por 700 millones de pesos dos oficinas que arrendó en buenas condiciones a una importante compañía. Para completar el precio, solicitó a nombre propio un préstamo al Banco del Sur, S. A., a las tasas comerciales del mercado. Al regresar José, Leonor le contó "las buenas noticias" sobre las compras efectuadas. También le cobró el valor del préstamo y de los intereses cobrados por el Banco. José, muy ofuscado, le pide a usted que, con la perspectiva jurídica, le aclare esta complicada situación.
4. Dos compañías se encuentran negociando un contrato de suministro. Después de seis meses, han alcanzado importantes acuerdos, pero queda pendiente la concreción de los términos definitivos del contrato. En este punto, el potencial suministrado recibe una mejor oferta y firma un contrato con el tercero. Quien estaba llamado a ser el proveedor acude a usted pidiendo un consejo legal.
5. Camilo desea vender su inmueble para comprar uno más grande. En escena, aparece un comprador y tras una breve conversación lo compele a vender el inmueble por un 30 % del valor comercial o de lo contrario atentará contra su familia. Camilo accede y suscribe el contrato. Analice la situación de este negocio y las alternativas jurídicas que tiene Camilo.

6. María está interesada en adquirir un inmueble para habitarlo con su familia. Después de explorar alternativas, se decanta por cierto inmueble. Suscribe un contrato de promesa de compraventa con el vendedor, señalando que la correspondiente escritura pública se otorgará dentro de los 30 días siguientes. Llegado el día, el promitente vendedor no se presenta en la notaría. María pretende que se le transfiera el dominio del inmueble. Acude a usted, pues no tiene claro si la promesa le permite hacerlo.
7. Una sociedad dedicada a la producción de eventos culturales suscribe un contrato con un tercero para la realización de su fiesta de fin de año. En el contrato, se estableció el pago de un anticipo correspondiente al 25 % del valor del contrato. Pasados 15 días, la sociedad no ha recibido el pago estipulado y debe reservar el lugar donde se realizará el evento, los artistas que se presentarán en la velada, contratar el servicio de *catering*, entre otros. En vista de la situación, la sociedad acude ante usted para explorar su situación contractual.

Bibliografía sugerida

Arrubla Paucar, Jaime. *Contratos mercantiles*, vols. 1-3. Medellín: Diké, 2004-2008.

Bonivento Fernández, Alejandro. *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009.

Gómez Estrada, César. *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Temis, 2008.

Bibliografía

Carreño Mendoza, Sergio. "La ruptura de la negociación: la potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado". *Revista de Derecho Privado*, n.° 36 (2019): 233-255.

D. 410/1971 [C. Co.].

L. 84/1873 [C. C.].

L. 1258/2008.

L. 1306/2009.

L. 1996/2019.

Capítulo IV

Principales contratos de la empresa*

Carlos Julio Giraldo Bustamante

En este capítulo, el lector encontrará una breve explicación de los principales contratos que un empresario puede celebrar para alcanzar algún fin de su empresa. Se ha procurado utilizar un lenguaje sencillo para que sea comprendido por una persona que no esté familiarizada con el derecho.

Algunos de estos contratos tienen que ver con: el intercambio de bienes, como sucede con la compraventa; el uso y goce de estos, como ocurre con el arrendamiento y el comodato; la gestión de negocios por parte de un tercero, como el mandato; los llamados contratos de colaboración, en los que las partes no tienen intereses contrapuestos, sino que se forma una verdadera comunidad de intereses entre ellas como en las cuentas en participación y los *joint venture*; los de prestación de servicios de un gestor profesional, un conocedor y perito en un tema, como es el caso del contrato de fiducia mercantil; y otros cuya finalidad es la garantía de obligaciones, como la prenda, la fianza y la hipoteca.

Cada contrato tiene una razón de ser y su justificación en el mundo de los negocios. Esperamos que el lector adquiera las herramientas suficientes para discernir el contrato que más le sirva para solucionar determinada exigencia económica. El contrato debe ser un traje a la medida de las necesidades del empresario.

Contrato de compraventa

La importancia económica del contrato de compraventa es innegable. Constituye el contrato mediante el cual las personas satisfacen sus

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.740.

necesidades de adquisición de bienes. Representa el contrato que tradicionalmente ha permitido la movilidad de los bienes en el comercio, pues hace posible que estos pasen de unos a otros. Sería impensable cualquier tipo de explotación económica sin esta modalidad contractual.

Mediante este contrato se pueden adquirir desde los bienes más elementales, que permiten la subsistencia básica humana, hasta los más elaborados y complejos, como un establecimiento de comercio, una empresa en funcionamiento, una acción, un título-valor, una bodega, un local comercial, etc. No se entendería el comercio moderno sin una gran red de contratos de compraventa.

También se trata de un contrato importante desde el punto de vista jurídico, en cuanto a que buena parte de su reglamentación se aplica a otros contratos. Por ejemplo: obligaciones como la de saneamiento (que más adelante se explica), aunque está reglamentada dentro del contrato de compraventa, tiene vigencia en cualquier contrato que cree como obligación la transferencia de bienes: una permuta, un contrato de fiducia, el aporte a la sociedad de un bien, etcétera.

Si bien el contrato de compraventa se encuentra reglamentado tanto en el Código Civil como en el de Comercio, la gran mayoría de los contratos de compraventa que realice un comerciante relacionados con su empresa serán compraventas comerciales y, por lo tanto, serán las normas del Código de Comercio las que se les apliquen.

Definición

El contrato de compraventa es aquel en virtud del cual una parte, llamada vendedor, se obliga a transferir a otra, denominada comprador, una cosa por un precio que este se obliga a pagar.

Tanto el comprador como el vendedor pueden ser personas naturales o jurídicas; comerciantes o no; nacionales o extranjeros; de derecho público o de derecho privado; sin ánimo de lucro, con o sin él; que ostenten la capacidad general prevista en la ley para la realización de un contrato, esto es, que sean mayores de edad, en el caso de las personas naturales, y que estén debidamente constituidas, en el caso de las personas jurídicas —o que debido a alguna discapacidad, se encuentren debidamente representados por quien legalmente corresponda—. Así pues, puede celebrar un contrato de compraventa entre esposos, entre

un nacional y un extranjero, el padre o la madre y el hijo que sea mayor de edad, entre el patrono y el empleado, entre el Estado o una de sus dependencias y un ciudadano, cumpliendo en este último caso con los procedimientos y requisitos previstos para la contratación estatal, los cuales no se abordan aquí porque exceden el objetivo de este capítulo.

Cabe advertir que, cuando se celebra un contrato de compraventa con una sociedad (persona jurídica), quien comparece para celebrarlo en nombre de ella es quien tenga la condición de ser su representante legal. En estos casos, una medida necesaria de prudencia consiste en verificar que el representante legal cuente con las facultades necesarias para celebrar el contrato, lo cual se puede verificar fácilmente, revisando el certificado de existencia y representación que expide la Cámara de Comercio del lugar del domicilio de esta. Es frecuente que se restrinjan las facultades del representante legal a la celebración de contratos hasta determinada cuantía y, si se celebra un contrato por un valor superior, dicho contrato será inoponible a la sociedad.

Elementos de la esencia

Tabla 1. Elementos de la esencia del contrato de compraventa

Precio	Cosa
• Dinero (por lo menos el 50 %). • Real. • Serio. • Justo (bienes inmuebles). • Determinado o determinable.	• Que exista o se espere que exista. • Lícita. • Determinada o determinable. • Corporal o incorporal (marca).

Fuente: elaboración propia.

Los elementos de la esencia son los requisitos exigidos por la ley para que el contrato pueda existir. Por lo tanto, si falta alguno de ellos, este no goza de existencia ante la ley y no se puede hablar, por ejemplo, de un incumplimiento contractual porque no hay contrato; ni tampoco de una responsabilidad contractual. Es muy importante que las partes se cercioren del cumplimiento de estos requisitos en cualquier contrato que celebren.

En la compraventa, los elementos esenciales son: el precio y la cosa, los cuales se deben sumar a los requisitos generales para la existencia y validez de todo contrato como la existencia de una declaración de voluntad, la formación del consentimiento, la capacidad de las partes y la presencia de un objeto y causa lícitas. No es lícito en Colombia, por ejemplo, la compra de un bien embargado, ni de partes o fluidos del cuerpo humano por expresa prohibición de la ley.

El precio debe ser en dinero, por lo menos el 50 %, porque si no es así estaremos frente a un contrato de permuta y además debe ser real. Se opone al precio real el precio simulado, el cual es el que se estipula en el contrato sin la intención de pagarse. Un caso típico se configura cuando se transfiere a un tercero un bien a título de compraventa por parte de un deudor, con el propósito de poner el bien fuera del alcance de sus acreedores en caso del incumplimiento de sus obligaciones, en este caso se trata de un contrato fachada simplemente.

Adicionalmente, el precio debe ser serio. Esto significa que no puede ser irrisorio, ridículo, pues denotaría falta de voluntad de las partes en la celebración del contrato. Esto ocurre, por ejemplo, si alguien vende un bien en un millón de pesos cuando comercialmente vale quince o veinte veces más. Además, cuando se trata de bienes inmuebles (apartamentos, casas, bodegas, lotes de terreno, fincas, locales comerciales, etc.) debe ser un precio justo, lo cual significa que no debe ser ni más del doble del valor comercial del bien al momento de celebrarse el contrato, ni menos de la mitad de él. Si esto ocurre, el comprador, en el primer caso, y el vendedor, en el segundo, pueden iniciar un proceso judicial por lesión enorme. Esto tiene como consecuencia la terminación de dicho contrato y las restituciones mutuas entre las partes, lo cual implica que una restituya el bien y la otra el precio recibido.

Por último, el precio debe ser determinado o determinable. Lo primero sucede cuando las partes acuerdan una cantidad determinada. Lo segundo ocurre cuando, por ejemplo, dejan que un tercero, después del acuerdo, sea quien fije el precio o utilizan un valor de referencia futuro, como cuando acuerdan que el precio sea el equivalente a la cotización de la acción a una determinada fecha futura o a que sea un perito en avalúos quien fije el precio.

En cuanto a la cosa, esta puede ser corporal o incorporal. Dentro de las corporales caben tanto los bienes muebles como los inmuebles: una silla, unas gafas, un reloj, una materia prima, una maquinaria, un vehículo

automotor, una embarcación, un establecimiento de comercio, un local comercial, un apartamento, una casa, un animal, una cosecha, una acción, un avión, etcétera. Entre las incorporales, el ejemplo típico es el de las marcas y signos distintivos.

Por otra parte, la cosa debe ser lícita. Se considera ilícita la venta de todas aquellas cosas que están prohibidas por la ley tales como: las que están embargadas, los bienes de uso público, los derechos que le corresponderán a una persona en una sucesión futura en la que el causahabiente esté vivo al momento de la venta, los bienes inapropiables como el aire, etcétera. Para que se dé esta ilicitud, es necesario que haya una norma expresa que prohíba dicho contrato de compraventa. La cosa debe también existir al momento de celebrarse el contrato de compraventa o esperarse que exista, a menos que el comprador adquiera el albur de que la cosa exista o no exista.

¿Es posible comprar un bien inmueble —apartamento, local comercial, etc.— en planos, esto es, durante su construcción o incluso antes de que se inicie la misma?

Perfeccionamiento del contrato

Cuando el objeto de la compraventa es un bien mueble como: una acción, una silla, un vehículo automotor, una maquinaria o cualquier otro bien que se pueda trasladar de un lugar a otro y. salvo que las partes dispongan lo contrario (es decir, que el contrato se vuelva solemne de manera convencional), el contrato se perfecciona cuando las partes se ponen de acuerdo en el precio y en la cosa. A partir de ese momento, habrá contrato de compraventa existente y válido entre las partes y queda pendiente el cumplimiento de las obligaciones nacientes del contrato para ambas partes.

Cuando la compraventa tiene por objeto un bien inmueble —local comercial, casa, apartamento, lote de terreno, bodega, finca, etc.—, la ley exige que dicho contrato se haga constar mediante una escritura pública para reconocer su existencia. Solo a partir del otorgamiento de ese instrumento público la ley considera que hay un contrato de compraventa y las partes pueden exigir coactivamente el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato.

Obligaciones de las partes

Una de las principales obligaciones que brotan del contrato de compraventa es, para el vendedor, transferir los bienes al comprador. Si se trata de bienes muebles, la obligación se cumple con la entrega de los bienes al comprador. Excepcionalmente, hay algunos pocos bienes muebles que requieren un registro especial para su transferencia, por ejemplo, los vehículos automotores, cuyo registro de traspaso se hace ante la oficina de tránsito correspondiente. Si se trata de inmuebles, se precisa del registro de la escritura pública contentiva de la venta en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar donde esté el bien y, si la compraventa es comercial, se exige además la entrega material de este. Sin el cumplimiento de estos requisitos, el dueño seguirá siendo el vendedor.

Para el comprador la principal obligación consiste en el pago del precio —al contado o por cuotas— tal como se haya estipulado en el contrato y en moneda de curso legal en Colombia, esto es, en pesos. Son muy excepcionales los casos en que se permite hacer el pago en otra moneda (dólares, euros, etc.).

Si las partes incumplen sus obligaciones, la parte que sufrió el incumplimiento puede acudir al juez competente según la naturaleza y cuantía del bien, para solicitar el cumplimiento forzado de la obligación por su contraparte o la terminación del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Teniendo en cuenta los problemas de los procesos judiciales en Colombia, especialmente en cuanto a las demoras en su tramitación, es recomendable que se prevean mecanismos jurídicos en el contrato en virtud de los cuales, en caso de incumplimiento, un tercero, por ejemplo, cumpla en nombre del deudor. Este es el caso de una garantía mobiliaria constituida con los dineros depositados en una cuenta bancaria, la cual permite que, en caso de incumplimiento, haya un tercero, en este caso el Banco, que cumpla sin necesidad de iniciar procesos judiciales.

Otra obligación a cargo del vendedor es el saneamiento, la obligación de garantizar la posesión pacífica y útil del comprador. Respecto a lo primero, en caso de que una persona distinta al vendedor alegue ante el comprador ser la verdadera propietaria del bien e instaure un proceso judicial en su contra pretendiendo la entrega, el vendedor está

en la obligación de defender en el proceso al comprador. Si se demuestra que el verdadero dueño es el tercero, está obligado a indemnizar al comprador, empezando por devolver el precio recibido. La ley también protege al comprador cuando se presenta un defecto o vicio en el bien que impida el adecuado funcionamiento según su naturaleza. Ese vicio debe existir al momento del perfeccionamiento del contrato y no debe haber sido manifestado por el vendedor al momento del contrato, que sea oculto y que, por la profesión del comprador, no le haya sido posible darse cuenta del defecto o vicio. Cuando el vicio es de tal entidad que no permite usar el bien, el vendedor está obligado a la devolución del precio con indemnización de perjuicios y si el vicio no es de tal entidad, la acción del comprador se dirigirá a la disminución del valor del bien en función de la importancia del vicio.

Venta de cosa ajena

La ley le permite vender un bien a quien no es su propietario sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño. Esto significa que aunque el contrato es válido, ese vendedor no va a poder cumplir con el contrato porque no puede hacer la transferencia del bien en favor del comprador. Cuando se trata de bienes inmuebles, es fácil comprobar quién es su dueño revisando el respectivo folio de matrícula inmobiliaria que expiden las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos con jurisdicción en el lugar donde queden dichos bienes. Si se trata de vehículos, también se puede comprobar fácilmente quien es el propietario haciendo la respectiva consulta en el Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT) con el número de placa del vehículo.

Contrato de arrendamiento

El Código Civil reglamenta el contrato de arrendamiento de cosas, servicios o de obra; mientras que el Código de Comercio dicta las normas para el contrato de arrendamiento en cuanto se refiere a los locales comerciales y al establecimiento de comercio, que se abordan en el capítulo sobre el derecho comercial en este libro.

Figura 1. Modalidades del contrato de arrendamiento en Colombia

- Arrendamiento de cosas.
- Arrendamiento de servicios.
- Arrendamiento de obra.
- Aparcería.
- Arrendamiento de vivienda urbana.
- Arrendamiento de local comercial.
- Arrendamiento de establecimiento de comercio.

Fuente: elaboración propia.

En el contrato de arrendamiento es muy importante determinar las calidades del bien objeto, pues de eso depende, en muchos casos, el régimen jurídico aplicable. Esto significa que, si es un local comercial, se trata de un contrato de arrendamiento comercial al cual se imputan las normas especiales del Código de Comercio; si es un establecimiento de comercio lo que se arrienda, también aplican las normas que para ello prevé el estatuto comercial; pero, si es un bien inmueble destinado a vivienda, las normas especiales vigentes al momento de la celebración del contrato rigen ese tipo de arrendamiento, actualmente, se encuentran contenidas en la Ley 820 del 2003. También es posible que el bien objeto del contrato de arrendamiento tenga una disposición mixta, por ejemplo, que se dedique una parte a vivienda y otra, a una explotación económica. En ese caso, es preciso ver cuál de las dos destinaciones es más importante en cuanto a la ocupación del bien para definir qué régimen aplicar.

Estos diferentes regímenes de arrendamiento son verdaderamente importantes y determinan el contrato de arrendamiento. Por ejemplo: mientras que en el arrendamiento de vivienda urbana el valor del canon está sometido a un límite máximo, esto es, no puede ser superior al 1 % del valor comercial del bien sin que ese valor comercial exceda dos veces el avalúo catastral del respectivo bien, en las otras modalidades de arrendamiento las partes pueden libremente fijar el precio sin sujeción a límites previstos por la ley. También, entre otros temas, hay diferencias relevantes en cuanto a los derechos del arrendatario. La ley

comercial le confiere derechos especiales al arrendatario del local comercial que no son propios del régimen civil de arrendamiento ni del régimen de arrendamiento de vivienda urbana y, por su parte, la ley de arrendamiento de vivienda urbana establece un procedimiento de preavisos y causales de terminación del contrato novedosas para los otros regímenes de arrendamiento.

Definición

Es un contrato en cuya virtud una parte, que se llama arrendador, se obliga a proporcionarle a otra, denominada arrendataria, el uso y goce de una cosa o un servicio durante cierto tiempo, obligándose el arrendatario a pagar un precio como contraprestación.

Características

Constituye un contrato que se perfecciona con el solo acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio, aunque es recomendable, para efectos probatorios en un proceso judicial, que el contrato conste por escrito.

A diferencia de la compraventa, en el arrendamiento, las obligaciones de las partes se realizan de manera sucesiva durante el transcurso del contrato de arrendamiento. La duración del contrato puede ser precisada por las partes mediante el acuerdo de un plazo, por ejemplo, un día, un mes, un año, etcétera; se puede establecer su duración en función de la ocurrencia de un hecho futuro o incluso es posible que las partes no digan nada al respecto. En este último caso, la ley entiende que se está ante un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, que es plenamente válido y en el que cualquiera de las dos partes podría darlo por terminado dando un aviso a la otra en ese sentido al cual la ley llama desahucio y que popularmente se suele nombrar preaviso, dentro del término que las partes hayan acordado inicialmente. Sin embargo, si no se dijo nada, ese aviso de terminación se debe dar por lo menos con antelación a un periodo de pago.

Cabe anotar que, en el arrendamiento de vivienda urbana, hay normas especiales sobre este aspecto. Cuando en esta modalidad de arrendamiento las partes no dicen nada en relación con la duración del contrato, la

ley especial que reglamenta esta modalidad de arrendamiento establece que se trata de un contrato a un año.

Elementos de la esencia

Tabla 2. Elementos de la esencia del contrato de arrendamiento

Precio o canon	Bien o servicio
• Determinado o determinable. • En dinero o en otros bienes. • Real.	• Determinado o determinable. • Que exista o se espere que exista. • Lícito.

Fuente: elaboración propia.

Los elementos esenciales del contrato de arrendamiento son el bien objeto del contrato y el precio, canon o renta. En cuanto al bien, la ley admite arrendar la más variada clase de bienes: cosas o servicios, muebles e inmuebles, corporales e incorporales, presentes y futuros, privados y públicos. El precio constituye otro elemento esencial del contrato de arrendamiento. Sin él no existe y puede convertirse en otro tipo de contrato como el comodato.

En cuanto a la forma de determinar el precio, las normas del arrendamiento remiten a la compraventa. Esto significa que el precio puede ser determinado o determinable, como se explicó al tratar el contrato de compraventa. Si las partes no lo estipulan de forma clara o no queda constancia de tal acuerdo y el contrato empieza a ejecutarse, deben recurrir a peritos para que estos fijen el justo precio.

El pago del precio se tiene que realizar en los plazos acordados en el contrato y sin que haya estipulación ni costumbre se determinará por las siguientes reglas:

1. La renta de predios urbanos se paga por meses.
2. La renta de predios rústicos, por años.

Es importante que cuando el contrato tenga una duración de varios años, las partes acuerden desde el contrato si se harán reajustes en el valor del arrendamiento, cada cuanto y en qué cuantía. No estipularlo suele terminar en reclamaciones judiciales.

Partes

Arrendador: es la persona natural o jurídica que proporciona el uso y goce de la cosa a cambio de una remuneración denominada renta. Puede ser dueño o no de la cosa porque, en Colombia, se permite el arrendamiento de bienes ajenos sin perjuicio de las acciones que se conceden al verdadero dueño para recuperar la tenencia de los bienes.

En Colombia, resulta frecuente que el propietario realice un contrato, al cual se suele llamar de consignación, con una inmobiliaria para que ella arriende el bien y se encargue de todo lo referente a la ejecución del contrato. En realidad, en la mayoría de los casos, se trata de un contrato de mandato entre el propietario del bien y la inmobiliaria.

Arrendatario: es la persona natural o jurídica que paga un precio o renta y usa y goza de la cosa objeto del contrato.

Obligaciones de las partes

Obligaciones del arrendador

Entregar la cosa arrendada. Del contrato, nace la obligación para el arrendador de entregar la cosa al arrendatario. Conviene, en el caso de arrendamiento de bienes inmuebles y si el contrato consta por escrito, hacer la identificación plena del bien con sus linderos, nomenclatura y número de folio de matrícula inmobiliaria. La entrega se realiza, obviamente, en el lugar donde se ubica el bien, en la fecha estipulada en el contrato y de no haber estipulación expresa, se realiza inmediatamente al momento del perfeccionamiento del contrato de manera que el arrendatario entre en contacto físico con el bien.

Si el arrendador no entrega la cosa en el plazo o en el día fijado para ello, la ley faculta al arrendatario para pedir la terminación del contrato con indemnización de los perjuicios que se le hayan causado o se podrá insistir en la ejecución del contrato también con indemnización de los perjuicios que logre demostrar por el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Por supuesto, la cosa debe estar en buen estado para su uso, a menos que el arrendatario la haya revisado con anterioridad y acepte recibirla en el estado en que se encontraba. Cuando el contrato consta por escrito y se trata de un bien inmueble, conviene dejar constancia, a través de un

inventario sobre el estado material del bien; de lo contrario, a la terminación de este difícilmente se podrá verificar si el arrendatario conservó debidamente el bien objeto del contrato de arrendamiento.

Mantener la cosa en buen estado de funcionamiento. El arrendador debe mantener el bien objeto del contrato en estado de servir para el fin acordado, durante toda la vigencia del contrato. Es obligación del arrendador realizar las mejoras necesarias, aquellas que se requieran para la conservación del bien o para que este preste el servicio para el cual está destinado. Igualmente, está obligado a realizar las reparaciones provenientes de la mala calidad de la cosa. De esta regla se exceptúan las reparaciones locativas, que son las que surgen como consecuencia del uso normal de la cosa (pintura de fachada, instalación de vidrios, por ejemplo, y, en general, daños menores debidos al uso del bien) que deben ser realizadas por el arrendatario.

En cuanto a las llamadas por la ley *mejoras útiles*, es decir, aquellas que aumentan el valor de la cosa, normalmente las ejecuta el arrendatario, por ejemplo: cuando el arrendatario cambia una puerta de madera por una metálica de mayor valor o reemplaza las baldosas del piso por mármol. Si el arrendatario le pide autorización al arrendador para realizar las mejoras, puede retirarlas al momento de la terminación del contrato, siempre que no le cause daños al inmueble. Si no existe autorización del arrendador y se realizan mejoras útiles, el arrendatario las pierde.

Obligación de saneamiento. Como en el contrato de compraventa, en el arrendamiento también el arrendador tiene la obligación de saneamiento. Para efectuarlo, es preciso remitirse a lo dicho en ese contrato en cuanto a esta obligación.

Obligaciones del arrendatario

Pagar el precio del arrendamiento. El arrendatario debe pagar el canon de arrendamiento en la cuantía y periodicidad que se acordó en el contrato de arrendamiento.

Uso y goce de la cosa arrendada. El arrendatario no puede variar, sin la autorización del arrendador, la destinación del bien dado en arrendamiento. Ahora, si en el contrato se guarda silencio sobre el uso que le asigna el arrendatario al bien, se entiende que es el que se adecúe a su naturaleza.

Conservar el bien. El arrendatario debe conservar el bien y emplear en su custodia el debido cuidado. Siempre que el bien permanece en manos del arrendatario, se presume que ha sido por hecho o culpa suya.

Restituir el bien. El arrendatario debe restituir el bien a la terminación del contrato.

Peculiaridades del contrato de arrendamiento

Subarriendo. Se presenta cuando el arrendatario celebra un nuevo contrato de arrendamiento sobre todo o parte del bien que usa y del cual goza en virtud del contrato de arrendamiento, en este caso asume la condición de subarrendador. A excepción del régimen de arrendamiento de local comercial, el arrendatario requiere una autorización expresa del arrendador para poder subarrendar el bien y, en caso de que lo haga sin dicha autorización, incurre en el incumpliendo el contrato y configura una justa causa para el arrendador para dar por terminado el contrato.

Cesión del contrato de arrendamiento. Se presenta cuando el arrendador o el arrendatario transfieren sus derechos sobre el contrato en favor de un tercero, quien se convierte, por dicha cesión, en nuevo arrendador o arrendatario de la relación jurídica. Como se verá más adelante, cuando se trate del derecho comercial, si la cesión del contrato de arrendamiento se hace como consecuencia de la enajenación del establecimiento de comercio, la aceptación de parte del arrendador no es necesaria por ser esta una consecuencia lógica, pues el contrato de arrendamiento forma parte del establecimiento de comercio, es decir, es un bien más de él. En los otros regímenes de arrendamiento, mientras el arrendador no necesita autorización para cederle el contrato a un tercero, el arrendatario sí la requiere por expreso mandato de la ley.

Contrato de promesa

El contrato de promesa tiene una razón económica singular que consiste en asegurar la confección de otro posterior cuando las partes no lo desean o están impedidas para hacerlo de presente por una cuestión de hecho o de derecho.

Sin lugar a duda, la modalidad más frecuente del contrato de promesa es la de promesa de contrato de compraventa de bien inmueble.

Tabla 3. Algunos motivos para celebrar un contrato de promesa

Conveniencia	Imposibilidad de celebrar en ese momento el contrato definitivo
• No se cuenta con los recursos líquidos para hacer el pago del bien objeto del contrato definitivo. • Se requiere conseguir paz y salvos fiscales. • Se quiere someter el bien a un examen técnico. • El bien tiene un gravamen, por ejemplo, una hipoteca que se quiere cancelar. • Para una de las partes o para las dos, es más beneficioso que el contrato definitivo aparezca celebrado el próximo año. • Hay un proceso judicial sobre el bien. • Están construyendo un edificio, quiero celebrar el contrato definitivo a la terminación de la construcción.	• El bien objeto del contrato definitivo está embargado.

Fuente: elaboración propia.

Definición

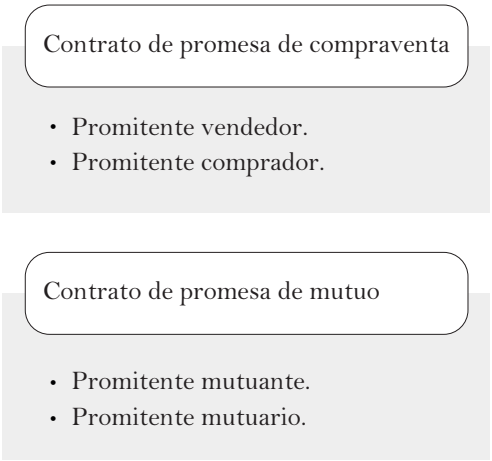
El contrato de promesa es aquel en cuya virtud dos partes acuerdan celebrar un contrato posterior o definitivo cuando se cumpla un plazo o condición acordado por ellas. Constituye un contrato que tiene autonomía jurídica, con objeto propio —celebrar un contrato futuro—, causa propia y obligaciones diversas de las del contrato definitivo. Exige el acuerdo de las voluntades definitivo de quienes a él concurren sobre los elementos de su esencia y además genera una obligación principal de hacer en cuanto a la celebración del contrato definitivo (que puede ser de compraventa, mutuo, hipoteca, fiducia, etc.). Además, eventualmente pueden surgir otro tipo de obligaciones, como por ejemplo dar una cuota

inicial del bien, pagar arras establecidas en caso de incumplimiento por una de las partes, realizar algunas reparaciones al bien objeto del contrato (pintarlo, cambiar los pisos, arreglar un baño), entregarlo, etcétera.

Características

La legislación colombiana no exige ninguna cualificación especial a las personas que tengan la condición de partes de un contrato de promesa, quienes toman el nombre del contrato definitivo que quieren celebrar como se indica en la figura 2.

Figura 2. Denominaciones en un contrato de promesa



Fuente: elaboración propia.

¿Es un contrato solemne? Mientras que un contrato de promesa civil tiene que, por solemnidad exigida por la ley, constar por escrito y con cualquier tipo de escrito se cumple el requisito, ya sea un documento privado o uno público, la promesa comercial, de acuerdo con el concepto de la Corte Suprema de Justicia, es consensual. Esto significa que no requiere ninguna solemnidad para que tenga existencia. No obstante, independientemente de que se trate de una promesa civil o comercial, lo usual es que se haga constar por escrito, incluso con autenticación de

firmas ante notario público. En materia de promesa civil, la única forma de probar la existencia de este contrato es mediante el documento en el que consta.

El contrato de promesa es provisional y transitorio porque no está destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida. Su razón de ser persigue asegurarles a las partes la celebración de un contrato futuro. En este sentido, ordinariamente la celebración del contrato definitivo queda sujeta al vencimiento de un término relativamente breve.

Elementos de la esencia

Para que el contrato de promesa se tome por existente, precisa constar por escrito, con la salvedad hecha anteriormente cuando se trata de contratos de promesa comercial. Por motivos probatorios, se recomienda que siempre se celebre por escrito.

Así mismo es importante que el contrato al que la promesa se refiere, el contrato definitivo, no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces. Por ejemplo, si estamos ante la celebración de un contrato de promesa de compraventa, el contrato deberá contener el precio y la descripción completa de la cosa objeto de la compraventa (totalmente alinderado e identificado: dirección, linderos generales del edificio, linderos específicos del apartamento, número de folio de la matrícula inmobiliaria y la cédula catastral); de lo contrario, el contrato de promesa carece de existencia. Como excepción del principio se puede mencionar la promesa de contrato de compraventa de un bien embargado, en consideración a que el contrato de promesa no es un contrato del que nazca una obligación de enajenar, como lo es el de compraventa, sino que, como ya lo vimos, la principal obligación que nace de él es una obligación de hacer. En este caso la promesa se celebra con la condición de que los bienes se desembarguen para la época de la celebración del contrato definitivo.

Caso: Juan celebró con Pedro un contrato de promesa de compraventa de un apartamento que, a la fecha de celebración del contrato, se encontraba embargado por el Banco x. La celebración del contrato definitivo se acordó para dentro de dos meses, a las 10:00 a. m. en una notaría determinada de Bogotá. ¿Qué pasaría si a los dos meses el bien sigue embargado? ¿Se podría celebrar el contrato de compraventa definitivo? ¿Habría responsabilidad contractual del promitente vendedor?

Son varias e importantes las consecuencias jurídicas que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha concretado con respecto a este requisito. Entre otras figuran:

1. La carencia de valor de la promesa de contrato de compraventa de un bien inmueble cuando, desde su celebración, esta acusa lesión enorme, cuyos requisitos son los vistos para el contrato de compraventa.
2. La validez de la promesa de venta de cosa ajena.
3. La necesidad de determinar plenamente el bien objeto de promesa, esto es, con linderos, número de folio de la matrícula inmobiliaria, lugar de localización y dirección en la promesa de compraventa de un bien inmueble.
4. La viabilidad de la estipulación en la promesa de compraventa de un precio determinable.
5. Que, cuando no se establecen los plazos para pagar el precio y para entregar la cosa en el contrato de promesa de compraventa, estos requisitos deben satisfacerse al momento de la celebración de la compraventa.
6. Que, para satisfacer el requisito de determinación del bien objeto del contrato definitivo, las partes pueden, en la promesa, hacer referencia a la escritura pública contentiva de los linderos.
7. Si se trata de una promesa de compraventa de bien inmueble, hay que fijar la notaría pública donde se suscribirá el contrato de compraventa futuro.

Otro requisito de la esencia es que la promesa contenga un plazo o condición en el cual se fije la época cuando de celebrarse el contrato, por ejemplo: el contrato de compraventa se celebrará el día tal, en la notaría tal del círculo de determinado municipio; o dentro de dos semanas o un mes. En estos casos, la celebración del contrato definitivo se sujeta a un plazo, esto es, un hecho futuro y cierto que necesariamente ocurrirá. Sin embargo, la ley también permite sujetar la celebración del contrato definitivo a una condición, es decir, a un hecho futuro e incierto en cuanto a su realización, cosa que en la práctica no suele suceder en un contrato de promesa. En este sentido, es usual que se celebre el contrato definitivo cuando una entidad financiera concede el crédito a quien quiere adquirir el bien.

Otro requisito estipula que se determine de tal suerte el contrato definitivo, que para perfeccionarlo solo falten la tradición de la cosa o las formalidades legales. En consecuencia, el contrato definitivo debe estar contenido en el contrato de promesa en cuanto a sus elementos de la esencia, como si se tratara de la celebración del contrato definitivo. Por ejemplo: en el contrato de promesa de compraventa, el precio y la cosa deben estar plenamente definidos. Además, sobre este requisito, según indica la Corte Suprema de Justicia, los contratos sobre los que se realizan contratos de promesa se consideran contratos reales o solemnes, ya que cuando se realizan promesas sobre contratos consensuales, la promesa equivale al contrato prometido, el cual se entiende perfeccionado desde el primer momento, aunque sus prestaciones queden sujetas al vencimiento de un plazo o condición.

Contrato de mutuo

Recibe también el nombre de préstamo de consumo o, más sencillamente en el modo de hablar casual, préstamo. Es un contrato frecuentemente realizado por todo tipo de personas: naturales o jurídicas cuando requieren recursos líquidos para los más variados fines: adquisición de bienes, estudio, viajes, ampliación de la planta industrial, etc.

Las operaciones activas de crédito de las entidades financieras (operaciones mediante las cuales los bancos hacen la colocación del dinero que captan del público) ordinariamente las hacen mediante contratos de mutuo, con diferentes finalidades: para la adquisición de vivienda, de vehículos, de maquinaria, etcétera. Algunas de estas modalidades, especialmente la que tiene que ver con la adquisición de vivienda, cuentan con una amplia reglamentación legal en defensa de los intereses de su adquirente.

Definición

El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en cuya virtud una parte, que se llama mutuante, le transfiere a otra, denominada mutuario, cosas fungibles y consumibles, ordinariamente dinero, con la obligación del mutuario de pagar con cosas del mismo género y calidad a las inicialmente recibidas.

Tabla 4. Elementos de la esencia del contrato de mutuo

Bienes	Transferencia	Plazo
Deben ser consumibles y fungibles tales como: dinero, alimentos, semillas, etc.	La transferencia se realiza del mutuante al mutuario.	Plazo o condición para el pago del mutuario con bienes del mismo género.

Fuente: elaboración propia.

Características

Es unilateral. El contrato de mutuo es unilateral porque, una vez perfeccionado, surgen obligaciones únicamente para el mutuario, que consisten en la restitución al mutuante de cosas del mismo género y calidad de las que recibió inicialmente, con intereses, si también se obligó a ello. Por ejemplo: si un banco le presta a Juan diez millones de pesos a un plazo de un año, con una tasa de interés del 10 % efectiva anual, significa que Juan tiene la obligación de pagarle al banco 10 525 866 pesos, de los cuales: diez millones de pesos son por concepto del capital y 525 866 pesos, por concepto de los intereses compuestos. El mutuante solo se obliga, si con posterioridad a la entrega de los bienes, estos le causan perjuicio al mutuario por su mala calidad.

Es un contrato real. Esto significa que se perfecciona cuando el mutuante hace la transferencia del derecho de dominio de la cosa objeto del contrato al mutuario. Exige necesariamente la entrega de los bienes de parte del mutuante al mutuario, de tal suerte que el mutuante debe ser el dueño de la cosa mutuada, estar facultado y tener la intención de transferir el dominio, de lo contrario el negocio no podría perfeccionarse. Cuando se trata de un mutuo realizado con un banco, ordinariamente se documenta en un título-valor que es el pagaré, el cual suscriben el mutuario y eventualmente los codeudores o los fiadores exigidos por el acreedor como garantía de pago de la obligación.

Ahora bien, al convertirse el mutuario en dueño de la cosa mutuada, los riesgos corren por cuenta de él. Por ejemplo, si el mutuario sale con el dinero del banco que le ha hecho el préstamo y se lo roban, el riesgo es suyo, lo cual significa que tiene que pagarle al banco según lo convenido.

Puede ser gratuito u oneroso. Para saber cuándo estamos frente a lo uno o lo otro, resulta importante saber si se trata de un mutuo civil o uno comercial. En el primer caso, puede configurarse cuando el papá le presta una suma de dinero a su hijo para una destinación no comercial. Si las partes no han dicho nada sobre los intereses durante la vigencia del plazo, la ley considera que estamos frente a un mutuo gratuito en el que el acreedor no puede cobrar intereses de plazo. Por lo tanto, si el mutuante quiere cobrar intereses de plazo o remuneratorios, expresamente los tiene que acordar con el mutuario. No obstante, si el contrato de mutuo es comercial (el caso típico es el de un préstamo bancario), la ley presume la existencia de intereses de plazo, aunque las partes no los hayan estipulado. Entonces, mientras que el mutuo civil es por naturaleza gratuito, el mutuo comercial es por naturaleza oneroso.

Obligaciones de las partes

Obligaciones del mutuante

Si bien el mutuante en principio no tiene obligaciones, estas pueden surgir cuando por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada se le ocasionan perjuicios al mutuario.

Obligaciones del mutuario

Su principal obligación apunta a restituir una cosa del mismo género y calidad de la que recibió. Ahora bien, en lo que respecta al tiempo en el cual debe cumplir la obligación, cabe señalar que, en primer lugar, debe satisfacerse en el término fijado por las partes. Sin embargo, si estas guardan silencio sobre el particular, el mutuario está obligado a hacer la devolución después de los diez días siguientes a la entrega si se trata de un mutuo civil y, si es un mutuo comercial, es necesario acudir ante un juez, quien, con fundamento en el tipo de contrato y la calidad de las partes, fija la fecha en que el mutuario debe hacer la restitución.

En cuanto al lugar donde el mutuario debe hacer la devolución, corresponde a aquel que determinen las partes. Cuando estas no han dispuesto

nada sobre el particular, la devolución se ejecuta en el domicilio del deudor (mutuario) en aplicación de las normas generales sobre los contratos.

Cuando no se han previsto intereses en el contrato de mutuo, el deudor (mutuario) puede pagar en cualquier momento la obligación, incluso antes de su vencimiento. No obstante, si el mutuante percibe intereses y si del hecho de que el mutuario le pagara anticipadamente tiene como consecuencia para el mutuante recibir menos dinero del que percibiría si se pagara la obligación al vencimiento del plazo, el mutuante se puede negar a recibir el pago. Claro que si el mutuario pagara por anticipado la totalidad de la obligación junto con la totalidad de los intereses que le correspondían al mutuante hasta el vencimiento de la obligación, no habría razón para que este se negara a recibir. Cuando se trata de un mutuo con un banco es frecuente que se establezca una prima por prepago de la obligación, aunque vale la pena decir que los prepagos jamás serán penalizados en lo que respecta a créditos de vivienda.

Cuando la obligación de restituir se haya pactado por cuotas periódicas, el mutuante no puede exigir la devolución de la totalidad del capital cuando el mutuario entre en mora en el pago de alguna de ellas, con lo cual únicamente puede demandar el cumplimiento de las cuotas vencidas. Claro está que, en el contrato de mutuo, se puede estipular que el mutuante está en capacidad de declarar el plazo vencido y cobrar el total de la obligación por el capital y los intereses cuando el mutuario incumpla con el pago de alguno de los instalamentos. Esto se conoce como cláusula aceleratoria, pero hay que pactarla expresamente.

Préstamo con interés

Interés en el contrato mutuo civil

En materia civil, el interés convencional, sea remuneratorio o moratorio, no puede exceder la mitad del interés corriente aprobado al momento de suscribir la convención[1], pues en ese evento el juez, con la previa solicitud del deudor (mutuario), puede reducirlo al interés corriente[2].

[1] L. 84/1873, en adelante C. C., art. 2231.

[2] Ibídem.

El interés corriente, para estos efectos, es el bancario corriente que la Superintendencia Financiera de Colombia certifica mensualmente y corresponde al promedio del que los establecimientos de crédito (los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento) cobran por intereses en los créditos que han concedido. En Colombia, actualmente hay tres tipos de interés bancario corriente: el de créditos ordinarios y de consumo (el más común de todos), el de microcrédito (crédito a microempresarios) y el de bajo monto (hasta dos salarios mínimos legales vigentes).

Si las partes no estipulan los intereses, pero el mutuario los paga, no pueden repetirse ni imputársele al capital. Cuando las partes establecen la obligación del pago de intereses remuneratorios, pero no acuerdan la cuantía de ellos, la ley aplica el interés legal en materia civil, que equivale al 6 % efectivo anual. En los casos en los que fueron estipulados los intereses y el mutuante otorga carta de pago por el capital sin hacer mención alguna a los intereses, la ley presume que estos se han pagado[3]. No obstante, por tratarse de una presunción legal, admite prueba en contrario.

Finalmente, en lo que respecta a los intereses, es preciso advertir que está prohibido lo que se conoce como anatocismo, es decir, cobrar intereses sobre intereses vencidos[4]. En otras palabras, los intereses pendientes no se pueden sumar al capital para formar un capital superior al inicial y, sobre este nuevo capital, calcular y cobrar intereses en adelante, sin perjuicio de ciertas normas especiales sobre capitalización de intereses que les permiten a los bancos pactar sistemas de pagos en los cuales los intereses se acumulan (aunque no sobre intereses vencidos).

Interés en el contrato mutuo comercial

El monto máximo de intereses remuneratorios o moratorios que el mutuante puede cobrarle al mutuario en un contrato de mutuo comercial es 1.5 veces el interés bancario corriente del momento en que se haga el pago. Por ejemplo: si dicho interés para la época del pago está calculado

[3] Ibídem, art. 2234.

[4] Ibídem, art. 2235.

en el 10 %, la tasa máxima que podrá cobrar el mutuante será del 15 % efectivo anual.

Cuando las partes, en un mutuo comercial, no han acordado el monto de los intereses de plazo, la ley suple la voluntad de ellas y aplica el interés legal comercial. Este equivale al interés bancario corriente vigente al momento de pagar la obligación. Si tampoco han fijado el monto de los intereses de mora, este equivaldrá a 1.5 veces el interés bancario corriente.

Se establece como sanción para quien sobrepase cualquiera de estos montos la pérdida de todos los intereses. Dado el caso en que estos hayan sido cobrados, se pierden los cobrados en exceso y el acreedor se obliga a restituir el doble de lo cobrado en exceso a título de sanción económica y queda sujeto a las investigaciones penales del caso por el delito de usura. Si se trata de una entidad financiera, queda sujeta también a las sanciones administrativas a cargo de la Superintendencia Financiera.

En lo que respecta a la prueba del pago de los intereses, se establece que si el mutuante le ha entregado al mutuario un documento de recibo por los intereses correspondientes a un periodo de pago, se presume que se han pagado los periodos anteriores. Por tratarse de una presunción legal, también admite prueba en contrario.

Del mismo modo, en materia comercial se prohíbe el anatocismo, pero con dos excepciones:

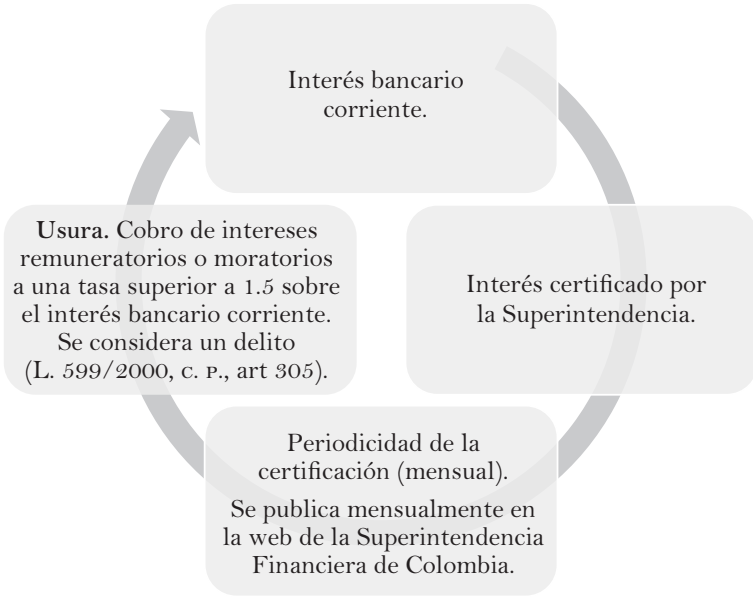
1. Que haya acuerdo entre el deudor y el acreedor después del vencimiento de la obligación para el cobro de intereses sobre intereses.
2. Que haya una demanda judicial.

En ambos casos, los intereses deben llevar por lo menos un año de vencidos.

Finalmente, a propósito de los intereses en el mutuo mercantil cabe anotar que la ley prohíbe los pactos que impliquen simulación de los intereses legalmente admitidos[5], por ejemplo, cuando se cobran sumas adicionales al capital llamándolos de otra forma para evadir los límites máximos.

[5] D. 410/1971, en adelante C. Co., art. 1168.

Figura 3. Reglas del interés bancario corriente



Fuente: elaboración propia.

Contrato de mandato

Definición

Representa el contrato por medio del cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos o negocios jurídicos por cuenta de otra. "Por cuenta de otra" significa que los efectos jurídicos y económicos de la gestión se van a radicar en el patrimonio de quien hizo el encargo.

Tabla 5. Elementos de la esencia del contrato de mandato

Encargo del mandante al mandatario.	Ir por cuenta y riesgo del mandante (quien corre con los riesgos y ganancias del resultado de la gestión).	Actos jurídicos.

Fuente: elaboración propia.

Características

Es un contrato consensual porque se perfecciona con el solo acuerdo de las partes sobre la labor encomendada, es decir, se puede celebrar verbalmente o de cualquier otro modo.

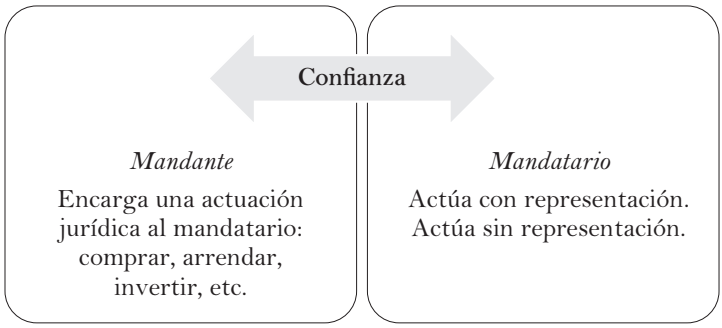
El objeto del contrato de mandato puede ser para una sola gestión o la de una serie indefinida de actos relacionados con una o varias actividades económicas.

Partes

Mandante es la persona por cuya cuenta se realizan los actos encomendados. También puede decirse que el mandante es el titular del patrimonio sobre el cual recae la gestión encomendada. Constituye quien confiere el encargo.

Mandatario es la persona que se obliga a celebrar o ejecutar actos o negocios jurídicos por cuenta de otra a nombre propio o a nombre del mandante. Cuando actúa a nombre propio, no da a conocer que actúa por cuenta de un tercero y los efectos jurídicos, aunque temporalmente, radican en su patrimonio con la obligación de transferirlos posteriormente en favor del mandante. Si actúa a nombre del mandante, los efectos jurídicos del acto realizado se radican directamente en el patrimonio del mandante.

Figura 4. Qué hacen el mandante y el mandatario



Fuente: elaboración propia.

Hoy en día, una de las razones más frecuentes para realizar un contrato de mandato estriba en la profesionalidad del mandatario, en sus conocimientos y experiencia. El mandatario sabe hacer mejor lo que el mandante podría hacer directamente.

Obligaciones de las partes

Obligaciones del mandante

1. Asumir los resultados del negocio encomendado, es decir, se compromete a responder frente a terceros por las obligaciones adquiridas por el mandatario en la ejecución del encargo.
2. Pagarle al mandatario una remuneración, usualmente pactada. Sin embargo, si no existe estipulación o no hay acuerdo sobre su valor, el mandante debe la suma de dinero que se reconoce usualmente para ese tipo de negocios o, en subsidio, la que fije un perito.
3. Entregarle al mandatario todos los recursos necesarios para la ejecución del contrato, es decir, la provisión de todo lo que se relacione directamente con la ejecución del encargo. Por ejemplo, proveer el dinero necesario para la compra de las acciones que el mandante le encomendó al mandatario adquirir. En el evento que el mandante no suministre esos fondos, el mandatario puede suspender la ejecución del encargo hasta que le sean entregados los fondos o puede también renunciar al mandato.
4. Reembolsar los gastos razonables causados por la ejecución del encargo.
5. Indemnizar las pérdidas sufridas sin culpa del mandatario como consecuencia de la ejecución del mandato.
6. Reembolsar con intereses los anticipos de dinero que el mandatario haya cancelado en ejecución del negocio.

Obligaciones del mandatario

1. Realizar el encargo aceptado, dentro de los límites señalados por el mandante. Solo podrá actuar por fuera de ellos cuando aparezcan circunstancias desconocidas que no se le puedan comunicar

a quien hizo el encargo y que permitan suponer razonablemente que este hubiera aprobado la actuación. Los actos realizados por fuera del encargo no serán oponibles al mandante, salvo que este los ratifique expresa o tácitamente.

2. Consultarle al mandante sobre los casos no previstos por él, suspendiendo temporalmente la ejecución del mandato, salvo que sea urgente y no pueda esperar o cuando haya sido facultado para obrar libremente.
3. Traspasar todo lo que haya recibido por causa del mandato e informar a su mandante de manera detallada y justificada el desarrollo del negocio encomendado dentro del término estipulado. A falta de estipulación, debe hacerlo dentro de los tres días siguientes a la terminación del contrato. Si el mandante no se pronuncia sobre el informe rendido por el mandatario en un término prudencial, contado desde la fecha de recibo del informe, su silencio se asumirá como aceptación.
4. No puede ser contraparte del mandante, salvo con autorización expresa de este.
5. No tiene permitido emplear en sus propios negocios los fondos que le suministre el mandante, ni darles un destino diferente al estipulado, ya que el incumplimiento de esta obligación conlleva una sanción pecuniaria consistente en pagar los intereses sobre el valor de los fondos, a partir del momento de la apropiación más los perjuicios ocasionados al mandante sin perjuicio de la acción penal por la apropiación indebida resultante del abuso de confianza.
6. Se obliga a comunicar sin demora la ejecución completa del mandato y las circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que lleven a su modificación o revocación.

Revocación del contrato de mandato

Es la facultad que la ley le concede al mandante para dar por terminado unilateralmente el contrato antes de su vencimiento. Por ser una facultad que tiene el mandante por autorización legal, el mandatario no puede pedir indemnización de perjuicios a la parte revocante. En materia civil, cuando el contrato de mandato es de naturaleza comercial y, además, es

en beneficio de un tercero o del mandatario, el mandante requiere justa causa para revocarlo.

Terminación del contrato

El contrato de mandato se da por terminado por el cumplimiento del objeto del negocio para el cual fue constituido. En esta causal, no se tiene en cuenta el plazo. Si el encargo se cumple antes del plazo estipulado, el mandato se extingue independientemente de él.

También puede agotarse tras el vencimiento del plazo. Ocurre cuando las partes fijan un periodo determinado para la ejecución, independientemente de que se haya o no cumplido el encargo.

Cuando se cumple la condición fijada en el contrato. Esta causal se presenta cuando el mandante somete la terminación del contrato al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, esto es, a una condición resolutoria. En este evento, las partes manifiestan en el contrato que tras la ocurrencia de la condición, el contrato se extingue.

El mandatario puede renunciar libremente a la ejecución del mandato, siempre que le avise al mandante con un plazo razonable, para que este pueda asumir el encargo o designar a un nuevo mandatario. Sin embargo, el mandatario está autorizado a terminar el mandato sin cumplir con el plazo mencionado si se encuentra en imposibilidad de administrar los negocios por enfermedad u otro motivo o cuando no le cause un grave perjuicio al mandante.

La muerte del mandante o mandatario agota el contrato siempre que la celebración del contrato se realice en razón a las calidades de las partes, es decir, que sea un negocio *intuitu personae*[6]. Esto da lugar a la terminación del contrato desde el momento en que la otra parte tenga conocimiento del hecho.

La apertura de trámite de insolvencia (esto es, de reorganización o liquidación judicial) e interdicción del mandante o mandatario configuran circunstancias que generan, para cualquiera de las partes, la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, ya que, por ley, entran en

[6] En razón a la persona.

un régimen especial de administración de bienes, por lo cual les queda prohibido continuar con la administración en favor o cargo de un tercero.

La cesación de funciones del mandante configura una causal que se presenta cuando el mandatario encarga a un tercero la ejecución de un contrato derivado del mandato a él conferido. Con esto, se convierte el mandatario en mandante. Si se termina el primero, como consecuencia se extingue el segundo por desaparecer las funciones originalmente concedidas.

Contrato de comodato

Definición

El contrato de comodato también se denomina *préstamo de uso*. Conforma un contrato por medio del cual una parte, llamada comodante, le entrega gratuitamente a otra, comodatario, un bien mueble o inmueble para que lo use y lo restituya a la finalización del contrato.

Características

En un contrato real. Solamente existe el contrato a partir de la entrega de la cosa que hace el comodante al comodatario. Es un contrato esencialmente (es decir, siempre) gratuito. El comodante no puede exigirle al comodatario ninguna retribución por el préstamo que hace, de lo contrario, el contrato se convierte en un contrato de arrendamiento.

El contrato crea obligaciones para una sola de las partes, el comodatario, quien se obliga a usar el bien en los términos convenidos en el contrato, a garantizar la conservación de este y restituirlo (mueble o inmueble) a la finalización del contrato. De lo anterior, se desprenden otras obligaciones para el comodatario como el debido mantenimiento del bien, la constitución de los seguros requeridos para ampararlo adecuadamente, asumir los costos de su vigilancia y, en general, los costos de administración para garantizar el uso adecuado. Si el comodatario no le da uso adecuado a la cosa, el comodante queda autorizado a solicitar su restitución en cualquier momento con el pago de los perjuicios ocasionados.

Aunque inicialmente el contrato crea obligaciones para una de las partes, con posterioridad a su perfeccionamiento, pueden surgir obligaciones también para el comodante. En este sentido, está obligado a pagarle al comodatario los gastos de conservación y los perjuicios que el uso le haya causado por la mala calidad de la cosa, con las siguientes condiciones:

1. Que haya sido de tal naturaleza que probablemente le hubiera ocasionado los perjuicios.
2. Que estos hubieran sido conocidos y no declarados por el comodante y que el comodatario no haya podido con mediano cuidado conocerlos.

La ley le confiere el derecho de retención al comodatario (mantener la cosa en su poder hasta que le paguen) si el comodante no le paga oportunamente estos perjuicios.

Durante el contrato el comodatario es un mero tenedor del bien. Por lo tanto, mientras tenga vigencia el contrato de comodato, el comodante mantiene su condición de propietario y poseedor del bien. Aunque el bien objeto del comodato no tiene que ser necesariamente del dueño, se admite, como en la compraventa y en otros contratos, el comodato de bien ajeno. En este caso, si el dueño de la cosa la reclama antes del vencimiento del comodato, el comodatario no podrá pedirle perjuicios al comodante salvo que este haya sabido que era ajena y no haya informado de ello al comodatario.

Una modalidad muy utilizada del contrato de comodato es el comodato precario, que se presenta cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa en cualquier tiempo.

Contrato de depósito

Definición

Mediante el contrato de depósito, una persona llamada *depositante* le confía una cosa corporal mueble a otra, denominada *depositario*, quien se encarga de guardarla y restituirla en especie. Un parqueadero es un típico caso de contrato de depósito comercial.

Características

En el depósito civil, solamente nacen obligaciones para una de las partes, el depositario. Este se obliga a conservar la cosa —sin que le sea permitido usarla sin el permiso del depositante— y devolverla al terminar el contrato. El depositante debe pagarle al depositario los gastos en que haya incurrido durante la conservación de la cosa y también los perjuicios que, sin culpa del depositario, le haya causado el depósito. La ley le otorga al depositario el derecho de retención hasta que se le pague lo que se le debe.

Es un contrato real. Esto involucra que solo hay contrato a partir de la entrega de la cosa que hace el depositante al depositario.

Al menos en materia civil, se considera un contrato gratuito y, si las partes estipulan una remuneración, el contrato se convierte en uno de arrendamiento de servicios. El depósito, cuando es comercial, es remunerado. En este caso, conforma un elemento de la naturaleza del contrato, es decir, que las partes expresamente pueden excluirla de él para que no haya remuneración en favor del depositario.

El depósito puede ser regular o irregular. En el regular, el depositario solo ostenta la mera tenencia sobre la cosa y, en el irregular, la cosa depositada pasa al dominio del depositario, por lo cual debe restituir otra cosa de la misma calidad y especie. En este sentido, el depósito irregular es el fundamento de la mayoría de los contratos bancarios, como ocurre cuando se abre una cuenta corriente en un banco y este no restituye los mismos billetes, sino una cantidad de dinero equivalente.

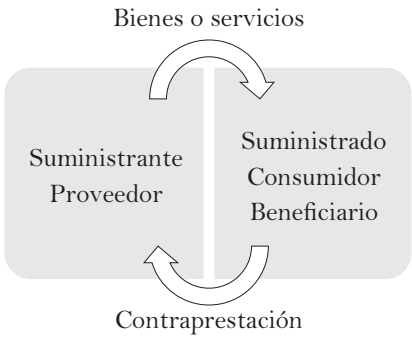
Contrato de suministro

El contrato de suministro es de gran importancia en la vida económica actual, ya que para los empresarios es muy importante tener certeza sobre el abastecimiento periódico de sus materias primas, bienes o servicios, o sobre la colocación en el mercado de lo que produce. Estos dos objetivos se logran mediante el contrato de suministro. Este contrato permite racionalizar y planificar la producción de bienes en función del consumo de estos.

Definición

Es el contrato a través del cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, de forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

Figura 5. Partes del contrato



Fuente: elaboración propia.

Características

El contrato de suministro configura un contrato en el cual ambas partes se obligan recíprocamente: la una, a realizar prestaciones periódicas o continuas y la otra, a pagar por ellas. Constituye un contrato consensual y, por lo tanto, se perfecciona por el solo acuerdo de las partes sobre los bienes o servicios y el precio. Las prestaciones propias de este contrato, especialmente las que están a cargo del proveedor, se desarrollan de forma periódica o continua en el tiempo.

Elementos de la esencia

Bienes o servicios. Constituyen el objeto del contrato, las prestaciones periódicas y continuadas de bienes o servicios. Por las primeras se entiende todo bien material o inmaterial con existencia autónoma que pueda someterse al poder de las personas como medio para obtener un

beneficio económico. El contrato de suministro ordinariamente recae sobre bienes de consumo o producción tales como alimentos, materias primas, etcétera y son bienes muebles, corporales y genéricos.

Por *servicio* se comprende la prestación inmaterial de una persona en favor de otra, la cual se realiza de forma independiente y organizada, es decir, que proviene del esfuerzo humano como, por ejemplo, el servicio de transporte o la asistencia de un médico a un paciente.

Se entiende por *prestaciones periódicas* las que se realizan en intervalos determinados, como cuando el proveedor debe entregar una cantidad determinada de materia prima o prestar el servicio acordado cada mes y por el término de un año. En cambio, se estiman continuas cuando no hay interrupción en el tiempo, sino continuidad o perseverancia. Así, tenemos la prestación de servicios públicos: luz, agua, teléfono.

El precio. Usualmente, las partes lo pactan expresamente desde el comienzo del contrato y, por lo tanto, el consumidor se compromete a pagar ese valor. No obstante, puede ocurrir que las partes no hayan pactado el precio total del suministro o de cada prestación, ni las bases para determinarlo. Bajo esas circunstancias, se presume que aceptan el precio medio que tengan las cosas o servicios en el lugar y día del cumplimiento de cada prestación o en el domicilio del consumidor, si es diferente del domicilio del proveedor. Cuando las partes solo señalan el precio para una prestación y guardan silencio sobre las otras, se entiende que aceptan el mismo precio para todas. Las partes pueden fijar libremente la forma de pago. Si no dicen nada y si el suministro es periódico, el precio se debe por cada una de las prestaciones; y si el suministro es continuo, el precio requiere pagarse de conformidad con la costumbre. Por ejemplo: en el caso del contrato de suministro de periódicos, revistas, etcétera, el consumidor suele pagar al principio del contrato el total de la suscripción al respectivo medio de comunicación.

Partes

El *proveedor* es la persona que, de forma independiente y normalmente organizada como empresa, se obliga a realizar las prestaciones periódicas o continuas de bienes o servicios en favor de otra. El *consumidor*, *beneficiario* o *suministrado* es la persona que requiere y solicita las prestaciones periódicas o continuas de bienes o servicios.

Volumen y periodicidad de las prestaciones

Las normas sobre este contrato permiten que las partes establezcan la cantidad de cosas o servicios, las fechas de entrega y el precio. No obstante, puede suceder que guarden silencio sobre estos puntos, evento en el cual las normas sobre el suministro prevén lo siguiente:

1. Si las partes no han pactado las cantidades ni la forma de determinarlas, pero han fijado límites máximos o mínimos, el consumidor determinará las cantidades dentro de esos marcos.
2. Si se ha señalado un límite máximo, también corresponderá al consumidor establecer la cantidad sin sobrepasar este.
3. Si se han remitido a las necesidades o capacidad de consumo del beneficiario, señalando un tope mínimo, el consumidor podrá exigir, de acuerdo con sus necesidades o capacidad de consumo, aunque siempre debe cubrir el tope mínimo.
4. Si no se ha establecido ni un mínimo ni un máximo, se entenderá que el consumidor está facultado para pedir las cantidades necesarias para su consumo ordinario, salvo que de la costumbre se deduzca lo contrario.

En cuanto al plazo, si las partes señalan uno para el cumplimiento de las obligaciones, este no se puede modificar unilateralmente, puesto que se entiende que el plazo se establece en beneficio de ambas partes. Si la facultad de establecer el plazo se deja a voluntad de una de las partes, esta debe informar a la otra la fecha de cumplimiento dentro de un plazo prudencial. Cuando existan diferencias en cuanto a la periodicidad del preaviso, este se decidirá por medio de peritos en el proceso judicial que se adelanta por el procedimiento verbal. Si las partes no dicen nada, tendrán que acudir a la costumbre; pero si no existe, se entenderá que la facultad de determinarlos le corresponde al consumidor, pues es este el necesitado.

Cláusulas especiales

Pacto de exclusividad. Es frecuente que en un contrato de suministro las partes acuerden un pacto de exclusividad, ordinariamente en beneficio

del proveedor en el sentido de que ese consumidor no se puede proveer de bienes o servicios de la misma calidad de los que son objeto del contrato por medio de un tercero distinto de su proveedor. Sin embargo, también podría pactarse un acuerdo de exclusividad en favor del consumidor o incluso de ambas partes contratantes.

Los pactos de exclusividad prohibidos tienen por objeto o efecto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios. Para saber si una cláusula de exclusividad es ilegal, se precisa estudiar del caso concreto: la amplitud del mercado de ese determinado producto, los competidores que hay en el mercado, la calidad de las partes, la forma como se determina el precio del producto con respecto a otros similares en el mercado, las posibilidades de desabastecimiento del producto o servicio en esa zona a causa de la exclusividad, etcétera. El pacto de exclusividad se desarrolla en el artículo 19 de la Ley 216 de 1996. Un ejemplo se expresa cuando en un sitio de venta de hamburguesas, ofrecen solamente determinadas marcas de bebidas azucaradas.

Pacto de exclusividad
Art. 19 de la ley 216 de 1996
Ejemplo: cuando voy a un sitio de venta de hamburguesas, y me dicen que solamente distribuyen determinada marca de bebidas azucaradas.

Cláusula de preferencia. Se presenta cuando una de las partes del contrato se obliga a preferir en igualdad de condiciones a la otra en caso de celebrar un nuevo contrato en el futuro. Esta cláusula puede pactarse en favor de cualquiera de las partes (proveedor, consumidor). El plazo del pacto de la preferencia no puede ser superior a un año, si se pacta en contrario, se reducirá hasta ese lapso por ley.

Incumplimiento del contrato

Cuando exista incumplimiento de una parte, la parte cumplida podrá dar por terminado el contrato de suministro siempre y cuando el incumplimiento sea grave, esto es, que tenga cierta importancia capaz por sí misma de mermar la confianza de la otra parte para hacer los suministros

sucesivos. Sin embargo, el proveedor no podrá dar por terminado el contrato sin antes darle aviso con un plazo prudencial al consumidor.

Caso. Si su empresa tiene un contrato de suministro por un año con una papelería para que cada semana, los viernes, le haga llegar veinte resmas de papel tamaño carta e incumple con la entrega durante una semana, ¿será una justa causa para terminar el contrato de suministro?

Terminación del contrato

Si las partes no han pactado expresamente el término de duración del contrato, cualquiera de ellas lo puede dar por terminado con un preaviso a la otra parte en el término pactado o en el establecido por la costumbre; en su defecto, debe hacerse con una antelación acorde a su naturaleza.

Normas aplicables al contrato de suministro

Es un contrato marco. Esto significa que al suministro se le aplican las normas del contrato que se configure en lo que atañe a las prestaciones aisladamente consideradas. Por ejemplo: si es un contrato de suministro de compraventa de bienes, a ese contrato se le aplicarán las normas de la compraventa compatibles con el suministro como, por ejemplo, las normas que tienen que ver con los vicios redhibitorios o con el saneamiento por evicción.

Contrato de corretaje

Definición

Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de relacionar dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación. El corredor es ante todo un profesional, un experto, conocedor de los mercados con un conocimiento que supera el normal sobre ese determinado ámbito de cosas y que cobra

una remuneración por su actividad comercial. El más usual en nuestro medio es el corredor de finca raíz.

¿Por qué se acude a un corredor? Entre otras razones, porque no se conocen los mercados, no se tienen los conocimientos técnicos o no se dispone del tiempo necesario para buscar interesados en los negocios que se quieren celebrar.

El corredor no contrata por las partes, ya que son ellas mismas las que celebran directamente el contrato. Tampoco participa en la ejecución del contrato que las partes han celebrado. Es un intermediario entre la oferta y la demanda de bienes y servicios.

La obligación del corredor es de resultado, lo que significa que debe concluirse el negocio para el cual medió entre las partes y de ello depende su remuneración.

Características del contrato

Basta el acuerdo de voluntades entre las partes sobre los elementos que configuran el contrato para que este exista. En cuanto a la remuneración, si las partes no han pactado otra cosa, solo tiene derecho el corredor cuando se celebre el negocio jurídico que quería el interesado. En este caso, tiene derecho a la remuneración que se haya pactado. A falta de estipulación, se remunera conforme a la paga usual en ese tipo de actividades y si no hay una usual, debe hacerse a la que fije un perito. Salvo estipulación en contrario, la remuneración la pagarán las partes que celebren el contrato en que medió el corredor, por partes iguales. El contrato de corretaje puede ser para una sola operación o para varias; por eso puede ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.

Partes

Corredor es un agente o auxiliar de comercio que pone sus conocimientos en el mercado de bienes y servicios para que se realice una operación. *Interesado* es la persona que celebra el negocio preparado por el corredor.

La función del corredor consiste en relacionar a un interesado con un tercero, con quien pueda llevarse a cabo un negocio jurídico.

Obligaciones de las partes

Obligaciones del interesado. Abonar la remuneración pactada una vez concluida la gestión. También debe sufragar los gastos provenientes del negocio encomendado, salvo que se estipule en el contrato que serán asumidos por partes iguales o por el corredor.

Obligaciones del corredor. Tiene el deber de confidencialidad con respecto a las instrucciones recibidas de su cliente. Está en la obligación de comunicarles a las partes todas las circunstancias conocidas por él del negocio que las puedan afectar; llevar los libros especiales para relacionar o registrar los negocios en que intervenga con la indicación del nombre y domicilio de las partes que los celebren, la fecha y cuantía o del precio de los bienes sobre los que versen, de la descripción de estos y de la remuneración obtenida.

Responsabilidad del corredor

Esta surge por incumplimiento del contrato de corretaje. Esta responsabilidad depende de las obligaciones que haya asumido. Si se comprometió a conseguir la celebración del contrato o a prestar determinados servicios para conseguirlo, se compromete a responder hasta de la culpa leve ante el incumplimiento.

Extinción del contrato

Se extingue por haberse ejecutado al haber concretado a las partes para que se celebre el negocio; por la muerte del corredor, ya que son sus cualidades personales las que se tienen en cuenta para pactarlo (mientras que la muerte de quien confirió el encargo no es causal de extinción del contrato); y por el vencimiento del plazo otorgado al corredor para su actuación.

Contrato de agencia comercial

El agente comercial es ante todo una persona que ayuda al empresario a abrir, conquistar, ampliar y consolidar el mercado de sus bienes y

servicios, con lo que logra disminuir considerablemente los gastos asociados a este mercadeo, pues el agente asume los costos y riesgos de la actividad de promoción.

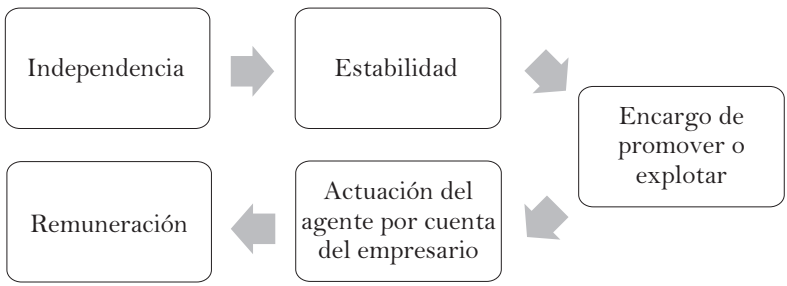
Es igualmente beneficioso para el empresario porque la permanencia y estabilidad del agente en una zona o sitio determinado aseguran una actividad de promoción que no se aprecia tan claramente en otras figuras.

Definición

Constituye el contrato mediante el cual un comerciante asume, de forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios en determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios de sus productos. El agente es un buscador de negocios. Su actividad principal consiste en proporcionar clientes. Es un profesional.

Elementos de la esencia

Figura 6. Elementos de la agencia comercial



Fuente: elaboración propia.

Independencia en la actividad del agente. Significa que entre agente y agenciado no puede haber una relación de subordinación, propia del contrato de trabajo. El agente realiza su labor mediante una empresa propia. Esa independencia se traduce en la práctica, por ejemplo, con la

apertura de oficinas, establecimientos de comercio de parte del agente, la vinculación de empleados calificados y, en general, por la realización de actos encaminados a procurar el cumplimiento del encargo en las circunstancias de modo, tiempo y lugar convenidas. No se oponen a esta independencia las instrucciones referentes a la gestión encomendada que pueda darle el agenciado al agente como establecer los precios de venta del producto, abrir determinado número de establecimientos de comercio o tener determinado personal calificado, etcétera.

Estabilidad en la actividad del agente. El agente no es la persona que promueve o concluye uno o varios negocios determinados, sino que promueve y concluye negocios en serie y sucesivos, lo cual implica una permanencia en sus relaciones con el agenciado.

La condición de la estabilidad, como supuesto de la esencia de la agencia comercial, obedece a que el agente comercial persigue crear una clientela para el agenciado o ampliar la que ya tiene. Esto solo es posible con la actuación continua y sucesiva en el tiempo.

Encargo de promover o explotar negocios. La labor del agente comercial siempre tiene que estar orientada a la promoción de la actividad del agenciado, es decir, siempre debe atener a la consecución de clientela. Además, esta labor puede acompañarse también de la explotación del negocio. Por lo tanto, la labor del agente debe relacionarse con la preparación del negocio (promoción) y adicionalmente incluir su perfeccionamiento (explotación). El agente, en cierta manera, realiza los actos de aproximación, ejecuta los actos preparatorios tales como contactar al cliente, instruirlo sobre el contenido y alcance del negocio y preparar la negociación, entre otros actos, reservándose el empresario la facultad de valorar la conveniencia o no de los negocios y el poder de autorizar o no al agente para la conclusión de los respectivos contratos.

A*ctuación del agente por cuenta del empresario*. El agente debe actuar por cuenta y riesgo del empresario, independientemente de que obre como agente, representante, fabricante o distribuidor, según las diferentes denominaciones que incluye la ley. Esto implica que los efectos jurídicos y económicos de los negocios realizados por el agente radican en el patrimonio del agenciado. Sin embargo, no quiere decir que el agente no asuma riesgos, los asume porque está poniendo su empresa al servicio del agenciado.

Remuneración en favor del agente y por cuenta del empresario. Consideramos que también es de la esencia de la agencia mercantil que el

agente reciba una remuneración en contraprestación a la actividad que desarrolla. Esa es la razón para que las normas que reglamentan el contrato de agencia comercial establezcan que el agente tiene derecho a su remuneración incluso cuando el negocio no se lleva a efecto por causas imputables al empresario o en aquellos eventos en los que el empresario ejecuta directamente el negocio en el territorio asignado al agente.

Sin embargo, el legislador guarda silencio sobre la cuantía y la forma de pago de la remuneración, aunque en el artículo 1323 del Código de Comercio incluye como forma de remuneración un porcentaje de las utilidades del negocio, con la previa deducción de las expensas generales de este. De tal suerte y puesto que no existe disposición alguna en el capítulo de la agencia que lo prohíba, corresponde a las partes determinar el monto de la remuneración, si no lo hacen, es necesario acudir a las normas del mandato mercantil, en las cuales el mandatario tiene derecho a la remuneración estipulada o usual en el género de negocios de que se trate o en su defecto, a la que determinen peritos.

Partes

Empresario o *agenciado* es la persona que tiene la necesidad de ampliar el mercado de sus bienes o servicios. *Agente* es el comerciante, persona natural o jurídica que, de manera independiente promueve o explota los negocios del empresario.

Obligaciones de las partes

Obligaciones del agente

El agente se obliga a promover y eventualmente explotar los negocios del agenciado de un ramo determinado y dentro de una zona prefijada del territorio nacional. Esta obligación consiste en realizar una actividad comercial encaminada a crear, aumentar o mantener una clientela para el agenciado. En este sentido, resulta claro que la función principal del agente consiste en la promoción y, en desarrollo de esta, debe realizar una actividad de mercadeo de los productos con el fin de conseguir una clientela para el agenciado. La actividad de promoción va desde la visita

personal y periódica a los clientes hasta la contratación de campañas publicitarias dentro de la zona asignada al agente.

El agente se compromete a desarrollar el encargo dentro de los límites señalados por el empresario, respetando el territorio asignado, el ramo de actividades, el tiempo de duración y las facultades concedidas por el empresario.

También se compromete a rendirle informe al empresario sobre las condiciones generales del mercado en la zona asignada para el desarrollo del negocio. Esto implica rendir cuenta de todas las operaciones realizadas en el desarrollo del encargo, indicando al agenciado todas las circunstancias que puedan serle útiles para planear su producción, ventas y, en general, para el crecimiento de la empresa.

Las normas sobre agencia mercantil le permiten también al agente encargarse de la fabricación o distribución de uno o varios productos del empresario. Esta es una función accesoria a la de la promoción y explotación y, por lo tanto, no es esencial al contrato, pues para que exista un contrato de agencia mercantil se necesita que el encargo sea de promover determinados productos.

El agente está obligado a asumir los gastos inherentes al contrato de agencia, es decir, asume, por ejemplo, los gastos de publicidad, conferencias, visitas a los potenciales clientes y en general todos los gastos directamente relacionados con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de agencia comercial. No obstante, las partes podrían pactar en contrario.

Obligaciones del empresario

El empresario está obligado a pagarle al agente la remuneración por su labor de promoción permanente durante la vigencia del contrato. El agente tiene derecho a la remuneración aunque el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario o cuando este lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, como se había dicho.

El empresario debe pagarle al agente a la terminación del contrato una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del

contrato fue menor. A esto se le denomina cesantía comercial. Sobre la posibilidad de renuncia del agente a esta prestación, hay diferentes posiciones en la doctrina, aunque la mayoría se inclina por considerarla una prestación no renunciable. En este punto, la Corte Suprema de Justicia considera que esta prestación no es renunciable ni antes de la celebración del contrato ni durante este, pero sí a su terminación en la medida en que se trata de una prestación causada de la cual puede disponer libremente el agente. Puede decirse que, con ocasión de esta prestación, el contrato de agencia ha sido tradicionalmente sustituido por otros contratos para evitar la causación de esta cesantía comercial.

Cuando el empresario da por terminado el contrato de agencia sin justa causa, es su deber pagarle al agente una indemnización equitativa que fija el juez como retribución a sus esfuerzos para acreditar los productos en el mercado. La misma indemnización se aplica cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

En el tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y los Estados Unidos, Colombia asumió la obligación de reformar las normas sobre la agencia comercial, eliminando la cesantía comercial, transformando la indemnización equitativa en una indemnización contractual de daño emergente y lucro cesante, y terminando con la presunción de exclusividad a favor del agente comercial. A la fecha no se ha modificado el contrato.

Pacto de exclusividad

El pacto de exclusividad puede estar en favor del empresario o del agente en el contrato de agencia mercantil. Que esté en favor del empresario implica que el agente no puede promocionar en la zona asignada productos de otro empresario; y que esté en favor del agente involucra que el empresario no se puede valer de otros agentes en la zona asignada para la promoción de sus productos.

Si en el contrato no se estipula nada con respecto a las exclusividades, la ley entiende que solo existe en favor del agente, pero se admite que se pacte en contra. Para que haya exclusividad en favor del empresario, es necesario dejar constancia expresa en el respectivo contrato.

Caso. Usted tiene una agencia de viajes en el centro de Bogotá. Celebra un contrato de agencia comercial con una empresa de aviación con el propósito de que su agencia de viajes le consiga clientes para varios

paquetes turísticos en el exterior. No se dijo nada en el contrato sobre la exclusividad, ¿su agencia de viajes podría ofrecer paquetes turísticos de otra empresa aérea diferente a la que tiene el contrato de agencia con usted?

Terminación del contrato de agencia

Son justas causas para la terminación del contrato las siguientes. Por parte del empresario, se configura por: el incumplimiento grave del agente de las obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley; cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario; la insolvencia del agente y la liquidación o terminación de actividades.

Por parte del agente, el incumplimiento del empresario de sus obligaciones contractuales o legales; cualquier acción u omisión de este que afecte gravemente los intereses del agente; la apertura de trámite de insolvencia y la terminación de actividades constituirán motivos para la finalización del contrato.

Agencia mercantil de hecho

Aún sin un expreso acuerdo de voluntades entre el empresario y el agente, si se dan en la práctica los elementos de la esencia del contrato de agencia mercantil, la ley le reconoce tal entidad y aplica las mismas normas de la agencia mercantil a esa relación llamándola agencia comercial de hecho.

Contrato de comisión

Definición

Es una modalidad de mandato a través de la cual se encomienda a una persona, quien se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios en nombre propio; pero por cuenta ajena. Resalta su condición de modalidad especial de mandato y el hecho de solo encomendarse a un profesional del comercio llamado comisionista. En esta modalidad, este actúa a nombre propio pero por cuenta y riesgo de su

mandante, a quien se denomina comitente. En definitiva, se trata de un contrato de gestión de intereses de otro hecho por un experto.

Características

El contrato de comisión constituye un contrato en el que nacen obligaciones para ambos contratantes.

La ley no exige ninguna solemnidad para el perfeccionamiento del contrato e incluso ha permitido que el mero silencio del comisionista, en ciertas condiciones, equivalga a la aceptación. Así, se presume la aceptación de una comisión cuando se confiere a personas, que públicamente ostenten el carácter de comisionistas, por el solo hecho de que no la rehúsen dentro de los tres días siguientes a la fecha en que recibieron la propuesta respectiva.

Como es una especie de mandato comercial, se le aplican las mismas normas del contrato de mandato en cuanto a la remuneración, esto es, si las partes no acuerdan una remuneración, corresponde a la usual en el género de actividades que se encomiende o, en su defecto, aquella que se determine por medio de peritos.

Se puede celebrar este contrato para satisfacer un solo acto o para varias operaciones.

Objeto

El objeto de la comisión es que el comisionista actúe en su propio nombre, aunque por cuenta del comitente, en la ejecución de uno o varios negocios. Obsérvese que el verbo rector de este contrato, que es *ejecutar* e indica que el comisionista solo cumple su encargo cuando le transmite al comitente los resultados económicos y jurídicos de su gestión.

Partes

El *comitente* es quien confiere la comisión, quien le encarga a otro el desempeño de una operación comercial. Por su parte, el *comisionista* es quien desempeña la acción, la persona natural o jurídica que profesionalmente

ejerce actos de comercio por cuenta de otra, aunque obra a nombre propio. El comisionista no es más que un cooperador profesional al que se acude para la celebración de negocios que no se quieren o no se pueden concluir directamente.

Obligaciones de las partes

Obligaciones del comitente

Obligaciones de proveer los dineros. El comisionista no está obligado a cumplir el encargo de la comisión si el comitente no aporta los fondos requeridos para el cumplimiento del encargo. Sin embargo, las partes pueden pactar en contrario.

Pagar la remuneración. El comitente está obligado a pagarle la remuneración al comisionista por la actividad desplegada para realizar el encargo encomendado. Adicionalmente, debe pagarle los gastos en que haya incurrido.

Obligaciones del comisionista

El comisionista, una vez aceptada la comisión, debe cumplir el encargo personalmente, puesto que se trata de un encargo de confianza que se confiere en vista de las cualidades personales del comisionista. Para delegar la ejecución a un tercero, necesita contar con la autorización expresa del comisionista y debe también responder sobre la conservación de las cosas recibidas mientras las tenga en su poder. De esta responsabilidad se libera cuando la destrucción o menoscabo se deban a fuerza mayor o caso fortuito, al transcurso del tiempo o a vicios propios de la cosa. Está comprometido estrictamente a cumplir sus obligaciones de remitente, como por ejemplo, pagar el flete, poner la mercancía a disposición del transportador en el lugar y fecha convenidos, etcétera. Así mismo, debe rendir cuentas oportunas de su gestión, verificar en tiempo oportuno las cobranzas de los créditos o de tomar las medidas legales tendientes a obtener su efectividad judicialmente.

Por contraposición, tiene derecho a retener las mercancías o productos que haya consignado el comitente para respaldar el pago preferente a

los demás acreedores de este, pagándoles sus anticipos, intereses, costos y comisión en caso de que concurran estas circunstancias.

Por último, añadimos que si se trata de la comisión para intermediar en valores, la cual solo pueden ejecutar sociedades comisionistas de bolsa, de conformidad con las normas del mercado de valores, se requiere tener en cuenta las normas especiales que rigen para la protección de los inversionistas en ese mercado especializado[7].

Contrato de preposición

Definición

Es una forma de mandato cuyo objeto involucra administrar un establecimiento de comercio o una parte o rama de su actividad. En este caso, al mandatario se le llama factor. Por lo tanto, la preposición es una forma de mandato comercial porque consiste en la realización, por parte del factor, de actos de comercio, la administración de un establecimiento de comercio o de una parte de él.

Administrar quiere decir "regir, dirigir, ordenar, tener a su cargo una labor o actividad". En este punto, radica propiamente el objeto de la preposición porque lleva envuelta la facultad del factor para administrar el establecimiento de comercio. El administrador tiene a su cargo la dirección de su establecimiento de comercio con las facultades que le dé el preponente.

Características

El contrato hace nacer obligaciones para ambas partes. El preponente se obliga a pagar la remuneración al factor y este se compromete a administrar el establecimiento de comercio. Es suficiente el consentimiento de las partes sobre los elementos de la esencia para que se perfeccione el contrato. Sin embargo, para que sea oponible a terceros debe constar

[7] Véanse: L. 964/2005 y D. 2555/2010.

por escrito e inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del lugar donde se ubique el establecimiento de comercio.

El factor deberá manifestar, al momento de celebrar los contratos, su condición de ser representante del preponente para que los efectos del negocio entren directamente a su esfera patrimonial. Sin embargo, este principio general presenta las siguientes excepciones:

1. Cuando el acto o contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento administrado y sea notoria la calidad del factor de la persona que obra.
2. Cuando el resultado del negocio redunde en provecho del preponente, aunque no se reúnan las condiciones anteriores.

En estos casos, a pesar de que el factor no manifiesta su calidad de representante, las obligaciones y derechos derivados de dichos negocios radican en cabeza del preponente y no del factor.

Partes

Preponente. Es la persona, natural o jurídica, que encarga la administración del establecimiento de comercio. No es necesario que esta persona sea propietaria del establecimiento.

Factor. Constituye una persona natural o jurídica que, obrando en calidad de representante del preponente, realiza todos los actos jurídicos que demanda el giro ordinario de la administración del establecimiento de comercio a nombre de este.

Obligaciones de las partes

Factor. Además de las que se derivan del mandato, precisa cumplir con las siguientes obligaciones:

1. Cumplir con todas las normas fiscales y reglamentos administrativos que tengan que ver con el establecimiento que administra como: impuestos de industria y comercio.
2. Acatar los reglamentos de higiene o seguridad, etcétera.

3. Las multas y sanciones, en caso de incumplimiento, deben ser asumidas por el preponente, pero con la obligación del factor de indemnizarlo.
4. No está autorizado, a menos que se especifique lo contrario, a negociar por su cuenta o por medio de otra persona, en negocios similares a los desarrollados por el establecimiento que administra.
5. Debe llevar la contabilidad del establecimiento de comercio y cumplir con las exigencias legales que ello implica, so pena de indemnizar al preponente los perjuicios que surjan por el incumplimiento de tales obligaciones.

La principal obligación del *preponente* consiste en pagar la remuneración acordada al factor. Si no se dijo nada al respecto, se acuerda como la usual por ese tipo de actividad en el ramo pertinente y si no hay una usual, corresponde a la fijada por peritos.

Terminación

Como es una forma de mandato, termina por las mismas causales del mandato vistas anteriormente.

Contrato de fiducia mercantil

Definición

Los negocios fiduciarios son actos de confianza en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, que se llama fideicomitente, entrega unos bienes, transfiriendo o no la propiedad de estos, a una sociedad fiduciaria, denominada el fiduciario, para que cumpla una finalidad prevista en el contrato en favor del fideicomitente o de un tercero, a quien se nombra beneficiario.

Si el mecanismo jurídico empleado para la celebración del negocio fiduciario implica la transferencia de los bienes, estamos ante un contrato de fiducia mercantil y constituye un patrimonio autónomo. Sin embargo, si el mecanismo implica únicamente la entrega de los bienes, estamos frente a un contrato de encargo fiduciario.

Características

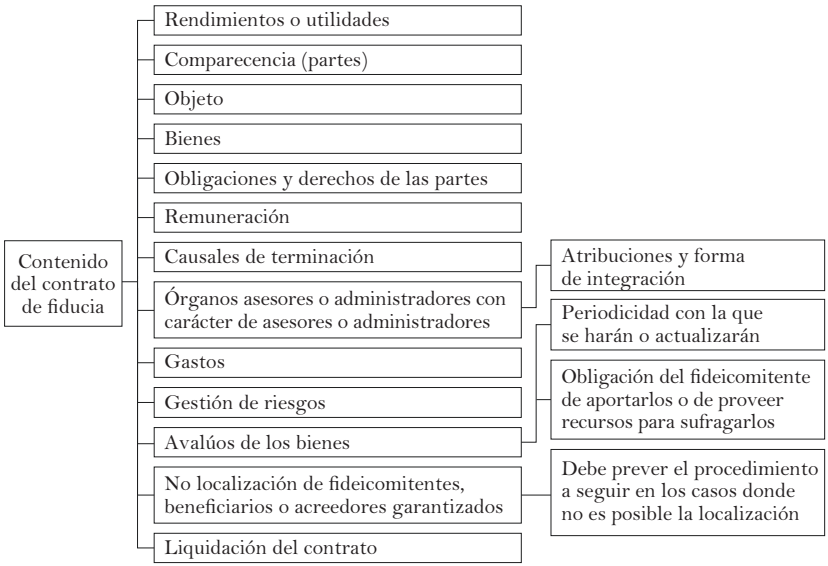
1. Los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requieren la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles. En consecuencia, tales contratos pueden constar en documentos privados y, si la propiedad del bien se halla sujeta a registro, el documento tiene que registrarse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fideicomitente.

   Los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía, que consten en documento privado, necesitan ser inscritos en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fideicomitente.

   Cuando, dentro de los bienes objeto del contrato de fiducia mercantil, existan inmuebles; este no se perfecciona hasta que no se haya otorgado la correspondiente escritura pública, que se efectúe la tradición mediante la entrega material y la inscripción de la escritura en la respectiva oficina de registro de Instrumentos Públicos del lugar donde se ubican los bienes.

   Caso. Usted es un fideicomitente que quiere constituir un contrato de fiducia con fines de garantía y quiere hacerlo con el flujo futuro de caja al que tiene derecho como arrendador en un contrato de arrendamiento de local comercial de su propiedad. ¿Qué debe hacer para constituir el contrato de fiducia?
2. La sociedad fiduciaria gestiona y cumple de forma profesional los encargos que le encomiendan sus clientes, del modo que estos o la ley le señalen.
3. Hay una separación absoluta entre los bienes que la sociedad fiduciaria administra, en virtud de los negocios encomendados, y los bienes de su propiedad.
4. Conforme a las normas que reglamentan el negocio fiduciario, las obligaciones que adquiere el fiduciario son de medio y no de resultado. Esto implica que las fiduciarias, como gestoras profesionales de negocios ajenos, deben poner a disposición todos los medios para el cumplimiento del negocio encomendado. Excepcionalmente también las sociedades fiduciarias pueden asumir obligaciones de resultado, bien sea por expresa autorización legal o por convenio entre las partes.

Figura 7. Contenido mínimo del contrato de fiducia



Fuente: elaboración propia.

Partes

Tabla 6. Partes del contrato de fiducia

Fideicomitente, fiduciante, constituyente	Es aquella persona natural o jurídica que entrega unos bienes, transfiriendo o no la propiedad de estos, para que la fiduciaria cumpla con una finalidad prevista en el contrato. El fideicomitente puede ser a la vez beneficiario del contrato.
Fiduciaria	Es una sociedad constituida como sociedad anónima, con permiso de funcionamiento otorgado por el Estado, que desarrolla como objeto exclusivo la actividad fiduciaria. Está sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia. En unos pocos casos, los bancos también pueden ser fiduciarios. Cabe advertir que, aunque no es un requisito de ley, la mayoría de las sociedades fiduciarias en Colombia son sociedades filiales de bancos. El fiduciario no puede ser simultáneamente fiduciario y beneficiario.
Beneficiario	Es quien recibe los beneficios del negocio fiduciario. Puede ser el mismo fideicomitente o una persona diferente o incluso una persona que no exista en el momento de la constitución de la fiducia, pero se espera que exista durante el término de vigencia de esta.

Fuente: elaboración propia.

Patrimonio autónomo

Cuando se realiza un contrato de fiducia mercantil y, por lo tanto, hay transferencia de bienes, se constituye un patrimonio autónomo, el cual es el titular de esos bienes. Ese patrimonio autónomo no es una persona jurídica, pero es receptor de derechos y obligaciones derivados de la ley o de los actos que se realicen en desarrollo del contrato fiduciario. La sociedad fiduciaria actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo y lleva la personería en las actuaciones procesales administrativas o judiciales.

Órganos asesores y administradores

Si existen juntas o cuerpos colegiados con carácter de asesores o administradores, deben señalarse sus atribuciones y forma de integración. La designación de sus integrantes tiene que hacerla el fideicomitente (sea adherente o no) o los beneficiarios del respectivo contrato, según se pacte, salvo que la designación corresponda al fiduciario en ejercicio de la gestión encomendada en el contrato, teniendo en cuenta y precisando la responsabilidad que se derive de tal hecho.

Deberes especiales asignados al fiduciario

1. *Deber de información*. De acuerdo con el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que forman parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden.
2. *Deber de asesoría*. Este es un deber que no tiene que confundirse con el de la información. Salvo que el contrato sea de inversión, solamente es obligatorio en la medida en que haya una obligación expresa pactada en el contrato. En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores en favor y en contra del negocio y que puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio. Para esto es necesario considerar la naturaleza y

condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.

3. *Deber de protección de los bienes fideicomitidos*. El fiduciario está obligado a proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato.
4. *Deber de lealtad y buena fe*. La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses por incurrir en situaciones de conflictos de interés.
5. *Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad*. En su actuar, las sociedades fiduciarias deben tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendentes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución.
6. *Deber de previsión*. La sociedad fiduciaria tiene que precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, debe prever los diferentes riesgos que puedan afectar el negocio.

Obligaciones indelegables del fiduciario

1. *Realizar diligentemente los actos necesarios para la consecución de la finalidad del contrato*. El fiduciario está obligado a realizar todos los actos necesarios para que se cumpla la voluntad del fiduciante, poniendo los medios que hagan falta para que su administración sea acorde con las instrucciones que se impartieron, por ejemplo, invirtiendo los bienes fideicomitidos con las instrucciones y los requisitos previstos en el acto constitutivo para procurar el mayor rendimiento de los bienes. Si no actúa de esta manera, debe responder con su patrimonio por los perjuicios que ocasione.
2. *Llevar la vocería judicial y extrajudicial de los bienes*. El fiduciario está en la obligación de ejercer todos los actos tendientes

a proteger los bienes y a realizar el objeto del negocio fiduciario. Por lo tanto, si se requiere, tiene que iniciar las acciones judiciales para conservarlos en su integridad jurídica y, en consecuencia, nombrar apoderados judiciales o extrajudiciales.

3. *Rendir cuentas de su gestión*. El fiduciario se obliga indelegablemente a presentar, al beneficiario o al acreedor garantizado y al fideicomitente (sin perjuicio de que contractualmente puedan ampliarse los destinatarios), un informe detallado de la gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, justificando, argumentando y demostrando el cumplimiento de la labor encomendada en el acto constitutivo o en la ley. Por ende, la rendición de cuentas debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo o contable actual del negocio y la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de su labor, señalando las medidas correctivas adoptadas cuando sea el caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen de los soportes que documenten la información presentada.
4. Transferir los bienes a la persona a quien corresponda según el acto constitutivo una vez terminado el negocio.

Obligaciones del fiduciante o fideicomitente

1. *Suministrar información*. Se refiere a aquella que sea requerida por la sociedad fiduciaria en cumplimiento de las políticas de conocimiento del cliente y de las normas sobre el control del lavado de activos en todo tipo de actividades.
2. *Pagar*. El fideicomitente se obliga a pagar la remuneración de la sociedad fiduciaria prevista en el contrato. En algunos pocos casos, especialmente en la fiducia de inversión, la Superintendencia Financiera establece las tarifas que se pueden cobrar.
3. *Saneamiento*. Cubrir el saneamiento por los vicios que presenten los bienes transferidos.
4. *Pagar los costos y gastos del fideicomiso*. Esto debe hacerlo aun cuando se haya previsto pagarlos con los frutos que generen los bienes fideicomitidos, en el evento en que estos no sean suficientes,

pues a la fiduciaria le está prohibido asumir gastos de los fideicomisos que administra con recursos propios.

Derechos del fiduciante

Se consideran derechos del fiduciante aquellos que se hayan reservado en el acto de constitución del negocio fiduciario. Por ejemplo, es frecuente que, en garantía, el fideicomitente conserve la tenencia del bien en los contratos de fiducia.

1. *Revocar el fideicomiso*. Al fiduciante se le concede la facultad de revocar en cualquier momento la fiducia, cuando así se haya previsto en el contrato. Si no se dijo nada al respecto, debe entenderse que el negocio es irrevocable. La revocación, obviamente, termina la fiducia.
2. *Remoción del fiduciario*. El fideicomitente puede pedir la remoción del fiduciario cuando a ello haya lugar. Se establece que a solicitud de la parte interesada, el fiduciario tiene la opción de ser removido de su cargo cuando se presente alguna de estas causales:
   a. Si tiene intereses incompatibles con los del beneficiario.
   b. Por incapacidad o inhabilidad.
   c. Si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuido de sus funciones, de tal modo que se dude del buen resultado de su gestión.
   d. Cuando no acceda a verificar el inventario de los bienes objeto de la fiduciaria, dar caución o tomar las medidas de carácter conservatorio que imponga el juez.

   El fideicomitente puede pedir esta remoción ante el juez del domicilio del fiduciario o ante la Superintendencia Financiera. Debido a la remoción, el fideicomitente queda facultado a nombrar al fiduciario sustituto.
3. *Que se le transfieran los bienes a la terminación del contrato de fiducia*. Puede suceder también que, en el contrato de fiducia, se establezca que a la terminación del contrato los bienes se restituirán a un tercero diferente del fideicomitente, como al beneficiario.
4. *Rendición de cuentas*. La fiduciaria le debe rendir cuentas por lo menos cada seis meses durante la vigencia del contrato.

Derechos del beneficiario

1. Exigirle al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.
2. Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario haya tenido noticia del acto que da origen a la acción.
3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada en contra los bienes dados en fiducia, en caso de que el fiduciario no lo hiciera.
4. Pedirle al superintendente financiero, por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino.

Terminación de la fiducia

Las causales para la terminación de un contrato de fiducia son las siguientes:

1. Por haberse realizado plenamente sus fines.
2. Por la imposibilidad de realizar los fines para los cuales se constituyó el negocio fiduciario.
3. Por expiración del plazo fijado para el contrato (anteriormente no se podía pactar a término superior a veinte años, pero esta norma fue derogada).
4. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual se encuentra sometido el negocio.
5. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario cuando tal hecho se haya señalado en el acto constitutivo como causal de extinción.
6. Por la disolución de la entidad fiduciaria. En esta causal, se incluye cuando hay sustitución en caso de renuncia o destitución del fiduciario.
7. Por acción de los acreedores del fideicomitente anteriores al negocio fiduciario.
8. Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario.
9. Por revocación cuando el fideicomitente se ha reservado tal facultad.

Principales productos y negocios fiduciarios

Tabla 7. Principales productos o negocios fiduciarios

Inversión	• Con destinación específica. • Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión. • Carteras colectivas de inversión.
Administración	• De administración y pagos. • De administración de procesos de titularización. • Administración de cartera. • Administración de procesos concursales.
Inmobiliaria	• De administración y pagos. • De tesorería. • De preventas.
Garantía	• Fiducia en garantía propiamente dicha. • Fiducia en garantía y fuente de pagos.

Fuente: elaboración propia.

1. *Fiducia de inversión*. Es el negocio fiduciario en el cual se consagra como finalidad principal invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones establecidas por el fideicomitente en el respectivo contrato.

   La Superintendencia Financiera de Colombia ha prohibido a las sociedades fiduciarias delegar la administración de los recursos, sin perjuicio de que subcontraten, en los casos en que se requiera, un tercero para cumplir con sus obligaciones.

   a. *Fideicomisos de inversión con destinación específica*. Corresponde al negocio fiduciario en el cual se consagra como finalidad principal la inversión o colocación, a cualquier título, de sumas de dinero conforme a las instrucciones impartidas por el constituyente. La Superintendencia Financiera incluye en este tipo de negocios los fondos de inversión extranjera. En esta fiducia, la destinación de los recursos fideicomitidos la define únicamente el fideicomitente y no la sociedad fiduciaria, por lo cual tal destinación no puede estar preimpresa en los modelos de contrato.

b. *Administración de inversiones de fondos mutuos de inversión*. Es el negocio fiduciario celebrado con los fondos mutuos de inversión para la administración fiduciaria de sus inversiones.
c. *Carteras colectivas de inversión*. Toda cartera colectiva requiere aprobación previa de la Superintendencia Financiera de Colombia. Sus activos constituyen un patrimonio independiente y separado de los activos propios de la sociedad administradora y de los que esta administra en virtud de otros negocios. Además, cada cartera colectiva cuenta con un reglamento de administración en el cual se incluyen los aspectos generales y particulares de la respectiva cartera, tales como su identificación, políticas de inversión, activos aceptables para invertir, límites por tipo de activo u operaciones, liquidez, etcétera. Las carteras colectivas deben contar con un gerente y un comité de inversión.
    - *Pueden ser abiertas*: los inversionistas tienen la opción de redimir sus participaciones en cualquier momento, sin perjuicio de que en el reglamento se establezca un pacto de permanencia mínima para la redención, con el cobro de una penalidad por redención anticipada, la cual será un ingreso para la cartera colectiva.
    - *Pueden ser cerradas*: en ellas la redención de la totalidad de las participaciones solo puede realizarse al final del plazo previsto para la duración de la cartera colectiva, tales como los denominados fondos de capital privado.
    - *Pueden ser escalonadas*: cuando la redención de las participaciones solo se puede realizar una vez transcurridos los plazos que, para el efecto, se hayan determinado previamente en el reglamento. El plazo mínimo de redención de las participaciones en una cartera colectiva escalonada no puede ser inferior a treinta días comunes.

2. *Fiducia de administración*. Es el negocio fiduciario en cuya virtud se entregan bienes a una sociedad fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente. Los bienes fideicomitidos junto con sus respectivos rendimientos, si los hay, se destinan al cumplimiento de la finalidad señalada. Puede tener varias modalidades:

a. *Administración y pagos*. Es el negocio fiduciario que tiene por finalidad la administración de sumas de dinero u otros bienes que junto con sus rendimientos, si los hay, pueden destinarse al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que el Fideicomitente señale.
b. *Administración de procesos de titularización*. Su objeto consiste en emitir o administrar valores emanados de un proceso de titularización de activos y bienes. Con este negocio, se pretenden crear mecanismos para respaldar la rentabilidad y el pago total de los títulos emitidos, contando la sociedad fiduciaria con la potestad de utilizar los activos que conforman el patrimonio autónomo, para realizar las gestiones pertinentes al pago oportuno de las obligaciones de la titularización.
c. *Administración de cartera*. Su finalidad principal radica en administrar carteras productivas e improductivas de entidades financieras o del sector real.
d. *Administración de procesos concursales*. Se genera en virtud de la designación efectuada a una sociedad fiduciaria como agente liquidador o promotor de un proceso concursal y su objetivo persigue administrar los recursos ligados a su finalidad.

3. *Fiducia inmobiliaria*. Su propósito es administrar recursos y bienes sujetos a un proyecto inmobiliario o de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de ese proyecto de conformidad con las instrucciones señaladas en el contrato. Puede presentar varias modalidades.
   a. *De administración y pagos*. Consiste en la transferencia de un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la posible transferencia de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato. En desarrollo de este negocio, la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.
   b. *De tesorería*. El propósito principal de esta apunta a encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de

los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.

c. *De preventas*. Es el negocio fiduciario que le implica a la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.

4. *Fiducia en garantía*. Se constituye cuando una persona le entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos con el objetivo de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros. Puede presentar las siguientes modalidades:
   a. *Fiducia en garantía propiamente dicha*. Consiste en la transferencia irrevocable de la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, en favor de uno o varios acreedores. La garantía se realiza de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato, mediante la venta o remate de los bienes fideicomitidos para que, con su producto o mediante dación en pago, se cancele el valor de la obligación garantizada.
   b. *Fiducia en garantía y fuente de pagos*. Es el negocio fiduciario que consiste en la transferencia o entrega irrevocable a una sociedad fiduciaria de un flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos en favor del fideicomitente, cuya destinación es garantizar el cumplimiento de una obligación y a atender su deuda.

Efectos de los procesos de insolvencia sobre el contrato de fiducia en garantía. Los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios reciben un tratamiento diferente, según se trate de un proceso de reorganización empresarial o de una liquidación judicial. En el primer caso, los contratos siguen vigentes, pero no se pueden ejecutar sin autorización del juez del concordato. En el segundo caso, los contratos de fiducia

mercantil y de encargo fiduciario terminan, los bienes se restituyen al patrimonio por liquidar y los acreedores del fideicomiso se tratan como acreedores prendarios o hipotecarios, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos, si son muebles o inmuebles.

Acreedores anteriores a la constitución de una fiducia

¿Qué pueden hacer con respecto a los bienes transferidos en virtud de un contrato de fiducia mercantil aquellos acreedores del fideicomitente anteriores a la constitución del contrato de fiducia? El principio legal indica que los bienes objeto del negocio fiduciario no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución de ese negocio. Los acreedores del beneficiario solamente pueden perseguir los rendimientos que reporten esos bienes.

Los requisitos para que los acreedores del fideicomitente puedan perseguir los bienes fideicomitidos son:

1. Que sea un acreedor anterior a la constitución del fideicomiso.
2. Que la obligación sea exigible.
3. Que el acreedor demuestre que con la constitución del fideicomiso se agravó el estado de insolvencia de su deudor.

Perseguir significa que los acreedores del fideicomitente anteriores a la constitución del negocio fiduciario pueden iniciar un proceso mediante una acción judicial tendiente a terminar el contrato de fiducia. Una vez terminado el contrato, pueden proceder al embargo de los bienes en un nuevo proceso judicial conforme al título en que conste su obligación.

Contrato de cuentas en participación

Definición

El contrato de cuentas en participación es uno mediante el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar

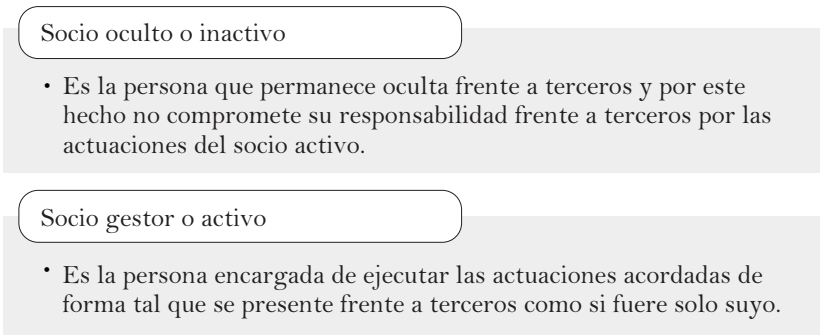
uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Características

Por medio de este contrato no se constituye una persona jurídica diferente de los contratantes y, por lo tanto carece de nombre, domicilio, patrimonio, etcétera. La participación es un contrato que exige la calidad de comerciante en las partes que intervienen. Este contrato no está sujeto a formalidades. Existe distribución de utilidades y pérdidas del resultado de la actividad. Puede celebrarse para la ejecución de una sola operación mercantil o de varias. En la participación existen partícipes inactivos y un partícipe activo o gestor, el cual se reputa como único dueño del negocio y, por lo tanto, responde de forma personal e ilimitada frente a terceros. Los partícipes inactivos responden hasta el monto de su aporte, salvo que revelen o autoricen el conocimiento de su calidad de partícipes, evento en el cual tienen la responsabilidad de responder ante terceros como el gestor desde el momento en que haya desaparecido el carácter oculto de su participación.

Partes

Figura 8. Participantes



Fuente: elaboración propia.

Obligaciones del partícipe activo o gestor y del partícipe oculto

Obligaciones del partícipe activo o gestor

Son obligaciones del partícipe activo o gestor:

1. Comenzar la explotación de la operación objeto del contrato.
2. Emplear la diligencia y el cuidado para el buen desempeño de la gestión.
3. Llevar los libros de contabilidad, por ser este el único medio de información del desarrollo y cumplimiento de la actividad, con valor probatorio, para esclarecer si la actividad se desarrolló conforme a lo convenido.

Obligaciones del partícipe oculto

Es responsabilidad estricta del partícipe oculto contribuir con los aportes en dinero o en especie en la época y forma estipuladas en el contrato.

Causales de terminación

El contrato de cuentas en participación se entiende terminado por la realización de la actividad encomendada. También se extingue por haber transcurrido el tiempo determinado en el contrato, salvo que medie un acuerdo de prórroga o finalmente, también se agota por la muerte del partícipe activo, si el contrato es celebrado en razón a las cualidades personales de este.

Contrato de *joint venture*

El intercambio de bienes y servicios entre empresas se apoya en una variada gama de modalidades contractuales con régimen jurídico diverso. En un sentido muy amplio, todas las figuras contractuales les servirían a las empresas para regular las interacciones entre ellas. No obstante,

mientras que algunas de estas formas de colaboración alteran la estructura de la sociedad, como la fusión o la escisión; otras, como los *joint venture* (riesgo compartido) logran una estrecha y eficaz colaboración empresarial, sin que sea necesario cambiar la estructura interna de las personas que forman parte de estas modalidades de colaboración empresarial.

Definición y función económica

Conforma una asociación parcial o temporal de dos o más partes, que pueden ser personas jurídicas o naturales, por lo general empresas o sociedades. Cada partícipe en ella conserva su independencia. Su finalidad apunta a realizar una o más actividades económicas (una obra de ingeniería o la prestación de un servicio en general). Ordinariamente se trata de un proyecto económico de gran envergadura que distribuye riesgos entre sus integrantes, sin establecer un nuevo sujeto de propiedad conjunta. Con este propósito, los partícipes deciden unir sus esfuerzos personales o económicos —por lo general, consisten en aportes de capital, conocimiento, capacidad técnica, capacidad científica, trabajo o cualquier otro tipo de bienes— con objeto de realizar la finalidad propuesta.

Los *joint venture* en Colombia

En el país, se utilizan dos figuras de *joint venture*, a saber: los consorcios y las uniones temporales. Las normas sobre la contratación estatal las definen así:

Consorcio. Se configura cuando dos o más personas de forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato afectan a todos los miembros que lo conforman.

Unión temporal. Se conforma cuando dos o más personas de forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento global de la propuesta y del objeto contratado, pero las

sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se imponen de acuerdo con la participación de los miembros de la unión temporal en la ejecución.

Elementos esenciales del contrato

Es un contrato consensual. Comúnmente es un negocio con una finalidad única, pero se podría constituir para varias actividades. En cuanto a la duración, muchas entidades en Colombia exigen en sus pliegos de condiciones que esta sea igual a la de realización de la obra encomendada y un año más, aplicando extensivamente las normas de la contratación estatal. Media un derecho de control mutuo y el derecho de opinar en la administración. Se cuenta con aportes conjuntos y una comunidad de intereses en dichos bienes. En algunos casos, no hay propiamente aportes en dinero, trabajo o bienes con la finalidad de construir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo organismo jurídico distinto de ellos, sino que la colaboración es más en personal: estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, tecnología, *know how*, maquinaria y equipos. Responde a la expectativa de derivar un lucro.

La ley fundamental de estas categorías de contratos es el mismo contrato con fundamento en principios tan importantes como los de la autonomía de la voluntad privada, la libertad de comercio y la libre asociación.

Es posible y muy recomendable para las partes que se suscriba entre ellas un documento inicial, que puede ser una carta de intención o un verdadero contrato preparatorio que rija los derechos y obligaciones de las partes en esta primera fase de su desarrollo.

Derechos y obligaciones

Entre los miembros, se establecen relaciones de mutua confianza y de buena fe. Mientras la organización se encuentre vigente, no pueden realizar por ellos mismos aquellas actividades y actos propios del *joint venture*.

En los *joint venture*, como la asociación, se supone un alto grado de cooperación entre las personas participantes y, a veces, una combinación

de sus estructuras. Deben existir ciertos mecanismos destinados a asegurar que las decisiones de los participantes se ajusten a ese objeto común del cual se derivan los beneficios de las partes. Puede tener entonces una estructura centralizada o descentralizada para tomar decisiones.

Una de las cláusulas comunes en estos contratos es la de confidencialidad, pues los participantes en estas clases de negocios se despojan de sus secretos industriales y, en otros casos, del *know how*.

Es importante también esta figura para la distribución de los riesgos entre las partes. Los *joint ventures* tienen un número de riesgos identificables. Algunos están razonablemente bajo el control de uno o más de los participantes y los que no estén bajo este control pueden ser asegurables.

Contrato de prenda

Definición

Es un contrato de garantía y, adicionalmente, una garantía real. Constituye un contrato de garantía accesoria e indivisible que se constituye sobre una cosa mueble entregada al acreedor para la seguridad de su crédito. La prenda comercial puede ser con tenencia o sin tenencia del acreedor.

El principal derecho, que le confiere la prenda al acreedor, es el de solicitar, en caso de incumplimiento de la obligación, que se venda el bien objeto del gravamen prendario en pública subasta mediante un proceso judicial y que, con el producto de la venta, se le pague el valor de la obligación garantizada conforme al orden legal (los acreedores prendarios están en segundo orden de pagos) o, que a falta de postura admisible dentro del proceso judicial, se le adjudique al acreedor hasta la cuantía de su crédito con el avalúo previo de peritos del bien objeto del gravamen prendario.

Características de la prenda

Es indivisible. Significa, como en la hipoteca, que el deudor no puede reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte mientras no haya pagado la totalidad de la obligación garantizada. No obstante, las partes

podrían pactar en el contrato que, en la medida en que el deudor vaya pagando la obligación principal, el acreedor vaya liberando del contrato de prenda algunos bienes.

Es accesoria. Esto supone siempre la existencia de una obligación principal a la que accede. Sin embargo, se ha entendido que, como en la hipoteca, también se puede constituir una prenda para garantizar obligaciones futuras, cosa que está expresamente autorizada para la prenda sin tenencia en materia comercial.

Partes

Constituyente. Es la persona que constituye el gravamen en favor del acreedor prendario. Puede ser el mismo deudor de la obligación principal o un tercero.

Acreedor prendario. Es en favor de quien se constituye la prenda y quien puede ejercer los derechos derivados de ella en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Bienes sobre los que se constituye la prenda

Su objeto siempre son bienes muebles, ya sean: vehículos, maquinaria, equipos, créditos (cambiarios como los títulos valores o no cambiarios y, en este caso, la constitución de la prenda requiere la entrega del título al acreedor y la notificación al deudor del crédito, que le prohíbe que lo pague a una persona distinta del acreedor prendario), acciones (salvo pacto en contrario, la prenda de acciones no le confiere al acreedor prendario los derechos inherentes a la calidad de accionista; en virtud de la prenda se le puede conferir el derecho de voto al acreedor prendario; se le puede conceder también el derecho a recibir los dividendos de la acción que entrarían a acrecer la prenda, esto es, a aumentar el valor de los bienes dados en prenda), partes y cuotas de interés social, obras intelectuales como las marcas, animales, cultivos y, en general, otros bienes muebles diferentes del dinero.

También se pueden dar en prenda los establecimientos de comercio con tenencia del acreedor o sin ella. A falta de estipulación, se entiende que todos los bienes del establecimiento de comercio quedan afectos a

la prenda, salvo los activos circulantes (mercancías, materias primas, productos terminados, etc.) de los que expresamente hay que hacer mención si se quiere que queden incluidos en el gravamen prendario, esto se conoce como *prenda rotatoria*. Cuando la prenda de establecimiento de comercio comprende también el activo circulante, el deudor mantiene la facultad de disposición sobre esos activos y, cuando los vende, quien los compra lo hace sin el gravamen prendario. En la medida en que esos activos roten en el inventario del deudor, los activos circulantes que ingresen reemplazan en la prenda a aquellos que haya dispuesto el deudor.

Prenda civil y comercial

La prenda será civil o comercial dependiendo de si la obligación, que se está garantizando con la prenda, tiene la calidad de civil o comercial. Cuando tiene carácter civil, la prenda es un contrato real que se perfecciona con la entrega del bien de parte del constituyente al acreedor. Cuando la prenda tiene carácter comercial, tanto con tenencia del acreedor como sin ella configura contratos que se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes en los elementos de la esencia del contrato, pero el derecho real de prenda solo nace con tenencia del acreedor a partir de la entrega y en la prenda sin tenencia, a partir del registro del contrato de prenda en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del lugar donde estén los bienes.

Cuando la prenda es con tenencia del acreedor, este se obliga a guardar y conservar el bien objeto, sin que esté autorizado para usarla sin permiso del constituyente y a restituirla al cumplimiento de la obligación garantizada.

Derechos del acreedor prendario

Al acreedor se le otorgan los derechos de persecución y de preferencia. En virtud del primero, y en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, puede iniciar la acción tendiente a la venta del bien gravado con prenda en contra del titular del derecho de dominio, cualquiera que sea, lo cual necesariamente debe realizarse mediante trámite judicial,

ya que el acreedor prendario nunca podrá convertirse en titular del bien dado en prenda sin este proceso. Con respecto al derecho de preferencia, tiene derecho a que se le prefiera como acreedor con un privilegio de segundo grado.

En la prenda con tenencia, el acreedor tiene el derecho de retener la cosa objeto de la prenda aun después que se le pague la obligación principal cuando no se le han reconocido los gastos que le ha generado el mantenimiento de la prenda.

Delito

Hay un delito que consiste en que el deudor que, con perjuicio del acreedor, abandone, oculte, transforme, enajene o por cualquier otro medio disponga de bien gravado con prenda, y cuya tenencia conserve; es susceptible de ser llevado a prisión de uno a cuatro años y obligarse a pagar una multa de diez a cien salarios mínimos legales vigentes.

Peculiaridades del contrato

Se puede dar en prenda un bien para garantizar una obligación ajena. En este caso, el acreedor no podría perseguir otros bienes del constituyente de la prenda diferentes del gravado, a no ser que fuera a la vez fiador de la obligación principal.

1. ¿Se puede dar en prenda un bien ajeno? Sí, tanto en la prenda civil como en la comercial.
2. ¿Se puede dar en prenda una cosa embargada? No, porque la prenda se ha entendido como un contrato principio de enajenación y, si la cosa está embargada, en caso de incumplimiento, el acreedor no podría solicitar su venta en subasta pública.
3. ¿Puede el constituyente vender el bien gravado con prenda? La respuesta es sí. En el derecho civil, el comprador tiene derecho a solicitarle al acreedor la entrega del bien, pagando o consignando el importe por la cual se constituyó el gravamen prendario. En materia de la prenda comercial, los bienes dados en prenda podrán ser enajenados por el deudor, pero solo se verifica la tradición de

ellos al comprador, cuando el acreedor prendario lo autorice o esté cubierto en su totalidad el crédito.

A partir de la entrada en vigor de la ley de garantías mobiliarias[8], se derogó la prohibición del pacto comisorio, esto es, la posibilidad de que el acreedor se convierta en propietario del bien dado en prenda ante el incumplimiento de la obligación garantizada, por un trámite distinto del previsto en la ley, iniciando un proceso judicial con el propósito de vender el bien en pública subasta.

Algunas peculiaridades de la prenda sin tenencia del acreedor

El principio general es que la cosa que cumple o tiene una función económica es más productiva en poder del deudor. Por eso, los bienes objeto de prenda sin tenencia del acreedor son toda clase de bienes muebles necesarios para una explotación económica o los establecimientos de comercio, e incluso las cosas muebles singularizables e identificables que se vendan y sobre las cuales no se pague la totalidad del precio.

Esta prenda se puede constituir por medio de un documento privado, pero solo produce efectos relativos a terceros desde el día de su inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del lugar donde permanecen los bienes. La prenda sin tenencia del acreedor se puede constituir para garantizar obligaciones futuras por una cuantía y un plazo determinados en el contrato. Contrario a lo que sucede en la prenda con tenencia, en esta se admite que la misma cosa soporte varios gravámenes prendarios y el grado de la prenda se determinará por la fecha de su inscripción en el registro mercantil.

En la prenda sin tenencia hay unas obligaciones especiales para el constituyente del gravamen prendario, a saber: la garantía de conservación, responder hasta por culpa leve y, en caso de pérdida, se presume que fue su culpa; no cambiar sin autorización el lugar de localización de los bienes; permitir la inspección de los bienes por el acreedor. En caso

[8] L. 1676/2013.

de incumplimiento de esas obligaciones, el acreedor podrá pedir la entrega inmediata de la prenda o el pago de la obligación principal, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes.

La acción que resulta de esta prenda caduca en dos años, contados a partir del vencimiento de la obligación garantizada con ella.

Contrato de garantías mobiliarias

El gobierno nacional quiso con este nuevo tipo contractual:

1. Aumentar el acceso al crédito, por tanto estamos frente a una norma que facilita la inclusión financiera.
2. Suplir las deficiencias del contrato de prenda, modernizando las normas (las normas sobre el contrato de prenda que tenían más de 40 años de vigencia), pero sobre todo, simplificándolo; unificando el régimen de garantías sobre bienes muebles. Amplió el universo de bienes que se pueden utilizar; y el de las obligaciones que se pueden garantizar.

Definición

Un contrato de garantía mobiliaria consiste en cualquier operación (negocio jurídico), cuyo efecto sea servir de garantía y opere sobre bienes muebles del garante. Incluye, entre otros, aquellos contratos o cláusulas utilizados para garantizar operaciones sobre bienes muebles, la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías sobre cuentas por cobrar, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la expedición de la ley de garantías mobiliarias.

Se trata de un contrato solemne y principal celebrado entre el constituyente de la garantía, y el acreedor garantizado, que tiene como objeto uno o más bienes muebles del constituyente, cuya tenencia se puede transferir o no al acreedor para la seguridad de una obligación a cargo del constituyente o de un tercero. Con estos, un acreedor satisface su crédito directamente o, a través de la venta, busca que se le pague hasta la concurrencia del crédito garantizado.

Salvo muy pocas excepciones, la ley la aplica a cualquier mecanismo que tenga como objeto dar una garantía sobre un bien mueble, independientemente de su denominación. De todas formas, hay pocas garantías sobre bienes muebles que no estén reguladas por la ley: los equipos móviles, los equipos aeronáuticos y equipos de alto valor[9]. Adopta un convenio internacional sobre garantías internacionales de equipos móviles; valores e instrumentos financieros[10] y la garantía sobre títulos valores la cual continúa rigiéndose por lo dispuesto en el Código de Comercio.

Cabe advertir que las garantías mobiliarias pueden constituirse por contrato o por ministerio de la ley, como en el caso del derecho de retención o las garantías judiciales o fiscales.

Elementos de la esencia del contrato

Figura 9. Elementos

- Que conste por escrito.
- Identificación de las partes.
- Monto máximo de la garantía.
- Descripción, por lo menos genérica, de los bienes (lo importante es que la garantía tenga un valor patrimonial).
- Corporales, incorporales, derechos derivados de la propiedad intelectual. Derecho a reclamar el cumplimiento de un contrato, pago de depósitos de dinero, acciones, cuotas, partes de interés.
- Sobre inmuebles por destinación, contempla: bienes muebles que se encuentran destinados permanentemente al servicio de algo (por ejemplo: un tractor).
- Descripción de las obligaciones garantizadas (presentes, futuras, determinadas, indeterminadas).

Fuente: elaboración propia.

[9] L. 967/2005.

[10] L. 964/2005.

Partes

Tabla 8. Partes del contrato de garantía mobiliaria.

Garante	Acreedor
• Persona natural o jurídica, patrimonio autónomo o entidad gubernamental, sea deudor o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria. • Propietario de los bienes. Si son bienes futuros, el contrato queda sujeto a una condición: la adquisición del bien o la facultad de gravarlo. • Salvo pacto en contrario, cuando la garantía mobiliaria es sin tenencia del acreedor, el garante tiene el derecho de usar, transformar, vender, constituir otra garantía en el giro ordinario de sus negocios (son las transacciones que habitualmente realiza una persona y que le generan ingresos operacionales, por ejemplo, la venta de un vehículo está dentro del giro ordinario de un concesionario). • A la terminación del contrato, el garante tiene derecho a la devolución de los bienes, la cancelación del registro, del control de las cuentas o la notificación al deudor cedido. • El acreedor garantizado puede autorizar la venta por fuera del giro ordinario de los negocios.	• Es la persona natural o jurídica, patrimonio autónomo o entidad gubernamental en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria con o sin tenencia. • Se pueden garantizar obligaciones presentes, futuras, determinadas, indeterminadas, propias o ajenas. • Se pueden garantizar obligaciones por concepto de capital, intereses, comisiones, daños, gastos de guarda, ejecución, etc. • Cuando la garantía es sin tenencia, en el evento que el garante venda los bienes, surge un derecho para el acreedor garantizado de escoger entre: la subrogación del bien en garantía por el precio, la subrogación del bien dado en garantía por otros bienes o perseguir el bien en cabeza del tercero.

Fuente: elaboración propia.

Bienes

Lo importante es que el objeto material de la garantía tenga un valor patrimonial atribuido por las partes.

1. Muebles (corporales, incorporales, derechos).
2. Derechos derivados de la propiedad intelectual.
3. Derechos al pago de depósitos de dinero.
4. Acciones, cuotas, partes de interés.
5. Derecho a reclamar el cumplimiento de un contrato.
6. Bienes inmuebles por destinación o por adhesión (si están hipotecados no se requiere el consentimiento del acreedor hipotecario).
7. Bienes derivados o atribuibles.

Oponibilidad

La importancia de la oponibilidad consiste en que la manera de establecer la prelación de una acreencia sobre el bien afectado al momento de su ejecución. Son causales de oponibilidad:

1. La inscripción en el Registro Único de Garantía Mobiliarias. Este es un nuevo sistema de registro creado por la Ley de Garantía Mobiliaria[11], el cual es llevado por Confecámaras (Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio) y tiene las siguientes características:
   a. Es público, motivo por el cual puede ser verificado por cualquier persona.
   b. Tiene carácter nacional, es centralizado.
   c. Funciona por Internet.
   d. Cuenta con diferentes formularios de inscripción: el inicial, para las prórrogas, cancelación, transferencia, ejecución.
   e. Se puede revisar por el número de identificación del garante. Es un registro organizado personal y cronológico para cada garante a diferencia de otros registros que se hacen para cada bien, como el RUNT, o el de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.
   f. Cualquiera de las partes puede solicitar el registro de una garantía.
   g. No se puede hacer el registro sin el consentimiento del garante.

[11] L. 1676/2013.

h. Si el bien tiene un registro especial, como en el caso de los carros, se requiere un doble registro.
i. Tiene una vigencia temporal según lo establecido por las partes en el contrato. Supletivamente tiene una vigencia de cinco años prorrogables sucesivamente por tres años.

2. Si hay varias garantías mobiliarias inscritas sobre un mismo bien, prima la primera que se inscribió.
3. Por la entrega de la tenencia del bien al acreedor garantizado.
4. Por el control de las cuentas bancarias. Cuando el objeto de la garantía son saldos de cuentas bancarias, para que haya contrato de garantía y oponibilidad, el acreedor debe tener el control de las cuentas. En este caso, es posible la celebración de un contrato de control entre el acreedor y la entidad financiera.

Tabla 9. Prelaciones

Situación	Prelación
Cuando hay más de una garantía sin tenencia.	• Según el orden de inscripción en el registro. • Si una de las garantías no está registrada, la garantía la tendrá la que sí está registrada. • Si ninguna está registrada, la preferencia la tiene el contrato que se haya celebrado primero.
Más de una garantía con tenencia o control.	• La tenencia o el control más antiguo.
Cuando hay más de una garantía sobre el mismo bien, pero se trata de diferentes tipos de garantías, por ejemplo: una garantía con tenencia y otra sin tenencia.	• Cualquiera de los eventos que haya ocurrido antes.
Garantía prioritaria de adquisición.	• Es una garantía sobre un bien que fue adquirido utilizando financiación del acreedor. Esta tiene una prelación especial incluso sobre garantías ya registradas sobre el mismo bien.

Fuente: elaboración propia.

Mecanismos de realización de la garantía mobiliaria

Tabla 10. Mecanismos de realización

Pago directo	El acreedor garantizado puede satisfacer directamente la deuda con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo cuando así se haya pactado de mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea el tenedor de los bienes dados en garantía. Si el valor del bien supera el de la obligación garantizada el acreedor debe entregar el saldo correspondiente (después de deducir los gastos y costos) a otros acreedores inscritos en el Registro Único de Garantía Mobiliaria o al propietario del bien. Para esto, se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda. El bien se recibe por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades.
Ejecución especial	Ante los Notarios o las Cámaras de Comercio. Se requiere: a. Mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante que conste en el contrato o en sus modificaciones. Ese acuerdo puede contener un mecanismo especial para llevar a cabo la venta o apropiación del acreedor del bien dado en garantía. b. Cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien. c. Cuando el acreedor tenga derecho legal de retención del bien. d. Cuando el bien tenga un valor inferior a veinte salarios mínimos legales vigentes. e. Cuando el bien sea perecedero. f. Cuando se cumpla un plazo o una condición resolutoria de una obligación, siempre que expresamente se haya previsto la posibilidad de la ejecución especial.
Ejecución judicial	Conforme a lo dispuesto por el Código General del Proceso, artículos 467 y 468[12].

Fuente: elaboración propia.

[12] L. 1564/2012.

Contrato de hipoteca

Definición

Es un contrato mediante el cual una persona vincula un bien inmueble de su propiedad al pago de una obligación propia o ajena. También, como sucede con la prenda, es a la vez un contrato y derecho real de hipoteca. Como derecho real, se puede definir como una garantía real que, sin llevar consigo la desposesión actual del propietario, le permite al acreedor de la obligación garantizar la solicitud del comienzo de un proceso judicial para la venta del bien en pública subasta y que se le pague la obligación garantizada con dicho gravamen.

Diferencias con la prenda

Mientras que la hipoteca recae sobre bienes inmuebles, la prenda lo hace sobre muebles. La hipoteca no implica el desplazamiento de la cosa hipotecada a manos del acreedor hipotecario, mientras que hay una modalidad de la prenda, la prenda con tenencia del acreedor, que sí implica ese desplazamiento. La hipoteca admite grados, esto es, el propietario del bien puede hipotecar cuantas veces quiera el bien para garantizar las obligaciones que quiera, mientras que en la modalidad de prenda con tenencia del acreedor, el bien gravado no puede garantizar obligaciones a varios acreedores.

Características de la hipoteca como derecho real

El acreedor hipotecario tiene el derecho de persecución. Esto implica que, si le incumplen la obligación garantizada con el gravamen hipotecario, puede comenzar un proceso judicial que se dirige contra quien tenga en ese momento la calidad de propietario del bien, el cual no se podrá oponer a la venta de este en pública subasta.

El acreedor hipotecario tiene también el derecho de preferencia. Es decir, una vez vendido el bien en pública subasta, tiene derecho a que le paguen con la preferencia que, sobre otros créditos, tiene la hipoteca, a saber, de tercer grado. Pierde este derecho cuando, contra el deudor

hay créditos privilegiados de primera clase, siempre y cuando ese deudor carezca de bienes diferentes del bien gravado con hipoteca. Si hay varios acreedores hipotecarios, la preferencia entre ellos se determina por el orden en que se haya inscrito el gravamen hipotecario en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos: el primero que la inscriba ostenta la preferencia sobre los demás y así sucesivamente.

Características de la hipoteca

Es accesoria. Significa que su existencia depende de una obligación principal que garantiza. Sin embargo, se permite la hipoteca abierta o futura, esto es, constituir una hipoteca para garantizar obligaciones futuras.

Es indivisible. Esta característica se puede ver tanto desde los bienes hipotecados como desde la obligación garantizada. Desde el primero, significa que la totalidad del inmueble o de los inmuebles hipotecados y cada una de sus partes están ligados al cumplimiento de la obligación principal y, mientras esta no se extinga en su totalidad, el constituyente del gravamen no puede solicitar la liberación parcial del inmueble en la medida en que vaya pagando la obligación. Desde el segundo, implica que cada parte de la obligación principal, y por lo mismo, toda ella tiene el respaldo o la garantía de todo el gravamen, de tal modo que mientras subsista cualquier parte de la obligación principal sin ser satisfecha, subsistirá la totalidad del gravamen.

Característica de la hipoteca como contrato

Es un contrato solemne, lo cual significa que debe constituirse siempre por escritura pública. Además, y esta es la tesis más acogida en Colombia, tiene que registrarse la escritura pública contentiva del gravamen hipotecario en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente según el lugar de localización del bien. Sin estos dos requisitos, escritura pública y su posterior registro, no queda debidamente constituida la hipoteca. Hay que tener en cuenta también que ese registro debe hacerse dentro de los noventa días hábiles siguientes a la fecha en que tenga la escritura de hipoteca, si se deja pasar este lapso sin hacer el registro, se requiere otorgar una nueva escritura pública de hipoteca.

El acreedor hipotecario no puede limitar el derecho del constituyente de la hipoteca a realizar cualquier acto jurídico que implique la transferencia del bien en favor de un tercero o a que constituya más hipotecas sobre ese bien; cualquier estipulación en contrario carece de valor legal.

La hipoteca para seguridad de una obligación ajena

Quien hipoteca un bien de su propiedad para garantizar una obligación ajena no se obliga personalmente. Al momento de hacerse exigible la obligación, el acreedor tiene dos acciones, una *acción personal* contra el deudor de la obligación principal mediante la cual puede perseguir todos los bienes de su propiedad y la *acción real* contra el constituyente de la hipoteca o quien aparezca en el folio de matrícula inmobiliaria del bien como propietario, en virtud de la cual solicita judicialmente la venta de ese bien hipotecado en pública subasta.

Extensión de la hipoteca a otros bienes

Quedan comprendidos dentro del gravamen hipotecario los bienes inmuebles por accesión. Estos son aquellos bienes muebles por naturaleza, pero que están destinados permanentemente al servicio y beneficio del bien inmueble, por ejemplo, un tractor, la maquinaria, etcétera. Se debe tener en cuenta que durante la vigencia del gravamen hipotecario, su constituyente está autorizado a transferir esos bienes a terceros y se pierde la hipoteca en lo que hace a esos bienes. Los que sí ya no pueden disponerse son aquellos que tengan esa calidad cuando el bien se embargue dentro del proceso judicial tendente a la venta en pública subasta de los bienes.

Extensión de la hipoteca a los aumentos y mejoras. Esos aumentos pueden provenir por causas naturales o como consecuencia de la industria humana. En uno y otro caso, pasan a formar parte del gravamen hipotecario. La hipoteca se extiende también a los cánones de arrendamiento del bien hipotecado, siempre y cuando se causen con posterioridad al embargo del bien dentro del proceso ejecutivo hipotecario que se instaure ante el incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca.

Si el bien hipotecado se destruye y estaba asegurado, la hipoteca se extiende al seguro.

Reducción de la hipoteca

Si el valor de los bienes hipotecados excede el doble de la obligación garantizada, el constituyente del gravamen puede solicitar judicialmente la reducción de la hipoteca a ese límite máximo. Esta solicitud se puede hacer también una vez iniciado el proceso judicial por incumplimiento de la obligación garantizada.

Contrato de fianza

Definición

Es una garantía personal accesoria en cuya virtud una o más personas responden por una obligación ajena comprometiéndose con el acreedor a cumplirla en su totalidad o parcialmente, si el deudor principal no la cumple. Por ejemplo, el arrendatario puede tener como garantía de pago del canon de arrendamiento a un fiador, que se obliga al pago, en caso de que el arrendatario no lo haga.

La fianza es mercantil cuando se constituye para garantizar una obligación de igual naturaleza.

El fiador no se puede obligar a más de lo que se obliga el deudor de la obligación principal, pero puede hacerlo más eficazmente. Por ejemplo, el fiador puede constituir una garantía hipotecaria, aunque la obligación principal no la tenga.

El fiador también puede limitar su responsabilidad frente a la obligación principal. Por ejemplo, puede ser fiador del capital, mas no de los intereses.

Características

1. *Es una garantía personal*. Esto significa que el fiador queda obligado a pagar la obligación principal con todos sus bienes.
2. *Es accesoria*. Debe haber una obligación principal que se afianza. La fianza accede a esa obligación principal, aunque se permite constituir una fianza para garantizar una obligación futura.

3. *Es unilateral*. Los derechos son para el acreedor y las obligaciones para el fiador. Sin embargo, se convierte en bilateral cuando existe una retribución a cargo del acreedor.
4. *Es consensual* y requiere un consentimiento expreso del fiador.

Elementos esenciales

Consentimiento. Debe ser expreso por parte del fiador:

1. Que exista una obligación principal, a menos que se garantice una obligación futura.
2. Que la obligación que asume el fiador sea subsidiaria relativa al pago de cosa debida, en caso de que el deudor de la obligación principal no pague.

Clasificaciones de la fianza

1. *Fianza convencional*. Es la que se otorga de común acuerdo entre el fiador y el acreedor. Basta con el consentimiento de los dos, sin requerirse el del deudor.
2. *Fianza legal y judicial*. Básicamente se rigen por las mismas normas. No hay entre ellas una gran diferencia de naturaleza, sino solo en el origen de la necesidad de ofrecer esta seguridad o caución personal.
3. *Fianza solidaria*. Es aquella por la que tanto el fiador como el deudor están comprometidos por igual a responder ante el acreedor. Si se estipula la fianza de esta forma, el fiador no puede gozar del beneficio de excusión y, si son varios los fiadores solidarios, no tiene el beneficio de división.

Efectos del contrato de fianza entre el acreedor y el fiador

El acreedor puede perseguir al fiador desde que la obligación se haya hecho exigible. Este tiene el llamado beneficio de excusión, que es el derecho de exigir al acreedor para que antes que se proceda contra él se

persiga la deuda en los bienes del deudor principal (este beneficio requiere que el fiador no haya renunciado a él o que no se trate de una fianza solidaria, que se oponga en el término oportuno y se le señalen al acreedor los bienes del deudor para cobrarse su obligación).

El fiador, antes de ser requerido por el pago, puede pagar la deuda. En este caso, las obligaciones del fiador son las siguientes:

1. Si paga antes del plazo, deberá esperar a que este se cumpla para ejercitar contra el deudor la acción de reembolso.
2. Debe darle aviso al deudor antes de pagar anticipadamente, de no hacerlo, la sanción es: el deudor puede oponerle todas las excepciones que pudo oponer al acreedor y el fiador pierde la acción de reembolso si el deudor le paga la deuda al acreedor ignorando que ya la ha pagado el fiador.

Además del beneficio de excusión, el fiador puede oponerle al acreedor el *beneficio de división.* Este consiste en el derecho de los fiadores, cuando son varios, a exigir que la deuda se divida entre ellos por partes iguales. También puede acceder a la excepción de subrogación por medio de la cual el fiador le puede cobrar al deudor lo que pagó por la obligación con los mismos derechos que tenía el acreedor a quien le pagó. Finalmente, puede oponer las excepciones reales o personales (las reales son inherentes a la obligación, como el dolo, y las personales, suyas, como la incapacidad).

Efectos entre el fiador y el deudor

El fiador tiene derecho a que el deudor obtenga el relevo o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios para el pago en los siguientes casos (estos derechos no se extienden al que afianzó contra la voluntad del deudor):

1. Cuando el deudor principal disipa temerariamente sus bienes.
2. Cuando el deudor se obligó a obtener el relevo de la fianza dentro de cierto plazo y este ya ha vencido.
3. Cuando se ha cumplido la condición o vencido el plazo y se hace, en consecuencia, exigible la obligación en todo o en parte.

4. Cuando haya fundado temor de que el deudor principal se fugue o no deje bienes suficientes para el pago de la deuda.

El fiador y el deudor están obligados recíprocamente a darse aviso del pago. Si el deudor paga sin dar aviso al fiador, se hace responsable de lo que este, ignorando el pago, pague de nuevo, si bien tiene acción de reembolso en contra del acreedor. Si paga el fiador sin dar aviso al deudor y el deudor paga la deuda, el fiador no tiene acción de reembolso contra el deudor, pero sí puede actuar contra el acreedor por el pago de lo no debido; además, en caso de haber pagado precipitadamente, el deudor puede oponer la acción de reembolso a todas las acciones que pudo oponer el acreedor.

El fiador tiene derecho a que se le reembolse lo pagado, esto es por vía de la acción de reembolso. El fiador tiene derecho a que se le reembolsen los otros perjuicios, de acuerdo con las reglas generales. El fiador que paga la deuda se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor.

Efectos entre los cofiadores

Cuando son varios, la deuda se divide entre ellos en partes iguales. El cofiador que paga más de lo que le corresponde tiene derecho a que sus cofiadores le reembolsen el exceso.

La fianza se extingue

Esto ocurre como consecuencia de la extinción de la obligación principal, por haber ocurrido con respecto a la fianza, cualquiera de las causas por las que se extinguen las obligaciones y por medios especiales, como cuando el acreedor, por hecho o culpa suya, ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse.

Casos

1. El Banco del Comercio, propietario de un apartamento situado en Fusagasugá (Cundinamarca), acuerda su venta con la sociedad

Distripollos Limitada, por valor de 100 millones de pesos. Desde el momento del acuerdo, el banco hizo entrega material del bien a la sociedad y esta pago el 30 % de su valor. Posteriormente, las partes acudieron a la notaría sexta de Pasto y suscribieron una escritura pública en la que consta el contrato de compraventa del apartamento. A los dos días, la notaría entregó a las partes las correspondientes copias de la escritura. ¿En ese momento quién es el propietario del apartamento?

2. Chevrolet Colombia S. A. celebró un contrato de suministro a término indefinido con General Motors Co. (GM), casa matriz en Estados Unidos. Cada trimestre, Chevrolet le remitirá un pedido a GM, para que despache los vehículos necesarios dentro del mes siguiente. En el contrato, no se pactó el precio de compra por automóvil. Asimismo, atendiendo a las facilidades de producción de GM, se acordó que el máximo de vehículos que Chevrolet podría solicitar en despacho por entrega eran 200. Finalmente, se acordó que Chevrolet no distribuiría en su red de concesionarios en Colombia los automóviles de ningún otro fabricante. Con base en la anterior información, seleccione la respuesta correcta:
   a. Chevrolet o GM pueden terminar el contrato sin preaviso, si se produce un incumplimiento grave de su contraparte.
   b. A cada pedido de automóviles Chevrolet, se le aplican las normas que rigen a la compraventa comercial.
   c. El contrato de suministro es inexistente, pues no fija un número determinado de automóviles a suministrar.
   d. El contrato de suministro es inexistente, pues no fija un precio determinado de los automóviles suministrados.
   e. La cláusula de exclusividad pactada es ineficaz, pues tiene como objeto o efecto monopolizar el mercado.
3. La sociedad Insumos Químicos Ltda. (IQ) como proveedor, celebró por escrito un contrato de suministro con Farmacéutica del Norte S. A. (FN) para la provisión de distintos componentes para la elaboración de medicamentos por diez años. Para el ácido acetil-salicílico, se fijó un precio de tres dólares el kilo, teniendo en cuenta una tasa de cambio de 1800 pesos por dólar. Al quinto año, IQ vendió su establecimiento de comercio a "Productos Genéricos S. A. S. (PG) por la suma de cinco mil millones de pesos.

Apenas días después de vendido el establecimiento de comercio, el dólar sufrió un brusco aumento en la tasa de cambio y hoy en día el dólar cuesta 4500 pesos. Esto ha generado un significativo impacto en las finanzas de FN, lo cual ha hecho que haya un inminente riesgo de cesación de pagos a futuro. En consecuencia El gerente de FN le pregunta:

a. Si debe continuar cumpliendo el contrato frente IQ o frente a PG.
b. Si FN tiene alguna herramienta jurídica para corregir el equilibrio económico del contrato celebrado.

4. María, comerciante de profesión, celebra con Luis, representante legal de una firma de bienes raíces, un contrato de promesa de compraventa de bien inmueble, en el cual se especifica que la escritura pública de compraventa se hará en un plazo de sesenta días, contados a partir de la fecha que tiene la promesa de contrato, en la notaría XX de la ciudad. Una vez firmado el escrito de promesa, con autenticación de firmas y reconocimiento de contenido, María procede a pagar de manera anticipada el 50 % del precio del inmueble. ¿En el caso propuesto se puede afirmar que María es propietaria del derecho de dominio pleno del inmueble, por tener un título justo y haber realizado el modo de la tradición?
5. La junta directiva del Banco Monedita de Oro S. A. decidió ampliar su portafolio de servicios con ocasión del *boom* del sector inmobiliario en el país. Luego de muchas discusiones decidieron que, al igual que muchos otros bancos, incursionarían en los negocios fiduciarios inmobiliarios y quedó expreso en el acta de reunión que, de ninguna manera, se realizarán operaciones de recaudo y transferencia de fondos que sean complementarias o vinculadas a sus actividades, ni obrarán como agentes de transferencia y registro de valores o como depositarios. Para ello, crearon una unidad interna de negocios fiduciarios inmobiliarios dentro de su organización. Pronto, los ingresos por servicios fiduciarios se dispararon gracias a que enfocaron su estrategia comercial a pequeños constructores promoviendo únicamente la figura de encargos fiduciarios inmobiliarios. Desde el punto de vista contractual, el obrar del Banco Monedita de Oro S.A. ocasionaría:
   a. La anulabilidad de los negocios jurídicos por limitar sus servicios a la realización exclusiva de encargos fiduciarios y no de fiducias mercantiles.

b. La validez de los negocios jurídicos, al ser realizados por una sociedad anónima, de conformidad con las normas pertinentes a los negocios fiduciarios.
c. La inexistencia de los negocios jurídicos celebrados, debido a que hacen falta las solemnidades *ad substantiam actus* para su perfeccionamiento.
d. La inoponibilidad de los negocios jurídicos celebrados por el Banco, puesto que estos no cumplen con un requisito de publicidad.
e. La nulidad absoluta de los negocios jurídicos celebrados por falta de capacidad del Banco, al no realizar las operaciones fiduciarias a través de una filial.

6. María es propietaria de una ferretería llamada Su Proveedor. Para garantizar el *stock* de productos, celebra un contrato con la sociedad Insumos de Plomería S. A. S. para que por medio de este se proveyeran, a título de compraventa, 300 tubos de desagüe y 200 llaves de paso de fabricación china mensuales, por un precio fijado por la tasa de cambio representativa del euro, y a un término indefinido. Los primeros meses todo marchó en orden, pero llegado el 30 de septiembre se vivió una caída intempestiva del precio del euro, lo que hizo que Insumos de Plomería S. A. S. perdiera una gran cantidad de dinero. Como consecuencia de ello, Insumos de Plomería S. A. S. acude a usted y le pregunta qué se puede hacer para recuperar sus pérdidas.
7. El Ternero Degollado S. A. (El Ternero), es una sociedad colombiana dedicada a la importación y distribución de alimentos cárnicos. Al ver que su actividad como importadora no estaba dando muchos frutos, contactó a la sociedad estadounidense MyMeats Co., con sede en Houston, la cual es propietaria de la cadena de restaurantes Oh My God, considerada un éxito en los estados del sur de EE. UU. Ambas sociedades celebraron un contrato mediante el cual El Ternero podía hacer uso de la marca Oh My God en Colombia por diez años. Del mismo modo, se comprometía en todo momento a seguir estrictamente las instrucciones de MyMeats, a través de sus catálogos, recetarios y las capacitaciones que esta hacía para los empleados de El Ternero. Asimismo, MyMeats suministraba a El Ternero las materias primas para el decorado uniforme de los locales, las carnes congeladas y las salsas y aderezos.

Una vez abierto el primer restaurante el negocio tuvo un éxito importante. Después de dos años de fructuosa operación, sin embargo, dieciocho comensales sufrieron una intoxicación colectiva debido a que la comida que había sido vendida en Oh My God Bogotá estaba en mal estado y no había cumplido los estándares de higiene mínimos. En las redes sociales se inició, una campaña de desprestigio contra Oh My God en Bogotá, lo cual hizo que las ventas para El Ternero disminuyeran significativamente. Luego de viajar desde EE. UU, el angustiado gerente de MyMeats acude a usted para que haga un análisis de esta situación, a partir del contrato celebrado con El Ternero. Específicamente, quiere saber la naturaleza del contrato celebrado, sus obligaciones y, si en virtud de este, su empresa debe responderles a los clientes.

8. Andrés, por medio de un mandatario, celebró la hipoteca de un inmueble de su propiedad para garantizar una obligación de su hermano Miguel, escritura que no fue registrada por el acreedor. Al fallecer Miguel, Andrés procedió a vender el inmueble. ¿Tiene algún problema legal esa hipoteca?
9. Juan constituye una hipoteca en favor de un banco como garantía de un préstamo por diez millones de pesos. Una de las cláusulas del contrato de hipoteca establece: "Le queda expresamente prohibido a Juan hipotecar nuevamente el bien hasta tanto termine de pagar el total de la obligación garantizada con dicho gravamen". ¿Considera usted que esta cláusula es legal?
10. El Banco de la Nación S. A. celebró un contrato de mutuo con Pedro, quien hace menos de un año no ha cancelado las cuotas mensuales correspondientes, las cuales comprenden capital e intereses. Hoy, las partes contratantes, con el propósito de refinanciar la deuda, decidieron unificar el capital y los intereses debidos en un solo monto. Este debe ser cancelado en el plazo de tres meses, dentro de los cuales se tiene que pagar el interés bancario corriente. ¿Este acuerdo está conforme a la ley?
11. José, adinerado industrial de la región, planea ampliar su finca de recreo, comprando las dos fincas colindantes. Para evitar que los propietarios de estas aumenten sus precios al saber quién sería el comprador, José celebra un mandato sin representación con Francisco, cuyo encargo consiste en celebrar y ejecutar los contratos de compraventa de estas dos fincas. ¿Los contratos de

compraventa celebrados entre Francisco y los propietarios de las fincas obligan conjuntamente a José y a Francisco?

12. Juan y Carlos celebraron con la Fiduciaria Z un contrato de fiducia mercantil con fines de garantía con el propósito de garantizar las obligaciones que los dos tenían con el Banco X por 100 millones de pesos. El bien dado en fiducia tenía un avalúo de 150 millones de pesos. Ocho meses después, los fideicomitentes incumplieron la obligación y la fiduciaria, para dar comienzo al trámite de realización de la garantía, hizo un avalúo que dio como resultado que el bien tiene un valor de sesenta millones de pesos. ¿Qué debe hacer la fiduciaria? ¿Considera que la fiduciaria tiene responsabilidad?
13. El Banco X le presta diez millones de pesos a Juan a un plazo de un año con un interés remuneratorio del 20 % efectivo anual y un interés moratorio del 24 % efectivo anual. Teniendo en cuenta que, en la fecha de concesión del crédito, la Superintendencia Financiera de Colombia certificó el interés bancario corriente en un 11.5 % efectivo anual, ¿considera usted que el préstamo se otorgó en debida forma?
14. Yamaha Motors Colombia S. A. (YMC) celebró un contrato de suministro de motocicletas a término indefinido con Yamaha, casa matriz en Japón. Cada trimestre, Yamaha le remitirá un pedido a YMC, para que despache las motocicletas necesarias dentro del mes siguiente. En el contrato, no se pactó el precio de compra por motocicleta. Asimismo, atendiendo a las facilidades de producción de Yamaha, se pactó que el máximo de motocicletas que YMC podría solicitar que le fueran despachadas en una entrega eran 200. Finalmente, se acordó que YMC no distribuiría en sus puntos de venta en Colombia las motocicletas de ningún otro fabricante. Con base en la anterior información, seleccione la respuesta correcta:
    a. El contrato de suministro es inexistente, pues no fija un precio determinado de las motocicletas suministradas.
    b. El contrato de suministro es inexistente, pues no fija un número determinado de motocicletas a suministrar.
    c. Yamaha puede terminar el contrato con preaviso, si hay incumplimiento grave que merme la confianza en YMC.

d. La cláusula de exclusividad pactada es ineficaz, pues tiene como objeto o efecto monopolizar el mercado colombiano.
e. A los pedidos de motocicletas Yamaha, no se les aplican las normas que rigen a la compraventa comercial.

15. La sociedad extranjera Vetex celebró un contrato de agencia mercantil con la sociedad colombiana Alimentos para Mascotas S. A. S. (ApM) para que esta última promocionara y distribuyera en Colombia por el término de cinco años, los productos para mascotas más reconocidos de la primera. Se pactó también que ApM no podría celebrar otro contrato de distribución con empresas que fueran competencia directa de Vetex, so pena de considerarse justa causa de terminación del contrato. Durante la ejecución del contrato, Vetex pagaba a Alimentos para Mascotas una remuneración consistente en el 5 % del total de las ventas mensuales de los productos. Un año antes del vencimiento de la vigencia del contrato, ApM celebró con la empresa Pets & Pets un contrato de suministro para distribución de sus productos para mascotas en Colombia. Ante esto Vetex dio por terminado el contrato de agencia. ¿Cuál es la consecuencia jurídica de esta terminación?
    a. ApM tiene derecho a que se le pague la indemnización consagrada en el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, pero no la cesantía comercial del inciso 1 del mismo artículo, por tratarse de una justa causa de terminación imputable al agente.
    b. ApM tiene derecho a que se le pague la indemnización consagrada en el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio y también la cesantía comercial del inciso 1 del mismo artículo, pues ambas son prestaciones irrenunciables.
    c. ApM no tiene derecho a que se le pague la indemnización consagrada en el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, pero sí tiene derecho al pago de la cesantía comercial del inciso 1 del mismo artículo, pues la indemnización no procede si hay una justa causa de terminación imputable al agente.
    d. ApM no tiene derecho a que se le pague la indemnización consagrada en el inciso 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, ni la cesantía comercial del inciso 1 del mismo artículo, pues la totalidad del contenido de esa norma no es imperativo.
    e. Ninguna de las anteriores.

Bibliografía

D. 410/1971 [C. Co.].
D. 2555/2010.
L. 84/1873 [C. C.].
L. 216/1996.
L. 599/2000 [C.P.].
L. 820/2003.
L. 964/2005.
L. 967/2005.
L. 1564/2012.
L. 1676/2013.

Capítulo V

La responsabilidad civil*

Marcela Castro de Cifuentes
María Eugenia Gutiérrez Darwich

Noción de responsabilidad jurídica

En su función reguladora de las relaciones humanas, el derecho otorga a los particulares una amplia autonomía para desarrollar sus actividades y avala las opciones que libremente escojan en el ámbito personal y patrimonial. No es función del derecho imponer injustificadamente trabas u obstáculos a la iniciativa privada, en la medida en que esté en concordancia con el orden social y los derechos ajenos.

Sin perjuicio de la deseada libertad y para preservar la armonía entre los intereses individuales y los colectivos, el sistema jurídico exige que, bajo ciertas hipótesis, las personas se comporten de determinada forma: en ocasiones se espera una conducta activa o positiva y, en otras, lo indicado es una abstención. Ejemplo de lo primero es la situación de quien ha celebrado un contrato y debe ejecutar sus obligaciones; y ejemplo de lo segundo es el respeto a la propiedad de otro.

En consecuencia, si un comportamiento se aparta de lo previsto en las normas o las contradice, el autor debe asumir las consecuencias jurídicas previstas en las disposiciones legales. En estos eventos, se predica la existencia de responsabilidad jurídica que pesa sobre quien incurre en una actuación ilícita, es decir, contraria al derecho. Dicha responsabilidad se funda en principios necesarios para la convivencia social: es justo y útil obrar conforme al derecho y a nadie se le permite causar daño a otro.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.741.

En el sistema colombiano, existen diversas formas de responsabilidad jurídica según la clase de norma que se vulnere. Existe —para citar solo las más comunes— la responsabilidad penal, la civil y la administrativa[1]. Este capítulo versará exclusivamente sobre la responsabilidad civil, consagrada en las normas de derecho privado que tutelan los derechos de los particulares, contenidas principalmente en el Código Civil y en el Código de Comercio. Estas disposiciones han sido interpretadas a lo largo del tiempo por nuestros tribunales que, al resolver casos concretos, precisan su alcance. El conjunto de estas decisiones conforman la jurisprudencia. Los autores, expertos en el tema, han contribuido igualmente a comprender las instituciones jurídicas propias de la responsabilidad, tratados que constituyen la doctrina. El conjunto de principios, normas, decisiones judiciales y opiniones doctrinales sobre el tema integran el sistema de responsabilidad civil, el cual sirve de marco para nuestros comentarios.

[1] Responsabilidad penal: en esta especie de responsabilidad, la conducta ilícita se encuentra descrita específicamente por las normas penales y genera la imposición de una pena, que también se encuentra señalada de antemano por la ley (principio de legalidad). La conducta vulnera un bien jurídico protegido por el derecho penal que involucra el interés general de la sociedad. Por ejemplo, como hay interés general por proteger la vida humana, se consagra el delito de homicidio así: "El que matare a otro incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años": L. 599/2000, en adelante C. P., art. 103). En la responsabilidad penal, el autor debe soportar la sanción prevista ante la realización de una conducta tipificada en la ley penal. Para que surja este tipo de responsabilidad, se requiere que la conducta enjuiciada sea: 1) típica: descrita específicamente por la ley; 2) antijurídica: que viole un interés protegido por la ley penal y 3) culpable: que la conducta del autor se haya realizado con dolo (intención de dañar), culpa (negligencia, imprudencia o impericia) o preterintención (cuando el resultado es previsible, pero excede la intención del autor). Por su parte, la responsabilidad administrativa surge en cabeza de sujetos destinatarios de normas administrativas por inobservancia de ellas. Son administrativas aquellas normas mediante las cuales el Estado impone a los particulares deberes y obligaciones o establece prohibiciones y restricciones para la realización de determinadas actividades. Ejemplo de esta clase de responsabilidad es la que imponen las normas tributarias, aduaneras, cambiarias y aquellas a las que están sometidas las instituciones vigiladas por el Estado como las entidades financieras y del mercado de valores, al igual que sus administradores. En ciertos casos, puede haber acumulación de responsabilidades, es decir, un mismo hecho puede dar nacimiento simultáneo a dos tipos de responsabilidad. Al tiempo de estar tipificado el hecho como delito por la ley penal (principio de legalidad-tipicidad), la conducta pudo generar el daño a un patrimonio ajeno, por ejemplo, en un accidente de tránsito causado por imprudencia de un conductor, puede surgir responsabilidad penal por homicidio o lesiones personales culposas y responsabilidad civil por los daños pecuniarios causados a la víctima o a sus familiares.

Responsabilidad civil

La responsabilidad civil se desencadena cuando una persona, con su conducta dolosa o culposa, causa un daño a la persona o los bienes de otra. El responsable está llamado a reparar al perjudicado mediante el pago de una indemnización. Lo anterior obedece al más elemental sentido de justicia, pues no resulta equitativo que una persona despojada injustamente de un derecho carezca de un instrumento eficaz para que el autor de la conducta dañina le repare el perjuicio causado.

Las normas de responsabilidad civil tienen por consiguiente una función reparadora más que propiamente sancionatoria, es decir, buscan poner al perjudicado en la posición más parecida posible a la que tendría si no hubiera sufrido el daño, sin tener por objetivo castigar al autor del perjuicio[2]. Sin embargo, debe quedar claro que el sistema de responsabilidad no prohíja la ventaja indebida en favor del perjudicado y, por ello, la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima del daño. Contrario a esto se encuentra encaminada de forma exclusiva a remediar en la justa medida el perjuicio irrogado. Si bien toda lesión patrimonial ocasionada por dolo o culpa debe ser reparada de manera integral, esta reparación se limita a la pérdida efectivamente sufrida.

> "Las normas de responsabilidad civil tienen una función reparadora y no sancionatoria. Buscan poner al perjudicado en la posición más parecida posible a la que tendría si no hubiera sufrido el daño sin tener por objetivo castigar al autor del perjuicio".

Esta responsabilidad se manifiesta de diferentes formas:

1. La responsabilidad es contractual, cuando el perjuicio se causa por el incumplimiento de las obligaciones pactadas en un contrato.
2. Es extracontractual, si el daño surge como consecuencia de violar un deber general de diligencia y prudencia requerido para realizar actividades en sociedad, sin que exista un vínculo jurídico previo entre las partes.

[2] La función sancionatoria o punitiva es propia de la responsabilidad penal y de la administrativa.

3. Se denomina precontractual cuando, en la etapa de las negociaciones previas a la celebración de un contrato, alguna de las partes causa un daño a la otra al terminar de forma abusiva, injustificada o intempestiva las negociaciones, atentando contra el interés de confianza que se ha generado[3]. Así mismo, habrá responsabilidad precontractual cuando se incumpla el deber de buena fe que las partes deben observar aún antes de la celebración del contrato.

El perjudicado, en todos los casos, debe acudir ante la justicia para que el juez competente determine si están presentes los presupuestos de la responsabilidad y condene al pago de la respectiva indemnización.

Figura 1. Tipos de responsabilidad civil



Fuente: elaboración propia.

Responsabilidad civil contractual[4]

Para que surja la responsabilidad civil contractual deben concurrir los siguientes requisitos:

[3] A la responsabilidad precontractual, nos hemos referido en el capítulo correspondiente a los contratos.

[4] Las normas generales de responsabilidad contractual se encuentran principalmente en los artículos 1604 a 1617 del Código Civil colombiano: L. 84/1873, en adelante

1. La existencia de un contrato válidamente celebrado.
2. El incumplimiento de una o más obligaciones contractuales imputable al deudor por dolo o culpa.
3. Un daño o perjuicio.
4. Un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio.

Todos y cada uno de estos elementos deben quedar plenamente probados en el proceso judicial que debe instaurar el perjudicado, correspondiéndole como demandante la carga de la prueba[5]. En el proceso, el juez verifica si existe o no la responsabilidad. En caso afirmativo, profiere una sentencia que declare la obligación de reparar y condena al demandado a pagar el valor probado como perjuicios.

Primer requisito: contrato válido

El contrato es un acuerdo de voluntades encaminado a crear obligaciones[6]. Como tal, impone a las partes el deber de ejecutar las prestaciones asumidas voluntariamente: cada una es deudora de dar, hacer o no hacer alguna cosa de contenido patrimonial en interés o beneficio de la otra[7]. Como el contrato válidamente celebrado es ley para las partes[8], se produce un hecho ilícito cuando se incumple y, si ello genera un daño, nace la obligación de resarcimiento.

C. C. Adicionalmente, hay reglas especiales de responsabilidad para ciertos contratos, por ejemplo: para la compraventa, los artículos 1882, 1883, 1893 a 1913, 1914 a 1927 y 1930; para el arrendamiento de locales comerciales, el artículo 522 del Código de Comercio (D. 410/1971, en adelante C. Co.); para el transporte, los artículos 1003 y 1030 al 1032 del mismo estatuto; y para la agencia comercial, los artículos 1324 y el artículo, C. Co.

[5] Principio general: quien alega la prueba.

[6] El contrato es una de las fuentes de las obligaciones.

[7] Los contratos siempre nacen por el acuerdo de voluntades de dos (o más) personas. Normalmente imponen obligaciones a las dos (o más) partes contratantes y son bilaterales tanto en su nacimiento como en su cumplimiento. Sin embargo, hay algunos contratos que, aunque nacen del mutuo consentimiento, imponen obligaciones a una sola de las partes (por ejemplo, en el depósito gratuito, una vez entregada la cosa, solo nacen obligaciones para el depositario: cuidar y restituir la cosa sin recibir nada a cambio). Véase el capítulo: "Contratos, conceptos fundamentales", de esta obra.

[8] C. C., art. 1602.

Para que puedan reclamarse perjuicios en la responsabilidad contractual, resulta indispensable acreditar, en primer lugar, la presencia de un contrato válido celebrado previamente por las partes, el cual se perfeccionó con el lleno de los requisitos legales necesarios para que produzca efectos, es decir, aquellos exigidos para la existencia y la validez del negocio.

> "Un contrato válidamente celebrado es ley para las partes. Se produce un hecho ilícito cuando el contrato es incumplido y si ello genera un daño, nace la obligación de resarcimiento".

En cuanto a la existencia:

1. Debe existir un acuerdo de voluntades formado por el consentimiento mutuo de los contratantes. Sin ese acuerdo no hay contrato.
2. Debe haberse surtido la solemnidad correspondiente cuando ella es sustancial, es decir, exigida por la ley para la existencia del acto[9].
3. Deben estar presentes los elementos esenciales del contrato particular de que se trate[10].

Si falta uno o más de tales requisitos al momento de la celebración del acto, se está en el terreno de las causales de inexistencia o de invalidez (más propiamente de nulidad), pero no de indemnización por incumplimiento. Como puede observarse, la responsabilidad civil se concreta en la etapa de ejecución del contrato y no en la de su perfeccionamiento. En esta, se examina fundamentalmente si el negocio cuenta con las condiciones necesarias para su eficacia jurídica, mientras que en la fase de ejecución se determina si las partes han cumplido cabalmente con sus obligaciones.

[9] La ley exige formalidades especiales para la celebración de ciertos actos y contratos, como suele ser una escritura pública ante notario cuando se trata de negocios relativos a bienes inmuebles: D. 960/1970, art. 12.

[10] Cada contrato tiene unos rasgos distintivos que permiten distinguirlo de otros. Por ejemplo: en la compraventa, los elementos esenciales son la cosa vendida y el precio (C. C., art. 1501).

Segundo requisito: incumplimiento doloso o culposo

Incumplimiento del contrato. Para que haya responsabilidad contractual se requiere también que una de las partes —que técnicamente llamaremos el deudor— no ejecute una o más obligaciones a su cargo, asumidas bajo el acuerdo.

El incumplimiento puede presentarse en una de varias formas:

1. Incumplimiento total: el deudor simplemente se sustrae del cumplimiento de su obligación. Por ejemplo: el comprador, en un contrato de compraventa, no paga el precio convenido.
2. Incumplimiento parcial: se presenta cuando el objeto debido es divisible y el deudor cumple solo parte de la prestación. Es incumplimiento porque su contraparte, el acreedor, tiene derecho a que se le cumpla a plenitud y no está obligado a recibir por partes. Por ejemplo: si el precio pactado es de cien pesos, y el deudor paga cincuenta.
3. Ejecución defectuosa: existe cuando, a pesar de haber realizado el deudor la labor u obra encomendada, esta no cumple con las especificaciones pactadas o con los estándares propios de la actividad en cuestión. El deudor no se sustrajo de satisfacer su obligación, pero su ejecución fue imperfecta. Esta hipótesis puede ilustrarse con el trabajo de un ingeniero que realiza un estudio técnico que resulta deficiente.
4. Cumplimiento retardado: en esta modalidad, el deudor cumple su obligación, pero lo hace de forma extemporánea y no en la época fijada en el contrato.

Como el contrato es ley para las partes, el deudor está ligado al compromiso ineludible de dar, hacer o no hacer aquello que pactó, en el tiempo, modo y lugar acordados. Cualquier desviación se considera un incumplimiento para efectos de la responsabilidad.

El dolo y la culpa. Para que haya obligación de indemnizar, es indispensable que en el incumplimiento de las obligaciones contractuales el deudor haya obrado con dolo o culpa, es decir, que le sea imputable jurídicamente. Como principio básico del sistema de responsabilidad, se afirma que no hay responsabilidad sin dolo o culpa. Este es el elemento

subjetivo de la responsabilidad en el que debe hacerse un juicio de valor sobre la conducta del deudor incumplido.

"Como regla general no hay responsabilidad sin dolo o culpa".

El *dolo* consiste en la intención positiva de causar daño a la persona o propiedad de otro[11]. En consecuencia, el incumplimiento se considera doloso cuando el deudor, de forma malintencionada a sabiendas del perjuicio que puede ocasionar, no satisface la prestación debida.

Por su parte, la *culpa* es la actuación descuidada y se concreta en las nociones de imprudencia, negligencia e impericia. Existe culpa cuando el deudor no prevé las consecuencias nocivas de su conducta aunque debía preverlas o cuando tras haberlas previsto, confía imprudentemente en lograr evitar tales consecuencias. En la responsabilidad contractual culposa, el deudor incurre en incumplimiento, no por malicia, sino por ligereza, torpeza o falta de previsión.

En sentido contrario, se espera que la actuación de las partes en el contrato sea diligente y prudente, y que adopte todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento de sus obligaciones. Para ello, se les exige actuar de manera cuidadosa e informada, calculando razonablemente, conforme a la ciencia respectiva o a las reglas de la experiencia, los tiempos y costos que implica la ejecución de su prestación. Les corresponde así mismo observar las precauciones y emprender de forma oportuna las acciones que demande la satisfacción de las obligaciones a su cargo, evitando así perjuicios a la otra parte. En los negocios civiles, el deudor debe actuar como un buen padre de familia, y en los comerciales, como una buena persona de negocios[12].

Para determinar si en un caso concreto hay culpa del deudor, debe hacerse una evaluación de su conducta para establecer si actuó conforme al estándar esperado de diligencia y prudencia. Se compara objetivamente la actuación del deudor con la que hubiera observado un modelo abstracto, el del buen padre de familia o buen hombre de negocios situado en las mismas circunstancias.

[11] C. C., art. 63, último inciso.

[12] *Cfr.* la distinción entre contratos civiles y comerciales en el capítulo: "Contratos: conceptos fundamentales" de la presente obra.

> "En los negocios civiles, el deudor debe actuar como un buen padre de familia y, en los comerciales, como un buen hombre de negocios".

La culpa se considera entonces un error de conducta en el que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente afrontando la misma situación. El juez, para determinar la existencia de culpa, hace un juicio de valor para establecer si la actuación del deudor es reprochable.

Sobre la culpa en materia contractual deben hacerse algunas precisiones adicionales concretamente con respecto a:

1. La graduación de culpas.
2. Las obligaciones de medio y de resultado.

Graduación de culpas. Nuestro sistema legal ha establecido un sistema de graduación de culpas según el beneficio que las partes deriven del contrato[13]. Existen tres tipos o grados de culpa del deudor: la grave o lata, la leve y la levísima[14], las cuales se aplican según los criterios siguientes:

1. Si el contrato es útil a ambas partes, es decir, si ambos contratantes reportan de él un provecho, la conducta del deudor se valora según el estándar normal del buen padre de familia o la buena persona de negocios. Este es el caso de la mayoría de los negocios bilaterales como la compraventa y la prestación de servicios, en los cuales los contratantes intercambian sus prestaciones y obtienen recíproco beneficio. En estos eventos, cada parte es deudora de su obligación y responde hasta por la culpa leve, entendiéndose que también comprende la grave.
2. Si el negocio es útil solo a la otra parte (el acreedor) y el deudor soporta todas las obligaciones sin recibir ningún beneficio, su culpa se aprecia con mayor laxitud. Esto sucede en ciertos contratos como el depósito gratuito, en el que el deudor (depositario), sin recibir remuneración, debe custodiar y restituir un bien ajeno que le ha sido confiado. En estos casos, no es responsable, sino

[13] C. C., art. 1604.

[14] Ibídem, art. 63. Esta teoría se llama de la culpa tripartita o prestación de culpas. En materia civil, la culpa grave equivale al dolo.

cuando actúe con culpa grave. En otras palabras, no responde por perjuicios si su descuido ha sido leve o levísimo.

3. Por último, si el deudor es el único que reporta beneficio del contrato, se le exige mayor diligencia y responde hasta por el más pequeño descuido. En este tipo de contratos, como el de comodato, que le permite al deudor usar gratuitamente un bien ajeno, el deudor responde incluso por la culpa levísima; por ende, asume responsabilidad cuando haya actuado con culpa leve y grave.

Los contratantes pueden alterar las reglas anteriores, siempre que no eliminen la responsabilidad cuando el deudor ha actuado con culpa grave, pues no es lícito condonar el dolo futuro[15].

Obligaciones de medio y de resultado. La doctrina y la jurisprudencia han creado una distinción entre obligaciones de medio y de resultado con importantes consecuencias en el régimen de la responsabilidad contractual. Se consideran de resultado aquellas obligaciones en las que el deudor está en capacidad de garantizar —y en efecto garantiza— la producción de un resultado determinado en beneficio del otro contratante (acreedor). Si el resultado no se produce, se considera que existe incumplimiento del contrato. Ejemplos de este tipo de obligaciones son: la del transportador de llevar a su destino las personas o cosas transportadas sanas y salvas y la del vendedor de entregar la cosa vendida.

En cambio, se consideran de medio aquellas obligaciones en las que, si bien se persigue un resultado determinado, el deudor no lo garantiza, aunque sí se obliga a emplear su mejor esfuerzo y a actuar con diligencia, utilizando todos los medios a su alcance necesarios para alcanzar el resultado propuesto. Si el resultado no se logra, esto no implica de plano el incumplimiento del contrato. Cuando el médico se compromete a tratar a un paciente con miras a una mejoría en su estado de salud y cuando el abogado recibe el encargo de representar judicialmente a su cliente, están asumiendo obligaciones de medio, pues buscan curar y ganar el pleito, pero no garantizan el resultado positivo. Si el paciente muere o no se alivia y si el pleito se pierde, no lleva a la necesaria conclusión de que hubo incumplimiento.

[15] Ibídem, 1522.

La principal consecuencia de esta distinción consiste en que, en las obligaciones de resultado, la culpa del deudor se presume cuando el resultado no se alcanza; mientras que, en las de medio, la culpa no se presume, sino que el perjudicado debe probarla. En las primeras, se altera la regla de que el que alega prueba y se le otorga una ventaja al demandante, excusándosele de acreditar el elemento subjetivo de la responsabilidad. Frente a esta presunción, quien debe asumir la defensa probando que el perjuicio no le es imputable por obedecer a una causa extraña es el deudor, es decir, se invierte la carga de la prueba. La causa extraña es una circunstancia ajena y extraordinaria que ha hecho imposible el cumplimiento, como la fuerza mayor, el caso fortuito y la culpa exclusiva del acreedor. En las obligaciones de medio, para exonerarse de responsabilidad, al deudor se le permite alegar y probar no solo la causa extraña, sino su propia diligencia y prudencia, aunque el resultado no se haya obtenido. Probada una causal de exoneración, el deudor se libera de la responsabilidad, pues al hacer el juicio de valor sobre su comportamiento no hay nada que reprocharle.

Debe aclararse que cuando se alega incumplimiento contractual doloso, el demandante perjudicado siempre debe probar la intención dañosa con la que actuó el deudor, pues el dolo no se presume; al contrario, el derecho presume la buena fe.

Tercer requisito: daño indemnizable

No hay responsabilidad si no existe un daño indemnizable. El daño o perjuicio es el detrimento patrimonial que sufre un sujeto como consecuencia de un hecho ilícito de otro y, como ya vimos, en la responsabilidad contractual el hecho ilícito consiste en el incumplimiento de un contrato. En seguida, pasamos a examinar los aspectos relevantes del daño como requisito de la responsabilidad civil.

> "El daño o perjuicio: detrimento patrimonial que sufre un sujeto como consecuencia de un hecho ilícito de otro".

1. *Daño cierto*. Para que el perjuicio sea indemnizable debe ser cierto, es decir, debe haber certeza sobre su ocurrencia y no puede

ser simplemente hipotético, especulativo o eventual. La certeza implica que el daño ya ocurrió (pasado); está ocurriendo (presente) o con certeza va a ocurrir (futuro), situación que se identifica con el concepto de daño virtual.

2. *Daño directo*. El perjuicio debe ser directo, pues debe surgir como efecto necesario del incumplimiento doloso o culposo que se constituye como su causa. Este requisito se relaciona con el vínculo de causalidad que veremos posteriormente.
3. *Daños presentes y futuros*. Los daños pueden ser presentes o futuros:
   a. Daños presentes: son los que ya está sufriendo la víctima.
   b. Daños futuros: son los que sufrirá con toda certeza en un tiempo posterior como consecuencia directa del incumplimiento. Todos los hechos futuros son, por definición inciertos, pero en materia de daños es indemnizable el perjuicio cuando es razonable deducir que muy probablemente sucederá, en el curso normal de los acontecimientos.
4. *Perjuicios materiales: daño emergente y lucro cesante*. Teniendo en cuenta los principios estudiados al comienzo, la indemnización procede ante la disminución o pérdida que ha sufrido una persona en su patrimonio, buscando precisamente resarcirlo integralmente. La indemnización busca reparar los daños materiales y debe comprender el daño emergente y lucro cesante[16]. El daño emergente es la pérdida derivada del incumplimiento mismo y el lucro cesante consiste en la ganancia o provecho que deja de reportarse por razón del incumplimiento.
5. *Perjuicios extrapatrimoniales*. Aunque la indemnización se debe por un deterioro patrimonial representable en un valor monetario, nuestro sistema jurídico ha aceptado, tiempo atrás y con el propósito de lograr una reparación integral, que, de forma excepcional, se deban aquellos perjuicios causados por la pérdida de derechos extrapatrimoniales junto con los materiales. Estos perjuicios se clasifican así:
   a. Perjuicios morales: con ellos se busca compensar a la víctima por un detrimento que, aunque no tiene valor patrimonial, sí

[16] Ibídem, arts. 1613 y 1614.

representa para ella una pérdida significativa que el derecho no puede ignorar[17]. Tal es el caso del dolor, el sufrimiento, la ansiedad, la tristeza, la angustia, la perturbación emocional y psicológica producida por la muerte, la incapacidad o la desfiguración de un ser querido como consecuencia de un incumplimiento de contrato. Un caso ilustrativo es el de la persona que muere o queda inválida por un tratamiento médico realizado de forma negligente. Aquí la víctima o sus familiares, según se trate, y teniendo en cuenta los lazos de parentesco y de afecto que los unen, pueden reclamar los daños morales, aunque es claro que con ello no se recupera la vida o la salud. Se busca con este tipo de reparación *sui generis* que la víctima reciba una satisfacción mínima o simbólica frente a la pérdida sufrida y exigir al responsable la indemnización tan completa como sea posible[18].

b. *Daño fisiológico*: la jurisprudencia colombiana ha aceptado recientemente esta categoría de perjuicio cuando, como consecuencia del hecho ilícito, la víctima sufre una pérdida funcional permanente que la priva de la salud causándole trastorno a sus funciones biológicas (por ejemplo: paraplejia).
c. *Daño a la vida de relación*: este daño va más allá de la pérdida de funciones biológicas y se centra en las consecuencias que ella tiene en la vida de relación de la víctima al impedirle realizar actividades —no necesariamente productivas desde el punto de vista económico— que le causan bienestar o placer (por ejemplo: practicar un deporte u otro pasatiempo).

6. *Pérdida de oportunidad*. Hoy día se reconoce que hay daño indemnizable si el incumplimiento le ha ocasionado al acreedor una

[17] El daño moral es una figura prevista inicialmente en el Código Penal, pero se ha aceptado también para la responsabilidad civil. Bajo la legislación anterior se liquidaban estos perjuicios en gramos de oro y actualmente en salarios mínimos mensuales; a mayor afección, mayor indemnización. El juez, en uso de su criterio y atendiendo las pruebas presentadas, gradúa el valor de la indemnización sin que se convierta en fuente de enriquecimiento para la víctima o sus familiares.

[18] Los perjuicios morales son distintos de los daños punitivos que existen en el sistema del *common law*, los cuales buscan castigar al responsable cuando el daño ha sido causado con particular sevicia.

pérdida de oportunidad, es decir, se ha frustrado una probabilidad de ganar un premio o concretar una ventaja económica. En estos casos, se suele reparar el daño atribuyendo un porcentaje equivalente a las probabilidades razonables de ganancia a quien lo reclama, que tenía de no haberse interpuesto el incumplimiento culposo.

7. *Daños previsibles e imprevisibles*. Si el deudor incumplido actuó con culpa, responde por los daños directos que pudieron preverse en el momento de la celebración del contrato. En cambio, si se prueba que el incumplimiento fue doloso, el deudor responde por los perjuicios directos, tanto los previsibles como los imprevisibles. Esto significa que el deudor que actúa dolosamente debe indemnizar de forma más amplia que quien incumple por descuido o negligencia[19].
8. *Daños compensatorios y moratorios*. Reciben estas denominaciones respectivamente los perjuicios que deben pagarse para compensar o reemplazar la prestación incumplida y los necesarios para reparar el daño causado por el cumplimiento tardío de la obligación.

Formas de evaluar los perjuicios

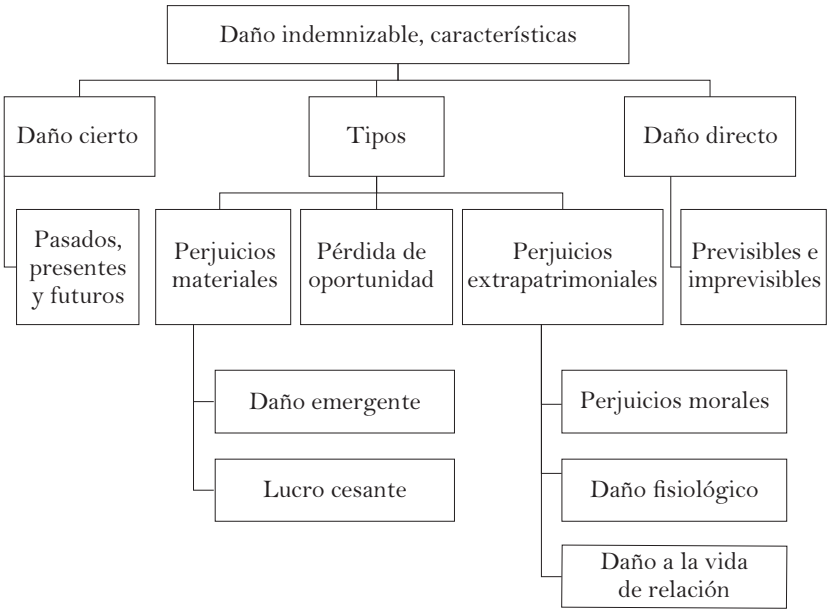
1. *Judicialmente*. Con fundamento en las pruebas apreciadas en el proceso y generalmente con apoyo en un dictamen de expertos, el juez determina el monto de los perjuicios que se deben pagar, salvo los perjuicios morales, donde impera el criterio informado del juez y su sentido de justicia para el caso concreto. La carga de probar la naturaleza y la cuantía de los daños recae en el demandante.
2. *Convencionalmente*. En los contratos, las partes autónomamente pueden tasar de manera anticipada los perjuicios que se deben pagar en caso de incumplimiento, por medio de la cláusula penal cuando esta tiene la función de ser estimación anticipada de perjuicios. Si hay incumplimiento, la parte afectada puede pedir el valor de la cláusula penal sin tener que probar el monto de los daños. Puede incluso pactarse que la pena se pague junto con la

[19] C. C., art. 1616.

obligación principal. El incumplido no puede desvirtuar el monto de la estimación alegando que la otra parte sufrió un perjuicio menor[20].

3. *Legalmente*. En casos excepcionales, la ley fija el monto de la indemnización por incumplimiento de contratos. Por ejemplo, en los contratos laborales cuando hay terminación sin justa causa de un contrato de término indefinido, la ley establece el valor que se ha de pagar como indemnización, relevando al trabajador de esta prueba[21]. La estimación legal no admite prueba en contrario, aun si se considera que el trabajador sufrió efectivamente menores perjuicios.

Figura 2. Daño indemnizable



Fuente: elaboración propia.

[20] Ibídem, arts. 1592-1601.

[21] CST, art. 65.

Cuarto requisito: vínculo causal

Es indispensable que entre el incumplimiento doloso o culposo del deudor y el perjuicio exista un claro nexo de causalidad; lo uno debe ser consecuencia necesaria de lo otro. En nuestro sistema, solo se indemnizan daños directos, es decir, los que surgen indirectamente no son indemnizables, pues nadie debe responder por efectos dañosos que no le sean imputables.

Cuando de una conducta se desprenden daños, los cuales a su vez generan otros y así sucesivamente, generándose una "cascada de perjuicios", debe indemnizar quien o quienes sean responsables de las conductas u omisiones que hayan resultado determinantes en la producción del daño cuya reparación se demanda.

Cuando el daño ocurre por el hecho de varias personas, la ley dispone que responden solidariamente frente al perjudicado, de manera que este tiene acción contra todas y cada una de ellas para exigir la totalidad de la indemnización[22].

Finalmente, cuando a la producción del daño contribuyen la culpa del deudor y la del acreedor, la indemnización puede reducirse, al haberse expuesto este imprudentemente al daño. La porción del perjuicio que asume cada uno la determina el juez según la valoración que haga de las pruebas en el proceso[23].

Reglas particulares de indemnización en ciertos contratos

Al lado de las reglas generales de la responsabilidad civil contractual existen ciertas normas en el régimen particular de algunos contratos que complementan o varían el régimen general, de manera que, al examinar una situación de incumplimiento, debe acudirse en primer lugar a las reglas especiales del contrato en cuestión si las hay y, en ausencia o

[22] Véase: C. C., art. 2344, norma situada en el capítulo de la responsabilidad extracontractual, pero que se ha considerado aplicable a todo el sistema de responsabilidad civil.

[23] Véase: C. C., art. 2357. Esta disposición también reglamenta la causalidad en la responsabilidad extracontractual, pero se aplica igualmente a la responsabilidad por incumplimiento de contrato.

insuficiencia de ellas, a las reglas generales de la responsabilidad. Citamos algunos ejemplos:

1. En el contrato de arrendamiento de bienes, si el mal estado de la cosa le impide al arrendatario hacer uso de ella, tendrá derecho a pedir la terminación del contrato con indemnización del daño emergente si el vicio de la cosa ha tenido una causa anterior al contrato. Si el vicio era conocido o debía ser conocido por el arrendador, la indemnización debe incluir el lucro cesante[24].
2. Cuando se incumple en un contrato la obligación de pagar una suma de dinero, se le permite al acreedor cobrar intereses moratorios junto con los remuneratorios que sean aplicables, además de alguna fórmula de actualización de la deuda, buscando que el dinero mantenga su valor adquisitivo[25].
3. En el contrato de agencia comercial, cuando la relación termina, el agente tiene derecho a una prestación económica especial llamada comúnmente "cesantía comercial", que se liquida teniendo en cuenta el valor de las comisiones devengadas por el agente y el tiempo de duración del contrato. Adicionalmente, si el empresario termina el contrato unilateralmente y sin justa causa o da lugar a que el agente lo dé por terminado con justa causa, se deberá una indemnización equitativa como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato[26].

Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad

En principio, se permite que las partes en uso de su autonomía regulen su responsabilidad por medio de cláusulas especiales de exclusión, atenuación o limitación de responsabilidad, mediante las cuales se prevé una mayor o menor reparación a la hora de indemnizar perjuicios, distribuyendo los riesgos económicos de cada negocio.

[24] Ibídem, arts. 1990 y 1991.

[25] Véanse: C. C., art. 1617 y C. Co., art. 884.

[26] C. Co., arts. 1324 y 1325.

Son de *exclusión* las cláusulas que determinan que, en ciertos casos, una o ambas partes no son responsables. Las de *atenuación* fijan unas reglas de indemnización menos exigentes que las previstas en la ley. Finalmente, las cláusulas de *limitación de responsabilidad* constituyen aquellas en cuya virtud una o ambas partes declaran que, en caso de incumplimiento, solo responden hasta por cierto monto, aunque los daños sufridos sean superiores[27].

Se ha considerado que las cláusulas de exclusión, atenuación y limitación de responsabilidad cumplen una importante función económica al distribuir los riesgos que asumen los empresarios, asignándolos de manera eficiente a quien se encuentra en una mejor posición para preverlos, calcularlos y prevenirlos. Sin embargo, muchos juristas ven estas cláusulas con desconfianza porque pueden convertirse en potencial instrumento de dominio y opresión de una parte contratante fuerte (generalmente experta en negocios) sobre la otra (más débil, ignorante, especialmente consumidores).

Dichas cláusulas se consideran válidas si respetan los siguientes criterios:

1. Las partes no pueden estipular la condonación del dolo futuro, pues tiene objeto ilícito que ocasiona la nulidad absoluta del pacto[28]. Tampoco pueden exonerarse de la culpa grave, puesto que, en materia civil, esta equivale al dolo[29].
2. No pueden pactarse condiciones meramente potestativas, que consisten en la sola voluntad de la persona que se obliga, es decir, yo cumplo mi obligación si quiero[30].
3. No pueden sustraerse de cumplir las prestaciones esenciales que le corresponden dentro del contrato celebrado[31].
4. Los pactos solo deben versar sobre derechos de contenido estrictamente patrimonial, por lo cual la exoneración no debe atentar

[27] En algunos casos, la ley misma establece limitaciones a la indemnización de perjuicios, por ejemplo: en el transporte aéreo: véase C. Co., arts. 1835, 1881 y 1886.

[28] C. C., art. 1522.

[29] Ibídem, art. 63.

[30] Ibídem, art. 1535.

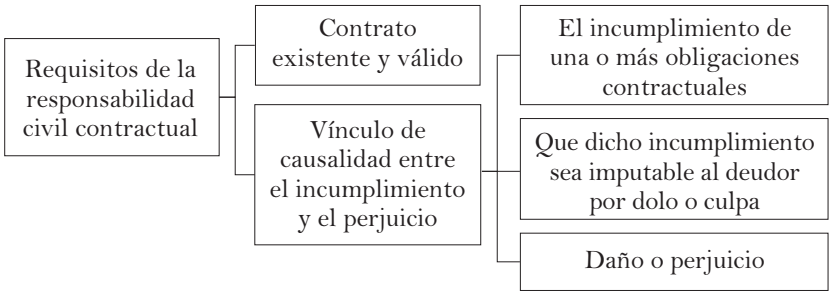
[31] Ibídem, art. 15.

contra la vida, integridad o salud, o cualquier otro derecho extrapatrimonial o que no sea de libre disposición del titular.

5. Que sean derechos renunciables, es decir, que solo afecten el interés particular del renunciante y cuya renuncia no esté prohibida por la Ley 31. En general, las cláusulas de atenuación o limitación no pueden ir contra normas imperativas ni del orden público o las buenas costumbres.
6. No pueden ser impuestas de forma engañosa y sorpresiva, pues podrían ser invalidados los contratos o cláusulas abusivas alegando que fueron aceptados con consentimiento viciado por error, fuerza o dolo[32].

En el punto de la responsabilidad contractual, se mencionó que el Código Civil consagra la teoría tripartita de la culpa "todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicios de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes"[33]. Por consiguiente, el régimen general fijado por la ley puede ser modificado por las partes mediante pactos especiales para variar la culpa aplicable a su contrato, siempre y cuando se sujeten a los criterios señalados.

Figura 3. Requisitos de la responsabilidad civil contractual



Fuente: elaboración propia.

[32] Ibídem, arts. 1509-1516. En los contratos de adhesión, estas cláusulas no son *per se* nulas, pero se someten a escrutinio judicial para invalidarlas si son abusivas, especialmente en negocios celebrados entre empresarios, que redactan los contratos, y consumidores, quienes se limitan a expresar su consentimiento por adhesión.

[33] Véase: C. C., art. 1604.

La responsabilidad civil extracontractual

Bajo esta modalidad, también llamada *responsabilidad delictual*, no existe vínculo contractual previo entre el causante y la víctima del daño. Para que surja la obligación de indemnizar, deben reunirse las condiciones siguientes:

1. Una conducta dolosa o culposa.
2. Un daño.
3. Un vínculo causal entre la conducta y el daño[34].

En este campo, el hecho ilícito consiste en violar el deber general de diligencia y prudencia que tienen todas las personas al realizar sus actividades en el contexto social.

Primer requisito: conducta dolosa o culposa. En primer lugar, el causante del daño debe haber incurrido en una conducta dolosa o culposa, sea activa u omisiva. Recordemos que es dolosa cuando se actúa con intención de causar agravio y culposa cuando su comportamiento es descuidado, negligente o imprudente.

Con respecto a la culpa en la responsabilidad extracontractual, nuestra legislación prevé distintas situaciones:

a. *Responsabilidad directa*. Es la regla general prevista en el artículo 2341 del Código Civil: el que causa un daño con dolo o culpa debe indemnizarlo. La persona autora de la conducta es la misma que debe responder con su patrimonio el daño causado.
b. *Responsabilidad indirecta*. Las personas no solo son responsables de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que están bajo su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores; el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado; los directores de colegios responden del hecho de los discípulos mientras estén bajo su cuidado[35].

[34] Ibídem.

[35] Ibídem, art. 2341.

Este tipo de responsabilidad también se aplica, según los principios clásicos del Código Civil, a los "amos" por daños causados por sus "criados o sirvientes" con ocasión del servicio prestado[36], que puede interpretarse en el marco de las relaciones que implican dependencia de una persona con respecto a otra como los empleadores —personas naturales— por los hechos de sus trabajadores cuando se encuentran cumpliendo sus funciones.

En la responsabilidad indirecta opera una presunción de culpa sobre el encargado del cuidado o de la supervisión, pues se supone que el daño ha ocurrido por una culpa de este consistente en no vigilar suficiente y diligentemente al menor, pupilo o dependiente (culpa *in vigilando*); o en no elegir correctamente a sus subordinados (culpa *in eligendo*). Los indirectamente responsables podrán exonerarse de responsabilidad desvirtuando la presunción mencionada, mediante la prueba de que no fue posible evitar el hecho o que no tenían modo de prever o impedir la conducta impropia empleando el cuidado ordinario.

c. *Responsabilidad por daños causados por cosas*. Los perjuicios a terceros pueden causarse también por cosas y, en ese evento, la responsabilidad recae sobre el dueño o quien se sirve del bien. Por ejemplo: los daños causados por la ruina de un edificio recaen sobre el propietario si dicha ruina ha ocurrido por omitir las reparaciones necesarias; los daños causados por cosas que caen de un edificio son imputables a todas las personas que habitan en esa parte del edificio, a menos que se pruebe que el daño proviene de la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente[37]. De igual forma, los dueños de los animales son responsables de daños que estos causen, salvo que no pueda imputarse al dueño o dependiente encargado de la guardia o servicio del animal[38].
d. *Responsabilidad en actividades peligrosas*. Existe un régimen especial aplicable a la reparación de perjuicios causados en el ejercicio de una actividad peligrosa. Estas actividades son lícitas y muchas veces necesarias en la vida moderna, pero despliegan

[36] Ibídem, art. 2349.

[37] Ibídem, arts. 2350 y 2355.

[38] Ibídem, art. 2353.

un mayor potencial de daño para los terceros, es decir, crean un riesgo para los demás. Con fundamento en una norma del Código Civil[39], la jurisprudencia ha ampliado la gama de actividades que se consideran peligrosas para incluir, no solo el uso de armas de fuego, sino la conducción de vehículos y maquinaria, la construcción de obras, la operación de aeronaves y trenes, el manejo de energía eléctrica y nuclear y la manipulación industrial de tóxicos, entre otras.

Como dichas actividades requieren máximo cuidado de quien las practica y se realizan en provecho del titular o dueño en detrimento de la seguridad de personas ajenas a ellas, la jurisprudencia ha debatido cuál debe ser el régimen de la culpa e incluso si el elemento subjetivo es requerido en estos casos. Desde hace muchos años se estableció una presunción de culpa contra quien causa un daño en ejercicio de actividades peligrosas. Lo anterior significa que la víctima no tiene la carga de probar el elemento "culpa"; solo debe acreditar la existencia del hecho, del daño y del nexo causal entre ellos. El demandado solo podrá exonerarse de responsabilidad probando que el daño fue producto de una causa extraña, pero no puede alegar su propia diligencia y prudencia.

Cuando el daño ocurre mientras ambos, demandante y demandado, ejercen una actividad reputada peligrosa, la jurisprudencia ha considerado que desaparece la presunción de culpa, pues, al colisionar dos actividades de ese tipo no puede darse la ventaja probatoria a ninguna de las partes y operan las reglas generales: quien pide la reparación de un daño debe probar todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. No obstante, si quien resulta perjudicado es un tercero a las actividades peligrosas que colisionan, opera en su favor el beneficio de la presunción de culpa y puede haber responsabilidad solidaria que recae sobre quienes causaron el perjuicio[40].

[39] Ibídem, art. 2356.

[40] Ibídem, arts. 2356 y 2344.

> Recientemente[41], la Corte Suprema de Justicia declaró que la responsabilidad por actividades peligrosas es objetiva, es decir, no se requiere probar la culpa ni ella se presume. Se prescinde totalmente de ella de manera que la víctima solo debe probar que el daño se produjo en ejercicio de una actividad peligrosa. Aunque el debate sobre el régimen de la culpa en estas actividades continúa, lo cierto es que la tendencia se ha venido unificando alrededor de la responsabilidad objetiva en este tipo de actividades.

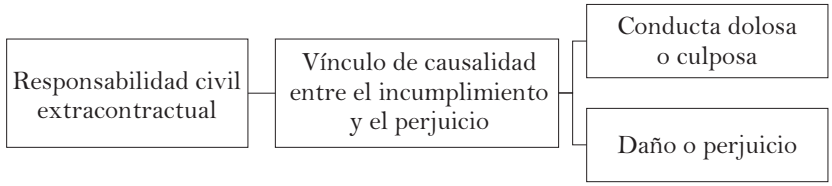
Segundo requisito: perjuicio indemnizable. En el régimen extracontractual son plenamente aplicables los conceptos y criterios que se hicieron en el aparte dedicado a la responsabilidad contractual con respecto al daño indemnizable, comentarios a los cuales nos referimos. El hecho generador de la responsabilidad no es el incumplimiento del contrato, sino cualquier conducta dolosa o culposa del autor del daño.

Solo falta aclarar que en el régimen extracontractual debe indemnizarse todo daño (previsible e imprevisible) que surge directamente de la conducta dolosa o culposa. No existe la distinción que explicamos anteriormente con respecto a la extensión de los perjuicios para indemnizar en la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento es doloso y cuando es culposo.

Tercer requisito: nexo de causalidad. En el campo extracontractual también es indispensable acreditar que el perjuicio causado a la víctima es consecuencia directa de la conducta dolosa o culposa del autor y son pertinentes todas las observaciones que ya hicimos alrededor de este requisito en la responsabilidad contractual.

[41] CSJ, Cas. Civil, Sent. ago. 24/2009. M. P. William Namén Vargas, decisión que no fue unánime; varios magistrados aclararon su voto. Sin embargo, desde la década de 1930 la Corte acogió la teoría del riesgo creado como fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas. En un fallo del 26 de septiembre del 2010, la Sala Civil de la Corte regresó a la tesis de la responsabilidad subjetiva con presunción de culpa. Esta decisión también estuvo dividida y fue objeto de aclaraciones de voto. Posteriormente, el 2 de junio del 2021, la Sala Civil de la Corte retomó la tesis del riesgo creado y, por lo tanto, afirmó que la responsabilidad civil por actividades peligrosas es objetiva. Para esta ocasión, también hubo múltiples aclaraciones de voto.

Figura 4. Requisitos de la responsabilidad extracontractual



Fuente: elaboración propia.

Responsabilidad civil de las personas jurídicas

Mucho se ha debatido sobre la responsabilidad civil de las personas jurídicas, también llamadas personas morales, teniendo en cuenta que no actúan por sí mismas, sino mediante personas naturales. En materia extracontractual, en un principio, la jurisprudencia consideró que era un caso de *responsabilidad indirecta*, pues la persona jurídica como "amo" debía responder por los daños de sus "criados o sirvientes", con fundamento en los conceptos de culpa *in vigilando* y de culpa *in eligendo* estudiados[42]. Sin embargo, este concepto evolucionó con el tiempo hasta llegar a una posición según la cual la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos de sus dependientes es directa cuando estos se encuentran en cumplimiento de sus funciones[43]. Como la persona moral despliega su actividad por medio de personas físicas, la culpa de estas compromete el patrimonio de la persona jurídica a la que prestan sus servicios, sin que importe el nivel jerárquico del empleado autor de la conducta. Aquí se atribuye responsabilidad a la persona jurídica teniendo en cuenta que la actividad redunda en su beneficio. La regla se ha ampliado para considerar que en estos eventos la víctima tiene acción de perjuicios contra la persona jurídica y contra el dependiente que directamente desplegó la conducta dañosa, pues ambos responden solidariamente.

[42] C. C., art. 2349.

[43] La Sent. de 30 junio 1962 de la CSJ sentó el criterio de la responsabilidad directa de las personas jurídicas: CSJ, Casación Civil, Sent. jun. 30/1962. M. P. José Gómez. GJ: año XII, n.° 2256, 2257, 2258 y 2259.

"La responsabilidad de la persona jurídica por los hechos de sus dependientes es directa cuando estos se encuentran en cumplimiento de sus funciones o cuando el daño se produce con ocasión de las funciones que el dependiente cumple desarrolla".

En cuanto a la *responsabilidad contractual de las personas jurídicas*, debe tenerse en cuenta que ellas contraen obligaciones si su voluntad en tal sentido es expresada por un representante legal autorizado. No obstante, tratándose de incumplimiento, puede provenir de la conducta de funcionarios de cualquier jerarquía a los que se les haya delegado la ejecución de los actos propios del contrato, de manera que también puede afirmarse la responsabilidad civil directa de las personas jurídicas en el campo contractual[44].

Causales de exoneración

Quien es demandado en un caso de responsabilidad civil tiene derecho a presentar sus defensas buscando ser exonerado para no verse obligado a pagar la indemnización pretendida. Para excluir su responsabilidad, el demandado puede demostrar la ausencia de alguno o algunos de los requisitos de la responsabilidad que se le imputan o de todos. Existen además varias causales que pueden ser alegadas por el demandado. Este debe probar todos los hechos que alega en su favor.

En la responsabilidad contractual, las defensas disponibles varían si las obligaciones supuestamente incumplidas son de medio o de resultado. Si son de medio, el deudor demandado puede alegar como causales de exoneración:

1. La existencia de una causa extraña que le impidió cumplir la obligación, consistente en fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva del acreedor.
2. El empleo de la debida prudencia o diligencia en el cumplimiento de la obligación, así el resultado no se haya obtenido[45].

[44] C. C., ART. 1738.

[45] Ibídem, art. 1604.

Si lo que se alega es la inejecución de una obligación de resultado, ya mencionamos que pesa sobre el deudor una presunción de culpa que solo se puede desvirtuar con la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima[46]), pero no puede alegar su propia diligencia y prudencia.

En la responsabilidad extracontractual, si la responsabilidad es directa, puede alegarse tanto causa extraña como la debida diligencia y prudencia. En la responsabilidad indirecta (por el hecho de quien está bajo cuidado o dependencia), vimos que hay una causal especial de exoneración para desvirtuar la culpa *in eligendo* e *in vigilando*, consistente en la imposibilidad de evitar el hecho[47]. Cuando los daños son causados por cosas, el demandado puede valerse de la causa extraña y de la ausencia de culpa[48]. Finalmente, si el daño fue causado en ejercicio de actividades peligrosas, por existir presunción de culpa o responsabilidad objetiva, según la tesis que se acoja, solo cabe la defensa de causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima).

La fuerza mayor o caso fortuito son circunstancias extraordinarias ajenas al demandado que no pueden preverse al considerar las precauciones normales y cuyos efectos son irresistibles. Estas circunstancias son las verdaderas causas del daño, por lo cual se excluye la culpa del demandado[49] y se rompe el vínculo de causalidad.

Hay culpa exclusiva de la víctima (en responsabilidad extracontractual) o del acreedor (en la contractual) cuando el daño proviene totalmente de la negligencia, imprudencia o impericia del perjudicado y se excluye igualmente la culpa del demandado.

La causa extraña es una defensa universal, por lo cual procede como causal de exoneración en todas las manifestaciones de la responsabilidad civil: contractual, extracontractual y precontractual. Esto no es igual en la debida diligencia y prudencia, que sigue reglas especiales en cada

[46] Si hay culpa de la víctima, pero concurre con la del autor del hecho no habrá exoneración, aunque sí una rebaja del valor a indemnizar: C. C., art. 2357.

[47] Ibídem, arts. 2347 y 2349.

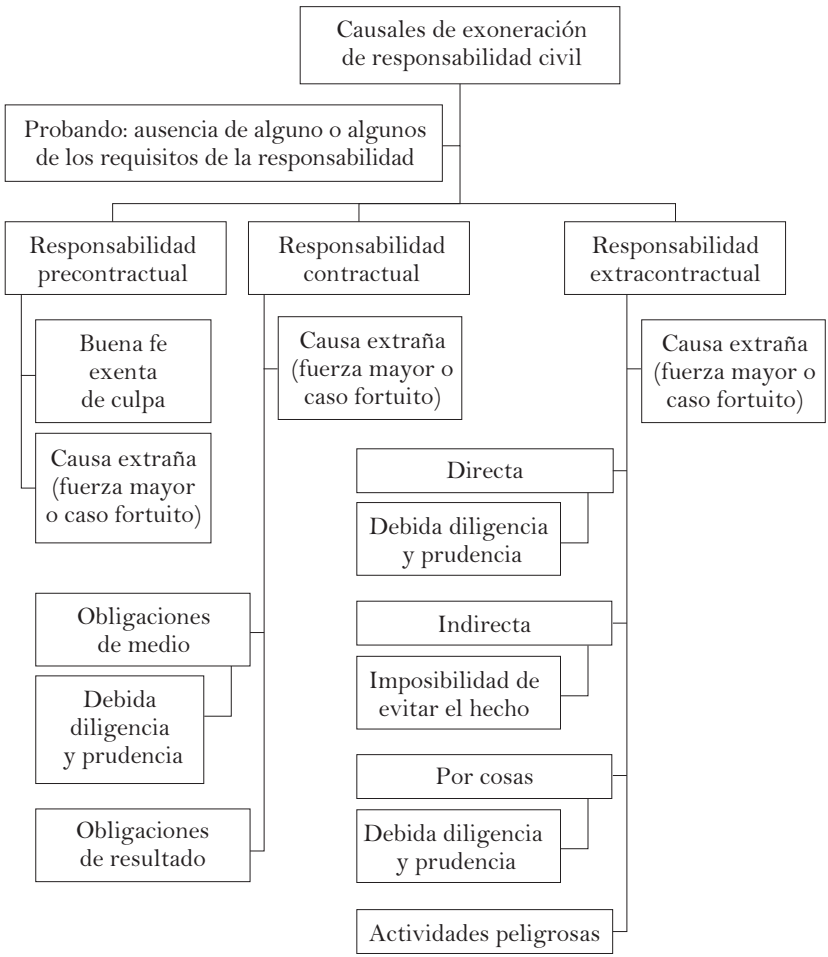
[48] Ibídem, arts. 2350 y 2353.

[49] "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.": C. C., art. 64.

caso, dependiendo de las disposiciones legales o la interpretación que los jueces han dado sobre su procedencia en cada situación.

En todos los casos, quien es demandado puede exonerarse, además, alegando que el demandante no sufrió ningún perjuicio o que, cuando existe el daño, no es indemnizable. Así mismo, cabe la exoneración cuando no se prueba que hay un vínculo causal directo entre la conducta del demandado y el perjuicio sufrido por el demandante.

Figura 5. Causales de exoneración



Fuente: elaboración propia.

La responsabilidad civil objetiva

Hemos dicho que, como regla general, nuestro sistema de responsabilidad civil es subjetivo porque se requiere la presencia del elemento de culpa o dolo.

> "En la responsabilidad objetiva se prescinde del elemento culpa y se exige tan solo la conexión material entre el hecho dañoso y el perjuicio".

No obstante, se ha venido aceptando con el tiempo la existencia de casos excepcionales en los que basta probar el hecho, el daño y el nexo de causalidad para que nazca la obligación de indemnizar, sin que se realice un juicio de valor sobre la conducta del autor. En la responsabilidad objetiva, se prescinde del elemento de culpa y se exige tan solo la imputabilidad o conexión material entre el hecho y el perjuicio.

Los casos de responsabilidad civil objetiva que se reconocen en el derecho privado colombiano son:

1. En el campo contractual, el pago de cheques falsificados por los bancos impone sobre estos la obligación de indemnizar sin necesidad de que se pruebe culpa de su parte[50]. Se ha justificado la existencia de responsabilidad objetiva en este caso, señalando que el riesgo proveniente de la actividad bancaria y debe recaer íntegramente sobre los bancos como órganos profesionales y especializados, los cuales deben ejercer el máximo cuidado al pagar cheques, teniendo en cuenta que se lucran de ese negocio.
2. En el campo extracontractual, citamos los siguientes casos[51]:
   a. Los daños causados por animales fieros que no tienen utilidad para la guarda de un predio[52].

[50] C. Co., art. 1391.

[51] En el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños ocasionados a los particulares, la jurisprudencia ha adoptado el concepto de la falla del servicio alejándose de la noción clásica de culpa del Código Civil, por lo cual, en Colombia, se considera regla general que la responsabilidad del Estado es objetiva. Como nos estamos refiriendo al sistema de responsabilidad aplicable a los particulares, no se examina al detalle la responsabilidad del Estado.

[52] C. C., art. 2354.

b. Los daños a personas en la superficie causados por cosas que caen de aeronaves[53].
c. Los perjuicios causados a derechos e intereses colectivos como el medio ambiente[54].
d. Recientemente y con la salvedad ya hecha sobre el debate que persiste, los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas. En estos casos, la responsabilidad objetiva se explica por el riesgo que comporta la actividad en cuestión a las personas ajenas a ella, por el estado de indefensión en que queda la víctima ante la magnitud del daño. Así mismo, se considera el provecho económico percibido por el dueño de la actividad que, por tal motivo, es el más indicado para asumir los costos sociales.
e. Daños causados por productos defectuosos, según el régimen de protección al consumidor.[55]

Cuando se busca la imposición de responsabilidad objetiva en un caso concreto, el perjudicado debe probar:

1. Una conducta de aquellas incluidas en el régimen de responsabilidad objetiva.
2. Un daño.
3. Un vínculo de causalidad entre la conducta y el daño.

El demandado solo podrá exonerarse y ser excusado de indemnizar si demuestra:

1. Que no ha sido el autor de la conducta.
2. Que no hay nexo de causalidad material entre la conducta y el daño, es decir, que este es producto de una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito).
3. Que el perjuicio alegado no existe o no es indemnizable.

[53] C. Co., art. 1827.

[54] C. N., 1991, art. 88.

[55] L. 1480/2011.

Casos

1. La sociedad Futuro Urbano S. A. S. (FU) se constituyó en 2010 y su objeto social es construir conjuntos residenciales, edificios y toda clase de obras civiles. Para la labor de estudio de suelos en uno de sus proyectos, lo encargó a la firma de ingeniería Gómez y López Ltda. (GL). Mario, empleado de GL, encargado de manejar los equipos necesarios para realizar el estudio correspondiente, conduciendo un vehículo de propiedad de la firma en el sitio de la obra, atropelló a Carlos, un peatón que pasaba por el lugar. Carlos, empresario independiente y estudiante de ingeniería electrónica, sufrió varias fracturas que le impedirán estudiar y trabajar por tres meses. Con sus ingresos, sostiene a su familia y paga un préstamo al Banco Mío. Carlos y su esposa saben que usted conoce las reglas de la responsabilidad civil y le consultan qué pueden hacer en esta lamentable situación.
2. Juana es graduada de gastronomía y quiere cumplir su sueño de abrir un café restaurante. Para ello alquiló un local con un contrato renovable a dos años, pagando un canon de tres millones de pesos mensuales y contrató tres meseros con salario mínimo. Diego, arquitecto y diseñador de interiores que anuncia sus servicios en su página web, se comprometió a entregarle a Juana los diseños dos meses antes de la inauguración del local. Así mismo, le aseguró que el restaurante estaría listo y totalmente acondicionado con un mes de antelación para ser decorado con muebles y elementos decorativos suministrados por Diego. Por sus servicios, el arquitecto cobró treinta millones de pesos, de los cuales Juana anticipó el 50 % y el pago del saldo se acordó para el día de la entrega a satisfacción. La fecha de la apertura se anunció al público por distintos medios de comunicación y por correo electrónico masivo a un listado de clientes a quienes Juana atendía eventos a domicilio. Diego no entregó los diseños ni la obra a tiempo y Juana debió aplazar la apertura del restaurante en varias oportunidades. Aunque Diego le ofreció excusas, diciendo que había estado enfermo, le pidió plazos que no cumplió. La semana anterior a la fecha definitiva de inauguración el local se inundó por la rotura de un tubo mal instalado y

se dañaron todos los muebles y elementos decorativos, incluso varias pinturas y esculturas prestadas por amigos de Juana, que querían exhibir en el restaurante para su venta. Juana, desconsolada, le pide a usted orientación y consejo legal ante estos penosos sucesos.

3. María abordó un bus intermunicipal de propiedad de la empresa Veloz, S. A. para ir de paseo con unas amigas. Había terminado sus estudios de enfermería con éxito y se merecía unas buenas vacaciones. María vivía en unión libre con Fernando hacía tres años, pero ayudaba económicamente a sus padres y hermanos con su trabajo haciendo turnos de enfermería. En la carretera y por un derrumbe, el conductor del bus invadió el carril contrario y se estrelló de frente con una tractomula. Como resultado de la colisión, María sufrió múltiples traumatismos que le causaron la muerte. Fernando y los padres de María, muy tristes, le preguntan a usted cuál es la situación jurídica que enfrentan.
4. Pablo es propietario de varios taxis en Bogotá. Ha contratado a varios familiares para que conduzcan los taxis veinticuatro horas. Contrató a su sobrina Luisa, que acababa de cumplir 18 años y de obtener la licencia de conducir para trabajar durante las vacaciones de diciembre. Luisa recogió a Sonia y a Jairo, menores de edad, que salían de una fiesta a las 3:00 a. m. En un cruce sin semáforo, se estrelló con un carro conducido por Manuel, pero de propiedad de la Fundación Infancia Feliz, que venía sin luces a gran velocidad, y los dos vehículos quedaron muy averiados. Sonia recibió severos golpes en la cabeza y el abdomen, y quedó en estado de coma. Luisa se dio cuenta de que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) y el seguro de responsabilidad civil estaban vencidos. Los padres de Sonia necesitan una respuesta a sus preguntas: ¿qué pueden reclamar? ¿A quién?
5. Juan celebra de manera verbal un contrato de servicios con Liliana, que tiene por objeto el arreglo del sistema eléctrico del apartamento de propiedad de Liliana, en donde tiene su residencia actual. A Liliana le recomendó los servicios de Juan su compañero de *running* Roberto. Liliana tiene una hija, su nombre es Mónica, de diez años. Justo el día de las reparaciones Mónica invitó a jugar al apartamento a su amigo James de once años. Juan

estaba iniciando las reparaciones y olvidó "bajar los tacos". Se disponía a revisar el sistema eléctrico, tomó sus herramientas y movió un par de cables. De repente, un sonido muy fuerte invadió el apartamento y un par de chispas saltaron a la vista. Ese día ocurrió lo siguiente:

a. Juan no solo no logró arreglar el sistema eléctrico de la casa de Liliana, sino que dañó gravemente el sistema eléctrico de todo el Edificio, Propiedad Horizontal Edificio Baa.
b. Todos los electrodomésticos de Liliana conectados al tomacorriente sufrieron pérdida total, a saber: su portátil, su celular, televisor, licuadora, nevera, entre otros.
c. Luciana, arrendataria del apartamento que está justo en frente del de Liliana, estaba estrenando televisor y nevera, electrodomésticos que, con el daño eléctrico generado, también tuvieron pérdida total.
d. Mónica y James, que estaban al interior de la casa al momento de la explosión sufrieron los siguientes daños:
    - James tuvo una pérdida auditiva del 30 %.
    - Mónica tuvo lesiones graves y estuvo una semana en cuidados intensivos.

Reflexione si, en este caso, se configura algún tipo de responsabilidad civil y quién puede pedir qué y por qué.

Bibliografía sugerida

Castro de Cifuentes, Marcela. "El hecho Ilícito. Nociones Fundamentales. El sistema de responsabilidad civil", en *Derecho de las obligaciones*., tomo I. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho y Temis, 2009.

Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, tomos I y II. Bogotá: Legis, 2011.

Bibliografía

CSJ, Casación Civil, Sent. jun. 30/1962. M. P. José Gómez. GJ: año XII, n.° 2256, 2257, 2258 y 2259.
CSJ, S. de Casación Civil, Sent. ago. 24/2009. M. P. William Namén Vargas.
C. N., 1991.
D. 410/1971 [C. Co.].
D. 960/1970.
L. 84/1873 [C. C.].
L. 599/2000 [CP].
L.1480/2011.

Capítulo VI

El derecho comercial conceptos básicos*

Marcela Castro de Cifuentes
Sergio Carreño Mendoza

El derecho privado y sus dos grandes ramas: el derecho civil y el derecho comercial

El sistema jurídico suele dividirse por especialidades, dependiendo de la materia que cada una regula. Con ello, pretende estructurar un orden o lograr una sistematización con fines teóricos, pedagógicos y prácticos.

Una de las particiones más gruesas es la del derecho público y el derecho privado. Al primero, se le ha asignado la función de formular las reglas necesarias para el funcionamiento del Estado y de los asuntos que le interesan a toda la comunidad. Así, el derecho público comprende las grandes categorías del derecho constitucional[1], el administrativo[2] y el internacional público[3] con todas sus subdivisiones, entre ellas

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.742.

[1] La Constitución Política es la norma fundamental del Estado, que define el sistema político, consagra los derechos de los ciudadanos y las reglas básicas de funcionamiento de las ramas del poder público (ejecutiva, legislativa y judicial) y de otros organismos que conforman el Estado.

[2] El derecho administrativo establece el régimen de las entidades estatales con respecto a su estructura y de las actuaciones que desarrollan para cumplir sus fines de servicio público. En sentido estricto, el derecho administrativo dispone las reglas para el funcionamiento de la rama ejecutiva.

[3] El derecho internacional público estudia y organiza las relaciones entre Estados y el funcionamiento de las organizaciones de derecho internacional público.

el derecho tributario[4], el derecho ambiental[5] y el derecho disciplinario[6], por solo citar unos pocos ejemplos.

Sin embargo, esta definición estrecha, referida exclusivamente a la calidad del sujeto, fue ampliándose con el tiempo para considerar también como parte del derecho público a todas las normas cuyo propósito fuera tutelar intereses públicos, como ocurre con el derecho penal, el laboral y el procesal.

En contraposición, el derecho privado, con sus componentes de derecho civil y comercial, se ha concebido como aquel que regula las relaciones entre particulares. Sin embargo, hoy su concepto también se ha ampliado más allá de los sujetos intervinientes para cobijar los asuntos en los que prevalece el interés privado tanto en la esfera puramente personal (como ciertos aspectos del estado civil, la capacidad de los sujetos y la familia) como en su dimensión patrimonial, es decir, incluye los mecanismos jurídicos utilizados para satisfacer las necesidades económicas de las personas como adquirir un bien o un servicio (por ejemplo, mediante la celebración de contratos).

Sin embargo, debe advertirse que la división rígida público-privado se ha ido desdibujando con el tiempo hasta el punto de que muchas actividades actuales participan de las dos visiones y es necesario integrarlas adecuadamente. El derecho financiero y del mercado de capitales, el régimen para la prestación de servicios públicos domiciliarios y los contratos celebrados entre empresas y consumidores representan algunos ejemplos relevantes de la anterior afirmación.

Cada una de las subdivisiones del derecho privado tiene un código especializado. Así, el Código Civil "comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, debido al estado de las personas, de sus bienes, obligaciones,

[4] El derecho tributario integra el conjunto de normas que establece el régimen de los distintos impuestos.

[5] El derecho ambiental constituye el subsistema jurídico encaminado a la protección del ambiente que contiene los deberes y sanciones respectivos.

[6] El derecho disciplinario dicta el régimen sancionatorio por faltas de los servidores públicos.

contratos y acciones civiles"[7]; mientras que el Código de Comercio trata "de los comerciantes y de los asuntos mercantiles"[8].

En su gran mayoría, las instituciones del derecho civil colombiano se originaron en el derecho romano. Estas, tras una larga evolución, cristalizaron en el Código Civil napoleónico de 1804, luego pasaron a Chile gracias a la obra del redactor Andrés Bello y finalmente se vertieron en nuestro Código Civil, adoptado en 1873 por el Estado de Cundinamarca durante la etapa federal y vigente para Colombia como República Unitaria desde 1887, el cual ha recibido múltiples reformas.

Por su parte, el derecho comercial o mercantil nació en la Edad Media (aproximadamente en el siglo XII) en las ciudades marítimas de Europa. Se manifestó en los usos y costumbres de los mercaderes, quienes surgían como nueva clase social al margen del sistema feudal. Con el paso de los siglos, el derecho comercial creó muchas instituciones nuevas para favorecer la agilidad de las operaciones (como la letra de cambio, el contrato de seguro y los contratos bancarios) y se consolidó como una disciplina especial, pero que en realidad nunca ha gozado de autonomía total frente al derecho civil, al cual siempre le ha sido necesario acudir para llenar los vacíos y lagunas del derecho mercantil, surgido de las necesidades prácticas y no de las teorías abstractas.

Para los efectos de este capítulo, el cual pretende esbozar los conceptos fundamentales del derecho comercial, lo definiremos como una de las ramas del derecho privado que se encarga de reglamentar ciertos actos y contratos considerados mercantiles y la profesión de las personas que realizan tales actos y contratos de manera habitual. En otras palabras, puede afirmarse que el campo de aplicación del derecho mercantil se encuentra conformado por dos fenómenos: uno objetivo (los actos de comercio y las empresas mercantiles) y uno subjetivo (los comerciantes y los empresarios mercantiles). Bajo el sistema objetivo, el acto se considera comercial por su naturaleza sin que interese la calidad de comerciante o no que tengan quienes lo celebran. Esto significa que los actos de comercio pueden ser realizados por todas las personas, comerciantes y no comerciantes y se someten siempre al derecho comercial.

[7] L. 84/1873, en adelante C. C., art. 1.

[8] D. 410/1971, en adelante C. Co., art. 2.

En un sentido más amplio, además de los actos de comercio y los comerciantes, el derecho mercantil también regula los bienes mercantiles[9].

En un sentido amplio, además de los actos de comercio y los comerciantes, el derecho mercantil también regula los bienes mercantiles.

Los actos de comercio y las empresas mercantiles, criterios de mercantilidad

¿Qué se entiende por acto de comercio y qué elementos nos suministra la ley para comprender lo que significa? Este interrogante no ha podido responderse de manera clara y categórica, pues no hay una definición abstracta del acto de comercio. La doctrina jurídica especializada ha intentado elaborar un concepto y ha ensayado, entre otras, nociones alrededor del ánimo de lucro, de la intermediación o interposición en el mercado y de su carácter empresarial. Sin embargo, estas teorías no han logrado superar múltiples críticas[10].

Un acto se considera comercial por voluntad del legislador, es decir, la ley es la que señala cuándo se está en presencia de uno de tales actos o actividades, no por medio de una definición, sino de un extenso listado que incluye una gama muy variada y heterogénea de operaciones usuales en la vida de los negocios[11]. En el catálogo de los actos de comercio se enuncian tanto actos (entendidos aisladamente) como actividades (que sugieren organización y reiteración, elementos propios de la noción de empresa). A este criterio principal de enumeración, se suman otros criterios auxiliares que estudiaremos en el presente capítulo. Así las cosas, para saber si determinado acto o contrato es comercial y se le aplican en consecuencia las normas mercantiles, debe acudirse

[9] De acuerdo con el Código de Comercio, son bienes mercantiles: el establecimiento de comercio, la propiedad industrial y los títulos valores. Al primero de ellos nos referiremos al final de este capítulo y los otros dos se tratan en capítulos separados.

[10] Véase este debate en: Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2.ª edición (Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho y Temis, 2016).

[11] C. Co., art. 20.

a una apreciación casuística, es decir, en cada caso concreto deben aplicarse unos criterios llamados *criterios de mercantilidad* los cuales se abordan a continuación.

Enumeración legal[12]

De conformidad con este criterio, que es el principal, debe buscarse el acto examinado en la enumeración del artículo 20 para dictaminar si la ley lo considera comercial. En la enumeración, se encuentran actos y contratos que solo están regulados por la ley comercial, pero también se señalan ciertos contratos que se denominan de "doble regulación", es decir, que tienen reglamentación paralela en el Código Civil. En el primer caso, se sabe de entrada que el acto es de comercio porque solo el derecho comercial lo regula, mientras que, en el segundo caso, que es más problemático, resulta necesario determinar si el negocio en cuestión es civil o comercial. En concreto, los numerales 4 al 19 contienen negocios sometidos al derecho comercial exclusivamente, mientras que los numerales 1 al 3 prevén contratos comerciales, pero que también se regulan en el Código Civil. Por ejemplo: las operaciones bancarias[13], el corretaje[14] y los seguros[15] no aparecen regulados en las normas civiles y siempre se conciben como comerciales. En cambio, la compraventa[16] puede ser civil o comercial, igual que el arrendamiento[17] y el mutuo[18], dependiendo de la presencia de ciertos elementos que los diferencian.

En el caso de la compraventa, se tiene por comercial cuando se adquieren bienes (muebles o inmuebles) a título oneroso para ser enajenados también a título oneroso[19]. Es entonces el típico acto de interposición

[12] Ibídem.

[13] Ibídem, art. 20, num. 7.

[14] Ibídem, art. 20. num. 8.

[15] Ibídem, art. 20, num. 10.

[16] Ibídem, art. 20, num. 1.

[17] Ibídem, art. 20, num. 2.

[18] Ibídem, art. 20, num. 3.

[19] Contratos onerosos son aquellos en los que cada una de las partes tiene a su cargo una obligación que debe cumplir en beneficio de la otra. Se contraponen a los contratos gratuitos en los que solo uno de los contratantes tiene a su cargo la obligación.

en el mercado. En cambio, la compraventa se estima civil cuando se compran bienes para uso o consumo del adquirente y no para revenderlos[20].

Los numerales 10 al 18 evidencian múltiples actividades que son comerciales por ejecutarse en desarrollo de una empresa, esto es, la actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios[21]. En este sentido, puede señalarse que los actos descritos en lo numerales 1 al 6, en principio, no requieren de organización ni reiteración para que sean actos de comercio; y los numerales 7 al 18, por su parte, presuponen actos empresariales de producción, transformación y comercialización de bienes y prestación de servicios.

Por último, cabe aclarar que hay actos y contratos que no se encuentran específicamente enumerados en el artículo 20, pero que son comerciales por estar regulados por la ley mercantil, como lo dispone el numeral 19. Este es el caso de la agencia comercial[22], del mandato comercial[23] y de la preposición[24].

Esta enumeración legal del artículo 20 no es taxativa, lo cual significa que los actos de comercio no son únicamente los que se encuentran allí señalados, sino que pueden catalogarse también como comerciales actos similares a los enumerados y que vayan surgiendo con el desarrollo de la actividad económica.

Actos de comercio conexos, accesorios o por relación[25]

Al lado de la multiplicidad de actos que señala el artículo 20, el cual contiene el criterio principal para determinar qué es mercantil, la ley provee

[20] C. Co., art. 23, num. 1.

[21] C. Co., art. 25.

[22] Ibídem, arts. 1317 y ss.

[23] Ibídem, arts. 1662 y ss. Existe también mandato en el C. C. en los artículos 2142 y siguientes. En ambos tipos de mandato, una persona llamada *mandante*, encarga la gestión de uno o más negocios a otra llamada *mandatario*, quien actúa por cuenta de la primera. El mandato es comercial si lo que se encarga es la celebración de actos de comercio y es civil si los actos encargados son de naturaleza civil.

[24] C. Co., arts. 1332 y ss. La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio. Al mandatario se le denomina *factor*.

[25] C. Co., art. 21.

un criterio auxiliar que permite ampliar la cobertura del derecho comercial mediante el otorgamiento de la calificación de mercantiles a los actos que en principio no lo son, pero que guardan relación estrecha con actividades de esa naturaleza. Estos actos no son comerciales en virtud del criterio principal —enumeración—, pero se vinculan de tal manera con la actividad mercantil que la ley les da la calificación de comerciales. De acuerdo con el artículo 21, se tienen por mercantiles: "1) todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y 2) los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales"[26].

A partir de esta definición, se han determinado dos tipos de conexidad: *una subjetiva*, referida a los actos realizados por los comerciantes con ocasión o en desarrollo de su actividad mercantil y *una objetiva*, que hace alusión a los actos realizados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones comerciales. Ejemplos de los primeros son el alquiler temporal de un inmueble que celebra el fabricante de bienes para depositar materia prima importada y que utilizará en una alta temporada, y el préstamo (contrato de mutuo) que celebra, con un pariente, el titular de una empresa de prestación de servicios para llenar necesidades temporales de liquidez de su negocio. En esta hipótesis, lo determinante es que el acto sea celebrado por un comerciante y que guarde íntima relación con su actividad comercial. En los segundos, los actos o contratos celebrados por cualquier persona para garantizar obligaciones comerciales, se consideran también comerciales, siguiendo el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Así, se estiman mercantiles: las fianzas, prendas, cláusulas penales o hipotecas que se suscriban para la seguridad de una obligación mercantil.

Actos no comerciales por enumeración legal[27]

El Código de Comercio, ante la imposibilidad de definir qué es el acto de comercio, se limita a decir cuáles son actos de comercio (por enumeración y conexidad) y también cuáles no lo son. Con esto, deja un

[26] Ibídem.

[27] Ibídem, art. 23.

amplio espacio para la interpretación judicial y doctrinal. En el artículo 23, enumera cinco actos y contratos que no son comerciales:

1. *Las compras de bienes para el uso o consumo del adquirente*. Como ya mencionamos, estos actos se consideran civiles, como la adquisición de víveres en supermercados para consumo doméstico o de un libro para leer. Aquí el móvil económico no es la intermediación, sino la satisfacción de necesidades del adquirente (uso o consumo).
2. *Las compras de bienes para producir obras artísticas y la venta de estas directamente por su autor* —como el pintor y escultor— *son civiles*. Constituyen actos necesarios para desarrollar actividades artísticas como productos del ingenio humano y no para producir mercancías o realizar negocios comerciales. Sin embargo, cabe preguntarse si la venta o distribución subsecuente de obras artísticas constituyen actos de comercio por ser de interposición en el mercado.
3. *Las compras hechas por funcionarios para fines de servicio público*. A pesar de su deficiente redacción, se ha interpretado esta hipótesis como los contratos de adquisición que celebran las entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones. Este tipo de actos están sometidos a un régimen especial de contratación estatal, que forma parte del derecho administrativo[28].
4. *Las ventas directas que hacen los agricultores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados en su estado natural, propias del sector primario de la economía, son civiles*. En este caso, los frutos se entienden excluidos, no así los mismos bienes, como ganados de engorde, si se tiene en cuenta que estos se adquieren para ser posteriormente comercializados. Así pues, su adquisición y reventa se rige por el derecho mercantil. Tampoco se consideran mercantiles los procesos básicos de transformación de tales productos, a menos que constituyan por sí mismos una empresa, caso en el cual la actividad se torna comercial, como sucede con las empresas que procesan productos lácteos y avícolas.

[28] L. 80/1993 y normas reglamentarias.

5. *Los servicios inherentes a las profesiones liberales se catalogan como servicios civiles y no comerciales*. Estas profesiones se caracterizan porque:
   a. Hay un predominio del intelecto sobre la obra manual o producto puramente material.
   b. Implican un ejercicio práctico basado en conceptos de determinadas ciencias que permiten prestar los servicios propios de la profesión.
   c. Se requiere una preparación académica específica en una carrera cursada en una institución de educación superior autorizada por el Estado, conducente a la obtención de un título de idoneidad.
   d. Los servicios se remuneran mediante honorarios y no mediante salarios.
   e. Quien presta el servicio es independiente de quien lo contrata; no tiene con este ningún lazo de dependencia o subordinación; lo hace con plena autonomía técnica y científica.
   f. Existe una relación especial de confianza entre el profesional y su cliente, para quien constituyen motivo determinante de la contratación las cualidades personales y éticas, los conocimientos científicos, la experiencia práctica y el prestigio de aquel.

Son profesiones liberales la medicina, el derecho, la arquitectura, la ingeniería, la contaduría, la veterinaria, la odontología, la bacteriología, la psicología y la economía, entre otras.

Sobre la enumeración del artículo 23, es necesario subrayar que tampoco es taxativa[29], por lo cual puede ampliarse por analogía. Así las cosas, pueden excluirse del régimen comercial otras actividades económicas, como la artesanal, los oficios de subsistencia desempeñados directa u ocasionalmente por ciertas personas como las reparaciones de todo tipo y las confecciones, siempre y cuando no constituyan por sí mismas actividades empresariales, según la definición de nuestra normativa mercantil. Así mismo, se excluyen actividades que no forman parte del ciclo económico, como las puramente educativas —de educación formal—, culturales, recreativas, científicas, deportivas y de beneficencia.

[29] C. Co., art. 24.

Actos de comercio mixtos[30]

Aunque no es propiamente una categoría autónoma de actos de comercio, pues la mercantilidad propiamente dicha se establece con fundamento en los artículos 20, 21 y 25 estudiados, este recurso técnico del derecho mercantil, bautizado por la doctrina como actos mixtos, es el que se deduce del artículo 22 del Código: "Si el acto fuere mercantil para una de las partes, se regirá por las disposiciones de la ley mercantil".

En las relaciones jurídicas bilaterales, por la existencia de la dicotomía en el derecho privado y ciertos contratos con regulación paralela, puede suceder que el acto sea mercantil para una de las partes, ya sea porque se encuentra enumerado como tal[31], por estar previsto por la ley mercantil[32] o por accesoriedad[33], pero que no lo sea para la otra, teniendo en cuenta que nuestro Código de Comercio preserva el carácter civil de ciertos actos[34]. Ejemplos cotidianos de la situación que se comenta son: las compras de víveres que hace el ama de casa en un supermercado para el consumo de su familia y la compra a un concesionario de un vehículo para uso personal. Se observa que, en ambos supuestos, el negocio es mercantil para el vendedor, pues ha comprado los bienes con ánimo de reventa[35], pero para el comprador el acto es civil[36].

Sin embargo, el acto jurídico es uno solo (entiéndase una compraventa, un arrendamiento, un mutuo, una promesa, etc.), por lo cual requiere la aplicación de un régimen único y no una combinación de regímenes, civil para una parte y comercial para la otra, por las dificultades técnicas y contradicciones que ello puede generar cuando los dos ordenamientos prevén soluciones diversas o incluso contradictorias. La presencia de un acto mercantil para una parte que a la vez no lo es para la otra, determinado ello con los criterios de mercantilidad expuestos, es presupuesto

[30] Ibídem, art. 22.

[31] Ibídem, art. 20, nums. 1-18.

[32] Ibídem, art. 20, num. 19.

[33] Ibídem, art. 21.

[34] Ibídem, art. 23.

[35] Ibídem, art. 20, num. 1.

[36] Ibídem, art. 23, num. 1.

para la aplicación del criterio mixto, que no equivale a decir que el acto es comercial simplemente cuando una de las dos partes es comerciante.

Esta categoría de actos unilaterales o mixtos no desnaturaliza el acto civil para "convertirlo" en comercial, es tan solo una herramienta de la ley para aplicar un régimen único al negocio en cuestión. Para estos efectos, debe mirarse el negocio en conjunto.

Consecuencias de la mercantilidad

Determinar que un acto es mercantil implica varias consecuencias:

1. Se le aplican de manera prioritaria las leyes comerciales y las demás fuentes del derecho comercial[37] en cuanto existen algunas diferencias entre las soluciones que dan el derecho civil y el comercial en instituciones jurídicas que tienen doble regulación. Por ejemplo: en la celebración de ciertos contratos, la ley civil exige alguna formalidad y la mercantil no[38]; en la presunción de solidaridad, hay distinción entre el Código Civil y el de Comercio[39]; el régimen de intereses es distinto y se considera más oneroso en negocios comerciales[40]; el carácter remunerado de ciertos

[37] Los artículos 1 al 9 del C. Co., incluyen las fuentes del derecho mercantil: la ley imperativa (establece requisitos, prohibiciones y sanciones), la ley dispositiva por vía principal (reglamenta y define), las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados, la ley supletiva (se aplica solo si las partes no han pactado nada en sentido contrario), las costumbres comerciales (prácticas públicas, uniformes y reiteradas que no contrarían la ley), la ley civil y las fuentes auxiliares (los tratados comerciales no ratificados por Colombia, la costumbre internacional, la costumbre extranjera y los principios generales del derecho comercial).

[38] La promesa civil de contrato debe constar por escrito; la comercial, según la jurisprudencia, puede celebrarse incluso verbalmente porque prima el principio de la consensualidad (C. C., art. 1611; C. Co., arts. 824 y 861; CSJ, S. Cas. Civil, GJ, CLXVI, Sent. nov. 13/1981; CSJ, GJ, S. Cas. Civil, CCLV, Sent. jul. 14/1998, Exp. 4724 y CSJ, GJ, S. Cas. Civil, Sent. sep. 12/2000, Exp. 5397).

[39] La solidaridad se explica en el capítulo de las obligaciones. En actos civiles, en presencia de una prestación divisible y una pluralidad de deudores, se presume que se han obligado de manera conjunta. En los actos mercantiles, bajo los mismos supuestos, se presume que los deudores son solidarios (C. C., arts. 1568 y C. Co., art. 825).

[40] C. C., art. 1617 y C. Co., arts. 884 y 885.

negocios[41]; el riesgo de pérdida del cuerpo cierto por fuerza mayor o caso fortuito antes de la entrega recae sobre el acreedor en los contratos civiles y sobre el deudor en los comerciales[42].

2. En materia de obligaciones y contratos, se aplican las normas y principios del derecho civil, si la ley comercial no dispone otra cosa[43].

La empresa mercantil y la empresa en sentido constitucional amplio

En términos económicos, la empresa suele definirse como "un conjunto organizado de capital y de trabajo destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado"[44]. En términos jurídicos, el Código de Comercio la define como "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio"[45].

A partir de la segunda definición, se constatan tres elementos estructurales que pueden condensarse así:

1. *Perfil objetivo*: es la actividad económica organizada propiamente dicha, ya sea de manufactura o transformación, de comercialización o de prestación de servicios, que se detallan en los numerales 10 al 18 del artículo 20: transporte, construcción, seguros, administración de bienes, espectáculos, informativas, etc. Son mercantiles las actividades en sí y los contratos que se celebran para desarrollar la actividad económica organizada de que se trate.

[41] El mutuo, el mandato y el depósito mercantiles se entienden remunerados; los mismos contratos en materia civil se entienden gratuitos, aunque en ambos casos puede pactarse lo contrario.

[42] C. C., arts. 1607 y 1876 y C. Co., arts. 929 y 930.

[43] C. Co., art. 822.

[44] Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, *Manual de derecho mercantil*, vol. 1, 25.a edición (Madrid: Tecnos, 2018), 137.

[45] C. Co., art. 25.

2. *Perfil subjetivo*: es el dueño, la persona natural o jurídica que encabeza la actividad, es decir, el empresario mercantil. Desde el punto de vista de los negocios, representa la persona que ha tenido la iniciativa y ha aportado los recursos económicos para llevar adelante la empresa, asumiendo los riesgos propios del emprendimiento. En sentido jurídico, es quien adquiere los derechos y obligaciones en desarrollo de la actividad empresarial. Actúa con ánimo de lucro en cuanto organiza la actividad con el propósito de apropiarse de los excedentes generados por la actividad (y absorbe así mismo las pérdidas que pueda arrojar la empresa). A este sujeto se dedica la sección siguiente del capítulo.
3. *Perfil funcional: el establecimiento de comercio* es el conjunto de bienes organizados por el empresario para cumplir con los cometidos de la empresa. Este importante fenómeno se trata al final del capítulo.

La definición legal de empresa es toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que la Constitución Política de 1991 propone una visión más amplia de empresa. Esta trasciende del ámbito mercantil y, en el artículo 333, le atribuye el calificativo de "base del desarrollo" y por ende una función social, acogiendo una noción de empresa de gran amplitud. Así, comprende no solo la tradicional figura de la empresa comercial definida por el Código de Comercio, fruto de la iniciativa privada y alentada por el propósito individual de lucro. Desde esta perspectiva, la empresa constituye cualquier fenómeno que implique la combinación de factores productivos para la realización de toda clase de actividades económicas: manufactura o comercialización de bienes y para la prestación de servicios con destino al mercado.

Esta concepción refleja la filosofía que inspiró a los constituyentes para no discriminar ninguna de las diferentes formas de la actividad económica. Tanto la empresa privada como la estatal y la solidaria son, según la Constitución, base del desarrollo, tienen idéntica función social, gozan de los mismos derechos y deberes[46], y se aclara que se ordenó al

[46] Const. Pol., art. 95.

Estado estimular y fortalecer la economía solidaria como una actitud coherente con el nuevo modelo social.

Así, las entidades, cuya existencia se deriva de la voluntad del Estado y cuyos recursos son de origen público, que participan en actividades industriales y comerciales en el mismo mercado al que concurren los empresarios particulares, tienen la condición de empresarios para la Constitución, aunque no lo sean para el derecho mercantil. Este último conserva una concepción estrecha de la empresa ligada a la iniciativa privada y al ánimo de lucro.

Igual consideración puede hacerse con respecto a las personas jurídicas que pertenecen al sector solidario de la economía tales como cooperativas, fondos de empleados, cajas de compensación familiar, fundaciones y corporaciones civiles sin ánimo de lucro, entre otros[47]. Las actividades económicas se despliegan para el mercado, son empresariales en la perspectiva constitucional amplia y sus sujetos titulares ostentan sin duda la calidad de empresarios en la concepción de la Carta Política. Sin embargo, el derecho mercantil aún los califica como no comerciantes.

Los comerciantes y los empresarios mercantiles

Desde el punto de vista subjetivo, el ordenamiento comercial regula a las personas que, en forma habitual, se dedican a la actividad del comercio. Establece para ellas un estatuto especial, cuyo propósito consiste en ordenar y moralizar la actividad económica, procurando que quienes participan profesionalmente en el tráfico mercantil sean personas idóneas con altos estándares de conducta empresarial y social.

Aunque bajo el esquema objetivo todas las personas pueden celebrar —incluso ocasionalmente— actos de comercio que se reputan mercantiles según los criterios de mercantilidad, continúa existiendo un grupo de personas dedicadas de forma habitual a la explotación mercantil y a la especulación: los comerciantes o empresarios mercantiles. En sus disposiciones, el estatuto comercial reservó un lugar especial para estos sujetos, particularmente con ciertas normas imperativas que consagran

[47] A la economía solidaria se refiere la L. 454/1998.

un conjunto de deberes exigibles a los comerciantes con diversas sanciones en caso de incumplimiento, tema que se desarrolla posteriormente[48].

El artículo 10 del Código de Comercio colombiano define a los comerciantes como las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles, calificativo que se predica de quienes realizan tales actos de manera habitual y no meramente esporádica[49]. Los que ejecuten de forma estable actividades no mercantiles, como las profesiones liberales, aunque lo hagan de manera organizada no son comerciantes y no se les aplican las distintas consecuencias jurídicas derivadas de ese estatus.

Esencial a la cualidad de comerciante es la reiteración del ejercicio del comercio y ella se vincula normalmente a la continuidad de los actos ejercitados. No se trata de conductas aisladas y esporádicas, sino homogéneas y persistentes en el tiempo. Igualmente, esencial a la condición de comerciante o de empresario mercantil es el móvil especulativo o ánimo de lucro: el sujeto realiza habitualmente actos de comercio movido por un *animus* concreto de generación de una fuente estable de ganancia para apropiarse de esta; tiene el propósito de obtener, con el cumplimiento de tales actos, un provecho duradero.

> Los comerciantes son las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles, calificativo que se predica de quienes realizan tales actos de manera habitual y no meramente esporádica.

Al respecto, debe hacerse la distinción entre las actividades lucrativas y el ánimo de lucro, pues permite explicar la diferencia entre actos de comercio (criterio objetivo) y comerciantes (criterio subjetivo).

[48] C. Co. art. 19 y concordantes. Para citar dos casos, con arreglo al numeral 2 del artículo 10 de la L. 1116/2006, no puede admitirse en el proceso de reorganización empresarial a quien no esté cumpliendo con las obligaciones propias de los comerciantes, establecidas en el Código de Comercio. Por otro lado, el comerciante que ejerza el comercio sin estar matriculado o que tenga establecimiento abierto al público sin la correspondiente matrícula, incurrirá en multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio: C. Co., art. 37.

[49] Como se verá más adelante, este artículo solo aplica a los comerciantes persona natural. La definición de los comerciantes persona jurídica se encuentra establecida en el artículo 100 del C. Co.

Mientras que las primeras son toda suerte de actos y actividades propias de la vida económica, de interposición en el cambio con potencialidad de generar excedentes, el segundo se refiere a la intención que tiene una persona de generar un beneficio económico y de engrosar su patrimonio mediante la apropiación de ese beneficio.

Personas naturales

La persona natural se hace comerciante con el ejercicio habitual de la actividad mercantil, con la realización efectiva y palpable de actos de comercio de manera profesional[50]. No es requisito que el comercio sea su actividad exclusiva, puede ser incluso estacional.

Para facilitar la prueba de la calidad de comerciante de las personas físicas, la ley colombiana establece las siguientes presunciones legales que admiten prueba en contrario[51]:

1. Estar matriculado en el registro mercantil, pues mediante esta conducta se está cumpliendo con una de las obligaciones profesionales de los comerciantes que solo a ellos les corresponde.
2. Anunciarse públicamente como comerciantes por cualquier medio, anuncio que es indicativo de que la persona tiene tal calidad.
3. Tener abierto al público un establecimiento, hecho que igualmente muestra el ejercicio habitual del comercio de parte del titular de los bienes organizados.

Personas jurídicas

Llamadas también personas morales, son entidades que, por una ficción legal, se consideran sujetos de derecho con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Cuentan con los atributos jurídicos propios de tales sujetos como el nombre, el patrimonio, el domicilio y la nacionalidad. Las personas morales son centros de imputación jurídica,

[50] Ibídem, art. 10.

[51] Ibídem, art. 13.

destinatarias de las normas legales (salvo aquellas que por definición solo se aplican a las personas físicas como el estado civil y la sucesión por causa de muerte) y de ellas puede predicarse en principio la responsabilidad jurídica en los casos en que el derecho las llama para el efecto[52]. Su voluntad se expresa mediante sus representantes legales con consecuencias de derecho vinculantes para la persona jurídica, siempre que aquellos actúen dentro del ámbito de sus facultades.

Con respecto a estas personas, el derecho privado cataloga a unas como comerciantes y a otras como no comerciantes y, esta calidad se consolida desde su constitución. En otras palabras: aquellas nacen comerciantes, pues adquieren tal calidad desde su creación, cuando se determina en sus estatutos que su propósito es la realización de actividades que la ley considera mercantiles[53].

En la legislación colombiana, son personas jurídicas comerciantes las sociedades comerciales ordinarias, las sociedades por acciones simplificadas y las empresas unipersonales.

Sociedades comerciales ordinarias. En Colombia, al igual que en otros sistemas que conservan la dicotomía del derecho privado, se mantiene la división entre sociedades civiles y sociedades comerciales[54]. Las sociedades civiles y comerciales son personas jurídicas de derecho privado, de carácter asociativo, originadas en contratos plurilaterales de colaboración[55]. Ambos tipos de sociedad comparten los mismos elementos esenciales, a saber[56]:

[52] C. C., art. 633.

[53] C. Co., art. 100.

[54] A partir de la expedición de la L. 222/1995 se unificó el régimen aplicable a unas y otras sin que se suprimiera la distinción mencionada, por lo cual nuestro ordenamiento reconoce paralelamente la existencia de sociedades de naturaleza civil y comercial.

[55] Sin embargo, como se verá más adelante, con la creación, en el año 2008, de las sociedades por acciones simplificadas [S. A. S.]— se permite constituir estas sociedades por un acto unilateral, es decir, las S. A. S. pueden existir con un solo accionista.

[56] Las sociedades de hecho tienen estos elementos esenciales, pero no se formalizan mediante escritura pública: C. Co., arts. 498 y ss. En este caso, no se constituye una nueva persona jurídica y los actos de comercio son realizados directamente por los socios de hecho, quienes adquieren por ese ejercicio habitual, profesional y con ánimo de lucro, la calidad de comerciantes.

1. Los aportes de los socios, apreciables en dinero.
2. El ánimo de lucro, es decir, la intención que existe desde la celebración del negocio, de repartirse entre sí los beneficios económicos obtenidos en la explotación de las actividades que se prevén en el objeto social.
3. La *affectio societatis* como el ánimo de permanecer en sociedad, elemento reconocido por la doctrina societaria universal.

El elemento diferenciador se encuentra en los actos y actividades previstos en el documento constitutivo como objeto de la compañía: si las actividades previstas como objeto social son actos de comercio o empresas mercantiles, la sociedad es comercial; si lo que se prevé es la realización de actos civiles, la sociedad es civil; si el objeto es mixto, es decir, prevé tanto actos jurídicos mercantiles como civiles, la sociedad se reputa comercial y su regulación es la prevista por el derecho mercantil[57].

En síntesis, según nuestro sistema jurídico, son comerciantes las sociedades que se forman para la ejecución de uno o más actos o empresas mercantiles, enumerados en el artículo 20 del Código de Comercio. Esto significa que la calidad subjetiva de estas personas jurídicas se encuentra determinada por el criterio objetivo de los actos de comercio.

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio clásico de la especialidad aplicable a las personas morales, la capacidad de la sociedad está determinada por el objeto previsto al momento de su constitución, el cual se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en los estatutos y se extiende a los actos directamente relacionados con el objeto y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la sociedad[58].

Debe precisarse que la Ley 222 de 1995 derogó el régimen civil de las sociedades, mas no hizo desaparecer las sociedades civiles de nuestro ordenamiento jurídico. Dispone el artículo 100 del Código de Comercio, reformado, que cualquiera que sea el objeto, las sociedades civiles y mercantiles estarán sujetas para todos los efectos a la legislación mercantil. Esta norma no convierte a las sociedades de naturaleza civil

[57] C. Co., art. 100.

[58] Ibídem, art. 99.

en comerciantes, solo unifica, en torno al estatuto mercantil, el régimen societario en cuanto a la constitución, funcionamiento, disolución y liquidación por ausencia de reglas civiles sobre el particular. Así las cosas, no puede, so pretexto de la unificación regulatoria proclamada por el artículo 100 citado, exigirse a las sociedades de objeto civil el cumplimiento de los deberes profesionales que son exclusivos de los comerciantes.

Sociedades por acciones simplificadas (*S. A. S.*). Con la promulgación de la Ley 1258 del 2008, se creó una nueva especie de sociedad en Colombia. La norma busca indudablemente la simplificación del régimen societario para estas compañías, las cuales tienen como características sobresalientes las siguientes:

1. Pueden constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, es decir, no es una figura necesariamente contractual, pues su formación puede obedecer tanto a una manifestación unilateral como a un acuerdo de voluntades.
2. La sociedad es siempre mercantil y, por ende, comercial, atendiendo exclusivamente su forma de S. A. S. y no por el objeto propuesto en sus estatutos[59].
3. Puede tener objeto indeterminado.
4. Su duración puede ser indefinida.
5. Sus acciones no se negocian en bolsa.

Empresa unipersonal (*E. U.*). La Ley 222 de 1995 introdujo la empresa unipersonal, persona jurídica con calidad de comerciante:

> Mediante la empresa unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica[60].

La empresa unipersonal permite que una persona, sin el concurso de ninguna otra, pueda separar los activos dedicados a una o más actividades

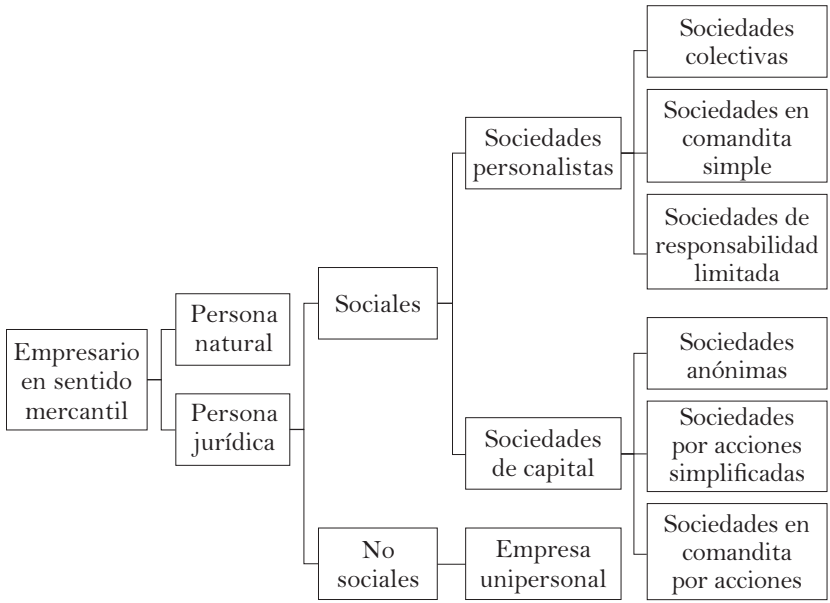
[59] L. 1258/2008, art. 3.

[60] L. 222/1995, art. 71.

comerciales de otros que conserva en su patrimonio y que reserva para sí. Este tipo de organización permite limitar la responsabilidad sin que el titular tenga que acudir al expediente de constituir compañías ficticias, en las que sea el único beneficiario real de la actividad económica, sin un verdadero ánimo societario. Los activos de la E. U. garantizan a los acreedores las obligaciones que aquella contraiga en el desarrollo de su actividad mercantil, quedando a salvo aquellos no incorporados al patrimonio de la nueva persona jurídica.

En resumen, los empresarios, en sentido mercantil, pueden clasificarse como se ilustra a continuación:

Figura 1. Clasificación de los empresarios



Fuente: elaboración propia.

Otras personas jurídicas de derecho privado. Las personas jurídicas de derecho privado se dividen en dos grandes categorías: corporaciones y fundaciones[61]. Las *corporaciones* se caracterizan por ser fenó-

[61] C. C., arts. 633-652.

menos asociativos en los que dos o más personas convienen poner en común cosas o trabajo para llevar a cabo una actividad compartida. Las *fundaciones* son patrimonios que se afectan para cumplir con una finalidad de beneficencia pública en favor de terceros; en ellas los fundadores no tienen ánimo de percibir provecho económico alguno de las actividades que desarrolle la entidad. Las fundaciones o instituciones de beneficencia o utilidad común pueden surgir de la voluntad de uno o más fundadores, es decir, pueden provenir de declaraciones unilaterales o plurales de voluntad, sin que ello afecte la naturaleza jurídica que las determina como conjuntos de bienes y no como el producto de la asociación de dos o más personas.

Las corporaciones se dividen, a su vez, en asociaciones y sociedades. Las asociaciones tienen su origen en un contrato cuyos elementos esenciales, además de la necesaria pluralidad de personas, son:

1. Aportes de los miembros en dinero, especie o trabajo.
2. Dedicación a una labor en común que no constituye, en principio, una explotación económica de carácter mercantil.
3. Ausencia de ánimo de lucro: los asociados persiguen beneficios distintos de la repartición de utilidades en dinero, tales como el crecimiento personal, el fomento y disfrute de una actividad humana de común interés para los miembros, la ayuda mutua y la obtención de ciertos servicios, como sucede en las asociaciones con carácter gremial, científico, artístico, cultural, académico, deportivo, religioso o político. Los excedentes que puedan generarse no benefician a los miembros individuales mediante dividendos, sino que se reinvierten en la actividad para su promoción o mejoramiento.
4. *Affectio societatis* o ánimo de los partícipes de permanecer en estado de asociación.

En cuanto a las sociedades examinadas con anterioridad sabemos cuáles son sus elementos esenciales y además que se encuentran clasificadas como civiles y comerciales, según el tipo de actividades previstas en sus estatutos, teniendo las últimas la condición de comerciantes.

Finalmente, señalamos que todas las personas naturales y jurídicas, sean comerciantes o no, tengan o no ánimo de lucro, son destinatarias de las normas comerciales objetivas. Esto significa que los actos de comercio

que celebren se regirán por el derecho comercial. En cambio, solo están obligadas por el estatuto mercantil subjetivo si tienen la calidad de comerciantes.

> Todas las personas naturales y jurídicas sean comerciantes o no, tengan o no ánimo de lucro, son destinatarias de las normas comerciales objetivas, es decir, los actos de comercio que celebren se rigen por el derecho comercial.

Consecuencias de la calidad de comerciante

El efecto principal de que un sujeto sea considerado comerciante consiste en quedar sometido a ciertas reglas que forman un capítulo especial del derecho comercial. Estas integran el estatuto subjetivo del comerciante, cuya finalidad apunta a organizar, reglamentar y moralizar el ejercicio de la actividad mercantil. Este subconjunto normativo comprende un número plural de deberes profesionales y, en razón a ello, quienes no tengan la condición de comerciantes no estarán obligados a su cumplimiento.

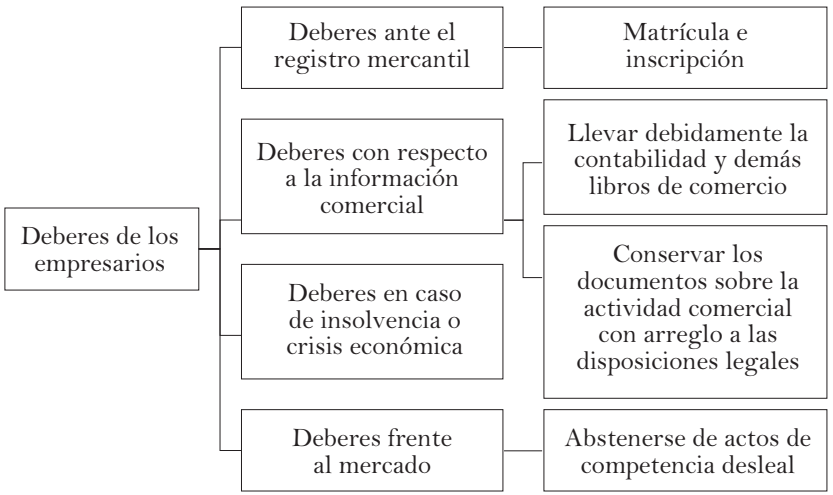
> Los comerciantes deben cumplir un conjunto de deberes establecidos en la ley comercial.

Tales deberes se consagran en los seis numerales del artículo 19 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

> Es obligación de todo comerciante:
>
> 1) Matricularse en el registro mercantil;
> 2) Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;
> 3) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;
> 4) Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades;
> 5) Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles y
> 6) Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal.

Para efectos de este estudio, agrupamos y desarrollamos los deberes de los comerciantes o empresarios mercantiles de la siguiente manera:

Figura 2. Deberes de los comerciantes



Fuente: elaboración propia.

Deberes ante el registro mercantil: matrícula e inscripción

Los profesionales de la actividad mercantil deben suministrar a las entidades encargadas del registro público (cámaras de comercio)[62] información relativa a la persona y su negocio. También deben inscribir ciertos actos, libros y documentos, cuya publicidad exige la ley por esa vía al representar trascendencia jurídica para la actividad económica.

Las dos grandes categorías de datos que manejan las cámaras de comercio en el registro mercantil son, en consecuencia: La matrícula de los

[62] El D. 2042/2014 las define como: "personas jurídicas de derecho privado, de carácter corporativo, gremial y sin ánimo de lucro, administradas y gobernadas por los comerciantes matriculados en el respectivo registro mercantil que tengan la calidad de afiliados", que ejercen funciones públicas, entre ellas, llevar el registro mercantil. Véase: C. Co., arts. 78 y ss.

comerciantes y los establecimientos de comercio[63] y la inscripción de los actos, libros y documentos sobre los cuales la ley exija esa formalidad[64].

Matrícula. Los comerciantes, tanto personas físicas como jurídicas, deben matricularse en el Registro Mercantil que llevan las cámaras de comercio. Para ello, precisan relacionar los datos concernientes a su persona y a los bienes que han organizado para el desarrollo de su actividad mercantil. Esta información es útil para toda la colectividad empresarial que puede, para los fines lícitos de sus negocios, conocer quiénes son los actores del mercado en los distintos ramos de la economía.

El Estado también se sirve de los datos consignados en el registro mercantil para fines económicos, estadísticos y de planeación, con el propósito fundamental de formular y aplicar políticas públicas de fomento, vigilancia o control de la actividad productiva. En fin, la matrícula mercantil es benéfica para la sociedad en general, puesto que de manera institucional y organizada promueve la transparencia sobre la identidad de quienes participan en el mercado, porque la actividad económica debe proyectarse públicamente y no realizarse de espalda a las autoridades, la comunidad de empresarios, los consumidores y usuarios.

1. *Matrícula de los comerciantes*. La matrícula es uno de los deberes típicamente profesionales, pues solo deben cumplir este requisito quienes ostenten la condición de comerciantes para reconocer y declarar públicamente que tienen tal calidad profesional.

   El numeral 1 del artículo 28 del Código de Comercio dispone que están obligadas a la matrícula: "Las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, quienes lo harán dentro del mes siguiente a la fecha en que inicien actividades".

   Todos los comerciantes, personas naturales y jurídicas, deben cumplir la obligación de matricularse y mantener actualizada, mediante la renovación anual[65], la información sobre su identidad

[63] Ibídem, art. 19, num. 1; art. 28, num. 6.

[64] Ibídem, art. 19, num. 2; art. 28, num. 7 y demás normas que exigen la inscripción, dentro y fuera del Código.

[65] C. de Co., art. 33. La renovación debe hacerse, a más tardar, el 31 de marzo de cada año.

y sobre su actividad económica. Las personas físicas que se encuentren matriculadas se presumen comerciantes, salvo prueba en contrario[66].

Quienes realizan actividades económicas no mercantiles, como la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, no tienen la obligación de matricularse. Así las cosas, las sociedades civiles no están obligadas a cumplir ese deber profesional.

2. *Matrícula de los establecimientos de comercio*. El empresario debe también informar al registro mercantil, mediante la matrícula, sobre la apertura de establecimientos de comercio —incluso sucursales y agencias de sociedades— con lo cual anuncia públicamente el tipo de bienes que destina a su explotación económica[67]. La matrícula de los establecimientos de comercio también debe renovarse cada año para dar publicidad sobre ellos en todo tiempo y con la información actualizada[68].

   En el caso de los establecimientos de comercio, es necesario hacer la siguiente precisión. Una vez sean abiertos tienen que ser matriculados por el empresario[69] y la matrícula debe renovarse cada año antes del 31 de marzo. En cambio, los actos que modifiquen su titularidad o su administración deben inscribirse cuando se llevan a cabo[70].

[66] Ibídem, art. 13, num. 1.

[67] Ibídem, art. 28, num. 6. El C. Co. art. 515 define el establecimiento de comercio como un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Por su parte, el artículo 516 de la misma normativa enumera de forma no taxativa los bienes materiales e inmateriales que pueden formar parte del establecimiento de comercio. Las sucursales y agencias son establecimientos de comercio abiertos por sociedades para desarrollar los negocios sociales dentro o fuera del domicilio social. Las sucursales son administradas por mandatarios con facultades para representar a la sociedad, al paso que en las agencias los administradores carecen del poder para representarla: ibídem, arts. 263 y 264.

[68] La L. 232/1995, art. 2 exige, entre otros requisitos para los establecimientos abiertos al público, tener matrícula vigente de la Cámara de Comercio de la respectiva jurisdicción.

[69] La solicitud de matrícula debe realizarse dentro del mes siguiente a su apertura: C. Co., art. 31.

[70] Ibídem, art. 28, num. 6.

Funciones de la matrícula mercantil. Por regla general, la matrícula tiene una función declarativa, solo reconoce la calidad de comerciante de las personas naturales y jurídicas. Como ya se estudió, este estatus se obtiene por la ejecución profesional de actos de comercio con ánimo de lucro (personas naturales), por incluir como objeto de la persona jurídica la realización de actividades mercantiles (sociedades comerciales ordinarias, empresa unipersonal) o por la forma S. A. S.[71]

La matrícula no tiene la virtualidad de convertir en establecimiento de comercio un conjunto de bienes dispuesto por el empresario para la explotación de su empresa (sigue cumpliendo una función declarativa). En el caso de las personas naturales, estar matriculado en dicho registro es una presunción legal de ser comerciante que admite prueba en contrario.

La matrícula en el registro público de comercio tiene importantes funciones, a saber:

- *Publicidad.* La principal función de la matrícula, dada la naturaleza del registro, es dar publicidad a la comunidad sobre la calidad de comerciante y sobre los bienes organizados para el desarrollo de la empresa.
- *Presunción de la calidad de comerciante*. Como ya se mencionó, la persona natural que se encuentra matriculada en el registro público de comercio se presume comerciante, función que facilita la prueba de ese estado en el caso de las personas físicas. Es una presunción que admite prueba en contrario, si el comerciante ha perdido esa calidad por cualquier causa y no ha informado este hecho a la cámara de comercio respectiva[72].
- *Protección preventiva del nombre comercial y de la enseña*. Sobre estos importantes signos distintivos, que forman parte de los derechos de la propiedad industrial, la ley ordena a las cámaras de comercio abstenerse de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito[73].

[71] En el caso de las S. A. S., la inscripción en el Registro Mercantil del documento mediante el cual se creó la sociedad cumple una función constitutiva teniendo en cuenta que solo a partir de su inscripción surge una persona jurídica independiente de los socios: L. 1258/2008, art. 6.

[72] Ibídem, art. 13, num. 1.

[73] Ibídem, art. 35.

> Los derechos sobre el nombre comercial, que identifica al empresario, y sobre la enseña, que distingue al establecimiento, se obtienen con el primer uso, sin necesidad de ningún registro[74]. No obstante, la matrícula de un comerciante y su establecimiento es la mejor prueba del momento a partir del cual el titular ha hecho uso de estos signos distintivos y con ello, de paso, evita que otros comerciantes o establecimientos se matriculen empleando el mismo nombre o la misma enseña protegiendo su prestigio en el mercado, previniendo su uso indebido por terceros y la indeseable confusión de los consumidores sobre la procedencia de los bienes y servicios ofrecidos[75].

Sanciones por no matricularse o por no renovar la matrícula. Cuando una persona no cumple con el deber de matricularse en el registro mercantil, la Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer multas al comerciante que incurre en esa omisión[76]. Además, por la falta de matrícula de un comerciante o de su establecimiento, aquel pierde la protección preventiva del nombre y la enseña, prevista en el artículo 35 del estatuto mercantil.

Finalmente, no renovar la matrícula equivale a carecer de registro. En consecuencia, quien no cumpla con esta obligación de renovar se hace acreedor a la sanción pecuniaria de la multa impuesta por la mencionada Superintendencia.

Inscripción de los actos, libros y documentos que ordena la ley

Los actos, libros y documentos que se someten a inscripción deben estar señalados expresamente en la ley —tanto en el Código de Comercio como en otras normas mercantiles—, pues se trata de una función reglada a cargo de la entidad registral (Cámara de Comercio) y no tiene por ello carácter discrecional. En el Código de Comercio, hay múltiples

[74] Comunidad Andina de Naciones, Decisión 486/2000, art. 191.

[75] La no renovación de la matrícula mercantil no libera un nombre para su utilización en el registro.

[76] C. Co., art. 37; D. 2153/1992, art. 11, num. 5.

casos en los que se exige la inscripción, en particular de los actos, libros y documentos enlistados en el artículo 28 del mismo estatuto, por ejemplo, la constitución de sociedades y sus reformas, la inscripción de contratos como el de agencia comercial, el de preposición y el de prenda sin tenencia del acreedor[77]. Ilustra lo segundo —inscripción exigida por normas por fuera del Código— la obligatoriedad de inscribir el auto de apertura del proceso de reorganización empresarial[78].

Efecto jurídico de la inscripción. El efecto jurídico fundamental de la inscripción consiste en la oponibilidad de los respectivos actos. Funciona como modalidad cualificada de publicidad de ciertos negocios, cuyo conocimiento de parte de los terceros, aunque sea presunto, se ha estimado relevante para el legislador mercantil con miras a garantizar la seguridad del comercio. La sanción por la falta del requisito de publicidad es, en consecuencia, la inoponibilidad[79], aunque el acto sea eficaz entre las partes que lo celebraron. Como la inscripción puede solicitarse en cualquier tiempo (siempre que la ley no imponga un plazo especial), la oponibilidad empieza desde el momento en que aquella inscripción se produzca[80].

Caso especial: la inscripción de los libros de comercio. La inscripción de los libros de comercio merece un examen separado del efecto jurídico. Hasta el año 2011, todos los libros del comerciante debían inscribirse en el registro mercantil, pero a partir del Decreto Ley 19 del 10 de enero del 2012[81], se suprimió la obligación de inscribir los libros de contabilidad y los de actas de juntas directivas de sociedades, dejando vigente el requisito para los demás libros de comercio (libros de registro de socios o accionistas y los de actas de asambleas y juntas de socios)[82].

[77] C. Co., arts. 1320, 1333 y 1210.

[78] C. Co.; L. 1116/2006, art. 18, num. 2.

[79] C. Co., art. 901. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley de Garantías Mobiliarias propone una solución distinta para la prenda. En este caso, la oponibilidad viene dada por la inscripción en el Registro de Garantías Mobiliarias, sin que se requiera de una inscripción adicional en el Registro Mercantil (L. 1676/2013, art. 21, parágrafo).

[80] Ibídem, art. 29 num. 4.

[81] Conocido como "decreto anti-trámites".

[82] El DL 19/2012, art. 175 modificó el numeral 7 del art. 28 del C. Co., y quedó la obligación de inscribir: "7. Los libros de registro de socios o accionistas y los de actas de asambleas y juntas de socios".

Además, el mencionado decreto consagró la posibilidad de llevar en archivos electrónicos todos los libros del comerciante[83].

Es pertinente anotar que el contenido de los libros de comercio no es susceptible de publicarse por medio del registro mercantil, puesto que los datos contenidos en ellos son reservados. Estos forman parte de los papeles privados del comerciante de conformidad con la garantía constitucional del derecho a la intimidad consagrada en el artículo 15 de la Carta y reiterada por el artículo 61 del Código de Comercio. Así pues, la inscripción de tales libros se efectúa en blanco de parte de la respectiva cámara de comercio, entidad que rubrica las hojas útiles, las cuales son llenadas por el comerciante a medida que haga constar en ellos las distintas operaciones y situaciones que los libros están llamados a contener.

La reserva solo se levanta en los casos previstos en la Constitución y la ley para la tasación de impuestos, para la obtención de pruebas judiciales y para las funciones de inspección y vigilancia que el Estado puede ejercer sobre los empresarios pertenecientes a ciertos sectores de la actividad económica[84]. En todo caso, en las situaciones excepcionales descritas, los funcionarios que lleguen a tener conocimiento de los datos contenidos en tales libros no podrán revelar sus datos a terceros.

> Los libros de los comerciantes son reservados. La reserva solo se levanta en los casos previstos en la Constitución y la ley para la tasación de impuestos, para la obtención de pruebas judiciales y para las funciones de inspección y vigilancia que el Estado puede ejercer sobre los empresarios pertenecientes a ciertos sectores de la actividad económica.

Por consiguiente, a diferencia de lo que sucede en los demás casos de inscripción, la entidad a cargo del registro no conserva copias ni

---

Al suprimir la exigencia para los libros de contabilidad, se entiende que, desde la fecha de expedición del mencionado decreto, los comerciantes no están obligados a inscribir dichos libros en el registro mercantil, sin que para tal efecto se requiera reglamentación alguna. Sobre este tema véase: Circular 100, Superintendencia de Sociedades.

[83] DL 19/2012, art. 173. Para los archivos electrónicos, deben atenderse los requisitos de la L. 527/1999 sobre comercio electrónico, el cual dispone en su artículo 12: "a) Que la información que contenga sea accesible para posterior consulta; b) que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato que se haya generado, y c) que permita determinar el origen, la fecha y hora en que fue producido el documento".

[84] Ibídem, art. 63.

extractos de los libros de comercio inscritos. No hay, por lo tanto, información pública que certificar ni se produce el efecto de oponibilidad. La función del registro de los libros en estos casos es múltiple:

1. Dotarlos de autenticidad, pues se conoce de quién provienen y a quién se atribuyen los correspondientes registros.
2. Sirve para preservar su integridad material evitando, en lo posible, la utilización engañosa de los documentos y la manipulación de los datos mediante alteraciones, enmendaduras o tachaduras.
3. La inscripción les confiere eficacia probatoria especial a los libros del comerciante[85].

Contabilidad, demás libros de comercio y conservación de documentos relacionados con la actividad mercantil

El numeral 3 del artículo 19 del Código de Comercio ordena al comerciante llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales y el numeral 4 le exige conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios y actividades. La ley no distingue, para estos efectos, grandes y pequeños comerciantes, de tal manera que todos, sin distinción, deben cumplir con este deber.

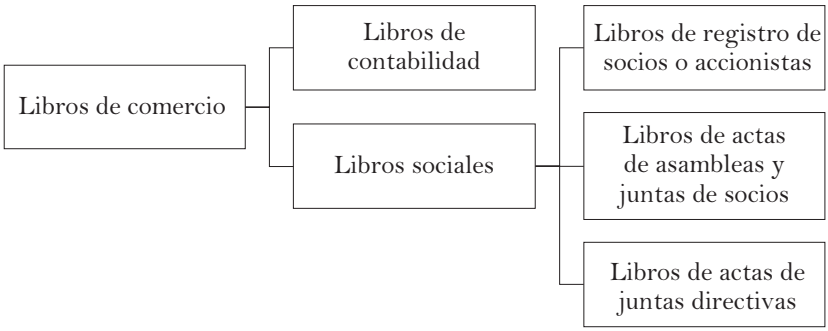
Los artículos del 48 al 74 del mismo estatuto fijan algunos principios relacionados con esta obligación profesional y en ellos se exige llevar los libros de comercio de acuerdo con la ley. Por ser una exigencia legal dirigida a los comerciantes, no se amplía para incluir a quienes no tienen esa calidad como: las personas que ejercen profesiones liberales, quienes se dedican a la agricultura o la ganadería y las sociedades civiles.

Los libros de comercio en general. Los libros de comercio con respecto a los cuales se predica este deber integran un género que incluye varias especies: por un lado, los de contabilidad y, por otro, los libros que deben llevar las sociedades, a saber: los de actas de asambleas, juntas de socios, juntas directivas y los de registro de accionistas[86].

[85] C. Co. arts. 68-74 y normas de prueba sobre documentos privados, especialmente los señalados en el D. 1400/1970, en adelante CPC, arts. 271, 288, 297 y concordantes.

[86] C. Co., art. 28, num. 7.

Figura 3. Libros de comercio



Fuente: elaboración propia.

La obligación que se examina se ha justificado, en primer lugar, porque al empresario mismo le beneficia conocer exacta y permanente el estado de sus negocios y de su patrimonio con el objeto de apreciar y cuantificar el resultado de su gestión económica, al tiempo que ello lo habilita para la planeación futura, la toma de decisiones y para la aplicación oportuna de los correctivos que cada situación particular demande. Además, las disposiciones mercantiles, desde épocas muy antiguas, han estimado que la contabilidad y los archivos del comerciante deben servir para suministrar una historia clara, completa y fidedigna de sus negocios, según lo expresa el artículo 50 del Código de Comercio. Adicionalmente, sirve para fines que interesan al Estado, en situaciones especiales a ciertos terceros y a la comunidad de negocios en general. Los registros contables y financieros de los empresarios se consideran igualmente vitales, puesto que la información veraz y confiable es requisito fundamental para la transparencia de los mercados, para la medición correcta del riesgo de parte de prestamistas y para la toma de decisiones de los inversionistas.

De la misma forma, el comerciante está obligado a archivar sus comprobantes y la correspondencia relativa a sus negocios y a conservarlas de la manera y por el periodo de tiempo prescritos por la ley y por las normas reglamentarias.

Contabilidad del comerciante. El Código de Comercio establece algunas directrices generales de tipo técnico-formal, entre ellas que la contabilidad debe llevarse en idioma castellano y por el sistema de partida

doble[87]. El Código dispone: "Para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos"[88].

En las páginas que siguen, examinaremos los aspectos técnicos más relevantes de los libros de comercio y luego haremos referencia a su dimensión jurídica, que se concreta en las reglas relativas a su eficacia probatoria.

1. *Principales aspectos técnicos contables y financieros*. Aunque estos temas escapan al ámbito estrictamente jurídico por referirse a otras disciplinas, creemos oportuno reseñar los principales rasgos técnicos de los libros de comercio, teniendo en cuenta su creciente importancia para la objetividad y transparencia de la información contable. El gobierno nacional ha expedido diversas normas sobre esta materia al amparo de la potestad reglamentaria[89].

   Para los comerciantes ordinarios (personas naturales y jurídicas), las principales normas vigentes al respecto son la Ley 1314 del 2009 y el Decreto 2420 del 2015 (modificado por los decretos 2496 del 2015, 2131 del 2016, 2132 del 2016, 2170 del 2017, 2483 del 2018 y 2270 del 2019) que han orientado sus esfuerzos a la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)[90].

[87] Como ya se indicó, el DL 19/2012 suprimió la exigencia de inscribir los libros de contabilidad en el registro mercantil.

[88] La jurisprudencia del CE, Rad. 0800-12-33-1000-2000-0559-01-13135, mar. 6/2003. C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié: ha afirmado que: "son obligatorios, entre otros, los libros Inventario y Balances, los libros Diario y Mayor y Balances". Cabe tener en cuenta que, por no establecerlo así la ley, los libros auxiliares no requieren ser inscritos en el registro mercantil.

[89] C. N., 1991, art. 189, num. 11 y en virtud de la autorización contenida en el art. 50 del C. Co.

[90] Anteriormente, la normativa contable estaba fundamentada en los decretos: D. 2649/1993 y 2650/1993. Estos fueron derogados por los decretos: D. 2706/2012, D. 2784/2012, D. 3022/2013 y D. 2270/2019. Sin embargo, sus efectos fueron diferidos en algunos casos, hasta el 31 de diciembre del 2019, según la categoría de los grupos contables (1, 2 y 3). En todo caso, los empresarios siguen utilizando algún plan de cuentas ajustándolo a sus propias necesidades y a lo prescrito en las NIIF.

Con todo, la ley no ha establecido un método técnico único para llevar la contabilidad. El Código de Comercio, en el artículo 48, permite utilizar procedimientos de reconocido valor técnico-contable con el fin de asentar sus operaciones siempre que facilite el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios. Admite, entonces, la libertad en la escogencia del sistema técnico y por ello se aceptan los libros físicos, la microfilmación, los medios magnéticos y cualquier otro medio conocido o por conocer, siempre que cumpla los requisitos señalados.

2. *Sanciones por no llevar contabilidad con arreglo a la ley*. Cuando el comerciante no lleva contabilidad con sujeción a las normas legales, se expone a distintos tipos de sanciones previstas por el ordenamiento jurídico. En particular, nos referimos a las sanciones civiles y las tributarias, sin perjuicio de las sanciones penales cuando lleve doble contabilidad o cometa irregularidades equiparables a la falsedad en documento privado u otras conductas punibles.
   a. *Sanciones civiles*. La principal sanción al comerciante que no lleva los libros de contabilidad, que la lleva sin cumplir con los requisitos legales (idioma castellano y partida doble) y sin cumplir con las normas técnicas de la información financiera que prevén las reglamentaciones sobre la materia es la pérdida de la eficacia probatoria especial que las leyes comerciales y procesales han consagrado en favor de quienes, desarrollando profesionalmente actos de comercio, registran y conservan debidamente la información de sus negocios.
   b. *Sanciones tributarias*. Como se mencionó, los comerciantes, como personas obligadas legalmente, tienen el deber de llevar contabilidad de sus negocios, a asentar en forma cronológica y de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados todas sus operaciones y a preparar periódicamente los estados financieros que muestren los resultados de sus actividades y el estado de su patrimonio.

El Estado tiene especial interés en que la información contable de los empresarios sea completa y fiable, pues constituye una pieza fundamental para los fines impositivos que se propone. De acuerdo con el

Estatuto Tributario (E. T.), los libros de contabilidad del contribuyente constituyen prueba. Además, para efectos fiscales, la contabilidad debe cumplir con lo previsto en el título IV del Libro I del Código de Comercio, es decir, en los artículos 48 al 74, y los requisitos señalados por el gobierno mediante reglamentos, en forma que, sin tener que emplear libros incompatibles con las características del negocio, haga posible ejercer un control efectivo y reflejar, en uno o más libros, la situación económica y financiera de la empresa. Es menester también, de conformidad con las normas tributarias, mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras.

En materia tributaria los libros de contabilidad sirven como prueba suficiente para quienes estén obligados a llevarla y para quienes, a pesar de no estar legalmente obligados, lleven libros de contabilidad, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- Estar registrados en la administración de impuestos nacionales para las personas a quien la ley impone este requisito[91].
- Estar respaldados por comprobantes internos y externos.
- Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural.

[91] Están obligadas a registrar sus libros de contabilidad, en la administración de impuestos de su domicilio, las personas jurídicas sin ánimo de lucro pertenecientes al régimen tributario especial al que se refiere el artículo 19 del Estatuto Tributario. La DIAN, Conc. 21505, mar. 30/2012, señaló a este respecto: "El artículo 175 del decreto-ley 19 de enero 10 del 2012 'por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública', modificó el numeral 7 del artículo 28 del Código de Comercio, eliminando la obligación de inscribir en el registro mercantil los libros de contabilidad. Ahora bien, es principio de derecho que la ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación. (C. C. art. 11). Así las cosas, toda vez que el decreto-ley 19 del 2012 fue publicado en el *Diario Oficial* num. 48 308 del 10 de enero del 2012, a partir de dicha fecha quedó derogada la obligación relativa a tener inscritos los libros de contabilidad ante la Cámara de Comercio, como presupuesto para que las nuevas pequeñas empresas puedan acceder al beneficio de la progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios". Sobre la consulta formulada respecto sobre si tales libros debían registrarse en las Oficinas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la DIAN afirmó que "tal procedimiento de conformidad con el artículo 364 del Estatuto Tributario y el decreto 2500 de 1986, está consagrado para las Entidades que pertenecen al Régimen Tributario Especial".

- No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley.
- No encontrarse en las circunstancias señaladas en el artículo 74 del Código de Comercio (doble contabilidad).

Por otra parte, las normas tributarias establecen distintas sanciones a quien no cumple con las obligaciones relativas a la contabilidad de sus negocios. El Estatuto Tributario, en el artículo 654, considera hechos irregulares y, por ende, sancionables los siguientes:

- No llevar libros de contabilidad, si hay obligación de llevarlos.
- No tener registrados los libros principales de contabilidad, si está obligación de registrarlos.
- No exhibir los libros de contabilidad, cuando las autoridades tributarias lo exijan.
- Llevar doble contabilidad.
- No llevar los libros de contabilidad de forma que permitan verificar o determinar los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos o retenciones.
- Cuando, entre la fecha de las últimas operaciones registradas en los libros y el último día del mes anterior a aquel en el cual se solicita su exhibición, existan más de cuatro meses de atraso.

Por estas conductas y sin perjuicio del rechazo de los costos, deducciones, impuestos descontables, exenciones y descuentos tributarios, la administración de impuestos puede cobrar multas en los porcentajes previstos en el artículo 655 del Estatuto. De conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1116/2006, el deudor debe llevar la contabilidad de sus negocios conforme a las prescripciones legales. Si incumple este deber, no podrá acudir al mecanismo de reorganización empresarial[92].

[92] El artículo 49 de la referida ley, también proscribe la posibilidad de acogerse al proceso de liquidación judicial. En este caso, los acreedores podrán demandar solidariamente a los administradores, a los socios o a los controlantes.

Conservación de los libros

El artículo 19, numeral 4, del Código de Comercio establece, a cargo del comerciante, el deber de conservar la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades con arreglo a la ley, disposición que comprende todos los libros de comercio y sus soportes. El artículo 28 de la Ley 962 del 2005 dispone que:

> *Racionalización de la conservación de libros y papeles de comercio*. Los libros y papeles del comerciante deberán ser conservados por un periodo de diez (10) años contados a partir de la fecha del último asiento, documento o comprobante, pudiendo utilizar para el efecto, a elección del comerciante, su conservación en papel o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta.
>
> Igual término aplicará en relación con las personas, no comerciantes, que legalmente se encuentren obligadas a conservar esta información.
>
> Lo anterior sin perjuicio de los términos menores consagrados en normas especiales.

Ahora bien, el artículo 12 de la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico autoriza expresamente a los comerciantes a conservar sus libros y papeles en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta. La Superintendencia de Industria y Comercio aclaró que a partir de la vigencia de la Ley 962 del 2005 y en concordancia con la Ley 527 de 1999, los libros de comercio solo deben conservarse por un periodo de diez años contados desde la fecha del último asiento, documento o comprobante. Para ello, está permitido utilizar cualquier medio técnico, incluso los magnéticos o electrónicos, que garanticen su reproducción exacta, caso en el cual no es necesaria la conservación física (en papel) y el comerciante puede destruir directamente tales documentos encontrándose obligado únicamente a conservarlos por un periodo de diez años en el medio electrónico en el que se hayan reproducido[93].

[93] SIC, Conc. 5054043, oct. 12/ 2005.

Cesación de pagos

La conducta del comerciante ante dificultades económicas ha sido tradicionalmente una preocupación del ordenamiento comercial, puesto que del manejo prudente en estas situaciones depende en gran medida la seguridad del comercio y la protección del crédito, aspectos fundamentales en una economía de mercado. La denuncia de la cesación de pagos ha sido un importante componente del estatuto subjetivo de los códigos de comercio y un típico deber de los empresarios comerciales.

Hoy día, el régimen aplicable a los procedimientos concursales para que los acreedores hagan valer sus derechos cuando sobreviene la cesación de pagos del deudor se encuentra consagrado en la Ley 1116 del 2006, llamada de insolvencia empresarial. Esta señala dos procedimientos definidos en el artículo 1, a saber:

1. *Proceso de reorganización empresarial*: pretende preservar empresas que tengan viabilidad económica, normalizando sus relaciones comerciales y crediticias mediante su reestructuración operacional, financiera, de activos y pasivos.
2. *Liquidación judicial*: es un proceso que persigue la liquidación ordenada del patrimonio del deudor, atendiendo los principios de universalidad y de igualdad de los acreedores, aplicando la prelación de créditos prevista por las normas sustantivas del Código Civil[94].

En cuanto a los sujetos destinatarios previstos en el artículo 2 de la Ley 1116, el régimen de insolvencia se aplica a las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación de este que realicen negocios permanentes en Colombia de carácter privado o mixto. También lo son las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales[95].

[94] C. C., arts. 2488-2511.

[95] L. 1116/2006, art. 3: "*Personas excluidas*. No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley: 1) las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud. 2) Las bolsas de valores y agropecuarias. 3) Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior

En consecuencia, el nuevo régimen de insolvencia cobija a los comerciantes (personas naturales y jurídicas) y a los no comerciantes que estén organizados como personas jurídicas. Las personas naturales no comerciantes se encuentran expresamente excluidas y ellas se someten a un régimen especial previsto en el Código General del Proceso[96].

Para acceder al régimen de insolvencia, deben cumplirse los presupuestos objetivos señalados en la Ley 1116: debe acreditarse que el empresario se encuentra en una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente. La cesación de pagos existe cuando el deudor incumple dos o más obligaciones a dos o más acreedores por más de noventa días y tales acreencias representan al menos el diez por ciento del pasivo total a cargo del deudor, mientras que la incapacidad de pago inminente se presenta cuando el deudor acredita la existencia de circunstancias en el mercado o dentro de su organización que afecten o puedan afectar de forma grave el cumplimiento de sus obligaciones a corto plazo, es decir, con vencimiento de hasta un año[97].

> Para acceder al régimen de insolvencia, debe cumplirse el presupuesto objetivo señalado en la Ley 1116 del 2006: encontrarse en una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

---

no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente al control de la referida entidad. 4) Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito. 5) Las sociedades de capital público y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial. 6) Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas. 7) Las empresas de servicios públicos domiciliarios. 8) Las personas naturales no comerciantes. 9) Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar. Parágrafo. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia de forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores".

[96] De acuerdo con la L. 1564/2012, en adelante CGP, art. 531, a través de un procedimiento especial, las personas naturales no comerciantes pueden: negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias; convalidar los acuerdos privados a los que llegue con sus acreedores y liquidar su patrimonio.

[97] L. 1116/2006, art. 9: "En todo caso, conviene señalar que la causal de incapacidad de pago inminente no puede ser alegada por las personas naturales comerciantes".

Competencia desleal

Por último, el numeral 6 del artículo 19 del Código de Comercio le impone al comerciante el deber de abstenerse de practicar competencia desleal. El disfrute de la libertad económica reconocida por la Constitución y las leyes tiene como uno de sus límites los derechos de los demás agentes económicos a quienes también se les garantiza su participación en el tráfico de manera libre, en el que sean la competencia y las fuerzas del mercado —mas no las conductas desleales de los competidores— las que determinen la oferta y la demanda de los productos y servicios y las preferencias de los consumidores. Este postulado de corrección en los negocios tiene alcance universal, puesto que se consagra en todos los sistemas jurídicos que garantizan la libertad de empresa.

El derecho de la competencia se ha convertido en una verdadera disciplina autónoma en el moderno derecho económico con importantes desarrollos y una notable dinámica en el ámbito nacional y el internacional. Este ordenamiento congrega un conjunto de normas encaminadas a garantizar el funcionamiento transparente del mercado, involucrando principalmente los siguientes capítulos diferenciables, pero complementarios entre sí[98]:

1. Normas de competencia desleal propiamente dicha[99] sancionan las prácticas contrarias a los usos honestos del mercado y a las costumbres mercantiles.
2. El derecho antimonopolístico permite el control de las prácticas restrictivas de la competencia[100]. Estas normas prohíben y sancionan los acuerdos o convenios que tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales y extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendentes a limitar la libre competencia y a mantener

[98] Además de las normas con carácter nacional sobre la competencia, la Comisión de la Comunidad Andina [CA], Decisión 608, mar. 29/2005: consagra las normas para la protección y promoción de la libre competencia en el mercado regional.

[99] L. 256/1996.

[100] L. 155/1959, D. 2153/1992 con sus normas reglamentarias.

o determinar precios inequitativos. También se prohíbe y sanciona todo abuso de posición dominante que un empresario tenga en el mercado.

3. El derecho de la propiedad intelectual, con sus componentes derecho de autor y propiedad industrial[101], prevé los mecanismos de protección de bienes intangibles con valor económico que constituyen un importante factor para desarrollar la competencia empresarial. Estos derechos conceden monopolios legítimos de explotación sobre signos distintivos, obras, invenciones y otras manifestaciones del intelecto, del ingenio o de la creatividad e impide que terceros no autorizados los usen o aprovechen.
4. Las normas de protección al consumidor[102] buscan que los bienes y servicios ofrecidos en el mercado tengan unas condiciones mínimas de idoneidad. Así mismo, establecen reglas de responsabilidad de los productores y expendedores por la calidad de los bienes y servicios cuando estos causan perjuicio a los consumidores.
5. Derecho *antidumping*: comprende prácticas restrictivas de la competencia en el comercio internacional[103]. Se considera que existe *dumping* cuando un producto se introduce al mercado colombiano a un precio inferior a su valor normal y ello causa o amenaza causar daño importante a la rama de producción nacional o retrasa de manera importante su establecimiento en Colombia. Los derechos *antidumping* son correctivos que se aplican a las importaciones para restablecer las condiciones de competencia distorsionadas por el *dumping*[104].

[101] Normas de la CA, Decisión 351/1993 y 486/2000, respectivamente.

[102] L. 1480/2011.

[103] D. 991/1998.

[104] D. 991/1998, arts. 1, 4 y 5. Esta normativa incluye reglas para importaciones provenientes tanto de países miembro de la Organización Mundial del Comercio [OMC] como de países con los que Colombia no ha suscrito acuerdos comerciales sobre la materia y de países no miembros de la OMC con los que Colombia ha firmado tratados comerciales al respecto.

Al tema de la competencia se dedica en profundidad uno de los capítulos de esta, a la cual nos remitimos íntegramente.

> El disfrute de la libertad económica reconocida por la Constitución y las leyes tiene como uno de sus límites los derechos de los demás agentes económicos a quienes también se les garantiza su participación en el tráfico de manera libre, en el que sean la competencia y las fuerzas del mercado —mas no las conductas desleales de los competidores—, las que determinen la oferta y la demanda de los productos y servicios y las preferencias de los consumidores.

El establecimiento de comercio y el local comercial

Al definir la empresa, hemos subrayado que esta requiere un elemento funcional llamado establecimiento de comercio. Este representa el conjunto heterogéneo de bienes destinados específicamente por el empresario para desarrollar la actividad organizada.

Noción y componentes del establecimiento de comercio

El establecimiento de comercio se ha definido como un bien mercantil consistente en el conjunto de bienes materiales e inmateriales organizados para lograr una finalidad económica. Para ello, la organización adquiere un significado fundamental como factor aglutinante de los elementos que integran la hacienda, teniendo en cuenta la función económica a la que están destinados todos: la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado[105].

Los bienes son organizados por el empresario a la medida de sus necesidades y según la actividad productiva que se propone desarrollar. Los elementos que componen cada hacienda en concreto dependen de la clase de explotación que se emprenda. La unidad económica formada por el establecimiento se caracteriza por la pluralidad y la heterogeneidad

[105] C. Co., art. 515.

de sus elementos constitutivos[106] y la ley colombiana enumera distintos elementos que generalmente la integran[107].

El establecimiento no se identifica con el local o lugar físico donde funciona un negocio y adonde acuden los clientes para adquirir los bienes y servicios que el empresario ofrece. Es una noción económica más compleja, con repercusiones en el ámbito del derecho, que puede incluir: bien el local comercial si este es de propiedad del empresario; o el derecho al arrendamiento del local si no es propietario. No obstante, comprende también otra serie de elementos materiales e inmateriales, previstos de manera enunciativa en el artículo 516 del Código de Comercio, tales como relaciones jurídicas de diverso orden.

1. *Elementos materiales o corporales*. Son los muebles e inmuebles que forman parte del conjunto de bienes y que se tornan esenciales en la explotación. Dentro de los muebles están el mobiliario, las instalaciones, los equipos y enseres, las mercancías en almacén, los elementos de decoración, vehículos de transporte y el dinero[108]. Los inmuebles integran: locales, bodegas y almacenes. Son elementos constitutivos de la unidad económica si son esenciales a la explotación, aunque la ley no lo dice expresamente[109].
2. *Elementos inmateriales o incorporales*. Están conformados por una serie de derechos, relaciones jurídicas y cualidades del establecimiento que coadyuvan en el desarrollo de la actividad y le añaden valor al negocio[110] como: la propiedad industrial (signos distintivos como nombres, marcas y enseñas; patentes y otras formas de proteger invenciones e innovaciones técnicas).

[106] José Gabino Pinzón, *Introducción al derecho comercial* (Bogotá: Temis, 1985), 168.

[107] C. Co., art. 516.

[108] Ibídem, art. 516, nums. 3 y 4.

[109] En sentido contrario se pronuncia Narváez García, quien considera que los inmuebles están excluidos de la presunción legal. No obstante, reconoce que las partes pueden perfectamente incorporar uno o más inmuebles en la operación: José Ignacio Narváez García, *Derecho mercantil colombiano: la empresa y el establecimiento*, tomo II (Bogotá: Legis, 2002), 115.

[110] C. Co., art. 516, nums. 1, 2 y 5-6.

3. *La clientela*. El establecimiento no se concibe sin clientes. Estos son su razón de ser. La clientela puede no existir cuando se inician las actividades mercantiles de la hacienda, pero no se puede subsistir con una carencia permanente de aquella. La clientela no pertenece al empresario que la ha creado, pues los clientes tienen libertad para acudir o no al establecimiento y para comprar en el negocio de otro empresario que ofrezca similares productos o servicios. La libre concurrencia permite a los competidores atraer clientela ajena y el público puede ensayar otras alternativas ofrecidas por el mercado. Sin embargo, el empresario tiene derecho de proteger su clientela de acciones de otros que tengan por objeto o como efecto desviarla mediante conductas contrarias a las sanas prácticas de negocios y la buena fe comercial. Las normas sobre la competencia desleal protegen el flujo de relaciones que entabla el titular del establecimiento con su clientela; con ellas, puede defender la fuente de sus ingresos y la permanencia de su empresa.
5. El *good will* también se considera una cualidad del establecimiento derivada de su prestigio y que se manifiesta en resultados positivos apreciables en dinero. Se trata de los beneficios y ventajas ligados a la reputación de un negocio que no se confunde con la clientela. El *good will* se vincula a la idea de empresa en marcha (*going concern*): la buena organización de los bienes destinados por el empresario para desarrollar los fines de la empresa dota al conjunto de un mayor valor que la simple suma de sus elementos, por el potencial que tiene para generar utilidades para quien lo explota. En efecto, sus componentes no son bienes aislados o inertes, sino que se coordinan de una manera particular y se ponen en movimiento. Aunque adquiere el establecimiento la plusvalía o *good will* como un intangible cuya tasación económica presenta ciertas dificultades, no por ello se calcula con apoyo en creencias subjetivas, sino que existen elementos técnicos para determinarla, los cuales deben considerarse tales como los derechos de la propiedad industrial, el nivel de recordación y preferencia que tiene entre los consumidores, la marca, la imagen y demás signos distintivos que emplea el empresario. Repercuten igualmente en la valoración de la fama comercial, los indicadores de buen servicio tanto de venta como de posventa, su significativa

participación en el mercado y el buen crédito ante el sistema financiero, entre otros.

El *good will* se vincula a la idea de empresa en marcha: la buena organización de los bienes destinados por el empresario para desarrollar los fines de la empresa dota al conjunto de un mayor valor que la simple suma de sus elementos.

Esta realidad ha dado lugar al pago de un mayor valor o sobreprecio que se causa cuando se efectúan ciertas operaciones sobre el establecimiento de comercio, por ejemplo, su enajenación[111].

El local comercial y la protección del empresario arrendatario

La actividad económica que desarrolla el empresario mediante su establecimiento es objeto de especial protección por el derecho debido al potencial que tiene la organización para crear riqueza, empleo y ciertos bienes inmateriales. Estos añaden valor al conjunto patrimonial, más allá de la suma del valor de sus componentes. Cuando esa actividad se asocia a un lugar físico que el comerciante ocupa a título de arrendamiento, las leyes tutelan fuertemente su derecho a conservar el local como medio de preservar la integridad y la continuidad de la empresa.

De acuerdo con el artículo 516, numeral 5 del Código de Comercio, forman parte del establecimiento los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario. Por su parte, los artículos 518 a 523 del Código de Comercio —que de acuerdo con la previsión

[111] Un segundo recurso en favor del empresario corresponde a la denominada prima. En este caso, si se ha pactado o se llega a acreditar como costumbre mercantil, le permitiría cobrar un sobreprecio por la cesión de su posición contractual en la venta o transferencia del contrato de arrendamiento del local comercial. Sobre la diferencia entre *good will* y prima, se recomienda la lectura de la siguiente sentencia: CSJ, Cas. Civil, Sent. Jul. 27/2001, Rad. 5860. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

perentoria del artículo 524 son normas imperativas, por lo que no admiten pacto en contrario so pena de ineficacia de pleno derecho— consagran diferentes mecanismos encaminados a asegurar esta protección, a saber:

1. *El derecho a la renovación del contrato de arrendamiento a su vencimiento.* Se tiene cuando el empresario haya ocupado el local por dos años o más en el mismo establecimiento, a menos que:
   a. El arrendatario empresario haya incumplido el contrato.
   b. El propietario requiera los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tiene el arrendatario.
   c. Cuando el inmueble deba reconstruirse o repararse con obras necesarias que no pueden ejecutarse sin la entrega, desocupación o demolición por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva[112].

   Con esto, se pretende evitar que el dueño del inmueble en el que funciona un negocio acreditado se beneficie injustamente del esfuerzo realizado por el empresario que lo ocupa con su establecimiento a título de arriendo. Si el empresario ha cumplido durante el plazo de dos años, surge el derecho de continuar como inquilino mediante la renovación, aún en el caso en que el plazo inicial del contrato o sus prórrogas hayan vencido. Si hay diferencias entre las partes sobre las condiciones de la renovación, no son causa suficiente para terminar la continuidad del disfrute del inmueble del arrendatario. El artículo 519 del Código de Comercio remite a las partes a la decisión de peritos en un proceso verbal. El propietario del local solo puede solicitar su restitución cuando medie como justa causa una de las tres situaciones previstas en el artículo 518 antes señaladas.
2. *El derecho al desahucio*. En los casos previstos en los numerales 2 y 3 del artículo 518 (equivalentes al b y c, mencionados arriba), el propietario debe notificar al arrendatario sobre la desocupación del inmueble con seis meses de anticipación al vencimiento del contrato precisando la causal invocada. De lo contrario, el

[112] C. Co., art. 518.

contrato se entiende renovado o prorrogado en las mismas condiciones y plazo del acuerdo inicial. Lo anterior se aplica a menos que el inmueble deba ser demolido por orden de una autoridad competente[113].

El preaviso exigido se fundamenta en la estimación del tiempo que requiere el arrendatario para instalar su negocio en un local diferente y su amplitud obedece a la protección que la ley confiere al empresario. Con esto, le otorga un plazo prudencial para organizar nuevamente su actividad.

Cuando se haya surtido el desahucio y la desocupación se deba a la reparación, reconstrucción o nueva obra (literal c mencionado arriba), el arrendatario tiene derecho a que el propietario del inmueble lo prefiera, en igualdad de condiciones, a cualquier otra persona para el arrendamiento de los locales reparados o reconstruidos sin obligación de pagar primas o valores especiales distintos del canon de arrendamiento[114]. Esta disposición evita que el arrendatario incurra en gastos adicionales por la acreditación que él mismo logró para el local y de la cual podría aprovecharse el titular del inmueble sin haber organizado los factores, realizado las inversiones ni hecho el trabajo que determinaron el éxito de la empresa.

3. *Derecho a la indemnización de perjuicios*. Si una vez desalojado el empresario, el propietario del local no da comienzo a las obras respectivas dentro de los tres meses siguientes a la entrega, da un destino distinto al inmueble, si arrienda los locales o los utiliza para establecimientos que desarrollen actividades similares a las que tenía el empresario arrendatario, debe indemnizar los perjuicios causados, los cuales serán estimados por peritos[115]. Lo mismo sucede cuando no se reconoce el derecho de preferencia.

El Código de Comercio consagra mecanismos para la protección del empresario que ocupa como arrendatario un local comercial.

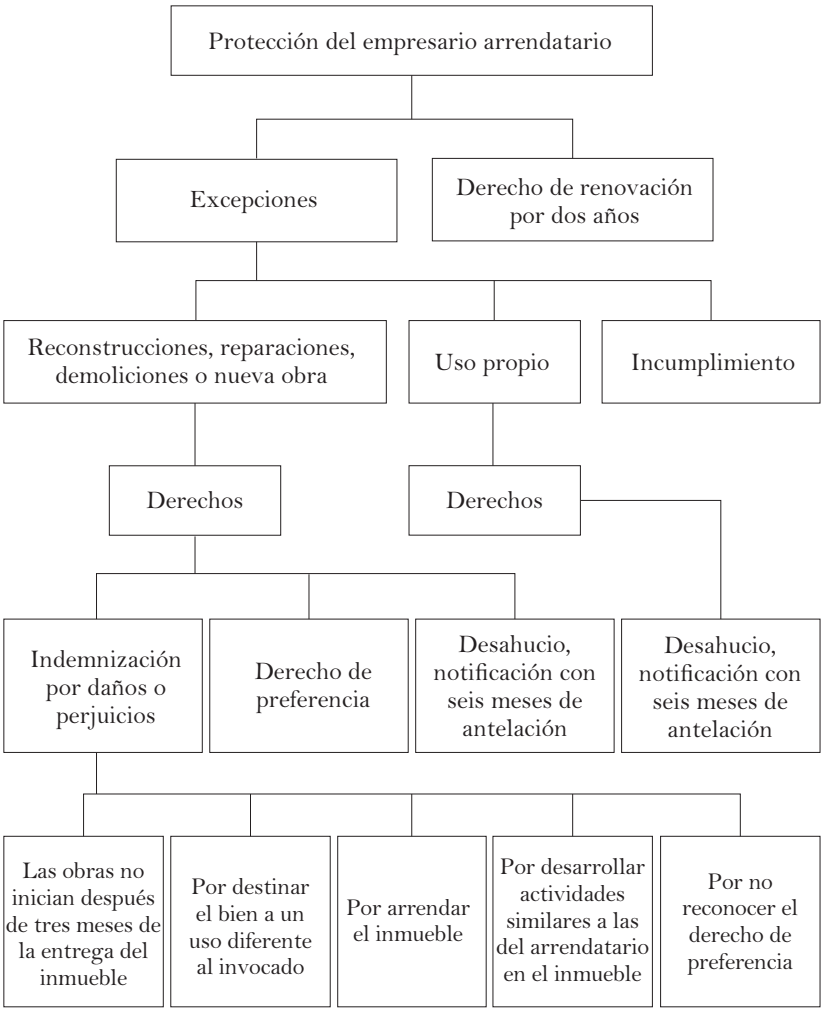
[113] Ibídem, art. 520.

[114] Ibídem, art. 521.

[115] Ibídem, art. 522.

La aludida protección bien puede sintetizarse de la siguiente manera:

Figura 4. Régimen de protección del empresario arrendatario



Fuente: elaboración propia.

Por último, conviene señalar que el artículo 523 del estatuto mercantil establece dos reglas importantes. Por un lado, y para equilibrar las cargas contractuales, le prohíbe al arrendatario subarrendar totalmente los

locales o inmuebles y darles una destinación diferente, de manera que lesione los derechos del arrendador. Esta prohibición rige en virtud de la ley, a menos que el acuerdo autorice el subarriendo de manera expresa. El arrendatario puede subarrendar hasta la mitad de los inmuebles con la misma limitación, es decir, sin cambiar la destinación del inmueble cuando dicho cambio perjudique al arrendador. Por otro lado, el artículo 523 señala que la cesión del contrato de arrendamiento solo es válida cuando la autorice el arrendador o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio[116].

Venta del establecimiento de comercio

El establecimiento es un bien mercantil que puede circular pasando de un propietario a otro como unidad económica. Las partes que celebren un negocio sobre el establecimiento de comercio pueden libremente acordar qué elementos se incluyen, siempre que comprenda aquellos que se consideran esenciales. La enajenación se prefiere en estado de unidad económica para conservar esta característica y la organización de los factores claves de la productividad de la empresa[117]. Así pues, la venta se presume hecha en bloque, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que integran el establecimiento. Sin embargo, esto no exime para que el objeto comprendido en el acto deba estar claramente determinado. Esto se reafirma con la obligación que tiene el enajenante, prevista en el artículo 527 del Código de Comercio, de entregarle al adquirente un balance general acompañado de una relación discriminada del pasivo, debidamente certificados por un contador público.

El precio del establecimiento es de libre estipulación entre el enajenante y adquirente según las circunstancias particulares del negocio, pero suele ser considerablemente superior a la suma de los elementos que lo integran teniendo en cuenta su *good will*, al cual ya hemos hecho referencia. Este es un elemento inmaterial que le agrega valor al

[116] En 2020, con fundamento en el Estado de emergencia económica, social y ecológica ocasionado por la pandemia de la covid-19, el gobierno nacional expidió los Decretos 579 y 797 del 2020, en los cuales se dictaron medidas transitorias para los contratos de arrendamiento de locales comerciales.

[117] C. Co., arts. 525-531.

establecimiento por dotarlo de unas condiciones favorables para la generación sostenida de beneficios económicos.

Como la enajenación supone la transmisión en bloque de activos y de pasivos, los artículos 526 al 531 establecen una serie de requisitos para que el negocio tenga efectos entre las partes y que sea oponible a terceros, muy especialmente a los acreedores que le habían otorgado crédito al titular inicial. La finalidad de estas normas es múltiple: por un lado, permiten proteger el bloque económico y preservar la actividad organizada y, por otro, agilizan el negocio unitario, aparejado de la seguridad para las partes y la protección de otros que tengan intereses legítimos como los acreedores del enajenante. Ante todo buscan fomentar y facilitar la circulación del establecimiento, aun ante la oposición de terceros.

> La venta del establecimiento de comercio es un contrato que transfiere el negocio en marcha, como bloque económico que comprende los elementos que le son inherentes.

Entre las partes, la ley señala que la enajenación es un contrato solemne, pues el acuerdo de las partes debe pactarse en un escrito privado reconocido por los otorgantes ante un funcionario competente[118] o mediante una escritura pública. Este requisito es indispensable cuando el contrato incluye bienes raíces, formalidad sustancial sin la cual el contrato se da por inexistente[119].

Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en el documento de enajenación continúan a cargo de enajenante, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, debe responder solidariamente por dichas obligaciones[120]. Si la enajenación se hace con fundamento en los libros de contabilidad y aparecen inexactitudes en estos que impliquen un menor valor del establecimiento, el enajenante tiene que restituir al adquirente la diferencia del valor proveniente de estas, además de la indemnización por los perjuicios que se hayan causado. La acción prescribe seis meses contados a partir de la fecha de la enajenación. La

[118] Reconocimiento del contenido ante notario público.

[119] C. Co., art. 898.

[120] Ibídem, art. 529.

regulación de los montos a pagar por los conceptos mencionados se pacta a través de peritos[121].

Frente a terceros, el negocio de enajenación debe cumplir el requisito de publicidad. Una vez perfeccionada la operación, el documento debe inscribirse en el registro mercantil para su oponibilidad ante terceros. No obstante, esta publicidad no es suficiente. Para la protección de los acreedores, el artículo 528 dispone que el enajenante y el adquirente responden solidariamente por todas las obligaciones, relacionadas con las actividades del establecimiento, que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación y que consten en los libros obligatorios de contabilidad.

Como a partir de algún momento hacia el futuro el adquirente debe ser quien asuma la calidad de deudor único y es necesario que haya certeza del instante en el cual el enajenante queda liberado de las relaciones jurídicas transferidas por la enajenación, la norma indica que la responsabilidad de este cesa una vez transcurridos dos meses desde la inscripción del negocio en el registro mercantil. Esto tiene lugar siempre y cuando se cumplan varias exigencias adicionales que se relacionan con la publicidad del negocio, su efecto para los terceros y, en particular, para los acreedores; requisitos que llamaremos de "publicidad reforzada", los cuales deben cumplirse concurrentemente para que la cesación de responsabilidad ocurra, a saber:

1. Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiograma o cualquier otra prueba escrita. Esta es una comunicación enviada a cada acreedor de forma individual.
2. Que se haya dado aviso de la transferencia, en general, a los acreedores en dos diarios de amplia circulación, uno de la capital de la república y el otro local, si lo hubiera. Es una comunicación que se hace con destino a todos los acreedores.
3. Que dentro de los dos meses desde el registro del documento en el que conste la enajenación no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor.

[121] Ibídem, art. 531.

Cuando se da aviso de la operación a los acreedores del enajenante conforme lo exige el artículo 528, ellos pueden manifestar expresamente su intención de aceptar al adquirente como su nuevo deudor o guardar silencio, con el mismo efecto. Aquellos que no quieran aceptarlo pueden ejercer su derecho a la oposición, sin que deban invocar o probar justa causa, dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del documento de enajenación en el registro público de comercio. Los acreedores opositores pueden exigir garantías o seguridades para el pago de sus créditos (prendas, hipotecas, fianzas, garantías bancarias o de compañías de seguros, cláusulas penales, etc.), y si ellas no se prestan oportunamente, se vuelven exigibles aun las obligaciones a plazo[122]. Esta exigibilidad pesa sobre el enajenante, quien tiene que cumplir las respectivas obligaciones de manera voluntaria o tras un proceso de ejecución iniciado por el acreedor opositor.

En fin, el derecho de los acreedores para oponerse al cambio de obligado se traduce en la posibilidad de exigir la constitución de garantías adicionales o el pago inmediato del crédito, pero no es un derecho de veto que detenga o afecte la eficacia de la enajenación. Esta prosigue sin los acreedores opositores que persistan en no aceptar al adquirente como nuevo deudor.

Para que el comprador sea el nuevo dueño de todos los elementos que integran el establecimiento, debe hacer entrega real y material del negocio. El vendedor debe entregar las llaves y el control del negocio, permitir al comprador la posesión pacífica de sus dependencias y la explotación económica del establecimiento sin limitaciones ni interferencias.

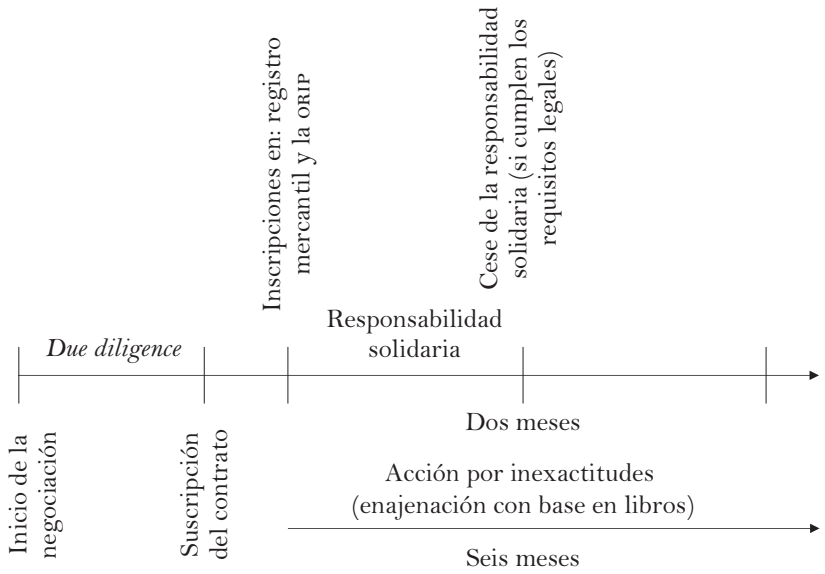
Hay ciertos bienes que requieren registros especiales para que se transfiera jurídicamente su propiedad[123], por ejemplo, si hay inmuebles incluidos en la operación, es preciso inscribir la escritura de venta en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP) correspondiente. Si hay automóviles, es necesario hacer el traspaso en el RUNT o en la oficina competente. Si hay marcas u otros derechos de la propiedad industrial que requieran que el titular esté registrado formalmente, resulta indispensable inscribir la venta en la oficina de propiedad industrial con el nombre del adquirente.

[122] Ibídem, art. 528, parág., y art. 530.

[123] Jurídicamente, este requisito se denomina “tradición”.

En resumen, el flujo de la enajenación se puede ilustrar de la siguiente manera:

Figura 5. Esquema, enajenación del establecimiento de comercio



Fuente: elaboración propia.

Preguntas y casos

1. Determine si los siguientes actos son civiles o comerciales. Explique su respuesta y señale las normas que la fundamentan:
   a. La sociedad Pérez Hermanos Ltda., cuyo objeto social es la fabricación y comercialización de elementos de ferretería, compró un lote para instalar un nuevo almacén. El vendedor es Juan López, quien heredó el lote de sus padres.
   b. La Universidad del Saber compró equipos de laboratorio, computadores y nuevos libros para dotar sus instalaciones y prestar un mejor servicio a sus profesores y estudiantes. La compra la hizo a la Importadora Asiática S. A. S., cuyo objeto es la comercialización de artículos educativos.

   c. Jorge es un microempresario dedicado al ramo de los cultivos orgánicos que tomó un préstamo con la Cooperativa Financiera El Vecino, por valor de diez millones de pesos, para capital de trabajo, documentados en un pagaré.

2. Señale cuáles de las siguientes personas son comerciantes, cuáles no y por qué:
   a. La sociedad Díaz & Díaz Ltda., cuyo objeto consiste en prestar servicios médicos y comercializar elementos hospitalarios.
   b. La Asociación Pro-Desplazados que, para lograr sostenibilidad financiera, fabrica y vende artesanías a grandes almacenes.
   c. La sociedad Puertos del Pacífico S. A., cuyo objeto es explotar la actividad portuaria. Sus accionistas son 40 % entidades públicas y 60 % particulares.
   d. Juan y Diana, quienes cursan estudios universitarios de psicología, montaron un café internet que funciona los fines de semana.
3. La sociedad Textiles Verdes S. A. S., ha adoptado un plan para mejorar el aprovechamiento de su planta física. Para ello, se encargó la destrucción de un conjunto de libros de comercio cuyo último asiento oscila entre los dos y ocho años de antigüedad. El representante legal no tiene claro si puede destruirlos y acude a usted en busca de un consejo legal.
4. La sociedad Frutilacteos S. A. S., se encuentra en una situación financiera difícil y está interesada en acogerse al régimen de insolvencia establecido en el derecho colombiano. La falta de contabilidad ha incidido en el resultado porque nunca tuvieron control de sus ingresos y gastos. En este caso, ¿podrían acogerse al régimen de insolvencia?
5. María toma en arriendo un local de propiedad de Alfredo y monta una pastelería que ha resultado muy exitosa. El contrato escrito señala un plazo de duración de un año prorrogable por periodos sucesivos iguales. Cuando María lleva dieciocho meses en el local, Alfredo le notifica con seis meses de antelación que necesita el local para un negocio de lavandería que él va a establecer. María ha hecho importantes inversiones en equipos de panadería (para lo cual solicitó un crédito bancario), en publicidad y tiene cinco empleados. Ella acude a usted y le pide consejo legal porque entregar el local va a causarle muchos perjuicios.

6. Diego y Ana son amigos y deciden montar un restaurante que han denominado El Hambriento. Diego aporta dinero y Ana sus conocimientos culinarios y su trabajo. Para abrir el negocio, Ana hizo varios pedidos de muebles y otros elementos de decoración al almacén El Buen Gusto, de propiedad de José, por un total de veinte millones. José le pregunta a usted si puede cobrar esta deuda a Diego, a Ana o a ambos y por qué.
7. ¿Las plataformas y las *apps* de comercio electrónico son establecimientos de comercio virtuales?
8. Jaime tiene matriculado un establecimiento de comercio. Carolina se muestra interesada y le presenta una propuesta de compra. Carolina solo está dispuesta a realizar la operación si Jaime incluye la clientela. Jaime le pregunta a usted si eso está permitido.
9. Pedro tiene matriculado un establecimiento de comercio. Andrés se muestra interesado y le presenta una propuesta de compra. Tras una negociación, las partes acuerdan la enajenación del establecimiento y llevan a cabo la operación. El contrato omite cualquier referencia frente a la propiedad industrial. Andrés le pregunta a usted si estos activos se entienden incluidos en la operación.
10. María tiene matriculado un establecimiento de comercio. Un competidor se muestra interesado y presenta una propuesta de compra. Tras una negociación, las partes acuerdan la enajenación del establecimiento y llevan a cabo la operación. Tres meses después, el competidor es notificado de una deuda que no constaba en los libros de contabilidad. El competidor acude a usted y le pide un consejo, pues no sabe si debe pagar.

Bibliografía sugerida

Narváez García, José Ignacio. *Introducción al derecho mercantil.* Bogotá: Legis, 2018.

Bibliografía

Broseta Pont, Manuel, y Martínez Sanz, Fernando. *Manual de derecho mercantil*, vol. 1, 25.ª edición. Madrid: Tecnos, 2018.

CA, Decisión 351/1993.
CA, Decisión 486/2000.
CA, Decisión 608, mar. 29/2005.
Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2.ª edición. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho y Editorial Temis, 2016.
CE, Rad. 0800-12-33-1000-2000-0559-01-13135, mar. 6/2003. C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié.
Circular 100, Superintendencia de Sociedades.
C. N., 1991.
Comunidad Andina de Naciones, Decisión 486/2000.
CSJ, Cas. Civil, Sent. Jul. 27/2001, Rad. 5860. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.
CSJ, S. Cas. Civil, GJ, CLXVI, Sent. nov. 13/1981.
CSJ, GJ, S. Cas. Civil, CCLV, Sent. jul. 14/1998, Exp. 4724.
CSJ, GJ, S. Cas. Civil, Sent. sep. 12/2000, Exp. 5397.
D. 410/1971 [C. Co.].
D. 1400/1970 [CPC].
D. 2153/1992.
D. 2649/1993.
D. 2650/1993.
D. 991/1998.
D. 2706/2012.
D. 2784/2012.
D. 3022/2013.
D. 2042/2014.
D. 2420/2015.
D. 2496/2015.
D. 2131/2016.
D. 2132/2016.
D. 2170/2017.
D. 2483/2018.
D. 2270/2019.
D. 579/2020.
D. 797/2020.
DIAN, Conc. 21505, mar. 30/2012.
DL. 19/2012.
Gabino Pinzón, José. *Introducción al derecho comercial*. Bogotá: Temis, 1985.

L. 80/1993.
L. 84/1873 [C. C.].
L. 155/1959.
L. 222/1995.
L. 232/1995.
L. 256/1996.
L. 454/1998.
L. 527/1999.
L. 962/2005.
L. 1116/2006.
L. 1258/2008.
L. 1314/2009.
L. 1480/2011.
L. 1564/2012 [CGP].
L. 1676/2013.
Narváez García, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano: la empresa y el establecimiento*, tomo II. Bogotá: Legis, 2002.
SIC, Conc. 5054043, oct. 12/ 2005.

Capítulo VII

Comercio electrónico*

Nelson Remolina Angarita

El comercio electrónico es el motor de la economía digital[1]. Lo digital, por su parte, hace parte de la cotidianidad de la realidad sociotecnológica del siglo XXI. Los negocios cada vez son más digitales. Gran parte de ellos son impactados por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) e Internet en su diseño e implementación. Desde hace algunas décadas, no solo se ha escrito sobre el comercio electrónico y la economía digital, sino que se han aprovechado las herramientas tecnológicas para innovar, ser más competitivos e incursionar en nuevos escenarios del mundo de los negocios. Esto, desde luego, va acompañado de retos en los aspectos económicos, políticos, sociales y regulatorios.

Como ha sucedido con otras instituciones mercantiles, el marco jurídico del comercio electrónico es fruto de usos y prácticas comerciales que progresivamente han alimentado la estructura y el funcionamiento jurídico de los negocios realizados utilizando mensajes de datos y los

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.743.

[1] No existe unidad en el entendimiento sobre qué es y qué hace parte de la economía digital. No obstante, se ha planteado que: "La economía digital está constituida por la infraestructura de telecomunicaciones, las industrias TIC (*software*, *hardware* y servicios TIC) y la red de actividades económicas y sociales facilitadas por Internet, la computación en la nube y las redes móviles, las sociales y de sensores remotos. […] La economía digital consta de tres componentes principales que, según su grado desarrollo y de complementación, determinan su nivel de madurez en cada país. Estos componentes son la infraestructura de redes de banda ancha, la industria de aplicaciones TIC y los usuarios finales": Naciones Unidas y Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], "Economía digital para el cambio estructural y la igualdad" (documento, 2013), 9, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35408/1/S2013186_es.pdf.

mecanismos de identificación electrónica. Algunas de esas prácticas han sido explícitamente incorporadas en el "marco normativo formal"[2] y otras, aunque no forman parte de él, siguen teniendo aceptación y uso rutinario en las relaciones comerciales.

Si bien el desarrollo del comercio electrónico ofrece importantes oportunidades, su auge no solo depende de que tengamos un marco jurídico sencillo, claro, seguro y compatible con normas internacionales. En medio de la transición entre lo tradicional o físico a lo digital, los factores tecnológicos y culturales cobran muchísima importancia. Por eso, no solo se debe llevar la tecnología a quienes no la tienen, sino que paralelamente debemos enfocar esfuerzos a aumentar el conocimiento y la confianza del ciudadano, las empresas y el gobierno en el comercio electrónico y toda actividad en la que se involucre el uso de la tecnología y los mensajes de datos.

Se ha establecido que el principal obstáculo para los negocios electrónicos ha sido la falta de confianza en los mecanismos electrónicos. Esto obedece a varios factores:

1. El anonimato de las transacciones electrónicas y la suplantación de identidad.
2. La falta de seguridad en los medios de pago o con respecto a los datos personales de los consumidores.
3. El desconocimiento de la tecnología y cómo opera.
4. La barrera cultural.
5. Las estafas, engaños o fraudes de que han sido víctimas algunas personas.

Por eso, se insiste en que el problema del desarrollo del comercio electrónico no es solo tecnológico o legal. A pesar de su evolución, aún existe desconocimiento y desconfianza sobre los negocios electrónicos o virtuales. Por eso, Reichel y Shefter estiman que el precio no es el

[2] En este sentido, compartimos la afirmación de la Corte Constitucional según la cual "La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social": C. Const. Sent. C-486, oct. 28/1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

elemento esencial que impulse los negocios mediante medios electrónicos, sino la confianza que se genere en ellos[3].

La confianza está estrechamente ligada a la seguridad. De no contar con medios electrónicos seguros, las actividades no crecerán en las escalas deseables. En el contexto del comercio electrónico, esto puede entenderse como tener la seguridad de que la empresa va a realizar la transacción con las mismas o mayores garantías de las que tiene en el negocio tradicional. Determinados aspectos que involucran el desarrollo de la confianza y la seguridad en el uso de medios electrónicos se pueden resumir en la tabla 1:

Tabla 1. Algunos factores incidentes en el grado de confianza en los negocios electrónicos

Factor	Motivo
Identidad	Estar seguros de que: 1. Realizamos negocios con determinada persona y no con otra (suplantación de identidad). 2. Dicha persona existe y tiene capacidad jurídica.
Confidencialidad	1. Impedir que personas no autorizadas accedan a la información privada. 2. Imposibilitar que personas autorizadas comuniquen indebidamente información que debe mantenerse en reserva.
Integridad	Garantizar que los documentos electrónicos no fueron alterados, modificados, falsificados o manipulados.
No repudio	Tener certeza jurídica de que los mensajes de datos son una forma válida de manifestar la voluntad y un medio de prueba.
Seguridad	Evitar fraudes. Impedir accesos, usos o manipulación no autorizada de la información o de las herramientas tecnológicas.

Fuente: elaboración propia.

[3] Frederick Reichheld y Phil Shefter, "E-Loyalty". *Harvard Business Review*, n.° 78 (2000): 105-114.

Identidad, confidencialidad e integridad son elementos cuya satisfacción depende del uso de tecnologías apropiadas con el estado de la técnica de cada momento. El no repudio ha sido un frente abordado por las normas con miras a dar plena validez al uso de los mensajes de datos como medio jurídicamente válido para manifestar la voluntad para el perfeccionamiento de contratos y otras actividades y como otro medio probatorio. Las leyes también han creado los equivalentes funcionales para hablar jurídicamente de firma, escrito, original y archivo en el contexto digital. Estos son temas tratados en la Ley 527 de 1999 y otras normas a las que nos referimos posteriormente.

Generalidades sobre el comercio electrónico

El comercio electrónico[4] (*e-commerce*) se refiere a todas las transacciones comerciales realizadas mediante sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de información o basadas en ellos, especialmente *Electronic Data Interchange*[5] [EDI] e Internet[6] (*interconnected networks*).

[4] La noción jurídica de comercio electrónico se encuentra en la Ley: L. 527/1999, art. 2, num. b. La sentencia: C. Const., Sent. C-1147, oct. 31/2001. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, hace referencia a los siguientes temas: comercio electrónico y registro mercantil; facultades de la DIAN y las transacciones en Internet, Internet y protección de derechos constitucionales; página web; mensaje de datos; sitio de Internet.

[5] Existen diversas definiciones de EDI. Así, de conformidad con la L. 527/1999, art. 2, num. e, EDI (intercambio electrónico de datos, por sus siglas en inglés) se refiere a: "la transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto". La Comisión de las Comunidades Europeas, por su parte, lo concibe como "el intercambio o transferencia de datos preparados o formateados de manera estándar entre las diferentes aplicaciones que funcionan en los ordenadores de asociados comerciales con un mínimo de intervención manual" (véase: *Aspects de L'EDI, Comisión des Communautés Européennes, D.G. Télécommunications industries de l'information et innovation, FR/89/1, EUR 11883 FR*, 12; citado por: Valentín Carrascosa López, María A. Pozo Arranz, E. P. Rodríguez de Castro, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 3.ª edición (Granada: Comares, 2000), 94-95.

[6] Internet puede definirse como el conjunto de redes que utilizan un mismo protocolo (o lenguaje de comunicación entre terminales) de transferencia (IP). La naturaleza global de Internet fue señalada mediante la Res. oct. 24/1995, Federal Networking Council de los Estados Unidos, a saber: "Entendemos por Internet un sistema global de información que: 1) está relacionado lógicamente por un único espacio global de direcciones basado

Nos encontramos frente a un área que, desde mediados de la década de los años 90, está experimentando mayor relevancia jurídica y un importante crecimiento económico. Así por ejemplo, se ha señalado que

> las ventas de comercio electrónico a nivel mundial reportaron unos ingresos de aproximadamente 4.9 billones de dólares estadounidenses en 2021 […] Un incremento que se prevé [que] continúe en los próximos años hasta superar los siete billones en 2025[7].

Documentos internacionales reconocen el significativo potencial que tiene el comercio electrónico en el desarrollo económico. La Declaración conjunta UE-EE. UU. sobre comercio electrónico del 5 de diciembre de 1997, por ejemplo, subraya que:

> el comercio electrónico global, promovido por el desarrollo de la Internet, será un motor importante para el crecimiento de la economía mundial del siglo XXI. El comercio electrónico ofrece nuevas oportunidades para los negocios y los ciudadanos de todas las regiones del mundo[8].

La Directiva Europea sobre comercio electrónico coincide con las expectativas de la amalgama tecnología y negocios al acentuar que

> el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en

---

en el protocolo IP o en sus extensiones; 2) es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones y/o [*sic*] otros protocolos compatibles con IP; 3) proporciona, usa o hace accesible, de manera pública o privada, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas".

[7] Abigail Orús, *Facturación mundial del comercio electrónico 2014-2025*. Acceso el 29 de abril del 2022. https://es.statista.com/estadisticas/1242096/facturacion-del-comercio-electronico-mundial/.

[8] UE y EE. UU., Declaración conjunta UE-EE. UU. sobre comercio electrónico, dic, 5/1997. El texto de esta declaración se puede consultar en http://www.onnet.es/08001009.htm (última consulta: marzo del 2006).

> innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos[9].

El comercio electrónico no es nuevo. Existe desde hace varios años[10] y tradicionalmente se ha realizado mediante redes privadas reguladas por códigos o acuerdos de dicha naturaleza en el contexto del EDI. Con anterioridad a la expedición de normas como la Ley 527 de 1999, los comerciantes acudían al contrato como la estrategia jurídica para dar validez al uso de la tecnología en los negocios.

La Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT)[11], por ejemplo, es una red mundial de instituciones financieras líder en comunicaciones que permite la interoperabilidad entre las instituciones financieras, el mercado y los consumidores. Nació en 1973, cuando los bancos aún se comunicaban mediante telex, el cual no era un medio seguro, estándar ni automatizado. En sus inicios, se vincularon 293 bancos de quince países para transmitir aproximadamente trescientas mil comunicaciones diarias entre ellos. A abril del 2022, se encuentran vinculadas once mil instituciones financieras de 212 países[12].

No obstante, el advenimiento de Internet alteró la estructura del mercado y expandió el campo de acción del comercio electrónico significativamente[13]. El profesor Dickie resume este cambio en la tabla 2.

[9] Directiva 2000/31/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, jun. 8/2000, D. O., L. 178/1, 17/07/2000, 0001-0016, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (directiva sobre el comercio electrónico). Texto y comentarios en: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/e-commerce-standard-eu-rules.html.

[10] John Dickie, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union* (Oxford: Hart Publishing, 1999).

[11] http://www.swift.com.

[12] "Descubra SWIFT", *SWIFT*, última modificación 2022, acceso el 29 de abril del 2022, https://www.swift.com/es/about-us/discover-swift.

[13] En 1998, la Organización Mundial del Comercio (OMC), *Electronic Commerce and the Role of the WTO* (Génova: World Trade Organization Publications, 1998): señaló en su estudio los seis principales tipos de instrumentos electrónicos utilizados para el desarrollo del comercio: teléfono, fax, televisión, sistemas de pago electrónico, EDI e Internet. No obstante, dada la invasión masiva del Internet en todas las actividades comerciales, seguramente el comercio electrónico irá mudando de sus patrones clásicos e incluso de la utilización de líneas especiales EDI a Internet.

Tabla 2. Comercio electrónico en un escenario abierto o cerrado

Comercio electrónico en un escenario cerrado	Comercio electrónico en un contexto abierto
• Tiene carácter centralizado. • El sistema de seguridad forma parte del diseño. • Tiene un club de socios conocidos. • Los participantes aceptan términos y condiciones. • Dispone de una plataforma técnica-jurídica preestablecida. • El mercado es un club.	• Es descentralizado. • Tiene mecanismos de seguridad por implementar. • Cuenta con actores ilimitados. • Los participantes no aceptan términos y condiciones. • Por establecer. • La red es el mercado.

Fuente: Dickie, *Internet and Electronic Commerce.*

Decidir si las actividades de comercio electrónico se desarrollarán a través de un "sistema cerrado" (por ejemplo, EDI[14] o Intranet[15]) o un "sistema abierto" (como, Internet[16] sin términos ni condiciones de uso)

[14] Tradicionalmente EDI hace alusión a un sistema cerrado. No obstante, también puede ser un sistema abierto. EDI cerrado se refiere al intercambio electrónico de datos llevado a cabo entre un grupo de participantes limitado. Este intercambio de datos usualmente se realiza a través de redes privadas —aunque no excluye el uso de interconexión con redes públicas—, que funcionan bajo normas técnicas previamente convenidas entre los participantes en ellas y reguladas por códigos o acuerdos de dicha naturaleza. La adopción de este tipo de acuerdos fomenta la seguridad jurídica al pactar el régimen de cuestiones con frecuencia carentes de regulación en los ordenamientos nacionales, al tiempo que recoge el compromiso explícito de las partes de respetar y no desconocer las formas de acceso y seguridad de la red y la plena validez de las operaciones que se realicen en ella.

Según el Working Group of the International Standards Organization ISO IEC JTC1 / WG3, EDI abierto se refiere al intercambio electrónico de datos usado entre participantes autónomos, por medio de la utilización de los estándares públicos y con el propósito de obtener la interoperabilidad entre los sectores económicos, los sistemas técnicos de la información y los datos.

[15] Intranet es una red privada que se basa en las mismas tecnologías que Internet, pero está restringida para el uso de un grupo de usuarios determinado: Daniel Amor, *The e-Business Revolution. Living and Working in an Interconnected World* (Buenos Aires: Prentice Hall PTR, 2000), 595.

[16] Internet tiene una arquitectura técnica abierta, descentralizada, distribuida y multidireccional en su interactividad, que permite conectar todas las redes informáticas

es un aspecto fundamental que determina el nivel de riesgos que se desean asumir. La selección de uno u otro implica la evaluación de diversos niveles de riesgos jurídico-tecnológicos y el desarrollo de diferentes medidas con miras a alcanzar un ambiente adecuado para realizar actividades con medios tecnológicos.

La naturaleza global, internacional y transfronteriza de muchas de las actividades realizadas en Internet; y el carácter descentralizado e interactivo de sus servicios son elementos determinantes de la perspectiva con que debería abarcarse la adopción de los temas tecnológicos y jurídicos necesarios para el funcionamiento de un proyecto de comercio electrónico. Dado el carácter centralizado y sus sistemas de seguridad, un "sistema cerrado" podría ser más conveniente para tal propósito, ya que permitiría controlar posibles eventualidades difíciles de prever bajo un "sistema abierto" de acceso ilimitado de actores y sin suficientes medidas de seguridad.

Armonización jurídica internacional

El uso de las tecnologías en las actividades comerciales cuestiona la función y la eficacia de las tradicionales barreras físicas o geográficas en el comercio internacional y contribuye a acelerar el fenómeno de la globalización[17]. Quien pone su página web en Internet está llegando a personas de cualquier parte del mundo y le da a su actividad connotaciones de alcance internacional. Esta realidad debe ser considerada por quien estructura negocios en Internet, porque este implica no solo considerar las normas locales, sino las regulaciones internacionales o de otros países.

---

de cualquier punto del planeta (sistema abierto de comunicación entre ordenadores). Su arquitectura de comunicaciones se basa en los tres siguientes principios: "una estructura reticular, un poder de computación distribuido entre los diversos nodos y una redundancia de funciones en la red, para minimizar el riesgo de desconexión": Manuel Castells, *La galaxia Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad* (Madrid: Plaza y Janés, 2001), 31 y 32.

[17] Un análisis de la incidencia de las tecnologías en la globalización puede consultarse en: Anthony Giddens, *Runaway World: How Globalization is Reshaping our Lives* (Nueva York: Routledge, 2002).

Desde el decenio del 60 la ONU[18] ha afirmado que las disparidades entre legislaciones nacionales que rigen el comercio internacional crean obstáculos para el comercio, lo cual es inconsistente con el proceso de conformación de grandes bloques económicos que requieren una plataforma jurídica integrada. Además, la Unidroit[19] estableció que, mediante las innovaciones tecnológicas y comerciales, las transacciones tienden a ser transnacionales. Por eso, las respuestas normativas al fenómeno del comercio electrónico y cualquier actividad relacionada con el uso de las tecnologías se caracterizan por tener enfoque internacional y ser armonizadas. En síntesis, el comercio electrónico requiere una aproximación jurídica coherente y coordinada internacionalmente[20].

Tabla 3. Organismos que promueven la armonización de la regulación de aspectos relacionados con el comercio electrónico

Entidad	Algunos productos relevantes
Uncitral (ONU)	• Recomendaciones a los gobiernos y a las organizaciones internacionales sobre el valor jurídico de los registros computarizados (1985). • Resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990. Principios rectores para la reglamentación de ficheros computarizados de datos personales. • Leyes modelo sobre: - Comercio electrónico (1996). - Firmas electrónicas (2001). - Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005).

Continúa

[18] Organización de las Naciones Unidas. http://www.un.org.

[19] The International Institute for the Unification of Private Law. Véase: http://www.unidroit.org.

[20] En la citada declaración de UE-EE. UU. sobre comercio electrónico, se puntualizó que "el papel de los gobiernos es proporcionar un marco legal claro y consistente, promover un entorno competitivo en el que el comercio electrónico pueda florecer y asegurar la protección adecuada de objetivos de interés público como la intimidad, los derechos de propiedad intelectual, la prevención del fraude, la protección del consumidor y la seguridad nacional": UE y EE. UU., Declaración conjunta UE-EE. UU. sobre comercio electrónico, dic, 5/1997.

Entidad	Algunos productos relevantes
Parlamento Europeo	• Directivas: - Directiva 95/46/CE sobre la protección de datos personales. - Directiva 1999/93/CE sobre la firma electrónica. - Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. - Directiva 2001/29/CE sobre la "Armonización del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información (comercio electrónico)". - Directiva 2002/58/CE sobre la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas. • Reglamento (UE) 2016/679, abr. 27/2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. También deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
OECD	• "Guía para la protección de la privacidad y transferencia de flujos de información personal" (1980). • "Recomendaciones relativas a los lineamientos para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico" (1999). • "Directrices para la protección de los consumidores de prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas" (2003).
Unidroit	• Principios sobre los contratos comerciales internacionales (versiones 1994, 2004 y 2016).
ICC	• ICC *e-terms*, 2004.
ICANN	• Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio, 1999. • Reglamento de la política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (el "Reglamento") 1999.

Fuente: elaboración propia.

La Ley 527 de 1999 es producto de la labor de armonización que organismos internacionales han liderado para lograr un consenso mundial sobre los fundamentos jurídicos mínimos para el desarrollo del comercio electrónico y el uso de los mensajes de datos como una nueva forma jurídica válida para manifestar la voluntad y como medio de prueba.

La ONU, por medio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[21] o Uncitral, publicó, en 1996, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, cuyos principales propósitos son los siguientes:

1. "ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan […] crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico"[22].
2. "conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel"[23].

Regulación sobre comercio electrónico

La regulación colombiana evidencia que la Ley 527 de 1999 no fue la primera norma que trató lo concerniente al derecho y la tecnología[24]. Una labor de "arqueología jurídica" podría concluir que fue la Ley 8 de 1970 la pionera en la materia al autoriza al presidente de la república para, entre otras, "adoptar las medidas necesarias para generalizar el uso del computador electrónico en los trámites administrativos relacionados con los impuestos nacionales y poner especial énfasis en el mejoramiento y organización de las oficinas de cobranzas y ejecuciones fiscales"[25].

[21] Su principal función es fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

[22] Los problemas básicos detectados en su momento y que se quieren solucionar con la Ley Modelo fueron los siguientes: 1) no validez jurídica al uso de los mensajes de datos como medio para manifestar la voluntad; 2) no aceptación de los datos almacenados en soportes informáticos como prueba en los litigios; 3) exigencia normativa y práctica de que los documentos estuvieran firmados o consignados sobre papel.

[23] Tanto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico como su guía explicativa pueden consultarse en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf.

[24] Estas son algunas normas expedidas con anterioridad a la L. 527/1999, que trataban algunos temas sobre la materia en cuestión: leyes 8/1970, 27/1990 y 270/1996; decretos 1748/1995 y 1094/1996.

[25] L. 8/1970, art. 7.

Con posterioridad a la promulgación de la Ley 527, el marco legal colombiano se viene nutriendo de normas relacionadas con mensajes de datos, firmas digitales, firmas electrónicas, entidades de certificación, tecnologías de información y comunicación, delitos informáticos, protección de datos personales, antecedentes disciplinarios y judiciales electrónicos, títulos valores electrónicos, teletrabajo, contratación electrónica, nombres de dominio, gobierno electrónico, factura electrónica, voto electrónico y la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia. Esto pone de presente no solo la inmersión masiva de "lo electrónico" en el sistema jurídico del país, sino que cada día gran parte de los asuntos jurídicos cotidianos guardan relación con la amalgama de derecho-tecnología.

La precitada ley es una disposición cardinal en todo lo concerniente al uso de los mensajes de datos no solo como medio para manifestar la voluntad, sino como medio de prueba (evidencia digital). De la misma, surgieron equivalentes funcionales centrales para cualquier actividad. Su importancia es indiscutible, razón por la cual a continuación hacemos referencia a ciertos temas trascendentales de ella que son objetos de consideraciones a lo largo de la obra.

Principales aspectos de la Ley 527 de 1999

Esta ley constituye el marco jurídico integral y general que avala, salvo algunas excepciones, el uso de los mensajes de datos en todas las actividades de los sectores público y privado. Su relevancia jurídica es trascendental, sin perjuicio de que con anterioridad a Ley 527 de 1999 existían algunas normas sectoriales que trataban ciertas cuestiones relacionadas con temas como la desmaterialización, la factura electrónica, la administración de justicia y los medios electrónicos, entre otros. En las siguientes líneas se hace referencia a varios de los principales aspectos de esta ley.

Ámbito de aplicación

El campo de acción de la ley va más allá de las operaciones comerciales con medios electrónicos (comercio electrónico). Aunque regula aspectos

de esta materia y se conoce como la Ley de Comercio Electrónico[26], fue redactada de manera que comprenda, salvo dos excepciones que explícitamente menciona[27], todas las actividades en las cuales se involucre el uso de mensajes de datos[28]. La Ley 527, por ejemplo, tiene aplicación en las actividades del Estado con otras entidades estatales y con los particulares. Lo anterior se deriva del mismo texto de la norma, que ha sido avalado y desarrollado en sentencias de la Corte Constitucional y por algunos conceptos de entidades públicas que hacen referencia a ella[29]. La Corte concretamente señaló:

> la Ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales, sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico[30].

Los mensajes de datos[31] (información) son el núcleo de la ley porque ellos se convierten en otro medio jurídicamente válido de manifestar la voluntad y por ende, de realizar cualquier actividad (contratos).

[26] Este término no solo se utiliza entre el común de la gente, también nuestros jueces lo emplean para referirse (de manera imprecisa o parcial) a la Ley 527 de 1999. Así, el Consejo de Estado, mediante el C. E., Rad. 1376, dic. 11/2001. C. P. César Hoyos Salazar, da a entender que la Ley 527 rige solo el "comercio electrónico" y que esta no contiene los postulados fundamentales para el uso de los mensajes de datos y las firmas digitales en todas las actividades hechas por particulares entre sí o con el Estado.

[27] 1) Las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; y 2) las advertencias escritas que, por disposición legal, deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

[28] L. 527/1999, art. 1.

[29] Por ejemplo, Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Conc. 1007028, mar. 21/2001.

[30] C. Const., Sent. C-831, ago. 8/2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[31] Es decir, a "toda la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax": L. 527/1999, art. 2, num. 2.

El concepto legal[32] de ellos se redactó de manera que abarcara los antiguos, actuales y futuros medios que permitan crear, archivar y comunicar información.

Principios

Existe un grupo de principios que irradian el alcance e interpretación de la ley. Algunos de ellos se encuentran incorporados explícitamente en ella, mientras que otros forman parte de los mencionados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. No solo son un elemento de interpretación, sino una guía en la fijación de algunas políticas públicas y de la reglamentación sobre la materia. Se destacan los siguientes: internacionalidad, primacía de la autonomía de la voluntad, equivalencia funcional y neutralidad tecnológica. Cada uno de esos principios se explica a continuación.

Internacionalidad

El artículo 3 de la Ley 527 envía un mensaje al operador de la ley (jueces, abogados y autoridades, entre otros) para que, al momento de interpretarla, siempre tenga en cuenta los principios y objetivos que inspiraron dicha regulación y la connotación que ella ha adquirido en el contexto internacional. Así, se pretende que la labor internacional de armonización de normas no se diluya por la interpretación local de cada operador.

En virtud de lo anterior, el citado artículo ordena que, al interpretarse la ley, deben tenerse en cuenta los siguientes factores:

1. Su origen internacional.
2. La necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.
3. La observancia de la buena ley.

Para el caso de los temas que se rijan por la ley, pero que no estén explícitamente resueltos por ella, se requiere tener en cuenta los principios generales en los cuales se inspira la norma, como:

[32] L. 527/1999, art. 2, num. a.

> 1) facilitar el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales; 2) validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información; 3) fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información; 4) promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia; y 5) apoyar las nuevas prácticas comerciales[33].

Según la Uncitral, el artículo 3 de la ley en mención sigue lo señalado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Primacía de la autonomía de la voluntad

La ley da prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes[34] sobre algunos aspectos fundamentales en la realización de actividades mediante el intercambio de mensajes de datos. ¿Cuándo se entiende perfeccionado un contrato electrónico? ¿Cuándo se entiende recibido el mensaje de datos? ¿Cómo saben las partes que el mensaje fue efectivamente enviado o recibido? ¿Desde dónde se entienden enviados o recibidos los mensajes de datos? ¿Cuándo una parte debe entender que el mensaje de datos recibido proviene de determinada persona y no de otra? ¿Cómo tener certeza de que un mensaje de datos fue enviado o recibido por la persona indicada y no por un tercero? Si el destinatario recibe varios mensajes de contenido idéntico y provenientes del mismo remitente, ¿se debe entender que se trata de copias o que estamos frente a mensajes diferentes? ¿Cómo establecer que el contenido del texto no fue alterado o modificado? ¿Cómo determinar que durante la transmisión del mensaje de datos su contenido no fue leído por terceros?

La respuesta a estos interrogantes imprime certeza en cuanto a la transmisión de los mensajes de datos y con respecto a la integridad y confidencialidad del contenido de ellos.

De no pactar nada las partes, en virtud del principio de la autonomía se da aplicación a las respuestas que, para cada caso, trae la ley en los artículos 16 al 25.

[33] L. Modelo sobre Comercio Electrónico, Uncitral, 1996.

[34] L. 527/1999, art. 4.

Equivalencia funcional

Los equivalentes funcionales son los pares de instituciones del mundo material en el contexto digital. Se basan en un análisis de los objetivos y funciones de un requisito tradicional para determinar la manera de satisfacer sus fines también en el contexto tecnológico. Así, por ejemplo, a partir del conocimiento de las funciones y la labor jurídica que cumple el papel[35], como medio físico, se diseñó una solución técnico-jurídica en un medio electrónico que cumple los mismos cometidos y además le otorga al documento electrónico las bondades propias de la tecnología (ahorro de tiempo, etcétera).

La Ley 527 de 1999 consagra los equivalentes funcionales[36] del escrito, firma y original en el contexto digital. Con estos, se busca que dichas "instituciones" cumplan las mismas funciones que tienen en el uso de medios tradicionales. En opinión de la Corte Constitucional, la Ley 527:

> adoptó el criterio flexible de equivalente funcional, que [tiene] en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos, por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel[37].

[35] Un documento en papel procura cumplir, entre otras, las siguientes funciones: 1) proporciona legibilidad a todos; 2) asegura su inalterabilidad a lo largo del tiempo; 3) permite su reproducción a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar de lo escrito; 4) facilita la autenticación de los datos consignados mediante la suscripción y firma; y 5) proporciona una forma aceptable para su presentación ante las autoridades y los tribunales.

[36] Un desarrollo completo y crítico de este tema se puede encontrar en: Andrés Felipe Umaña Chaux, "Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la Ley 527 de 1999". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 1, (2005): 75-111.

[37] C. Const., Sent. C-662, jun. 8/2000. M. P. Fabio Morón Díaz. En igual sentido, se pueden consultar los siguientes conceptos de la SIC, Conc. 1007028, mar. 21/2001, y 3046333, jun. 25/2003.

El Concejo de Estado, por su parte, ha recurrido a los equivalentes funcionales para emitir conceptos importantes sobre la notificación de actos administrativos mediante herramientas tecnológicas[38].

Los artículos 6 al 8 de la ley comparten una misma estructura en el sentido de que señalan los requisitos o condiciones que debe cumplir un mensaje de datos para que se entienda que es "escrito", está "firmado" y se trata de un "original" tal como sucede con los documentos en soporte físico.

Neutralidad tecnológica

Este principio reconoce un hecho evidente: la tecnología cambia constantemente. Si la ley se "casa" con una tecnología en particular, muy seguramente la norma quedará obsoleta rápidamente. Por eso, es trascendental que las autoridades competentes observen este principio al menos como una técnica legislativa y como un factor relevante a la hora de valorar la evidencia digital.

La Ley 527 exige algunos requisitos técnicos fundamentales, pero no señala la tecnología específica que se debe utilizar. Así las cosas, si la ley requiere que se utilicen tecnologías confiables para garantizar la integridad de un mensaje de datos, el operador puede escoger la tecnología que desee, siempre y cuando sea fiable a la luz del Estado de la técnica y del momento histórico que se requiera.

El artículo 26 de la Ley 962 del 2005 es un ejemplo de una disposición legal explícitamente neutral, en la medida en que no exige una tecnología concreta a propósito de las facturas electrónicas:

> Para todos los efectos legales, la factura electrónica podrá expedirse, aceptarse, archivarse y en general llevarse *usando cualquier tipo de tecnología disponible*, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos legales establecidos y la respectiva tecnología que garantice su autenticidad e integridad desde su expedición y durante todo el tiempo de su conservación[39].

[38] C. E., S. Consulta y Servicio Civil, Conc. mar. 18/2010, Rad. 1989. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Referencia: Principio de equivalencia funcional. Aplicación del trámite en línea de notificación personal de actos administrativos.

[39] Las cursivas fueron añadidas.

Este principio es crucial para el desarrollo y la competitividad de las actividades que se realicen mediante el uso de las tecnologías. Por eso, la "neutralidad tecnológica" constituye uno de los principios orientadores de la Ley 1341 del 2009, que, según el numeral 6 del artículo 2, obliga al Estado a garantizar:

> la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen tecnologías de la información y las comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible.

El Decreto 2364 del 2012[40] también se refiere a dicho principio en estos términos:

> artículo 2°. Neutralidad tecnológica e igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma electrónica. Ninguna de las disposiciones del presente decreto será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método, procedimiento, dispositivo o tecnología para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos señalados en el artículo 7° de la Ley 527 de 1999.

Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos

Si existió duda sobre la validez jurídica de los mensajes de datos, el artículo 5 de la ley la elimina. Según la Corte Constitucional, "el mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, que debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento"[41]. Ahora bien: si se da validez jurídica al medio que se utiliza para generar, enviar o archivar información, no quiere decir

[40] Por medio del cual se reglamenta el art. 7 de la L. 527/1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones.

[41] C. Const., Sent. C-662, jun. 8/2000. En este mismo sentido, consulte: Conc. 3046333, jun. 25/2003, SIC.

que automáticamente se le dé plena aceptación al contenido incorporado en ese medio[42] porque este pudo ser objeto de manipulaciones, fraudes, etcétera, lo cual también sucede con el contenido de documentos tradicionales.

El artículo 44[43] de la Ley 527 otorga validez no solo al contenido del texto del mensaje, sino a otros textos a los que, en él, se hace referencia, pero sin que se transcriba su contenido. De esta manera, el texto por remisión cuenta con el mismo grado de validez jurídica que si formara parte del texto del mensaje de datos. En este sentido, afirma la Uncitral que:

> las comunicaciones electrónicas están estructuradas normalmente de tal forma que se intercambian grandes cantidades de mensajes, cada uno de ellos con un breve contenido de información, y basándose con mucha mayor frecuencia que los documentos escritos en remisiones a información que puede obtenerse en otro lugar. No debe someterse a los usuarios de las comunicaciones electrónicas a la engorrosa obligación de sobrecargar sus mensajes de datos con abundante texto si pueden aprovechar fuentes externas de información, como bases de datos, glosarios o listas de códigos, y utilizar abreviaturas, códigos y otras remisiones a dicha información[44].

Documento físico original y documento electrónico original

Tradicionalmente vinculamos el concepto de documento a un *corpus* o soporte material que plasma, representa o incorpora una expresión, un derecho, una obligación, etcétera. Ese *corpus* se ha considerado la esencia o el ser mismo del documento. Dentro de las acepciones sobre la naturaleza del documento destacan la teoría del escrito y la de la representación. Según la primera, el documento siempre es un escrito en algún soporte permanente o durable (tradicionalmente, el papel). De conformidad con

[42] Establece la Uncitral: "La forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información": L. Modelo sobre Comercio Electrónico, Uncitral, 1996, art. 5bis.

[43] Declarado exequible mediante la: C. Const., Sent. C-662, jun. 8/2000.

[44] L. Modelo sobre Comercio Electrónico, Uncitral, 1996, art. 5bis.

la teoría de la representación, el documento no es solamente un escrito, sino todo objeto representativo o que pueda informar sobre un hecho o sobre otro objeto. Con esta perspectiva, el concepto de documento no se restringe a la naturaleza del soporte ni a la forma escrita como únicos elementos materiales.

Esta última teoría es acogida por nuestra legislación, al expresar que un documento es todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo sin que se exija la presencia de un soporte material de él. En efecto, a la luz del artículo 243 del Código General del Proceso[45] (CGP), los documentos son:

> *los escritos*[46], impresos, planos, dibujos, cuadros, *mensajes de datos*, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos edificios o similares[47].

Según nuestra legislación, un documento original corpóreo "es la fuente primaria de información con todos los rasgos y características que permiten garantizar su autenticidad e integridad"[48]. El documento se considera auténtico "cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento"[49]. El artículo 244 del Código General del Proceso establece que los "documentos en forma de mensaje

[45] L. 1564/2012, en adelante CGP: "por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones".

[46] La L. 527/1999 trata los términos "escrito" y "documento emitido en papel" de forma equivalente. En efecto, refiriéndose a los documentos de transporte, en el art. 27 incluye expresamente dicha expresión para significar que en los casos que la ley requiera que alguno de los actos enunciados en el art. 26 "se lleve a cabo por escrito o mediante documento emitido en papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se lleve a cabo por medio de uno o más mensajes de datos".

[47] Las cursivas fueron añadidas.

[48] L. 594/2000, art. 3, por medio de la cual "se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones".

[49] CGP, art. 244.

de datos se presumen auténticos". Esto genera cargas probatorias en quien desee desconocer la autenticidad del documento.

En el contexto digital, el concepto de original se relaciona con la integridad. Por eso, el artículo 8 de la Ley 527 de 1999 considera original al documento electrónico que no ha sido alterado o modificado desde el momento que se compuso por primera vez ("integridad"), pero no exclusivamente al primer documento creado. A la luz de dicho concepto legal, no se puede entender como documento original únicamente aquel en el que por primera vez se consigna la información principalmente porque, en la práctica, el destinatario de un documento, que se envía por medios electrónicos, recibe una copia y el remitente se queda con el que conocemos como original en el contexto tradicional.

Desmaterialización e inmaterialización

Desmaterialización es el proceso por medio del cual un documento de soporte material se transforma en un documento electrónico. La desmaterialización puede ser total o parcial. En el primer caso, el documento se crea, se hace circular y se negocia electrónicamente sin que sea el producto de la transformación de un documento físico a un documento electrónico. En la segunda hipótesis, el documento se crea de forma física, pero las transacciones sobre él se realizan electrónicamente. En esta situación, el documento material usualmente se deposita en un banco o en una central de registro donde se representa en registros electrónicos.

Es criticable la utilización del término *desmaterialización* para aludir a documentos creados electrónicamente sin que previamente hubieran sido emitidos en medios materiales porque solo puede desmaterializarse lo que previamente estuvo dotado de materia. Por esta razón, cuando el documento es corpóreo y luego transformado en electrónico, se dice que fue desmaterializado, mientras que cuando fue creado electrónicamente, nos encontramos frente a un documento "inmaterializado".

La desmaterialización no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 1 del Decreto 1748 de 1995[50] consagró la siguiente definición

[50] "Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993".

para los bonos pensionales: "Es el hecho de que las características y el valor del bono no consten en un documento físico con firma del emisor, sino que se conserven en archivos informáticos bajo custodia de una entidad legalmente autorizada para ello […]". El archivo informático, por su parte, se definió como la información almacenada en un medio magnético, óptico o similar, a la cual solo puede tenerse acceso mediante un soporte lógico adecuado, un computador electrónico.

Firma electrónica, firma digital y entidades de certificación

Desde hace décadas el legislador ha previsto como firma otros medios diferentes de la tradicional firma autógrafa o manuscrita, que se menciona en el artículo 826 del Código de Comercio[51] y en la Ley 527 de 1999. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia anota:

> La firma es, pues, requisito imprescindible para que un documento tenga valor probatorio, ya que sin ella, salvo aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes —según el caso—, no podrá establecerse con certeza quién es el autor, esto es, lisa y llanamente su autenticidad, siendo necesario recordar que por firma se entiende 'la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal' (C. Co., art. 826), omnicomprensiva noción —*ex lege*— que está a tono, en la hora de ahora, con el empleo de los adelantos tecnológicos (cibernéticos, robóticos, informáticos, etc.), en virtud de los cuales se ha desarrollado el concepto de firma electrónica o digital que, según la Ley 527 de 1999, se acota de paso, tiene idéntica fuerza y efectos de la firma manuscrita, cuando se reúnan los requisitos —claro está— allí señalados relativos a la verificación de la individualidad de la misma [*sic*][52].

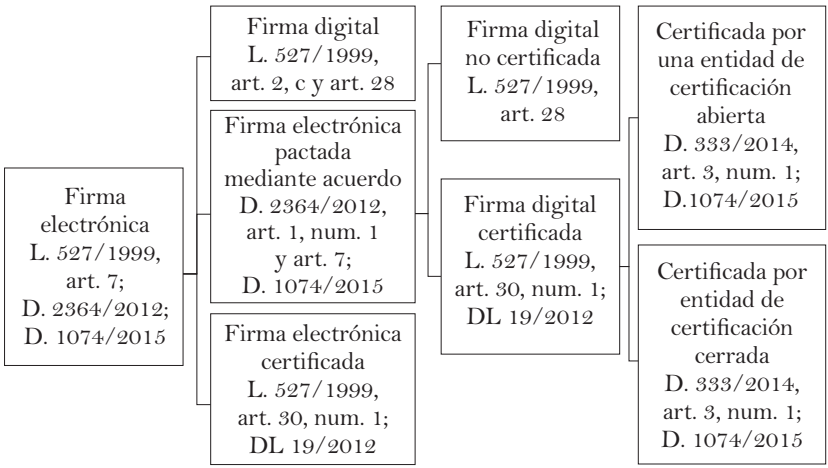
[51] D. 410/1971, en adelante C. Co.

[52] CSJ, S. Cas. Civil, Sent. sep. 4/2000, Rad. 5565. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, citada en CSJ, S. Cas. Civil, Sent. ago. 27/2003, proceso 20166. M. P. Marina Pulido de Barón.

La firma electrónica, la firma electrónica certificada, la firma electrónica pactada mediante acuerdo, la firma digital (sin certificar, pero verificable), la firma digital certificada (por una entidad de certificación abierta o cerrada) son algunas formas de identificación personal en el contexto digital. La Ley 527 de 1999 y la doctrina tratan la firma electrónica[53] como el género y la digital como una especie de la primera.

En la siguiente figura destacamos las principales alternativas de identificación electrónica existentes en la regulación colombiana:

Figura 1. Alternativas de identificación electrónica en la regulación colombiana



Fuente: Nelson Remolina Angarita, "Neutralidad tecnológica y alternativas de identificación electrónica ciudadana en el contexto del 'gobierno en línea'", en: *Nuevas tendencias del derecho administrativo*, coordinado por Helena Alvear García (Bogotá: Temis y Universidad de los Andes Facultad de Derecho, 2016), 251.

[53] Algunos ejemplos de normas que utilizan la expresión "firma electrónica" son: D. 1791/2007, "por medio del cual se reglamenta el artículo 579-2 del Estatuto Tributario"; DD 55/2002, "por medio del cual se establece 'El sistema de declaración y pago de impuestos distritales a través [*sic*] de medios electrónicos'"; la L. 1189/2008, "por medio de la cual se aprueba el 'Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile-Protocolo adicional al Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993', suscrito en Santiago, Chile, el 27 de noviembre del 2006".

A lo anterior se suman algunas normas[54] que utilizan diferentes expresiones para incluir otras alternativas de identificación electrónica como, entre otras, firma digitalizada o escaneada, que hacen parte del concepto general de firma electrónica. En suma, existe un pluralismo terminológico de opciones jurídicas para identificarse electrónicamente. En las siguientes líneas, nos referiremos a los más relevantes.

Firma electrónica

El Decreto 2364 del 2012[55] reglamentó la firma electrónica. Para referirse a ella, enuncia algunos ejemplos de lo que comprende este término al señalar que son:

> métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permiten identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente[56].

Esa norma precisa que "la firma electrónica tendrá la misma validez y efectos jurídicos que la firma, si aquella cumple con los requisitos establecidos en el artículo 3 de este decreto"[57], es decir, que se utilicen mecanismos electrónicos confiables y apropiados para identificar a una persona con respecto a la creación y comunicación de un mensaje de datos.

[54] Como por ejemplo, DL 491/2020, art. 11: "por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica". Este artículo fue declarado exequible por la C. Const., Sent. C-242, jul. 9/2020, MM. PP. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.

[55] "Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones".

[56] D. 2364/2012, art. 1, num. 3.

[57] Ibídem, art. 5.

El artículo 7 de la Ley 527 de 1999 consagra el equivalente funcional y general de la firma en los siguientes términos:

> Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma [*sic*], en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:
> a. Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;
> b. Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

En un estudio del 2009 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), titulado *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas*, se subrayó lo siguiente:

> La definición de 'firma electrónica' en los textos de la CNUDMI es deliberadamente amplia, para que abarque todos los métodos de firma electrónica existentes o futuros[58].
>
> Los métodos de autenticación y firmas electrónicas pueden clasificarse en tres categorías, a saber: los que se basan en lo que el usuario o el receptor sabe (por ejemplo, contraseñas, números de identificación personal [NIP], los basados en las características físicas del usuario (por ejemplo, biometría) y los que se fundamentan en la posesión de un objeto por el usuario (por ejemplo, códigos u otra información almacenada en una tarjeta magnética). […] Entre las tecnologías que se usan en la actualidad figuran las firmas digitales en el marco de una infraestructura de clave pública [ICP], dispositivos biométricos, NIP, contraseñas elegidas por el usuario o asignadas, firmas manuscritas escaneadas, firmas realizadas por medio de un lápiz digital y botones de aceptación de tipo 'sí' o

[58] ONU y Uncitral, *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas* (Viena: ONU, 2009), 15, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/08-55701_ebook.pdf.

> 'aceptar' o 'acepto'. Las soluciones híbridas basadas en la combinación de distintas tecnologías están adquiriendo una aceptación creciente[59].

Doctrinariamente se ha establecido que este artículo se refiere a la firma electrónica[60], pues el concepto de firma digital se prevé en el literal c, del artículo 2º de la misma norma. El equivalente de la firma electrónica se funda en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en los documentos físicos, las cuales deben cumplirse en los documentos electrónicos, enfocándose en las siguientes características de la firma:

1. Identificar a una persona (firmante).
2. Dar certeza de la participación personal de esa persona en el acto de firmar.
3. Asociar a esa persona con el contenido de un documento (confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento).

La norma citada se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de aprobación del contenido del documento. Lo esencial del tema radica en que se utilice un mecanismo de identificación fiable y apropiado. Según el Decreto 2364 del 2012, la firma electrónica es confiable si: "1. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante. 2. Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma"[61].

[59] Ibídem, 13.

[60] Se entienden por firma electrónica los "datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo [*sic*], que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos": L. Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, 2001, art. 2, num. a. La directiva europea sobre firmas electrónicas las define como "los datos en forma electrónica anexos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación": Directiva 1999/93/CE, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, dic. 13/1999.

[61] D. 2364/2012, art. 4.

Sobre ese punto, la ONU considera que la firma es fiable cuando, entre otras:

> a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma[62].

Para determinar si el método utilizado es apropiado, pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales que subraya la Uncitral:

1. La perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes.
2. La naturaleza de su actividad comercial.
3. La frecuencia de sus relaciones comerciales.
4. El tipo y la magnitud de la operación.
5. La función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable.
6. La capacidad de los sistemas de comunicación.
7. La observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios.
8. La gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios.
9. La observancia de los usos y prácticas comerciales.
10. La existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no autorizados.
11. La importancia y el valor de la información contenida en el mensaje de datos.

[62] L. Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, 2001, art. 6.

12. La disponibilidad de otros métodos de identificación y el costo de su aplicación.
13. El grado de aceptación o no aceptación del método de identificación en la industria o esfera pertinente tanto en el momento en que se acordó el método como cuando se comunicó el mensaje de datos.
14. Cualquier otro factor pertinente.

No debe perderse de vista que la confiabilidad y pertinencia de la firma no dependen únicamente del diseño o estructura intrínseca del método utilizado para firmar, porque si el usuario no es responsable o diligente, todas las bondades técnicas o tecnológicas de la firma se desvanecen por falencias de naturaleza humana. Por eso, la regulación establece los siguientes deberes del firmante:

1. Mantener control y custodia sobre los datos de creación de la firma.
2. Actuar con diligencia para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma.
3. Dar aviso oportuno a cualquier persona que posea, haya recibido o vaya a recibir documentos o mensajes de datos firmados electrónicamente por el firmante, si:
   a. El firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o
   b. Las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho[63].

Todo sistema de identificación electrónico —*procedimientos, métodos o dispositivos*— debe garantizar niveles apropiados de seguridad para evitar, por ejemplo, situaciones de suplantación de identidad. En línea con lo anterior, la regulación establece, a título enunciativo, los siguientes factores para establecer el grado de seguridad de las firmas electrónicas:

[63] D. 2364/2012, art. 6.

1. El concepto técnico emitido por un perito o un órgano independiente y especializado.
2. La existencia de una auditoría especializada, periódica e independiente sobre los procedimientos, métodos o dispositivos electrónicos que una parte suministra a sus clientes o terceros como mecanismo electrónico de identificación personal[64].

En suma, la regulación colombiana permite el uso de diferentes opciones para identificarse electrónicamente. La confiabilidad y seguridad de estos depende de varios factores y no meramente de su denominación (firma electrónica, firma digital, etc.). Corresponde a cada organización tomar la decisión más apropiada a la luz de, entre otras, los niveles de riesgo de cada entidad o actividad. Por eso, se sugiere que, previamente al inicio de un proyecto de comercio electrónico, se identifiquen los riesgos a que se expone la organización y se midan o establezcan con qué probabilidad (alta, media, baja) podrían materializarse esos riesgos en el proyecto, actividad u organización. Posteriormente, es preciso adoptar las medidas de identificación electrónica pertinentes para evitar fallas de seguridad, fraudes o suplantaciones de identidad, entre otras. Finalmente, se recomienda monitorear frecuentemente —*con auditorías internas o externas*— si las mismas son confiables y apropiadas a la luz del estado de la técnica y los riesgos que surgen cotidianamente. Recuerde que la seguridad les exige ser muy diligentes, profesionales y proactivos para evitar daños o perjuicios, a quienes realizan actividades de comercio electrónico (empresas, clientes, consumidores, etc.).

Firma digital

Junto con el concepto de firma electrónica, se encuentra la firma digital. Esta se define en los siguientes términos en el literal c, del artículo 2, de la Ley 527 de 1999:

[64] Ibídem, art. 8.

> Valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

Si bien la Ley 527 de 1999 y otras normas como el Decreto 333 del 2014[65] propugnan el uso de la firma digital, la utilización de la firma electrónica también tiene plena validez jurídica. Como sucede con los temas conexos con la tecnología, un punto crítico estriba en la seguridad. Así como existen unas firmas "tradicionales" más seguras que otras[66], lo propio sucede con las firmas en el contexto digital. Tenemos, entre otras, la firma electrónica, la firma digital (o "firma electrónica avanzada"[67], como se denomina en la Directiva europea sobre la firma electrónica)[68] y la firma digital avalada por una entidad de certificación (o "firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma", como se conoce en Europa). Todas ellas son jurídicamente válidas.

La definición jurídica de la firma digital se estructura a partir de la clave privada y la pública. Con la primera, se genera la firma digital de un mensaje de datos y, con la segunda, se verifica que dicha firma fue emitida con la clave privada del iniciador. Para facilitar el entendimiento del tema, resulta pertinente hacer referencia a los siguientes conceptos del artículo 3 del Decreto 333 del 2014:

[65] Antiguamente D. 1747 del 2000 (derogado expresamente por el artículo 22 del D. 333/2014).

[66] No tiene el mismo nivel de seguridad firmar con el nombre que con un signo, un símbolo, una rúbrica o nuestra huella dactilar.

[67] Según la Directiva europea, la "firma electrónica avanzada" se define como una firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: "a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos [*sic*] sea detectable": Directiva 1999/93/CE, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, art. 2, num. 2.

[68] Directiva 1999/93/CE, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

1. Clave privada: valor o valores numéricos que utilizados conjuntamente [*sic*] con un procedimiento matemático conocido, sirven para generar la firma digital de un mensaje de datos.
2. Clave pública: valor o valores numéricos que son utilizados para verificar que una firma digital fue generada con la clave privada del iniciador.
3. Certificado en relación con las firmas: mensaje de datos firmado por la entidad de certificación que identifica, tanto a la entidad de certificación que lo expide como al suscriptor, y contiene la clave pública de este.
4. Entidad de certificación cerrada: entidad que ofrece servicios propios de las entidades de certificación solo para el intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, sin exigir remuneración por ello.
5. Entidad de certificación abierta: la que ofrece, al público en general, servicios propios de las entidades de certificación, tales que:
   a. Su uso no se limita al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, y
   b. Recibe remuneración.
6. Iniciador: persona que actuando por su cuenta, o en cuyo nombre se haya actuado, envíe o genere un mensaje de datos.
7. Suscriptor: persona a cuyo nombre se expide un certificado.
8. Repositorio: sistema de información utilizado para almacenar y recuperar certificados u otra información relacionada con los mismos.
9. Estampado cronológico: mensaje de datos que vincula a otro mensaje de datos con un momento o periodo de tiempo concreto, el cual permite establecer con una prueba que estos datos existían en ese momento o periodo de tiempo y que no sufrieron ninguna modificación a partir del momento en que se realizó el estampado.
10. Declaración de Prácticas de Certificación (DPC): manifestación pública de la entidad de certificación sobre las políticas y procedimientos específicos que aplica para la prestación de sus servicios.

Detrás de los conceptos jurídicos de firma digital y firma electrónica encontramos un soporte tecnológico que apunta a cumplir diversos objetivos. La tecnología de la firma digital sobre la cual habla la Ley 527 de 1999 supone que el texto se suscribe con una clave privada y es verificado con una clave pública que permite establecer si fue creado con la clave privada del firmante y si el contenido no fue alterado o modificado

después de haber sido firmado. La clave privada y la clave pública reciben el nombre de "datos de creación de firma" y "datos de verificación de firma" en la directiva europea[69] sobre firmas electrónicas[70].

La regulación de la firma digital plantea una serie de atributos jurídicos para que sea válida y surta los mismos efectos de una firma manuscrita. También es necesario que el usuario de este tipo de firmas sea diligente en el uso y cuidado de estas. La seguridad de las firmas no solo depende de la tecnología, sino del correcto uso y diligencia del titular. Este será responsable de su conducta negligente respecto del uso de la firma, tal como sucede, por ejemplo, con el titular de una tarjeta de débito o de crédito[71]. Los atributos de la firma digital[72] y los deberes del suscriptor[73] se pueden resumir en la tabla 4.

Tabla 4. Atributos de la firma digital y deberes del suscriptor

Atributos de la firma digital	Deberes del suscriptor
• Ser única para la persona que la usa. • Ser susceptible de ser verificada. • Estar bajo control exclusivo de la persona que la usa. • Estar ligada a la información, de manera que si se modifica, se considera inválida. • Estar conforme a la reglamentación expedida por el gobierno nacional.	• Recibir la firma digital de la entidad de certificación o generarla utilizando el método autorizado por esta. • Suministrar la información que requiera la entidad de certificación. • Mantener el control de la firma digital. • Solicitar oportunamente la revocación de los certificados.

Fuente: elaboración propia.

[69] Ibídem.

[70] Ibídem, art. 2, nums. 4 y 5. "Datos de creación de firma: datos únicos (códigos o claves criptográficas privadas) que el firmante utiliza para crear la firma electrónica; "datos de verificación de firma": datos (códigos o claves criptográficas públicas) que se utilizan para verificar la firma electrónica.

[71] Según la L. 527/1999, art. 40: el suscriptor no solo es responsable por el incumplimiento de sus deberes, sino por la falsedad, error u omisión de la información que suministre a la entidad de certificación.

[72] Ibídem, art. 28, declarado exequible mediante la: C. Const., Sent. C-662/2000, jun. 8/2000.

[73] L. 527/1999, art. 39.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas establece los comportamientos que debe seguir el firmante, a saber:

> 1) Cuando puedan utilizarse datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos, cada firmante deberá: a) actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma; b) sin dilación indebida, utilizar los medios que le proporcione el prestador de servicios de certificación conforme al artículo 9º de la presente ley, o en cualquier caso esforzarse razonablemente para dar aviso a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el firmante, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen si: i) el firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o ii) las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho; c) cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que hayan de consignarse en él son exactas y cabales[74].

Entidades de certificación[75]

Según el literal d, del artículo 2, de la Ley 527 de 1999, la entidad de certificación (en adelante EC):

> es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales.

[74] L. Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, 2001, art. 8.

[75] L. 527/1999, art. 2, num. d. Consúltense, además, las siguientes normas: L. 527/1999, arts. 30 y ss.; D. 333/2014, arts. 5-21.

Es importante subrayar que, en el año 2012, el legislador abrió las puertas para que las EC realicen actividades con respecto a la firma electrónica y otras cuestiones. En efecto, mediante el Decreto 19 del 2012, las EC pueden realizar actividades de gran envergadura no previstas en el artículo 30 de la Ley 527 de 1999, a saber: emitir certificados sobre las firmas electrónicas; prestar servicios de generación de datos de creación de las firmas electrónicas; ofrecer los servicios de registro, custodia y anotación de los documentos electrónicos transferibles y, en general, efectuar "cualquier otra actividad relacionada con la creación, uso o utilización de firmas digitales y electrónicas"[76].

Además, mediante el artículo 176 del decreto, se derogaron los artículos 41 y 42 de la Ley 527 de 1999. Esto significa que la Superintendencia de Industria y Comercio perdió las facultades de vigilancia, control y sanción frente a las entidades de certificación. Dicha entidad, según el Decreto 92 del 2022, tiene la función de:

> autorizar las entidades de certificación para prestar sus servicios en el país, de acuerdo con lo previsto en la Ley 527 de 1999 y ejercer respecto de estas, las funciones establecidas en dicha ley o en las demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan[77].

Nótese que, en la Sentencia C-662 del 2000, la Corte Constitucional precisó que las EC prestan un servicio asociado a la fe pública, con el cual se brinda un "alto grado de confiabilidad, lo que las hace importantes y merecedoras de un control ejercido por un ente público". No debe perderse de vista que el artículo 365 de la Carta Política ordena al Estado mantener la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, como, entre otros, el que prestan las EC.

Sin la vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio se pierde buena parte de la "ventaja" que tenía recurrir a este tipo de entidades. El mero hecho de utilizar la tecnología *Public Key Infrastructure* (PKI) no genera valor agregado, pues esta clase de infraestructura no es de uso monopólico de las EC. La generación de los certificados

[76] D. 19/2012, art. 161.

[77] D. 92/ 2022, art. 1, num. 47. "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinan las funciones de sus dependencias".

—diferentes a los certificados en relación con las firmas a que se refiere el Decreto 333 del 2014— tampoco es un *plus* de las EC, porque estos forman parte del sistema PKI y son generados automáticamente. En otras palabras, con o sin ella, entidad de certificación, la tecnología PKI emite los certificados cuya principal función es distribuir la clave pública.

Debe tenerse presente que la firma digital está soportada bajo la PKI, la cual es un modelo de arquitectura tecnológico que integra varios elementos:

a. La criptografía de llave pública o asimétrica, usada para la firma digital,
b. La criptografía de llave simétrica usada para cifrar,
c. El *Message Digest* o *Hash*, y
d. La Gestión de los pares de llaves público / privados (el no compromiso de la llave privada, a través de un procedimiento de distribución segura de llaves)[78].

Explica la doctrina que esta infraestructura se basa en la utilización de dos llaves, una pública y una privada.

> Con la llave pública del suscriptor, cualquiera puede descifrar un mensaje, y así verificar la identidad del documento que ha sido cifrado por el suscriptor usando su llave privada. Sus implicaciones son las siguientes: a) El suscriptor puede establecer la integridad y el origen (autoría) de la información (datos) que envía a otro participante, firmando digitalmente dicha información, cifrándola con su llave privada; b) Quien recibe la información puede usar la llave pública asociada del suscriptor para validar que proviene del suscriptor (tenedor de la llave privada) y verificar la integridad de la información[79].

La tecnología PKI comprende un modelo de arquitectura que incluye varios componentes. Uno de ellos es la *certification authority* (en adelante CA). La función principal de la CA consiste en emitir certificados. Estos se generan automáticamente, en otras palabras, son autogestionados

[78] La arquitectura PKI. Disponible en: http://www.webtaller.com/maletin/articulos/arquitectura_pki.php.

[79] Ibídem.

y forman parte del modelo de infraestructura PKI. La principal función de este certificado es distribuir la clave pública. Nótese cómo la doctrina especializada señala que la CA conforma una parte intrínseca o del "ADN" de la tecnología PKI porque es el único componente que puede emitir los *public key certificates*[80]. En otras palabras, la figura de las CA no es opcional, sino obligatoria dentro del escenario del modelo de arquitectura de la tecnología PKI.

Esta CA no es la entidad de certificación de que trata la Ley 527 de 1999 ni el Decreto 333 del 2014, aunque, tecnológicamente puedan cumplir funciones similares, pues se trata de la misma tecnología.

La Ley 527 de 1999 no vincula el concepto de firma digital a la existencia de una entidad de certificación. Lo que sí exige la ley es que, entre otras, la firma digital sea susceptible de ser verificada[81] y esto se realiza mediante la clave pública. La afirmación de que la firma digital únicamente es válida si es certificada por una EC, equivale a manifestar que la firma manuscrita requiere ser autenticada ante una Notaría para que sea jurídicamente válida.

Las EC se denominan, en la Directiva europea sobre comercio electrónico, "prestadores de servicios de certificación" (PSC) y en la Directiva europea sobre firmas electrónicas, "proveedores de servicios de certificación". En todo caso, su función principal consiste en expedir certificados, sin perjuicio de que puedan prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas.

Para efectos de la verificación de una firma digital, el receptor de un mensaje de datos tiene dos opciones[82]. La primera consiste en verificar la firma con la clave pública del iniciador del mensaje de datos. Con esta establecerá si el mensaje de datos fue creado con determinada clave

[80] Esta es una traducción parcial y no textual del siguiente párrafo: "The CA is the very foundation of the PKI since it is the only component that can issue public key certificates. Public key certificates are digitally signed by the issuing CA (which effectively binds the subject name to the public key)": Shashi Kiran, Patricia Lareau y Steve Lloyd, "PKI Basics. A Technical Perspective". *PKI-Forum*, (2002): 5. http://www.oasis-pki.org/pdfs/PKI_Basics-A_technical_perspective.pdf.

[81] L. 527/1999, art. 28, parág.

[82] Es importante precisar que las dos opciones citadas se derivan del texto de la L. 527/1999. No obstante, en el mercado se ofrecen firmas digitales para cuya verificación se siguen procedimientos diferentes de los citados en este texto.

privada y si el texto ha sido alterado o modificado después de haber sido firmado. En este caso, se realiza un proceso de confirmación sin intervención de una entidad de certificación. No obstante, surgen algunas dudas: ¿cómo sabe el destinatario que el iniciador del mensaje es quien dice ser y no otra persona? ¿Cómo se puede tener certeza de que el iniciador realmente existe? Estos riesgos pueden mitigarse suscribiendo acuerdos EDI entre los diferentes sujetos involucrados en la creación, circulación y archivo de documentos. Otra alternativa para lograr el objetivo señalado consiste en solicitar un certificado en relación con la firma a una entidad de certificación. Este certificado constituye un mensaje de datos firmado por la entidad que identifica tanto a la entidad de certificación que lo expide como al suscriptor de la firma y tiene la clave pública de este para que el destinatario realice el procedimiento de verificación[83]. Particularmente, contiene la siguiente información:

1. Nombre, dirección y domicilio del suscriptor.
2. Identificación del suscriptor nombrado en el certificado.
3. Nombre, dirección y lugar donde realiza sus actividades la entidad de certificación.
4. La clave pública del usuario.
5. La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta en el mensaje de datos.
6. Número de serie del certificado.
7. Fecha de emisión y expiración del certificado.

El destinatario recibe el certificado de un tercero imparcial al que acudió el iniciador del mensaje para obtener su firma digital. De esta manera, el receptor tiene la seguridad de que la persona a quien corresponde la firma realmente existe y que la clave pública la remite una entidad profesional y seria. Por eso, es válido afirmar que es más seguro utilizar firmas digitales avaladas por entidades de certificación que firmas digitales que no cuentan con dicho respaldo, lo cual no es óbice para que existan firmas electrónicas que puedan ser más seguras que las digitales.

Todos los planteamientos anteriores reflejan el marco legal general sobre la materia, pero deben tenerse en cuenta situaciones excepcionales

[83] D. 333/2014, art. 3, num. 1.

como, por ejemplo, la firma de las personas con discapacidad visual: ¿es válida la firma electrónica o digital de los ciegos? Si bien la Ley 527 no excluye el uso de dichas firmas para personas con discapacidad visual, no debe perderse de vista que el artículo 828 del Código de Comercio establece lo siguiente: "La firma de los ciegos no les obligará sino cuando haya sido debidamente autenticada ante un juez o notario, previa [*sic*] lectura del respectivo documento de parte del mismo juez o notario". El artículo 70 del Decreto 960 de 1970 precisa cómo debe adelantarse esta diligencia ante el notario. Estas disposiciones exigen solemnidades o requisitos adicionales para proteger a estas personas. Sin el cumplimiento de estos, su firma no los vincula jurídicamente.

Las firmas avaladas por una entidad de certificación abierta no son por sí mismos plena prueba de que el titular de una firma digital fue quien realmente firmó. En la práctica, pueden existir firmas electrónicas o mecanismos aún más seguros que la propia firma digital avalada por esta clase de entidades. En efecto, con el mero uso de la firma digital, podemos establecer que durante el proceso de firma se utilizó la clave privada del titular de la firma digital, pero no se puede asegurar que dicha persona fue quien efectivamente firmó. Es como cuando una persona va a un cajero electrónico y digita una clave personal. Salvo que existan cámaras de video en el cajero, el banco siempre supondrá que el titular de la tarjeta de débito digitó la clave, pero no puede asegurar que efectivamente fue así.

Es factible utilizar otros medios de prueba para generar el mismo convencimiento sobre una firma digital porque el equivalente del artículo 7 de la Ley 527 no se circunscribe a la firma digital certificada y, en materia probatoria, impera el principio de la libertad de prueba según el cual sirve como prueba cualquier medio útil para la formación del convencimiento del juez[84].

A todo lo anterior se suman los cambios regulatorios que introdujo el Código General del Proceso sobre las firmas electrónicas, las firmas digitales y los documentos electrónicos. Con respecto a las firmas electrónicas y digitales, no se impuso el uso obligatorio de ninguna[85]. De hecho, se afirma que "las demandas que se presenten en mensajes de datos

[84] D. 1400/1970, en adelante CPC, art. 175.

[85] CGP, art. 74.

no requerirán de la firma digital"[86] y que los funcionarios y empleados digitales *podrán usar la firma electrónica* en todos sus actos escritos[87].

En cuanto a los documentos, existe un cambio significativo. Según el artículo 244, *los documentos en forma de mensajes de datos se presumen auténticos* mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos según el caso. Esa presunción se aplica a todo mensaje de datos y no solo a los firmados digitalmente o sobre los cuales exista un certificado en relación con la firma.

Prueba y archivos electrónicos

El artículo 10[88] de la Ley 527 de 1999 acepta jurídicamente los mensajes de datos como otro medio de prueba que debe ser admitido y considerado por los jueces y los funcionarios públicos[89]. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

> cuando la Ley 527 hace referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor[90].

Los empresarios y organizaciones deben adoptar medidas tecnológico-administrativas con miras a que la información contenida en medios electrónicos no sea cuestionada a la hora de ser presentada como prueba, por la falta de diligencia en la puesta en marcha de protocolos de seguridad y de tecnología apropiada para crear, poner en circulación y archivar documentos electrónicos. Esto sucedería si, por ejemplo, no se hubiera utilizado la tecnología adecuada para mantener y garantizar

[86] Ibídem, art. 82.

[87] Ibídem, art. 105.

[88] Declarado exequible mediante la: C. Const., Sent. C-662, jun. 8/2000.

[89] SIC, Conc. 1007028, mar. 21/2001.

[90] C. Const., Sent. C-662/2000, jun. 8/2000.

frente a terceros, las autoridades y los jueces, la autenticidad, integridad e inalterabilidad de los documentos que día tras día incorporan las organizaciones o comerciantes en sus archivos[91].

En adición al principio de "sana crítica" de común aplicación para analizar la evidencia, el artículo 11[92] de la Ley 527 de 1999 establece los criterios que se deben tener en cuenta para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Así, debe tenerse presente que la seguridad y la confiabilidad son aspectos fundamentales del derecho probatorio en el contexto digital. Si los documentos que pretendemos utilizar como prueba carecen de estos elementos, muy seguramente estarán destinados a no tener ninguna incidencia probatoria en un proceso[93].

El artículo 12[94] de esta ley consagra los requisitos mínimos que caracterizarán los archivos electrónicos y las reglas para la conservación de la información. En el inciso 1, se reproducen las condiciones enunciadas en el artículo 6 para que un mensaje de datos satisfaga la regla que exige la presentación de un escrito. En el inciso 2, se ordena adoptar medidas apropiadas para garantizar la integridad de la información. El inciso 3 pretende que se cuente con información adicional al texto del mensaje, de modo que permita identificarlo en un momento dado teniendo en cuenta su origen, destino, fecha y hora, tanto de creación como de envío y de recepción, etcétera. La norma no solo es neutral tecnológicamente porque no exigen ninguna tecnología en particular, sino que deja a las organizaciones en libertad para que definan cómo garantizar, en la práctica, los requerimientos legales. En otras palabras, las normas establecen el "qué se quiere", sin que señale "cómo lograrlo" porque esto último le corresponde a cada organización o sujeto.

El artículo 28 de la Ley 962 del 2005, por su parte, señala:

> los libros y papeles del comerciante deberán ser conservados por un periodo de diez (10) años contados a partir de la fecha del último asiento,

[91] Mayor detalle sobre la importancia de este aspecto en la gestión empresarial puede consultarse en: César Felipe Rodríguez Parra, "Documentos electrónicos como pruebas claves en litigios empresariales". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 1 (2005).

[92] Declarado exequible mediante la: C. Const., Sent. C-662, jun. 8/2000.

[93] Ibídem; SIC, Conc. 3046333, jun. 25/2003.

[94] Declarado exequible mediante la: C. Const., Sent. C-662, jun. 8/2000.

documento o comprobante, pudiendo utilizar para el efecto, a elección del comerciante, su conservación en papel o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta.

Igual término aplicará en relación con las personas, no comerciantes, que legalmente se encuentren obligadas a conservar esta información.

Lo anterior sin perjuicio de los términos menores consagrados en normas especiales.

Esta disposición deja sin efecto el procedimiento de reproducción y destrucción de documentos previsto en el artículo 60 del Código de Comercio y las disposiciones contenidas en el artículo 134 del Decreto 2649 de 1993 y en los artículos 2 y 3 del Decreto 2620 de 1993[95].

Establecimiento de comercio electrónico, nombres de dominio y dirección de correo electrónico como elementos clave del empresario

El grado de aprovechamiento de las TIC en las actividades comerciales difiere según el proyecto de negocios de cada empresario. Algunos acuden a ellas como un mecanismo auxiliar o parcial, mientras que otros le apuestan a utilizar las tecnologías como el único medio para alcanzar los fines de su negocio. Este sería el caso, por ejemplo, del "librero virtual" que utiliza Internet no solo como un sistema para fomentar las ventas, sino también como un medio para distribuir libros digitales. De esta manera, enviará directamente productos intangibles a la computadora de sus clientes mediante la red.

El contexto tecnológico nos obliga a adaptar instituciones jurídicas concebidas en el mundo material, físico o tradicional al mundo electrónico o digital. Hoy es perfectamente viable la existencia de negocios y operaciones cien por ciento digitales sin ninguna necesidad de elementos materiales. Uno de estos ejemplos es la institución del establecimiento de comercio.

Por mucho tiempo, el establecimiento de comercio era la herramienta para que una empresa extranjera realizara negocios o actividades en el

95 En este sentido, véase el: SIC, Conc. 5054043, oct. 12/2005.

territorio de un país. Actualmente, ello no es necesario porque las empresas realizan "presencia tecnológica" (no física) en los territorios. En este sentido, la SIC ha señalado lo siguiente en los casos de Facebook Inc., Uber Inc., WhatsApp LLC, Google LLC y TikTok Inc.:

> Para recolectar y tratar datos en Colombia no es necesario estar domiciliado en este país.
>
> Avances y herramientas tecnológicas permiten que empresas u organizaciones recolecten datos en Colombia sin hacer presencia física en nuestro territorio. Estas organizaciones realizan 'presencia tecnológica' en nuestro territorio mediante el uso de las citadas herramientas o aplicativos que se instalan en los equipos (teléfonos, tabletas, computadores, etc.) ubicadas en el territorio colombiano[96] […]
>
> Google LLC debe garantizar el debido tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes domiciliados o residentes en Colombia. Ni internet, ni la carencia de domicilio territorial o la no presencia física en un territorio son argumentos jurídicamente válidos para justificar el incumplimiento de [la] regulación sobre tratamiento de datos personales.
>
> La 'presencia tecnológica' no puede desconocerse ni ser argumento para eximirse de la aplicación de la regulación colombiana y no proteger los derechos de los menores de edad[97].

El legislador de 1971 concibió al establecimiento de comercio como "un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa"[98]. Dentro del listado enunciativo de los elementos que conforman el establecimiento de comercio[99] no se incluyeron los sitios de Internet ni las páginas web. Desde el punto de vista jurídico[100] la

[96] Res. 15342, mar. 28/2022, SIC.

[97] Res. 2389, ene. 28/2022, SIC.

[98] C. Co., art. 515.

[99] Ibídem, art. 516.

[100] Desde la perspectiva técnica, la doctrina señala algunas diferencias entre la página web y el sitio de Internet. "Una página de Internet o página Web es un documento electrónico que contiene información específica de un tema en particular y que es almacenado en algún sistema de cómputo que se encuentre conectado a la red mundial de información denominada Internet, de tal forma que este documento pueda ser

página web y el sitio de Internet hacen alusión a un mismo bien intangible[101]. Se entiende por sitio de Internet el:

> conjunto de elementos computacionales que permiten el almacenamiento, intercambio y/o [*sic*] distribución de contenidos en formato electrónico a los que se puede acceder a través de Internet o de cualquier otra red de comunicaciones y que se disponen con el objeto de permitir el acceso al público o a un grupo determinado de usuarios.
>
> Incluye elementos computacionales que permiten, entre otros servicios, la distribución o intercambio de textos, imágenes, sonidos o video[102].

La página web, por su parte, ha sido definida en nuestro ordenamiento jurídico como el "documento situado en una red informática (web), al que se accede mediante enlaces de hipertexto"[103]. El artículo 91 de la Ley 633 del 2000 ordena que

---

consultado por cualesquier […] persona que se conecte a esta red mundial de comunicaciones y que cuente con los permisos apropiados para hacerlo. […] Una página Web tiene la característica peculiar de que el texto se combina con imágenes para hacer que el documento sea dinámico y permita que se puedan ejecutar diferentes acciones, una tras otra, a través de la selección de texto remarcado o de las imágenes, acción que nos puede conducir a otra sección dentro del documento, abrir otra página Web, iniciar un mensaje de correo electrónico o transportarnos a otro sitio web totalmente distinto a través de sus hipervínculos": "Páginas Web", *Informática Milenium*, última modificación s. f., acceso el 23 de marzo del 2006.

El sitio *web*, por su parte, se refiere al "conjunto de archivos electrónicos y páginas *web* referentes a un tema en particular, que incluye una página inicial de bienvenida, generalmente denominada *home page*, con un nombre de dominio y dirección en Internet específicos. […] Los sitios web pueden ser de diversos géneros, destacando los sitios de negocios, servicio, comercio electrónico en línea, imagen corporativa, entretenimiento y sitios informativos": Ibídem.

[101] La página web y el sitio de Internet tienen un mismo significado. Algunas normas se refieren a ambos (L. 633/2000, art. 91) o a uno de ellos. La expresión *página web* se utiliza, entre otras, en las siguientes normas: D. 4110/2004, art. 3; D. 760/2005, arts. 19, 21 y 22; D. 2900/2005, art. 11; D. 3512/2003, art. 8; D. 3626/2005, art. 16; D. 2170/2002, arts. 1, 9, 11, 12, 21 y 26. El término "sitio", por su parte, se utiliza en el art. 2 del D. 1524/2002, el art. 1 de la Res. 1455/2003, Ministerio de Comunicaciones y el art. 1 del Ac. PSAA06-3334, mar. 2/2006, Cons. Superior de la Judicatura, S. Administrativa: "Por el cual se reglamentan la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia".

[102] D. 1524/2002, art. 2, num. 5.

[103] D. 3512/2003, art. 8.

> todas las páginas web y sitios de Internet de origen colombiano que operan en el [*sic*] Internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiero o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el Registro Mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera[104].

Sobre esta última disposición ha surgido la duda con respecto a qué se entiende por página web o sitio de Internet de "origen colombiano". No conocemos ninguna disposición que precise el alcance de esta expresión, pero por la finalidad de la norma creemos que busca el registro de todo comerciante que deba pagar impuestos en Colombia por las actividades que realice mediante Internet. Con el registro no solo se logrará identificarlos, sino llevar un control sobre sus operaciones en ese medio. La SIC precisó que "si el sujeto obligado tiene su domicilio en Colombia, su página *web* o sitio de Internet será 'de origen colombiano', debiendo, por tanto, cumplir con lo señalado en el artículo 91 de la ley antes mencionada"[105]. Sobre el mismo punto, la Corte Constitucional manifestó que

> los deberes que consagra el artículo 91 de la Ley 633 del 2000 se predican de las personas que efectivamente prestan los servicios personales, económicos y financieros que se realizan por medio de páginas *web* y sitios de Internet —los agentes materiales de la actividad económica—[106].

Consideramos que el sitio de Internet o la página web puede formar parte del establecimiento de comercio de los empresarios que operan de manera simultánea tanto en la Internet como en el medio físico mediante mecanismos tradicionales. Sin embargo, cuando el sitio de Internet o la página web son los únicos bienes que tiene el empresario para realizar los

[104] Este artículo fue declarado exequible condicionalmente por la: C. Const., Sent. C-1147, oct. 31/2001, salvo algunas expresiones, las cuales fueron declaradas inexequibles en la misma sentencia.

[105] SIC, Conc. 4108712, nov. 12/2004.

[106] C. Const., Sent. C-1147, oct. 31/2001.

fines de la empresa, dicho sitio o página constituyen el establecimiento de comercio del empresario. Por ende, no es sensato emitir conclusiones en abstracto, es imprescindible analizar las particularidades de cada caso.

El nombre de dominio (amazon.com por ejemplo) es utilizado por el empresario como un signo distintivo de las empresas, de los establecimientos de comercio, de los sitios de Internet o de las páginas *web*. El artículo 1 de la Resolución 1455 del 2003 del Ministerio de Comunicaciones señala que el nombre del dominio "representa un identificador común a un grupo de computadoras o equipos conectados a la red y constituyen una forma de dirección de Internet diseñado para permitir a los usuarios localizar de una manera fácil sitios en Internet". La Decisión 486 del 2000 menciona los nombres de los dominios en el artículo 233 para indicar que

> cuando un signo distintivo notoriamente conocido se hubiese inscrito indebidamente en el país miembro como parte de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico por un tercero no autorizado, a pedido del titular o legítimo poseedor de ese signo la autoridad nacional competente ordenará la cancelación o modificación[107].

Se ha dicho que los nombres de dominio son el "alias" de una dirección IP. Se trata de una identificación electrónica única y alfanumérica que representa una forma fácil de identificar un sitio (*web*). El nombre de dominio es único, global e internacional y constituye un valioso intangible para su titular. Casos han demostrado la importancia que tiene en los negocios y las ventajas económicas significativas que acarrea para las empresas que han posicionado en el mercado su nombre de dominio.

La Decisión 486 del 2000 incluye en los signos distintivos, las marcas, los lemas comerciales, los rótulos y enseñas, las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia. A la luz del artículo 190 de esta, el nombre comercial constituye "cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil". Una vez posicionado un nombre de dominio, la gente lo asocia con un empresario o con una empresa. Además, y con la aclaración que

[107] Comisión de la Comunidad Andina [CCA], Decis. 486/2000, art. 233.

hicimos, un sitio en Internet puede ser el establecimiento de comercio del empresario en el contexto digital. Todo lo anterior nos permite afirmar que el nombre de dominio puede ser un signo distintivo que se engloba dentro del concepto "nombre comercial".

La dirección de correo electrónico del empresario y de sus establecimientos ha cobrado importancia jurídica para efectos del envío de comunicaciones y notificaciones. En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos normas que equiparan la dirección física con la dirección electrónica (correo electrónico). Veamos:

Para efectos de las notificaciones personales, por ejemplo, el artículo 291 del Código General del Proceso ordena que las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes registren en la Cámara de Comercio la dirección electrónica donde recibirán notificaciones personales[108]. El artículo 82 del mismo Código exige que, en la demanda con que se promueva todo proceso, se indique "el lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales". Esta misma disposición se replica en el artículo 96 sobre la contestación de la demanda y es importante para otras gestiones como la "formación y archivo de los expedientes"[109], la práctica de notificaciones personales[110] y la notificación por aviso[111].

Según el artículo 4 del Acuerdo PSAA06-3334[112] de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura:

[108] En este mismo sentido el parágrafo del artículo 29, de la L. 794/2003 establece que: "para efectos de las notificaciones personales, los comerciantes inscritos en el registro mercantil y las personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en Colombia, deberán registrar en la Cámara de Comercio […], la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica, si se registran varias direcciones; el trámite de la notificación podrá surtirse en cualquiera de ellas".

[109] CGP, art. 122.

[110] Ibídem, art. 291.

[111] Ibídem, 292.

[112] "Por el cual se reglamenta la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia".

la dirección de correo electrónico y el método de firma electrónica[113] definido por el Consejo Superior de la Judicatura serán utilizados exclusivamente para realizar actos de comunicación procesal y cumplir con las responsabilidades propias de cada autoridad judicial.

Contratación con medios electrónicos

Las TIC se utilizan como un mecanismo de comunicación que, junto con las tradicionales formas de expresión (escrita o verbal), forman parte del conjunto de alternativas con que cuentan las personas para manifestar su voluntad. Es usual que se realicen contratos desde una página web, una *app*, con o sin intervención humana, o que se celebren mediante subastas electrónicas. Lo propio sucede con el perfeccionamiento de contratos mediante correo electrónico y la conclusión de negocios por medio de chats, videoconferencias[114], etcétera.

El uso de las tecnologías no significa que los fundamentos tradicionales de la contratación hayan desaparecido ni que estemos frente a un nuevo derecho o la reinvención de este. Simplemente nos encontramos ante otro contexto que, entre otras, prevé los mensajes de datos como otra forma de manifestar la voluntad. Por ende, los principios jurídicos que rigen la formación de los actos y contratos, y las obligaciones continúan teniendo aplicación en el contexto de la contratación mediante las TIC. En términos coloquiales, estamos hablando de "vino viejo en botellas nuevas". En este sentido, resulta acertada la aclaración de la profesora Mariliana Rico Carrillo en su obra al referirse al principio de la "inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos"[115]. Según este, explica Rico Carrillo, "los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse cuando el contrato se perfecciona por vía

[113] El art. 105 del CGP dice que los funcionarios y empleados judiciales podrán usar la firma electrónica de conformidad con el reglamento que expida el Consejo Superior de la Judicatura.

[114] Juan Carlos Menéndez Mato, *El contrato vía Internet* (Barcelona: J. M. Bosch, 2005), 249-254.

[115] Mariliana Rico Carrillo, *Comercio electrónico, Internet y derecho* (Caracas: Legis, 2003), 62.

electrónica, ya que se trata solo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial"[116].

No debe perderse de vista que los mensajes de datos pueden ser enviados o emitidos directamente por una persona, por un tercero que obra en su nombre o por mecanismos automatizados (sin intervención humana directa). En todos los casos es válida la manifestación de la voluntad mediante los mensajes de datos. En línea con lo anterior, el artículo 16 de la Ley 527 de 1999 precisa que se:

> entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador, cuando éste ha sido enviado por:
> 1. El propio iniciador,
> 2. Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje, o
> 3. Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

El numeral 3 estipula que, sin intervención humana directa, se pueden realizar manifestaciones de voluntad automatizadas que vinculan a los seres humanos o empresas que programan esas herramientas tecnológicas que obran automáticamente.

En la contratación electrónica, tienen aplicación algunas reglas o preceptos incorporados en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, el Código de Comercio y el Código Civil, a saber:

1. El principio de libertad de contratación estipula que las partes "son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido"[117].
2. El principio de libertad de forma, por regla general y salvo que haya una norma de carácter imperativo, establece que el contrato se puede probar por cualquier medio y para la realización de un acto, declaración o contrato no es necesario recurrir a una solemnidad particular[118].

[116] Ibídem.

[117] Unidroit, Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2004, art. 1.1.

[118] Ibídem, art. 1.2.

3. El principio de la buena fe y la lealtad negocial obliga a las partes a actuar de dicha manera[119].
4. El principio de comportamiento incoherente señala que "una parte no puede actuar en incoherencia con una creencia que ella ha causado a la otra y según la cual esa otra parte ha actuado en su detrimento, fiándose razonablemente y en su desventaja"[120].
5. El principio de los usos y prácticas obliga a las partes a respetar cualquier uso en que hayan convenido o cualquier práctica que hayan establecido entre ellas[121].

También resulta necesario recordar que, a la luz de los citados principios, el contrato se perfecciona no solo mediante la aceptación de una oferta, sino por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo[122]. El Código de Comercio, por su parte, establece que salvo que haya una estipulación en contrario, el contrato se entiende celebrado en el momento en que el oferente reciba la aceptación de la propuesta[123]. Esta aceptación puede ser explícita o tácita. La segunda tiene lugar cuando es "manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto"[124]. Téngase presente que la voluntad de contratar u obligarse puede expresarse verbalmente, por escrito o por cualquier medio inequívoco y que los contratos se perfeccionan por el mero acuerdo de voluntades de las partes, salvo cuando la ley requiera el cumplimiento de determinada solemnidad "como requisito esencial del negocio jurídico"[125].

El contrato puede formarse y perfeccionarse por medios electrónicos. El artículo 14[126] de la Ley 527 de 1999 establece que los mensajes de datos son otro medio jurídicamente válido para manifestar la voluntad de las partes e impregna de certeza jurídica la celebración de contratos

119 Ibídem, art. 1.7.

120 Ibídem, art. 1.8.

121 Ibídem, art. 1.9.

122 Ibídem, art. 2.1.1.

123 C. Co., art. 864.

124 Ibídem, art. 854.

125 Ibídem, art. 824.

126 Declarado exequible mediante LA: C. Const., Sent. C-662, jun. 8/2000.

mediante las TIC. Para que la persona se obligue mediante la manifestación de su voluntad, el artículo 1502 del Código Civil demanda el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. La persona debe ser legalmente capaz.
2. El consentimiento tiene que estar libre de vicios.
3. El negocio o actividad debe recaer sobre un objeto lícito y tener causa lícita.

Doctrinariamente[127] se han planteado algunos inconvenientes que el uso de los medios tecnológicos puede generar durante la etapa precontractual y el perfeccionamiento del contrato, y ciertas situaciones propias de la contratación en un entorno tecnológico, global e internacional. Las dificultades y retos guardan relación con los siguientes aspectos:

1. ¿Son válidos contratos celebrados entre máquinas que operan automáticamente?
2. ¿En qué momento se perfecciona el contrato realizado mediante mensajes de datos?
3. ¿En ausencia de una advertencia sobre el particular, debe entenderse que un sitio de Internet o una página web constituye una

[127] Sobre el particular se pueden destacar, entre otras, las siguientes fuentes bibliográficas: Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Dir.), *Derecho de Internet* (Buenos Aires: Heliasta, 2004), 26-30; Erick Rincón Cárdenas, *Contratación electrónica y su aplicación a la contratación bancaria* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2005), 52-53; Carlos E. Delpiazzo y María José Viega, *Lecciones de derecho telemático* (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2004), 121-122 y 126; Centro de Estudios Comerciales de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, *La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos* (Madrid: Centro de Estudios Comerciales de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1988), 21 y 39; Paloma Llaneza González, *E-contratos: modelos de contratos, cláusulas y condiciones generales comentadas* (Barcelona: J. M. Bosch, 2004), 221; Mark Grossman, *Technology Law: What Every Business* (*and Business-Minded Person*) *Needs to Know* (Lanham: Scarecrow Press, 2004), 32; Dennis M. Powers, *The Internet Legal Guide: Everything you Need to Know when Doing Business Online* (Nueva York: John Wiley & Sons, Inc., 2002), 88; Gerald R. Ferrera *et al.*, *Cyberlaw: text and cases*, 2.ª edición (Manson: Thomson South, 2004), 176-181; y Laura Darden y Charles Thorpe, "Forming Contracts over The Internet: Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements", en *Law and the Internet* (Georgia: Georgia State University, College of Law 2003).

oferta comercial, una invitación a contratar o es simplemente publicidad?
4. En ausencia de estipulación contractual, ¿cuál es el lugar de celebración del contrato?
5. ¿Cómo identificar y vincular jurídicamente a las partes?
6. ¿Cómo establecer que las partes gozan de plena capacidad jurídica para obligarse jurídicamente?
7. En ausencia de estipulación contractual, ¿cuál es la ley y jurisdicción aplicable?
8. ¿El uso de los mensajes de datos es suficiente para perfeccionar cualquier contrato?
9. ¿Son todas las formas tecnológicas de aceptación un medio inequívoco de manifestar la voluntad en el contexto digital?
10. ¿Cómo evitar que los términos precontractuales o contractuales sean alterados o modificados?
11. ¿Cómo probar la existencia y contenido del contrato?
12. ¿Cuándo se entiende electrónicamente comunicada una oferta comercial?
13. ¿Cuándo se entiende electrónicamente recibida la aceptación de la oferta?

Al margen de estos planteamientos, es necesario precisar que, cuando se trate de contratos entre un empresario y los consumidores, las normas de protección de estos últimos exigen que se cumplan algunos pasos en la etapa precontractual. En el caso colombiano, por ejemplo, el literal d del artículo 50, de la Ley 1480 del 2011[128] ordena que:

> Previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por envío o por cualquier

128 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones".

> otro concepto y la sumatoria total que deba cancelar. Este resumen tiene como fin que el consumidor pueda verificar que la operación refleje su intención de adquisición de los productos o servicios ofrecidos y las demás condiciones, y de ser su deseo, hacer las correcciones que considere necesarias o la cancelación de la transacción. Este resumen deberá estar disponible para su impresión y/o descarga.
>
> La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.
>
> Concluida la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo [*sic*], con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.

Finalmente, es relevante no perder de vista que según la misma norma, "queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo".

Los International Chamber of Commerce (ICC) *e-terms*

En el 2004, la Cámara de Comercio Internacional dejó a disposición de los comerciantes las cláusulas contractuales para el comercio electrónico (ICC *e-terms* 2004). Se trata de dos modelos de estipulaciones que se espera que sean incorporadas en los textos de los contratos electrónicos. Su contenido no es novedoso, pues prácticamente recogen los postulados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y lo dispuesto en los siguientes artículos de la Ley 527: 14 15, 5 y 10 (cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico) y 23 a 25 (cláusula 2: expedición y recepción). No obstante, su uso masivo contribuirá a estandarizar algunos aspectos de los contratos perfeccionados por medios electrónicos y a dotar de mayor certeza o seguridad jurídica todo contrato que se vaya a concertar por vía electrónica. La tabla 5 ilustra las cláusulas aludidas.

Tabla 5. Texto de los ICC *e-terms*

Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico	Cláusula 2: expedición y recepción
"Las partes están de acuerdo en que: […] 1.1. la utilización de mensajes electrónicos dará lugar al nacimiento de derechos y obligaciones que sean mutuamente válidos y ejecutables; y en que […] 1.2. en la medida de lo que sea permisible con arreglo a la ley por lo demás aplicable, todo mensaje electrónico será admisible a título de prueba, con tal de que dicho mensaje haya sido enviado a alguna dirección explícita o implícitamente indicada por el destinatario y en el formato previsto, de haberse designado alguno; y en que 1.3. no se impugnará la validez de una comunicación intercambiada o de un acuerdo concertado entre ellas por el solo hecho de que se haya utilizado la vía electrónica, con independencia de si dicho empleo se hizo bajo la supervisión de alguna persona natural".	"[…] 2.1. Se tendrá todo mensaje electrónico por: […] a) expedido o enviado al entrar dicho mensaje en un sistema de información que esté fuera del control del expedidor; y por b) recibido en el momento en el que el mensaje ingrese en un sistema de información designado por el destinatario. 2.2. De haberse enviado un mensaje electrónico a un sistema de información que no sea el designado por el destinatario, se tendrá dicho mensaje por recibido en el momento en el que llegue al conocimiento de su destinatario. 2.3. Para los fines del presente contrato, todo mensaje electrónico se tendrá por expedido o enviado desde el lugar donde el expedidor tenga su establecimiento y se tendrá por recibido en el lugar donde el destinatario tenga su establecimiento".

Fuente: elaboración propia.

Convención de la ONU sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

La Convención[129] es otro mecanismo de armonización jurídica en el uso de las comunicaciones electrónicas y los mensajes de datos para la

[129] El texto de esta convención fue adoptado en noviembre del 2005.

formación o el cumplimiento de los contratos[130] entre personas cuyos establecimientos estén ubicados en distintos Estados. Reitera los postulados contenidos en la Ley 527 sobre el uso y validez de los mensajes de datos en materia de contratación, la manera de determinar la localización de las partes para fines contractuales, los equivalentes funcionales del escrito, firmado y original; el tiempo y lugar de envío y recepción de mensajes de datos. No obstante, puntualiza algunos aspectos que, en su momento, dieron lugar a algunos interrogantes.

En primer lugar, señala que la propuesta para celebrar un contrato, cuando no se dirija a una o varias partes determinadas (sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información), y toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos por medio de dichos sistemas se considerará una invitación a presentar ofertas. Lo anterior salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.

En segundo lugar, establece que un lugar no constituye un establecimiento[131] por el mero hecho de que sea el sitio donde:

1. Estén situados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato.
2. Las partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.

[130] El artículo 2 de la Convención señala que no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con: "a) contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; b) i) operaciones en un mercado de valores reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra": Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, art. 2. La convención tampoco aplica a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

[131] "Todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar": Ibídem, art. 3, num. h.

También se especifica que el hecho de que uno de los contratantes haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculado a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentre en él.

En tercer lugar, precisa el concepto de "sistema automatizado de mensajes"[132] y convalida jurídicamente el empleo de estos para celebrar contratos entre personas y máquinas y entre máquinas:

> No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos[133].

Finalmente, excluye, en ciertas condiciones, la obligatoriedad de una comunicación electrónica que se ha generado por error[134].

Los *clickwrap* y los *browsewrap*

El uso de las TIC en la contratación electrónica ha dado nacimiento al fenómeno de los *clickwrap* y los *browsewrap* como mecanismos para perfeccionar contratos con los visitantes de una página web. La doctrina[135] ha estudiado el alcance y legalidad de estas figuras en otros países. Se trata de determinar si dichos mecanismos son un "modo inequívoco"[136]

[132] Programas o medios electrónicos o cualquier medio automático utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona física intervenga o revise la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta.

[133] Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización…, art. 12.

[134] Ibídem, art. 14.

[135] Llaneza González, *E-contratos*; Grossman, *Technology Law*; Powers, *The Internet Legal Guide*; Ferrera *et al.*, *Cyberlaw*; Darden y Thorpe, "Forming Contracts over the Internet"; Doug Isenberg, *The GigaLaw guide to Internet Law* (Nueva York: Random House Trade Paperbacks, 2002), 287-296.

[136] C. Co., art. 824.

para expresar la voluntad de obligarse o si estamos frente a una forma de "aceptación tácita manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto"[137].

Grossman[138] y Darden[139] señalan que los *clickwrap* y los *browsewrap* son dos maneras de formar contratos con los visitantes de una página web. Con los primeros, el visitante debe aceptar mediante un clic los términos y condiciones del *website* antes de continuar con la transacción. Usualmente el usuario da clic en el botón "acepto" (*I accept* o *I agree*). Este mecanismo también se usa frecuentemente cuando, por ejemplo, el usuario instala un *software* o descarga un juego de Internet. Al inicio de dicho proceso, es común que salga un mensaje para que, mediante un clic, el usuario acepte los términos y condiciones de la licencia antes de continuar con el proceso de instalación.

Por su parte, mediante el sistema de *browsewrap*, se entiende que el usuario se obliga por el solo hecho de visitar la página web o por existir un aviso o botón que invita al usuario a leer los términos y condiciones de esta página, sin que sea necesario que la persona acepte las reglas dando clic en el botón "acepto".

Nos parece que dar clic en un ícono de aceptación (*clickwrap*) es una forma expresa[140] de manifestar la voluntad en la formación de un contrato en el contexto electrónico que tiene aval normativo en los artículos 5, 14 y 15 de la Ley 527 de 1999. Nótese que como consecuencia de dar clic se genera un mensaje de datos de aceptación de esos términos y condiciones.

La figura del *browsewrap* podría considerarse una forma inequívoca de manifestación de voluntad en determinadas situaciones, pero no en todos los casos. Creemos que el hecho de visitar una página web obliga al usuario a respetar, entre otras, los términos y condiciones de ella en lo concerniente a las políticas de uso de la plataforma tecnológica, la propiedad intelectual y sus contenidos. No obstante, consideramos que no lo vincula automáticamente lo concerniente a la política de contratación. Cosa distinta es que el visitante de la página efectivamente celebre

[137] C. Co., art. 854.

[138] Grossman, *Technology Law*, 32.

[139] Darden, "Forming Contracts over the Internet".

[140] En este sentido, véase: Llaneza González, *E-contratos*, 221.

un contrato. En este caso, suponemos que tácita o expresamente, según sea el caso, aceptó los términos de contratación.

El *clickwrap* es una forma de aceptación electrónica de los contratos que se realizan en la página web. El visitante se limita a aceptar mediante un clic las cláusulas que previamente ha establecido el titular de la página. Existen casos que convalidan jurídicamente el uso de este mecanismo. Veamos algunos:

Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc[141] et al. *(1998)*. Hotmail ofrecía desde el decenio del 90 un servicio gratuito de correo electrónico. Quienes querían adquirirlo debían estar de acuerdo con los términos de uso, los cuales se podían ver o consultar en pantalla y luego se tenían que aceptar dando un clic en un ícono de la página. En dichos términos, se prohibía el uso del correo de Hotmail para facilitar la transmisión de correos comerciales no solicitados (*spam*). Van Money Pie aceptó el servicio de Hotmail, pero procedió a enviar *spam* con materiales pornográficos.

La Corte encontró que el *clicwrap agreement* celebrado entre el demandado y demandante obliga a Van Money Pie a cumplir los términos del servicio de Hotmail, desde el momento en que hizo clic en el botón *I agree*. Por ese motivo, la Corte concluyó que la conducta del demandado infringió el contrato celebrado con Hotmail, ya que los términos de servicio prohibían el uso del correo electrónico de Hotmail para facilitar la transmisión de *spam*.

Groff v. America Online, Inc[142] *(1998)*. America Online ofrece, en su página web, acceso a Internet ilimitado a cambio del pago de un cargo fijo mensual. En los términos y condiciones que los clientes aceptan mediante un clic, se prevé en la *forum selection clause* que cualquier conflicto será solucionado ante una Corte de Virgina. Groff y otros demandaron a America Online ante una corte de Rhode Island porque, según ellos, la oferta viola la *Unfeair Trade Practice* y el *Consumer Act* de Rhode Island. La Corte se declaró incompetente para conocer el caso porque se debían respetar los términos estipulado en la *forum selection clause*. Según la corte, es claro que existe un contrato entre las partes que fue aceptado por Groff al dar clic en el botón *I agree*.

[141] C98-20064, 1998 WL 388389 (N. D. Ca., 20 April, 1998).

[142] File n.° C. A. n.° PC 97-0331, 1998 WL 307001 (R. I. Superior Ct., 27 May, 1998).

Bruce G. Forrest v. Verizon Communications Inc. and Verizon. Internet Services, Inc[143] *(2002)*. Bruce G. Forrest contrató con Verizon Internet Services (VIS) la prestación de servicios que no fueron cumplidos por esta. Por tanto, la demandó ante la Corte de apelación del distrito de Columbia. La corte encontró que el demandante realizó un contrato vía Internet con VIS al haber dado clic en el botón *Accept* de la página web del demandado. Dentro del texto del contrato existe la *forum selection clause*, según la cual los conflictos que nazcan con ocasión del contrato deben resolverse ante una Corte de Virginia. Por esta razón, la Corte de Columbia se declaró incompetente.

Los *clickwrap* son el equivalente electrónico o una forma de *shrinkwrap agreement*. En efecto, se ha señalado que los *clickwrap* son una variación en línea de estos[144]. Los *shrinkwrap agreement* se emplean para las licencias de *software*. Usualmente se trata de la versión en papel de los términos y condiciones que se incorporan en las cajas que contiene el *software* que adquirimos en las tiendas[145] y que se entienden aceptados por el consumidor cuando adquiriere el producto o hace uso de este.

Los webwrap agreements *o notas legales de las páginas electrónicas*. Para concluir este capítulo, queremos subrayar que la actividad comercial con medios electrónicos se realiza generalmente mediante una página electrónica. No obstante, es común mencionar que el ciberespacio, entendido como el "ámbito artificial creado por medios informáticos"[146], es un medio sin regulación uniforme ni autoridades transfronterizas.

Como es sabido, Internet significa "entre redes". Según el *Diccionario de la lengua española*, Internet es una "red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u

[143] 805 A.2d 1007 (Dist. of Columbia, Court of Appeals, 29 August, 2002).

[144] Isenberg, *The GigaLaw guide to Internet Law*, 290.

[145] Stephen Benesh, Bracewell y Patterson, "Shrinkwrap and clickwrap agreements: are they binding and enforceable?", en http://www.bracewellgiuliani.com/files/tbl_s16Publications%5CFileUpload77%5C365%5Cbeneshart.pdf; Fernando Ramos y Natalia Puente, "El comercio electrónico empresa a consumidor", en *Internet: claves legales para la empresa* (Madrid: Civitas, 2002), 601.

[146] Real Academia Española [RAE], "ciberespacio", en *Diccionario de la Lengua Española*, 22.ª edición (Madrid: RAE, 2001), http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ciberespacio.

ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación"[147]. Vinton G. Cerf planteó, en 1995, que Internet representa una infraestructura global de información jamás antes vista[148] y ese mismo año el Federal Networking Council (FNC) de los Estados Unidos adoptó una definición de Internet en la que subraya que se trata de un sistema global de información que proporciona, usa o hace accesible de forma pública o privada mucha información[149].

Además de ser global, Juan Blanco Dávila, citando al profesor David Post, destaca que Internet tiene un carácter "a-jurisdiccional"[150] porque la fusión de redes tecnológicas y de información está por encima de cualquier frontera física, lo cual facilita el acceso a esta desde cualquier computador, teléfono o equipo conectado a la red. Sin embargo, también puede entenderse como la imposibilidad en ciertas situaciones de los jueces locales para solucionar conflictos extraterritoriales que suceden en la red y sobre cuyos responsables no son competentes para juzgar.

La conexión de redes de información ha permitido que millones de personas realicen negocios en Internet. Para un usuario, es sencillo conectarse a la red. Rafael Hernando Gamboa Bernate[151] explica que cualquier persona puede ingresar a Internet conectándose a un proveedor de servicios de Internet o *internet service provider* (ISP), que se enlaza a otras

[147] RAE, "internet", en *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª edición (Madrid: RAE, 2014), http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=internet.

[148] Vinton G. Cerf, "Computer Networking: Global Infrastructure for the 21st Century", *Whashington.edu*, última modificación: 1997, https://homes.cs.washington.edu/~lazowska/cra/networks.html.

[149] "Entendemos por internet un sistema global de información que: 1) Está relacionado lógicamente por un único espacio global de direcciones basado en el protocolo IP o en sus extensiones. 2) Es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones y otros protocolos compatibles con IP. 3) Proporciona, usa o hace accesible, de manera pública o privada, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas": La traducción de dicha definición fue tomada de: Javier de Andrés Blasco, *Internet* (Madrid: Senado, 1999), 17.

[150] Juan Blanco Dávila, "Perspectivas regulatorias de la neutralidad de la red en Estados Unidos". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 3 (2007) 3-30.

[151] Rafael Hernando Gamboa Bernate, "Soberanía estatal en internet: análisis desde la perspectiva de conflictos de jurisdicción y competencia en el plano nacional e internacional", en: *Derecho de Internet y telecomunicaciones* (Bogotá: Legis y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2003).

redes mediante puntos de acceso denominados *network acces points* (NAP), los cuales se comunican a Internet por medio del *backbone*[152].

Las páginas electrónicas son instrumentos mediante los cuales los empresarios hacen presencia en Internet. Nótese cómo, a enero del 2011, se registraban 818 374 269 *hosts*[153] en Internet[154]. Por otra parte, es notorio el crecimiento de usuarios de páginas electrónicas, en las que se recolectan datos de personas de todas partes del mundo. Un ejemplo son las redes sociales. Estas son utilizadas por más de 945 040 millones de personas, según un estudio reciente ComScore[155]. Dentro de las redes más importantes tenemos Facebook, Twitter, MySpace, Orkut —de Google— (líder en Brasil e India), Hi5, LinkedIn, QQ (líder en China), V Contaje (popular en Rusia).

Facebook y Orkut eran las redes sociales más populares en Latinoamérica[156] en 2011. Facebook[157], tras varios años y medio de ser creada, es utilizada por el ocho por ciento de la población mundial y cuenta, a

[152] Según el Diccionario técnico de computación gratuito, *backbone* o columna vertebral es una "conexión de alta velocidad que conecta a computadoras encargadas de circular grandes volúmenes de información. Los *backbones* conectan ciudades, o países, y constituyen la estructura fundamental de las redes de comunicación. Usado para interconectar redes entre sí utilizando diferentes tipos de tecnologías": "backbone". *Sitios España*, última modificación s. f., acceso el 30 de junio del 2010, http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario_tecnico.htm.

[153] El *host* es una máquina o equipo de computación donde residen sitios web y usualmente ofrecen servicios de transferencia de archivos, conexión remota y servidores de base de datos. Se trata de "un ordenador que ofrece servicios en Internet. Permite a los usuarios comunicarse con otros sistemas centrales conectados a una red, mediante programas de aplicación": María del Carmen Guerrero Picó, *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal* (Navarra: Thomson Civitas, 2006), 582.

[154] "Internet Domain Survey, January, 2011. Number of Hosts advertised in the DNS". *ISC*, última modificación 2019, acceso el 17 de marzo del 2011, http://ftp.isc.org/www/survey/reports/current/.

[155] "Estudio: 945 millones de personas usan las redes sociales". *InterArtix.com*, última modificación 26 de agosto del 2010, acceso el 9 de octubre del 2010, http://interartix.com/2010/08/estudio-945-millones-de-personas-usan-las-redes-sociales/.

[156] "World Map of Social Networks". *Vincos Blog*, última modificación enero del 2022, acceso el 9 de octubre del 2010, http://www.vincos.it/world-map-of-social-networks/.

[157] Facebook fue creada en febrero del 2004 por Mark Zuckerberg.

junio del 2011, con 700 millones de usuarios[158]. Si Facebook fuera un país, en ese momento sería el tercero más poblado del mundo luego de la China y la India. Actualmente (2023) es el país más poblado del planeta porque tiene más de 3.300 millones de personas usuarios. Frente a este escenario, la norma vinculante entre el empresario y todos sus clientes es un contrato denominado *webwrap agreement*, nota legal o términos y condiciones de uso, entre otros términos utilizados.

La creación y puesta en marcha de una página web para realizar negocios implica que el empresario tenga presente muchos aspectos dentro de los cuales enunciamos los siguientes:

1. Nombres de dominio.
2. Registro de la página electrónica.
3. Contratos relativos a Internet.
4. Propiedad intelectual: página web, bases de datos, etcétera.
5. Protección y tratamiento de datos personales.
6. *Spam*, publicidad, mercadeo y protección del consumidor.
7. Contratación electrónica.
8. Seguridad.
9. Responsabilidad de los contenidos.
10. Ley y jurisdicción aplicable.
11. Archivo electrónico.
12. Delitos.
13. Impuestos.

Webwrap agreement

Quien desarrolla negocios en Internet usualmente encuentra que está en un escenario en el cual reina el tráfico en masa y no existe negociación directa entre las partes (ausencia de negociación). En este contexto, es crucial la uniformidad de los contratos para atender a los miles o millones de personas que pueden contactarse mediante una página web y la creación e implementación de estrategias técnico-jurídicas que garanticen el carácter concluyente e inequívoco del acuerdo de voluntades. En otros

[158] Mauricio Jaramillo Marín, "Facebook llega a 700 millones de usuarios, pero está frenando", *Enter.co*, 15 de junio del 2011, http://www.enter.co/internet/facebook-llega-a-700-millones-de-usuarios-pero-esta-frenando/.

términos, los negocios en Internet han hecho que proliferen modalidades de contratación en entorno abierto en forma de contrato de adhesión.

Una de ellas son los *webwrap agreements*. Estos son contratos atípicos y heterogéneos en su contenido. Sus principales objetivos son, por una parte, dotar de seguridad y previsión a las actividades en Internet mediante el uso de cláusulas declaratorias de disposiciones legales o derechos y cláusulas que imponen obligaciones al usuario y limitan la responsabilidad del titular del sitio electrónico. Por otra parte, regulan el acceso y los servicios que se prestan mediante la página electrónica. Por ello, es común encontrar cláusulas que delimitan el uso admisible de la página y sus servicios (prohibiciones), otras que limitan responsabilidad (cláusulas de exoneración, limitación cuantía indemnizatoria) y otras que refuerzan la protección sobre bienes materiales e inmateriales. Finalmente, estos contratos fijan los mecanismos de solución de conflictos y establecen la ley y jurisdicción aplicable en caso de que nazca algún conflicto.

En otros términos, la estructura de un *webwrap agreement* normalmente comprende los siguientes temas:

Vinculación: estipula a partir de qué momento el visitante de la página queda vinculado a los términos y condiciones de ella. Se encuentran contenidos en la nota legal o *webwrap agreement*:

1. El uso de infraestructura tecnológica.
2. Propiedad intelectual.
3. Privacidad y protección de datos.
4. Contratación electrónica.
5. Prohibiciones.
6. Obligaciones de los clientes.
7. Seguridad.
8. Responsabilidad.
9. Fallas del sistema.
10. Ley y jurisdicción aplicable.
11. Solución de controversias.
12. Domicilio.

Como sugerencias al empresario que opera por medio de una página web, se plantean, a título enunciativo, las siguientes: en primer lugar, advertir o informar suficientemente y en una parte visible de la página sobre

la existencia de las condiciones de uso; en segundo lugar, comunicar al usuario que se entiende que acepta y, por ende, lo obligan los términos y condiciones de uso por cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Dar clic en un sitio específico de la página.
2. Haber accedido a la página web.
3. Utilizar uno de los servicios que se suministran a través de la web.

En tercer lugar, debe ofrecer al usuario la posibilidad efectiva de revisar los términos de uso. Finalmente, es preciso fijar en la nota legal un contenido adecuado que prevea diferencias regulatorias de cada país si se tiene en cuenta que opera en Internet y a su página pueden llegar visitantes de cualquier parte del mundo.

Protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico

La Ley 1480 del 2011 incorporó un capítulo especial sobre la protección del consumidor[159] en la materia en estudio. Se trata de aspectos de mucha importancia para los empresarios que ofrecen y venden bienes y servicios mediante páginas electrónicas y otros medios. La ley consagra los requisitos mínimos que debe garantizar el empresario frente a sus clientes.

Esa regulación sigue de cerca la "recomendación del Consejo de la OCDE[160] relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico", aprobadas el 9 de diciembre de 1999. Estas políticas buscan fomentar un escenario sensato de garantía de derechos mínimos al consumidor y de rechazo a cualquier conducta comercial fraudulenta, engañosa o desleal con él.

El Consejo de la Unión Europea ha considerado que el uso indebido de las TIC en el comercio puede poner en peligro los intereses de los

[159] Por consumidor o usuario se entiende "toda persona natural o jurídica que, como destinatario [*sic*] final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica [*sic*] y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario": L. 1480/2011, art. 5, num. 3.

[160] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

consumidores y la confianza de estos en el comercio electrónico. Se ha procurado que al consumidor del comercio electrónico se le garantice un nivel de protección equivalente o mejor al que rige en las transacciones tradicionales de los consumidores. En virtud de lo anterior, mediante la Resolución del 19 de enero de 1999, el Consejo (1999/C23/01) consideró necesario la aplicación de algunos principios que deben irrigar las relaciones de las empresas y los consumidores en el contexto digital, a saber:

1. La transparencia y el derecho a recibir información suficiente y confiable que contenga la identidad comprobada del proveedor (o empresario del comercio electrónico).
2. La protección de los consumidores frente a las prácticas de comercialización no solicitadas, engañosas y desleales, incluida la publicidad.
3. La protección de la salud, seguridad e intimidad de los consumidores, incluida la protección contra la utilización abusiva de datos personales.

La Federal Trade Comisión (FTC) de los Estados Unidos ha fijado dos metas:

1. Asegurarles a los consumidores, que compran en Internet, una protección efectiva y un eficiente acceso a la resolución de conflictos.
2. Crear un ambiente para negocios en línea predecible y claro, con el fin de que los consumidores tengan un amplio rango de beneficios, incluso el acceso a más bienes, servicios e información.

Según la FTC, las estrategias de autorregulación[161] son muy importantes como marcos alternativos para la protección internacional del consumidor y la resolución de conflictos[162].

[161] Sobre el debate de la regulación y la autorregulación como instrumentos para proteger al consumidor, consúltese: Fernando Barrio "¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en Internet? Esa es la cuestión". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 2 (2006): 123-136.

[162] Mozelle W. Thompson, "The Challenges of Law in Cyberspace-Fostering the Growth and Safety of e-Commerce", (documento, 2000), https://www.bu.edu/law/journals-archive/scitech/volume6/presentation.pdf.

Algunos aspectos de la Ley 1480 del 2011

Antes de describir ciertas cuestiones clave sobre la materia, parece conveniente tener presente, entre otros, los siguientes aspectos. En primer lugar, las normas sobre protección del consumidor son de orden público y deben interpretarse de la forma más favorable para el consumidor. Así las cosas, salvo que en la ley se diga otra cosa, "cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita"[163]. La naturaleza imperativa y de orden público de estas normas es bienvenida en la medida en que sin ese estatus se dejarían abiertas las puertas para que, mediante cláusulas contractuales u otro tipo de prácticas, se desconocieran los derechos mínimos que deben garantizarse al consumidor.

En segundo lugar, uno de los objetivos de la ley es que el consumidor reciba información[164] veraz, completa y comprensible, de modo que pueda tomar decisiones con pleno conocimiento del producto o servicio que se ofrece en Internet. Por eso, dentro de los derechos del consumidor se consagra el de

> obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto [*sic*] de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos[165].

De la misma forma, es deber del consumidor "informarse respecto [*sic*] de la calidad de los productos, así como de [*sic*] las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación"[166].

[163] L. 1480/2011, art. 4.

[164] Es decir, "todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto [*sic*] de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización": ibídem, art. 5, num. 7.

[165] Ibídem, art. 3, num. 1.3.

[166] Ibídem, art. 3, num. 2.2.

En tercer lugar se propende por que el consumidor no sea objeto de fraudes, engaños o prácticas comerciales desleales. En ese sentido, este tiene derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa, definida como "aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión"[167].

En cuarto lugar, la Ley 1480 se centra en el escenario local, como era de esperarse, creando una serie de deberes en cabeza de "los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos"[168]. Se deja de lado una gran cantidad de actividades comerciales de naturaleza global y transfronteriza del comercio electrónico, sobre la cual es poco lo que pueden hacer los Estados para proteger los derechos de sus consumidores cuando son víctimas de prácticas desleales, engañosas o fraudulentas de personas que realizan negocios utilizando páginas electrónicas, pero cuyos establecimientos se ubican en otros países.

Frente a dichas situaciones las autoridades locales quedan sin mayores instrumentos efectivos para solucionar conflictos extraterritoriales que suceden en la red y sobre cuyos responsables no son competentes para juzgar. En este sentido, la doctrina ha planteado que las

> singulares características de Internet, la convierten en campo abonado para la ejecución de conductas que, de otro modo, no encontrarían tantas facilidades para escapar a todo control. Una propuesta para abordar este escenario es acudir a la cooperación internacional de autoridades de protección de los derechos del consumidor[169].

Un camino en este sentido consiste en crear iniciativas que apunten a canalizar quejas con respecto a empresarios extranjeros que eventualmente han realizado conductas que desconocen los derechos del consumidor. La Red Internacional de Protección al Consumidor y Aplicación

[167] Ibídem, art. 3, num. 13.

[168] Ibídem, art. 50.

[169] Esa es una de las diferentes recomendaciones incorporadas en las Directrices de la OCDE para la protección de los consumidores de prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas, 2003.

de la Ley (ICPEN, por sus siglas en inglés[170]), por ejemplo, desde hace años creó el portal www.econsumer.gov[171] para que cualquier persona reporte quejas sobre "transacciones en línea o relacionadas con compañías extranjeras"[172]. Aunque existen limitaciones[173] para alcanzar la efectiva protección de los derechos mediante estas iniciativas, son un buen comienzo para afrontar los retos de los negocios transfronterizos en línea.

Visto lo anterior, ahora pasamos a examinar varios aspectos sobre las obligaciones del empresario, la reversión del pago, la protección de los menores y el bloqueo de acceso a páginas electrónicas.

[170] ICPEN es una red de organizaciones oficiales involucrada en la aplicación de las leyes de las prácticas del comercio justo y otras actividades de protección al consumidor. Véase: https://icpen.org/.

[171] "El proyecto contiene dos componentes: un sitio *web* público en varios idiomas y un sitio *web* gubernamental protegido con una contraseña. El sitio *web* público permite a los consumidores presentar quejas transfronterizas e intentar resolver sus quejas a través de otros medios distintos a la acción formal legal. Utilizando la red de Consumer Sentinel (una base de datos de información de las quejas del consumidor y otra información de investigación operada por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América), las quejas recibidas son compartidas con los participantes responsables de hacer cumplir la leyes de protección al consumidor": "Acerca de nosotros", *econsumer.gov*, última modificación 2022, https://www.econsumer.gov/es/Home/About/26#crnt.

[172] A octubre del 2022, los siguientes son los países miembros de econsumer.gov: Angola, Australia, Austria, Azerbaiján, Barbados, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Chipre, República Checa, Dinamarca, República Dominicana, Egipto, El Salvador, Estonia, Eswatini, Finlandia, Francia, Gambia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Kenia, Kosovo, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malawi, Malta, México, Mongolia, Marruecos, Países Bajos, Nueva Zelandia, Nigeria, Noruega, Panamá, Papua Nueva Guinea, Perú, Filipinas, Polonia, Portugal, Qatar, República de Corea, Árabia Saudita, Seychelles, República de Eslovaquia, Sudáfrica, España, Sri Lanka, Surinam, Suecia, Suiza, Turquía, Emiratos Árabes Unidos, Reino Unido, Estados Unidos, Vietnam y Zambia: "Países miembros", *econsumer.gov*, última modificación 2022, https://www.econsumer.gov/es/Home/MemberCountries/4#crnt.

[173] En efecto, en la página advierten lo siguiente a los usuarios: "No debe esperar que necesariamente algún país dé seguimiento a su queja. Aun cuando su queja puede estar disponible para las autoridades gubernamentales, estas podrían o no acceder a ella. Muchas agencias gubernamentales llevan a cabo acciones para vigilar el cumplimiento de la ley con el fin de proteger al público en general, pero no intervienen a favor de los consumidores de manera individual. Otras agencias tienen la obligación de investigar cada una de las quejas que reciben. Debido a que el mercado de Internet no conoce fronteras, el compartir su queja con las autoridades gubernamentales de diferentes países ayudará a mantener la seguridad en Internet. También contribuirá a prevenir a otras personas a fin de que no experimenten su mismo problema": Ibídem.

Obligaciones del empresario

Dentro de los principales temores que tienen los consumidores *online*, se pueden citar los siguientes:

1. La falta de seguridad en las transacciones económicas y particularmente con los medios de pago electrónicos.
2. La inseguridad al dar los datos personales en Internet.
3. El desconocimiento acerca de ante quién reclamar porque realmente no se tiene certeza en todos los casos sobre la real identidad del empresario que está detrás de una página electrónica.
4. La poca confianza en la calidad del producto y la incertidumbre de recibir lo comprado.
5. Ser víctima de prácticas engañosas, fraudulentas o desleales.

Sin perjuicio de las obligaciones generales que el estatuto del consumidor impone a todos los empresarios, dentro de los deberes especiales que consagra la norma mencionamos las que se enuncian a continuación.

Obligaciones de suministrar información

El artículo 50 señala que los empresarios que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán:

1. Proporcionar datos sobre la identidad del empresario como su nombre o razón social, número de identificación tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono, correo electrónico y demás datos de contacto.
2. Suministrar información sobre el producto, la cual debe ser cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada. Esta información debe comprender las características y propiedades del producto tales como:

   > el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad o cualquier otro factor pertinente, independientemente

que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto.

También se deberá indicar el plazo de validez de la oferta y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.

Cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos del mismo [*sic*], se deberá indicar en qué escala está elaborada dicha representación.

3. Dar información sobre el precio total del producto[174], las alternativas de medios de pago electrónico, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto y, en general, "cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error"[175].
4. Publicar las condiciones generales del contrato las cuales deben ser "fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción"[176].

Obligaciones probatorias, archivo, quejas y reclamos

El empresario debe conservar pruebas sobre el negocio realizado, en especial de:

1. La identidad del consumidor.
2. La voluntad expresa de contratar del consumidor.
3. La forma como se realizó el pago.
4. La entrega real y efectiva de los bienes o servicios adquiridos.

[174] El literal c del artículo 50, L. 1480/2011, ordena que el precio debe incluir todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo.

[175] Ibídem, art. 50, num. c.

[176] Ibídem, art. 50, num. d.

Los medios de prueba no solo deben garantizar la integridad y autenticidad de la información, sino que deben estar disponibles para eventuales procesos de verificación de las autoridades[177]. Sobre este punto nos remitimos a las exigencias de los archivos electrónicos mencionadas previamente en este texto.

Ahora bien, el empresario debe suministrar mecanismos para que el consumidor presente las eventuales peticiones, quejas y reclamaciones (PQR). Sobre estas tiene que quedar constancia de la fecha y hora de recibo. Además, se le deben dar al consumidor instrumentos para que realice seguimiento respecto de las PQR presentadas[178], y el empresario tiene que "establecer en el medio de comercio electrónico utilizado, un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia"[179].

Obligaciones de seguridad

El grado de confianza del consumidor frente a las transacciones realizadas con medios de pago electrónico depende, entre otros, de los niveles de seguridad de los mecanismos de pago y de protección de la información de este. El Estatuto del Consumidor obliga al empresario a "adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma"[180].

El incumplimiento de este deber genera responsabilidad del empresario por las "fallas en la seguridad de las transacciones realizadas por los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos". Esto lo obliga a ser muy cuidadoso con los mecanismos de pago y otros que proporciona al consumidor y a exigir a sus eventuales proveedores de tecnología y medios de pago mayores niveles de seguridad y confiabilidad.

[177] Ibídem, art. 50, num. e.

[178] Ibídem, art- 50, num. g.

[179] Ibídem, art. 50, parág.

[180] Ibídem, art. 50, num. f.

Obligaciones de entrega del pedido

La entrega de las mercancías al consumidor debe realizarse dentro de los treinta días calendario a partir del día siguiente al que se comunique el pedido al empresario. Las partes pueden pactar un plazo diferente. Si el empresario no puede entregar el pedido en el plazo pactado, el consumidor puede terminar unilateralmente el contrato y aquel deberá devolverle el dinero recibido sin lugar a retención, sanción o descuento alguno dentro de los treinta días calendario siguientes a la solicitud del consumidor.

Reversión del pago

Con esta figura se busca que al consumidor le devuelvan el dinero cuando "sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso"[181]. Además de que produzca cualquiera de las anteriores situaciones, la reversión del pago[182] procede si se cumplen los siguientes requisitos previstos en el artículo 51 de la Ley 1480:

1. Debe tratarse de venta de bienes (no prestación de servicios[183]) que se realicen mediante "mecanismos de comercio electrónico" como, según la ley, "Internet, PSE y/o [*sic*] *call center* y/o [*sic*] cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual"[184].
2. Cuando el pago se realizó mediante tarjeta de crédito, de débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico.

[181] Ibídem, art. 51.

[182] Reglamentada mediante el D. 587/2016.

[183] No obstante, el parágrafo 2 del artículo 51 establece que "el consumidor tendrá derecho a reversar [*sic*] los pagos correspondientes a cualquier servicio u obligación de cumplimiento periódico, por cualquier motivo y aun sin que medie justificación alguna, siempre que el pago se haya realizado a través de una operación de débito automático autorizada previamente por dicho consumidor, en los términos que señale el gobierno nacional para el efecto": L. 1480/2011.

[184] Ibídem, art. 51.

3. El consumidor debe realizar la solicitud dentro los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que "tuvo noticia de la operación fraudulenta o no solicitada o que debió haber recibido el producto o lo recibió defectuoso o sin que correspondiera a lo solicitado"[185]. Si el producto es defectuoso o no corresponde a lo solicitado debe presentar la queja ante el empresario y devolver el producto.
4. El consumidor debe notificar la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra. A este, junto con los demás participantes del proceso de pago[186], le corresponde deshacer la transacción al comprador.

Se trata de un instrumento muy importante por su efectividad para el consumidor. Es una herramienta que seguramente será de frecuente uso, pero sobre la cual no se debe abusar utilizándola de mala fe, pues en estos casos el consumidor puede ser sancionado con una multa de hasta cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes. Resulta pertinente señalar que uno de los deberes del consumidor consiste en "obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas"[187].

Protección de niños y adolescentes

Dentro de los principios del Estatuto del Consumidor se consagra 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"[188]. Se trata de una disposición consistente, en parte, con el mandato constitucional previsto en el artículo 44 de la Constitución,

[185] Ibídem.

[186] Los participantes en el proceso de pago son "los emisores de los instrumentos de pago, las entidades administradoras de los Sistemas de Pago de Bajo Valor, los bancos que manejan las cuentas y/o [*sic*] depósitos bancarios del consumidor y/o [*sic*] del proveedor, entre otros": ibídem, art. 5, parág. 1.

[187] Ibídem, art. 3, num. 2.2.

[188] Ibídem, art. 1, num. 5.

que otorga prevalencia[189] a los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. El Estatuto confiere a los menores un estatus de sujetos con protección especial, pero no indica concretamente en qué se traduce ello.

No obstante, con respecto a la protección de los menores como consumidores, la ley trae dos obligaciones que debe cumplir el empresario *online*: en primer lugar, tiene que establecer mecanismos para verificar la edad de los consumidores; y, en segundo lugar, si el cliente es un niño o adolescente, se debe "dejar constancia de la autorización expresa de los padres para realizar la transacción"[190].

Con lo anterior se quiere tratar de eliminar cualquier posible conflicto en torno a la capacidad jurídica de las personas que realizan negocios en línea y, seguramente, tratar de controlar el acceso a contenidos y productos considerados nocivos para menores de edad (niños y adolescentes).

Portales de contacto

Cuando el negocio del empresario consiste en suministrar una página web para que los vendedores ofrezcan sus productos y los compradores los contacten, el empresario que provee la plataforma electrónica está obligado a "exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos"[191]. Con esto se busca que el comprador tenga información para elevar una queja o reclamación contra el vendedor.

[189] En el Código de la Infancia y la Adolescencia se establece en los siguientes términos el significado de la prevalencia de los derechos de los niños: "En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente": L. 1098/2006, art. 9.

[190] Ibídem, art. 52.

[191] Ibídem, art. 53.

Bloqueo de acceso a páginas electrónicas

El artículo 54 consagra la posibilidad de que la SIC acuda a las medidas tecnológicas para bloquear el acceso a una página web o en general a medios de comercio electrónico cuando "existan indicios graves [de] que por ese medio se están violando los derechos de los consumidores". Se trata de una medida cautelar que puede ejecutarse con ocasión de una investigación administrativa contra un empresario que realiza negocios valiéndose de una página electrónica. Esta medida es de carácter temporal de hasta treinta días calendario, prorrogables por otro tanto.

Finalmente, como documento orientador sobre la materia, la SIC, en su rol de autoridad de protección del consumidor, publicó en 2022 la *Guía para la protección del consumidor en el comercio electrónico*[192], la cual contiene algunos aspectos importantes sobre la materia como, entre otros, los derechos, deberes y obligaciones en el comercio electrónico y ciertos asuntos y aspectos procesales relacionados con las reclamaciones de los consumidores, la atención de requerimientos y órdenes de esa superintendencia así como las denuncias y demandas de los consumidores.

Bibliografía

805 A.2d 1007. Dist. of Columbia, Court of Appeals, 29 August 2002.

Ac. PSAA06-3334, mar. 2/2006, Cons. Superior de la Judicatura, S. Administrativa.

"Acerca de nosotros". *econsumer.gov*, última modificación 2022, http://www.econsumer.gov/espanol/about/overview.shtm.

Amor, Daniel. The e-Business Revolution. Living and Working in an Interconnected World. Buenos Aires: Prentice Hall PTR, 2000.

"backbone". *Sitios España*, última modificación s. f., acceso el: 30 de junio del 2010, http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario_tecnico.htm.

[192] El texto de la guía puede consultarse en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Gu%C3%ADa%20de%20comercio%20electronico%20-%20con%20firma%20-%20abr%2008%202022%20pq.pdf.

Barrio. Fernando. "¿Regulación o autorregulación de los derechos del consumidor en internet? Esa es la cuestión". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 2 (2006): 123-136.

Benesh, Stephen; Bracewell y Patterson. "Shrinkwrap and clickwrap agreements: are they binding and enforceable?", http://www.bracewellgiuliani.com/files/tbl_s16Publications%5CFileUpload77%5C365%5Cbeneshart.pdf.

Blanco Dávila, Juan. "Perspectivas regulatorias de la neutralidad de la red en Estados Unidos". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 3 (2007): 3-30.

Blasco, Javier de Andrés. *Internet*. Madrid: Senado, 1999.

C98-20064, 1998 WL 388389. N. D. Ca., 20 April, 1998.

C. Const., Sent. C-486, oct. 28/1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C. Const., Sent. C-662, jun. 8/2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

C. Const., Sent. C-831, ago. 8/2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

C. Const., Sent. C-1147, oct. 31/2001. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

C. Const., Sent. C-242, jul. 9/2020, MM. PP. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo (Dir.). *Derecho de Internet*. Buenos Aires: Heliasta, 2004.

Carrascosa López, Valentín; Pozo Arranz, María A.; Rodríguez de Castro, E. P. *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 3.ª edición. Granada: Comares, 2000.

Castells, Manuel. *La galaxia Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*. Madrid: Plaza y Janés, 2001.

C. E., S. Consulta y Servicio Civil, Conc. mar. 18/2010. Rad. 1989. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Centro de Estudios Comerciales de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid. *La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos*. Madrid: Centro de Estudios Comerciales de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1988.

Cerf, Vinton G. "Computer Networking: Global Infrastructure for the 21st Century". Whashington.edu, última modificación: 1997, https://homes.cs.washington.edu/~lazowska/cra/networks.html.

Comisión de la Comunidad Andina [CCA], Decis. 486/2000.

Concejo de Estado [C. E.], Rad. 1376, dic. 11/2001. C. P. César Hoyos Salazar.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. ONU, 2005.

CSJ, S. Cas. Civil, Sent. sep. 4/2000, Rad. 5565. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

CSJ, S. Cas. Civil, Sent. ago. 27/2003, proceso 20166. M. P. Marina Pulido de Barón.

D. 960/1970.

D. 1400/1970 [CPC].

D. 410/1971 [C. Co.].

D. 2620/1993.

D. 2649/1993.

D. 1748/1995.

D. 1094/1996.

D. 1747/2000.

D. 1524/2002.

D. 2170/2002.

D. 3512/2003.

D. 4110/2004.

D. 760/2005.

D. 2900/2005.

D. 3626/2005.

D. 1791/2007.

D. 19/2012.

D. 2364/2012.

D. 333/2014.

D. 587/2016.

D. 92/2022.

Darden, Laura y Thorpe, Charles: "Forming Contracts over the Internet: Click-wrap and Browse-wrap Agreements", en *Law and the Internet*. Georgia: Georgia State University, College of Law, 2003.

DD 55/2002.

Delpiazzo, Carlos E. y Viega, María José. *Lecciones de derecho telemático*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2004.

"Descubra SWIFT". *SWIFT*, última modificación 2022, acceso el 29 de abril del 2022, https://www.swift.com/es/about-us/discover-swift.

Dickie, John. *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*. (Oxford: Hart Publishing, 1999.

Directiva 1999/93/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, dic. 13/1999.

Directiva 2000/31/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, jun. 8/2000.

DL 491/2020.

"Estudio: 945 millones de personas usan las redes sociales". *InterArtix.com*, última modificación 26 de agosto del 2010, acceso el 9 de octubre del 2010, http://interartix.com/2010/08/estudio-945-millones-de-personas-usan-las-redes-sociales/.

Ferrera, Gerald R.; Lichtenstein, Stephen D.; Reder, Margo E. K.; Bird, Robert C.; y O'Brien, Christine N. *Cyberlaw: Text and Cases*, 2.ª edición. Manson: Thomson South, 2004.

File n.° C. A. n.° PC 97-0331, 1998 WL 307001. R. I. Superior Ct., 27 May, 1998.

Gamboa Bernate, Rafael Hernando. "Soberanía estatal en Internet: análisis desde la perspectiva de conflictos de jurisdicción y competencia en el plano nacional e internacional", en: *Derecho de internet y telecomunicaciones*, 231-272. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2003.

Giddens, Anthony. *Runaway World: How Globalization is Reshaping our Lives*. Nueva York: Routledge, 2003.

Grossman, Mark. *Technology Law: What Every Business (and Business-Minded Person) Needs to Know*. Lanham: Scarecrow Press, 2004.

Guerrero Picó, María del Carmen. El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

"Internet Domain Survey, January, 2011. Number of Hosts advertised in the DNS". *ISC*, última modificación 2019, acceso el 17 de marzo del 2011, http://ftp.isc.org/www/survey/reports/current/.

Isenberg, Doug. *The GigaLaw guide to Internet Law*. Nueva York: Random House Trade Paperbacks, 2002.

Jaramillo Marín, Mauricio. "Facebook llega a 700 millones de usuarios, pero está frenando". *Enter.co*, 15 junio del 2011, http://www.enter.co/internet/facebook-llega-a-700-millones-de-usuarios-pero-esta-frenando/.

Kiran, Shashi; Lareau, Patricia y Lloyd, Steve. "PKI Basics. A Technical Perspective". *PKI Forum*, (2002): 1-12. http://www.oasis-pki.org/pdfs/PKI_Basics-A_technical_perspective.pdf.

L. 84/1873 [C. C.].

L. 8/1970.

L. 27/1990.

L. 270/1996.

L. 527/1999.
L. 594/2000.
L. 633/2000.
L. 794/2003.
L. 962/2005.
L. 1098/2006.
L. 1189/2008.
L. 1341/2009.
L. 1480/2011.
L. 1564/2012 [CGP].
L. Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, 1998. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf.
L. Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, 2001. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf.
Llaneza González, Paloma. E-contratos: modelos de contratos, cláusulas y condiciones generales comentadas. Barcelona: J. M. Bosch, 2004.
Menéndez Mato, Juan Carlos. *El contrato vía Internet*. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.
Naciones Unidas y Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], "Economía digital para el cambio estructural y la igualdad", documento, 2013, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35408/1/S2013186_es.pdf.
Organización de las Naciones Unidas [ONU] y Uncitral. Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas. Viena: ONU, 2009. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/08-55701_ebook.pdf.
Organización Mundial del Comercio [OMC]. *Electronic Commerce and the Role of the WTO*. Génova: World Trade Organization Publications, 1998.
Orús, Abigail. *Facturación mundial del comercio electrónico 2014-2025*. Acceso el 29 de abril del 2022. https://es.statista.com/estadisticas/1242096/facturacion-del-comercio-electronico-mundial/.
"Páginas Web". *Informática Milenium*, última modificación s. f., acceso el 23 de marzo del 2006.
"Países miembros". *econsumer.gov*, última modificación 2022, https://www.econsumer.gov/es/Home/MemberCountries/4#crnt.

Powers, Dennis M. *The Internet Legal Guide: Everything you Need to Know when Doing Business Online*. Nueva York: John Wiley & Sons, Inc., 2002.

Ramos, Fernando y Puente, Natalia. "El comercio electrónico empresa a consumidor", en *Internet: claves legales para la empresa*. Madrid: Civitas, 2002.

Real Academia Española [RAE]. "ciberespacio". *Diccionario de la Lengua Española*, 22.ª edición. Madrid: RAE, 2001. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ciberespacio.

RAE. "internet", en *Diccionario de la Lengua Española*, 23.ª edición. Madrid: RAE, 2014. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=internet.

Reichheld, Frederick y Shefter, Phil. "E-Loyalty". *Harvard Business Review*, n.° 78 (2000): 105-114.

Remolina Angarita, Nelson. "Neutralidad tecnológica y alternativas de identificación electrónica ciudadana en el contexto del gobierno en línea", en: *Nuevas tendencias del derecho administrativo*, coordinado por Helena Alvear García. Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2016.

Res. 15342, mar. 28/2022, SIC.

Res. 2389, ene. 28/2022, SIC.

Res. 1455/2003, Ministerio de Comunicaciones.

Res. 1999/C23/01, ene. 19/1999, Consejo de la Unión Europea.

Res. oct. 24/1995, Federal Networking Council de los Estados Unidos.

Rico Carrillo, Mariliana. *Comercio electrónico, Internet y derecho.* Caracas: Legis, 2003.

Rincón Cárdenas, Erick. *Contratación electrónica y su aplicación a la contratación bancaria*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.

Rodríguez Parra, César Felipe. "Documentos electrónicos como pruebas claves en litigios empresariales". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 1 (2005).

Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Conc. 1007028, mar. 21/2001.

SIC, Conc. 3046333, jun. 25/2003.

SIC, Conc. 4108712, nov. 12/2004.

SIC, Conc. 5054043, oct. 12/2005.

SIC. *Guía para la protección del consumidor en el comercio electrónico*. Bogotá: SIC, 2022. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Gu%C3%ADa%20de%20comercio%20electronico%20-%20con%20firma%20-%20abr%2008%202022%20pq.pdf.

Thompson, Mozelle W. "The Challenges of Law in Cyberspace-Fostering the Growth and Safety of e-Commerce", documento, 2000. https://www.bu.edu/law/journals-archive/scitech/volume6/presentation.pdf.

UE y EE. UU., Declaración conjunta UE-EE. UU. sobre comercio electrónico, dic, 5/1997.

Umaña Chaux, Andrés Felipe. "Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la Ley 527 de 1999". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 1 (2005): 75-111.

Unidroit. Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2004.

"World Map of Social Networks". *Vincos Blog*, última modificación enero del 2022, acceso el 9 de octubre del 2010, http://www.vincos.it/world-map-of-social-networks/.

Capítulo VIII

Responsabilidad por el tratamiento de los datos personales de clientes, empleados, proveedores y terceros*

Nelson Remolina Angarita

Importancia de la información y los datos personales en el entorno empresarial y el laboral

"La información lo es todo". Esta frase, merecedora de algunos reparos, parece cobrar cada día mayor fuerza con respecto a los datos personales en el ámbito empresarial. Desde hace varias décadas, viene consolidándose una economía basada en el conocimiento y la utilización ética e inteligente de las tecnologías, dentro de la cual la información sobre las personas representa un bien crucial. Como el tratamiento (recolección, almacenamiento, circulación, etc.) indebido de datos personales vulnera derechos de las personas, el artículo 15 de la Constitución consagró derechos en cabeza de ellas e impuso obligaciones a los administradores de los datos personales, como: a empresarios frente a los datos de sus clientes, sus trabajadores, sus proveedores y terceros.

Los datos personales[1] o la información personal se han convertido en un bien permanentemente comercializado a escala nacional e internacional y en un insumo diario de los sistemas de información privados y del Gobierno. Estos sistemas tienen, entre otras, las siguientes características:

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.744.

[1] Con *dato personal* nos referimos a cualquier información que se refiera a una persona. A título enunciativo, estos datos pueden hacer referencia a los siguientes aspectos de un ser humano: familia, transacciones financieras, salud, solvencia económica, creencias religiosas, procesos y condenas criminales, origen racial y étnico, profesión,

1. Se nutren de datos personales.
2. Ofrecen innumerables posibilidades para "tratar"[2] dicha información en poco tiempo para múltiples finalidades.
3. No son absolutamente seguros[3].
4. Evolucionan rápidamente.
5. Traspasan las fronteras físicas acelerando el flujo internacional de información en comento.

La información es:

> la moneda corriente del poder [que] ha logrado en corto tiempo desplazar otras fuentes de control de la conducta humana [y que] cada vez con más fuerza se impone sobre otros factores que determinan las formas y modos concretos de integración comunitaria y mundial[4].

---

títulos y grados académicos, comportamiento sexual, pasatiempos, salarios, ideas políticas, etcétera. En Europa, esta clase de información se ha vinculado tradicionalmente a las personas naturales o físicas: Convenio 108, Consejo de Europa, ene. 28/1981, art. 2, num. a, "para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal"; y literal a, del art. 2, de la Directiva 95/46/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, oct. 24/1995, "relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos". Sin embargo, en la regulación colombiana, se ha ampliado dicha acepción de manera que también cobija a las personas jurídicas: LE 1266/2008, art. 3, num. e, "Por la cual se dictan las disposiciones generales del *habeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones". Recientemente, la LE 1581/2012 los define como "cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales": art. 3, num. c.

[2] En este capítulo, las expresiones "tratar" o "tratamiento" se entienden como cualquier operación o conjunto de operaciones aplicadas a los datos personales como: la recolección, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a ellos, cotejo o interconexión y su bloqueo, supresión o destrucción. La definición legal de "tratamiento" se encuentra en el literal g, del artículo 3, de la LE 1581/2012.

[3] Daniel J. Solove, "The New Vulnerability: Data Security and Personal Information", en *Securing privacy in the internet age*, editado por Anupam Chander, Lauren Gelman y Margaret Jane Radin (Stanford: Stanford University Press, 2008), 1. http://ssrn.com/abstract=583483.

[4] Eduardo Cifuentes Muñoz, "Prólogo", en *Habeas data en Indoiberoamérica*, editada por Óscar Puccinelli (Bogotá: Temis, 1999).

Los datos personales son información que progresivamente ha cobrado mayor relevancia social y económica. Se les ha tildado de ser "el nuevo petróleo de la Internet y la nueva moneda del mundo digital"[5]. En la práctica, tal como lo afirma Schwartz, "la información personal es una importante moneda del milenio. El valor monetario de esta clase de información es grande y sigue creciendo. Las empresas americanas están rápidamente reorientando sus esfuerzos para aprovechar y obtener utilidades de esta tendencia"[6].

Los datos sobre las personas (clientes, empleados, proveedores y terceros) y el uso de bases de datos son "insumos" fundamentales para casi todas las actividades. El Estado y los particulares quieren tener esta información para tomar y ejecutar decisiones de diversa naturaleza (económica, seguridad nacional, social, política, laboral, impuestos, estadísticas, profesional, académica, financiera, comercial, etc.). Igualmente, los datos personales representan, en algunos casos, el principal activo de empresas que se dedican a venderlos, alquilarlos y cederlos. En otros casos, se utilizan para tomar decisiones sobre las personas o para fijar políticas públicas, económicas, de riesgo, de mercado etcétera.

Google, por ejemplo, es una empresa cuyo principal activo son los datos personales de sus usuarios. Entre otros usos, los utiliza para promover publicidad. Esta actividad representa el negocio principal de la compañía. El servicio de Google AdWords se basa, entre otras, en las palabras clave que utiliza el usuario cuando acude dicho motor de búsqueda. Esto dice la empresa sobre el servicio:

> Mayor alcance Con AdWords de Google sus anuncios llegarán a los usuarios que realizan búsquedas en Google. Aunque ya aparezca en los resultados gratuitos de búsqueda de Google, AdWords le ayudará a captar nuevos públicos en Google y en nuestra red publicitaria de sitios […].
>
> Usted crea sus propios anuncios.
>
> Usted crea los anuncios y elige las palabras clave, que son aquellos términos relacionados con su negocio.

[5] Meglena Kuneva, "European Consumer Commissioner, Roundtable: Keynote Speech", (documento, 31 de marzo del 2009), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_156.

[6] Paul M. Schwartz, "Property, Privacy and Personal Data". *Harvard Law Review* 117, n.° 7 (2004), 2056.

> *Ideas sobre palabras clave*
> *Sus anuncios aparecen en Google.*
> Cuando los usuarios realicen una búsqueda en Google introduciendo una de sus palabras clave, su anuncio puede aparecer del lado derecho de los resultados de la búsqueda. De esta manera, su publicidad se mostrará únicamente a un público que ya está interesado en su producto o servicio[7].

Según los medios de comunicación, "durante 2020, los ingresos de Google por publicidad superaron los 146 000 millones de dólares estadounidenses, una cifra que convierte al departamento de publicidad y *marketing* en una de las principales fuentes de financiación de la compañía"[8].

En el plano empresarial, la información personal representa, por lo menos, dos cosas, no excluyentes, que dependen de la actividad de cada empresa. Para unas, es el bien que comercializan en desarrollo de su objeto social principal, ofreciendo a terceros el suministro de la información que reposa en sus bases de datos. Para otras, se convierte en el insumo cardinal para fijar estrategias de publicidad, emprender tácticas de fidelización de los clientes, evaluar el riesgo crediticio de las personas, prestar servicios o vender bienes ajustados a la medida del "perfil virtual" de cada cliente, etcétera. En fin, a partir de los datos personales, se crea una "radiografía" decisoria de muchas cosas predecibles o impredecibles en el mundo de los negocios.

La protección de datos personales y el *habeas data* forman parte de los derechos del consumidor. A él no solo le interesa obtener bienes y servicios de calidad o ser receptor de información veraz y suficiente, sino que también le preocupa que la información que debe suministrar

[7] "Google AdWords. Anuncie su empresa en Google", *Google*, última modificación 2022, acceso el 23 de junio del 2011, https://www.google.com/accounts/ServiceLogin?service=adwords&hl=es&ltmpl=adwords&passive=true&ifr=false&alwf=true&continue=https://adwords.google.com/um/gaiaauth?apt%3DNone&sourceid=awo&subid=ww-es-et-ads_title.

[8] Rosa Fernández, "Ingresos publicitarios globales de Google 2006-2020", *Statista*, última modificación 4 de noviembre del 2021, acceso el 23 de junio del 2022, https://es.statista.com/estadisticas/635557/google-ingresos-totales-anuales-por-publicidad/#:~:text=Durante%202020%2C%20los%20ingresos%20de,de%20financiaci%C3%B3n%20de%20la%20compa%C3%B1%C3%ADa.

con ocasión de una relación comercial no sea tratada "leal y lícitamente" porque ello sería el germen que afectaría otros de sus derechos, libertades o intereses (buen nombre, privacidad, información, el patrimonio, etc.). Piénsese, por ejemplo, en las consecuencias que acarrearía el uso indebido del número de su tarjeta de crédito.

En síntesis, es importante que los empresarios traten adecuadamente los datos personales de los clientes porque:

1. Es un mandato fundamental previsto en el artículo 15 de la Constitución Política.
2. Es una obligación legal, cuyo incumplimiento puede conducir a la imposición de multas.
3. Se trata de un derecho del consumidor que el empresario debe garantizar.
4. Genera confianza entre los consumidores y los empresarios.
5. Representa una estrategia de fidelización de los clientes.
6. Crea una imagen positiva de Colombia en el exterior y favorece el flujo internacional de información que se necesita en los procesos de integración económica y en los negocios internacionales.

Con respecto al escenario laboral, vale la pena traer a colación dos reglas del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST). En primer lugar, le está prohibido al empleador "ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad"[9]. En segundo lugar, la anterior prohibición constituye una norma de orden público que tiene una consecuencia contundente en la medida en que "los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley"[10]. En otras palabras, al ser la protección de datos personales un derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, debe ser respetado y garantizado, en el marco de las relaciones laborales. El empleador no puede vulnerar o restringir dicho derecho, salvo en los casos que explícitamente lo prevea la ley.

[9] CST, art. 59, num. 9.

[10] Ibídem, art. 14.

Efectos negativos del indebido tratamiento de datos personales en el entorno empresarial

La protección de datos es tan importante que en otros países las empresas están invirtiendo recursos para capacitar a sus funcionarios con miras a crear una cultura de protección de datos que no solo se traduzca en dar cumplimiento a la ley, sino, ante todo, en generar confianza frente a ellos y la comunidad internacional. En efecto, algunos estudios realizados en otros países han concluido que los clientes prefieren hacer negocios con empresas que les garantizan un nivel adecuado de protección de datos personales. En el caso colombiano, los consumidores cada vez más le dan importancia a lo que sucede con su información. Una investigación preliminar del Gecti[11], de la Universidad de los Andes, muestra cómo este punto tiene mucha relevancia para los clientes. En una escala de 1 a 10 en nivel de importancia, los encuestados asignaron los siguientes puntajes a estos factores:

1. Nivel de seguridad de la página electrónica sobre la información del cliente (9.5/10).
2. Política de privacidad sobre el tratamiento de datos personales (8.5/10).

El indebido tratamiento de datos personales genera muchos perjuicios no solo al titular del dato[12], sino a las empresas que no tratan correctamente la información.

Dependiendo de la situación concreta, las consecuencias pueden ser de hasta índole penal. En efecto, la Ley 1273 del 2009 modificó el Código Penal y estableció la protección de la información y de los datos

[11] La tabla de resultados del citado estudio puede consultarse en: Nelson Remolina Angarita, "Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 2, (2006): 330.

[12] El titular del dato es la persona natural o jurídica a quien se refiere la información contenida en un banco de datos: LE 1266/2008, art. 3, num. a. Esta regla fue creada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional en la primera sentencia sobre *habeas data* en Colombia. En dicha ocasión, se aclaró que la persona era el titular (dueña) de sus datos y no el administrador o responsable del tratamiento: C. Const., Sent. T-412, jun. 6/1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

como nuevo bien jurídico tutelado. Esta norma consagra varios delitos que guardan estrecha relación con los datos personales y resultan de interés para los empresarios como operadores de bases de datos. Uno de ellos es el de la "violación de datos personales", que castiga a quien, sin estar facultado para ello, "obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes"[13]. Nótese cómo en este tipo o figura delictiva no protege directamente al titular del dato, sino a su operador. Fijémonos en que no se sanciona la captura ilegal del dato (sin autorización del titular o de la ley), sino la toma de datos personales de archivos o bases de datos.

Ahora bien, si las empresas "viven de sus clientes", deberían tratarlos muy bien. Ello implica, entre otros, recolectar, almacenar o usar lícita, leal y éticamente los datos personales de los consumidores. Adicionalmente, involucra no incurrir en prácticas fraudulentas o engañosas porque ello no solo es ilegal, sino que afecta la confianza, la reputación y el buen nombre de las empresas frente al mercado, sus clientes y la sociedad en general.

Regulación sobre el tratamiento de datos personales

A continuación, haremos referencia a ciertos aspectos relevantes que se deben tener presentes en el mundo de los negocios.

La protección de datos personales y *habeas data*

Con el término *protección de datos personales (data protection)* se designa el conjunto de normas y principios que regulan el tratamiento[14]

[13] L. 1273/2009, art. 269f.

[14] El tratamiento de datos personales es una actividad en la cual están involucrados, por lo menos, los siguientes actores e intereses: 1) las personas y la protección de sus derechos fundamentales que se pueden ver afectados por el tratamiento inadecuado de sus datos personales; 2) la protección de intereses generales (seguridad del Estado; la prelación del interés general frente al interés individual; el sistema financiero, intereses

de datos personales en todas sus etapas (recolección, almacenamiento, circulación, publicación y transferencia nacional e internacional). Según Millard y Ford, la *data protection* hace alusión a la manera como la información se almacena, procesa, utiliza, divulga y transfiere[15].

La protección de datos personales[16] no se limita a proteger la vida privada, es mucho más amplia. También protege otros derechos como el buen nombre, la información, la libertad, el honor y la honra. Además, el tratamiento de datos personales exige que esté rodeado de un debido proceso que debe observar tanto la fuente de la información (diferente del titular del dato) como el administrador o el responsable del tratamiento de dicha información. Esta representa un derecho fundamental que se "concreta en la atribución a cada uno del poder 'gobernar' la circulación de la información que le concierne. Se transforma así en elemento capital de la libertad del ciudadano en la sociedad de la información y de la comunicación"[17].

La separación entre el derecho a la privacidad y la protección de datos personales es un reconocimiento a un hecho social innegable como

---

económicos y sectoriales, el sistema de salud, etc.); 3) las fuentes de información y los administradores de bancos de datos que se encargan del tratamiento de los datos personales y 4) el contexto internacional sobre la materia.

[15] Christopher Millard, *Data Protection Laws of the World*, vol. 1 (Londres: Sweet & Maxwell, 2001).

[16] Sobre la protección de datos personales consúltense: José Luis Piñar Mañas, "El derecho fundamental a la protección de datos personales (LOPD)", en *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 19-36; Antonio Troncoso Reigada, "La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional". *Cuadernos de Derecho Público*, n.° 19 y 20 (2003): 231-334; Millard, *Data Protection Laws of the World*; Stewart Dresner, "Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales". *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, n.° 6-7 (1994): 385-396; Pablo Palazzi, *La protección de los datos personales en la Argentina* (Buenos Aires: Errepar, 2004); Alberto Brause Barreta, "La situación en Uruguay sobre protección de datos personales", en *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 337-342; Ana Brian Nougreres, *Protección de datos personales en Uruguay* (Montevideo: S. N., 2007); Eduardo Guerrero Gutiérrez, "Legislación sobre protección de datos personales en México", en *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 315-324.

[17] Estefano Rodota, "Democracia y protección de datos", en *Cuadernos de Derecho Público* (Madrid, 2003) 15-16.

la necesidad y práctica frecuente de recolectar, cruzar, almacenar y poner a circular diariamente datos personales. Mientras el tratamiento de datos inicialmente era una actividad excepcional, hoy es una cuestión cotidiana.

El *habeas data*, por su parte, constituye una parte importante dentro del campo de acción de la protección de datos personales. Su función e importancia se evidencian en su incorporación en algunas constituciones[18] y normas de los países. Representa un derecho fundamental y una herramienta jurídica del ciudadano para que se proteja del tratamiento indebido o ilegal que reciban sus datos personales por parte de los administradores de bancos de datos o de archivos de entidades públicas y privadas.

A la luz del artículo 15 de la Constitución Política (C. N.), "todas las personas tienen derecho a […] conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas". Esta norma también ordena que en "la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución".

Internacionalmente existen diferentes acepciones sobre el término "tratamiento" en materia de protección de datos personales, pero la más reciente es la siguiente: "cualquier operación o conjunto de operaciones, sean o no automatizadas, que se aplique a datos de carácter personal, en especial su recogida, conservación, utilización, revelación o supresión"[19]. Esta y otras definiciones[20] coinciden en incluir el uso como parte del tratamiento de datos personales.

[18] En Colombia, por ejemplo, se consagró en la C. N. art. 15. Otros ejemplos, a título enunciativo y no limitativo, de países que cuentan con normas constitucionales sobre el tema son: Ecuador, Constitución de 1998, art. 94; Venezuela, Constitución de 1999, art. 28; Perú, Constitución de 1993, arts. 2 y 200; Bolivia, Constitución, art. 23; Argentina, Constitución, art. 43; Brasil, Constitución, art. 5, LXXII; Nicaragua, Constitución, art. 5 y Portugal, Constitución, art. 35.

[19] Resolución de Madrid, Estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad, nov. 5/2009, XXXI Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad.

[20] Una definición de "tratamiento" de común referencia en Latinoamérica y Europa es la contenida en el literal b) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, a saber: "cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por

El uso del dato personal forma parte del núcleo del derecho del *habeas data*, tal como lo señaló la Corte en la Sentencia SU-082 de 1995[21] y que se reitera en la Sentencia C-1011 del 2008[22]. En efecto, la Corte concluyó:

> ¿Cuál es el núcleo esencial del *habeas data*? A juicio de la Corte, está integrado por el derecho a la autodeterminación informática y por la libertad, en general, y en especial económica.
>
> La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales.

En la decisión citada[23], la propia Corte, reiterando lo dispuesto en la Sentencia T-729 del 2002, estableció a propósito de los usuarios del ámbito de acción del derecho del *habeas data*:

> El ámbito de acción del derecho al *habeas data* es el proceso de administración de bases de datos personales, tanto de carácter público como privado. De tal forma que integran el contexto material: el objeto o la actividad de las entidades administradoras de bases de datos, las regulaciones internas, los mecanismos técnicos para la recopilación, procesamiento, almacenamiento, seguridad y divulgación de los datos personales y la reglamentación sobre usuarios de los servicios de las administradoras de las bases de datos[24].

¿Qué comprende el debido tratamiento de datos personales?

Es necesario observar una serie de principios que tienen su expresión, por una parte, en las distintas obligaciones que incumben a las personas,

---

transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos [*sic*], cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción".

[21] C. Const., Sent. Su-082, mar. 1 /1995. M. P. Jorge Arango Mejía.

[22] C. Const., Sent. C-1011, oct. 16/2008. M. P. Jaime Córdoba Triviño, 155.

[23] Ibídem, num. 2.3., 107-108.

[24] C. Const., Sent. T-729, sept. 5/2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento jurídico 4, a.

autoridades, empresas, agencias u otros organismos que efectúan el tratamientos de datos personales; obligaciones relativas, en particular, a la calidad de los datos, la seguridad técnica, la notificación a las autoridades de control y las circunstancias en las que se puede efectuar el tratamiento. Por otra parte, también es imprescindible que se respeten los derechos otorgados a las personas cuyos datos sean objeto de tratamiento: el derecho de ser informadas acerca de dicho tratamiento, de poder acceder a los datos, de poder solicitar su rectificación o incluso de oponerse a su tratamiento en determinadas circunstancias.

Cualquier persona debe disfrutar del derecho de acceso a los datos que le conciernan para cerciorarse, en particular, de su exactitud y de la licitud de su tratamiento. Si el tratamiento indebido de datos personales causa perjuicios a la persona, esta debe contar con una acción legal para obtener la reparación pertinente del responsable.

Todo tratamiento de datos personales se debe efectuar de forma lícita y leal con respecto al interesado. Para ser lícito, el tratamiento de datos personales debe basarse en el consentimiento informado del interesado. Además, los datos personales deben ser:

1. Recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines.
2. Adecuados, pertinentes y no excesivos en cuanto a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente.
3. Exactos y actualizados.
4. Conservados de forma que permitan la identificación de los interesados durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente.

La protección de los derechos y libertades de los interesados, en lo que respecta al tratamiento de datos personales, exige adoptar medidas técnicas y organizativas apropiadas tanto en el momento de la concepción del sistema de tratamiento como en el de la aplicación de los datos. Esto con el objetivo de garantizar la seguridad e impedir, por lo tanto, todo tratamiento no autorizado o uso inadecuado de la información.

En el plano nacional, el empresario debe tener presente que el marco regulatorio y legal a julio del 2011 está integrado por los siguientes instrumentos:

1. La Ley Estatutaria 1266 del 2008.
2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional.
3. La Ley Estatutaria 1581 del 2012.
4. Numerosas normas sectoriales.

Con respecto a las tres primeras, existen una serie de principios que integran los mandatos que el empresario debe cumplir al tratar los datos de sus clientes, empleados, proveedores y terceros, los cuales se resumen en la tabla 1.

Tabla 1. Principios que deben observarse en el tratamiento de los datos personales

Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Ley 1266 del 2008	Ley 1581 del 2012
Principio de libertad.	Principio de interpretación integral de derechos constitucionales.	Principio de libertad.
Principio de necesidad.		Principio de legalidad en materia de tratamiento de datos.
Principio de veracidad.	Principio de veracidad o calidad de los registros o datos.	Principio de veracidad o calidad.
Principio de integridad.	Principio de confidencialidad.	Principio de confidencialidad.
Principio de incorporación.		Principio de transparencia.
Principio de finalidad.	Principio de finalidad.	Principio de finalidad.
Principio de utilidad.		
Principio de circulación restringida.	Principio de circulación restringida.	Principio de acceso y circulación restringida.
Principio de caducidad.	Principio de temporalidad de la información.	
Principio de individualidad.		
Principio de diligencia y seguridad.	Principio de seguridad.	Principio de seguridad.

Fuente: elaboración propia.

A continuación, señalamos algunos aspectos relevantes.

Ley Estatutaria 1266 del 2008

El 31 de diciembre del 2008 se expidió la Ley Estatutaria 1266[25] (modificada por la Ley Estatutaria 2157 del 2021). Tal como indica su encabezado, esta ley comprende disposiciones generales sobre el *habeas data*, regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países. En ella, se incorporaron una serie de definiciones[26] y un conjunto de principios[27] enunciados en la tabla 1, que se deben tener en cuenta en el desarrollo y aplicación de la ley.

No obstante, debe aclararse que la Corte Constitucional avaló el proyecto de ley[28] correspondiente mediante la Sentencia C-1011 del 2008, pero bajo varios entendidos, muchas aclaraciones y declaratorias específicas de inexequibilidad. Así las cosas, un análisis de la ley debe efectuarse en conjunto con el fallo mencionado y el Auto aclaratorio 159 del 21 de abril del 2009, pues, vale la pena anticiparlo, este modificó sustancialmente el texto de la ley.

En efecto, pese al encabezado de la ley ("por la cual se dictan disposiciones generales del *habeas data*)", su objeto ("desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de

[25] "Por la cual se dictan las disposiciones generales del *habeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones".

[26] En el artículo 3, se enuncian las siguientes: a) titular de la información; b) fuente de información; c) operador de información; d) usuario; e) dato personal; f) dato público; g) dato semiprivado; h) dato privado; i) agencia de información comercial; j) información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países. El concepto de *habeas data* se incluyó en el numeral 1 del artículo 7º, que se refiere a los "Deberes de los operadores de los bancos de datos".

[27] Estos principios y su definición están incorporados en el artículo 4 de la L. 1266/2008.

[28] Proyecto de Ley Estatutaria 27/2006 Senado-221 del 2007, Cámara (acum. 05 del 2006 Senado), hoy LE 1266/2008.

datos")[29] y su ámbito de aplicación ("La presente ley se aplica a todos los datos de información personal")[30], la Corte Constitucional aclaró a lo largo de sus considerandos que el proyecto era una regulación parcial y sectorial del derecho de *habeas data* aplicable únicamente al tratamiento del dato comercial y financiero.

En junio del 2009, la Superintendencia Financiera (SF) y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) se pronunciaron con respecto a la naturaleza general o sectorial de la ley. Ambas coincidieron en afirmar que el campo de aplicación era restringido en los términos planteados por la Corte.

Así pues, una empresa que no trate datos personales de carácter comercial y financiero puede actuar como si la Ley 1266 del 2008 no le aplicara y, en caso de algún reproche legal, tendría como justificación los citados conceptos.

Así las cosas, es necesario establecer qué es información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países. Esto se debe a que la precisión de este elemento es de enorme importancia, pues no solo constituye un factor determinante del campo de aplicación de la ley, sino que representa un criterio definitivo para establecer si una fuente, operador o usuario se encuentra sujeto al control de la SIC o SF.

Como punto de partida, es preciso tener presente que la mencionada clase de información está definida por la ley y, en consecuencia, debemos atenernos a lo ordenado por el artículo 28 del Código Civil[31]. En el literal j del artículo 3, de la Ley Estatutaria 1266 del 2008, se puntualiza qué significa información financiera, crediticia, comercial, de servicios y proveniente de terceros países. Aunque el título de dicha clase de datos es extenso, debe observarse que se reduce a aquella información: "referida al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente de la naturaleza del contrato que les dé origen".

De las precisiones de la Corte y el literal transcrito se puede concluir que el concepto de información financiera, crediticia, comercial,

[29] LE 1266/2008, art. 1.

[30] Ibídem.

[31] "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal". L. 84/1873, en adelante C. C., art. 28.

de servicios y proveniente de terceros países se limita a la concerniente al surgimiento, cumplimiento y extinción de obligaciones dinerarias necesaria para determinar el nivel de riesgo crediticio de una persona.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Si bien la Ley 1266 se aplica únicamente a la información financiera, crediticia, comercial y de servicios, la Corte Constitucional dejó en claro que para el tratamiento de otros tipos de datos personales debía observarse el conjunto de principios desarrollados por la Corte Constitucional desde la Sentencia T-414 de 1992 a la fecha, los cuales se recopilaron y explicaron en el numeral 2.4 de la Sentencia C-1011 del 2008 y aparecen en la tabla 1.

Debe tenerse presente que esos principios se construyeron en torno a las particularidades del dato comercial y financiero y que, en el listado de la sentencia aludida, se omiten otros muy importantes para el tratamiento de otra clase de información personal. Particularmente resulta crucial no perder de vista que, según la Corte, "existe un deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante"[32]. De ahí se deriva, entre otros, el principio de seguridad que demanda adoptar medidas tecnológicas, administrativas, físicas y humanas que propendan por controlar el acceso no autorizado a la información y evitar su manipulación, alteración o destrucción.

Estos principios representan las reglas jurisprudenciales que, por el momento, deben aplicarse al tratamiento de la información diferente de la comercial y financiera. Dada la importancia de ellos, nos parece conveniente transcribir en qué consiste cada uno según la Corte Constitucional en la Sentencia C-1011 del 2008:

> 2.4. La jurisprudencia ha contemplado, igualmente, que de la protección efectiva de los derechos fundamentales interferidos en las actividades de recolección, procesamiento y circulación de datos personales, en especial el *habeas data*, la intimidad y la información, depende la formulación de un grupo de principios para la administración de datos

[32] C. Const., Sent. T-227, mar. 17/2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

personales, todos ellos destinados a crear fórmulas armónicas de regulación que permitan la satisfacción equitativa de los derechos de los titulares, fuentes de información, operadores de bases de datos y usuarios. Estas prerrogativas alcanzan concreción a partir de la vigencia de los principios de libertad, necesidad, veracidad, integridad, incorporación, finalidad, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad.

De acuerdo con el principio de libertad, las actividades de registro y divulgación de los datos personales solo pueden ejercerse con el consentimiento libre, previo y expreso del titular de esa información, esto es, el sujeto concernido. Así, esos datos no podrán ser obtenidos o divulgados sin esa previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve de ese consentimiento.

El principio de necesidad implica que la información personal concernida debe ser aquella estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines de la base de datos. Esta previsión trae como consecuencia que se encuentre prohibido el registro y divulgación de datos que no guarden una relación estrecha con el objetivo de la base de datos. Adicionalmente, y de manera lógica, el principio de necesidad también contrae la obligación [de] que cada base de datos identifique de manera clara, expresa y suficiente, cuál es el propósito de la recolección y tratamiento de la información personal.

Según el principio de veracidad, los datos personales deben corresponder a situaciones reales, lo que impone la prohibición de recopilar, procesar y [hacer] circular información falsa, errónea o equívoca.

El principio de integridad impone la obligación a las fuentes de información y a los operadores de suministrar y recopilar datos personales completos, de tal forma que está prohibido el registro y divulgación de información parcial, incompleta o fraccionada. El alcance de este principio, salvo casos excepcionales, no debe entenderse de modo tal que faculte la constitución de sistemas de información que, a través de una única base de datos pueda compilar datos que, sin valerse de otras bases de datos, permitan realizar un perfil completo de las personas.

De acuerdo con el principio de finalidad, las actividades de acopio, procesamiento y divulgación de la información personal deben obedecer a un fin constitucionalmente legítimo y que, a su vez, debe ser definido de forma clara, suficiente y previa. Esto implica que quede prohibida 1) la recopilación de información personal sin que se establezca el objetivo de su incorporación a la base de datos; y 2) la recolección,

procesamiento y divulgación de información personal para un propósito diferente al inicialmente previsto y autorizado por el titular del dato.

De conformidad con el principio de utilidad, las actividades de acopio, procesamiento e información de datos personales deben cumplir una función determinada, acorde con el ejercicio legítimo de la administración de los mismos [*sic*]. En consecuencia, queda proscrita la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara y suficientemente determinable.

El principio de circulación restringida implica que las actividades de recolección, procesamiento y divulgación de información personal estén sometidas a los límites específicos determinados por el objeto de la base de datos, por la autorización del titular y por el principio de finalidad. Por lo tanto, queda prohibida la divulgación indiscriminada de datos personales.

Según el principio de incorporación, en los casos en que la recolección de información personal en bases de datos signifique situaciones ventajosas para su titular, el operador de la base estará obligado a incorporarlos, si el titular reúne los requisitos que el orden jurídico exija [*sic*] para tales efectos. Por ende, está prohibida la negativa injustificada a la incorporación de datos personales de dicho carácter.

El principio de caducidad estipula que la información desfavorable del titular debe ser retirada de las bases de datos, de forma definitiva, con base en criterios de razonabilidad y oportunidad. En consecuencia, se prohíbe la conservación indefinida de datos personales, después que hayan desaparecido las causas que justificaron su acopio y administración.

De acuerdo con el principio de individualidad, los operadores deben mantener separadas las bases de datos que se encuentren bajo su administración, de manera que está prohibida la conducta que tenga por objeto facilitar el cruce de datos a partir de la acumulación de informaciones provenientes de diferentes bases de datos.

Finalmente, la misma doctrina ha planteado que la fijación de estos principios no es incompatible con la posibilidad que se prediquen, a partir de normas constitucionales y legales, otros deberes a los titulares, fuentes, administradores y usuarios de la información personal, como es el caso de una obligación de diligencia y seguridad en el manejo de los datos personales y la obligación de indemnizar por los perjuicios causados en razón de las actuaciones u omisiones que violen los requisitos para la información personal antes enunciados.

Ahora bien, es importante tener presente que estos principios aplican para los datos privados y los semiprivados. No tienen aplicación total en el caso de los datos públicos.

En cuanto a los datos de naturaleza pública o de dominio público, la Corte ha precisado que son aquellos calificados como tales "según los mandatos de la ley o de la Constitución"[33]. A título de ejemplo ha enunciado los siguientes: normas, documentos públicos y datos contenidos en documentos públicos, sentencias y datos sobre estado civil de las personas.

Con respecto a la información pública, la Corte Constitucional ha sido coherente al establecer que ella "puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma [*sic*] sea información general, privada o personal"[34]. En cuanto a quién puede acceder a ella, dicha corporación precisó que "puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin deber de satisfacer recurso alguno"[35].

En síntesis, el tratamiento de los datos personales distintos de los de naturaleza pública es legítimo mientras estos se obtengan con autorización de su titular, se remitan a quienes autoriza este y se utilicen para los fines permitidos por él.

La Ley Estatutaria 1581 del 2012

El 17 de octubre del 2012 se expidió la Ley Estatutaria 1581 "por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales". El 25 de julio del 2012 la Corte publicó el texto de la Sentencia C-748 del 6 de octubre del 2011[36]. En dicha sentencia, existen muchas modulaciones y cuatro salvamentos de votos sobre la decisión adoptada. Esto nos indica que la nueva ley debe leerse de manera conjunta y

[33] C. Const., Sent. T-729, sept. 5/2002.

[34] Ibídem.

[35] C. Const., Sent. C-336, may. 9/2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño. En el mismo sentido, véase la: C. Const., Sent. C-334, may. 12/2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

[36] Esta sentencia y muchos otros documentos relevantes pueden consultarse en el "Observatorio Ciro Angarita Barón sobre la protección de datos personales en Colombia": http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co.

armónica con la Sentencia C-748 del 2011, tal y como sucedió con la Ley 1266 del 2008.

La importancia de esta ley consiste en establecer las reglas del tratamiento de todo tipo de datos personales (salvo algunas excepciones) tanto en el sector público como en el privado. El texto de la ley prácticamente replica gran parte de la Ley 1266 del 2008 e incorpora los principios jurisprudenciales de la Corte Constitucional, aclarando que se trata de una norma general que se aplica a "los datos personales contenidos en cualquier soporte que los haga susceptible de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada"[37]. Esta gira en torno a las definiciones y los principios de los artículos 3[38] y 4 de la Ley Estatutaria 1581 del 2012 respectivamente.

Esta ley trae muchas obligaciones y retos para las empresas. El artículo 28 prevé un régimen de transición para que las personas naturales y jurídicas que traten datos personales o ejerzan alguna de las actividades reguladas en esa ley se adecuen en un plazo máximo de seis meses a partir de su expedición. Un correcto aprovechamiento del periodo de transición busca que las empresas maximicen el uso de sus sistemas de información y no asuman riesgos de tipo penal, administrativo, constitucional, reputacional y económico debido a infracciones a la ley general de protección de datos personales.

Salvo muy pocas excepciones mencionadas en el artículo 2, la ley obliga a todas las entidades públicas y privadas a revisar qué están haciendo con los datos personales contenidos en sus sistemas de información y

[37] L. 1581/2012, art. 2.

[38] Artículo 3. *Definiciones*: Para los efectos de la presente ley, se entiende por: a) *Autorización*: Consentimiento previo, expreso e informado del Titular para llevar a cabo el Tratamiento de datos personales; b) *Base de datos*: Conjunto organizado de datos personales que sea objeto de Tratamiento; c) *Dato personal*: Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables; d) *Encargado del tratamiento*: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento; e) *Responsable del tratamiento*: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos; f) *Titular*: Persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento, y g) *Tratamiento*: Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión.

replantear varias cosas para ajustarse a la norma. Sin embargo, al mismo tiempo, esta es una oportunidad para que las organizaciones repiensen sobre el uso que se da a esa información y que lo actualicen a la luz de las necesidades actuales y futuras.

En otras palabras, todas las entidades tienen dos opciones. La primera consiste simplemente en ajustarse a la ley. La segunda implica no solo cumplir la ley, sino renovar sus políticas para dar luz verde a otros usos lícitos que generan valor agregado para sus sistemas de información.

Dentro de las obligaciones principales para las empresas se encuentran las siguientes contenidas en los artículos 17 y 25 de la Ley Estatutaria 1581 del 2012:

1. Registrar sus bases de datos personales en el Registro Nacional de Bases de Datos.
2. Garantizar a las personas el ejercicio del hábeas data.
3. Solicitar y conservar copia de la respectiva autorización otorgada por el titular, es decir, la persona natural a que se refiere la información (los clientes, empleados, etc.).
4. Informar al titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten en virtud de la autorización otorgada.
5. Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.
6. Garantizar que la información que se suministre a terceros sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible.
7. Actualizar la información y adoptar las demás medidas necesarias para que la información se mantenga actualizada.
8. Rectificar la información cuando sea incorrecta.
9. Tramitar las consultas y reclamos formulados en los términos señalados en la presente ley.
10. Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y, en especial, para la atención de consultas y reclamos.
11. Informar al encargado del tratamiento cuando determinada información se encuentra en discusión por parte del titular, una vez se haya presentado la reclamación y no haya finalizado el trámite respectivo.
12. Informar a solicitud del titular sobre el uso dado a sus datos.

13. Informar a la autoridad de protección de datos cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los titulares.
14. Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la SIC.

Sobre este último punto es necesario tener presente que el 23 de diciembre del 2011 se creó, mediante el Decreto 4886[39], la autoridad de control de protección de datos personales. Se trata de la Delegatura para la Protección de Datos Personales (DPDP) de la SIC. A esta se le dio el mismo nivel que tienen las otras delegaturas sobre temas tradicionales a cargo de la SIC como la protección al consumidor, la promoción y protección de competencia, la propiedad industrial, el control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal.

La SIC debe cumplir las siguientes funciones en materia de protección de datos personales:

1. Asesorar al gobierno nacional y participar en la formulación de las políticas en todas aquellas materias que tengan que ver con la protección de datos.
2. Vigilar a los operadores, fuentes y usuarios de información relacionada con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.
3. Impartir instrucciones en materia de administración de datos personales, fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

La nueva DPDP cuenta con dos direcciones a saber: la *Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales* y la *Dirección de habeas data*. Esta última fue creada mediante el Decreto 92 del 2022. En términos generales, la DPDP debe velar porque se cumplan las normas sobre protección de datos personales y proponer políticas para alcanzar dicho cometido. Adicionalmente cumple funciones de difusión y capacitación sobre el derecho de la protección de datos personales.

Es importante enfatizar en que la debida recolección de los datos personales y su uso depende de la autorización que tenga el empresario por

[39] Modificado por el D. 92/2022: "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinan las funciones de sus dependencias".

parte de los titulares de los datos. En ese orden de ideas, la autorización se convierte en la piedra angular del tema y es allí donde el empresario de manera completa, precisa y suficiente define los objetivos del tratamiento de los datos personales de sus clientes, empleados y terceros.

Casos y guías

En las siguientes líneas mencionaremos algunos casos reales y de público conocimiento que pueden ser útiles para que se identifiquen aspectos cruciales sobre el debido tratamiento de datos personales en la práctica empresarial. Los textos completos pueden consultarse en la relatoría de las decisiones de la DPDP de la SIC[40]:

Resolución 83882 de 15 de noviembre del 2018, *Linio Colombia S. A. S.* Linio Colombia S. A. S. no suprimió los datos de una persona que en seis ocasiones le solicitó que dejara de enviarle información publicitaria. Esa empresa se demoró dos meses en eliminar de la base de datos la dirección de correo electrónico del titular. Para la SIC, es inadmisible que el titular del dato tenga que insistir varias veces ante el responsable para que garantice su derecho a la eliminación del dato. Los responsables del tratamiento de la información tienen el deber de atender las solicitudes, quejas y reclamos de los titulares de los datos de manera oportuna, debida, completa, eficaz y demostrable[41].

La SIC fue enfática en concluir que:

> no puede convertirse en práctica empresarial que el titular de datos tenga que insistir varias veces para que se garantice el respeto de sus derechos. Con una sola solicitud es suficiente y le corresponde al Responsable hacer efectivo el derecho de las personas dentro de los plazos máximos legales establecidos en la ley. Los derechos de los titulares son para respetarlos en el tratamiento de datos personales y no para dilatar su cumplimiento o negar su efectividad en la práctica[42].

[40] Véase: https://www.sic.gov.co/tema/proteccion-de-datos-personales/decisiones-administrativas.

[41] L. 181/2012, art. 15.

[42] Res. 83882, nov. 15/2018, Superintendencia de Industria y Comercio [SIC].

En la resolución, se explica el concepto y alcance de la responsabilidad de los administradores en materia de tratamiento de datos personales, junto con la responsabilidad demostrada y compliance en el tratamiento de datos personales.

Resolución 74828 del 17 de diciembre del 2019, Rappi S. A. S. Rappi incumplió el deber de solicitar y conservar copia de la autorización del titular del dato y se demoró más de veintidós meses en suprimir los datos de una persona que tuvo que presentarle dos peticiones para dicho efecto. Los derechos de las personas deben garantizarse oportunamente sin que el ciudadano tenga que rogarle o insistirles a las empresas.

La creación de un usuario en una plataforma tecnológica no significa por sí que autoriza el tratamiento de sus datos personales. Al utilizarse herramientas o procesos tecnológicos en páginas web o aplicaciones (*app*) es imprescindible que el responsable establezca la real identidad del titular del dato; evitando que terceros o suplantadores de identidad autoricen el tratamiento.

Resolución 76538 del 27 de diciembre del 2019, Asegúrate Fácil Ltda. Asegúrate Fácil Ltda. no demostró que había solicitado y conservado la prueba del consentimiento previo, expreso e informado del titular para tratar los datos personales que le conciernen. El silencio, las casillas "pre marcadas" por defecto y la inacción no constituyen consentimiento bajo la Ley 1581 del 2012.

Al utilizarse herramientas en páginas web o aplicaciones tecnológicas, resulta imprescindible que el responsable verifique que la persona que autorizará el tratamiento es realmente quien dice ser y no que se trata de un tercero o de un suplantador de identidad.

Resolución 2389 de 28 de enero del 2022, Google LLC. Google LLC (domiciliada en los Estados Unidos) debe garantizar el debido tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes domiciliados o residentes en Colombia. Ni Internet, ni la carencia de domicilio territorial o la no presencia física en un territorio son argumentos jurídicamente válidos para justificar el incumplimiento de la regulación sobre tratamiento de datos personales. Google LLC recolecta datos personales en el territorio de la República de Colombia mediante el uso *cookies* o aplicativos que se instalan en los equipos (teléfonos, tabletas, computadores, etc.). Esa realidad, —"presencia tecnológica"— no puede desconocerse ni ser argumento para eximirse de la aplicación de la regulación colombiana y no proteger los derechos de los menores de edad.

Resolución 15342 de 28 marzo del 2022, WhatsApp LLC. WhatsApp LLC (domiciliada en los Estados Unidos) recolecta y trata datos personales en el territorio de la República de Colombia, entre otros, mediante el uso de *cookies* y el aplicativo móvil de WhatsApp. Es un hecho notorio que el aplicativo de WhatsApp está instalado en millones de equipos de ciudadanos domiciliados en el territorio colombiano. Mediante este aplicativo, se recolectan datos en la República de Colombia durante la instalación o posterior a ella. Para recolectar y tratar datos en Colombia no es necesario estar domiciliado en este país. Avances y herramientas tecnológicas permiten que empresas u organizaciones recolecten datos en Colombia sin hacer presencia física en nuestro territorio. Estas organizaciones realizan "presencia tecnológica" en nuestro territorio mediante el uso de las citadas herramientas o aplicativos que se instalan en los equipos (teléfonos, tabletas, computadores, etc.) ubicados en el territorio colombiano.

Resolución 92618 de 21 de diciembre del 2018, Copropiedad Edificio Carrera Séptima propiedad horizontal. Los edificios de oficinas o conjuntos residenciales que se someten al régimen de propiedad horizontal son personas jurídicas responsables del tratamiento de los datos que recolectan, almacenan o usan sobre todas las personas que ingresan a sus instalaciones. Por lo tanto, están obligados a obtener la autorización de las personas y deben demostrar que informaron todo lo que ordena el artículo 12 de la Ley 1581 del 2012. Las fotos e imágenes de videovigilancia son datos biométricos, catalogados como información sensible, cuyo tratamiento requiere de autorización previa, expresa, informada y especial.

Resolución 17012 de 31 de marzo del 2022, Publicar Publicidad Multimedia S. A. S. La Ley Estatutaria 1266 del 2008, que aplica en el caso, tiene un campo de aplicación específico y reducido que se concreta en datos relativos a la existencia y extinción de obligaciones dinerarias que son utilizados para establecer el nivel de riesgo crediticio de una persona. Por su parte, la Ley Estatutaria 1581 del 2012 es aplicable al tratamiento de datos utilizado para fines diferentes a los anteriormente señalados. En suma, el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1266 del 2008 se determina por el tipo de dato que se trata y los fines para los que se utilizan y no por la naturaleza del sujeto que usa esa información.

Resolución 15958 de 29 de marzo del 2022, Colombia Telecomunicaciones S. A. E. S. P. La comunicación previa que aborda el artículo 12

de la Ley Estatutaria 1266 del 2008 es un requisito para poder realizar un reporte de información negativa. Si se omite dicho requerimiento, automáticamente se vulnera el debido proceso previsto en la ley para tal fin y dicho reporte es ilegal. En este caso, la investigada incumplió con el precitado deber, pues no logró demostrar que el titular hubiera autorizado el envío de tal comunicación por medios alternos al físico —mensaje de datos—, literal b, numeral 1.3.6., Capítulo primero, Título V, de la Circular Única de la SIC.

Resolución 14677 de 24 de marzo del 2022, Ocupar Temporales S. A. Las personas tienen derecho a "solicitar prueba de la autorización otorgada al Responsable del Tratamiento". Los Responsables, por su parte, están obligados a "solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la Ley Estatutaria 1581 del 2012, copia de la respectiva autorización otorgada". Por tanto, al margen de la alternativa que utilice el responsable para obtener la autorización del titular para el tratamiento de sus datos personales, este debe estar en capacidad de demostrar que obtuvo dicha autorización de manera previa, expresa e informada.

Resolución 11930 de 14 marzo del 2022, UNE EPM. Los derechos humanos son para respetarlos y garantizarlos en la práctica. Las personas no deben rogar para que se les respeten sus derechos humanos. No es facultativo, sino obligatorio respetar los derechos de las personas. En este caso, el ciudadano tuvo que presentar en más de cinco oportunidades la solicitud de supresión de su información personal y durante casi seis meses estuvo esperanto la protección efectiva de su derecho de *habeas data* por parte de la investigada. Además, a las personas no se les puede estigmatizar o discriminar por ejercer sus derechos. Al contrario, lo que se debe hacer es garantizarlos efectivamente y no proceder a incluirlas en "listas negras".

Por otra parte, para garantizar el debido tratamiento de los datos personales se recomienda leer e implementar las siguientes guías de la DPDP. Los textos se pueden consultar en la sección de publicaciones de la DPDP de la SIC[43]:

- Tratamiento de datos personales para fines de *marketing* y publicidad.

[43] https://www.sic.gov.co/tema/proteccion-de-datos-personales.

- Implementación del principio de responsabilidad demostrada en las transferencias Internacionales de datos personales.
- Tratamiento de datos personales para fines de comercio electrónico.
- Protección de datos personales en la propiedad horizontal.
- Las fotos como datos personales.
- Gestión de incidentes de seguridad en el tratamiento de datos personales.
- Cuida tu identidad digital y protege tus datos personales: riesgos sobre el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes.
- Guía sobre el tratamiento de datos personales en las entidades estatales.
- Cumplimiento de la Ley 1581 del 2012 en las Mipymes.
- Formato modelo para el cumplimiento de obligaciones establecidas en la Ley 1581 del 2012 y sus decretos reglamentarios.
- Guía para solicitar la declaración de conformidad sobre las transferencias internacionales de datos personales.
- Protección de datos personales en sistemas de videovigilancia.
- Guía para la implementación del principio de responsabilidad demostrada (*Accountability*).
- Desarrollo de contenido para adolescentes.
- Cartilla-Protección de los Datos Personales en los servicios de computación en la nube (*cloud computing*).
- Guía de datos personales para la educación pública y privada.

Bibliografía

Brause Barreta, Alberto. "La situación en Uruguay sobre protección de datos personales", en *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*, 337-342. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

C. Const., Auto 159, abr. 21/2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

C. Const., Sent. C-336, may. 9/2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

C. Const., Sent. C-1011, oct. 16/2008. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

C. Const., Sent. C-334, may. 12/2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

C. Const., Sent. SU-082, mar. 1 /1995. M. P. Jorge Arango Mejía.

C. Const., Sent. T-412, jun. 6/1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., Sent. T-414, jun. 16/1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

C. Const., Sent. T-227, mar. 17/2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

C. Const., Sent. T-729, sept. 5/2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

C. N., 1991.

Cifuentes Muñoz, Eduardo. "Prólogo", en *Habeas data en Indoiberoamérica*, editado por Óscar Puccinelli. Bogotá: Temis, 1999.

Convenio 108, Consejo de Europa, ene. 28/1981.

CST.

D. 4886/2011.

D. 92/2022.

Directiva 95/46/CE, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, oct. 24/1995.

Dresner, Stewart. "Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales". *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, n.° 6-7 (1994): 385-396.

Fernández, Rosa. "Ingresos publicitarios globales de Google 2006-2020", *Statista*, última modificación 4 de noviembre del 2021, acceso el 23 de junio del 2022, https://es.statista.com/estadisticas/635557/google-ingresos-totales-anuales-por-publicidad/#:~:text=Durante%202020%2C%20los%20ingresos%20de,de%20financiaci%C3%B3n%20de%20la%20compa%C3%B1%C3%ADa.

"Google AdWords. Anuncie su empresa en Google". *Google*, última modificación 2022, acceso el 23 de junio del 2011, https://www.google.com/accounts/ServiceLogin?service=adwords&hl=es&ltmpl=adwords&passive=true&ifr=false&alwf=true&continue=https://adwords.google.com/um/gaiaauth?apt%3DNone&sourceid=awo&subid=ww-es-et-ads_title.

Guerrero Gutiérrez, Eduardo. "Legislación sobre protección de datos personales en México", en *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*, 315-324. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

Kuneva, Meglena. "European Consumer Commissioner, Roundtable: Keynote Speech", documento, 31 de marzo del 2009. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_156.

L. 1273/2009.

LE 1266/2008.

LE 1581/2012.

LE 2157/2021.

Millard, Christopher. *Data Protection Laws of the World*, vol. 1. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

Nougreres, Ana Brian. Protección de datos personales en Uruguay. Montevideo: Ana Brian Nougreres, Protección de datos personales en Uruguay, Montevideo: S. N., 2007.

Palazzi, Pablo. La protección de los datos personales en la Argentina. Buenos Aires: Errepar, 2004.

Piñar Mañas, José Luis. "El derecho fundamental a la protección de datos personales (LOPD)", en *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*, 19-36. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

Remolina Angarita, Nelson. "Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.° 2, (2006): 323-370.

Res. 83882, nov. 15/2018, Superintendencia de Industria y Comercio [SIC].

Res. 92618, dic. 21/2018, Copropiedad Edificio Carrera Séptima propiedad horizontal, SIC.

Res. 74828, dic. 17/2019, SIC.

Res. 76538, dic. 27/2019, SIC.

Res. 2389, ene. 28/2022, SIC.

Res. 14677, mar. 24/2022, SIC.

Res. 15342, mar. 28/2022, SIC.

Res. 15958, mar. 29/2022, SIC.

Res. 17012, mar. 31/2022, SIC.

Resolución de Madrid. Estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad, nov. 5/2009, XXXI Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/proteccion_datos_personales_conferencias_estrasburgo_res_madrid_2013.pdf.

Rodota, Estefano. "Democracia y protección de datos", en *Cuadernos de Derecho Público*, 19-20, Protección de Datos, 15-16. Madrid, 2003.

Schwartz, Paul M. "Property, Privacy and Personal Data". *Harvard Law Review* 117, n.° 7 (2004): 2056-2128.

Solove, Daniel J. "The New Vulnerability: Data Security and Personal Information", en *Securing Privacy in the Internet Age*, editado por Chander, Anupam; Gelman, Lauren y Radin, Margaret Jane, 111-136. Stanford: Stanford University Press, 2008. http://ssrn.com/abstract=583483.

Troncoso Reigada, Antonio. "La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional". *Cuadernos de Derecho Público*, n.° 19 y 20 (2003): 231-334.

Capítulo IX

Derecho de la competencia con una perspectiva económica*

Danilo Romero Raad

En Latinoamérica, como en el resto del mundo desde hace ya varios años, la adopción de sistemas económicos puros dejó de ser una meta que debía alcanzarse. Actualmente, no existen economías en las que sean únicamente las fuerzas de la oferta y la demanda las que regulen la asignación de los recursos, ni mucho menos economías intervenidas en su totalidad por los gobiernos.

Llegar a esta conclusión no resultó tarea fácil. Durante años, la idea del bienestar social impedía que la producción y el consumo de bienes y servicios estuvieran en manos del libre juego de la oferta y la demanda. Por el contrario, se creía que la intervención y la planeación en la asignación de recursos de parte del gobierno era más conveniente para alcanzar tan anhelado bienestar.

Sin embargo, la intervención del Estado en algunos casos resultó excesiva y se empezaron a crear una serie de monopolios, impuestos y barreras arancelarias indiscriminados, que terminaron impidiendo el libre comercio y la competencia económica, la cual se convirtió en el estado constante e ideal.

En Colombia, por ejemplo, la decisión de adoptar un modelo económico basado en la apertura y la competitividad se produjo tras experimentar durante muchos años una política proteccionista que dio como resultado un mercado saturado de productos locales, cuya calidad se iba deteriorando cada vez más por la falta de competencia y cuya adquisición era menos posible a causa del aumento de los precios.

La importancia de garantizar la actividad económica bajo un esquema de libre competencia se había convertido entonces en una realidad.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.745.

A partir de ese momento, todos los esfuerzos y reformas que se adoptaran debían encaminarse a alcanzar un mercado competitivo, respaldado no solo por la dinámica económica como tal, sino también por un conjunto de normas entendidas como el derecho de la competencia, de modo que garantizaran la promoción y defensa de la competencia, la eficiencia económica, la apertura de mercados y el bienestar de los consumidores.

Historia

El origen del derecho de la competencia se remonta al derecho anglosajón. Específicamente, se ha dicho que el nacimiento de los monopolios se dio en Inglaterra, pero que la verdadera semilla del derecho antimonopólico creció en Estados Unidos a finales del siglo XIX, cuando el Estado decidió atacar los monopolios de los ferrocarriles mediante la promulgación y aplicación del famoso y aún vigente Sherman Act[1].

Para dicha época, en Estados Unidos, ya existía una regulación amplia sobre los actos que podían ser considerados como restrictivos en el comercio, cuya aplicación correspondía a los tribunales. Estos le otorgaron importancia al derecho de la competencia, pues en su mayoría consideraban que esto permitía la preservación de la libertad económica y, por lo tanto, de la libre empresa[2].

Los distintos momentos y las variadas corrientes económicas influyeron durante todo el siglo XX. Evidentemente, nuestro país no ha sido la excepción al fenómeno fluctuante de intervención estatal y se puede afirmar que las influyentes corrientes internacionales en distintos momentos de la historia incidieron notablemente no solo en la expedición de las normas de competencia, sino en su aplicación, la cual en muchas ocasiones fue nula.

En efecto, antes de la globalización de las economías, a mediados del siglo XX, nuestro país expidió normativas que regulaban la materia, pero que carecieron de aplicación como por ejemplo la Ley 155 de

[1] The Sherman Antitrust Act fue expedido en Estados Unidos en 1890. Debe su nombre al senador John Sherman, principal autor de ese estatuto antimonopólico. Sherman Antitrust Act, 1980, EE. UU.

[2] Fernando Jiménez Valderrama, *Derecho de la competencia* (Bogotá: Legis. 2019).

1959. Una vez consolidados los fenómenos mundiales de la globalización y apertura económica en la década de los 90, se expidió la Constitución de 1991, con la cual Colombia adquirió la condición de Estado social de derecho. En consecuencia, se expidieron las normas sobre derecho de la competencia[3] que actualizaron las ya existentes desde hacía más de treinta años (1959).

Para nuestro país, impulsar la política de competencia ha sido un objetivo del Estado que viene cumpliéndose de manera creciente a lo largo de los años hasta llegar a la actualización de nuestra normativa en el año 2009 con la expedición de Ley 1340[4], los distintos decretos reglamentarios y las circulares expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Asimismo, el gobierno se ha preocupado por ir adaptando la regulación en materia de competencia, según las necesidades actuales del país. Este objetivo obedece claramente a un convencimiento del Estado sobre la necesidad de mejorar el funcionamiento de los mercados nacionales, que generalmente implica una apertura a otros países, una desregulación para facilitar la libre entrada y salida de los distintos mercados y, en muchos casos, la privatización de empresas estatales.

La expedición de normas de competencia implica un incentivo para que los empresarios nacionales e internacionales decidan participar de los diferentes mercados, dada la certeza que tienen de contar con herramientas que los protejan de eventuales abusos de otros competidores. Saber que hay una seguridad sobre la relativa libre entrada o salida de los mercados y conocer de antemano aquellas conductas que se consideran lesivas para el mercado, garantizan a la sociedad que dichos empresarios van a competir por ofrecer sus bienes o servicios de manera eficaz y eficiente, mejorando no solo el aparato producto de la nación, sino la calidad de vida de los consumidores que, en últimas, representan el más importante de los bienes jurídicos tutelados por el derecho de la competencia.

[3] D. 2153/1992 y la L. 256/1996: "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones". Además, L. 256/1996: "Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal".

[4] L. 134072009: "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia".

Libre competencia económica

La competencia suele definirse de diferentes maneras dependiendo del sector desde el cual se la considere. Con una perspectiva jurídico-económica, se ha definido como

> la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros[5].

La definición anterior comprende los tres elementos más importantes de la competencia económica, a saber:

1. Los competidores.
2. Los bienes y servicios.
3. Los consumidores en común.

Este último elemento es quizá la razón de ser de una libre competencia y uno de los bienes jurídicamente tutelados por las normas de libre competencia. Al compartir una masa común de consumidores, los competidores buscan obtener la mayor cantidad de estos ofreciéndoles un amplio abanico de bienes y servicios de mejor calidad y a mejor precio. Esto se traduce, a su vez, en la obtención de mayores beneficios.

Para entender la dinámica que se genera entre los actores en un mercado de libre competencia, es necesario tener claridad sobre algunos conceptos económicos básicos que se describen a continuación.

[5] C. Const., Sent. C-032, ene. 25/2017. m. p. Alberto Rojas Ríos.

Principio de la escasez

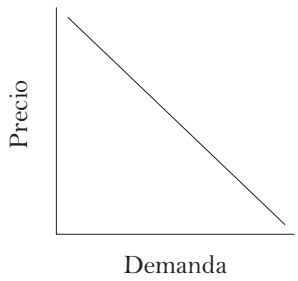
Para entender el principio de la escasez, es necesario partir del hecho de que las necesidades de los consumidores son ilimitadas, pero los recursos son escasos y por tanto hay que hacer elecciones. El consumidor constantemente busca adquirir bienes y servicios para satisfacer sus necesidades o en procura de placer. No obstante, los recursos con los que cuenta este actor son limitados y en consecuencia, esto lo obliga a tener que realizar una elección priorizando sus necesidades.

Demanda

Se ha entendido como la cantidad de bienes o servicios que pueden adquirir los consumidores a distintos precios de mercado en un momento determinado.

La demanda y la oferta suelen representarse mediante figuras denominadas curva de la demanda y curva de la oferta, respectivamente. La pendiente de la curva de la demanda representa el aumento o disminución de la demanda ante una disminución o un aumento del precio.

Figura 1. Curva de la demanda



Fuente: elaboración propia.

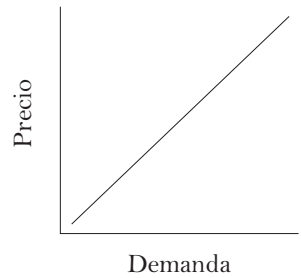
La pendiente de la curva de la demanda siempre será *negativa*, puesto que, según la *ley de la demanda*, a medida que el precio aumenta, la demanda disminuye, configurándose así, una relación *inversamente proporcional* entre el precio y la demanda.

Oferta

La oferta, por su parte, identifica el comportamiento de los vendedores. Así pues, se entiende como la cantidad de bienes o servicios que los vendedores están dispuestos a ofrecer a distintos precios de mercado. Esta decisión de los vendedores se determina a partir de tres preguntas: ¿qué producir?, ¿cómo producir?, y ¿para quién producir?

La curva de la oferta, al igual que la curva de la demanda, representa el aumento o disminución de la oferta ante una disminución o un aumento del precio. Este concepto representa la magnitud de la variación tanto de la oferta como de la demanda ante cualquier cambio en el precio del bien o del servicio.

Figura 2. Curva de la oferta



Fuente: elaboración propia.

La pendiente de la curva de la oferta siempre será *positiva*, puesto que, según la *ley de la oferta*, a medida que el precio aumenta, la demanda aumenta, configurándose así, una relación *directamente proporcional* entre el precio y la demanda.

Elasticidad

La elasticidad de la oferta representa la posibilidad de los oferentes de mercados similares de adaptar, en un corto plazo y sin incurrir en costos significativos, su producción para producir los bienes o servicios que ofrece un productor que sube los precios. Esta variación depende de la facilidad con la que nuevos productores puedan entrar al mercado para

ofrecer el producto o servicio cuyo precio fue incrementado, lo cual a su vez depende de la existencia de barreras de entrada que dificulten las condiciones de competencia en ese mercado.

> La demanda de los bienes y servicios de primera necesidad tienden a ser *inelásticos*, por ejemplo: sal, electricidad. La demanda de los bienes y servicios de lujo, por el contrario, son *elásticos*.

Por su parte, la elasticidad de la demanda consiste en el grado de respuesta de los consumidores en la cantidad demandada de un bien ante una variación en su precio. Se predica la elasticidad de la demanda de un bien cuando los consumidores tienen la posibilidad de sustituir ese bien o servicio por otro que satisfaga la misma necesidad.

Así, la elasticidad de la demanda está directamente ligada a la existencia o inexistencia de productos que, por sus características, precio y uso, sean considerados sustituibles o intercambiables por los consumidores y del número de estos productos.

El derecho de la competencia

Definición

Como ya se mencionó, actualmente no existen economías en las que sean únicamente las fuerzas de la oferta y la demanda las que regulen la asignación de los recursos, ni mucho menos economías intervenidas en su totalidad por el Estado, salvo algunos casos excepcionales.

Actualmente, la intervención estatal en los mercados busca proteger, por un lado, a los consumidores y, por el otro, la libertad de empresa. Para lograr tal cometido, se empezaron a adoptar diferentes normas que, en conjunto, forman el denominado derecho de la competencia. De manera que el derecho de la competencia se ha constituido como aquella rama del derecho económico que regula y ordena los mercados, sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas o que atentan contra la libre concurrencia[6]. En palabras de la SIC, es el derecho que:

[6] Jorge Witker, *Derecho de la competencia* económica *en el TLCAN* (México, D. F.: Porrúa, 2003).

> se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados. Éstos se protegen mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo[7].

Así mismo y en atención al poder de mercado que tienen las empresas, se ha definido al derecho de la competencia como "el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público"[8].

Tal como se reseñó en la parte introductoria, en Colombia esta rama del derecho empezó a adquirir importancia a comienzos de los años 90. Si bien existían normas de competencia desde años anteriores, lo cierto es que las políticas económicas de los gobiernos no eran necesariamente afines a los principios de la libre competencia y, por ende, el derecho de la competencia en aquella época se consideraba ineficaz. Al año 2017, se calcula que más de 120 países habían implementado o se encontraban en el proceso de adoptar políticas enfocadas al derecho de la competencia[9], las cuales se desarrollaron en gran parte en la década de los 90.

Colombia no fue ajena a esta tendencia mundial. La Ley 155 de 1959 se había convertido en el primer buen esfuerzo legislativo que prohibía los acuerdos, prácticas o procedimientos tendentes a limitar la libre competencia. No obstante, su adopción fue casi nula por la falta de instrumentos procesales que permitieran aplicarla y por la carencia de una cultura de la competencia que demandara su cumplimiento. Esta situación varió sustancialmente cuando la Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional la libre competencia, constituyéndola uno de

[7] "Definiciones sobre competencia", *Superintendencia de Industria y Comercio*, última modificación s. f., acceso el 13 de enero del 2020, https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia.

[8] Alfonso Miranda, "El derecho de la competencia en Colombia". *Revista de Derecho Económico*, n.° 9 (1989): 52-70.

[9] William Kovacic E., Susan Ning y Kate Peng, "Competition Compliance Extraterritoriality, Institutions, and Convergence in International Competition Policy", *Lexology Getting the Deal Through*, última modificación s. f., acceso el 14 de diciembre del 2019, http://www. https://gettingthedealthrough.com/area/97/article/29112/competition-compliance-global-overview/ftc.gov/speeches/other/031210kovacic.pdf; y William Kovacic E., "Extraterritoriality, Institutions, and Convergence in International Competition Policy". *Proceedings of the Annual Meeting* 97 (2003): 309-312.

los derechos colectivos más importantes para la economía de mercado. Así, el Estado colombiano empezó a tener un papel más significativo en la protección de la competencia al haberse establecido en el artículo 333 de la Constitución Política que sería un deber del Estado impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitar el abuso de la posición de dominio.

A partir de entonces, se expidieron, durante los primeros años de la década del 90, diferentes normas que, de una u otra forma, regulaban la materia y otorgaban funciones de vigilancia a diferentes autoridades para que controlaran las conductas de los competidores y sancionaran las prácticas que fueran restrictivas de la competencia. Un ejemplo de ello es el Decreto 2153 de 1992, el cual regula las conductas que se consideran restrictivas de la competencia en temas de acuerdos, actos, abuso de posición de dominio, entre otros. Sin embargo, la aplicación de esta regulación estaba dispersa en diversas entidades y no había claridad frente a ellas.

Esta situación tendió a crear un caos en la aplicación e interpretación de las normas, razón por la cual el gobierno nacional, apoyado por el sector privado y la academia, promovió la expedición de la Ley 1340 del 2009. Con ella, se buscó no solo actualizar la normativa, sino de alguna manera lograr el objetivo de tener una autoridad única en la materia. Por eso, esa ley le dio la facultad a la SIC de ser el único ente protector de la libre competencia y, en consecuencia, le otorgó el poder de investigar y sancionar a los agentes que fueran en contra de esas normas.

Posteriormente, la protección de la competencia cobró más importancia con la entrada de Colombia en 2018 a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Lo anterior, teniendo en cuenta que la Organización exige a sus miembros el cumplimiento de los lineamientos para proteger la libre competencia. Esto, pues, para la OCDE, las políticas de la competencia permiten lograr un mayor crecimiento de la productividad y, por lo tanto, un mayor crecimiento económico como se evidencia en la figura[10] a continuación:

[10] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia" (documento, octubre del 2014), https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-es.pdf.

Figura 3. Efectos de una ley de competencia según la OCDE



Fuente: elaboración propia.

Objetivos del derecho de la competencia

En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que:

> La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores[11].

[11] C. Const., Sent. C-535, oct. 23/2017. M. P. Eduardo Cifuentes.

En este sentido, se busca en cada uno de los mercados, "obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración".

Así, partiendo del supuesto de que los mercados en competencia producen mayores beneficios para la sociedad, el derecho de la competencia tiene por objeto:

1. Proteger el proceso competitivo que se genera entre los agentes del mercado garantizando la mayor obtención de beneficios para todos.
2. Controlar el poder de las empresas privadas, sancionando conductas anticompetitivas tales como el abuso de la posición de dominio, la conformación de acuerdos anticompetitivos y la competencia desleal, entre otras.
3. Aumentar la eficiencia del mercado de tal manera que se logre un incremento del bienestar de la sociedad y se proteja el bienestar del consumidor.
4. Permitir un amplio abanico de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio.
5. Garantizar derechos constitucionales tales como: el derecho de propiedad, el derecho de libre empresa, la libertad de asociación y libertad de competencia económica.

Mercado relevante

La definición del mercado relevante es una de las herramientas más importantes para el derecho de la libre competencia. Con la descripción precisa del mercado relevante, se busca determinar si una o varias empresas, por medio de sus conductas o de concentraciones con otras, tienen un poder de mercado tal que podrían abusar de él.

Para lograr este cometido se deben tener en cuenta las dos dimensiones del mercado relevante, a saber: el mercado de producto y el mercado geográfico. En palabras de la SIC (autoridad única en la materia, según lo estipulado en la Ley 1340 del 2009):

> El mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito

> geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad que pueda presentarse entre los distintos productos ofrecidos y demandados[12].

La definición del mercado relevante constituye el paso inicial de cualquier investigación de posibles conductas anticompetitivas de una o varias empresas.

El mercado producto hace referencia a todos aquellos bienes y servicios considerados intercambiables o sustituibles por el consumidor en función de sus características, precio y uso. Es decir, representan aquellos bienes o servicios que por gozar de unas características, precio y uso comunes son percibidos por los consumidores como sustitutos o intercambiables. Al analizar esta dimensión, se debe procurar por que el bien o servicio esté estrechamente definido, por lo que no debe hacerse una definición amplia del mismo. Es importante resaltar la importancia de considerar la oferta en este análisis, es decir, los oferentes y su poder de mercado, pero el enfoque de este debe ser la percepción del consumidor y si este considera sustituibles dos bienes o servicios.

Por su parte, el mercado geográfico se define como el área geográfica en la cual las partes involucradas ofrecen y demandan sus productos o servicios. Se encuentra compuesto por el territorio donde se ofrece el producto o servicio más aquellos territorios en los cuales aún resultaría rentable ofrecer este producto o servicio.

Estructura de los mercados

El nivel competitivo de un país puede analizarse a partir del estudio de la estructura del mercado. A continuación, se realiza una breve descripción de cada una de las posibles estructuras de mercado que se pueden configurar.

[12] Res. 588, ene. 16/2003, SIC.

Competencia perfecta

Puede predicarse una competencia perfecta en mercados donde suelen existir múltiples productores que ofrecen productos homogéneos, de tal manera que el precio y la cantidad son determinados por el libre juego de la oferta y la demanda. En este tipo de estructuras, no existen barreras de entrada ni salida y la acción de cualquiera de los agentes, ya sea vendedores o compradores, resulta insignificante en cuanto no tienen el poder suficiente para afectar el mercado.

Ahora bien, alcanzar una estructura de mercado en competencia perfecta es otro de los ideales que se quedaron en los libros. Si bien se entiende que es la estructura que proporciona mayor eficiencia, lo cierto es que, en la realidad, esto es imposible de alcanzar.

Monopolio

Ocurre lo contrario en los monopolios, en los cuales un solo productor vende un único bien no diferenciado de tal manera que los productores adquieren tal poder de mercado que logran determinar el precio muy por encima del nivel competitivo.

Según N. Gregory Mankiw, "la causa fundamental del monopolio son las barreras de entrada: un monopolio es el único en su mercado porque otras empresas no pueden entrar a competir con él".

La razón para que se origine un monopolio se encuentra en la causa de las barreras de entrada que existen en el mercado. Así pues:

1. Si la barrera se origina por la decisión de las autoridades de conceder a una sola empresa el derecho exclusivo sobre la producción de un bien o un servicio, se habla de la creación de un monopolio legal.
2. Cuando la barrera de entrada se origina debido a la decisión de varios productores u oferentes de unirse para formar una única empresa, se entiende que estamos frente a un monopolio colusivo.
3. Cuando las economías de escala hacen que un solo productor pueda abastecer el mercado a un buen precio, incluso mejor que el de eventuales competidores, se crea un monopolio natural.

Oligopolio

En estructuras de mercado oligopólicas, unos pocos productores ofrecen productos que pueden ser idénticos o diferenciados. Este tipo de mercado se ha entendido como un intermedio entre la competencia perfecta y el monopolio. En este, los productores se debaten entre la cooperación y el interés particular, lo cual aumenta el riesgo de formación de cárteles, acuerdos colusivos y monopolios.

Competencia monopolística

Existe competencia monopolística cuando hay muchos vendedores de productos diferenciados en una industria sin barreras de entrada.

Reflexiona: *¿Son los monopolios la estructura de mercado más indeseable en cualquier momento y en cualquier circunstancia?* En principio los monopolios son indeseables, ya que impiden las dinámicas de la competencia y se convierten en las estructuras ideales para abusos de parte del monopolista, quien puede ganar tal poder de mercado que se convierte en un fijador de precio.

No obstante, hay condiciones en las cuales el monopolio es deseable, ya que es la forma más eficiente de ofrecer un producto o servicio. En materia de servicios públicos, por ejemplo, se ha analizado la conveniencia de permitir los monopolios legales en razón a los altos costos que se desprenden de la prestación del servicio. En estos casos, resulta conveniente para los consumidores la existencia de un solo oferente, quien no tendría que trasladar a los consumidores mayores costos de la prestación del servicio.

También resultan deseables los monopolios cuando se convierten en un mecanismo para incentivar el desarrollo de ciertos mercados y la innovación. Tal es el caso de las patentes que, se sabe, representan un alto costo para los inventores, pero a su vez implican avances importantes que se traducen en un mayor bienestar social.

En este tipo de mercado existen varios oferentes cuyos productos son tan diferenciados entre sí que permiten formar un "monopolio" de sus productos.

Se observa entonces que la estructura de los mercados depende en gran medida del número de productores existentes y de la variedad de

los bienes ofrecidos, sean estos idénticos o diferenciados. Así mismo, existe otro factor importante que se relaciona con los patrones de comportamiento de los productores. En algunos mercados, a pesar de la existencia de una pluralidad de productores, estos pueden coordinar de algún modo sus acciones para evitar competir entre sí. El siguiente gráfico resume la estructura de los mercados.

Figura 4. Tipos de mercado

Monopolios	**Oligopolios**	**Competencia monopolística**	**Competencia perfecta**
Hay un único productor.	Se cuenta con pocos productores.	Se dispone de muchos productores.	Existen muchos productores.
El bien o servicio no tiene sustituto.	Hay un bien o servicio homogéneo o diferenciado.	El bien o servicio se encuentra diferenciado.	El bien o servicio es homogéneo.
Existen barreras de entrada extremadamente altas.	Existen barreras de entrada altas.	No hay barreras de entrada.	No hay barreras de entrada.
El productor fija el precio, a menos que haya intervención estatal.	El productor es buscador de precio.	El productor tiene poca influencia sobre el precio.	El productor no tiene influencia sobre el precio.
Ejemplos: patentes o copyright.	Ejemplos: *homogéneo*: acero; *diferenciado*: pilas, cigarrillos.	Ejemplo: la industria de las cafeterías.	No existen ejemplos.

Fuente: elaboración propia.

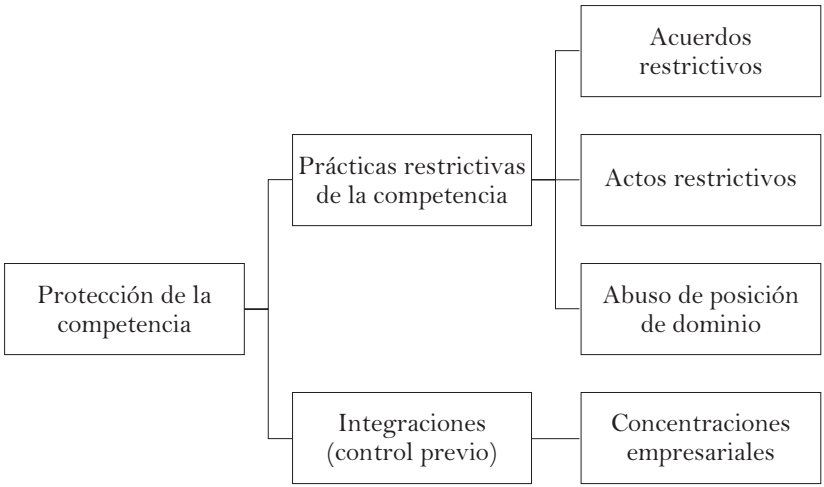
Prácticas restrictivas de la competencia

Garantizar la actividad económica bajo un esquema de libre competencia obliga a configurar normas jurídicas que controlen hasta cierto punto

las prácticas empresariales. Este control, sin embargo, no puede resultar contradictorio con los postulados de la libre competencia, donde es precisamente esa libertad la que debe regir todas las relaciones entre los actores del mercado. En este sentido, el ordenamiento jurídico debe regular las prácticas que tiendan a producir una restricción indebida de la libre competencia. En Colombia, el mercado se encuentra regulado por cuatro grandes regímenes: el primero regula todo lo relacionado con las prácticas comerciales restrictivas; el segundo busca proteger el mercado de una competencia desleal; el tercero regula los procesos de integración empresarial; y el cuarto hace referencia al derecho del consumidor.

En este capítulo, se hace referencia al derecho de la competencia, que tiene dentro de su objeto el estudio de las prácticas restrictivas compuestas de la siguiente manera:

Figura 5. Protección de la competencia en Colombia



Fuente: elaboración propia.

Antecedentes normativos

Como se mencionó, la Ley 155 de 1959 se convirtió en el primer esfuerzo legislativo tendiente a proteger la libre competencia, sin embargo, la falta de instrumentos procesales que permitieran aplicarla y la falta de

una cultura de la competencia que demandara su cumplimiento, impidieron el logro de ese objetivo. A partir de entonces, se expidieron diferentes normas que, de una u otra forma, regulaban la materia.

Vino entonces la consagración constitucional del derecho a la libre competencia y la expedición del Decreto 2153 de 1992, considerado uno de los pilares de la política de competencia en el país. Según algunos juristas como Javier Cortázar, "[a] partir de la expedición del Decreto 2153 de 1992 se crea una plataforma jurídica real para establecer un sistema de derecho con posibilidades de aplicación y desarrollo"[13]. El decreto detallaba una lista de hechos considerados anticompetitivos, implementó unas sanciones determinadas y otorgó a la SIC amplios poderes para investigar y sancionar las conductas anticompetitivas.

Durante muchos años el decreto se convirtió en la columna vertebral del régimen jurídico colombiano que protegía la libre competencia y en la base para la expedición de una serie de normativas adicionales que regulaban la competencia para los diferentes sectores.

Figura 6. Decreto 2153 de 1992



Fuente: elaboración propia.

No obstante, un cambio de la política económica, en el transcurso de los años 2004 y 2006, encaminado a promover sectores de talla mundial, exigieron una actualización del régimen de protección de la competencia. A partir de entonces, se generaron una serie de debates legislativos que dieron como resultado la aprobación de la Ley 1340 del 2009.

[13] Javier Cortázar, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia: análisis crítico y prospectiva* (Bogotá: Doctrina y Ley, 2003), 50.

Prácticas restrictivas de la competencia

Como se mencionó, la Ley 155 de 1959 fue la primera en establecer restricciones a las prácticas comerciales. En el artículo 1, se prohibían los acuerdos, prácticas o procedimientos que tuvieran por objeto limitar la libre competencia o mantener precios inequitativos.

En los últimos años, la SIC ha establecido que, con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se reprochan de manera general tres tipos de actos:

1. Los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. Se evita entonces que se reduzca la oferta y se incrementen los precios.
2. Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia.
3. Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Cabe subrayar que la mencionada ley solo prohibía las conductas que, por su intencionalidad, fueran restrictivas y dejaba de lado aquellas que, si bien no tenían como objeto restringir la libre competencia, sí causaban ese efecto en el mercado. Fue esta, entre otras, una de las motivaciones para llevar a cabo una reforma en la materia, la cual dio como resultado la aprobación del Decreto 2153 de 1992.

Este decreto amplía las conductas y sanciona aquellas que no solo tengan el objeto de limitar la libre competencia, sino también ese efecto sobre la competencia, sin que importe el motivo o interés que haya detrás. Así pues, establece que estas conductas pueden ejercerse mediante: acuerdos, definidos como "todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas"[14] y actos, entendidos como "todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica"[15].

[14] D. 2153/1992, art. 45, num. 1.

[15] Ibídem, art. 45, num. 2.

Ley 155 de 1959[16], art. 1, estipula que:

> Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendentes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Como se aprecia de las definiciones anteriores, la diferencia entre actos y acuerdos radica en que los últimos solo son posibles en la medida en que se lleven a cabo por mínimo dos empresas; mientras que los actos son realizables por un solo agente.

Tanto los acuerdos como los actos se encuentran detallados en los artículos 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992, respectivamente, con la salvedad de que la lista establecida no es taxativa. Por lo tanto, pueden considerarse restrictivos otros acuerdos o actos que tengan por objeto o efecto limitar la libre competencia y se analizan con fundamento en la prohibición general, es decir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Prácticas restrictivas absolutas y relativas. Los países que protegen la libre competencia normalmente tienden a distinguir entre las conductas restrictivas absolutas de las relativas. Así pues, se diferencian las "prácticas ilegales *per se*" de aquellas que no son siempre ilegales, las llamadas "prácticas restrictivas relativas". De esta manera, se desarrollaron en Estados Unidos dos reglas bajo las cuales debían analizarse las conductas restrictivas de la competencia, a saber: la regla de la razón y la regla *per se*.

Con base en la primera, se analiza, en primer lugar, la naturaleza del acuerdo; en segundo lugar, su propósito y, por último, el efecto de la restricción a la libre competencia. Bajo la regla *per se* por el contrario, no se realiza un estudio de la conducta, pues resulta tan evidentemente anticompetitiva, que hace que se considere siempre ilegal[17].

[16] L. 155/1959: "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas".

[17] Sobre este tema véase: Alfonso Miranda Londoño, "¿Existe la regla de ilegalidad *per se* en el derecho de la competencia colombiano?" (documento Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 2017), https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razocc81n_2017.pdf.

En Colombia, nuestro legislador determinó que los acuerdos restrictivos enunciados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 sean castigados tanto por objeto como por efecto. Cualquier intención o propósito en la realización de una conducta restrictiva se reprime, sin que importe que esta tenga el resultado esperado por los agentes. Por lo tanto, no es necesario que se presente la consecuencia de la conducta en el mercado, ni siquiera que se ejecuten actos encaminados a su realización, basta con la celebración del acuerdo para que se proceda a sancionar o prohibir la conducta.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma establece que solo en aquellos casos en que la conducta sea significativa para el cumplimiento de los tres objetivos de la ley (eficiencia del mercado, bienestar de los consumidores y libre participación de las empresas en el mercado), las conductas serán investigadas por la autoridad única de la competencia (SIC). Lo anterior se debe entender como que, aunque algunas conductas cometidas por los participantes en el mercado sean ilegales, no son lo suficientemente significativas para que sean finalmente investigadas y sancionadas por la autoridad[18]. Es importante aclarar que dichas conductas ilegales, pero no significativas, en la perspectiva de las prácticas restrictivas, sí pueden ser objeto de litigios por competencia desleal o derecho del consumidor, entre otros.

Acuerdos anticompetitivos. Tal como ya se mencionó, los acuerdos son aquellos convenios, concertaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, llevadas a cabo por dos o más empresas, con el objetivo de restringir la libre competencia o que generan ese efecto de

[18] Resulta importante mencionar que, por medio de la Res. 71540, nov. 8/2017, SIC, la SIC aclaró que, aunque una conducta desplegada por el presunto infractor, individualmente considerada, tenga un efecto que podría ser mínimo en la dinámica del mercado no implica que pueda concluirse fácilmente que esta carece de significatividad. Así, un comportamiento puede ser considerado significativo si, replicado por varios agentes del mercado, que individualmente considerados no serían relevantes, genera una afectación de la competencia. A dicha conclusión llegó la Superintendencia al abrir una investigación a Postobón por haber incurrido en presuntas prácticas restrictivas, por supuestamente obstruir la libre circulación de las facturas emitidas por sus proveedores. Aunque la investigación se archivó en 2018, por la aceptación de las garantías presentadas por Postobón, la entidad dejó un precedente importante al determinar que la autoridad de competencia debe ejercer uno de los fines del poder sancionatorio, el cual es la prevención general, reprochando la comisión de la conducta y, por ende, impidiendo que se difunda en ámbitos más extensos.

la conducta. A partir de la anterior definición, se deben subrayar los tres elementos principales de los acuerdos, a saber:

1. Manifestación de voluntad.
2. Vincular dos o más empresas.
3. Contar con un supuesto restrictivo.

A continuación, se presentan algunos comentarios explicativos de los supuestos restrictivos consignados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, incluida la reforma de la Ley 590 del 2000, no sin antes señalar que la lista de acuerdos fijada por el artículo no es taxativa. Por lo tanto, otros acuerdos, que no están contemplados en esta lista, pueden considerarse restrictivos de la libre competencia, en este caso deberán ser analizados bajo la prohibición general de la Ley 155 de 1959. Los supuestos restrictivos son:

1. *Fijación de precios*. La norma busca garantizar que los precios de los bienes y servicios sean producto del ejercicio individual de cada empresario, quien al estar como sujeto activo dentro de un mercado debe siempre buscar consolidar su bien o servicio, tratando de satisfacer las necesidades de los consumidores y buscando aumentar su participación en el mercado correspondiente.

Cuando dos o más participantes en el mercado deciden unirse para fijar los precios, se atenta contra el bienestar del consumidor y se afecta la eficiencia de la economía como tal. Estos acuerdos pueden pactar el precio de manera directa o indirecta y pueden ser horizontales o verticales.

Teniendo en cuenta que el precio se fija a partir de la suma de los costos más la utilidad buscada para cada bien, se debe entender que hay una *fijación de precios directa* cuando los agentes participantes en el acuerdo determinan el valor total del bien. En palabras de la SIC, hay una fijación de precios directa si "se determinan precios mínimo y/o [*sic*] máximos de venta de un bien o servicio"[19]. Por el contrario, en la *fijación indirecta*, las empresas participantes en el acuerdo fijan una de las variables del precio o acuerdan no competir estipulando el "piso" del precio al que se debe vender el bien, las "franjas" en las que deben oscilar los precios y el "techo" del precio al que se debe vender el bien. De esta

[19] Res. 81473, dic. 24/2014, SIC.

manera siempre hay un único precio o rango de precios que determina la oferta de bienes o servicios ofrecidos al consumidor.

Los acuerdos de precio horizontales son aquellos ejercidos por dos o más personas de forma concertada, que se dedican a la misma actividad productora o distribuidora, es decir, se encuentran en el mismo nivel de la cadena de valor. Por el contrario, los acuerdos de precios verticales son llevados a cabo por dos o más personas que se encuentran en un nivel diferente dentro de la cadena de valor, por ejemplo, un productor y un distribuidor.

Si bien por sí mismos los acuerdos de precios se encuentran sancionados por la ley, los acuerdos de precios verticales pueden no necesariamente ser vistos como anticompetitivos, pues pueden beneficiar a los consumidores y hacer efectiva la libre competencia. La SIC no siempre mantuvo esta tesis, por el contrario, hasta hace unos pocos años seguía concluyendo que cualquier acuerdo de precios era completamente ilegal por lo que, por ejemplo, los acuerdos en los que se fijaran los precios de reventa al público se consideraban anticompetitivos, por lo que un productos solo podía indicar al distribuidor un precio sugerido al público. Sin embargo, cualquier retaliación por no seguir esos precios sugeridos sería una fijación de precio contraria a la ley.

De esta manera, en la Resolución 40598 del 2014, la Superintendencia admitió que algunos acuerdos de fijación de precios verticales podrían generar eficiencia económica, favoreciendo al público consumidor. Así las cosas, cuando se trata de restricciones relativas al precio la entidad determinó que solo los precios sugeridos se encuentran permitidos en las relaciones verticales, en cuyo caso no puede mediar ningún contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre el productor y su distribuidor o expendedor. Con respecto a la fijación de precios mínimos y máximos, la Superintendencia concluyó que depende del caso. Entonces, si, por ejemplo, alguno de los agentes del acuerdo vertical de precios tiene una posición de dominio, el riesgo de que el acuerdo genere un efecto anticompetitivo es mayor.

2. *Determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros*. El objetivo de tener mercados competidos consiste en que el precio y las diversas alternativas que se brinden a los consumidores garanticen que estos puedan acceder a los mejores bienes que satisfagan sus necesidades, de acuerdo con la limitación de recursos que

tienen. Los consumidores son el objetivo de cada empresario, razón por la cual cada empresa es libre de fijar sus condiciones de negocio para captar consumidores y lograr posicionarse dentro del mercado relevante correspondiente.

Cuando dos o más empresas deciden fijar las condiciones para que los consumidores puedan acceder a los bienes o servicios, estos deben ser investigados y sancionados. Entre otros, los acuerdos entre competidores tendientes a limitar la forma de pago y aquellos que restringen la presentación o la cantidad de un producto o servicio se consideran restrictivos según este supuesto normativo.

Resulta relevante explicar que este supuesto normativo pretende sancionar el acuerdo discriminatorio de las condiciones de venta o comercialización. Así pues, debe tenerse en cuenta que, aunque los empresarios tienen la libertad de escoger qué, cuánto y a quién venden, esta libertad tiene un límite cuando, mediante la celebración de acuerdos, se viola el principio de la igualdad. Se castiga al mismo tiempo que la discriminación se dé en cualquier etapa de la cadena de valor. Los acuerdos discriminatorios, obviamente, requieren conductas similares o análogas frente a terceros que puedan compararse con el fin de establecer la diferencia de comportamientos de aquellas empresas acusadas de coludir.

3. *Repartición de mercados entre productores o entre distribuidores*. Existe una repartición de mercados entre los participantes de una misma cadena de valor cuando estos limitan el campo de acción de cada uno de ellos, bien sea porque limitan los productos o servicios que ofrecen en el mercado o porque limitan su ámbito de participación geográfica. Lo anterior debe analizarse en conjunto con la definición de mercado relevante que tiene un alcance con respecto al mercado de productos y su incidencia con la perspectiva de mercado geográfico.

Los acuerdos restrictivos pueden, por un lado, repartir los sitios geográficos en los cuales se ofrecen los bienes de cada participante en el acuerdo, limitando así el libre juego de la oferta y la demanda. Por otro lado, mediante estos acuerdos los oferentes pueden, eventualmente, repartir los clientes a los cuales dirigirán sus esfuerzos de venta, restringiendo así la posibilidad de los clientes de tener la mayor variedad de productos o servicios para escoger. Finalmente, los acuerdos de repartición de mercado también se presentan cuando se restringe el tipo de productos o servicios que se ofrecen, limitando así la variedad de oferta existente en un mercado.

4. *Asignación de cuotas de producción o de suministro*. Dependiendo de su porcentaje de participación en el mercado y obviamente atendiendo a su limitación presupuestal, cada empresario decide qué y cuánta cantidad producir de determinado bien. Los acuerdos entre participantes de una misma cadena de valor que buscan limitar la cantidad de bienes fabricados u ofertados falsea el libre juego de la oferta y la demanda, porque estos acuerdos generalmente pueden limitar la cantidad de bienes ofrecidos causando un aumento de precios y una escasez del bien. Esta situación es verdaderamente peligrosa para el mercado, pues atenta contra el bienestar de los consumidores.

5. *Asignación*, *repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos*. Este tipo de acuerdos se encuentra expresamente prohibido a causa de la importancia que tienen los insumos y las materias primas dentro de una economía de libre acceso, que propende a garantizar la mayor cantidad de bienes para que el consumidor pueda adquirir lo mejor para sus necesidades, de acuerdo con sus recursos.

Cualquier acuerdo entre participantes de una misma cadena de valor que tienda a asignar la fuente de abastecimiento, repartirla o limitarla, implica una limitación al libre juego de la oferta y la demanda, por impedir que el consumidor pueda tomar sus decisiones libremente.

6. *Limitación de los desarrollos técnicos*. La relación entre la propiedad industrial y el derecho de la competencia es muy estrecha. En efecto, el Estado promueve el otorgamiento de patentes (monopolios temporales legales) a aquellos inventores capaces de innovar y solucionar problemas técnicos existentes en las industrias. Esta compensación otorgada a los particulares busca incentivar el permanente desarrollo e innovación para que el Estado pueda alcanzar estándares de desarrollo tanto económico como social. En ese sentido, la prohibición bajo estudio se refiere a aquellos acuerdos que tengan por objeto o como efecto impedir el normal desarrollo de la tecnología y los avances en innovación, en detrimento de los consumidores y de la eficiencia del mercado.

7. *Subordinar el suministro de un producto a aceptar adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones*. Partiendo de los principios económicos es previsible concluir que cada consumidor adquiere el producto que se acomoda a su necesidad. Por eso, dentro del abanico de posibilidades, el consumidor escoge libremente la compra de un bien o servicio.

Algunas veces los consumidores encuentran que, para adquirir el bien requerido, el oferente une o vincula un producto con otra prestación, condicionando la adquisición del producto requerido a otras cargas para el consumidor, las cuales no resultaban necesarias para adquirir el producto que inicialmente buscaba. Este tipo normativo exige que exista, de parte de los oferentes que participan en el acuerdo, un condicionamiento extraño a la relación jurídica pretendida por el oferente. No es cualquier tipo de condicionamiento o exigencia, pues debe ser aquel que no guarde ninguna relación con la naturaleza del objeto del negocio, es decir, que le sea meramente accidental.

8. *Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar los niveles de producción*. Esta conducta parte de la premisa de que un agente tiene libertad para participar en el mercado de la forma que considera pertinente, pero nunca vulnerando el derecho que les asiste a los demás, al participar en un acuerdo que implique limitar la oferta de bienes en el mercado. Con este supuesto, se castiga, por un lado, abstenerse de producir un bien o servicio y, por el otro, afectar los niveles de producción.

En cuanto al primero, se sanciona que un bien o un servicio que se encontraba en oferta deje de ser producido por la decisión de varios oferentes, que se han comprometido a no producir ese bien o servicio en un mercado. Los agentes participantes del acuerdo deciden no producir, sin que se necesite para su configuración que se afecte la oferta del producto o servicio, ya que el precepto no plantea esta situación como un elemento esencial para la adecuación normativa.

En cuanto a la afectación de los niveles de producción, se castiga cualquier forma utilizada para afectar los niveles de producción que genere una escasez en el mercado con respecto a la oferta de un bien. Con esto, se falsea la competencia en la medida en que el mercado se vuelve ineficiente; los consumidores no logran escoger libremente y los demás competidores (actuales o potenciales) se ven afectados en su derecho a la libre concurrencia de los mercados.

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*. Se prohíbe celebrar acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, cuyo efecto sea la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

En el primero de los supuestos se castiga el pacto que hacen las empresas para favorecer a un tercero con la decisión de la licitación o el concurso, a la cual llegan mediante valoraciones no necesariamente ciertas o presentaciones de ofertas previamente acordadas. Como se anotó al principio, la conducta en estos casos se sanciona por objeto, por lo que no hay que probar que la consecuencia esperada tenga resultado, pues su adecuación completa solo se da con el objeto. Cuando el objeto del contrato consista en realizar estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará *concurso*.

En cuanto a la distribución de adjudicaciones en contratos, esta se configura cuando las empresas interesadas en presentar propuestas deciden, de manera acordada, postular a aquellas que favorecen a uno de los partícipes del acuerdo. De esta manera, se introducen en cada propuesta elementos que hacen más atractiva la propuesta que ellos eligen, así se deja sin posibilidad a una verdadera competencia leal que permita a la empresa interesada en los servicios escoger cabalmente.

Por último, se castiga aquel acuerdo que tenga por efecto fijar términos en las propuestas. Es importante observar el contenido del precepto fáctico, pues la conducta restrictiva debe ser desarrollada por la empresa que invita a presentar ofertas a otras. Las licitaciones son una forma utilizada por entidades públicas y privadas para determinar la mejor opción del mercado para satisfacer su necesidad.

La conducta que se reprime consiste en elaborar pliegos que impidan la igualdad de oportunidades para los posibles participantes, pues con aquellos puede inducirse a que uno de ellos se vea favorecido.

Empresas fueron sancionadas por cártel en el Plan de Alimentación Escolar en Bogotá. En diciembre del 2019, la SIC sancionó a seis empresas y a cinco personas naturales vinculadas a estas por considerar que se habían cartelizado en el proceso de selección LP-AMP-129-2016 adelantado por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, relacionado con el Plan de Alimentación Escolar (PAE). Este proceso tenía por propósito establecer las condiciones de compra y entrega de los alimentos para distintos colegios públicos de la ciudad.

La Superintendencia pudo comprobar, dentro del procedimiento administrativo, que las empresas investigadas acordaron presentar observaciones dentro del proceso de selección. Estas observaciones se encontraban relacionadas con el valor de compra de las frutas. De la misma manera, las seis empresas acordaron no presentar ofertas para que la licitación se declarara desierta y que así, se abriera otro proceso de contratación donde el valor a pagar por la compra de las frutas fuera más alto.

Durante la investigación administrativa se determinó que los investigados habían coludido en la licitación pública y que, por consiguiente, habían infringido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Adicionalmente, se encontró que las personas naturales habían ejecutado o tolerado la colusión. El valor total de las multas impuestas en este caso fue de 2415 millones de pesos. Para consultar la resolución completa véase: Res. 71584, dic. 9/2019, SIC.

10. *Impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización*. Ante la necesidad de promover el desarrollo de las Mipymes como una fuente de generación de empleo y desarrollo regional y de facilitar el acceso a mercados de bienes y servicios tanto para la adquisición de materias primas, insumos, bienes de capital y equipos como para la realización de sus productos, este supuesto persigue evitar que las empresas fuertes en el mercado impongan, mediante acuerdos, barreras que dificulten la entrada al mercado o al acceso a los medios de comercialización.

A pesar de la clara prohibición de incurrir en acuerdos, el derecho de la competencia puede ceder ante épocas de crisis como la que generó la covid-19 en Colombia y el mundo. Ejemplo de ello, es el Decreto 482 del 26 de marzo del 2020, por medio del cual se permitió la celebración de contratos, convenios o acuerdos entre las empresas del sector de transporte de carga, "aprobados por el Estado y sin riesgo de sanción alguna, cuando estos son generados, única y exclusivamente, bajo el marco de la pandemia del Coronavirus covid-19". Lo anterior, con el fin de generar eficiencias en el mercado durante la crisis, especialmente para el abastecimiento de bienes o servicios indispensables para el bienestar general de la población.

Para la celebración de estos acuerdos, se estableció como requisito la aprobación previa del Centro de Logística y Transporte, creado por el decreto. Finalmente, a la entrega de este capítulo, se estableció con vigencia temporal la duración del estado de emergencia económica, social y ecológica decretado por el gobierno nacional para la celebración de estos acuerdos entre competidores.

Cárteles anticompetitivos

El esfuerzo de algunos países por fomentar la libre competencia en el mercado ha traído como resultado, entre otras cosas, la detección de una

de las conductas anticompetitivas más lesivas para la libre competencia, a saber: los cárteles anticompetitivos. Estos se han definido como aquellos acuerdos realizados entre dos o más competidores que actúan concertadamente con el objetivo de limitar la competencia mediante la fijación de precios, la restricción en la producción, la repartición de mercados, etcétera.

Ingenios azucareros actuaron de forma anticompetitiva. En febrero del 2010, la SIC sancionó a diez ingenios azucareros por considerar que habían fijado de forma acordada los precios de la caña de azúcar, al establecer precios máximos (techos) que pagarían por dicho producto. Los ingenios fueron sancionados con multas superiores a los diez mil millones de pesos y algunos de sus representantes legales fueron sancionados con multas que superan los 700 millones de pesos, por considerar que se involucraron directa o indirectamente en el acuerdo.

La Comisión Europea de Competencia ha sostenido que los cárteles son

> acuerdos o prácticas concertadas entre competidores que pretenden limitar la competencia mediante la coordinación de su comportamiento competitivo en el mercado y modificando los parámetros de la competencia en el mercado interior (por ejemplo, mediante acuerdos de fijación de precios de compra o de venta, asignación de cuotas de producción o de ventas o reparto del mercado, en particular presentando ofertas concertadas en licitaciones públicas)[20].

Los cárteles anticompetitivos se conocen también como *colusión explícita*. En esta, a diferencia de la colusión tácita, existe un acuerdo expreso y formal entre los competidores a partir del cual deciden comportarse de forma conjunta y coordinada con el fin de maximizar sus utilidades. Por el contrario, en la *colusión tácita* el acuerdo no es expreso ni formal, pero la actuación paralela por un tiempo significativo podría desviar el mercado hacia uno no competitivo.

[20] Comisión Europea y Dirección General de Competencia, "Dispensa del pago y reducción del importe de las multas: clemencia en casos de cártel", *EUR-Lex*, última modificación 20 de mayo del 2020, acceso el 30 de agosto del 2020, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26119_es.htm.

Características de los acuerdos. Ya se indicó que una de las características principales de los acuerdos era precisamente la necesidad de dos o más empresas que, para lograr el propósito pactado en el acuerdo, terminan volviéndose interdependientes. Debe recordarse que las *estructuras de mercado oligopólicas* se convierten en el escenario perfecto para la formación de acuerdos, pues el hecho de que exista un número reducido de empresas propicia que el comportamiento entre ellas sea altamente dependiente y prefieran unirse, a actuar de manera independiente.

Esta naturaleza colectiva y dinámica de los acuerdos es lo que permite su configuración y estabilidad en el tiempo. Por ejemplo, en el caso de la fijación de los precios "No tiene sentido para una firma individual, ser ella la única que fije un precio monopólico, ni tampoco produce daño a los consumidores, pues el resto de las empresas capturarían todo el mercado al fijar un menor precio"[21].

En cuanto a la estabilidad de los acuerdos, la naturaleza colectiva y dinámica también desempeña un papel significativo. Las empresas cumplirían lo pactado solo sí existiera una continua cooperación entre ellas y una confianza en que ninguna desertará del acuerdo, al menos hasta cuando se haya logrado obtener el beneficio planeado. En el caso de los cárteles, algunos estudios realizados han demostrado que la duración promedio de un cártel varía de 5.4 a 7.5 años[22].

Consecuencia de los acuerdos anticompetitivos. Todas las conductas restrictivas de la competencia generan consecuencias nefastas para la dinámica de un mercado. No obstante, los cárteles anticompetitivos son quizá los acuerdos más peligrosos para una economía basada en la libre competencia. De acuerdo con la OCDE, los cárteles pueden considerarse como la más escandalosa infracción a las normas de competencia, pues perjudican a los consumidores al incrementar los precios y restringir la oferta. De esta manera, los bienes o servicios se convierten

[21] Aldo González, "La delación compensada o amnistía en la lucha anti-cárteles". *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas*, n.° 2 (2007): 3, http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf.

[22] Sobre la estabilidad de los cárteles se puede recurrir a las investigaciones de: Joseph C. Gallo *et al*., "Department of Justice Antitrust Enforcement, 1955-1997: An Empirical Study". *Review of Industrial Organization* 17, n.° 1 (2000): 75-133, http://hdl.handle.net/10.1023/A:1007865923061.

en inaccesibles para algunos consumidores (en general los de escasos recursos) e innecesariamente costosos para otros[23].

La consecuencia general de los cárteles es la anulación automática de los beneficios propios de la competencia y como se sabe, esta permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios. Al elevar los precios por encima del nivel competitivo, por ejemplo, los consumidores se ven obligados a pagar un precio más elevado por el producto o servicio o a optar por productos que, en realidad, no resultan ser sustitutivos de este. En consecuencia, son ellos quienes terminan asumiendo todos los efectos dañinos que originan los acuerdos anticompetitivos[24].

Otra de las consecuencias que traen consigo los acuerdos anticompetitivos es la generación de comportamientos monopólicos. Cuando los acuerdos se logran mantener en el tiempo, las empresas involucradas pueden llegar a adquirir tal control sobre la producción y la distribución del bien o servicio, que son capaces de ir generando una dinámica de mercado tendente al monopolio.

Teniendo en cuenta que los cárteles son considerados la conducta más nociva para la competencia, la SIC sancionó veintidós casos de cárteles dentro del periodo de julio del 2015 a julio del 2019. Doce de ellos se encontraban relacionados con contratación pública[25]. Entre los casos más recordados por los colombianos, se encuentra el cártel del cemento, en el que se sancionó a tres empresas en 2017, el cártel de los pañales donde se investigó a tres empresas por fijar artificialmente el precio de los pañales desechables para bebé y uno de los más recientes que hace referencia al cártel del cloro y la soda cáustica en el que cuatro empresas participaron.

[23] OCDE, "Ficha informativa…".

[24] Según la OCDE: "A successful cártel raises price above the competitive level and reduces output. Consumers choose either not to pay the higher price for some or all of the cartelised product that they desire, thus forgoing the product, or they pay the cártel price and thereby unknowingly transfer wealth to the cártel operators": OCDE, "Report on the Nature and Impact of Hard-Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws". *Anuario de la Competencia*, n.° 1 (2002). Véase también: Jindrich Kloub, "La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los cárteles", en Foro Latinoamericano de Competencia, Sesión 1: Uso de la clemencia para combatir los cárteles (2009), 4, http://www.oecd.org/dataoecd/5/24/43478983.pdf.

[25] SIC, "¿Por qué son dañinos los cárteles empresariales?", *SIC*, última modificación s. f., acceso el 24 de febrero del 2020, https://www.sic.gov.co/node/43247.

Cómo detectar y sancionar los acuerdos anticompetitivos. Conscientes de la necesidad de sancionar y acabar este tipo de prácticas, algunos países han empezado a adoptar una serie de herramientas que van desde las sanciones pecuniarias hasta las penales. La necesidad de regular en este campo ha permitido que, a la fecha, la mayoría de las legislaciones hayan adoptado normas que tiendan a castigar de manera severa aquellos acuerdos que tengan como objeto o por efecto limitar la libre competencia.

No obstante, la gran dificultad que se presenta a la hora de detectar los acuerdos radica en que estos operan secretamente. La mayoría de las empresas, conscientes de su ilegalidad, participan en estrategias para ocultar su existencia a las autoridades encargadas de sancionarlos[26]. Esta dificultad se amplía al ser completamente inadvertida, incluso para las víctimas, la existencia de los acuerdos, pues ni ellas ni las autoridades disponen de información suficiente para determinar si las condiciones en las cuales se ofrece el bien o el servicio responden al libre juego de oferta y demanda o si, por el contrario, se deben a las acciones concertadas de los miembros de algunas compañías.

Beneficios por colaboración o delación. La Ley 1340 del 2009 plantea, en su artículo 14, la posibilidad de que la SIC pueda conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en una conducta contraria a la protección de la competencia. Esos beneficios pueden ser otorgados si estas informan a la Superintendencia sobre la existencia de la conducta, entregan pruebas o información sobre el caso específico.

El Decreto 1523 del 2015 fue expedido con el propósito de reglamentar el artículo mencionado anteriormente. Así, expone los beneficios que se conceden a las personas naturales y jurídicas que colaboren en la detección y represión de los acuerdos restrictivos de la competencia en los que hayan participado como agentes del mercado o facilitadores. En este caso, los beneficios dependen del momento en el que el solicitante

[26] Normalmente se hace uso de "lenguaje cifrado, medios de telecomunicación encriptados, cuentas de correo electrónico anónimas y otras herramientas para mantenerse en secreto": Jindrich Kloub, "La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los cárteles", en *Foro Latinoamericano de competencia* (Santiago de Chile: OCDE, 2009), 4, http://www.oecd.org/dataoecd/5/24/43478983.pdf. Sobre este tema véase también: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/80&guiLanguage=de.

cumpla con los requisitos para entrar al Programa de Beneficios por Colaboración de la Superintendencia, siguiendo la regla: primero en el tiempo, primero en el derecho. A manera de ejemplo, el primer solicitante puede lograr una exoneración total de la multa siempre y cuando reconozca su participación y suministre información sobre la existencia del acuerdo, forma de operación, el producto o servicio involucrado y los participantes de este. Adicionalmente, quien desee acogerse al programa debe atender a los requerimientos e instrucciones que la Superintendencia le imparta y, por último, terminar su participación en el acuerdo anticompetitivo.

Actos restrictivos de la competencia

Como ya se mencionó, los actos restrictivos de la competencia son definidos por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como "todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica". A partir de la definición puede claramente entenderse que, en este caso y a diferencia de los acuerdos anticompetitivos, la conducta es realizada por un solo agente, tratándose entonces de una conducta unilateral.

Nuestra normativa prevé que un acto es contrario a la libre competencia cuando:

1. Se infringen las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
2. Se influye a una empresa a aumentar los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
3. Una empresa se niega a venderle o prestarle servicios a otra o la discrimina como retaliación a su política de precios.

Los dos últimos supuestos parecen bastante claros y casi siempre se entienden como circunstancias ligadas al abuso de la posición de dominio que una empresa ostenta en el mercado relevante. Con relación al acto enunciado en el primer numeral, consideramos importante mencionar que para que una conducta que infringe las normas de publicidad sea investigada por la SIC, debe ser significativa e ir en contra de los tres objetivos mencionados anteriormente en el capítulo.

Posición de dominio

Definición

Otra de las conductas reguladas por el derecho de la competencia es el abuso de la posición dominante. De manera general, se ha entendido la posición de dominio como la posibilidad que puede llegar a tener un agente del mercado de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de este.

Comcel (hoy Claro) es un agente con posición de dominio en el mercado. Mediante la Resolución 2066 del 2009, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones [CRC]) encontró que Comcel es un agente con posición de dominio en el mercado de voz saliente móvil dentro del territorio nacional. Como consecuencia de lo anterior, la CRT resolvió intervenir el mercado e interponer a Comcel regulaciones de sus tarifas, con el fin de "promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios y generar reglas que permitan que el mercado de telecomunicaciones se desarrolle en un ambiente de competencia efectiva".

Los fundamentos para declarar que Comcel es un agente de posición de dominio fueron principalmente los siguientes: 1) el porcentaje de partición del 63 % por ingresos, 66 % por usuarios y 73 % por tráfico cursado en el mercado; y 2) competidores han seguido una tendencia de reducir las tarifas *off net*, pero Comcel ha actuado con independencia al ofrecer tarifas más altas.

Para Comcel, la CRT se basó exclusivamente en porcentajes de participación y no demostró que Comcel tuviera la facultad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones del mercado. Según comunicados de la empresa, fueron castigados por ser exitosos y por su liderazgo en el mercado.

En 2013, la SIC sancionó a Comcel por abusar de su posición dominante en el mercado de voz saliente móvil con el propósito de obstruir el acceso de terceros a canales de comercialización. La entidad encontró probado que, a través del bloqueo de bandas de equipos móviles celulares, Comcel impedía o restringía a sus usuarios migrar a otros operadores móviles. La Superintendencia impuso una de las sanciones más altas en su historia, pues la multa fue de 53 900 millones de pesos.

Según la SIC:

> quien ostenta posición dominante está en capacidad de comportarse con independiente respecto de sus competidores y consumidores, lo que le

permite modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable competitiva en el mercado que participa[27].

Antes de avanzar en el tema, es muy importante tener presente que ostentar la posición de dominio en un mercado no es una conducta anticompetitiva en sí. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento no se prohíbe la existencia de monopolios y estos, como resulta lógico, siempre ostentarán una posición dominante en el mercado. Lo que resulta anticompetitivo y lo que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe, conforme al artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, es el abuso de esa posición.

> Recuerda, un monopolio siempre tendrá una posición de dominio en el mercado, *pero* no todo agente que ostenta una posición de dominio es un monopolio.

Para establecer cuándo un agente tiene posición de dominio en un mercado, la SIC analiza caso por caso, atendiendo a las particularidades de la empresa y del mercado en cuestión. Entonces, la entidad analiza no solo las cuotas de participación en el respectivo mercado, sino también el mercado geográfico, las barreras de entrada, las características de la demanda, entre otros factores que le permiten a la empresa actuar de manera independiente en el mercado[28]. Es por esta razón que resulta relevante el análisis del mercado relevante.

Abuso de la posición de dominio

El Estado colombiano tiene la obligación de evitar que los agentes, que ostenten una posición de dominio, abusen de ella. De acuerdo con la Constitución Política de Colombia, art. 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

[27] Res. 22624, sep. 15/2005, SIC.

[28] Res. 40912, jun. 28/2012, SIC.

de su posición dominante en el mercado nacional". Para lograrlo, el derecho de la competencia prohíbe una serie de conductas constitutivas de abuso y prevé una serie de sanciones para quienes incurran en ese tipo de conductas.

Antes de analizar las conductas que constituyen abuso de la posición de dominio, es importante tener presente que la infracción del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 está compuesta por dos pilares. Primero, debe demostrarse la existencia de una posición de dominio por el investigado sobre un mercado relevante específico y segundo se debe probar que la existencia de la conducta unilateral dominante estaba dirigida a cometer alguna de las conductas que se enuncian a continuación.

Aclarado este punto, entraremos ahora a analizar las conductas que el Decreto 2153 de 1992, en el artículo 50, establece como restrictivas de la competencia, puesto que significan un abuso de la posición de dominio:

> cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma [*sic*] las siguientes conductas:
>
> 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.
> 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
> 3. Los 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 constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
> 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
> 5. Vender o prestar 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. Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Los anteriores aspectos suelen dividirse en los grupos que se analizan en los siguientes acápites.

Precios predatorios

> Si bien los consumidores se ven favorecidos por la baja de precios inicial, sus intereses se verán vulnerados cuando la empresa dominante logre adquirir el poder o la participación en el mercado que estaba esperando, ya que una vez destruida o disminuida la competencia, la empresa dominante elevará los precios por encima del nivel que tendría en condiciones de competencia[29].

Se entiende que existe un abuso de la posición de dominio cuando, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 50 en mención, se disminuye el precio por debajo de los costos durante un tiempo limitado. Si bien esto hace alusión al elemento objetivo de la conducta, es necesario que exista también el objetivo de eliminar a uno o varios competidores, impedir que crezcan o que entren en el mercado, configurándose así el elemento subjetivo de la conducta.

Para comprobar que un agente está ofreciendo sus productos a precios predatorios, este debe ser incapaz de justificar que la venta de sus productos por debajo del costo se debe a una razón económica racional. Como es evidente, vender por debajo de los costos siempre genera una pérdida para el productor, luego si lo hace sin ninguna justificación, se debe presumir que existe una intención de eliminar la competencia o generar barreras de entrada para nuevos competidores.

Discriminación vertical

En la discriminación vertical, una empresa con posición de dominio decide discriminar a uno o varios compradores. Estos quedan en desventaja frente a sus competidores. En este caso, el fabricante de un producto o

[29] Alfonso Miranda Londoño, "Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado". *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia* (1993): 1-44, https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/8-abuso-de-la-posicion-dominante.pdf.

el proveedor de una materia prima decide discriminar a un comprador que se encuentra en la siguiente etapa del proceso de producción o distribución del producto, perjudicándolo por estar en desventaja frente a sus competidores directos.

Se puede configurar una discriminación vertical cuando, por ejemplo, se pactan acuerdos de exclusividad entre los fabricantes del producto, sin que existan justificaciones objetivas y razonables. Esta conducta se encuentra establecida en el numeral 2 del artículo bajo análisis.

Cláusulas tying

Este tipo de cláusulas están descritas en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Según la SIC,

> cuando quien ostenta posición de dominio subordina el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales a las de la naturaleza del negocio, está restringiendo la libre competencia y, por tanto, activa la función preventiva y correctiva que le corresponde a esta entidad como ente de supervisión.

Así mismo, la entidad ha sido enfática en precisar que, en estos casos, se aplica la regla antes señalada, pues "no hay necesidad de escudriñar en la mente de los infractores para saber si fue esa la intención que tuvieron, puesto que el simple resultado anticompetitivo deviene *per se* en ilegalidad"[30]. En consecuencia, bajo este supuesto, a diferencia de los estudiados anteriormente, solo se necesita la configuración del elemento objetivo para adoptar un abuso de la posición de dominio.

Discriminación horizontal

En este caso, una empresa dominante le vende a un comprador, en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador (elemento objetivo), con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado (elemento subjetivo). Se puede entender que existe una

[30] Res. 16089, jun. 10/2003, SIC.

discriminación horizontal cuando, por ejemplo, se rebaja el precio de un producto de manera selectiva y discriminatoria a un grupo de consumidores, con objeto de acaparar clientela y, por ende, también la participación a los demás competidores.

Precios predatorios regionales

Esta conducta, al igual que la analizada anteriormente en el literal c, hace referencia a la venta de productos por debajo del costo marginal, solo que en este caso la venta se realiza en una parte específica del territorio. Así pues, además del elemento objetivo y del subjetivo, existe uno adicional: el elemento territorial. Nuevamente, en este caso, pueden existir justificaciones económicas que justifiquen la diferencia de precios en razón al territorio como lo son, por ejemplo, los costos de transporte.

Los precios predatorios de Chicles Adams. Un caso significativo de abuso de la posición de dominio en los últimos años ha sido la investigación iniciada por la SIC en 2004 a la empresa que hoy se denomina Cadbury Adams. Con la entrada de chicles Tumix, al mercado y tras verificar la posición de dominio de Adams, la Superintendencia logró comprobar que la compañía estaba vendiendo los chicles por debajo del costo variable promedio entre agosto del 2002 y diciembre del 2003, para impedir la entrada de Tumix en el mercado.

Como se explicó, para poder identificar el abuso de la posición de un agente, se debe identificar si efectivamente la compañía ostenta tal posición en el mercado relevante que se ha de analizar. En este caso, la SIC comprobó la posición de dominio tras definir que el mercado relevante sería la goma de mascar para adultos, dejando de lado otro tipo de golosinas. Adams representaba en esa época el 75 % de la cuota del mercado y el 80 % de la capacidad instalada. Así mismo, comprobó un índice de concentración de 5000 puntos y consideró como barreras de entrada que la posibilidad de una sustituibilidad de la oferta no resultaba fácil a causa de:

1. Las diferencias en el proceso de producción.
2. Los elevados requisitos iniciales de inversión.
3. Activos muy especializados.
4. La necesidad de altas inversiones en publicidad.
5. La presencia de capacidad productiva ociosa en el mercado.
6. La dificultad de acceso a los canales de distribución.
7. Las economías de escala en el proceso de producción.

Como resultado de la conducta, la Superintendencia le impuso una sanción pecuniaria de 680 millones de pesos a la compañía y 100 millones de pesos al representante legal de la empresa. Para consultar la Resolución completa, puede ver las: Res. 3370, feb. 16/2006 y Res. 22624, sep. 15/2005.

Obstrucción de mercados o de canales de comercialización

Esta causal no merece mayor atención, en la medida en que tiene la misma connotación de los acuerdos que tienen por objeto o efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización, el cual ya fue explicado en el acápite de acuerdos anticompetitivos.

Garantías

El artículo 16 de la Ley 1340 del 2009[31] añadió una nueva figura para terminar anticipadamente una investigación por prácticas restrictivas de la competencia: el ofrecimiento de garantías. Ahora bien, para que la SIC termine de forma anticipada una investigación de este tipo, requiere que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido para solicitar o aportar pruebas. En caso de que las garantías sean aceptadas por dicha entidad, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación, se "señalará[n] las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados".

La SIC ha desarrollado dos criterios cumulativos para determinar en qué casos resulta procedente la aceptación de garantías:

1. Criterio general o de procedencia: permite determinar en qué casos resulta procedente según la naturaleza de la conducta. Por ejemplo, las garantías no son procedentes en casos de acuerdos anticompetitivos horizontales o "cárteles".
2. Criterios particulares o de pertinencia: están encaminados a evaluar el esquema de garantías, para determinar si los ofrecimientos son o no suficientes para contrarrestar los posibles efectos negativos de la conducta anticompetitiva. Estos criterios son:

[31] L. 1340/2009, art. 16.

a. Las garantías no pueden versar exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley.
b. Las garantías deben ser efectivas para cesar o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la resolución de apertura.
c. Las garantías deben ser preferiblemente estructurales (en la medida en que reduzcan o eliminen los incentivos para realizar las conductas investigadas).
d. La aceptación de las garantías debe ajustarse a la política de promoción y protección de la competencia[32].

Caso Postobón. La SIC, en la Res. 69844, sep. 19/2018:

> encontró que POSTOBÓN habría obstruido la libre circulación de las facturas y limitado la facultad de sus proveedores de participar en operaciones de *factoring*, esto es, de transmitir a título oneroso los derechos patrimoniales de contenido crediticio surgidos de la relación comercial, los cuales se encuentran incorporados en las facturas por ellos emitidas.

Postobón ejecutó una política interna que consistía en la negativa de aceptar que sus proveedores endosaran sus facturas. La SIC encontró que el rechazo de las solicitudes de endoso se configuró como una práctica sistemática entre los años 2012-2016. Ante la investigación administrativa por abuso de posición de dominio y violación de la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, Postobón ofreció las siguientes garantías:

1. Postobón se comprometió a establecer un sistema —política de gestión de facturación ("SGF")— que contaría con un tercero experto en la creación de una plataforma especializada en *factoring* multibanca, la cual estaría a disposición de los proveedores.
2. Postobón promovería la transición al sistema de facturación electrónica, a la circulación de facturas electrónicas y al Registro Nacional de Factura Electrónica.
3. Postobón se comprometió a adelantar un Plan de Capacitaciones dirigidas a proveedores y empleados.
4. Postobón se comprometió a adecuar su comportamiento a las disposiciones legales y a no limitar ni restringir ilegítimamente la libre circulación de facturas, entre otras.

El esquema de garantías fue aceptado por la SIC y se archivó de manera anticipada la investigación por prácticas restrictivas de la competencia. Para consultar la Resolución completa ver: Res. 69844, sep. 19/2018, SIC.

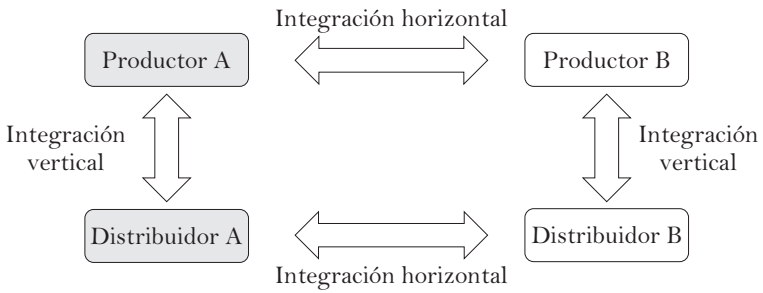
[32] Res. 71540, nov. 8/2017, SIC.

Integraciones empresariales

Una de las formas más usuales para que los empresarios puedan incursionar en un mercado relevante o aumentar su participación en él es celebrando contratos jurídicos que implican la unión, alianza, fusión, integración de dos o más empresas que antes eran formal o potencialmente competidoras entre sí.

Como se ha dicho, la libre empresa representa un derecho garantizado por la Constitución Nacional, pero con un límite claramente establecido como es el interés común. Por tanto, se ha regulado en las distintas normas cómo se debe abordar la integración económica de dos o más empresas cuando forman parte de una misma cadena de valor o se dedican a la misma actividad económica. A las primeras se les denomina integraciones verticales y a las segundas integraciones horizontales.

Figura 7. Tipos de integraciones empresariales



Fuente: elaboración propia.

Para efectos del poder que se le otorga a la SIC, se ha establecido que el control sobre integraciones económicas debe ser previo a la efectiva realización de la operación jurídico-económica, siempre y cuando se superen los umbrales económicos y de participación en el mercado establecidos en la ley. La razón de ser de este control previo consiste en que la autoridad pueda analizar si hay una indebida restricción a la competencia que posibilite que se vean eventualmente vulnerados los objetivos que rigen al derecho de la competencia como: la libre concurrencia, la libertad de escogencia de parte de los consumidores y la eficiencia económica.

Cadena de valor

La Ley 1340 del 2009 establece en el artículo 9 que, para la operación de integración económica entre dos o más empresas, que participen directa o indirectamente en el mercado colombiano y se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, deben informar su intención de integrarse cuando superen los umbrales económicos y de participación en el mercado.

Históricamente se había entendido que el mismo mercado se refería a la participación que, de manera horizontal, ostentaban los participantes en el mercado en el cual pretendían integrarse. La realidad de los mercados ha evolucionado de tal modo que no resulta extraño concluir que la definición de mercado debe ampliarse para que se pueda involucrar toda la cadena productiva del bien, entendiendo la cadena como aquella que integra tanto a los proveedores como a los consumidores del bien. Cabe resaltar que estas integraciones verticales han venido aumentando considerablemente, por lo que la necesidad de una regulación específica se ha hecho necesaria.

Operaciones que implican integración empresarial

El análisis que debe hacerse para entender si dos empresas se están integrando debe referirse a establecer si uno o varios de los competidores o las unidades de negocio de estos se ve disminuida o afectada hasta tal punto que desaparece del mercado. Siempre que se esté frente a una integración económica, se debe partir de la base de la limitación a la competencia desde la perspectiva de la eliminación de uno o varios competidores o participantes de la cadena de valor. Es esta la misma razón por la cual la autoridad debe analizar estas operaciones antes que se perfeccionen jurídicamente.

Así pues, cualquier operación que implique la adquisición del control de una empresa o una unidad de negocio de un competidor se entiende como una integración económica. Algunos ejemplos pueden ser:

1. La compra de una marca de un competidor.
2. Los acuerdos de administración de la operación mercantil.
3. Las fusiones.
4. La venta de acciones.

Ahora bien, el control se refiere a:

> La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa[33].

Umbrales

No todas las operaciones que impliquen una integración económica entre dos o más empresas necesariamente deben ser estudiadas por la SIC. Para establecer de manera restrictiva aquellas operaciones que involucran un grado de importancia, que implica que la integración generada supera ciertos límites, el legislador ha establecido ciertos mínimos requeridos para considerar un estudio jurídico-económico con la perspectiva del derecho de la competencia.

Estos umbrales han sido objeto de desarrollo y actualización a lo largo de los años hasta llegar a una combinación tanto económica como de participación en el mercado. Para estos efectos, la Ley 1340 del 2009 ha establecido que las operaciones sobre empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y que, conjunta o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior ingresos operacionales o activos fijos totales superiores al monto fijado por la SIC, y en conjunto cuenten con menos del 20 % del mercado relevante, se entenderá autorizada y solo se deberá notificar a la Superintendencia[34] de la operación. La entidad emite una respuesta indicando que se encuentra informada de la operación económica.

Por el contrario, cuando dos o más empresas que se pretenden integrar superan de manera individual o conjunta los límites económicos y, conjunta o individualmente, reúnen un porcentaje de participación en el

[33] D. 2153/1992, art. 45.

[34] La SIC determina los montos de los activos fijos e ingresos operacionales según lo previsto por la Ley 1340. Para el año 2020, el umbral se estableció en 60 000 salarios mínimos legales mensuales vigentes SMLMV.

mercado relevante igual o superior al 20 %, dicha integración debe informarse a la Superintendencia. En este caso, se realiza un estudio para determinar los efectos de la integración en el mercado.

Trámite

El trámite de las integraciones económicas que deben informarse según lo señalado anteriormente, implica la presentación de toda la documentación necesaria para exponer cuál es el mercado relevante y por qué dicha operación no implica una restricción indebida de la competencia. Los terceros, entendidos como los consumidores, proveedores y los demás competidores pueden formar parte de este proceso liderado por la SIC, con lo cual se busca que el trámite sea más público y transparente para salvaguardar la eficiencia del mercado.

Aunque no existe un tiempo límite para que la SIC se pronuncie, debe tenerse en cuenta que la entidad podrá requerir a los interesados para que aporten toda la información que se considere necesaria para decidir sobre la viabilidad o no de la operación con la perspectiva del derecho de la competencia. Finalmente, es relevante mencionar que la Ley 2010 del 2019, o Ley de Crecimiento Económico, creó una nueva tasa por el trámite de control previo de integraciones empresariales que adelanta la SIC[35]. Ahora bien, quien debe pagar la tasa señalada es la persona que promueva la iniciación del trámite. El valor de la tasa se fija teniendo en cuenta la proporción con el tipo de procedimiento que deba agotarse para tomar la decisión final de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 del 2009, y guarda correspondencia con los costos asociados a la prestación del servicio[36].

Decisiones de la SIC

La SIC puede tomar cualquiera de las siguientes decisiones: aprobar la integración, objetar la integración y condicionar la integración. La

[35] L. 2010/2019, art. 152.

[36] A la fecha de terminación del presente capítulo, la SIC no había fijado aún la tasa por el trámite de control previo de integraciones empresariales.

integración que sea aprobada puede de manera inmediata ser perfeccionada por los interesados. Aquellas integraciones objetadas generalmente se derivan de un estudio juicioso realizado por economistas y abogados que concluyen que la operación causa una indebida restricción de la competencia.

Frente a aquellas integraciones que se condicionan, es importante enunciar que las condiciones garantizan en principio que el mercado no se vea afectado y que, en caso de verse efectivamente afectado, los condicionamientos y su efectivo cumplimiento pueden minimizar los riesgos de una indebida restricción de la economía. Es decir, se autoriza la integración con la condición u obligación de cumplir los condicionamientos impuestos por la Superintendencia, los cuales pueden ser de dos tipos: estructurales y de comportamiento. Los de tipo estructural pueden ser, por ejemplo, desinversión de activos, desinversión de una unidad de negocio, desinversión de derechos de activos intangibles críticos, entre otros. Los de comportamiento, pueden ser, por ejemplo, órdenes de separar partes de la compañía fusionada, órdenes de no discriminar, órdenes de licenciar el uso de propiedad intelectual, entre otros.

Competencia desleal

En Colombia la iniciativa económica es en principio libre y constituye un derecho del que gozan todos los colombianos. Sin embargo, este derecho no es absoluto por lo que, si se presentan ciertas circunstancias en las que la libre competencia esté siendo coartada por algún participante en el mercado, el Estado colombiano puede intervenir en pro de la libertad y la salvaguarda de los derechos tanto de los demás competidores como del consumidor y, en general, en defensa de la economía. Ello tiene lugar con fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común" y "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades".

Por ende,

> los Estados más evolucionados han abandonado el dogma liberal de la absoluta autonomía de la voluntad y han decidido adoptar una postura

> intervencionista en la organización mercantil, mediante la emanación de normas reguladoras del mercado, que configuran el moderno derecho de la competencia[37].

Con base en el planteamiento anterior, el mismo artículo constitucional determina que el Estado 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. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación[38].

Las anteriores facultades del Gobierno no responden a caprichos del legislador, sino al conocimiento existente sobre las prácticas que pueden darse en el mercado, en las que algunos actores aprovechan sus ventajas en detrimento de los derechos de los demás participantes mediante comportamientos desleales. Esos comportamientos repercuten negativamente en los derechos de los consumidores y el funcionamiento de la economía en general.

Adecuación normativa

Para dar aplicación a lo anterior, la legislación nacional ha establecido una serie de directrices encaminadas a sancionar este tipo de actos. En Colombia, la Ley 256 de 1996, mejor conocida como la Ley de Competencia Desleal, se encarga de sancionar los comportamientos contrarios a la lealtad en el mercado.

Es importante recordar que la competencia desleal y las prácticas comerciales restrictivas no son lo mismo. Ambas forman parte del derecho de la competencia, pero se diferencian en que:

[37] Sebastián Alfredo García Méndez, *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004), 12.

[38] C. N., 1991, art. 333.

> las normas sobre competencia desleal contenidas en la Ley 256 de 1996 exigen a las empresas competir utilizando medios leales, es decir, a través de conductas consideradas en los mercados ajustadas a las prácticas normales y de buena fe. Por el contrario, las normas de prácticas comerciales restrictivas buscan garantizar libertad de acceso, eficiencia en el aparato productivo, variedad de precios y calidades y libre escogencia del consumidor[39].

El Congreso de Colombia aprobó, el 15 de enero de 1996, la Ley 256, "Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal". Por medio de esta norma, se pretendió "garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado", tal como lo establece el objeto de ella consignado en el artículo 1º, pues la competencia y la necesidad de mantener la lealtad dentro del mercado constituyen un tema de interés general.

La competencia como tal supone la posibilidad de tomar parte en el mercado en igualdad de condiciones con respecto a los demás participantes. Los comportamientos que ponen en riesgo la competencia son definidos en la Ley 256, tanto de manera general como de forma particular.

Ahora bien, antes de iniciar una acción por competencia desleal, es necesario establecer el estudio de los presupuestos de aplicación de la Ley 256 de 1996. Es decir, primero debe establecerse: el ámbito de aplicación de la ley (ámbito objetivo, ámbito subjetivo y ámbito territorial) y la legitimación de las partes (legitimación por acción activa y legitimación por acción pasiva). En general:

> la prosperidad de la acción de competencia desleal está condicionada a que el demandante acredite, entre otras cosas, (i) la legitimación de las partes, (ii) la existencia de un acto concurrencial (iii) ejecutado mediante la infracción de los deberes de conducta mencionados con antelación, y (iv) la idoneidad de la referida infracción para 'exteriorizarse o materializarse en el tráfico mercantil'[40].

[39] García Méndez, *Competencia desleal*, 12.

[40] SIC, Sent. 11, jul. 23/2010.

Ámbitos objetivo, subjetivo y territorial

Ámbito objetivo. El artículo 2 de la Ley 256 de 1996 hace referencia al ámbito objetivo de aplicación de la norma, en los siguientes términos: "Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales". La finalidad concurrencial se explica de forma clara en el inciso 2 del mismo artículo, donde se aclara que: "se presume cuando este, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero".

Por su parte, el requisito según el cual el acto debe realizarse en el mercado para constituirse como desleal supone una exteriorización visible de la conducta capaz de producir efectos reales[41] en el mercado.

Ámbito subjetivo. Se refiere a quien se le aplica la norma. La referida Ley 256, en el artículo 3, define su ámbito subjetivo de aplicación determinando que esta "se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado". Adicionalmente, aclara que para que se configure un acto de competencia desleal no es necesario que exista una relación de competencia entre el empresario afectado y el autor de los actos desleales. Así pues, resulta claro que la protección es amplia, ya que no se limita a los competidores directos.

Ámbito territorial. Tras aclarar los ámbitos objetivo y subjetivo, la norma, en el artículo 4, determina el ámbito territorial de sus disposiciones, en los siguientes términos: "Esta ley se les aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano". Así las cosas, resulta claro que "el elemento que se destaca es el lugar en donde pretendan generarse las consecuencias de la conducta, a saber, el mercado colombiano y no el lugar en el cual hayan sido desarrolladas las mismas [*sic*]"[42].

[41] SIC, Conc. 1074098/2001.

[42] Ibídem.

Legitimación activa y pasiva

La legitimación activa y la legitimación pasiva hacen referencia a quién puede interponer las acciones señaladas del artículo 20 de la Ley 256 y en contra de quién pueden dirigirse, respectivamente.

Legitimación activa. Está facultado para iniciar acciones por competencia desleal, según el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal, "cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal".

Legitimación pasiva. De acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Competencia, "las acciones previstas en el artículo 20 procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal".

Supuestos

Prohibición general. La Ley 256 de 1996, en el artículo 7, define la competencia desleal en los siguientes términos:

> Se considera que constituye competencia desleal todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

La buena fe comercial se ha entendido como:

> la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones que les permite obrar con la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico[43].

[43] Proceso 3-IP-99, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, citado: SIC, Sent. 6, jun. 15/2007.

Lo establecido en esta disposición se conoce como la prohibición general. A partir de esta, es sancionable cualquier comportamiento desplegado por un agente del mercado que tenga fines concurrenciales y se considere contrario a las sanas costumbres mercantiles o a la buena fe comercial, en general. Esta cláusula, a diferencia de la prohibición de las prácticas restrictivas, es de carácter residual y solo se aplica si una conducta no se enmarca en las contenidas en los artículos 8-19 de la Ley 256.

Ahora bien, la prohibición le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan y tiene como fin otorgarles sentido y alcance a las demás conductas.

Conductas específicas de competencia desleal. Además de la prohibición general, la Ley 256 de 1996 incluye, en los artículos 8 y siguientes, algunos supuestos fácticos que califican una conducta como desleal, en las modalidades que se enuncian a continuación:

1. Actos de desviación de la clientela.
2. Actos de desorganización.
3. Actos de confusión.
4. Actos de engaño.
5. Actos de descrédito.
6. Actos de comparación.
7. Actos de imitación.
8. Explotación de la reputación ajena.
9. Violación de secretos.
10. Inducción a la ruptura contractual.
11. Violación de normas.
12. Pactos desleales de exclusividad.

Es preciso aclarar que la mencionada lista no es taxativa, sino meramente enunciativa, lo que quiere decir que las conductas desleales no se limitan a las doce anteriores. Así, de existir un comportamiento no incluido en estas, pero que cumple con los presupuestos del artículo 7, este será susceptible de ser sancionado según la prohibición general.

Se transcriben a continuación las conductas que se consideran desleales de acuerdo con la mencionada norma[44]:

[44] L. 256/1996, arts. 8-19.

1. Actos de desviación de la clientela: se considera dentro de esta categoría toda conducta que tenga por objeto o 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 honrados en materia industrial o comercial.

Es importante subrayar que la desviación de la clientela no se puede considerar por sí sola un acto desleal, ya que la misma es la esencia de cualquier negocio. Debe entenderse que, en este sentido, se consideran desleales únicamente las acciones tendentes a impedir que el consumidor final elija libremente los productos o servicios que se encuentran en el mercado. Es decir, se reprocha la utilización de medios indebidos e injustificados para competir. La SIC ha establecido lo siguiente:

> la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente la utilización de medios indebidos para competir [...] que pueden causar perjuicio injustificado a quienes los sufren y rompen la igualdad de quienes compiten lealmente en el comercio[45].

2. Actos de desorganización: involucran toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno[46]. Al analizar este supuesto normativo, es fundamental determinar el alcance del verbo *desorganizar*. La Real Academia Española lo define como "[d]esordenar en sumo grado, cortando o rompiendo las relaciones existentes entre las diferentes partes de un todo"[47].

Así las cosas, lo que se sanciona con esta disposición son las actuaciones de un participante en el mercado que tengan como finalidad o consecuencia alterar la estructura interna de una empresa o el desarrollo organizado de sus relaciones. Cabe aclarar que este acto de competencia

[45] Res. 509, ene. 23/2004, SIC.

[46] Sentencia recomendada: SIC, Sent. 3300, jun. 29/2012: Caso Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda vs. Carlos Olarte García y Olarte, Raisbeck & Frieri Ltda.

[47] Real Academia Española, "desordenar", *Diccionario de la lengua española*, 22.ª edición (Madrid: Espasa-Calpe, 2001).

desleal no requiere que se desorganice por completo una empresa, pues con que se desorganice y como resultado se dificulte la operación de una unidad de negocio o un parte de la empresa es suficiente. Es decir que, no toda desorganización de una empresa es desleal, sino que debe probarse que la desorganización se hizo de mala fe y en el marco de la deslealtad. Para ello, se analizan dos variables:

a. La cuantitativa: que la desorganización sea significativa para la unidad de negocio.
b. La cualitativa: no siempre se mira la cantidad de gente, sino las personas. Es decir, que se genere un efecto grave para la desorganización.

3. Actos de confusión: hacen referencia a toda conducta cuyo objeto o resultado sea crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. En efecto, la norma es clara al establecer que se consideran desleales todas las conductas cuyo objeto o efecto consista en generar confusión entre el público consumidor sobre la actividad industrial o comercial, el establecimiento o las prestaciones de un competidor. Ahora bien, debe acentuarse que la norma no exige que la confusión efectivamente se produzca, basta con que la conducta sea capaz de generar tal confusión entre el público consumidor o tenga ese objeto o efecto.

La confusión puede ser de dos tipos: directa o indirecta. La primera se refiere a la confusión sobre el producto o servicio, es decir, cuando el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro; y la segunda, cuando existe confusión sobre el origen empresarial, pues el consumidor tiene la idea de que dos productos tienen el mismo origen empresarial.

Finalmente, este es uno de los actos que atentan contra el consumidor, pues afecta la capacidad de decisión libre y consciente de este. Usualmente, este acto está estrechamente relacionado con la propiedad industrial, ya que la confusión puede darse fácilmente por el uso indebido de signos distintivos.

4. Actos de engaño: se relacionan con las conductas que tengan por objeto o efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, siempre y cuando se haga utilizando aseveraciones incorrectas o falsas u omitiendo las verdaderas.

Con esta disposición se busca que el público consumidor disponga de todos los elementos necesarios para que libremente opte por acceder a determinado bien o servicio. De este modo, intenta sancionar aquellas conductas que tengan la potencialidad de inducir a error al público consumidor que adquiere un bien o servicio, pensando que cuenta con ciertas características, usos o cualidades que realmente no tiene, de manera que se vicia su consentimiento.

En este contexto, a partir del error se forma una voluntad partiendo de un precepto falso para el consumidor. Por ende, el acto debe ser capaz de inducir al público a error sobre: la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

5. Actos de descrédito: se refieren a

> 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, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes[48].

Esta conducta sancionada comparte con el engaño la utilización o difusión de información falsa o incompleta, pero el descrédito implica, además, que dicha información tenga la capacidad de afectar negativamente la imagen o reputación de un empresario, de sus relaciones mercantiles o de su establecimiento.

6. Actos de comparación: involucran:

> la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el 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[49].

Como se desprende de la norma citada, la comparación pública está permitida, siempre que no se utilicen aseveraciones incorrectas, falsas o incompletas y que las situaciones comparadas sean comparables

[48] L. 256/1996, art. 12.

[49] Ibídem, art. 13.

(análogas) y comprobables. Por ende, "debe realizarse la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas e impertinentes que resulten aptas objetivamente para perjudicar el prestigio o buen nombre del competidor en el mercado"[50].

7. Actos de imitación: "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 comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena"[51]. Sobre los actos de imitación, la regla general prevista por la norma indica que la imitación de las prestaciones mercantiles de un tercero es libre y permitida. No obstante, la norma establece tres escenarios en los que la imitación se considera desleal, a saber[52]:

a. Cuando lo imitado esté amparado por la ley.
b. Cuando la imitación sea exacta y minuciosa y a la vez genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o implique aprovechamiento indebido de la reputación ajena.
c. Cuando la imitación de las prestaciones e iniciativas de un tercero se haga de forma sistemática, esté encaminada a obstaculizar su afirmación en el mercado y no sea una respuesta natural del mercado.

Explotación de reputación ajena, Juan Pablo Montoya vs. Yupi. La sociedad Productos Yupi S. A. lanzó al mercado la promoción Fórmula Yupi, con la cual adhería a los empaques de sus productos tarjetas que contenían la imagen y el nombre del entonces corredor de Fórmula 1 Juan Pablo Montoya, sin contar con su autorización. En consecuencia, el piloto demandó por competencia desleal a Yupi, por considerar que esta se estaba aprovechando indebidamente de su reputación.

La Superintendencia de Industria y Comercio falló el caso en favor de Montoya, por encontrar que, en efecto, Yupi se benefició indebidamente del reconocimiento y la opinión positiva que los consumidores tenían de él, al utilizar su nombre e imagen como campaña publicitaria. Para consultar la resolución completa ver: Res. 4987, mar. 9/2004, SIC.

[50] SIC, Sent. 4230, jul. 31/2012. Caso Unilever vs. Procter & Gamble.

[51] L. 256/1996, art. 14.

[52] Al respecto, véase: SIC, Sent. 1, ago. 19/2005.

8. Explotación de la reputación ajena: involucra "[...] el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado"[53].

La reputación, definida por la Real Academia Española, es la "Opinión o consideración en que se tiene alguien o algo. [O el] Prestigio en que son tenidos alguien o algo"[54]. En este artículo, la norma sanciona el aprovechamiento indebido de la reputación de otro en el mercado por considerar que se trata de una forma parasitaria de competir, en la medida en que quien explota la reputación de otro busca una mayor participación en el mercado a costa de la reputación y buen nombre que legítimamente ha construido aquel. Frente a la reputación, la SIC ha señalado que no constituye un atributo, sino un hecho y que este puede ser verificado mediante elementos probatorios.

9. Violación de secretos: consiste en "[...] la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente"[55]. ¿Qué es un secreto empresarial?, "cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial y que sea susceptible de transmitirse a un tercero"[56].

Al analizar esta conducta, lo primero que debe determinarse es si la información divulgada o explotada cumple con los requisitos del secreto empresarial. De conformidad con el artículo 260 de la Decisión Andina 486 del 2000, estos son:

a. Que la información sea secreta.
b. Que tenga un valor comercial por ser secreta.
c. Que haya sido objeto de medidas razonables adoptadas por su legítimo poseedor para su protección y manutención como secreta.

[53] L. 256/1996, art. 15.

[54] Real Academia Española, "reputación", *Diccionario de la lengua española*, 22.ª edición (Madrid: Espasa-Calpe, 2001).

[55] L. 256/1996, art. 16.

[56] Comisión de la Comunidad Andina [CCA], Decis. 486/2000., art. 260.

Una vez comprobados los tres requisitos para que la información se considere secreto empresarial y la divulgación o explotación de la información sin autorización, es procedente la acción de competencia desleal por violación de secretos, sin perjuicio de las demás acciones legales existentes.

10. Inducción a la ruptura contractual: consiste en "[...] la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores"[57]. En general, la inducción es legítima y lícita en ejercicio de la libre empresa como desarrollo natural y libre de la actividad mercantil. A partir de la definición del término "inducir", consistente en el acto de "[i]nstigar, persuadir, mover a alguien"[58], el supuesto normativo consagrado en esta norma sanciona únicamente la conducta consciente de estimular y provocar la ruptura contractual. Por el contrario, si la inducción se genera de forma inconsciente por un agente del mercado, su actuar no es constitutivo de tal conducta desleal.

11. Violación de normas: es "la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa"[59]. Con este supuesto no se sanciona propiamente la violación de la norma jurídica, sino la adquisición de una ventaja competitiva y significativa, como consecuencia de la violación de la norma. Generalmente, la ventaja competitiva se evidencia en la disminución de costos de un agente frente a los demás participantes en el mercado, que deben soportar costos significativamente más altos por dar cumplimiento a la ley. Para que se configure esta conducta, deben cumplirse los siguientes supuestos:

a. Que se viole una norma jurídica diferente a la Ley 256 de 1996.
b. Que como consecuencia directa de dicha violación, el demandado haya adquirido una ventaja competitiva significativa.
c. Que se haya hecho efectiva en el mercado la realización de la ventaja competitiva.

[57] L. 256/1996, art. 17.

[58] Real Academia Española, "inducir", *Diccionario de la lengua española*, 22.ª edición (Madrid: Espasa-Calpe, 2001).

[59] L. 256/1996, art. 18.

12. Pactos desleales de exclusividad: consiste en

> pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales[60].

La Corte Constitucional en la Sentencia C-535 de 1997 condicionó la conducta señalando que:

> el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente.

Lo anterior, pues las cláusulas de exclusividad usualmente tienen el objeto o el efecto de restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de bienes o servicios.

Violación de normas y desviación de clientela. Cotech S. A. vs Uber. Cotech S. A. demandó a Uber Colombia S. A. S., Uber Technologies Inc., Uber BV por presuntamente incurrir en los actos de competencia desleal de violación de la clientela y de violación de normas, al prestar un servicio de transporte público terrestre automotor individual de pasajeros en vehículo o taxi. La parte demandante solicitó que cesaran los actos de competencia desleal, ordenando a las sociedades demandadas que cesaran la prestación del servicio de transporte individual bajo las modalidades Uber, Uber X, y Uber Van en el territorio colombiano.

La Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la SIC consideró que se configuró el acto de desviación de la clientela porque el comportamiento de las sociedades demandadas era potencialmente apto para obtener clientela de manera desleal, dado que ofrecía y ponía en funcionamiento un servicio de transporte que se lleva a cabo contrariando la buena fe exigible a los empresarios. Esta falta de buena fe se concretó, según el despacho, debido a que las demandadas no cumplían con las habilitaciones que impone la regulación de transporte para este tipo de servicios.

[60] Ibídem, art. 19.

En cuanto a la violación de normas, la demandante argumentó que se estaba infringiendo la Ley 366 de 1996 y el Decreto 172 del 2001. Estas normas establecen los requisitos que se deben cumplir para prestar el servicio público de transporte terrestre, los cuales, según la demandante, estaba incumpliendo Uber. Lo anterior, generaba una ventaja competitiva significativa para las sociedades demandadas con ocasión a la violación de esas normas, ya que Uber prestaba su servicio sin el obstáculo de cumplir con las exigentes normas que regulan el servicio.

La SIC encontró que las sociedades demandadas incurrieron en dichos actos y ordenó, entre otras, que se cesara la utilización de contenido, acceso y prestación del servicio de transporte individual del pasajero bajo las modalidades Uber, Uber X, y Uber Van por medio de la aplicación Uber en Colombia. La anterior decisión fue recurrida por las sociedades demandadas, por lo que actualmente se encuentra en el Tribunal Superior de Bogotá en espera de fallo de Segunda Instancia. (Véase el fallo completo en: SIC, Sent., dic. 20/2019).

Acciones por competencia desleal

De cometerse alguna de las conductas reseñadas con anterioridad o cualquier otra que se enmarque en la prohibición general del artículo 7 de la Ley 256 de 1996, existen dos tipos de acciones que podría interponer quien se vea afectado. Una de ellas es la preventiva, mediante la cual se prohíbe la futura realización del acto y la otra es una acción declarativa, que sanciona y desmonta el acto desleal ya realizado. A continuación, se describen brevemente estas acciones.

Está facultada para iniciar acciones por competencia desleal cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal. Las acciones proceden contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a su realización.

Acción preventiva o de prohibición. Como su nombre lo indica, busca prevenir que el acto de competencia desleal se realice y evitar los efectos nocivos que puedan derivarse de él. Quien considere que podría resultar afectado por actos de competencia desleal tendría esta acción para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba, aunque aún no se haya producido daño alguno.

Acción declarativa y de condena. Se ejerce cuando el acto de competencia desleal ya se realizó y existen efectos nocivos producidos. Al respecto, el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 dispone que:

> El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante.

Prescripción de las acciones por competencia desleal. Las acciones en contra de los actos de competencia desleal que se expusieron anteriormente cuentan con una prescripción, es decir, que después de haberse perpetrado la conducta desleal y que el afectado tenga conocimiento de ella, existe un lapso en el cual el perjudicado podrá tomar las medidas legales necesarias para poner fin al daño y reclamar una indemnización. Ninguna acción podrá interponerse una vez vencido ese periodo.

La Ley 256 de 1996, en el artículo 23, señala que:

> las acciones de competencia desleal *prescriben en dos (2) años* a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto[61].

Investigación administrativa

Sin perjuicio de las acciones por competencia desleal que pueden iniciar los particulares, la ley faculta a la SIC para "[i]niciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia"[62].

De manera que la SIC puede comenzar una investigación administrativa —de oficio o a solicitud de la parte—, al considerar que se están

[61] Las cursivas fueron añadidas.

[62] D. 3523/2009, art. 8, num. 3: "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias", modificado por el artículo 4 del D. 1687/2010.

ejecutando actos de competencia desleal cuando compruebe, al menos, que se cumplen los ámbitos de aplicación de la ley y la legitimación explicados anteriormente. Cabe aclarar que los mismos son requisitos de la sentencia favorable y no de la admisión de la acción. En consecuencia, su presencia o ausencia serán influyentes en el fallo, pero no en la admisión de la demanda.

Así, la investigación administrativa es procedente sin perjuicio de las demás acciones por competencia desleal. Por lo tanto, cualquier participante del mercado que considere que sus intereses económicos están siendo amenazados o fueron perjudicados por quien ha realizado actos de competencia desleal puede solicitar a la SIC la apertura de una investigación administrativa e interponer una acción preventiva o una declarativa y de condena. Ahora bien, la investigación administrativa puede derivar en multas y sanciones impuestas al infractor, pero quien solicitó la investigación no recibirá una indemnización por los perjuicios que se le pudieron haber causado con la comisión de los actos de competencia desleal; para ello, debe solicitarlos mediante la acción declarativa y de condena.

Además, debe considerarse que las investigaciones administrativas por competencia desleal se abren cuando la conducta que se ha de investigar es significativa, esto es, cuando afecte en alto grado la libre participación en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica[63]. Como se determinó en algunos casos como el de Postobón o de Equión Energía Limited[64], la Superintendencia debe reprimir aquellos comportamientos que no permitan el correcto funcionamiento de los mercados y que generen una gran afectación a la competencia.

[63] El art. 3 de la L. 1340/2009 dispone: "*Propósitos de las actuaciones administrativas*. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta".

[64] Res. 71539, nov. 8/2017.

Por esta razón, han sido muy pocos los casos en que se ha comenzado una investigación de este tipo.

Caso Lactosueros. El 25 de marzo del 2011, la SIC ordenó la apertura de una investigación administrativa contra quince compañías lecheras, entre ellas Algarra y Danone Alquería, por la presunta comisión de actos de engaño (Ley 256 de 1996, art. 11), y en contra de Éxito, Olímpica y Almacenes Grandes Superficies de Colombia S. A., por la presunta comisión de actos de engaño y violación del numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, que establece como actos contrarios a la libre competencia "Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor".

En este caso, la SIC encontró evidencia de que el lactosuero, producto derivado de la quesería y con menos propiedades nutricionales que la leche, se comercializaba en los mismos canales de distribución de la leche y de forma engañosa, utilizando empaques similares a los de esta y haciendo alusión directa a ella en sus empaques.

Bibliografía

C. Const., Sent. C-032, ene. 25/2017. M. P. Alberto Rojas Ríos.

C. Const., Sent. C-535, oct. 23/2017. M. P. Eduardo Cifuentes.

C. N., 1991.

Comisión de la Comunidad Andina [CCA], Decis. 486/2000.

Comisión Europea y Dirección General de Competencia. "Dispensa del pago y reducción del importe de las multas: clemencia en casos de cártel". *EUR-Lex*, última modificación 20 de mayo del 2020, acceso el 30 de agosto del 2020, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26119_es.htm.

Cortázar, Javier. Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia: análisis crítico y prospectiva. Bogotá: Doctrina y Ley, 2003.

D. 2153/1992.

D. 172/2001.

D. 3523/2009.

D. 1687/2010.

D. 1523/2015.

D. 482/2020.

"Definiciones sobre competencia". *Superintendencia de Industria y Comercio*, última modificación s. f., acceso el 13 de enero del 2020, https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia.

Gallo, Joseph C., Dau-Schmidt, Kenneth; Craycraft, Joseph; Parker, Charles. "Department of Justice Antitrust Enforcement, 1955-1997: An Empirical Study". *Review of Industrial Organization* 17, n.° 1 (2000): 75-133, http://hdl.handle.net/10.1023/A:1007865923061.

García Méndez, Sebastián Alfredo. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.

González, Aldo. "La delación compensada o amnistía en la lucha anti-cárteles". *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas*, n.° 2 (2007): 1-10, http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf.

Jiménez Valderrama, Fernando. *Derecho de la competencia*. Bogotá: Legis, 2019.

Kloub, Jindrich. "La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los cárteles". *Foro Latinoamericano de competencia*. Santiago de Chile: OCDE, 2009, http://www.oecd.org/dataoecd/5/24/43478983.pdf.

Kovacic E., William. "Extraterritoriality, Institutions, and Convergence in International Competition Policy". *Proceedings of the Annual Meeting* 97, (2003): 309-312.

Kovacic E., William; Ning, Susan; y Peng, Kate. "Competition Compliance Extraterritoriality, Institutions, and Convergence in International Competition Policy". *Lexology Getting the Deal Through*, última modificación s. f., acceso el 14 de diciembre del 2019, https://gettingthedealthrough.com/area/97/article/29112/competition-compliance-global-overview/ftc.gov/speeches/other/031210kovacic.pdf.

L. 155/1959.

L. 256/1996.

L. 366/1996.

L. 1340/2009.

L. 2010/2019.

Miranda Londoño, Alfonso. "Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado". *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, (1993): 1-44, https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/8-abuso-de-la-posicion-dominante.pdf.

Miranda Londoño, Alfonso. "El derecho de la competencia en Colombia". *Revista de Derecho Económico*, n.° 9 (1989): 52-70.

Miranda Londoño, Alfonso. "¿Existe la regla de ilegalidad per se en el derecho de la competencia colombiano?", documento Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 2017. https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razocc81n_2017.pdf.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD]. "Report on the Nature and Impact of Hard-Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws". *Anuario de la Competencia*, n.° 1 (2002): 679-712.

OECD. "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia", documento, octubre del 2014. https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-es.pdf.

Real Academia Española. "desordenar". *Diccionario de la lengua española*, 22.ª edición. Madrid: Espasa-Calpe, 2001.

Real Academia Española. "inducir". Diccionario de la lengua española, 22.ª edición. Madrid: Espasa-Calpe, 2001.

Real Academia Española. "reputación", *Diccionario de la lengua española*, 22.ª edición. Madrid: Espasa-Calpe, 2001.

Res. 588, ene. 16/2003, Superintendencia de Industria y Comercio [SIC].

Res. 3370, feb. 16/2006, SIC.

Res. 16089, jun. 10/2003, SIC.

Res. 22624, sep. 15/2005, SIC.

Res. 4987, mar. 9/2004, SIC.

Res. 509, ene. 23/2004, SIC.

Res. 40912, jun. 28/2012, SIC.

Res. 81473, dic. 24/2014, SIC.

Res. 40598, jun. 27/2014, SIC.

Res. 71539, nov. 8/2017, SIC.

Res. 71540, nov. 8/2017, SIC.

Res. 69844, sep. 19/2018, SIC.

Res. 71584, dic. 9/2019, SIC.

Sherman Antitrust Act, 1890, EE. UU.

Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Conc. 1074098/2001.

SIC. "¿Por qué son dañinos los cárteles empresariales?". *SIC*, última modificación s. f., acceso el 24 de febrero del 2020, https://www.sic.gov.co/node/43247.

SIC, Sent. 1, ago. 19/2005.

SIC, Sent. 6, jun. 15/2007.

SIC, Sent. 11, jul. 23/2010.

SIC, Sent. 3300, jun. 29/2012.

SIC, Sent. 4230, jul. 31/2012.

SIC, Sent. dic. 20/2019.

Witker, Jorge. *Derecho de la competencia económica en el TLCAN*. México D. F.: Porrúa, 2003.

Capítulo X

Los empresarios frente al derecho de consumo. Una ilustración a través de un emprendimiento*

Fernando Peña Bennett

Las recomendaciones jurídicas desarrolladas en el presente capítulo son producto de la participación en la clase de "Fundamentos de derecho de los negocios", impartida por la profesora Marcela Castro de Cifuentes, a quien agradezco la invitación. En ese sentido, quisimos mostrarle a los lectores y a la comunidad académica no jurídica, una forma práctica de abordar el conocimiento del *derecho de consumo* a partir de experiencias empresariales.

Para lograr nuestro propósito, como metodología plantearemos un caso real de emprendimiento, a partir del cual podremos resaltar los aspectos jurídicos relevantes del tema. Con este ejercicio, el lector podrá identificar los aspectos básicos que se deben tener en cuenta al momento de producir, importar, comercializar o prestar un producto o servicio en el mercado colombiano.

Para tal efecto, pensemos en un ejemplo real de un emprendimiento que nació en época de " pandemia", bajo el cual no se puede perder de vista nuestra actual coyuntura económica[1]. El caso es el siguiente: un grupo de amigas decide crear una sociedad comercial, con el objeto de producir y comercializar productos de aseo y cuidado tales como jabones y gel (líquido) antibacterial, artículos de limpieza para el hogar manuales y eléctricos (aspiradoras, brilladoras, desinfectantes), considerando la necesidad de brindar protección y prevención en las actuales circunstancias.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.746.

[1] Recesión económica producto de la crisis sanitaria mundial por la covid-19.

Una vez concretada la idea de emprendimiento y constituida la sociedad, entendiendo los retos que supone la comercialización de productos en el mercado en estos días, deciden implementar una estrategia más actual e innovadora, haciendo uso de plataformas electrónicas, creando una página o sitio web para exponer sus productos, hacer publicidad y al mismo tiempo, venderlos de forma presencial.

Analizando el supuesto anterior, se debería revisar cuáles son las obligaciones a cargo de los empresarios en torno al tema de protección de los consumidores, las cuales, a su vez, protegen sus intereses como empresarios[2]. Para cumplir este objetivo, es muy importante que todos los emprendedores tengan en cuenta aspectos como: los deberes legales a la hora de informar y publicitar un producto, las garantías que se deben brindar por fallas de calidad e idoneidad de estos, la responsabilidad que deben asumir en caso de que el producto atente contra la salud o vida de los consumidores y las formas contractuales mediante las cuales logran vincular a los consumidores. En los apartados siguientes, revisaremos estos cuatro puntos básicos al momento de estructurar este tipo de negocios.

La información y publicidad en los emprendimientos

En la actualidad, la Ley 1480 del 2011 (Estatuto del Consumidor) señala la existencia de un deber mínimo de información[3] para los empresarios con respecto a los productos, bien sea que los fabrique, importe o comercialice directamente en calidad de expendedor a los consumidores. Esa labor de fabricación (importación)[4], venta o comercialización directa con los expendedores se puede hacer por cualquier medio a través de canales de venta directos, tiendas, supermercados, con un establecimiento de comercio propio o puede hacer uso de plataformas electrónicas que correspondan a sistemas no tradicionales de venta donde esos productos se ponen en el mercado.

[2] De la lectura de la Ley 1480, se puede deducir que, si bien se consagran derechos para los consumidores y usuarios (artículo 3), también se establecen obligaciones para los empresarios (L. 1480/2011, arts. 6, 7, 19, 23, 24, 36, 37, entre otros).

[3] Ibídem, art. 23.

[4] Ibídem, art. 5, num. 9.

En cualquiera de estas circunstancias, la información que brinde sobre los productos o servicios debe cumplir, como mínimo, con los requisitos de información consagrados en el artículo 23 de la Ley 1480 del 2011, los cuales contemplan que el empresario (productor o expendedor) requiere proporcionar la información comercial con de veracidad, suficiencia, precisión, claridad y oportunidad.

Pues bien, si se va a comercializar jabones, geles antibacteriales, productos de aseo para el hogar o para uso personal, la información que debemos proporcionar tendría que estar relacionada con los elementos que componen el producto, modo de fabricación, modo de uso, contraindicaciones, fecha de vencimiento, registro sanitario y cualquier otro tipo de información que el empresario considere útil para que el consumidor, al recibirla, decida optar por adquirir el producto[5].

Pensemos en nuestro caso, como las empresarias van a crear unos jabones, que tienen un contenido de carbono importante para eliminar las impurezas de la piel, deben especificar dentro del contenido del producto cuál es la cantidad de carbono que cumple con tal fin. Así mismo, en esta situación, si necesitan contar con un registro sanitario que les apruebe la fórmula y modo de fabricación, es necesario que indiquen en la página o en la etiqueta del producto cuál es el número del registro sanitario. Si las empresarias consideran que el producto puede generar algún tipo de afectación sobre pieles sensibles o irritables, precisan emitir las advertencias en caso de que el producto genere algún tipo de irritación, que no pueda ser usado en niños o en personas con piel seca.

Estos ejemplos, nos llevan a deducir que los criterios de información que señala el artículo 23 son relativos y se aplican dependiendo de cada producto o servicio que un empresario decida poner en circulación en el mercado.

Ahora planteemos un escenario más complejo en el que un empresario decide comercializar fungicidas para eliminar insectos de las casas. En este caso, la información que se proporcione al consumidor sobre

[5] Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha considerado que los datos erróneos o la información insuficiente de los productos que circulan en el mercado son una clara vulneración a los intereses de los consumidores, específicamente al derecho a tomar decisiones de consumo, bajo el entendido de que estas están directamente relacionadas con la información suministrada por los empresarios: SIC, Sent. 3055, may. 29/2020.

el producto tiene que ser mucho más detallada debido a que, por sus componentes o las reacciones que puede generar, requiere de una advertencia al consumidor sobre los eventuales peligros o efectos derivados del uso a diferencia de lo que ocurre en el caso de los jabones, cuyo uso del producto varía sustancialmente.

En el mismo sentido, el artículo 24 especifica deberes mucho más técnicos frente a la información de productos o servicios que el empresario tiene que evaluar a la hora de poner en circulación sus productos en el mercado. Ese deber de información se extiende además a otros miembros de la cadena de comercialización. En efecto, el artículo 24, expande ese deber de forma más específica al señalar que los expendedores se obligan a informar a consumidores aspectos tan relevantes como: el precio del producto y las garantías[6].

Reafirmamos entonces que los procesos de emprendimiento tienen que revisar con mucha diligencia el tipo de producto o servicio que pretenden circular en el mercado para que, a partir de ese análisis, se verifique el tipo de información que se brindará sobre el producto y la forma en la que se debe hacer efectiva, es decir, a través de etiquetas, manuales, anexos, mensajes de texto o cualquier medio de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

Ahora bien, las anteriores consideraciones se realizaron con respecto al tema de la información, frente al cual, en un principio, el empresario piensa en cómo brindar esas características básicas mínimas, necesarias y suficientes a partir de las cuales un consumidor pueda conocer un determinado producto o servicio. Los empresarios pueden acudir a una herramienta válida de mercado como la publicidad con el propósito de generar en los consumidores diversos intereses relacionados con los productos que puedan acercarlos a una relación de consumo o a incrementar las relaciones existentes. Por ello, en el siguiente punto, abordamos el tema de la publicidad.

La publicidad en el mercado y los consumidores

Antes de desarrollar este punto, consideramos pertinente mencionar que, desde una perspectiva comercial de mercado, la publicidad se ha

[6] L. 1480/2011, art. 24, num. 2.

entendido como "cualquier forma pagada e impersonal de presentación y promoción de ideas, bienes o servicios por un patrocinador identificado"[7], en otras palabras, nuestra primera invitación es a concebir la publicidad como una alternativa que tiene el empresario para dar a conocer, mantener, o incrementar el posicionamiento de sus productos en el mercado, pero que no es obligatoria, es decir, se pueden encontrar casos en el mercado de productos o servicios que no utilizan estrategias publicitarias para estrechar las relaciones de consumo[8].

Ahora bien, la publicidad como herramienta de participación en el mercado es válida y legal por sí misma. Sin embargo, el empresario debe estar atento a no incurrir en publicidad que pueda ser considerada engañosa. En efecto, precisa observar, a partir de la definición legal de publicidad[9], si su estrategia publicitaria por cualquiera de los medios de comunicación que decida emplear, se encuadra dentro de la definición de publicidad engañosa[10]. Para ello, deberá entonces saber que reposa en sus hombros una responsabilidad[11]. Esta deriva de cumplir o no con el enunciado que el Estatuto del Consumidor muestra en su artículo 29, a saber: las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante a cumplir los términos pautados en la publicidad.

Para comprender mejor las anteriores afirmaciones, sigamos con la línea de nuestro caso. Las empresarias de nuestro ejemplo consideran que no es suficiente con abrir una página web y colgar la información de los productos, sino que es necesario hacer publicidad de estos, es decir, entendiendo la publicidad como una herramienta jurídica del mercado

[7] Philip Kotler y Gary Armstrong, *Fundamentos de marketing*, traducido al español por Lourdes Amador Araújo y Leticia Esther Pineda Ayala (México: Pearson Educación de México, 2017).

[8] Pensemos en aquellos casos de los productos que encontramos en las cadenas de "hard discount", donde sus marcas no son comercialmente conocidas y no se generan estrategias publicitarias a su alrededor.

[9] La L. 1480/2021, art. 5, num. 12 define la publicidad como "toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo".

[10] El numeral 13 del mismo artículo, por su parte, define la publicidad engañosa como "aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión": Ibídem.

[11] Ibídem, art. 30.

con la que los empresarios acuden al uso de medios de comunicación para emitir un mensaje pagado que intenta influir en las decisiones del consumidor.

La publicidad, como un mecanismo válido tiene límites legales en el ejercicio y se encuentran estipulados en la Ley 1480. Estos límites prohíben los contenidos que induzcan a error al consumidor con afirmaciones objetivas. En ese sentido, las empresarias deciden pautar en redes sociales publicando lo siguiente: "Nuestros jabones eliminan el 100 % de las bacterias de tu cuerpo", pero si no existe la manera de corroborar que efectivamente los jabones cumplen con dicha aseveración, estarían incurriendo en publicidad engañosa[12].

Podríamos entonces entender en principio que las aseveraciones objetivas son aquellas que permiten una verificación de la correspondencia de estas con la realidad, es decir, contrastarlas. En ese sentido, si dentro del contenido publicitario, las afirmaciones permiten corroborar su veracidad, no habría lugar a pensar que se está en el escenario de publicidad engañosa.

Por otra parte, las estrategias publicitarias, también suelen incluir afirmaciones que son de contenido subjetivo, es decir, creativas, fantasiosas, evocativas, donde el mensaje no tendría por qué ser objeto de verificación y sobre las cuales no habría riesgo de inducción en error a un consumidor racional[13]. De ser así, se evita inducir a error a los consumidores, ya que este tipo de afirmaciones comerciales dentro del contexto de una pieza publicitaria, no tiene un parámetro de comparación con la realidad. Veamos este ejemplo: las empresarias deciden publicitar lo siguiente: "Siente tu piel mucho más joven, mucho más rozagante por el uso de nuestros productos", los criterios de suavidad o rozagante, al

[12] Recientemente, la SIC impuso una sanción a Unilever mediante la Res. 30541, may. 20/2021 por publicidad engañosa en la que promocionaba los productos Ponds Age Miracle y Dove reconstrucción completa. Estos, según las pautas publicitarias, prometían efectos de reducción de arrugas y signos de edad, y mejorar la resistencia del cabello y "evitar el daño antes de que ocurra". La SIC determinó que estas afirmaciones no eran comprobables, pues no tienen respaldo científico y, por lo tanto, constituyen una afectación a los derechos de los consumidores.

[13] Por consumidor racional debe entenderse aquel que, al ser objeto del mensaje publicitario, realiza una interpretación *natural y obvia* de este: Jorge Jaeckel, "Publicidad engañosa", en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 269-302.

ser de contenido subjetivo, dependen de la interpretación que cada consumidor haga al respecto a la hora de decidir adquirir o no el producto. En otras palabras, la relatividad del contenido publicitario, implica la imposibilidad de generar un engaño a un consumidor.

Adicionalmente, en campañas publicitarias, encontramos afirmaciones que tienen una connotación subjetiva, pero que, a través de estas, se da a entender que los productos cumplen con un objetivo, producen un resultado o garantizan un efecto y, por lo tanto, pueden ser objeto de análisis jurídico. Tomemos algunos ejemplos de frases comerciales que, dentro de un mensaje o pieza publicitaria, pudieran interpretarse como un compromiso del anunciante:

- "Te da alas", para bebidas energizantes.
- "Lo mejor para tu lonchera", para bebidas azucaradas.
- "Te genera el gen de la eterna juventud", para productos de cuidado de apariencia personales.
- "Las cicatrices no tienen por qué verse igual", para cremas cicatrizantes.

Como puede observarse, las afirmaciones tienen un sentido subjetivo, esto es, no implican que por sí mismas, devengan en que deba efectuarse un contraste con la realidad del producto ofrecido. Sin embargo, es importante tener en cuenta el contexto del mensaje publicitario, es decir, si es con imágenes, escenarios o afirmaciones de terceros de donde se pueda llegar a interpretar que el mensaje en su totalidad da a entender algún efecto, resultado o componente en relación con los productos anunciados[14].

Si bien en nuestra opinión ese sería el real objetivo de la publicidad como estrategia de mercado, es importante que los emprendedores estén atentos al manejo del contexto y del contenido de sus campañas

[14] En la Res. 1485, feb. 2016, SIC, la institución sancionó a Natural Vitamins por publicitar su producto "Té Chino El Original" con información engañosa. A través de distintas piezas publicitarias en redes sociales y televisión, se podía observar "el testimonio" de César Escola, figura pública en Colombia, anunciando que el producto contaba con efectos beneficiosos para la salud, como reducción de peso, prevención de enfermedades como el cáncer, entre otros, que no tenían respaldo científico o técnico para comprobar su veracidad.

publicitarias, ya que la autoridad de control (la SIC) puede solicitar explicaciones acerca del alcance de estas[15]. En el mismo sentido, los empresarios tienen que estar atentos a que tanto la información como la publicidad de sus productos sea veraz y suficiente, es decir, que, a través de ella, se brinden los elementos de juicio necesarios para que el consumidor decida o no celebrar una relación de consumo en la medida en que la falta de suficiencia constituye otro motivo para que la publicidad pueda ser considerada engañosa.

Con lo anterior queda claro que, los criterios para establecer si hay o no publicidad engañosa como una herramienta válida de promoción o posicionamiento de un producto en el mercado se encuentran ligados a analizar el contenido de las piezas publicitarias que hacen parte de una o varias campañas frente a la promoción de esos productos. En ese orden de ideas, la ley establece que es responsable por la publicidad engañosa en el mercado:

1. El anunciante (entendido como aquel agente de mercado que paga al medio de comunicación para emitir una publicidad), puesto que las expresiones de contenido objetivo tienen carácter vinculante[16].
2. El medio de comunicación, cuando este haya obrado de mala fe, con dolo o culpa grave[17], es decir, es responsable cuando tenga conocimiento de que el contenido publicitario del empresario es engañoso y, sin embargo, decida emitir este tipo de pauta publicitaria.

De esta manera, habrá sanciones para aquellos empresarios que, en incumplimiento de aquellas disposiciones de los artículos 23, 29 y 30 de la Ley 1480, participen en el mercado buscando generar inducción a error al consumidor o cuando efectivamente se demuestre que, a través de la publicidad, han afectado sus decisiones de consumo. Esas sanciones

[15] El artículo 59, L. 1480/2011 en sus numerales 3 y 4, prevé las facultades de la SIC para realizar interrogatorios a cualquier persona con el fin de esclarecer hechos relacionados con investigaciones por infracciones a derechos de los consumidores, así como realizar visitas de inspección.

[16] Ibídem, art. 29.

[17] Ibídem, art. 30.

tienen unos topes máximos y mínimos que van hasta los 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

Garantías

El fundamento de la Ley 1480 del 2011 consiste en la protección a los derechos e intereses de los consumidores. Siguiendo un mandato constitucional, los empresarios están obligados a tener mucha diligencia en el proceso de producción. Los productos y servicios que introduzcan en el mercado deben cumplir con unos requisitos mínimos de *calidad* y unos parámetros de *idoneidad* para que los consumidores puedan satisfacer sus necesidades de uso.

Para ilustrar mejor este punto, en términos de calidad, por ejemplo, si un consumidor decide adquirir una máquina eléctrica limpiadora de pisos, se espera como mínimo que los componentes técnicos y específicos que se están entregando correspondan a la máquina efectivamente adquirida y no a otra. Así mismo, si tras haberla adquirido, esta no cumple con la finalidad para la cual fue comprada porque al conectarla no funciona y no limpia, en ese caso, habría problemas con la idoneidad del producto.

Ante estos escenarios surge el tema de la garantía, la cual tiene una doble connotación. Representa un derecho para los consumidores y una obligación para los empresarios. Siguiendo el mismo ejemplo, si el consumidor busca una máquina limpiadora de pisos que funcione con un voltaje de 110 voltios y se le hace entrega de una máquina limpiadora que no cumple con esa característica, en virtud de su derecho, puede reclamar al empresario la garantía por la calidad, incluso si la máquina entregada se encuentra en perfectas condiciones. Ahora bien, si al consumidor le entregan una máquina limpiadora con todas las especificaciones técnicas que buscaba, tiene un buen funcionamiento; pero al cabo de seis meses empieza a fallar, estaríamos en el escenario de falla en la idoneidad porque, si bien el producto tiene la calidad esperada, no es idóneo porque no se puede usar. En ese caso, el consumidor también tiene el derecho de reclamar la garantía.

En contraposición, para el empresario surge la obligación de responder por la garantía cuando el consumidor hace el reclamo y esa atención la puede efectuar en la sede de la empresa. Para ello, tendrá un término

de quince días hábiles, bien para dar respuesta al consumidor indicándole si procede o no su solicitud o podrá atenderla cuando lo estime conveniente[18]. Así las cosas, es importante tener en cuenta los dispuesto en la Ley para el otorgamiento y tipos de garantías[19].

1. *Garantía del empresario*. La ley dice que cuando no exista norma especial directamente aplicable, el fabricante puede establecer libremente los términos de la garantía. Así, por ejemplo, el fabricante de la máquina limpiadora puede otorgar dieciocho meses de garantía porque no existe una norma que obligue a dar una garantía en específico para esta clase de productos.
2. *Garantía legal*. En estos casos, existe un reglamento técnico, una disposición especial que obliga a los empresarios a dar un tiempo de garantía mínimo para ciertos productos. Es decir, el fabricante o expendedor no está autorizado para darle un término inferior al establecido por la norma a un consumidor.
3. *Garantía mínima presunta*. Esta corresponde a los escenarios en los que no existe una norma que imponga un término específico, pero el empresario tampoco lo establece o habiéndolo establecido no lo informa. En esos casos, se presume que el consumidor tendrá derecho a exigir la garantía dentro del término de un año contado a partir del nacimiento de la relación de consumo.

En la práctica, el proceder que contempla la Ley 1480 del 2011, cuando un consumidor exige su derecho a la garantía, se encuentra contenido en el artículo 11. En ese sentido, el empresario:

1. Debe proceder a la reparación gratuita del bien objeto de la relación de consumo.
2. En caso de no ser posible la reparación, debe realizar el cambio del bien.
3. De no ser posible ni la reparación ni el cambio del producto, debe efectuar la devolución total o parcial del precio pagado.

[18] Ibídem, art. 58, num. c.

[19] Ibídem, art. 8.

Finalmente, ante el reclamo por garantía que hace un consumidor, cabe preguntarse quién está llamado a responder. La respuesta se encuentra en el artículo 30 del Estatuto, el cual establece la responsabilidad solidaria de los productores y proveedores, es decir, ante fallas en la idoneidad o calidad de los productos, el consumidor puede acudir tanto al fabricante, como al expendedor para hacer efectiva la garantía.

Sin embargo, el empresario obligado puede alegar circunstancias de exoneración, en las cuales no tiene que responder por tratarse de situaciones externas al producto. Estas causales se encuentran contempladas en el artículo 16 del Estatuto del Consumidor, las cuales se refieren a:

1. Fuerza mayor.
2. Por la incidencia de un tercero.
3. Uso indebido del bien por parte del consumidor.
4. Que el consumidor no siga las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento presentes en los manuales de uso y en la garantía.

En este último caso, es necesario que el empresario le haya entregado el manual de uso al consumidor en idioma español.

La responsabilidad por productos defectuosos

Un comentario aparte por la vital importancia que involucra el tema para los emprendedores es el que efectuaremos en este punto. Como primera medida, debemos tener en cuenta que la noción de producto defectuoso se encuentra ligada con la seguridad que puede brindar el producto al consumidor, es decir, el bien que circula en el mercado debe ser un bien que no atente ni contra la salud, ni contra la vida de los consumidores.

En ese sentido, ejemplifiquemos con nuestro caso. Si el producto es un jabón que genera reacciones alérgicas y estas reacciones no son advertidas por el empresario, ese producto, si bien puede servir para la limpieza en la piel o del cuerpo, es inseguro porque en el uso normal no ofrece la *razonable seguridad* y puede[20] afectar la salud del consumidor. Por lo tanto, hay responsabilidad cuando el empresario, dentro de esos procesos productivos, no advierta o no haya tenido la posibilidad

[20] Ley 1480, art. 5, num. 17, definición de producto defectuoso.

de conocer que el tratamiento o la fórmula produce ese tipo de reacciones. De la misma manera, cabe responsabilidad cuando, además de un potencial riesgo para el consumidor, el producto genere un daño. Debemos entender el daño como, la muerte o las lesiones personales que se puedan causar al consumidor como consecuencia del uso del producto o de un daño derivado por el uso de este[21].

Siguiendo con nuestro caso, si las empresarias comercializan un detergente para pisos que contenga un alto porcentaje de alcohol susceptible de inflamarse al acercarse a fuentes de calor, en caso de que el riesgo no haya sido advertido, el producto podría ocasionar el incendio de una cocina. En ese sentido, el producto tiene el potencial de generar daños a los consumidores o a sus bienes, daños por los cuales podría reclamar el consumidor.

En este panorama, el empresario debe soportar la responsabilidad administrativa. Se puede sancionar a aquel empresario que produzca o ponga en circulación productos defectuosos, inseguros y, en ese sentido, está obligado a asumir las consecuencias jurídicas cuando sea demandado por un daño producido por este tipo de productos y requiere indemnizar a los consumidores[22].

También es importante resaltar que, así no se haya verificado la existencia de un daño real o efectivo, producido por un producto defectuoso, existe un deber general y específico[23] de información en cabeza de cualquier miembro de la cadena de producción y comercialización, consistente en informar a la autoridad competente sobre el hecho de que por lo menos uno de sus productos tiene un defecto que conlleva o tiene el potencial de producir daños contra la vida, salud o seguridad de las personas.

[21] Ley 1480/2011, art. 20.

[22] Frente a los daños ocasionados por productos defectuosos, el numeral 2 del artículo 56 de la L. 1480/2011 prevé la acción de responsabilidad. Esta puede ser interpuesta por el consumidor afectado, ante la jurisdicción ordinaria. Por otro lado, el numeral 8 del artículo 59, consagra la facultad preventiva de suspender la producción y comercialización de productos cuando se tengan indicios graves de atentar contra la seguridad de los consumidores y el artículo 61 consagra las sanciones que la SIC puede imponer ante estos eventos. Entre las sanciones figura: prohibir la producción o comercialización de ciertos productos (numeral 4) y ordenar la destrucción de productos que atenten contra la vida y seguridad de los consumidores (numeral 5).

[23] Ibídem, art. 19, reglamentado por el D. 679/2016.

La norma dice que el empresario debe ser diligente a la hora de cumplir con este deber. Tan pronto como tenga conocimiento de esa circunstancia, dentro de los tres días calendario siguientes, debe informarlo, ya sea porque: un consumidor o un tercero le ha hecho saber de la existencia del defecto; cuenta con evidencias de la inseguridad del producto conforme a reglamentos técnicos, medidas sanitarias o fitosanitarias; tiene conocimiento de errores en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información del producto que signifiquen un peligro irracional; conoce de estudios científicos y técnicos que adviertan el peligro de usar el producto o porque en la jurisdicción de otro país se haya advertido la existencia del defecto[24].

Por lo anterior, el empresario tiene una alta carga de diligencia, pues debe estar enterado de cuál es su método de producción y cuáles serían las consecuencias en caso de que decida comercializar un producto inseguro. Por ello, se hace necesario que se soporte una carga de información adicional en el mercado cuando el producto represente un potencial peligro para el consumidor. En consecuencia, para evitar ocasionar daños, debe ser diligente a la hora de recoger el producto del mercado, informar a las autoridades y hacer todas las campañas posibles con el fin de evitar que se genere una afectación mayor a los consumidores.

No se puede perder de vista que, la responsabilidad se deriva cuando el afectado logra acreditar dos circunstancias:

1. Que el origen del defecto del producto ocurrió en la producción, diseño, embalaje, construcción.
2. Que existe un nexo de causalidad entre el daño y el defecto, es decir, que el daño por el cual pretende reclamar es consecuencia del defecto del producto, tal como lo menciona el artículo 21 de la Ley 1480 del 2011.

Sin embargo, hay que advertir que, en caso de violación de medidas sanitarias o fitosanitarias, el afectado está relevado de probar el defecto, pues este se presume[25].

[24] D. 679/2016, art. 2.2.2.52.2.

[25] L. 1480/2011, art. 21, parág.

Finalmente, así como en el caso de la responsabilidad por garantía, el Estatuto prevé causales con las que los empresarios pueden eximirse de responsabilidad si logran acreditar que los daños fueron ocasionados por circunstancias ajenas a su esfera de acción o voluntad. Estas pueden ser:

1. Fuerza mayor o caso fortuito.
2. Culpa exclusiva del afectado.
3. El hecho haya sido provocado por un tercero.
4. Cuando no haya puesto el producto en circulación.
5. Cuando el defecto no pueda ser evitado debido a que es producto del cumplimiento de una norma imperativa de elaboración, rotulación o empaquetamiento.
6. Cuando, al momento de poner en circulación el producto, el empresario haya tenido forma de advertir el defecto debido a que no existían estudios científicos o técnicos que permitieran descubrirlo[26].

Comercio electrónico

Siguiendo con nuestro ejemplo, las empresarias han decidido vender a través de plataformas electrónicas sus productos de aseo personal y de aseo para el hogar y, en el ejercicio de esa labor empresarial, deben cumplir con las siguientes normas especiales:

1. Proporcionar a través de la página toda la información suficiente sobre el contenido de los productos que se piensan vender.
2. Crear términos y condiciones especiales para que el consumidor sea informado y acepte el contenido del producto y la forma de adquirirlo. Esta es una forma especial de celebrar contratos llamada *contratos electrónicos*, con base en la cual, con la sola aceptación de los términos y condiciones el consumidor está dando su consentimiento para la adquisición de un producto.
3. Generar portales de pago seguro que permitan efectuar transacciones electrónicas de forma segura e idónea. La ley le permite

[26] L. 1480/2011, art. 22.

al consumidor electrónico solicitar la reversión del pago cuando el producto que reciba no corresponda con el adquirido; cuando el producto resulte defectuoso; cuando se presente fraude en la transacción electrónica, es decir, cuando se efectúe sin la autorización del titular de una cuenta y cuando el producto no llegue al destino que corresponda. Sin embargo, para ello, el consumidor necesita saber que tiene derecho a la reversión de pago en estos escenarios, por lo que es obligación del empresario incluir esta información dentro del portal.

4. Informar sobre el derecho de *retracto*.

En este punto, es importante aclarar que el retracto y la reversión del pago son dos instituciones jurídicas diferentes. En el retracto, el consumidor puede desistir de la ejecución del contrato dentro de los cinco días siguientes a haberse efectuado, sin tener que justificarle al empresario los motivos por los cuales adopta esa decisión. Por ejemplo, a través de medios electrónicos, el consumidor decide adquirir con cargo a su tarjeta de crédito, una brilladora de pisos por un valor de un millón de pesos; el pago se efectuó, pero, al día siguiente, decide cancelar esa transacción; puede hacerlo sin necesidad de justificar el motivo por el cual decidió cancelar la transacción. El fundamento del derecho de retracto apunta a proteger a aquel consumidor que, a través de medios no tradicionales de venta, no tiene acceso al conocimiento pleno del producto o del servicio que está adquiriendo en el mercado.

Es importante tener en cuenta estas reglas porque el comercio electrónico es una forma válida de comercialización de productos y servicios, siempre y cuando se sigan los lineamientos contenidos en las disposiciones de la Ley 1480 del 2011. El empresario siempre debe cumplir con las disposiciones relacionadas con la información y publicidad de los productos y servicios, por ejemplo, si a través del portal crea una promoción, está en la obligación de cumplir con las condiciones de la promoción que el portal está anunciando. Así como con el derecho de retracto, el derecho de la reversión del pago, deberá generar unos términos y condiciones para dar cumplimiento al artículo 37 de la Ley 1480 y, como obligación adicional, si va a recolectar datos de los consumidores, el empresario debe pedir la debida autorización del tratamiento y la política de manejo de los datos a los consumidores.

Protección contractual a los consumidores

Si bien las transacciones por medio de comercio electrónico implican algunos deberes para el empresario, señalados anteriormente, no se puede perder de vista que, existe una protección contractual especial para los consumidores tanto para las transacciones electrónicas como para las relaciones de consumo presenciales. El principio que orienta las disposiciones especiales de protección[27] busca generar un escenario donde se ampare a los consumidores de la imposibilidad de poder negociar los términos de algunos contratos a través de los cuales se genera la relación de consumo.

Aunque la gran mayoría de las relaciones de consumo se celebran a través de compra-ventas comerciales o contratos de suministro, existen modelos de contratación generados por los empresarios con base en los cuales el contenido de las cláusulas ya está previamente seleccionado e insertado por ellos. Este tipo de contratos se denomina comúnmente *contratos de adhesión o de contenido predispuesto* y genera para el consumidor un efecto mediante el cual, únicamente si desea celebrar la relación de consumo, debe manifestar su voluntad, simplemente adhiriendo al contenido del contrato.

Pensemos en contratos de tiempo compartido vacacional, suministro de servicios de televisión por cable o satelital, servicios de telefonía o acceso a la red, entre otros. Para este tipo de contratos, el Estatuto del Consumidor, prevé un principio de interpretación favorable para los consumidores cuando existe duda de la aplicación de una cláusula del contrato. Por ejemplo, en un contrato de suministro de servicios de Internet, encontramos dos cláusulas contradictorias, la primera dice: "El usuario podrá dar por terminado el presente contrato sin previo aviso y en cualquier momento al operador" y la segunda indica: "el usuario deberá informar con no menos de tres meses de anticipación su intención de no continuar con los servicios del operador". En caso de que surja algún conflicto entre el operador y el usuario por las cláusulas transcritas, se debe aplicar la cláusula más favorable para el consumidor, en el caso de nuestro ejemplo es la primera.

Además de lo anterior, la protección contractual le exige al empresario que, en caso de que sus modelos contractuales contengan cláusulas

[27] L. 1480/2011, arts. 34, 37, 38, 41 y 42.

abusivas, es decir, aquellas que generan un desequilibrio injustificado en contra de los consumidores, estás se entienden no escritas y no pueden aplicarse. Pensemos en una cláusula contractual donde se estipule lo siguiente: "El comprador del vehículo, únicamente podrá tener acceso a la garantía de este, dentro del término otorgado, si acredita el abono previo por la atención en la cuenta que para tales efectos le suministrará el vendedor". Como se puede observar, la cláusula está generando una barrera de acceso a la garantía como derecho de los consumidores y además está cobrando por un servicio que debería ser gratuito. El efecto legal de incluir cláusulas abusivas con el consumidor en los contratos consiste en que este puede darlas por no escritas o solicitar su no aplicación al empresario.

Finalmente, instamos en este punto a los emprendedores a revisar sus modelos contractuales, con el propósito de generar equilibrios en las relaciones contractuales y evitar sanciones por parte del Estado por el incumplimiento de las disposiciones legales.

Conclusión

Llegados a este punto, podemos concluir que el ejercicio de la actividad empresarial implica asumir retos, no solo por la continua evolución del mercado y la comercialización de productos, sino también por las regulaciones que se deben tener en cuenta a la hora de participar en el mercado. El ordenamiento colombiano es especialmente protector de los derechos de los consumidores, a quienes considera la parte débil en la relación de consumo. Basta con revisar los principios de la Ley 1480 del 2011 para entender que el derecho de consumo representa un cambio de paradigma en el ejercicio tradicional del comercio.

Es por ello por lo que los empresarios deben tener en cuenta el ciclo mínimo de obligaciones a favor de los consumidores con miras a evitar incurrir en faltas que puedan acarrear sanciones administrativas y reconocimiento de indemnizaciones por daños y perjuicios. En el peor de los casos, estas contingencias pueden desestabilizar las finanzas de una pequeña empresa. Una política empresarial de prevención de contingencias, podría ser una forma válida de posicionar productos y servicios en los mercados así como la implementación de mecanismos idóneos y expeditos para brindar servicios de atención posventa.

Bibliografia

D. 679/2016.

Kotler, Philip y Armstrong, Gary. *Fundamentos de marketing*, traducido al español por Lourdes Amador Araújo y Leticia Esther Pineda Ayala. México: Pearson Educación de México, 2017.

Jaeckel, Jorge. "Publicidad engañosa", en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 269-302. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

L. 1480/2011.

Res. 1485, feb. 2016, Superintendencia de Industria y Comercio [SIC].

Res. 30541, may. 20/2021, SIC.

Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Sent. 3055, may. 29/2020.

Capítulo XI

Títulos valores y valores*

Nelson Remolina Angarita

Para iniciar el estudio de los títulos valores y de los valores[1], en este capítulo, subrayamos su noción y relevancia económica y jurídica con miras a que el lector cuente con las herramientas para comprender el papel e importancia de ellos en la sociedad y en el mundo de los negocios. Posteriormente, realizamos algunas reflexiones introductorias sobre los valores y el mercado de valores. Finalmente, nos centramos en analizar los principios de los títulos valores, su forma de circulación y de garantizar su pago.

El concepto de título valor y de valor

Resulta variada la terminología que la legislación y la doctrina le han venido dando a lo que hoy, en nuestro ordenamiento jurídico, conocemos como título valor y valor. Esto obedece a la característica primordial que se quiere subrayar de tales documentos, dependiendo del sector económico desde donde se mire, del momento histórico al que aludamos, de las doctrinas legales prevalecientes y de los diferentes sistemas legales.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.747. Para la redacción de esta capítulo, el autor compiló y resumió gran parte de lo ya escrito en: Nelson Remolina Angarita y Lisandro Peña Nossa, *De los títulos valores y de los valores en el contexto digital* (Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, Facultad de derecho, 2011).

[1] En varias partes de esta obra, nos referiremos conjuntamente a los títulos valores y los valores porque, aunque jurídicamente son diferentes, los últimos tienen las características y prerrogativas de los títulos valores excepto la acción cambiaria de regreso: L. 964/2005, art. 2, parág. 5.

Antes de acentuar la importancia de cada uno, resulta relevante definir y diferenciar los títulos valores de los valores.

Título valor

Es el término acogido en el artículo 619 del Código de Comercio[2] después de utilizar el calificativo de instrumentos negociables en la Ley 46 de 1923. El artículo señala que "los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías"[3]. Vivante explica el concepto en los siguientes términos, que por su claridad y pertinencia sobre los principios intrínsecos de los títulos valores, nos permitimos transcribir:

> Se dice que el derecho expresado en el título es literal, porque su existencia se regula a tenor del documento; se dice que el derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede ser restringido o destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor; y se dice, por último, que el título es el documento necesario para ejercitar el derecho, porque, en tanto el título existe, el acreedor debe exhibirlo para ejercitar cualquier derecho, tanto principal como accesorio, de los que en él se contienen, no pudiendo realizar ninguna modificación en los efectos del título sin hacerla constar en el mismo [*sic*][4].

Se trata de un documento cuya función consiste en servir como instrumento para materializar un derecho incorporal de contenido económico. De allí, nace la dependencia entre el documento y el derecho, de la cual este deriva su existencia de aquel. De este modo, se crea una interrelación que no le permite al uno apartarse del otro.

[2] D. 410/1971, en adelante C. Co.

[3] C. Co., art. 619.

[4] César Vivante, *Tratado de derecho mercantil*, traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa tomo III, 5.ª edición (Madrid: Reus, 1932), 136.

Al incorporarse un derecho en el documento, se convierte en un bien mueble de naturaleza patrimonial susceptible de negociación y gravámenes. Como ejemplos de títulos valores tenemos la letra de cambio, el pagaré, el cheque, la factura, la carta de porte, el conocimiento de embarque, los certificados de depósito de mercancías, los bonos de prenda, los bonos y las acciones, aunque estos dos últimos se consideran hoy más valores que títulos valores. La tabla 1 muestra una de las principales clasificaciones de los títulos valores y presenta ejemplos de cada categoría.

Tabla 1. Clasificación de los títulos valores según el derecho que incorpora valores

Clases	Concepto	Ejemplos
De contenido crediticio	Representan sumas de dinero. Normalmente son órdenes o promesas de pago de dinero.	Letra de cambio, pagaré, cheques, facturas cambiarias, bonos de prenda.
Corporativos o de participación	Además de incorporar sumas de dinero, también confieren derechos políticos administrativos a sus titulares.	Acciones y bonos.
De tradición o representativos de mercancías	Representan mercancías que normalmente se entregan a un almacén general de depósito o a un transportador.	Certificado de depósito, carta de porte, conocimiento de embarque.

Fuente: elaboración propia.

Valor

La Ley 964 del 2005[5] introdujo un concepto de valor centrado en la función económica que cumple para el emisor. Un aspecto determinante de su naturaleza consiste en que tiene por objeto u efecto captar

[5] "Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones".

recursos del público. Además, la citada ley no vincula el valor a la imprescindible existencia de un documento, sino que basta con que se trate de un derecho negociable. Sobre el particular, el artículo 2 de la ley establece que "será valor todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público".

La norma excluye las pólizas de seguros y los títulos de capitalización de la categoría de valores y, a título meramente enunciativo, el artículo cita los siguientes ejemplos de valores[6]:

a. Las acciones;
b. Los bonos;
c. Los papeles comerciales;
d. Los certificados de depósito de mercancías;
e. Cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización;
f. Cualquier título representativo de capital de riesgo;
g. Los certificados de depósito a término;
h. Las aceptaciones bancarias[7];
i. Las cédulas hipotecarias;
j. Cualquier título de deuda pública[8].

[6] Escapa del propósito de esta obra estudiar al detalle cada uno de los valores. No obstante, en ciertos casos, nos referiremos a algunos aspectos particulares de ellos.

[7] En el anexo del D. 2191/2003, se adopta el siguiente concepto de *aceptación bancaria*: "Operación comercial en la cual el vendedor que se denomina 'beneficiario' ve garantizado por una entidad financiera, denominada 'aceptante', el pago de una letra de cambio girada por el comprador para pagar las mercancías adquiridas. La entidad financiera está comprometida, en primera instancia, a pagar el 100 % de la letra a su vencimiento".

[8] Dentro de los títulos de deuda pública se encuentran los títulos de tesorería, los cuales se crearon en la L. 51/1990. Según el anexo del D. 2191/2003, estos son: "títulos de deuda pública interna emitidos por el gobierno nacional. Existen dos clases de títulos: clase A y clase B. Los primeros fueron emitidos con objeto de sustituir la deuda contraída en las operaciones de mercado abierto realizadas por el Banco de la República. Los segundos se emiten para obtener recursos para apropiaciones presupuestales y efectuar operaciones temporales de la Tesorería del gobierno nacional. En la actualidad, solamente se emiten los títulos de clase B. El plazo se determina de acuerdo con las necesidades de regulación del mercado monetario y de los requerimientos presupuestales o de tesorería, y fluctúa entre 1 y 7 años. El rendimiento de los títulos lo determina el gobierno nacional de acuerdo con las tasas del mercado para el día de colocación de los mismos [*sic*]".

Jorge Torrado Angarita, profesor y experto en derecho bursátil, sintetiza y desarrolla la relevancia del tema que nos ocupa en los siguientes términos:

> Analizar el alcance del concepto de 'valor' no es una discusión puramente teórica sino que tiene importantes efectos prácticos, pues el concepto de valor es uno de los instrumentos de política legislativa para definir la cobertura de protección a los inversionistas. En otras palabras, quien invierte en 'valores' goza de un grado de protección que no tiene quien invierte en títulos que no corresponden a dicha categoría[9].

Importancia de los títulos valores y los valores

Los títulos valores han dado certeza, seguridad, fácil circulación y garantía de pago de los derechos incorporados en ellos[10]. Esto obedece, entre otras razones, a que el título se concibe como un bien mueble portador del derecho, que se rige por un formalismo o reglas de juego obligatorias para que sus bondades se materialicen.

Los títulos valores brindan certeza de la existencia del derecho, de su alcance y de su titular. Esto es importante para efectos de la negociación y cobro del derecho por parte del legítimo tenedor del título. De esta manera, quien es beneficiario de un título o quien lo adquiere de buena fe, observando las leyes de circulación cambiaria, es un sujeto privilegiado en la medida en que buena parte de la regulación apunta a que el derecho se haga efectivo con la simple presentación del título.

En este último sentido nos referimos a la expresión "garantía de pago". Se habla de "garantía" según lo que dicen y se deriva del marco jurídico porque se sabe que una cosa es el escenario legal y otra la realidad en donde existen personas que honran sagradamente sus obligaciones, exista o no de por medio un título valor o un valor, y otras que por diversas circunstancias no lo hacen. Por eso, aunque se sepa, no sobra

[9] Jorge Torrado Angarita, "La nueva estructura legal del mercado de valores. ¿Constituye realmente un avance?" (documento de trabajo de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, 2005).

[10] En este sentido, véase: Luis Muñoz, *Títulos valores crediticios: letra de cambio, pagaré y cheque* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956), 11.

decirlo: a las normas y al sistema jurídico se les escapa de las manos la conducta humana. Si la ley ordena que el título valor se debe pagar, ello por sí solo no garantiza que el mandato legal siempre se cumpla porque depende del vaivén del comportamiento humano. En caso del no pago voluntario, el ordenamiento jurídico prevé el pago judicial; pero, a pesar de ello y aunque se agoten todas las posibilidades legales, resulta factible que el tenedor del título no recupere su dinero o sus mercancías representadas en el título.

La relevancia de los títulos valores y de los valores puede plantearse desde la perspectiva de las funciones que cumplen y de los usos que se les da en la práctica. Los primeros se utilizan como medios de pago cuando, por ejemplo, el comprador cancela el precio entregándole al vendedor un cheque. Esta es una forma de pago común que tiene reglas jurídicas especiales contenidas en el artículo 882 del Código de Comercio.

Los títulos valores también se emplean como garantía[11]. Esto se evidencia en el momento en que adquirimos, por ejemplo, un teléfono celular y como respaldo el operador de telefonía móvil le exige al cliente suscribir un pagaré con espacios en blanco. También se usan como mecanismo de crédito, pues en ocasiones se giran pagarés o letras de cambio pagaderas en varias cuotas y con interés.

Finalmente, se recurre a los títulos valores como instrumentos para transferir expeditamente los derechos incorporados en ellos. Así, por ejemplo, el titular de un certificado de depósito (CD), que representa toneladas de mercancías que desea vender con solo endosar y entregar ese CD a un tercero, transfiere el derecho que tenía sobre ellas.

[11] Según la costumbre certificada el 10 de septiembre del 2002 por la Cámara de Comercio de Bogotá, la expresión "contragarantía", usada en las operaciones de emisión de cartas de crédito, "se refiere a la entrega al emisor por parte del tomador de un *pagaré en blanco* con carta de instrucciones para que sea usado como título ejecutivo para el cobro en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador": "Listado de costumbres mercantiles", *Cámara de Comercio de Bogotá*, última modificación s. f., https://www.ccb.org.co/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles#:~:text=%E2%80%9CEn%20Bogot%C3%A1%2C%20D.%20C.%2C%20la,de%20incumplimiento%20de%20las%20obligaciones, (las cursivas fueron añadidas).

Tabla 2. Principales usos que se les da a los títulos valores

Principales funciones de los títulos valores	Ejemplo
Como medio de pago	Cuando se usa para pagar un carro, se gira un cheque.
Como medio de garantía	Cuando solicitamos un crédito a un banco y como medio de respaldo, este nos hace firmar una pagaré con espacios en blanco.
Como medio para negociar derechos o mercancías	Cuando un exportador desea vender y transferir sus mercancías (cajas de vino), incorporadas en un conocimiento de embarque, no es necesario elaborar un contrato sofisticado sobre el tema, sino simplemente endosar ese conocimiento y entregarlo a la persona a la que le vendió el vino.

Fuente: elaboración propia.

Los valores, por su parte, se emiten para captar masivamente recursos del público. Estos, a su vez, representan medios de inversión para el titular que acude al mercado de valores con la esperanza de obtener mayor utilidad por su dinero, de la que le ofrece el sistema financiero.

Los valores han ido adquiriendo importancia en el comercio porque se ha encontrado en ellos una manera de capitalizar las sociedades, el Estado y, en general, a los participantes en el mercado. En el caso de las sociedades comerciales, en vez de tener que emitir acciones, las compañías muchas veces optan por emitir bonos para captar capital ante necesidades de inversión o de pagos, comprometiéndose a pagar determinados intereses en un plazo estipulado.

Los valores tienen como función principal servir como mecanismo de financiación y de inversión para obtener recursos económicos. Estos se pueden emitir, bien sea para conseguir capital en tiempos de iliquidez o con la mera intención de fortalecer la situación financiera de la sociedad o entidad que los emitió. En fin, los motivos para emitir valores pueden ser diversos. En el caso de los bonos, por ejemplo, las razones de acudir a ellos son en las siguientes:

> Son dos las razones que animan a las compañías a emitir bonos. En primer lugar, pagar sus deudas viejas, por lo general, con los bancos y

reemplazarlas por las que adquieren con los compradores de los títulos. Y, en segundo lugar, financiar la expansión de sus negocios, como lo hizo Bavaria hace dos años para comprar la cervecería Backus en Perú o aumentar su participación accionaria en la Compañía de Cervezas Nacionales en Ecuador. Todo, claro está, en mejores condiciones que si recurrieran a los bancos.

Uno de los atractivos es el plazo. Mientras rara vez las entidades financieras prestan a más de cinco años, los bonos por lo general tienen periodos de pago de entre siete y 10 años. Incluso, en diciembre del 2004, ISA sacó títulos a 15 años, el plazo más largo que ha tenido una emisión de bonos en Colombia. Esta operación, junto con otra que había realizado en febrero del año pasado, le permitió a ISA extender el vencimiento de sus deudas, 80 por ciento de las cuales hoy son a largo plazo.

El segundo encanto de los bonos es la tasa de interés. Cuando una empresa va directamente al mercado para conseguir plata, se salta a los intermediarios financieros y así obtiene tasas más bajas. Es como ir al punto de fábrica para evitarse el margen que le queda al distribuidor. Qué tan baratos encuentre los recursos depende de factores como el plazo de los bonos —entre más largo, mayor la tasa de interés— y el riesgo que perciban los inversionistas en la empresa que los emite. En general, la diferencia entre la tasa que cobra un banco y la que consigue una compañía grande, de bajo riesgo, en el mercado de capitales puede ser de entre 1 y 1.5 por ciento. Y cuando se trata de miles de millones de pesos, cualquier centésima en la tasa de interés hace una enorme diferencia[12].

Diferencias entre valor y título valor

Como se observa, el listado de la Ley 964 del 2005 incluye algunos ejemplos de documentos que tradicionalmente hemos concebido como títulos valores (las acciones, los bonos, los certificados de depósito de mercancías). En otros casos, trata a los títulos valores con otra denominación, como sucede con los "papeles comerciales", que se definen

[12] Semana, "Bono, bonito y barato", *Semana*, abril del 2005, https://www.semana.com/bono-bonito-barato/72127-3/.

como "pagarés ofrecidos públicamente en el mercado de valores, emitidos masiva o serialmente"[13].

Lo anterior dificulta diferenciar, al menos formalmente, los valores de algunos títulos valores y obliga al tenedor a establecer cuál fue el propósito con que se emitieron. Si se buscaba captar recursos del público mediante derechos negociables, estaremos frente a un valor, pero si lo único que se pretendía era emitir un medio de pago o incorporar un derecho en un documento sin el propósito comentado, entonces se trata de un título valor. En teoría, esto puede parecer sensato, pero en la práctica no es conveniente que se presente dicha situación, pues el mercado de valores debe ser ajeno a toda incertidumbre; conviene que se destaque por la claridad al inversionista sobre la naturaleza de los documentos y derechos que constituyen mecanismos de inversión y de captación.

La Ley 964 del 2005 proporciona otros elementos diferenciadores de dichas instituciones:

Los títulos valores son documentos. No todo título valor es de naturaleza negociable (cheque fiscal). Todos los valores, por su parte, son derechos de naturaleza negociable y, para su existencia, no requieren soporte documental. En realidad, el artículo 1 establece que, dentro de los criterios de intervención, se debe dar "prelación al sentido económico y financiero sobre la forma, al determinar si algún derecho o instrumento es un valor". El principio contrario opera con los títulos valores como institución eminentemente formalista. Nótese que sus derechos y prerrogativas tienen como contrapartida el cumplimiento riguroso de una serie de menciones y requisitos. Tal como se mencionó en la parte inicial del capítulo, el artículo 620 del Código de Comercio es la norma cardinal del formalismo y del principio de la tipicidad cambiaria.

Con respecto a las acciones con que cuenta el tenedor para hacer efectivo el valor, se limita únicamente a la procedencia de la acción directa y se excluye la acción de regreso. En este sentido, el parágrafo 5 del artículo 2 establece que: "los valores tendrán las características y prerrogativas de los títulos valores, excepto la acción cambiarla de regreso". Cabe anotar cierta inconsistencia legal, pues la gran mayoría de las características y prerrogativas de los títulos valores surgen de la existencia

[13] "El plazo de los papeles comerciales deberá ser superior a quince (15) días e inferior a un (1) año, contado a partir de la fecha de suscripción": D. 2555/2010, art. 6.6.1.1.1 y Res. 400/1995, Superintendencia de Valores, art. 1.2.4.47.

del documento, pero, se insiste, por definición legal, en que los valores no son documentos, sino derechos negociables. En este sentido, el legislador aplica la misma dosis de características y prerrogativas a dos instituciones conceptualmente diferentes, lo cual denota cierta melancolía legislativa por no desprender totalmente los valores de los títulos valores.

Los valores también están exentos de la procedencia de acciones que normalmente tienen cabida en el caso de los títulos valores. La segunda parte del parágrafo 5 del artículo 2 establece que: "tampoco procederá acción reivindicatoria, medidas de restablecimiento de derecho, comiso e incautación, contra el tercero que adquiera valores inscritos, siempre que al momento de la adquisición haya obrado de buena fe exenta de culpa".

Los títulos valores no pueden ser contratos. El parágrafo 4 del artículo 2 deja abierta esta posibilidad para el caso de los valores cuando menciona que el "gobierno nacional podrá reconocer la calidad de valor a los contratos y derivados financieros que tengan como subyacente energía eléctrica o gas combustible, previa información a la Comisión de Regulación de Energía y Gas". El parágrafo 3, por su parte, ordena que:

> lo dispuesto en la presente ley y en las normas que la desarrollen y complementen será aplicable a los derivados financieros, tales como los contratos de futuros, de opciones y de permuta financiera, siempre que los mismos sean estandarizados y susceptibles de ser transados en las bolsas de valores o en otros sistemas de negociación de valores.

Mercado de valores

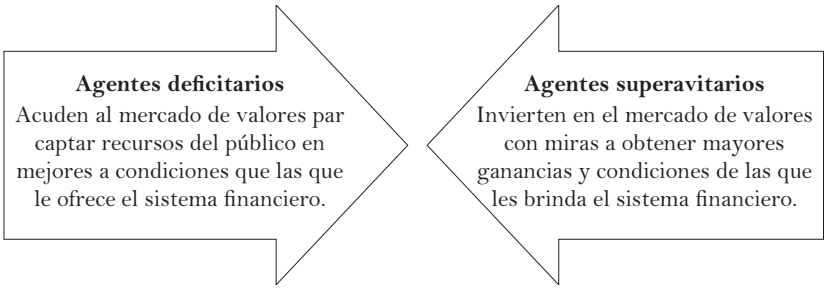
En una sociedad, es normal encontrar agentes deficitarios y superavitarios de recursos económicos. Los unos acuden al mercado de valores para captar dinero y los otros, para invertir y lograr mayor utilidad de la que ofrece el sistema financiero.

Las empresas y el Estado recurren al mercado de valores como alternativa para obtener recursos del público con costos de transacción más bajos que los del mercado financiero[14] y para suplir necesidades

[14] En realidad, los bancos se han convertido en emisores importantes del mercado de valores, pues encuentran en él un escenario más favorable para solventar necesidades de dinero.

puntuales que este no puede satisfacer en situaciones específicas[15]. Los inversionistas, por su parte, negocian en este mercado, pues encuentran mejores opciones financieras de las que les ofrece un banco por su dinero.

Figura 1. Tipos de agentes que recurren al mercado de valores



Fuente: elaboración propia.

No debe perderse de vista que, en el mercado de valores, los riesgos y la especulación son elementos latentes que influyen en las utilidades o pérdidas que pueden obtenerse de invertir en ciertos valores cuyos rendimientos se estructuran, total o parcialmente, a partir de las contingencias del mercado o de "la cronología de los virajes del mercado"[16].

El mercado de valores[17] es aquel en el que "se negocian y contratan valores"[18]. Mediante él, se procura cumplir la función básica de asignación y distribución de los recursos de capital, riesgos, control e información asociados a los procesos de transferencia del ahorro a la inversión. Múltiples son los beneficios que ofrece este mercado, a saber:

[15] Por ejemplo, cuando requiere sumas de dinero muy altas que el mercado financiero no está en capacidad de proveer.

[16] Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, traducido por Eduardo L. Suárez (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000), 413.

[17] Una introducción al marco legal e institucional del mercado de valores en Estados Unidos puede consultarse en: James D. Cox, Robert W. Hillman y Donald C. Langevoort, *Securities Regulation* (Boston: Little, Brown and Company, 1991), 1-59; y Louis Loss, *Fundamentals of Securities Regulation*, 2.ª edición (Boston: Little, Brown and Company, 1988), 591-698.

[18] Arthur Andersen, *Diccionario economía y negocios*, 3.ª edición (Madrid: Espasa, 1998).

1. Canaliza eficientemente el ahorro público al sector productivo.
2. Permite a las empresas y al Estado obtener recursos financieros a menor costo.
3. Facilita la capitalización de las empresas.

En términos generales, el mercado de valores[19] permite que los oferentes y demandantes accedan a la negociación de valores bajo un contexto de libre competencia con igualdad de condiciones y oportunidades. Por eso, la doctrina nacional ha puesto de presente que:

> la posibilidad [de] que unos vendan a otros sus cuotas o acciones es el fundamento de los mercado de valores y la desaparición de los incapaces o ineficientes es consecuencia natural en un sistema que se basa en la libre competencia, la que, cuando no median distorsiones artificiales, tiende a que solo se permita la participación de quienes ofrecen mejores condiciones en la cantidad, calidad y precio de los bienes y servicios que producen o consumen[20].

Las normas del mercado de valores son de obligatorio cumplimiento, pues procuran proteger a los inversionistas con miras a garantizar un mercado donde la transparencia y seguridad son fundamentales para su buen desarrollo[21].

[19] En el anexo del D. 2191/2003, se incorporan los siguientes conceptos relevantes para el tema de estudio en este capítulo: "1) Mercado de valores: aquel que tiene por objeto tanto la negociación como la emisión de valores negociables dentro de un mercado organizado; 2) mercado secundario. Mercado donde los inversionistas negocian títulos ya emitidos y en circulación, y les proporciona liquidez; 3) mercado *spot* aquel en que la entrega y el pago del bien negociado se efectúan al momento de la concertación. El precio al cual se negocian se le conoce como precio *spot* o de contado". Sobre el "nuevo" concepto del mercado de valores en Colombia, consúltese: Germán Darío Abella Abondano y Guillermo Quiroga Barreto, "Sistemas de negociación y de registro de valores y de compensación y liquidación de valores". *Revista de Derecho Privado*, n.° 39 (2008): 50-54.

[20] Darío Laguado Monsalve, "Los grupos de interés económico". *Revista de Derecho Económico*, n.° 2 (1984): 125.

[21] En este sentido, véase: Superintendencia de Valores, Del. Emisores, Conc. 20005-770, jun. 21/2000.

Quienes intervienen en este mercado tienen como finalidad negociar valores en las mejores condiciones —sean estas de precio, rentabilidad, seguridad o cualquier otra capaz de suplir una necesidad específica— que el "mercado" por sí solo pueda brindar. Así pues, resultan irrelevantes las consideraciones tales como la identidad de vendedores y compradores; también se vuelve innecesario pactar de antemano los precios, pues se entiende que es el "mercado" el que los fija[22].

La actividad bursátil es de interés público y, por ende, las labores que se adelanten en el mercado de valores deben estar en concordancia con ese interés. Para el Forum of European Securities Commissions (Fesco), resulta indispensable proteger la integridad y la estabilidad del mercado de valores para mantener la confianza en él y promover su competitividad[23]. Entidades internacionales como la Organización Internacional de Comisiones de Valores (Iosco, por sus siglas en inglés)[24], el Instituto Internacional de Riesgos Financieros (IFCI, por sus siglas en inglés)[25] y la Fesco[26] han señalado como objetivos primordiales de los mercados de capitales los siguientes:

1. Garantizar la integridad del mercado.
2. Lograr que los mercados sean seguros, equitativos, eficientes y transparentes.
3. Proteger a los inversionistas.
4. Reducir el riesgo sistemático.

[22] En este sentido, véase: Res. 137, mar. 12/2001, Superintendencia de Valores, 204.

[23] En este sentido, véase: Forum of European Securities Commissions [Fesco], "Abuso de mercado" (documento 00-0961, 29 de junio del 2000).

[24] International Organization of Securities Commissions [Iosco], "Objectives y Principles of Securities Regulation" (documento, septiembre de 1998), 6-9.

[25] El IFCI es un organismo internacional (http://newrisk.ifci.ch/about.htm) fundado en 1984, que tiene por objetivo desarrollar actividades y entrenamiento en el campo de derivados y riesgos financieros. Su meta es promover un ambiente de aprendizaje sobre aspectos relevantes del manejo de riesgos financieros. Promociona la discusión y la investigación sobre los principios sobre el manejo de riesgos financieros y asuntos relacionados.

[26] Fesco, "Abuso de mercado".

Mercados primario y secundario

Los valores se pueden negociar en el mercado primario[27] o en el secundario[28]. De acuerdo con el criterio de la Superintendencia Financiera:

> en el mercado primario se colocan títulos que se emiten o salen por primera vez al mercado; a este mercado recurren las empresas para obtener recursos y los inversionistas para realizar sus inversiones. En el mercado secundario se realiza la compra y venta de valores ya emitidos y en circulación y tiene por objeto proporcionar liquidez a los propietarios de los títulos[29].

En otras palabras, el mercado secundario comprende las negociaciones posteriores sobre un valor que se encuentra en manos de un inversionista[30].

Si el emisor desea realizar una oferta pública[31] de valores en el mercado primario o quiere que se vendan mediante un sistema de negociación como las bolsas de valores, es indispensable inscribirlo en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE).

[27] El término "mercado primario" es una expresión de permanente referencia en la regulación, tal como se corrobora en el D. 2555/2010, arts. 2.6.8.1.9, 2.6.8.1.12, 2.6.12.1.13, 2.6.12.1.16, 2.19.1.1.5, 2.22.2.1.4, 2.23.1.1.3, 2.31.3.1.12, 2.31.3.1.19, 3.1.11.1.1, 5.2.1.1.3, 5.2.1.1.5, 5.2.3.1.11, 5.2.3.1.12, 5.2.3.1.13, 5.2.3.1.14, 5.2.6.2.1, 5.2.6.2.2, 5.2.6.2.3, 6.1.1.1.6, 6.2.2.1.3, 6.16.1.1.1, 6.16.1.1.2, 7.1.1.1.1 y 7.5.1.1.3.

[28] La expresión "mercado secundario" se utiliza en algunos artículos del D. 2555/2010: 2.1.3.1.1, 2.6.8.1.12, 2.6.12.1.16, 2.31.3.1.19, 3.1.2.1.6, 5.2.2.2.1, 5.2.6.2.1, 5.2.6.2.2, 5.6.2.1.2, 5.6.10.2.14, 5.6.11.2.9, 6.15.1.1.1, 6.16.1.1.3, 7.1.1.1.1 (antes, se abordó en la Res. 400/1995, arts. 1.1.1.1, 1.1.1.2, 1.1.2.1, 1.2.5.1, 1.2.6.3, 1.3.2.2, 1.5.1.1 [también menciona el mercado primario], 1.5.3.3, 2.2.3.3, 2.2.3.4, 2.2.3.5, 2.2.3.10, 2.2.3.19 [incluye el primario]).

[29] Superintendencia Financiera, Conc. 2006011868-001, abr. 18/2006.

[30] Sobre la definición de mercado primario y secundario, consúltense los siguientes conceptos de la Superintendencia Financiera, Conc. 2006011868-001, abr. 18/2006 y Conc. 2007002466-001, feb. 1/2007.

[31] La oferta pública se define en el artículo 6.1.1.1.1 del D. 2555/2010 como: "aquella que se dirija a personas no determinadas o a cien o más personas determinadas, con el fin de suscribir, enajenar o adquirir documentos emitidos en serie o en masa, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de participación y de tradición o representativos de mercancías" (antes Res. 400/1995, art. 1.2.1.1).

En general, los bonos y valores objeto de una oferta pública en el mercado primario, antes de realizarla, también deben figurar inscritos en una bolsa de valores, tal como lo prevé el artículo 6.1.1.1.2 del Decreto 2555 del 2010. Las ofertas públicas en el mercado secundario deben sujetarse a lo previsto en el artículo 6.15.1.1.1 y siguientes del decreto. La negociación de los bonos fruto de una oferta privada puede hacerse directamente entre los tenedores de estos. Sin embargo, si el emisor de una oferta privada desea facilitar la negociación de sus bonos en el mercado secundario por medio de la bolsa de valores, debe inscribirlos en el RNVE y la Bolsa. Sobre este aspecto, la Superintendencia Financiera precisa que:

> Es importante tener en cuenta que además de los requisitos de inscripción, se debe cumplir con los requisitos para que la misma clase de valores puedan ser ofrecidos en oferta pública en el mercado primario, lo anterior según lo señalado por el parágrafo 1º del mismo artículo[32].

Mercado bursátil y mercado mostrador (*Over the Counter* [OTC])

Tanto el mercado bursátil como el mercado mostrador (OTC) guardan estrecha relación con el mercado de valores. Esto se puede extraer de la siguiente afirmación de la Corte Constitucional, según la cual el mercado de valores:

> se define como aquel segmento del mercado financiero que moviliza recursos estables desde el sector de los ahorradores hacia las actividades productivas a través de la compraventa de documentos especiales llamados 'títulos valores'. En el mercado de valores se realizan transacciones de compra y venta de títulos por la vía del mercado bursátil cuyo núcleo son las bolsas de valores, o del mercado mostrador OTC (Over the Counter), que se desarrolla fuera de las bolsas sobre títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios[33].

[32] Superintendencia Financiera, Conc. 2007002466-001, feb. 1/2007.

[33] C. Const., Sent. C-692, sept. 5/2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Aunque la actividad bursátil es de interés público, a la luz de lo previsto en el artículo 335 de la Constitución, llama la atención que el "mercado bursátil" no ha sido objeto de definición legal, sino de meras referencias explícitas, pero colaterales a él[34]. Por eso, la doctrina se ha encargado de plantear definiciones para tratar de comprender el alcance del mercado en estudio.

Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia de la Lengua, bursátil procede del latín 'bursa', que significa 'bolsa'. Por eso, el mercado bursátil se ha asociado al que se lleva a cabo en las bolsas de valores, en el que se inscriben los títulos o valores para ser negociados en ella. En otras palabras, el mercado bursátil comprende el conjunto de operaciones de oferta (venta) y demanda (compra) de valores en las bolsas de valores.

Las bolsas de valores son "establecimientos mercantiles cuyos miembros se dedican a la negociación de toda clase de valores y demás bienes susceptibles de este género de comercio"[35], uno de cuyos principales cometidos fijados por la ley consiste en "mantener el funcionamiento de un mercado bursátil debidamente organizado, que ofrezca a los inversionistas y negociantes en títulos o valores y al público en general, condiciones suficientes de seguridad, honorabilidad y corrección"[36].

El mercado mostrador u OTC es un mercado alternativo al de las bolsas de valores para negociar valores. Los OTC se denominan comúnmente mercados de valores por fuera de las bolsas de valores. El Decreto 2555 del 2010 define el "mercado mostrador" como "aquel que se desarrolla fuera de los sistemas de negociación de valores"[37]. En este mercado,

[34] Véanse, por ejemplo: los considerandos del D. 2441/1998; el art. 3 del D. 1645/1994; los considerandos de la Res. 980/2007, Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional; el parágrafo del art. 12 de la L. 363/1997; el num. 2 del art. 3 del D. 2969/1960; el num. b del art. 5, del D. 789/1979; los nums. 5 y 8 del art. 24, del D. 4488/2009; el art. 99 de la L. 489/1998; y el art. 1.1.2.1 de la Res. 1200/1995, Superintendencia de Valores.

[35] D. 2969/1960, art. 1. Según el Consejo de Estado, las bolsas de valores son "organismos de carácter privado que tienen como finalidad primordial organizar el mercado bursátil que permita a los inversionistas y negociantes en títulos valores tener seguridad y confianza en las correspondientes transacciones": CE, S. de Consulta y Servicio Civil, Conc. abr. 14/1989. C. P. Jaime Betancur Cuartas.

[36] D. 2969/1960, art. 3, num. 2, sobre bolsas de valores.

[37] D. 2555/2010, art. 7.4.1.1.1.

pueden participar los intermediarios de valores[38], ya sea por cuenta propia o con recursos de terceros. Son diversas las operaciones por cuenta propia dependiendo de si el mercado es primario o secundario.

Dentro de las principales operaciones por cuenta propia en el mercado primario de valores, el artículo 2.2.3.1 de la Resolución 400 de 1995 menciona las siguientes:

> 1) La adquisición, dentro de la modalidad en firme[39], de toda o parte de una emisión con el objeto exclusivo de facilitar la distribución y colocación de los valores; 2) la adquisición del remanente de una emisión en desarrollo del acuerdo celebrado por la sociedad comisionista para colocar la totalidad o parte de una emisión bajo la modalidad garantizada; y 3) la adquisición de valores emitidos por la Nación o por el Banco de la República, por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y de otros valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores - RNVE.

Las operaciones por cuenta propia en el mercado secundario, por su parte, son aquellas:

[38] Los intermediarios de valores son "*entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia con acceso directo a un sistema* de negociación de valores o a un sistema de registro de operaciones sobre valores para la realización o registro de cualquier operación de intermediación de valores": Res. 400/1995, art. 1.5.1.1, parág. Las actividades de intermediación en el mercado de valores son aquellas que tienen "finalidad o efecto el acercamiento de demandantes y oferentes en los sistemas de negociación de valores o en el mercado mostrador, sea por cuenta propia o ajena, […] para: 1) La adquisición o enajenación en el mercado primario o secundario de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE); 2) la adquisición o enajenación en el mercado secundario de valores listados en un sistema local de cotizaciones de valores extranjeros, y 3) la realización de operaciones con derivados y productos estructurados que sean valores en los términos de los parágrafos 3° y 4° del artículo 2° de la Ley 964 del 2005": Res. 400/1995, art. 1.5.1.1, subrogado por el art. 1 del D. 1121/2008).

[39] "Se denomina colocación en firme aquella en que la sociedad comisionista de bolsa de valores suscribe la totalidad o parte de una emisión de valores, obligándose a ofrecer al público inversionista los títulos así suscritos o adquiridos, en las condiciones de precio que se hubieren establecido en el contrato respectivo. Se denomina colocación garantizada aquella en la que la sociedad comisionista de bolsa de valores se compromete a colocar la totalidad o parte de una emisión de valores dentro de un plazo determinado, con la obligación de suscribir el remanente no colocado en dicho plazo": Res. 400/1995, art. 2.2.3.1, parág.

> adquisiciones de valores inscritos en el …[…] RNVE, o en un sistema local de cotizaciones de valores extranjeros que son realizadas por las sociedades comisionistas de bolsa de valores con el objeto de imprimirle liquidez y estabilidad al mercado, atendiendo ofertas o estimulando y abasteciendo demandas, o con el propósito de reducir los márgenes entre el precio de demanda y oferta, dentro de las condiciones establecidas en la presente resolución. La enajenación de los valores así adquiridos se considerará también como operación por cuenta propia[40].

Principios rectores de los títulos valores

La construcción jurídica de los títulos valores fue precedida de la instauración de reglas fundamentales que hoy son la base y la razón cardinal de todo lo concerniente a la creación, circulación, pago y demás cuestiones en torno a los títulos en estudio. En este sentido, los principios son la génesis que soportan las ventajas y funciones que cumplen los títulos valores en la sociedad.

Los principios de los títulos valores no son meras enunciaciones teóricas o elucubraciones retóricas sin uso práctico. Se trata de una serie de reglas materiales concebidas para desarrollar y asegurar la consecución de los fines y bondades de los títulos valores. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> Los principios rectores de la literalidad, incorporación, autonomía y legitimación que informan el derecho cartular confieren al tenedor de un título valor garantías indispensables en orden al afianzamiento de su circulación, reclamada por la expansión del comercio y al propio tiempo por la seguridad que debe gobernar la actividad cambiaria[41].

Estos principios tienen fuerza vinculante, aplicación práctica y, como veremos, no solo nutren varios artículos del título III del libro tercero del Código de Comercio, sino que han sido la razón jurídica o *ratio*

[40] Ibídem, art. 2.2.3.3.

[41] CSJ, S. de Casación, Sent. abr. 19/1993. M. P. Eduardo García Sarmiento.

decidendi[42] para adoptar decisiones judiciales[43]. Al mismo tiempo, constituyen el soporte de algunas excepciones cambiarias. En la tabla 3 referenciamos los diferentes artículos del Código de Comercio que incorporan aspectos y aplicaciones de los principios, además de las excepciones cambiarias pertinentes.

Tabla 3. Artículos del Código de Comercio sobre los principios de los títulos valores

Principio	Consagración legal	Ejemplos de aplicación en el Código de Comercio	Excepciones cambiarias
Tipicidad cambiaria	620	654, (inc. 4), 712	784 num. 4
Incorporación	619	624, 629, 651, 668, 802, 803	
Literalidad	619	626, 622, 631	784 nums. 5 y 7
Autonomía	619	627, 636, 639, 657	784 nums. 11-12
Legitimación	619	624, 647, 661, 662, 668	784 num. 6

Fuente: elaboración propia.

[42] La *ratio decidendi* se considera el fundamento jurídico inescindible de la decisión sobre un determinado punto de derecho, por oposición a la *obiter dicta*, que es otro componente de la parte motiva de una sentencia, pero sin valor normativo vinculante.

[43] Por ejemplo, consúltense los siguientes fallos judiciales: CSJ, S. de Casación Civil y Agraria, Sent. jun. 14/2000, Exp. 5025. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles; CE, S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, Sent. feb. 21/2002, Rad. 41001-23-31-000-2000-2175-01(19270). C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; CE, S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, Sent. ago. 3/2000, Rad. 1856. C. P. María Elena Giraldo Gómez; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. [TSDJB], S. Civil, Sent. ago. 2003, Rad. 1100131030092001 0864 01. M. P. Manuel José Pardo Caro; TSDJB, S. Civil, Sent. ago. 1/2008, Ref. 23-200600052 01. M. P. Álvaro Fernando García Restrepo; TSDJB, S. Civil, Sent. jun. 26/2009, Rad. 2007 0140 01. M. P. Liana Aída Lizarazo V.; TSDJB, S. Civil, Sent. feb. 7/2008. M. P. Édgar Carlos Sanabria Melo; TSDJB, S. Civil, Sent. sept. 26/2008. M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez; TSDJB, S. Civil, Sent. jul. 1/2008. M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Tipicidad cambiaria

La tipicidad cambiaria es un principio jurídico en cuya virtud no pueden considerarse títulos valores ni producen efectos cambiarios, sino únicamente los documentos o actos que tengan las menciones y cumplan los requisitos previamente definidos por la ley cuando esta no los suple explícitamente.

El desconocimiento de la tipicidad cambiaria es la causa por la cual algunos documentos no se consideran títulos valores. Una norma o idea fundamental que rige los títulos valores consiste en que los documentos cumplan una serie de requisitos de contenido y de forma sin los cuales no existen como tales. Este principio no solo aplica a los documentos, sino también a los actos que se realicen sobre esos títulos. Si unos y otros no tienen las menciones y requisitos que exige la ley para cada caso, suceden dos cosas: no estamos frente a un título valor o el acto cambiario no produce efectos:

> Como se ha dicho que las normas reguladoras de los títulos valores están impregnados de ciertas características especiales, entre las que debe tenerse en cuenta siempre el rigor cambiario que las preside, por lo que en su creación quien elabore esta clase de documentos debe observar, estrictamente, los requisitos mínimos exigidos por la ley mercantil, so pena de que estos pierdan su calidad de tales o se conviertan en otra clase de documentos, carentes de las ventajas y privilegios cambiarios[44].

El principio de tipicidad permite dilucidar si el documento que, por ejemplo, se allega a un proceso es un título valor. Conforme a lo estatuido en el artículo 620 del Código de Comercio, "los documentos y los actos a los que se refiere este título solo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma".

Tan notable es su incidencia como regla de juego de los títulos valores, que su inobservancia es germen de una excepción prevista en el numeral 4 del artículo 784 del Código de Comercio. Según este, el demandado en acción cambiaria de cobro puede excepcionar en el proceso

[44] TSDJB, S. Civil, Sent. jun. 1/2008.

el hecho de que el "supuesto título" carece de las menciones y requisitos que el documento debe contener y que la ley no suple expresamente. El profesor Peña Castrillón resalta la trascendencia de la tipicidad cambiaria al afirmar que ella:

> se nos presenta como un principio sintetizador que podemos aplicar a la constitución, circulación, garantía y ejecución del título-valor y que nos ayuda a resolver dos problemas prácticos fundamentales: primero, si un documento determinado puede tomarse o no como título-valor; segundo, si un acto otorgado en él o con él tiene las consecuencias especiales previstas por las reglas de los títulos-valores[45].

Incorporación[46]

Es uno de los pilares del derecho cambiario. En la definición del artículo 619 del Código de Comercio, se ve que los títulos valores son documentos que incorporan derechos literales y autónomos. Entendemos por *incorporar* el hecho mediante el cual una cosa material o inmaterial se hace parte del cuerpo de otra. En el caso de los títulos valores, el derecho toma cuerpo en el documento formando una sola materialidad en la que el primero se subordina a la suerte que el segundo pueda correr. De aquí, surge la necesidad del instrumento para poder ejercer el derecho:

[45] Gilberto Peña Castrillón, *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular. Panorama latinoamericano*, 2.ª ed. (Bogotá: Temis, 1981), 60-61; Gilberto Peña Castrillón, *Ensayos sobre títulos valores: guías académicas para estudiantes* (Bogotá: s. e., 2003); y Gilberto Peña Castrillón, *Algunas falacias interpretativas de los títulos valores* (Bogotá: Temis, 1985).

[46] Sobre la incorporación, consúltense, entre otros: Luis Helo Kattah, *De los títulos-valores en general* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1973), 30-34; Giuseppe Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 5.ª edición (Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1980); Giuseppe Ferri, *Títulos de crédito, traducido por Fernando A. Legón*, 2.ª edición (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982); Samuel Finkielsztein, "Aspectos generales de los títulos valores: su estructuración", en *Comentarios al Código de Comercio*, vol. 1, 2.ª edición (Bogotá: Colegio Antioqueño de Abogados, 1980), 194-195; Rodrigo Becerra Toro, *Teoría general de los títulos valores* (Bogotá: Temis, 1984), 21; Ramiro Rengifo, *La letra de cambio y el cheque* (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1977); Ramiro Rengifo, *Títulos valores*, 11.ª edición (Medellín: Librería Señal Editora, 2005); Jorge Alfonso Donadio, *Algunas cuestiones acerca de la cuenta corriente bancaria y el cheque* (Buenos Aires: Ediciones Machi, 1991), 77.

> De los títulos valores se predica que incorporan el derecho mismo; de ahí que la tenencia del cartular conforme a su ley de circulación es indispensable para ejercitar el derecho que revestido de particulares características se encuentre incluido en él[47].

Incorporación significa que el derecho está inserto en el documento y que existe una relación indisoluble entre los dos, por lo cual "no es posible concebir el derecho sin el documento ni el documento separado del derecho"[48]. Precisa Escuti que el:

> documento como 'cosa' y el derecho como 'bien' son conceptualmente distintos, pero representan un instituto jurídico unitario. En consecuencia, el derecho y el título están funcionalmente ligados: la comunidad de destino entre el título (cosa —corporal—) y el derecho (bien —incorporal—) es normalmente inescindible[49].

El derecho y documento son uno solo en la teoría clásica de los títulos valores, la cual gira en torno a la materialización del derecho como fruto de la incorporación que:

> denota, aunque sea metafóricamente, esa íntima relación entre el derecho y el título, a tal grado que quien posee el título posee el derecho, y para ejercitar este, es necesario exhibir aquel. Para explicar este fenómeno jurídico necesitaríamos dar largo rodeo, que se evita usando el término 'incorporación'[50].

[47] TSDJB, S. Civil, Sent. ago. 1/2008. En este mismo sentido, véase: TSDJB, S. Civil, Sent. jul. 1/2008.

[48] Ferri, *Títulos de crédito*.

[49] Ignacio A. Escuti, *Títulos de crédito*, 9.ª edición (Buenos Aires: Astrea, 2006), 7. En este mismo sentido, Alemandi y Gómez subrayan que: "Cesare Vivante rescata los dos elementos que forman la imprescindible y única realidad que es el título valor, es decir, el documento y el derecho. Describe […] los dos aspectos esenciales del título valor; por un lado el aspecto material, el documento; por otro lado el contenido inmaterial, el derecho […]. En definitiva Vivante describe la unidad inseparable del continente y del contenido": Miguel Alemandi y María Silvia Gómez Bausela, *Obligaciones negociables* (Bogotá: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991), 31.

[50] Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, 6.ª edición (México D. F.: Editorial Herrero, 1969).

El documento es portador del derecho:

> se puede afirmar que derecho y documento son inseparables, es decir, que la incorporación relaciona los derechos y las obligaciones que se instrumenten [*sic*] en el título valor, según la clase de título de que se trate, conforme a la clasificación que trae el artículo 619, que a su tenor literal señala: '[…] pueden ser de contenido crediticio, corporativos, o de participación, y de tradición o representativos de mercancías', siendo este uno de los elementos esenciales de cada título valor, como lo menciona el artículo 621 cuando dispone que 'además de lo dispuesto para cada título valor en particular' estos deberán contener '1) La mención del derecho que en el título se incorpora'[51].

No se concibe el documento sin el derecho porque el instrumento dejaría de ser un título valor. Tampoco es factible pensar en el derecho sin el documento, pues para que el derecho exista, se requiere su inserción en un documento. Se crea, en consecuencia, un vínculo indisoluble entre el derecho y el documento desde el nacimiento hasta la extinción del título valor.

La Corte Suprema de Justicia confirma lo dicho, cuando expresa que:

> el derecho documental no puede ser ejercitado ni disfrutado por su titular sino en virtud de la exhibición del instrumento, lo que indica, sin lugar a duda, que se halla materializado en el título de tal manera que el uno no puede existir sin el otro. Ese ligamento indisoluble o nexo recíproco es lo que constituye la noción de incorporación[52].

Legitimación

Al definir los títulos valores, el artículo 619 del Código de Comercio explicita su función legitimadora, que se traduce en la facultad legal que tiene el poseedor de buena fe de exigir el pago del derecho a cualquier obligado cambiario. Nuestra jurisprudencia ha subrayado la "fuerza o función legitimadora" del título valor

[51] TSDJB, S. Civil, Sent. jun. 26/2009, Rad. 2007 0140 01. M. P. Liana Aída Lizarazo V.

[52] CSJ, Sent. oct. 23/1979. M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

> en virtud de la cual invisten o facultan al tenedor legítimo, es decir, a quien los 'posea conforme a su ley de circulación' (art. 647 *eiusdem*), para que ejercite el derecho en ellos incorporado, inclusive, cuando de acuerdo con las reglas del derecho común, este no sea el titular de los mismos [*sic*], particularidad que apareja, por consiguiente, la renuncia de cualquier intento de indagación respecto de [*sic*] la propiedad del derecho[53].

La legitimación[54] es una consecuencia de la incorporación. Consiste en la facultad de ejercer el derecho contenido en el título valor. Según Finkielsztein, el principio de legitimación "ha sido definido como la habilitación para pedir el pago o para transmitir legítimamente el documento"[55]. Implica dos connotaciones: la activa y la pasiva. La primera faculta al titular del derecho, es decir, a quien lo posea de buena fe y conforme a su ley de circulación, para negociarlo o exigir el pago al obligado. La segunda:

> consiste en que el deudor obligado en el título de crédito cumple su obligación y por tanto se libera de ella, pagando a quien aparezca como titular del documento. El deudor no puede saber, si el título anda circulando, quién sea [*sic*] su acreedor, hasta el momento [en] que este se presente a cobrar, legitimándose activamente con la posesión del documento […]. El deudor se legitima a su vez, en el aspecto pasivo, al pagar a quien aparece activamente legitimado[56].

Para que una persona pueda reclamar el derecho plasmado en el documento, es necesario que confluyan dos condiciones: que sea poseedor

[53] CSJ, S. Casación Civil y Agraria, Sent. jun. 14/2000.

[54] Fernando Legón, *Letra de cambio y pagaré* (Buenos Aires: Ediar, 1966), 5-16; Finkielsztein, "Aspectos generales de los títulos valores", 195; Francesco Galgano, *Derecho comercial: el empresario*, traducido por Jorge Guerrero, vol. 1 (Bogotá: Temis, 1999), 305-306; Ferri, *Títulos de crédito*, 31-33; Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 682-685; Becerra Toro, *Teoría general de los títulos valores*, 22; Rengifo, *Títulos valores*, 36-37; Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, editado por Alberto Bercovitz, 7.ª edición (Buenos Aires: Porrúa, 1981); Ramiro Cruz Vergara, *Almacenes generales de depósito, certificados de depósito y bonos de prenda* (Bogotá: Librería Jurídica Wilches, 1984), 30; Helo Kattah, *De los títulos-valores en general*.

[55] Finkielsztein, "Aspectos generales de los títulos valores", 195.

[56] Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, 11.

de buena fe del título original y que lo haya adquirido observando las reglas propias de su ley de circulación.

La posesión obedece al carácter necesario del documento, pues el ejercicio del derecho consignado en el título requiere su exhibición[57]. Al estar incorporado el derecho en el título original, solo este legitima cambiariamente a su poseedor. Únicamente el original del título valor tiene fuerza legitimadora. Las copias, aunque sean con reconocimiento de firmas y autenticadas ante un funcionario competente[58], no tienen la virtud de legitimar cambiariamente a su tenedor:

> La razón es una: solo el documento original legitima a su tenedor para exigir su pago, quien por lo mismo es obligado a exhibir el título. Esto tiene su explicación en la ley de circulación del título valor, es decir, en la facultad intrínseca y propia de transmitirse entre muchas personas mediante el respectivo endoso, transfiriendo igualmente al endosatario el derecho autónomo que representa el título mismo, pues su eficacia, según lo expresa el artículo 625 del C. Co., deriva de la firma puesta en él y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación[59].

Literalidad

Entendemos por literalidad[60] aquel principio del título valor en cuya virtud los derechos, obligaciones, acciones y excepciones cambiarias,

[57] C. Co., art. 624.

[58] De acuerdo con el criterio de la Corte Suprema de Justicia: "la falencia de los documentos originales no puede ser suplida, tratándose del ejercicio de la acción cambiaria, con la solicitud de reconocimiento de los documentos que en copia fueron aportados, pues a más de que se desnaturaliza la característica fundamental del título valor y su literalidad, se quedaría sin explicación el interrogante del destino que ha tomado el original, pues su tenedor seguiría siendo el legitimado para exigir su pago": CSJ, S. Casación Civil y Agraria, Sent. jul. 19/2000, Exp. 12393, Acción de Tutela. M. P. Nicolás Bechara Simancas. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en el TSDJB, S. Civil, Sent. ago. 2003.

[59] CSJ, S. Casación Civil y Agraria, Sent. jul. 19/2000. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en el TSDJB, S. Civil, Sent. ago. 2003.

[60] Sobre el principio de literalidad, consúltense, entre otros: Ferri, *Títulos de crédito*, 19; Fernando Legón, *Letra de cambio y pagaré*, 13-14; Peña Castrillón, *De los títulos*

únicamente son los que se derivan de la redacción del texto del documento. Así, por ejemplo, el suscriptor solo está obligado a cumplir con la prestación en los términos que quedaron escritos en el instrumento. Del mismo modo, el avalista únicamente garantiza la suma fijada en el título. Anota nuestra jurisprudencia que por el principio de literalidad "se entiende que lo que conste en el documento es lo que existe, por lo que cualquier persona puede conocer el contenido del derecho con la simple observación del mismo [*sic*]"[61].

La literalidad fija la amplitud y los límites de los derechos documentados. Tiene plena relevancia frente a terceros "el tenor literal del título para determinar la existencia, el contenido y la modalidad del derecho"[62] y cobra importancia el aforismo cambiario citado por el profesor Peña Castrillón según el cual: "*quod non est intitulo non est in mundo*"[63]. En términos de nuestra jurisprudencia:

> literalidad significa que es la materialidad del documento, es decir, su contenido objetivo, la determinante del derecho que surge a favor del acreedor o tenedor legítimo, por lo cual quedan por fuera del instrumento todos los acuerdos que no consten en el mismo [*sic*] o que le sean ajenos[64].

Este principio implica que el alcance del derecho se circunscribe a lo que se exprese en el documento. El derecho está determinado y limitado por lo que dice el documento. Ni más ni menos "quiere esto decir que tal derecho se medirá en su extensión y demás circunstancias, por la letra del documento, por lo que literalmente se encuentre en él consignado"[65].

---

valores en general, 17-19; Finkielsztein, "Aspectos generales de los títulos valores", 196; Becerra Toro, *Teoría general de los títulos valores*, 25; Donadio, *Algunas cuestiones acerca…*, 78-80; Rengifo, *Títulos valores*, 36; Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 672; Cruz Vergara, *Almacenes generales de depósito*, 31; Helo Kattah, *De los títulos-valores en general*, 34-40.

[61] TSDJB, S. Civil, Sent. jun. 26/2009.

[62] Ferri, *Títulos de crédito*, 120.

[63] "Lo que no existe en el título, no existe en el mundo": Peña Castrillón, *De los títulos valores…*, 17.

[64] CSJ, Sent. oct. 23/1997. M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

[65] Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, 11.

El fundamento legal de este principio se encuentra en los artículos 619 y 626[66] del Código de Comercio. Del último se infiere que no tienen ninguna validez los pactos verbales o que no consten en el cuerpo del título valor, salvo en aquellos títulos en que es necesario remitirse a otros documentos.

Autonomía

El artículo 619 del ordenamiento mercantil también señala que el título valor incorpora un derecho autónomo. La autonomía[67] significa que el derecho que adquieren todos y cada uno de los posteriores tenedores al primer beneficiario del título valor se obtiene de modo originario y no derivado, es decir, este derecho no es el mismo que tenía el endosante de quien recibió, sino un derecho nuevo. Esto indica que el endosatario no sustituye al endosante en su posición jurídica como sí ocurre en la cesión ordinaria, en la que el cesionario es un sustituto del cedente y, como tal, es susceptible de las excepciones que el deudor tenía contra aquel.

En aplicación del principio de buena fe, un tercero poseedor de buena fe exenta de culpa adquiere un mejor derecho que el que tenían sus antecesores en la cadena de transferencias del derecho. Esto aplica, incluso, cuando el título fue objeto de extravío o hurtos. Si llega a manos de un tercero que lo adquiere observando la ley de circulación y de buena fe, tiene plena facultad para exigir el derecho frente a los diferentes obligados cambiarios que surjan del título.

Este principio constituye el fundamento de la inoponibilidad de las excepciones fundadas en cuestiones entre partes ajenas al tercero poseedor. El tenedor de buena fe está exento de los defectos o inconvenientes

[66] "El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo [*sic*], a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia": C. Co., art. 626.

[67] Sobre el principio de autonomía, consúltense, entre otros: Galgano, *Derecho comercial*; Ferri, *Títulos de crédito*, 19; Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 672; Legón, *Letra de cambio y pagaré*, 12-13; Donadio, *Algunas cuestiones* acerca, 80-81; Finkielsztein, "Aspectos generales de los títulos valores", 196-202; Helo Kattah, *De los títulos-valores en general*, 40-52; Becerra Toro, *Teoría general de los títulos valores*, 24; Rengifo, *Títulos valores*, 36-37; Emilio Robledo Uribe, *Instrumentos negociables* (Bogotá: Ediciones Lito Lucros, 1969), 11-14; Cruz Vergara, *Almacenes generales de depósito*, 32-35.

surgidos entre las partes anteriores. Además, es el eje de la tesis según la cual el tercero puede tener un mejor derecho que el que tenía quien se lo transmitió:

> En el campo de los títulos valores y, en virtud del principio de autonomía, el poseedor regular del título se encuentra en la misma situación que si lo hubiese recibido directamente del librador-emisor. Las excepciones que pueden interponerse a cualquier poseedor anterior no le alcanzan. Es inmune a ellas, siempre y cuando hubiese recibido el título de buena fe. Es decir, que el tenedor regular puede recibir un derecho no solo igual sino mejor que el que tenía quien se lo transfirió[68].

Este principio señala que el derecho incorporado en el título es, frente a terceros, independiente y libre de posibles vicios o inconvenientes que pudieron surgir previamente. Su magnitud se revela cuando el título empieza a circular y llega a manos de terceros. Cada nueva adquisición del derecho se considera "totalmente independiente de las relaciones extracartulares o fundamentales que pueden haber acompañado las adquisiciones precedentes"[69]. Se trata de una garantía de efectividad del ejercicio del derecho que se confiere a los tenedores del título:

> Cada persona que va adquiriendo el documento adquiere un derecho propio, distinto del derecho que tenía o podría tener quien le transmitió el título. Puede darse el caso, por ejemplo, que quien transmita el título no sea el poseedor legítimo y por tanto no tenga derecho para transmitirlo; sin embargo, el que adquiera el documento de buena fe adquirirá un derecho que será independiente, autónomo, diverso del derecho que tenía la persona que se lo transmitió[70].

Como estudiamos en su oportunidad, en la negociación de los títulos valores, se involucran dos relaciones, a saber: la fundamental (compraventa, mutuo, arrendamiento, etc.), causante de la creación o transmisión del título valor; y la relación cartular, que es la incorporada en el

[68] Alemandi y Gómez Bausela, *Obligaciones negociables*, 36.

[69] Finkielsztein, "Aspectos generales de los títulos valores", 196.

[70] Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, 12.

documento (pagar una suma de dinero, entregar una mercancía, etc.). Cuando por determinado motivo, se compromete la existencia o validez de la relación fundamental, tras haber sido endosado el título valor que formó parte de esta, los vicios o defectos del respectivo acto o contrato no se pueden hacer valer frente a los posteriores tenedores de buena fe del instrumento, ya que, como se manifestó, estos adquieren un derecho autónomo e independiente del de su endosante.

En estos términos, se manifestó la Corte Suprema de Justicia:

> El derecho es autónomo, enseña Vivante, porque el poseedor de buena fe ejercita un derecho propio, que no puede limitarse o decidirse por relaciones que hayan mediado entre el tenedor y los poseedores precedentes […]. De ahí que, como se desprende de nuestro derecho positivo, a quien haya adquirido el documento conforme a la ley de su circulación no se le pueden proponer las excepciones oponibles al tenedor anterior o la falta de titularidad de este (art. 672)[71].

Requisitos de los títulos valores

Para que un documento se convierta en título valor es indispensable que contenga las menciones y requisitos señalados por la ley, a menos que esta los presuma, según lo reglado por el artículo 620 del Código de Comercio, que reza:

> Los documentos y los actos a que se refiere este título solo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma.
>
> La omisión de tales menciones y requisitos no afecta el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto.

Cabe anotar que existen requisitos comunes a todo título valor y requisitos específicos para cada título en particular. Así las cosas, para que un documento adquiera la categoría de título valor, resulta necesario que reúna todas las menciones y requisitos generales y especiales que

[71] CSJ, Sent. oct. 23/1979.

exija la ley, salvo las que ella presuma. En la figura 2 referenciamos los requisitos generales y especiales sobre todos los títulos valores.

Figura 2. Requisitos generales y especiales sobre los títulos valores

Requisitos generales	Requisitos especiales
Mención del derecho incorporado.	*Letra de cambio*: C. Co., art. 671. *Pagaré*: C. Co., art. 709. *Acciones*: C. Co., art. 401. *Bonos*: D. 1026/1990 y D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.4.
Fecha y lugar de creación del título.	
Lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho.	*Cheque*: C. Co., arts. 712 y 713. *Factura*: L. 1231/2008.
Firma del creador del título.	*Certificado de depósito y bono de prenda*: C. Co., arts. 759-760.
Forma de vencimiento.	*Carta de porte y conocimiento de embarque*: C. Co., arts. 768 y 769.

Fuente: elaboración propia.

Requisitos generales

Mención del derecho incorporada en el título

Cuando estudiamos lo relativo a la incorporación, señalamos que lo que le daba valor al documento era la inserción del derecho en él. Según el artículo 619 del Código de Comercio, el derecho incorporado puede ser:

1. De contenido crediticio, es decir, representa una suma de dinero: como la letra de cambio, el pagaré, el cheque, el bono de prenda, la factura.
2. Corporativo o de participación: como las acciones y los bonos.
3. De tradición o representativos de mercancías: como la carta de porte, el conocimiento de embarque y el certificado de depósito.

Fecha y lugar de creación del título valor

Resulta de tal importancia la fecha y lugar de creación del título valor que la ley suple la omisión de este requisito. Así, en el inciso final del artículo 621, señala: "Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega".

Lugar donde se cumple la obligación cambiaria

Sobre este particular, el penúltimo inciso del artículo 621 dispone lo siguiente:

> Si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho, lo será el del domicilio del creador del título; y si tuvieren varios, entre ellos podrá elegir el tenedor, quien tendrá igualmente derecho de elección si el título señala varios lugares de cumplimiento o de ejercicio. Sin embargo, cuando el título sea representativo de mercaderías, también podrá ejercerse la acción derivada del mismo [*sic*] en el lugar en que estas deben ser entregadas.

Este precepto consagra varias hipótesis. Veamos cada una de ellas. En primer lugar, la prestación se cumple en el lugar estipulado en el título, pero, si son varios los lugares previstos en él, el tenedor tendrá derecho a elegir en cuál de ellos exige la obligación. En segundo lugar, si no se dijo en el título dónde debía cumplirse la obligación, se debe cumplir en el domicilio del creador. Cuando este cuenta con varios domicilios, el tenedor puede escoger el que mejor le parezca. En tercer lugar, cuando se trate de títulos representativos de mercancías, el tenedor, además de poder presentar el título para el pago en el domicilio del creador, lo podrá hacer en el lugar en que las mercancías deban entregarse.

La firma de quien lo crea

Como documento que es, el título valor necesita una firma para nacer en el mundo del derecho. El artículo 621 dispone que la firma debe ser de quien lo crea. Sin embargo, ¿quién es el creador del título? Podemos afirmar que se entiende por creadora a la persona que, con su firma, permite

que el título exista sin que necesariamente esta persona ostente la calidad de obligado o deudor. De esta forma, si el título es creado por un representante o mandatario, este representante o mandatario representa a quien se considera creador, pero el obligado en la relación cambiaria es el representado o mandante. Por tanto, si el representante legal de una sociedad suscribe un pagaré en nombre de esta, este administrador constituye el creador y la sociedad asume el rol de deudora.

La firma es la expresión del nombre del suscriptor, de alguno de los elementos que lo integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal, conforme a los términos del inciso 2 del artículo 826 del Código de Comercio. En los títulos valores, la ley permite que se sustituya la firma por un signo o contraseña mecánicamente impuesto. Esto se conoce como firma por medios mecánicos.

Cuando se impone esta firma en la creación de un título valor, se hace bajo la entera responsabilidad del creador. Por ejemplo, este es el caso de una emisión de bonos en la que, por la gran cantidad de títulos emitidos, resulta físicamente imposible suscribir cada uno de ellos por el representante legal del emisor. De este modo, se utiliza un sello de seguridad diseñado por la misma compañía para suplir el requisito de la firma. En tal caso, se debe actuar con extremada diligencia para que el sello no pueda caer en manos de personas distintas de las autorizadas para su uso en la sociedad.

Así mismo, a partir de la expedición de la Ley 527 de 1999, se permite utilizar en el giro de títulos valores la firma electrónica y su especie, la firma digital; lo cual abordaremos posteriormente.

Forma de vencimiento

Aunque este requisito no está previsto en el artículo 620, consideramos esencial el vencimiento en la mayoría de los títulos valores, puesto que determina el momento a partir del cual se hace exigible el derecho incorporado en ellos. Excepcionalmente, este requisito no es necesario en títulos como el cheque, en el cual este título nace vencido. Es decir, el cheque es siempre pagadero a la vista, a su presentación. En este sentido, no tiene ningún efecto cambiario el cheque posdatado[72]. En el caso

[72] C. Co., art. 717.

de las facturas cambiarias, tampoco es imprescindible el vencimiento, pues "en ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario [*sic*] siguientes a la emisión"[73].

El Código de Comercio establece las formas de vencimiento en el artículo 673, las cuales aparecen en la siguiente tabla.

Tabla 4. Formas de vencimiento de los títulos valores

Forma de vencimiento	Ejemplo de redacción en el título
A la vista	"Sírvase pagar a la vista", "sírvase pagar a su presentación"; "Pagadera a su presentación".
A día cierto determinado	Fecha precisa: el 8 de julio del 2011[74].
A día cierto indeterminado	"El día de mi muerte"[75].
Con vencimientos ciertos y sucesivos	Pagadera a cuotas o instalamentos.
A día cierto después de la fecha	"Páguese a seis meses de la fecha", "90 días fecha" (fecha de creación).
A día cierto después de la vista	"Páguese a *x* días después de la vista"; "Páguese a *x* días después de su presentación". *x*: días de plazo a partir de la presentación de la letra para su aceptación.

Fuente: elaboración propia.

Varias son las situaciones cambiarias que giran en torno al vencimiento del título valor. Como mencionamos, este determina el día a partir del cual puede exigirse el pago del título[76]. Igualmente resulta determinante para establecer el momento hasta el cual los títulos a la orden pueden

[73] L. 1231/2008, art. 3, num. 1.

[74] L. 84/1873, en adelante C. C., art. 1139.

[75] Ibídem.

[76] C. Co., art. 691.

negociarse con efectos cambiarios[77]. También es el punto de partida para establecer la prescripción de la acción de regreso[78] y la acción directa[79]. Constituye el límite para la presentación de aceptación potestativa[80] y el protesto por falta de aceptación. Conforma el punto de partida del plazo para realizar el protesto por falta de pago[81].

Circulación y negociación de los títulos valores

Dada una de las principales funciones de los títulos valores, la cual consiste en proporcionarles agilidad y seguridad a las operaciones mercantiles, estos sirven como instrumento facilitador de las transacciones de grandes cantidades de dinero, que físicamente resultan peligrosas e improcedentes de transportar. Así, teniendo en cuenta el carácter dinámico del mundo de los negocios, resulta lógico que tales documentos estén destinados a circular, esto es, a pasar de una mano a otra, aumentando de esta manera el patrimonio del tenedor del título o a manera de garantía de una relación jurídico-económica precedente.

La forma de transferir o de transmitir los derechos incorporados en el título valor obedece a reglas especiales distintas de las que regulan la negociación de derechos de índole no cambiario. Mientras que para el traspaso de esta clase de derechos se aplican los procedimientos de la cesión consagrados en los artículos 1959 y siguientes del Código Civil, procedimientos que por demás resultan engorrosos y poco prácticos en materia mercantil como se verá más adelante, para la transferencia de los derechos cambiarios se aplican las normas que establece nuestro Código de Comercio según la ley de circulación elegida por el creador del instrumento.

Si bien la circulación fácil y segura de los derechos es una de las ventajas de los títulos valores, ello no significa que todos ellos sean negociables. La ley, algunas veces, consagra casos de títulos siempre negociables; en el otro extremo, prevé algunos no negociables y, en el intermedio, permite que el creador limite su circulación. Veamos estos casos.

[77] Ibídem, art. 660.

[78] Ibídem, art. 790.

[79] Ibídem, art. 789.

[80] Ibídem, art. 681.

[81] Ibídem, arts. 702 y 703.

Títulos siempre negociables por mandato legal

Este es el caso de la factura cambiaria, de la que trata de la ley 1231 del 2008. Allí el legislador se encargó de asegurarse de que estos títulos valores fueran siempre negociables. Para el efecto, en el párrafo del artículo 7º estableció que "toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación se tendrá por no escrita".

Títulos no negociables por mandato legal

Contrario al caso anterior, en otros casos, el legislador ha querido que ciertos títulos no sean negociables. El cheque fiscal constituye uno de estos casos. Se trata de aquellos cheques girados por cualquier concepto a nombre de una entidad pública como la nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Estos se crearon mediante la Ley 1 de 1980. Dentro de sus características especiales, se encuentran las siguientes: no son negociables, no pueden pagarse por ventanilla y estas limitaciones no puede cambiarlas el girador. Sobre el particular, traemos a colación las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria[82] (hoy Superintendencia Financiera) con respecto a ellos, contenidas en la circular básica jurídica[83]):

> a) Cheques fiscales
>
> […] los cheques fiscales no son negociables y las limitaciones que la ley les establece no podrán ser obviadas ni siquiera por el mismo librador del título, y en esa medida está legalmente prohibido negociar o abonar en cuentas corrientes de particulares cheques girados a favor de entidades públicas.
>
> […] En este orden de ideas, tratándose de cheques fiscales no es posible modificar las condiciones para su pago por parte del librador, caso en el cual la entidad financiera no puede proceder a su pago.

[82] Sobre cheques fiscales, consúltense: C. S. de J., Sala de Casación Civil, Sent. de 10 septiembre 2001, Exp. 5542, M. P. Nicolás Bechara Simancas; Superintendencia Bancaria, conc. 2005016030-2 del 25 de abril del 2005.

[83] Circ. Externa, 7/1996, Superintendencia Bancaria, tít. III, cap. 1, num. 2.10, a.

Otro caso de títulos no negociables es el de los cheques expedidos o endosados a favor del banco librado[84].

Títulos no negociables por voluntad del creador

Existen casos en los que el creador puede restringir la negociación del título valor. Así, por ejemplo, el librador del cheque puede incorporar, en el texto del título, la siguiente expresión: "No negociable"[85].

Una clasificación de los títulos valores obedece a su ley de circulación. Esta es muy importante porque guarda conexión directa con la legitimación, en la medida en que cambiariamente el tenedor legítimo es quien únicamente posee el título conforme a su ley de circulación[86]. Quien adquiere un título valor inobservando la ley de circulación no está facultado para exigir el derecho o para transferirlo.

Es crucial que los operadores de esta clase de documentos tengan cuidado a la hora de negociar estos títulos, pues si no respetan las reglas mínimas de circulación cambiaria incurren en graves consecuencias que afectan la titularidad del derecho y su ejercicio. Quien asesora una empresa interesada en invertir en títulos valores, por ejemplo, debe ser diligente en: establecer que no solo tienen las menciones y requisitos que exige la ley, sino que además deben adquirirlos siguiendo estrictamente los requisitos mínimos de cada ley de circulación y que las anteriores negociaciones han sido respetuosas de ella.

De acuerdo con la ley de circulación de los títulos valores, estos se dividen en *nominativos*, *a la orden* y *al portador*. Antes de estudiar cada una de estas especies, conviene referirnos a lo que la ley y la doctrina denominan ley de circulación.

La ley de circulación no es otra cosa que la manera especial de transferir los títulos valores, que obedece a reglas particulares y, por lo tanto, distintas de las que tienen aplicación en la enajenación de bienes muebles, en la transferencia de contratos o en la negociación de derechos de crédito. Dependiendo de la forma como se gire el título valor, valga

[84] C. Co., art. 716.

[85] Ibídem, art. 715.

[86] Ibídem, art. 647.

decir, como título nominativo, a la orden o al portador, existe una serie de procedimientos que se necesitan seguir para que el tenedor del instrumento quede legitimado para ejercer el derecho en él contenido.

La ley comercial determina tales procedimientos y al mismo tiempo señala cuáles títulos valores pueden emitirse adoptando una de aquellas modalidades cualquiera. En tal sentido, el creador de un título valor, dentro de los criterios que fija la ley, puede girar el documento según sus intereses. En otras palabras: en ejercicio de la autonomía de la voluntad, es él quien decide cuál es la ley de circulación que debe seguir el título con el que se obliga cambiariamente. Si su propósito consiste en cancelar una obligación, puede otorgarle un pagaré a la orden de su acreedor, pero en ninguna circunstancia está autorizado a emitirlo en forma de título nominativo, pues el estatuto mercantil solo permite que los pagarés se otorguen a la orden o al portador[87].

Por ser el creador quien determina la ley de circulación, para que esta pueda ser modificada por el tenedor del título valor, se requiere indispensablemente que aquél lo autorice según lo dispone el artículo 630. Esto significa que, para que un título girado a la orden pueda circular como título al portador, para que un título girado al portador pueda circular como título nominativo e incluso para que un título pueda transferirse mediante una simple cesión, se necesita indefectiblemente la anuencia del creador. La omisión al mencionado requisito acarrea la nulidad absoluta del respectivo negocio por contrariar una norma imperativa en los términos del numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio.

Como se observa, es totalmente viable que un título valor se transfiera utilizando mecanismos ajenos a la circulación cambiaria, como sería el caso de la cesión de que tratan los artículos 1959 y siguientes del Código Civil. Pensemos en un cheque girado a la orden de determinada persona y que el legítimo tenedor, para negociarlo, lo hace por medio de una cesión y no mediante endoso y entrega, como lo exige el artículo 651. En este evento, es perfectamente válida la negociación; produce efectos jurídicos, pero no cambiarios en la medida en que se desvirtúa el principio de autonomía propio de los títulos valores, pues el cesionario, a diferencia de lo que ocurre con un endosatario, se subroga en los derechos del cedente, toma su posición jurídica y recibe el mismo derecho

[87] C. Co., art. 709, num. 3.

que tenía este. Esto lo hace sujeto de las excepciones, tanto reales como personales, que el girador tenía contra el cedente. No obstante, para que el cesionario pueda legitimarse cambiariamente y de esta manera reclamar el derecho incorporado en el título valor, debe acudir al juez en vía de jurisdicción voluntaria, para que este haga constar la transferencia en el cuerpo del instrumento o en hoja adherida a él, tal como se desprende del artículo 653 del Código de Comercio.

Vistas estas breves consideraciones sobre la ley de circulación, es preciso estudiar ahora las distintas modalidades que admiten los títulos valores de acuerdo con este criterio de clasificación: títulos nominativos, a la orden y al portador.

Tabla 5. Clasificación de los títulos valores según la forma de circulación

Clase de título	Concepto	Ejemplo
Nominativos	Se giran a la orden de determinada persona; además, deben inscribirse en el libro de registro que, para el efecto lleva el emisor de los títulos.	*Las acciones de una sociedad.* Para transferir el derecho, se requiere que, en el título, se escriba la transferencia, se entregue el título al nuevo dueño de la acción y luego se registre la transacción en el libro de accionistas de la sociedad.
A la orden	Son los que se giran en favor de determinada persona y que además de designar el nombre de esta, incorporan expresiones como "a la orden, transferibles por endoso, negociable, o indican expresamente su calidad de título valor.	*Pagaré girado a nombre de Dalisha Flórez.* Para transferir el derecho, se requiere endosar el título y entregarlo al nuevo titular del derecho.
Al portador	Son los que no se expiden en favor de determinada persona.	Normalmente son cheques o pagarés girados "al portador". Para la transferencia del derecho, solo es necesario entregar el título a la persona que se le transfiere el derecho.

Fuente: elaboración propia.

Títulos nominativos

Son los que se giran a la orden de determinada persona y que además deben inscribirse en el libro de registro que, para el efecto, lleva el emisor de los títulos. Para que una persona pueda considerarse legítimo tenedor de instrumentos de esta naturaleza, es preciso que figure en el cuerpo del documento y en el registro correspondiente de conformidad con lo reglado por el artículo 648 del Código de Comercio.

Las características más relevantes de estos documentos aluden a los requisitos necesarios para su transferencia, los cuales son: inscripción en el libro de registro del creador, transferencia (usualmente mediante endoso) y entrega. De suerte que, para que un tenedor de un título nominativo pueda reclamar del emisor el derecho consignado en el documento, resulta indispensable que, además de haberse transferido y entregado, se haya cumplido con la inscripción a que alude el artículo 648. De lo contrario, si únicamente se dio cumplimiento a los dos primeros requisitos, el respectivo negocio solo surtirá efectos entre los contratantes, pero no frente al creador ni frente a terceros. Así, por ejemplo, si Juliana, tenedora de bonos nominativos de la sociedad Plásticos S. A., transfiere y entrega estos bonos a Miguel, pero tal operación no se registra en el libro de tenedores de bonos entre ella y él se consolidó una relación jurídica, pero Miguel no podrá ejercer el derecho consignado en el documento por no figurar inscrito en el libro respectivo.

No obstante, el adquirente de un título nominativo que lo ha recibido mediante transferencia y entrega tiene derecho a ser inscrito en el registro del emisor, sin que pueda negarse a tal circunstancia, salvo que medie justa causa; pero si el creador del documento, que para nuestro ejemplo es la sociedad Plásticos S. A., se rehúsa sin fundamento a la inscripción, el adquirente puede acudir al juez para que este haga la anotación en el mencionado registro[88]. Un ejemplo de justa causa se configuraría en el evento en que una persona suscribiera títulos nominativos con el fin de lavar activos.

Por su parte, el creador del título nominativo está facultado para exigir que la firma del transmisor se autentique[89], lo que constituye una

[88] Ibídem, art. 650.

[89] Ibídem, art. 649.

excepción a la regla contenida en el artículo 793, que establece que las firmas impuestas en un título valor se presumen auténticas. Se advierte que es potestativo del emisor exigir tal autenticidad y que esta se reclama de la firma del transmisor, endosante o beneficiario de la prestación, pero en ningún momento del creador del documento, pues no tendría sentido que este se exigiera a sí mismo la autenticidad de su firma.

Como se requiere la inscripción de la negociación de los títulos nominativos en el libro del creador, es lógico que este exija la autenticidad de la firma del último transmisor que figure registrado en este libro, ya que puede suceder que el título haya sido transferido y entregado varias veces, sin que se hayan realizado las correspondientes anotaciones. En este caso, el creador no puede tener conocimiento de los adquirentes cuyas transferencias no fueron registradas y, por consiguiente, no le puede exigir al tenedor la autenticidad de las firmas de aquellos.

Para efecto de los gravámenes de los cuales pueden ser objeto los títulos nominativos, dada la naturaleza de esta clase de instrumentos, se deben inscribir en el libro a que nos hemos venido refiriendo. Si por ejemplo, se decreta el embargo de un conocimiento de embarque girado como título nominativo, la medida cautelar carecería de eficacia si únicamente se hiciera la anotación del embargo en el documento, pues tal acto jurídico no sería oponible a terceros.

La ley señala cuáles títulos valores pueden emitirse bajo la modalidad de títulos nominativos. Como ejemplo de estos títulos tenemos: los certificados de depósito y bonos de prenda[90], el conocimiento de embarque[91] y los bonos convertibles en acciones[92].

Títulos a la orden

Son los que se giran en favor de determinada persona y que, además de designar el nombre de esta, incorporan expresiones como "a la orden", "transferibles por endoso", "negociable" o indican expresamente

[90] Ibídem, art. 763.

[91] Ibídem, art. 1636.

[92] D. 2555/2010, art. 6.4.1.1.34.

su calidad de título valor[93]. De suerte que, no basta con escribir en el título el nombre del beneficiario, sino que se requiere la inclusión de una de tales cláusulas para que pueda considerarse título a la orden. La razón de ser de estas es diferenciar esta clase de instrumentos de los demás títulos valores y documentos.

Los títulos a la orden se negocian mediante endoso y entrega. La entrega es el acto material mediante el cual el tenedor legítimo se despoja de la posesión del instrumento para que ingrese a manos del adquirente. Existen diversos conceptos doctrinales sobre el endoso[94]. Nuestro Código no lo define, sino que menciona, por una parte, sus elementos y características[95] y, por otra, se refiere a ciertos endosos especiales.

De los artículos 654 a 657 podemos afirmar que el endoso es el acto cambiario unilateral por medio del cual con su firma el endosante se obliga de manera incondicional, total y autónoma frente a todos los tenedores posteriores a él. Dentro de los conceptos doctrinales nos parece que el planteado por Legón sigue muy de cerca la orientación que se ha dado al endoso en el derecho colombiano. El citado autor, siguiendo a De Semo, afirma que se trata de una:

> declaración cambiaria unilateral y accesoria que se perfecciona con la entrega del título, incondicionada, integral, […] que tiene por objeto

[93] C. Co., art. 651.

[94] Sobre el endoso, consúltense: Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, 21-28; David Supino y Jorge de Semo, *De la letra de cambio, del pagaré cambiario y del cheque*, coordinado León Bolaffio, Alfredo Rocco y Vivante, César, tomo VIII, vol. 1 (Buenos Aires: Ediar, 1950), .177-242; León Posse Arboleda, *Notas sobre los títulos valores en el nuevo Código de Comercio*, 3.ª edición (Bogotá: Temis, 1980), 65-80; Legón, *Letra de cambio y pagaré*, 75-106; Bartolomé Guillén e Igual, *La letra de cambio*, 2.ª edición (Barcelona: Bosch, 1957), 97-104; Finkielsztein, "Aspectos generales de los títulos valores", 210-211; Lopera Salazar, *Teoría general y especial de los títulos valores y su aplicación en la legislación colombiana* (Medellín: Pluma de Oro, 1978), 58-67; Becerra Toro, *Teoría general de los títulos* valores, 81-92; Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, 839-855; Robledo Uribe, *Instrumentos negociables*, 31-40; Arturo Salazar Grillo y José María Arango, *Instrumentos negociables* (Bogotá: Temis, 1969), 68-82; Rengifo, *Títulos valores*; y Rengifo, *La letra de cambio y el cheque.*

[95] Sobre el concepto y la naturaleza jurídica del endoso, véase: TSDJB, S. Civil, Sent. ago. 29/2008, Ref. Ejecutivo con título hipotecario del Banco Granahorrar vs Juan de Jesús Sabogal Calderón y otros. M. P. Nancy Esther Angulo Quiroz. En idéntico sentido se pronunció la magistrada en la sentencia de la misma corporación, pero del 24 de octubre del 2008 (Rad. 12062).

transmitir la posesión del título, de la cual el adquirente obtiene sus propios derechos autónomos; y que vincula solidariamente con los demás deudores al endosante[96].

Cuando un título a la orden no es transferido de acuerdo con las reglas, su adquirente se subroga en los derechos que el título confiere, pero se sujeta a las excepciones que se hayan podido proponer frente al enajenante[97]. En otras palabras: la transferencia de un título a la orden por un medio diferente del endoso produce efectos de cesión. El beneficiario de un título recibido en estas circunstancias puede acudir al juez en vía de jurisdicción voluntaria para que haga constar la transferencia en el mismo título o en una hoja adherida a él[98].

El endoso propiamente produce tres consecuencias jurídicas. En primer lugar, transfiere el derecho al endosatario (efecto traslaticio). En segundo lugar, lo legitima para exigir el derecho incorporado o transferirlo mediante endoso (efecto legitimador). Finalmente, convierte al endosante en obligado cambiario frente a los endosatarios posteriores a él y, desde luego, el último poseedor de buena fe (efecto de pago del endosante). Estos tres efectos no se producen en todas las clases de endosos, tal como se ilustra en la tabla 6.

Tabla 6. Clases de endoso y comparación de sus efectos jurídicos

Clase de endoso	Efecto legitimador	Efecto traslaticio	Efecto de pago del endosante
En propiedad	✓	✓	✓
Sin responsabilidad	✓	✓	×
En procuración	✓	×	×
En administración	✓	×	×
Aduanero	✓	×	×
En prenda	✓	×	✓

Fuente: elaboración propia.

[96] Legón, *Letra de cambio y* pagaré, 76.

[97] C. Co., art. 652.

[98] Ibídem, art. 653.

Para que el tenedor de un título a la orden esté legitimado, se precisa que se cumplan tres condiciones, a saber: que haya sido endosado, que simultáneamente o con posterioridad a este le haya sido entregado el documento y que la cadena de endosos sea ininterrumpida[99]. El obligado cambiario, al momento del pago, debe comprobar la continuidad de los endosos, además de identificar de forma debida al último tenedor. Sin embargo, en ningún caso, puede exigir que se autentiquen las firmas de todos los endosantes, pues se impondría una carga injustificada al tenedor que adquirió el título de buena fe al ponerlo en la engorrosa tarea de localizar a todos y cada uno de los endosantes para autenticarles la firma.

Títulos al portador

Son los que no se expiden en favor de determinada persona, sin que sea necesario incluir la cláusula al portador. Así mismo, gozan de la naturaleza de estos títulos los que incorporen en el documento las palabras "al portador", siempre y cuando no medie la determinación en el cuerpo del instrumento del beneficiario de la prestación. En tal caso, como se vio en un título a la orden que simultáneamente contiene la cláusula (o al portador), prevalece la voluntad del creador.

Constituye una nota característica de estos títulos el hecho de que no se determine de manera precisa el nombre de la persona que, en primer término, se hace acreedora al derecho incorporado en el instrumento. El fenómeno de la indeterminación alude a que no se tenga claridad de manera inequívoca de quién es el destinatario de la prestación cambiaria. Esto significa que un título valor no solo se considera al portador cuando se omite el nombre del beneficiario, sino también en aquellos eventos en los que, si bien se designa un nombre, ello no se hace de tal forma que se tenga certeza sin lugar a duda de quién tiene derecho a exigir la prestación.

La forma como se negocian los títulos al portador se verifica con la simple entrega del documento, sin que se requiera formalidad alguna. Por esta razón, para que el tenedor de un instrumento de esta categoría esté legitimado, basta con la mera exhibición del título, sin necesidad

[99] Ibídem, art. 661.

de que su creador esté facultado para reclamarle cualquier otra condición. Por lo tanto, el girador u otorgante no se puede negar al cumplimiento de la prestación por el hecho de que el nombre del tenedor no figure en el título, porque no se haya identificado o no justifique el origen del instrumento, etcétera.

Finalmente, cabe señalar que pueden ser títulos al portador los que expresamente hayan sido autorizados por la ley y, si no son autorizados por esta, no producen efectos de título valor[100]. Por lo tanto, una factura cambiaria girada al portador no produciría efectos cambiarios, ya que la ley, al regular las facturas cambiarias, exige que se escriba el nombre del comprador o beneficiario del servicio. La Ley 1231 del 2008 no prevé la opción de girar facturas al portador, más sí se tiene en cuenta que allí opera la aceptación tácita como fuente de la obligación cambiaria.

El aval como garantía típica de los títulos valores

Las obligaciones propias o ajenas pueden estar respaldadas por terceras personas para garantizar su cumplimiento, es decir, el comerciante que vende sus productos o servicios a crédito o sujeto el contrato a una condición, para ampararse del incumplimiento del deudor de una obligación, acude a la llamada garantía, caución o seguridad.

El Código Civil expresa: "Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda"[101]. Esto significa que la responsabilidad es personal cuando se afecta el patrimonio del deudor o el de este y de un tercero; entonces, se dice que la deuda tiene una garantía personal. Cuando es un bien el afectado para responder por la obligación, la garantía es real. Son de tipo real la prenda, la hipoteca, la anticresis, la venta con reserva de dominio y la fiducia en garantía. Son garantías personales la fianza, el codeudor, la cláusula penal y el aval.

[100] Ibídem, arts. 669 y 670.

[101] Ibídem, art. 65.

En las siguientes líneas nos referiremos especialmente al aval[102] como garantía personal propia de los títulos valores. En opinión de Bonfanti y Garrone el aval es:

> una garantía cambiaria típica. Esta opinión, que en parte recoge y utiliza el criterio de la accesoriedad formal y el de garantía objetiva, destaca el carácter cambiario de la obligación del avalista, desvinculado de la obligación avalada, abstracto y literal y que confiere al portador un derecho autónomo.
>
> La vinculación formal con el acto avalado se advierte también como un nexo de posición, sin relación sustancial entre ambas obligaciones cambiarias. El avalista adquiere una obligación directa y personal, no la de su avalado, y responde por el pago de la letra, no por el cumplimiento de este[103].

Es esta última teoría la que acoge nuestro actual Código de Comercio, pues en el artículo 636 dispone: "El avalista quedará obligado en los términos que correspondería formalmente al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea".

Así, podemos definir al aval como un acto jurídico unilateral no recepticio, de naturaleza cambiaria, autónomo, por medio del cual una persona natural o jurídica garantiza en todo o en parte el pago de un título valor,

[102] Sobre el aval, consúltense: Supino y De Semo, *De la letra de cambio*, 332-372; Posse Arboleda, *Notas sobre los títulos valores*…, 45-50; Luis Javier Lopera Salazar, *Teoría general y especial de los títulos valores y su aplicación en la legislación colombiana* (Medellín: Pluma de Oro, 1978); Luis Javier Lopera Salazar, "Títulos en blanco", en *Comentarios a los títulos valores* (Bogotá: Dike y Librería Jurídica Wilches, 1983); Luis Javier Lopera Salazar, "Prescripción y caducidad de las acciones derivadas del cheque", en *Comentarios a los títulos valores* (Bogotá: Dike y Librería Jurídica Wilches, 1983); Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 714-717; Becerra Toro, *Teoría general de los títulos valores*, 67-74; Guillén e Igual, *La letra de cambio*, 105-108; Legón, *Letra de cambio y pagaré*, 133-150; Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, 876-884; Rafael de Pina Vara, *Teoría y práctica del cheque*, 2.ª edición (México, D. F.: Porrúa, 1974), 202-214; Salazar Grillo y -Arango, *Instrumentos negociables*, 236-238; Rengifo, *Títulos valores*, 149-164.

[103] Mario A. Bonfanti y José Alberto Garrone, *De los títulos de crédito* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976), 406.

asumiendo la posición jurídica que le corresponde en el instrumento al avalado. De este concepto, podemos extraer las principales características de la figura del aval, a saber:

Es un acto jurídico unilateral no recepticio, porque basta con la simple manifestación de la voluntad del avalista de otorgar la garantía, sin que se requiera la aceptación del avalado para que el aval surta sus efectos. Eso significa que, tan pronto el avalista incorpore su firma en el instrumento, es responsable de su pago sin que para nada medie la autorización o consentimiento del avalado.

Es de naturaleza exclusivamente cambiaria, pues así se desprende del texto del artículo 633 del Código, al decir que "mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título valor". Esto indica que no es viable otorgar un aval para garantizar las obligaciones de un arrendatario en un contrato de arrendamiento para garantizar la ejecución de una obra en una licitación o para respaldar las prestaciones periódicas en un contrato de distribución, etcétera.

Tiene carácter autónomo, pues la obligación que contrae el avalista no depende de la suerte de la obligación de su avalado por expresa disposición del artículo 636. Si, por ejemplo, Nicolás otorga un pagaré a la orden de Hugo, en contraprestación a los servicios de abogado que este debe suministrarle a aquel en un proceso, con pagaré en el que Lina firma como aval de Nicolás; en el evento en que Hugo no cumpla con su mandato, Lina no puede alegar falta de causa porque Hugo no le cumplió a Nicolás, ya que su obligación como avalista es autónoma e independiente de forma que tiene que pagarle ineludiblemente a Hugo el importe del título valor.

Se garantiza en todo o en parte el pago del título valor, pero no la obligación del avalado. La ley le brinda la posibilidad a quien presta el aval de garantizar la totalidad del importe del título o solo una parte de él. En el primero de los casos, basta con que el avalista imponga su firma con la indicación de que lo hace en calidad de aval y en favor de determinada persona, pues el artículo 635 dispone que, cuando no se haya mencionado la cantidad avalada, se entiende que se responde por la totalidad del instrumento. Sin embargo, cuando la voluntad del avalista consiste en garantizar únicamente una parte del valor del título, es indispensable que tal circunstancia se haga constar de manera expresa en el lugar donde se consigna el aval, pues de lo contrario la intención del avalista no es oponible frente a ningún tenedor, precisamente por lo

dispuesto en el artículo 635. Así, por ejemplo, si Rodrigo firma como avalista de Jorge, otorgante de un pagaré a la orden de Lina por valor de un millón de pesos, en el que Rodrigo manifiesta su voluntad de avalar solo por la suma de 500 mil pesos, omitiendo tal mención al momento de suscribir el título valor, este se obliga a pagar la totalidad del pagaré, pues tal consecuencia se impone en el artículo 635, por no indicar en el instrumento la cuantía por la que se prestó el aval.

Como garantía que es, el aval agrega un nuevo sujeto cambiario al título valor denominado avalista, quien, de forma autónoma, compromete su propio patrimonio. Esto implica el hecho de que el título adquiera mayor respaldo, mayor seguridad, una creencia frente a los terceros de que tal instrumento brinda la confiabilidad necesaria para recibirlo, cobrarlo o negociarlo. En otras palabras, en el tráfico mercantil, resulta más viable la circulación de un título valor que ofrece una garantía como el aval, que la del que no brinda garantías o que la de aquel que otorga otro tipo de caución.

No obstante, la importancia del aval no obedece única y exclusivamente a que le añade mayor respaldo al título, sino a la circunstancia relativa a la forma en que se obliga el avalista, esto es, de manera autónoma. Eso significa que su obligación sigue siendo válida, aun cuando la de su avalado no lo sea. El aval constituye la típica garantía cambiaria que con mayor frecuencia se utiliza en el mundo de los títulos valores por las ventajas que brinda con respecto a figuras como el codeudor y el endoso.

Título valor electrónico

La teoría clásica de los títulos valores se fundamentó en la incorporación de un derecho material en un documento físico (corporificación del derecho). Aunque los títulos valores físicos (en papel) no han desaparecido, no es menos cierto que ha incrementado el uso de los títulos electrónicos. En este caso, no existe una incorporación de un derecho en un documento sino una representación electrónica de estos.

En el escenario colombiano, contamos con una regulación general que sirve de soporte para la creación y circulación de los títulos valores electrónicos y una reglamentación especial para la factura electrónica. Los principales insumos jurídicos de cada uno son los siguientes:

Tabla 7. Regulación general y especial (factura) del título valor electrónico

Marco jurídico general de los títulos valores electrónicos	Marco regulatorio de la factura electrónica
Título valor electrónico en general • Código de Comercio. • Ley 527 de 1999 y decretos reglamentarios 2364 del 2012 y 333 del 2014. *Título valor electrónico con anotación en cuenta* • Ley 964 del 2005. • Decreto 3960 del 2010. • Ley 1564 del 2012.	• Ley 1231 del 2008. • Decreto 2242 del 2015: por el cual se reglamentan las condiciones de expedición e interoperabilidad de la factura electrónica confines de masificación y control fiscal. • Decreto 1154 del 2020: sobre circulación de la factura electrónica como título valor. • Resolución 85 del 2022 de la DIAN.

Fuente: elaboración propia.

La idea central de la regulación general de los títulos valores electrónicos consiste en replicar en ellos las instituciones y la experiencia colombiana en la creación y circulación de valores electrónicos. Particularmente el Decreto 3960 del 2010 señala lo siguiente:

> Artículo 2.14.2.1.5. Custodia y administración de títulos valores e instrumentos financieros. Los depósitos centralizados de valores podrán custodiar y administrar valores, títulos valores de contenido crediticio, de participación, representativos de mercancías e instrumentos financieros que no se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores —RNVE—, […] en la forma y condiciones que señale el reglamento del depósito centralizado de valores.
>
> Parágrafo. Las disposiciones del presente libro relativas a la anotación en cuenta serán aplicables en lo pertinente a los títulos valores de contenido crediticio o de participación, que reciban en custodia tales depósitos. En este caso, se entenderá que la entrega y/o [*sic*] endoso de los títulos valores se efectuará mediante la anotación en cuenta siempre que, en relación con el endoso, la orden de transferencia que emita el endosante cumpla con los requisitos pertinentes establecidos en la ley. Los títulos valores indicados en este parágrafo conservarán todos los

> derechos, acciones y prerrogativas propias de su naturaleza, consagradas en la legislación mercantil.

La anotación tiene en cuenta, por su parte, el registro que realizan los Depósitos Centralizados de Valores "de los derechos o saldos de los titulares en las cuentas de depósito, el cual será llevado por un depósito centralizado de valores"[104].

El artículo 12 de la Ley 964 del 2005 señala que:

> La anotación en cuenta será constitutiva del respectivo derecho. En consecuencia, la creación, emisión o transferencia, los gravámenes y las medidas cautelares a que sean sometidos y cualquiera otra afectación de los derechos contenidos en el respectivo valor que circulen mediante anotación en cuenta se perfeccionará mediante la anotación en cuenta.
>
> Quien figure en los asientos del registro electrónico es titular del valor al cual se refiera dicho registro y podrá exigir de la entidad emisora que realice en su favor las prestaciones que correspondan al mencionado valor.

En suma, la anotación en cuenta es una forma de creación, circulación de títulos valores y cualquier acto cambiario sobre títulos valores. Se trata de una institución aplicable al mercado de valores, cuyas buenas prácticas y experiencia se replica a los títulos valores electrónicos.

Bibliografía

Abella Abondano, Germán Darío; y Quiroga Barreto, Guillermo. "Sistemas de negociación y de registro de valores y de compensación y liquidación de valores". *Revista de Derecho Privado*, n.° 39 (2008): 50-54.

Alemandi, Miguel y Gómez Bausela, María Silvia. *Obligaciones negociables*. Bogotá: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991.

[104] L. 964/2005, art. 12. "Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones".

Andersen, Arthur. *Diccionario economía y negocios*, 3.ª edición. Madrid: Espasa, 1998.

Becerra Toro, Rodrigo. *Teoría general de los títulos valores*. Bogotá: Temis, 1984.

Bonfanti, Mario A.; y Garrone, José Alberto. *De los títulos de crédito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

C. Const., Sent. C-692, sept. 5/2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

CE, S. de Consulta y Servicio Civil, Conc. abr. 14/1989. C. P. Jaime Betancur Cuartas.

CE, S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, Sent. ago. 3/2000, Rad. 1856. C. P. María Elena Giraldo Gómez.

CE, S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, Sent. feb. 21/2002, Rad. 41001-23-31-000-2000-2175-01(19270). C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y operaciones de crédito*, 6.ª edición. México D. F.: Editorial Herrero, 1969.

Circ. Externa, 7/1996, Superintendencia Bancaria.

Cox, James D.; Hillman, Robert W. y Langevoort, Donald C. *Securities Regulation*. Boston: Little, Brown and Company, 1991.

Cruz Vergara, Ramiro. Almacenes generales de depósito, certificados de depósito y bonos de prenda. Bogotá: Librería Jurídica Wilches, 1984.

CSJ, Sent. oct. 23/1979. M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

CSJ, S. de Casación, Sent. abr. 19/1993. M. P. Eduardo García Sarmiento.

CSJ, Sent. oct. 23/1997. M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

CSJ, S. de Casación Civil y Agraria, Sent. jun. 14/2000, Exp. 5025. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

CSJ, S. Casación Civil y Agraria, Sent. jul. 19/2000, Exp. 12393, Acción de Tutela. M. P. Nicolás Bechara Simancas.

D. 2969/1960.

D. 410/1971 [C. Co.].

D. 789/1979.

D. 1026/1990.

D. 1645/1994.

D. 2441/1998.

D. 2191/2003.

D. 1121/2008.

D. 4488/2009.

D. 2555/2010.

D. 3960/2010.
D. 2364/2012.
D. 333/2014.
D. 2242/2015.
D. 1154/2020.
De Pina Vara, Rafael. *Teoría y práctica del cheque*, 2.ª edición. México D. F.: Porrúa, 1974.
Donadio, Jorge Alfonso. Algunas cuestiones acerca de la cuenta corriente bancaria y el cheque. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1991.
Escuti, Ignacio A. *Títulos de crédito*, 9.ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2006.
Ferri, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*, 5.ª edición. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1980.
Ferri, Giuseppe. *Títulos de crédito*, traducido por Fernando A. Legón, 2.ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
Finkielsztein, Samuel. "Aspectos generales de los títulos valores: su estructuración", en *Comentarios al Código de Comercio*, vol. 1, 2.ª edición. Bogotá: Colegio Antioqueño de Abogados, 1980.
Forum of European Securities Commissions [Fesco]. "Abuso de mercado", documento 00-0961, 29 de junio del 2000.
Galgano, Francesco. *Derecho comercial: el empresario*, traducido por Jorge Guerrero, vol. 1. Bogotá: Temis, 1999.
Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*, editado por Alberto Bercovitz, 7.ª edición. México D. F.: Porrúa, 1981.
Guillén e Igual, Bartolomé. *La letra de cambio*, 2.ª edición. Barcelona: Bosch, 1957.
Helo Kattah, Luis. *De los títulos-valores en general.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1973.
International Organization of Securities Commissions [Iosco]. "Objectives y Principles of Securities Regulation", documento, septiembre de 1998.
L. 84/1873 [C. C.].
L. 46/1923.
L. 1/1980.
L. 51/1990.
L. 363/1997.
L. 489/1998.
L. 527/1999.
L. 964/2005.
L. 1231/2008.

L. 1564/2012.

Laguado Monsalve, Darío. "Los grupos de interés económico". *Revista de Derecho Económico*, n.° 2 (1984): 125.

Legón, Fernando. *Letra de cambio y pagaré*. Buenos Aires: Ediar, 1966.

"Listado de costumbres mercantiles". *Cámara de Comercio de Bogotá*, última modificación s. f. https://www.ccb.org.co/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles#:~:text=%E2%80%9CEn%20Bogot%C3%A1%2C%20D.%20C.%2C%20la,de%20incumplimiento%20de%20las%20obligaciones.

Lopera Salazar, Luis Javier. Teoría general y especial de los títulos valores y su aplicación en la legislación colombiana. Medellín: Pluma de Oro, 1978.

Lopera Salazar, Luis Javier. "Títulos en blanco", en *Comentarios a los títulos valores*. Bogotá: Dike y Librería Jurídica Wilches, 1983.

Lopera Salazar, Luis Javier. "Prescripción y caducidad de las acciones derivadas del cheque", en *Comentarios a los títulos valores.* Bogotá: Dike y Librería Jurídica Wilches, 1983.

Loss, Louis. *Fundamentals of Securities Regulation*, 2.ª edición. Boston: Little, Brown and Company, 1988.

Muñoz, Luis. *Títulos-valores crediticios: letra de cambio, pagaré y cheque*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956.

Peña Castrillón, Gilberto. *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular. Panorama latinoamericano*, 2.ª edición. Bogotá: Temis, 1981.

Peña Castrillón, Gilberto. *Ensayos sobre títulos valores: guías académicas para estudiantes*. Bogotá: s. e., 2003.

Peña Castrillón, Gilberto. *Algunas falacias interpretativas de los títulos valores*. Bogotá: Temis, 1985.

Posner, Richard A. *El análisis económico del derecho*, traducido por Suárez, Eduardo L. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Posse Arboleda, León. *Notas sobre los títulos valores en el nuevo Código de Comercio*, 3.ª edición. Bogotá: Temis, 1980.

Remolina Angarita, Nelson; y Peña Nossa, Lisandro. *De los títulos valores y de los valores en el contexto digital*. Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2011.

Rengifo, Ramiro. *La letra de cambio y el cheque*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1977.

Rengifo, Ramiro. *Títulos valores*, 11.ª edición. Medellín: Librería Señal Editora, 2005.

Res. 42/2020, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [DIAN].
Res. 15/2021, DIAN.
Res. 980/2007, Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional.
Res. 400/1995, Superintendencia de Valores.
Res. 1200/1995, Superintendencia de Valores.
Res. 137/2001, Superintendencia de Valores.
Robledo Uribe, Emilio. *Instrumentos negociables.* Bogotá: Ediciones Lito Lucros, 1969.
Salazar Grillo, Arturo y Arango, José María. *Instrumentos negociables*. Bogotá: Temis, 1969.
Semana. "Bono, bonito y barato". *Semana*, abril del 2005, https://www.semana.com/bono-bonito-barato/72127-3/.
Superintendencia de Valores, Del. Emisores, Conc. 20005-770, jun. 21/2000.
Superintendencia Financiera, Conc. 2006011868-001, abr. 18/2006.
Superintendencia Financiera, Conc. 2007002466-001, feb. 1/2007.
Supino, David y De Semo, Jorge. *De la letra de cambio, del pagaré cambiario y del cheque*, coordinado León Bolaffio, Alfredo Rocco y Vivante, César, tomo VIII, vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 1950.
Torrado Angarita, Jorge, "La nueva estructura legal del mercado de valores. ¿Constituye realmente un avance?", documento de trabajo de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, 2005.
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. [TSDJB], S. Civil, Sent. ago. 2003, Rad. 1100131030092001 0864 01. M. P. Manuel José Pardo Caro.
TSDJB, S. Civil, Sent. jun. 26/2009, Rad. 2007 0140 01. M. P. Liana Aída Lizarazo V.
TSDJB, S. Civil, Sent. feb. 7/2008. M. P. Édgar Carlos Sanabria Melo.
TSDJB, S. Civil, Sent. jul. 1/2008. M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.
TSDJB, S. Civil, Sent. ago. 1/2008, Ref. 23-200600052 01. M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.
TSDJB, S. Civil, ago. 29/2008, Ref. Ejecutivo con título hipotecario del Banco Granahorrar vs Juan de Jesús Sabogal Calderón y otros. M. P. Nancy Esther Angulo Quiroz.
TSDJB, S. Civil, Sent. sept. 26/2008. M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.
TSDJB, S. Civil, Sent. jun. 26/2009, Rad. 2007 0140 01. M. P. Liana Aída Lizarazo V.
Vivante, César. *Tratado de derecho mercantil*, tomo III, 5.ª edición, traducido por Espejo de Hinojosa, Ricardo. Madrid: Reus, 1932.

Capítulo XII

Propiedad intelectual*

Tatiana González A.

La Constitución Política de Colombia consagra la protección a la propiedad intelectual en su artículo 61, al señalar: "El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley". Así mismo, el artículo 671 del Código Civil dispone que las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores y que dicha propiedad se regirá por leyes especiales.

La propiedad intelectual comprende el derecho de autor y la propiedad industrial. En razón a ello, este capítulo se ocupa de diferentes aspectos como la definición del derecho de autor y qué se entiende por autor, sus formalidades, la titularidad, los derechos morales y patrimoniales, la transmisión del derecho de autor, el derecho penal y derecho de autor, las diferencias entre la propiedad industrial y el derecho de autor, las patentes, patentes de modelo de utilidad, marcas, diseños industriales y secretos empresariales.

Es importante destacar la gran importancia que tiene la propiedad intelectual para el empresario, sobre todo en un mundo en el que cada día aumentan las creaciones y donde las empresas deben saber qué decisión tomar con respecto a su protección, ya que, de lo contrario, pueden terminar en manos de su competencia afectándose el respeto a la labor intelectual de cada individuo.

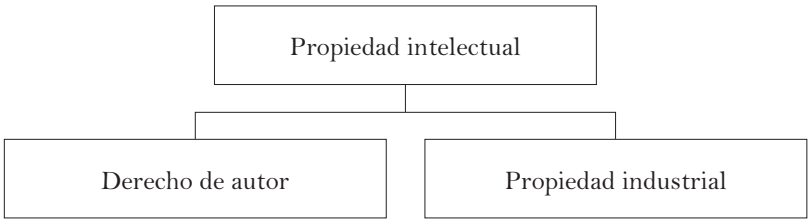
El empresario debe promover e incentivar la investigación para producir innovaciones o creaciones que harán parte de los activos comerciales de su empresa; además, con ello genera empleo y ayuda al desarrollo

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.748.

de la industria y, en de una u otra forma, a la protección del consumidor quién está interesado en adquirir productos innovadores y de buena calidad.

A continuación se presenta una breve referencia al derecho de autor y posteriormente nos ocupamos del análisis de la propiedad industrial, objeto central de este capítulo.

Figura 1. Propiedad intelectual



Fuente: elaboración propia.

El derecho de autor

En los países del *common law* (Inglaterra y EE. UU, entre otros), al derecho de autor se le denomina *copyright* literalmente derecho de copia. En los países de tradición jurídica latina se le conoce, además de derecho de autor, como propiedad intelectual o literaria. Sin embargo, algunos afirman[1] que no debe asimilarse la propiedad intelectual al derecho de autor, pues este es una de las formas de aquella.

En Colombia, la Constitución Política protege el derecho de autor, como ya se mencionó. Adicionalmente, existen normas que regulan esta materia[2] principalmente la Ley 23 de 1982 y 1915 del 2018.

[1] Felipe Rubio Torres, *Manual básico de gestión de los derechos de propiedad intelectual para las micro, pequeñas y medianas empresas colombianas* (Bogotá: USAID, 2008), 16.

[2] En el ámbito nacional: Constitución Política, en adelante C. N., art. 61; L. 23/1982, modificada por la L. 44/1993 y L. 98/1993; L. 1915/2018, L. 1801/2016 y L. 1955/2019; L. 84/1873, en adelante C. C., art. 671; Código General del Proceso: L. 1564/2012, en

Definición

El derecho de autor tiene por objetivo proteger las creaciones científicas, literarias y artísticas, mientras los derechos conexos protegen las creaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Es importante destacar dos características principales: el derecho de autor nace con la creación de la obra[3], es decir, no requiere de registro ante una autoridad para su protección, contrario a lo que sucede en algunos países; y no requiere cumplir con ciertos requisitos como la novedad o la aplicación industrial, pues tan solo se requiere de la creatividad del autor para gozar de dicha protección.

La doctrina ha señalado que es "la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultante de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales"[4].

La Corte Constitucional, en la sentencia C-053 del 2001[5], afirmó acerca de los derechos de autor y los derechos conexos que "son aquellos que surgen en virtud de la relación entre personas naturales creadoras de obras originales, sean éstas literarias, artísticas o científicas".

En síntesis, las características del derecho de autor son tres:

1. Protege principalmente las obras artísticas, literarias o científicas.
2. Su protección surge desde el momento de la creación.
3. No requiere de formalidades o requisitos específicos para su protección.

---

adelante CGP, art. 390; Código Penal: D. 1400/1970, en adelante CPC, arts. 270, 271 y 272; entre otras. En el ámbito de la Comunidad Andina, Decisión Andina 351 de 1993.

[3] Obra: es "toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma": Comisión de la Comunidad Andina, Decisión Andina 351/1993, art. 3.

[4] Delia Lypszyc, *Derecho de autor y derechos conexos* (Buenos Aires: Unesco, Cerlalc y Zavalia, 2007), 11.

[5] C. Const., Sent. C-053, ene. 24/2001. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

Definición de autor

El autor es la persona física que realiza la creación intelectual. El artículo 10 de la Ley 23 de 1982 dispone que:

> se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, que aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, interpretación o en cualquier otra forma de difusión pública de dicha obra.

Dentro de los derechos que goza el autor, podemos nombrar los siguientes:

1. El autor tiene un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable para divulgar la obra (hacerla conocer en público).
2. Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento para que se indique su nombre o seudónimo cuando la obra se publique.
3. Derecho a que no sea deformada, mutilada ni destruida.
4. A retirarla de circulación o a suspender cualquier forma de utilización, así lo hubiere autorizado previamente[6].

Es importante mencionar que estos derechos no pueden ser renunciados ni cedidos, y que se denominan derechos morales.

Por su parte, los derechos patrimoniales se refieren a los beneficios económicos que el autor percibe por el aprovechamiento de su obra. Dentro de esos derechos se encuentra la reproducción de la obra, es decir, que el autor es libre para que él o un tercero, con su autorización, reproduzca la obra por cualquier procedimiento, la comunique al público por cualquier medio, incluyendo la puesta a disposición, la distribuya y la transforme.

A diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales pueden ser transferidos a título gratuito u oneroso a otras personas, naturales

[6] L. 23/1982, art. 30.

o jurídicas. A este respecto, el artículo 30 de la Ley 1450 del 2011, que modificó el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, dispuso:

> Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia. Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Ahora bien, autor solo puede ser la persona natural (física) que crea la obra, pues las personas jurídicas no pueden expresar su pensamiento. Por ende, solo pueden ser cesionarios o causahabientes (personas naturales o jurídicas a quienes por cualquier título se transmiten los derechos reconocidos) de los derechos patrimoniales de autor[7].

En cuanto a la titularidad de derechos cuando existe una relación de trabajo o un contrato de prestación de servicios, el artículo 28[8] de la Ley 1450 del 2011 modificó el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, como sigue:

> En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador,

[7] L. 23/1982 y Comisión de la Comunidad Andina, Decisión Andina 351/1993.

[8] Nota de vigencia del artículo 28, L. 1450/2011: "El texto de este artículo, al no haber sido derogado expresamente, continuará vigente hasta que sea derogado o modificado por norma posterior, según lo dispuesto por el artículo 336 de la Ley 1955 del 2019, 'por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022', publicada en el Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019".

> según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a [*sic*] este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones.

En conclusión, frente a la titularidad de los derechos cuando existe un contrato laboral o de prestación de servicios, se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales se han transferido al encargante o empleador siempre que el contrato conste por escrito.

Ahora bien, el artículo 169 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022[9], establece, con respecto a los derechos de propiedad intelectual que resulten de proyectos de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones financiados con recursos públicos, que:

> el Estado como titular de los derechos de propiedad intelectual derivados de estos proyectos podrá ceder dichos derechos a través de la entidad financiadora, y autorizará su transferencia, comercialización y explotación a quien adelante y ejecute el proyecto, sin que ello le constituya daño patrimonial. Las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato o convenio. En todo caso, el Estado, a través de la entidad financiadora, se reserva el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés público […].
>
> Parágrafo. Cuando en el respectivo contrato o convenio se defina que el titular de derechos de propiedad intelectual es quien adelante y ejecute el proyecto, y este realice la explotación de dichos derechos, obteniendo ganancias económicas, deberá garantizar al Estado, a través de la entidad financiadora, un porcentaje de las ganancias netas obtenidas en la explotación de la propiedad intelectual de la cual es titular, porcentaje que deberá ser acordado por mutuo acuerdo con el Estado, a través de la entidad financiadora. El Estado a través de la entidad financiadora,

9 Presidencia de la República, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "pacto por Colombia, Pacto por la equidad", art. 169.

deberá invertir los dineros obtenidos, en programas y proyectos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones.

En cuanto a la cesión de derechos, la Decisión 351 y la Ley 23 de 1982 han dispuesto: "Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo"[10]. "Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás"[11] y la "interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo"[12]. Lo anterior supone que, si la autorización que concede el autor es para publicar una obra en medios impresos, no puede entenderse que también se concede la autorización para publicar la obra en medios digitales como el e-Book.

Formalidades

Como lo hemos mencionado, la protección del derecho de autor nace desde la creación de la obra y no requiere de formalidades como el registro ante una autoridad para gozar de protección. Lo anterior no significa que el depósito legal, el registro de la obra o el de los actos y contratos alteren este derecho mientras estos últimos no sean una condición imprescindible para el ejercicio de este. Bien lo ha señalado la ley colombiana[13]: la protección que esta ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera de registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen.

[10] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión Andina 351/1993, art. 31.

[11] L. 23/1982, art. 77.

[12] Ibídem, art. 78.

[13] Ibídem, art. 9.

Sin embargo, en Latinoamérica existen países cuya regulación exige ciertas formalidades como el cumplimiento del registro ante una autoridad para que el autor goce de ciertos derechos. Entre ellos, cabe mencionar a Nicaragua, Panamá y Uruguay donde rige el registro como condición para la constitución y existencia del derecho. En Nicaragua, el artículo 831 del Código Civil[14] prescribe que "para adquirir la propiedad, el autor o quien lo represente debe ocurrir al Ministerio de Fomento, a fin de que sea reconocido legalmente su derecho". En Panamá, el artículo 1912 del Código Administrativo[15] dispone que: "para disfrutar de los beneficios del presente título se requiere que el interesado pida y haga la inscripción respectiva en el Registro, dentro del término y con las formalidades que en el presente capítulo se expresan". Finalmente, en Uruguay, el artículo 6 de la Ley de propiedad literaria y artística establece que: "para ser protegido por esta ley es obligatoria la inscripción en el registro respectivo"[16].

El depósito legal en Colombia puede definirse como el acto por medio del cual se entregan unos ejemplares de las obras a ciertas entidades, en el plazo fijado por la ley (dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la publicación, comunicación pública, reproducción o importación). Los editores de obras impresas deben depositar dos ejemplares en la Biblioteca Nacional de Colombia, un ejemplar en la Biblioteca del Congreso y un ejemplar en la Hemeroteca Nacional de la Universidad Nacional de Colombia.

El origen del depósito legal es la Ley 1 de 1834, por medio de la cual el Senado y la Cámara de Representantes de la Nueva Granada determinaron que "se impone a todos los impresores de la Nueva Granada la obligación de remitir a la biblioteca de la capital de la República, un ejemplar, bien sea libro, cuaderno, hoja suelta, o impreso de cualquier otra especie […]"[17]. Actualmente, el depósito legal se encuentra regulado por la Ley 44 de 1993, modificada por la Ley 1915 del 2018, el Decreto 1080 del 2015 y la Ley 1379 del 2010.

[14] C. C. Nicaragua, art. 831.

[15] C. Administrativo, Panamá, art. 1912.

[16] Lypszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, 536.

[17] Biblioteca Nacional de Colombia y Ministerio de Cultura, "Depósito legal. Normas" (documento informativo, 2008), https://camlibro.com.co/wp-content/uploads/PDF/deposito_legal.pdf.

El Registro Nacional del Derecho de Autor tiene dos objetivos:

1. Dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que se transfieren o cambien ese dominio amparado por la ley.
2. Brindar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derechos de autor y derechos conexos y a los actos y documentos que a ellos se refiere[18].

En Colombia, la Dirección Nacional de Derecho de Autor es el organismo que presta el servicio de registro, tanto de los contratos como de los actos relacionados con el derecho de autor y derechos conexos. El depósito legal y el registro de obras en Colombia no son obligatorios para predicar la protección del derecho de autor. Este último es obligatorio únicamente para los actos o contratos en virtud de los cuales se enajene el derecho de autor o los derechos conexos, como condición de publicidad y oponibilidad ante terceros[19].

El derecho penal y los derechos de autor

El derecho penal es uno de los mecanismos por los cuales se garantiza la protección de los derechos de autor. En el Código Penal colombiano, existen tres artículos: art. 270 (violación a los derechos morales de autor); art. 271 (violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos y art. 272 (violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos y otras defraudaciones).

Diferencias entre la propiedad industrial y los derechos de autor

Antes de iniciar el estudio de la propiedad industrial, es importante recordar las diferencias entre esta y los derechos de autor. Así, mientras la propiedad industrial exige ciertos requisitos como, por ejemplo, en las

[18] L. 44/1993, modificada por la L. 1915/2018.

[19] L. 44/1993.

patentes de invención: novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, los derechos de autor se protegen por el solo hecho de existir la creación de la obra. En ese sentido, se le reconocen a su autor los derechos morales, esto es, que principalmente se mencione su nombre como autor. En la propiedad industrial, el reconocimiento como inventor está directamente relacionado con la solicitud que de tal condición se haga.

Así mismo, los derechos de autor tienen protección universal y perdurable en el tiempo (80 años después de la muerte), mientras que en la propiedad industrial la protección puede darse por 10 y 20 años, aproximadamente, tiempo que puede variar en cada caso. Son objeto del derecho de autor las obras literarias, artísticas y científicas, en cuanto en la propiedad industrial nos referimos a invenciones industriales y signos distintivos. En ese sentido, los primeros reflejan más la personalidad del autor mientras que los segundos tienen que ver más con el aprovechamiento económico, en la medida que su interés es más social que particular.

Propiedad industrial

Se encuentra regulada principalmente en la Decisión Andina 486 del 2000, en la Constitución Política, el Código de Comercio y el Código Civil. Con respecto a los instrumentos internacionales podemos mencionar el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, el Convenio de París, el Acuerdo sobre los ADPIC y el Arreglo de Niza, entre otros.

La propiedad industrial protege diversos tipos de bienes intelectuales, los cuales se dividen en: nuevas creaciones y signos distintivos. Dentro de las nuevas creaciones se analizan las patentes de invención, las patentes de modelo de utilidad, los secretos empresariales y los diseños industriales, y dentro de los signos distintivos haremos referencia específicamente a las marcas y a los lemas comerciales.

Patentes de invención

La patente de invención es un título que emite una autoridad nacional (la Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]), por medio del cual su titular obtiene un derecho de explotación exclusivo durante un

tiempo determinado (20 años, no renovables). Para otorgar una patente, se deben cumplir ciertos requisitos: novedad, nivel inventivo y aplicación industrial.

Requisitos para otorgar una patente

Novedad. Puede decirse que su definición se da en sentido negativo, pues la Decisión 486 del 2000[20] dispone que una invención no se considera nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. Por estado de la técnica se entiende todo lo que ha sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o por cualquier otro medio, antes de la fecha de presentación de la solicitud de la patente o, en su caso, de la prioridad reconocida[21]. Esto quiere decir que una invención es nueva cuando no existe un producto o procedimiento igual, por lo que no se cumple este requisito si se comprueba que efectivamente existe con anterioridad.

Nivel inventivo. Se considera que una invención tiene nivel inventivo si para una persona del oficio, normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiera resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica. Es decir que la persona del oficio (que tiene un conocimiento superior al del público en general en el campo de la materia de que se trate) no puede llegar al mismo resultado a partir de conocimientos generales o de simples operaciones. Por ello, se señala que la invención es un salto cualitativo en la formulación de una regla técnica. La solución no puede derivarse de manera evidente del estado de la técnica.

Aplicación industrial. Se estima que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a

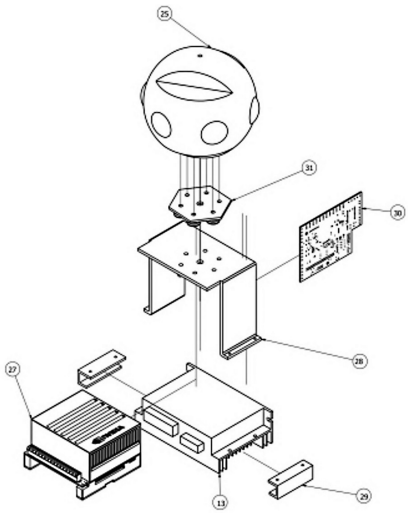
[20] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000, art. 16.

[21] La prioridad consiste en que el solicitante tiene un derecho a doce meses para realizar el depósito en otros países miembros del Convenio de París o de la Organización Mundial del Comercio.

cualquier actividad productiva[22]. A título de ejemplo, como solicitudes de patentes de invención en Colombia, podemos relacionar las siguientes[23]:

> Robot para inspecciones seguras en espacios confinados: La presente solicitud se refiere a un dispositivo robótico móvil para el monitoreo de espacios confinados. En particular, la presente invención se refiere a un dispositivo robótico que cuenta con un brazo modular extensible tipo tijera a lo largo del cual se fijan mangueras que cuentan con puntos de inhalación o succión que están controlados por válvulas y por donde ingresan muestras de gases, las cuales son transportadas por dichas mangueras hasta un módulo de medición de gases. El dispositivo robótico mantiene comunicación en tiempo real con el exterior y es capaz de resistir atmósferas altamente corrosivas y que pueden llegar a ser explosivas[24].

Figura 2. Ejemplo 1



Fuente: Gaceta de Propiedad Industrial 964, jun. 10/2022, SIC.

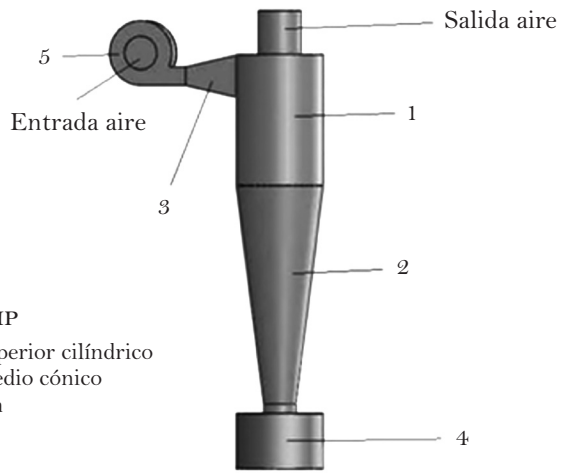
[22] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000, art. 19.

[23] Se debe tener en cuenta que son solicitudes de patente de invención que no han surtido el examen previo: Gaceta de Propiedad Industrial 964, jun. 10/2022, SIC.

[24] Ibídem.

Artefacto Electromecánico para colectar micropartículas del aire desde una micra: La presente invención se refiere a un artefacto compuesto por un cuerpo cilíndrico (1) en su parte superior con una salida cilíndrica y una entrada tangencial rectangular, este se encuentra acoplado a un cuerpo cónico intermedio (2) y en su parte inferior está la salida de partículas acoplado con un depósito (4), a la entrada superior tangente se acopla un ventilador centrífugo (5) por medio de una transición (3) para darle presión al ciclón[25].

Figura 3. Ejemplo 2



CICLON 1 MP

1. Cuerpo superior cilíndrico
2. Cuerpo medio cónico
3. Transición
4. Depósito
5. Ventilador

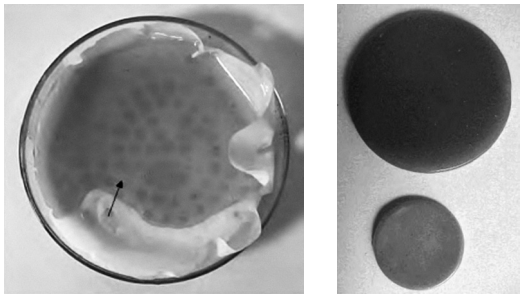
Fuente: Ibídem.

Proceso de reciclaje de residuos de poliestireno expandido y producto obtenido de dicho proceso: La presente invención se refiere a un proceso de reciclaje de residuos de poliestireno expandido (EPS) mediante el empleo de solventes naturales como el d-limoneno y el aceite de eucalipto, que da lugar a un producto funcional, más rígido que el convencional, además del aprovechamiento del residuo[26].

[25] Ibídem.

[26] Ibídem.

Figura 4. Ejemplo 3



Fuente: Ibídem.

Clases de invenciones

Podemos mencionar las invenciones de productos y las invenciones de procedimiento. La invención de producto está conformada por un objeto que tiene ciertas características carentes en otros productos similares como, por ejemplo: un material, una máquina, un aparato entre otros. La invención de procedimiento, por su parte, protege, como su nombre lo indica, el proceso (las etapas o los pasos) mas no el resultado, pues este último generalmente deriva en un producto.

No pueden patentarse las invenciones que consisten en un nuevo uso (segundo uso). Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el artículo 16 de la Decisión 486 del 2000, no son objeto de una nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial[27].

Invenciones que no se consideran patentables

Dentro de las principales invenciones que no se consideran patentables, se encuentran aquellas que van en contra del orden público o la moral

[27] Se recomienda ver el caso Viagra/Pfizer: CE, S. de lo Contencioso Administrativo, nov. 13/2008, Exp. 2000-06608. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

o que deban impedirse para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales, para preservar los vegetales o el medio ambiente[28].

Es importante tener en cuenta qué no se consideran invenciones[29]:

1. *Los descubrimientos*, pues aportan conocimientos novedosos mientras que la invención da una solución a un problema técnico. Por ende, si se descubre una proteína en la saliva de los vampiros, esta no puede patentarse, pero si se aísla y se utiliza en la fabricación de un medicamento anticoagulante, el medicamento sí puede patentarse[30].
2. Las teorías científicas y los métodos matemáticos, pues, al ser especulaciones y no tener aplicación industrial, no son patentables.
3. El todo o las partes de seres vivos como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o el que pueda ser aislado, inclusive el genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural. Por ejemplo: una bacteria cuya reproducción en un laboratorio no puede patentarse, pero sí el procedimiento para la obtención de la vitamina B12 para la cual se utiliza esta bacteria[31].
4. Las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor.
5. Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales.
6. Los programas de ordenadores o el soporte lógico, ya que son protegidos por el derecho de autor[32].
7. Las formas de presentar la información.

[28] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000, art. 20.

[29] Ibídem, art 15.

[30] Juan David Castro García, *La propiedad industrial* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 280 y 281.

[31] Ibídem, 281.

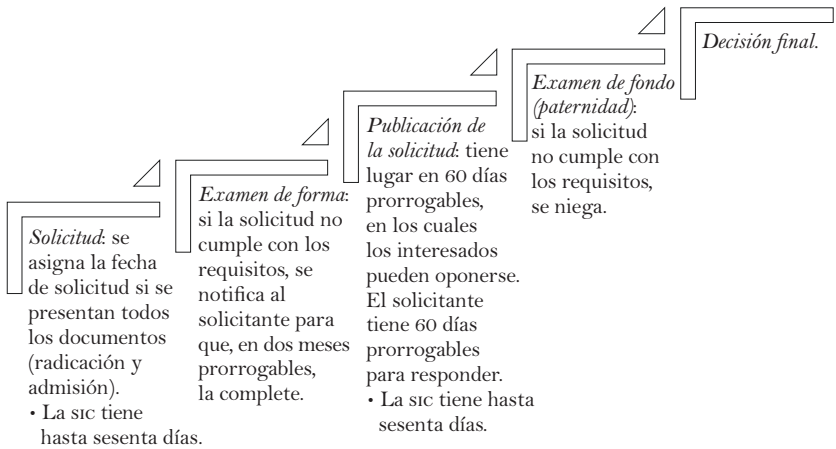
[32] Al respecto debemos señalar que las invenciones implementadas por computador si pueden ser patentables. Al respecto, la SIC ha señalado que: "Una invención implementada por computador es aquella que para su puesta en práctica requiere la utilización de un ordenador, red informática u otro aparato programable en los que la ejecución de al menos un programa informático produce un efecto técnico que forma parte de la solución al problema técnico planteado. Este tipo de invenciones son las relacionadas con el campo de la electrónica que tienen un efecto más allá que la simple interacción generada una vez

Titularidad de la patente

Si Juan y Ana realizan una invención independientemente el uno del otro ¿quién será su titular? La titularidad se le concederá a quien primero presente la solicitud o que invoque la prioridad de fecha más antigua. Los titulares de la patente pueden ser personas naturales o jurídicas y el derecho a la patente pertenece al inventor. Varias personas pueden ser titulares de la patente, en cuyo caso el derecho les pertenece en común a todas ellas.

Procedimiento para obtener una patente

Figura 5. Procedimiento para obtener una patente



Fuente: elaboración propia.

---

se ejecuta en una computadora. Lo anterior, dado que aplica materiales y dispositivos en el diseño y la construcción de circuitos electrónicos para resolver problemas prácticos desde la electrónica y, al mismo tiempo, desde la informática en el diseño del *software* para su control": José Luis Salazar López, "*¿Por qué se patentan las invenciones implementadas por computador?*" *SIC*, última modificación s. f., acceso el 20 de junio del 2022, https://www.sic.gov.co/ruta-pi/mayo31/por-que-se-patentan-las-invenciones-implementadas-por-computador#:~:text=Definici%C3%B3n%20Una%20invenci%C3%B3n%20implementada%20por%20computador%20es%20aquella,parte%20de%20la%20soluci%C3%B3n%20al%20problema%20t%C3%A9cnico%20planteado.

Derechos del titular

Una vez se concede la patente, el titular tiene el derecho de explotación exclusiva, es decir, puede actuar contra las personas que pretendan utilizar el producto o procedimiento sin su autorización. Es importante tener en cuenta que existen ciertos límites que permiten utilizar la patente sin autorización de su titular, entre ellos: investigación, ámbito privado sin fines comerciales y experimentos con fines de enseñanza o investigación.

El titular de la patente no puede impedirle a un tercero que realice actos de comercio con respecto a un producto protegido por la patente que se haya introducido en el comercio de cualquier país[33]. Es decir que, si el titular le vende el producto patentado a un tercero, este está autorizado a revenderlo y aquel no tiene permitido impedírselo. Por último, tiene derecho de paternidad, lo que supone que el inventor debe ser mencionado en la patente o también que puede oponerse a esa mención.

Obligaciones del titular

El titular de la patente tiene derechos y obligaciones. Una de ellas consiste en explotar la patente por sí mismo o a través de una tercera persona. Cabe preguntar ¿qué entendemos por explotación? La Decisión Andina[34], en su artículo 60, dispone que se trata de la producción industrial del producto, el uso integral del procedimiento patentado o su distribución, y la comercialización o la importación.

Otra obligación implica el pago de las tasas anuales, lo que supone que si el titular no explota la patente o no paga, el Estado interviene para otorgar una licencia obligatoria a un tercero. Pueden señalarse como licencias obligatorias las siguientes:

1. *Licencia por falta de explotación*. Se presenta cuando el titular de la patente no la ha explotado (sin justa causa) dentro de los tres años contados a partir del otorgamiento, los cuatro años desde la solicitud (el que resulte mayor) o cuando se encuentre suspendida la explotación por más de un año. El solicitante de la

[33] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000, art. 54.

[34] Ibídem, art. 60.

patente debe probar que previamente intentó obtener la licencia contractual. La SIC tiene que informarle al titular lo referente a la solicitud y este dispone de sesenta días para presentar sus argumentos. Posteriormente, la SIC decide si concede o no la licencia al solicitante, quien puede ser una persona pública o privada. Si se concede la patente, el beneficiario debe explotarla dentro de los dos años contados a partir de la concesión de la patente, de lo contrario, la SIC puede revocarla.

2. *Licencia por razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional*. Este tipo de licencia se otorga únicamente, mientras las razones por las cuales se concede, sigan existiendo. Debe haber una declaración de la situación de interés público, emergencia o seguridad. Un ejemplo de ello puede ser, si por razones de salud pública, cierto medicamento es patentado de urgencia para atender a la comunidad porque no tiene un precio razonable.
3. *Licencia por prácticas que afecten la libre competencia*. Aplica por prácticas que afectan la libre competencia como el abuso de posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente. Debe existir una calificación oficial previa para poder otorgar este tipo de licencia.
4. *Licencias por dependencia con otras patentes*. Cuando el titular de una patente requiere el empleo de otra patente, que no ha podido obtener mediante una licencia contractual, para su explotación.

   Las anteriores licencias tienen ciertas características, entre ellas se pueden señalar que:
   - No son exclusivas, es decir, el Estado puede otorgar licencias a varias personas a la vez.
   - Una vez se conceden, no pueden sublicenciarse.
   - Pueden revocarse cuando las circunstancias dejan de existir.
   - Tienen limitación de tiempo dependiendo de las necesidades.
   - Son remuneradas.
5. *Nulidad y caducidad*. Nótese que el acto administrativo que concede la patente puede ser nulo. Existen causales de nulidad absoluta y causales de nulidad relativa. Dentro de las causales de nulidad absoluta podemos destacar las siguientes:
   a. Que se haya otorgado una patente que no cumpla los requisitos esenciales, es decir, que no sea novedosa, no tenga nivel inventivo y no sea susceptible de aplicación industrial.

b. Que se haya otorgado una patente que no pueda ser considerada una invención.
c. Que se haya otorgado una patente que vaya en contra del orden público o de la moral.
d. Si se configuran las causales de nulidad absoluta consagradas para los actos administrativos previstos en la legislación nacional. La nulidad absoluta puede ser decretada de oficio por la autoridad nacional competente, por solicitud de cualquier persona y en cualquier momento.

Los vicios de los actos administrativos que no generen nulidad absoluta, quedarán afectados por nulidad relativa. La autoridad competente puede declarar este tipo de nulidad dentro de los cinco años siguientes, contados desde la fecha de la concesión de la patente.

Existe otro tipo de nulidad, que se presenta por haberse concedido la patente a quien no tenía derecho de obtenerla. La persona que alega tener el derecho debe interponer la acción dentro de los cinco años contados desde la fecha de concesión de la patente o dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la persona que tiene derecho, tuvo conocimiento de la explotación (el que resulte primero).

La patente puede caducar por no pagar las tasas anuales establecidas por la SIC. Las tasas pueden pagarse por adelantado y la ley otorga un plazo de gracia de seis meses, contado desde la fecha de inicio del periodo anual correspondiente, tiempo en el que la patente mantiene plena vigencia.

Patente de modelo de utilidad

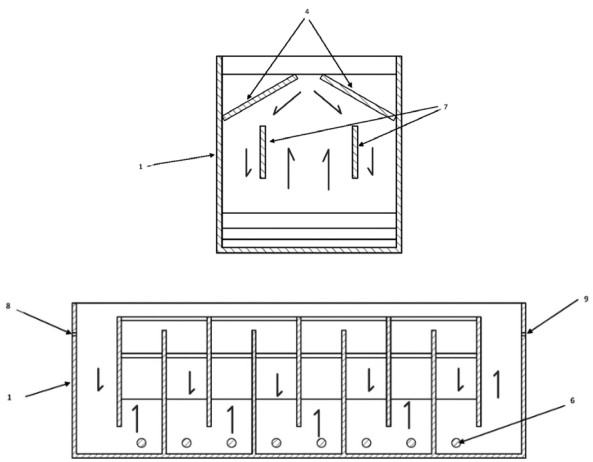
Se considera una patente de modelo de utilidad a:

- Toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de un objeto.
- Aquella que permita un mejor o diferente funcionamiento.
- Aquella que proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.

Dentro de las solicitudes sobre patentes de modelo de utilidad, podemos referir las tres siguientes[35]:

1. Nuevo Fotobiorreactor: La presente invención se refiere a un fotobiorreactor que comprende al menos un cuerpo transparente con aberturas para la entrada de agua residual y salida de agua tratada, unos medios de aireación, un conjunto de deflectores verticales conectados estructuralmente con las paredes y/o [*sic*] la base del cuerpo transparente y que conforman múltiples compartimentos conectados fluidamente entre sí que donde se cultivan organismos fotosintéticos, al menos una línea de salida de agua tratada y que se caracteriza porque además comprende unos deflectores longitudinales y unos deflectores inclinados que se conectan estructuralmente con el cuerpo transparente. La invención tiene los efectos beneficiosos de reducir los tiempos de producción de biomasa y reduce el consumo energético, ya que gracias a su configuración no requiere altas tasas de aireación para mantener una mezcla homogénea[36].

Figura 6. Ejemplo 4



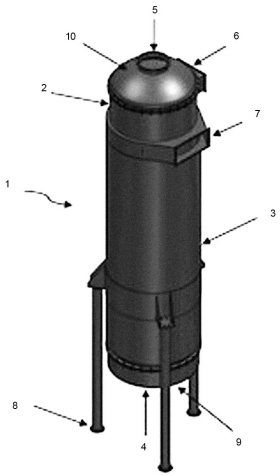
Fuente: Gaceta de Propiedad Industrial 964, jun. 10/2022, SIC.

[35] Se debe tener en cuenta que son solicitudes de patente de modelo de utilidad que no han surtido el examen previo: Gaceta de Propiedad Industrial 964, jun. 10/2022, SIC.

[36] Ibídem.

2. Intercambiador de calor para secado de productos alimenticios: Se describe un intercambiador de calor de tubos y coraza con orientación vertical para secado de productos alimenticios que tiene una cámara de combustión que se encuentra ubicada en el centro del intercambiador de calor con una pluralidad de tubos que lo rodean en paralelo, en el cual un fluido de servicio fluye internamente por la pluralidad de tubos. Además, comprende una junta de dilatación flexible acoplada en la parte superior de la cámara de combustión que permite absorber las dilataciones térmicas de este mismo. Y [*sic*] una pluralidad de deflectores que redirigen la trayectoria del flujo de un fluido de secado dentro del intercambiador de calor, en donde un conducto de entrada de servicio y un conducto de salida de servicio comunican de manera fluida el fluido de servicio, un conducto de entrada de secado y un conducto de salida de secado comunican de manera fluida el fluido de secado. Por lo que, la transferencia de calor se lleva a cabo de forma indirecta por conducción y convección entre el fluido de servicio y el fluido de secado[37].

Figura 7. Ejemplo *5*

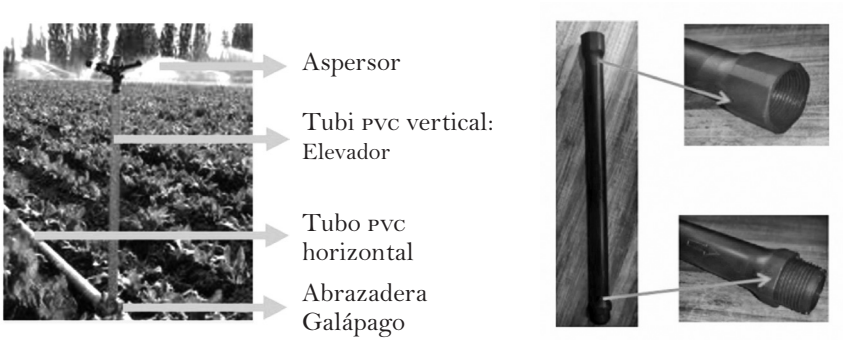


Fuente: Ibídem.

[37] Ibídem.

3. Elevador de riego: El modelo de utilidad objeto de la presente solicitud, está relacionado con el sistema de riego que tradicionalmente se usa en el sector económico de la agricultura, especialmente para abastecer de agua, las diferentes áreas que hacen parte de un cultivo[38].

Figura 8. Ejemplo 6



Fuente: Ibídem.

No se consideran modelos de utilidad: los procedimientos y las materias excluidas de protección por la patente de invención. Tampoco, las obras plásticas, arquitectónicas, ni los objetos que solo tengan carácter estético. Las principales diferencias entre la patente de invención y la patente de modelo de utilidad son:

1. *Duración*. La patente de modelo de utilidad se otorga por diez años, contados desde la fecha de presentación de la solicitud. La patente de invención se otorga por veinte años.
2. *Novedad*. En la patente de invención, el objeto o procedimiento debe ser nuevo, es decir, no encontrarse dentro del estado de la técnica. Se exige que el producto o procedimiento no exista, mientras, en el modelo de utilidad, el producto ya existe y lo que resulta nuevo es la mejora o efecto técnico que antes no tenía.

[38] Ibídem.

3. *Nivel inventivo*. El nivel inventivo en la patente de modelo de utilidad es de un nivel inferior al de la patente de invención. Sin embargo,

> para el Tribunal, los modelos de utilidad son invenciones que deben implicar una actividad creadora que provoque cierta dificultad de deducción para el experto en la materia. Por lo mínimo, se requerirá de un cierto progreso en la regla técnica que se pretende proteger como modelo de utilidad y no de una variación o modalidad insignificante en relación con lo ya conocido[39].

En fin, las disposiciones sobre patentes de invención son aplicables a las patentes de modelo de utilidad, excepto en cuanto a los plazos de trámite que se reducen a la mitad.

Marcas

Se entiende como marca cualquier signo apto para distinguir los productos o servicios de un empresario, de los productos o servicios de otro en el mercado. Hoy en día las marcas pueden constituir uno de los activos más valiosos de una empresa, pues, a través de ellas, el consumidor percibe el origen empresarial y la calidad de los productos o servicios que se le ofrecen.

Así, por ejemplo, dentro de las diez marcas más valiosas del mundo, según la clasificación de *BrandZ Top 100 Most Valuable Global Brands - 2021*[40], se encuentran:

1. Amazon, 683 852 millones de dólares.
2. Apple, 611 997 millones de dólares.
3. Google, 457 998 millones de dólares.
4. Microsoft, 410 271 millones de dólares.

[39] TJCA, proceso 07-IP-2004, citado en Castro García, *La propiedad industrial*, 360.

[40] Kantar, "BrandZ Top 100. Most Valuable Global Brands 2021", *Ranking. The Brands*, última modificación s. f. acceso el 20 de junio del 2022, https://www.rankingthebrands.com/The-Brand-Rankings.aspx?rankingID=6.

5. Tencent, 240 931 millones de dólares.
6. Facebook, 226 744 millones de dólares.
7. Alibaba, 196 912 millones de dólares.
8. Visa, 191 285 millones de dólares.
9. Mc Donalds, 154 921 millones de dólares.
10. Mastercard, 112 876 millones de dólares.

Principios del derecho marcario

El derecho marcario se encuadra dentro de varios principios fundamentales. El primero de ellos es el principio de territorialidad. Este establece que el registro de la marca tiene efectos en el país donde se solicitó y concedió. Con fundamento en lo anterior, es necesario señalar que:

> si bien la Comunidad Andina no ha establecido un sistema de marca comunitaria con validez en los cuatro países miembros del Tratado, sí ha previsto, en la figura de la oposición andina, la posibilidad de que un registro nacional en uno de los países miembros sirva de fundamento para oponerse al registro de la misma marca para productos idénticos o similares en cualquiera de los otros países miembros de la Comunidad por parte de una persona en cualquiera de los otros países andinos que no disponga de un registro de marca anterior en el país en el que formula su oposición[41].

Sin embargo, hay una excepción al principio de territorialidad y la constituyen las marcas notorias, cuyos efectos traspasan el territorio en el que se solicitó y concedió. Estas se abordan posteriormente.

El segundo principio del derecho marcario es el de especialidad. Según este la marca se protege únicamente con respecto a los productos o servicios señalados por el solicitante al momento de concederse el registro. Por ejemplo si, se va a registrar una marca denominada TG para perfumes, no es posible oponerse a que otra persona registre la misma marca TG para productos lácteos. Esto significa que puedo registrar la misma marca para diferentes productos o servicios, mientras no cause

[41] Castro García, *La propiedad industrial*, 53.

riesgo de confusión tal y como se explica más adelante. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, para las marcas notorias, este principio se analiza con reserva.

También pueden registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. Por ende, pueden constituir marcas[42]:

Tabla 1. Clasificación de las marcas

Clasificación de las marcas	Clasificación de las marcas (doctrinariamente)
Las palabras o combinación de palabras.	Marcas denominativas.
Las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, un color delimitado por una forma, combinaciones de colores, letras, números, emblemas y escudos.	Marcas figurativas.
Los sonidos.	Marcas sonoras.
Los olores.	Marcas olorosas.
La forma de los productos, sus envases o envolturas.	Marcas tridimensionales.
Cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.	Marcas mixtas.

Fuente: elaboración propia.

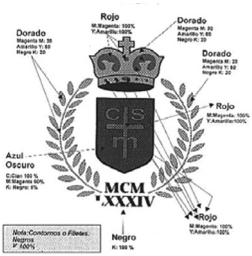
Es importante señalar que un color también se puede registrar como marca y el signo a proteger consiste en un color que está delimitado por una forma o una combinación de colores[43]. Adicionalmente, cuando pensamos en una marca no solo se hace referencia a la combinación de

[42] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000, art. 134.

[43] Véase el registro de marca al color verde (Pantone 183c) a Nestlé: SIC, "Superindustria concede el registro de la marca de color verde a Nestlé para identificar preparaciones a base de chocolate", *SIC*, última modificación s. f., acceso el 20 de junio del 2022, https://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-concede-el-registro-de-la-marca-de-color-VERDE-a-NESTLE-para-identificar-preparaciones-a-base-de-chocolate.

palabras, sino que pueden también constituir marcas los sonidos y los olores[44]. Veamos algunos ejemplos:

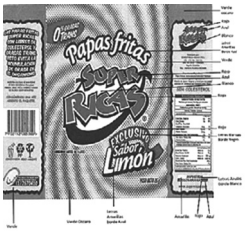
Ejercicio uno[45]. Clasifique el tipo de marca: (denominativa, mixta, etc.).
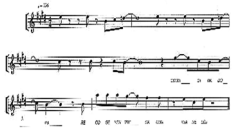












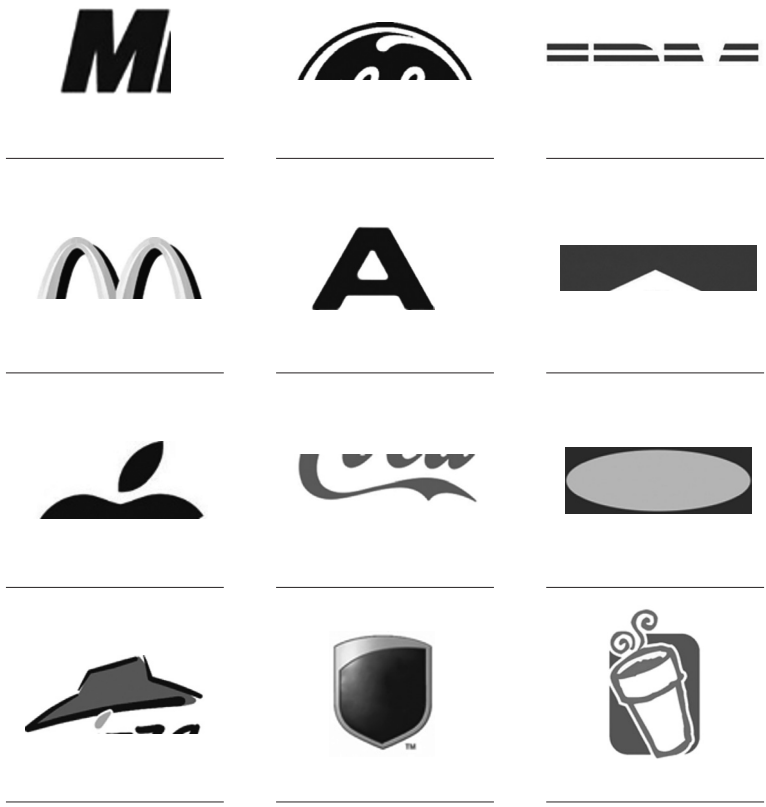
Jingle de Coordinadora Mercantil

[44] Las marcas denominativas, la doctrina las ha clasificado (Ricardo Metke, *Lecciones de propiedad industrial* [Bogotá: Baker and Mckenzie, 2001], 62) en: 1) marcas de fantasía: cuando son caprichosas y no tienen un significado propio, ejemplo: Kodak, Rexona; 2) marcas arbitrarias: cuando tienen un significado propio, pero no tienen relación con el producto que identifican, ejemplo: Piel roja, cerveza Águila; 3) marcas evocativas: hacen alusión a alguna calidad o característica del producto sin que sea el nombre preciso, ejemplo: Choco Krispis, Colcafé.

[45] Gaceta de la Propiedad Industrial 617, jun. 18/2010, SIC.

La distintividad de la marca permite que tan solo con mostrar algunas de sus partes, el consumidor pueda identificar los productos o servicios que aquella representa, como se ve en el ejercicio dos:

Ejercicio dos. Identifique la marca:



Requisitos para constituir una marca

El ejercicio anterior es un ejemplo claro del primer requisito que debe cumplir una marca, a saber, la distintividad. La marca debe ser suficientemente diferente de la de otros productos o servicios que existan en el mercado. El consumidor debe identificarla con el producto o servicio que representa y no debe crear confusión con respecto a su origen o alguna característica identificadora.

Como segundo requisito, las marcas deben ser perceptibles por medio de los sentidos. Los consumidores deben ser capaces de aprehender la marca por medios sensoriales. Finalmente, como tercer requisito, las marcas deben ser susceptibles de representación gráfica, ya sea en palabras, imágenes, la combinación de las anteriores, fórmulas químicas para las olfativas o con las notas de pentagrama para las sonoras.

Lemas comerciales

Los lemas comerciales son frases o leyendas que acompañan a una marca que identifica un producto o servicio. Como en el caso de las marcas, los lemas son registrables en la medida en que sean su complemento. Ejemplos: Unicentro, todo lo que quieres; Postobón, el sabor volvió al fútbol colombiano; Aguardiente Blanco[46] o del Valle, el blanco de todas las miradas; Pintuco, el color de la calidad; Universidad del Rosario, adelante en el tiempo; Super Ricas, sabor de verdad, verdad; Big Cola, *Be Happy*; Hershey's, la felicidad viene en trocitos; Monticello, placer mediterráneo y BCSC, tener un amigo es tenerlo todo.

Marcas colectivas y de certificación

Generalmente las marcas son utilizadas por una persona. Sin embargo, puede ocurrir que su uso se encuentre en cabeza de varias personas. Este es el caso de las marcas colectivas y de certificación. Las marcas colectivas son aquellas que distinguen el origen o cualquier característica común de productos o servicios, originados en personas o empresas diferentes. Al momento de realizar la solicitud, debe demostrarse la existencia legal de la asociación de las empresas o personas, aunque quién la administre vaya a ser solo una de ellas. El objetivo de este tipo de marcas apunta a que puedan agruparse las personas o empresas para comercializar o promocionar sus productos o servicios bajo una sola marca. Un ejemplo de ello es el Grupo AVAL.

[46] Gaceta de la Propiedad Industrial 617, jun. 18/2010; y Gaceta de la Propiedad Industrial 616, may. 20/2010, SIC.

Las marcas de certificación, por su parte, son aquellas que, además de diferenciar un producto o servicio, también garantizan su calidad, lo que hace que se diferencie de los demás. Al hacer la solicitud, se anexa un reglamento de uso, que contiene las disposiciones que establecen la diferencia con respecto al resto. El Estado permite el registro de estas marcas debido al interés de la comunidad, lo que explica que únicamente puedan ser titulares de estas marcas las empresas privadas o públicas.

Clasificación Internacional de Niza[47]

La clasificación de Niza es un instrumento internacional que reúne los diferentes productos en treinta y cuatro clases y los servicios en ocho. Así, en el momento en que se quiera registrar una marca, se debe acudir a ella para saber en qué grupo debe registrarse. Ejemplo de registro de la marca J & J:

Clase 25: Vestidos, calzado, sombrerería.
Tipo: Mixta.
Productos: Ropa-sport, calzado.
Fecha: 20/04/2010.



Es posible registrar una marca en diferentes clases por lo que debe presentarse una solicitud por cada una de ellas. Así, por ejemplo, si J & J también desea vender cosméticos, debe registrar su marca bajo la clase 3 que comprende: "preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; (preparaciones abrasivas) jabones; perfumería; aceites esenciales; cosméticos; decoradores, lociones para el cabello; dentífricos"[48].

Ahora, es importante tener presente que un empresario puede registrar con una misma marca productos o servicios diferentes, mientras no se presente riesgo de confusión o de asociación en el consumidor. Por ejemplo, perfectamente pueden coexistir las siguientes marcas:

[47] La Clasificación de Niza fue adoptada en Colombia mediante el D. 755/1972.

[48] Clasificación Internacional de Niza.

Figura 9. Ejemplo de coexistencia de marcas



Cerveza Corona



Chocolate Corona



Vajilla Corona



Calzado La Corona

Fuente: elaboración propia.

Procedimiento para el registro marcario

El derecho al uso exclusivo de la marca se adquiere con el registro, cuya duración es de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y puede renovarse por periodos sucesivos de diez años. La renovación debe solicitarla el titular del registro o quien tenga legítimo interés ante la oficina nacional competente (SIC) dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro. Sin embargo, existe un plazo de gracia de seis meses, contados desde la fecha de vencimiento del registro. La solicitud debe acompañarse de los comprobantes de pago de las tasas establecidas.

Para registrar una marca, deben seguirse los siguientes pasos:

1. La autoridad competente realiza un examen previo sobre el cumplimiento de los requisitos de forma y de registrabilidad dentro de los quince días siguientes a la solicitud.
2. La solicitud se publica en la Gaceta de Propiedad Industrial para conocimiento de terceras personas que, en caso de tener legítimo interés, podrán intervenir en el procedimiento dentro de los treinta días siguientes a la publicación.
3. La autoridad realiza un examen de fondo para conceder o denegar el registro. En este último caso, el interesado puede interponer un recurso de reposición y subsidiario de apelación.

Derechos que confiere el registro

Con el registro que, como se dijo, concede el derecho por diez años (renovables por un término igual y de forma indefinida), se adquiere el derecho al uso exclusivo. Sin embargo, el registro tiene excepciones como en las marcas notoriamente conocidas que no lo requieren para su protección y que se analizan posteriormente.

El titular tiene la facultad de autorizar el uso de la marca a un tercero, así como la de cederla mediante un contrato de licencia.

Causales de irregistrabilidad absoluta[49]

No pueden registrarse las marcas que carezcan de distintividad o que no sean susceptibles de representación gráfica. Las marcas no pueden ser contrarias a las buenas costumbres y al orden público y, por supuesto, no deben contrariar la ley. Un ejemplo sería utilizar como marca la bandera o el escudo de un país.

Así mismo, las marcas no pueden consistir en formas usuales de los productos o de los envases o en formas características impuestas por la función del producto o servicio. Ejemplo: no es posible registrar la forma redonda para identificar naranjas o balones. Tampoco pueden describir calidades, cantidades y características del producto, es decir, no podría registrar leche para leche, líquido para jugos o transparente para vidrios.

Pregunta: La marca Comodísimos para colchones, según lo anterior, ¿es registrable? Al respecto se ha señalado que

> la naturaleza del signo descriptivo no es condición *sine qua non* para descalificar *per se* un signo descriptivo; para que exista la causal de irregistrabilidad a que hacen referencia las normas citadas, se requiere que el signo por registrar se refiera exactamente a la cualidad común y genérica de un producto[50].

[49] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000, art. 135.

[50] Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Sent. ago. 7/1995, Proceso 7-IP-95, citada en el Código de Comercio de Legis.

Pregunta: ¿Pueden registrarse marcas en otros idiomas que sean comunes, genéricas o descriptivas de un producto o servicio[51]?

Tampoco constituyen marcas, aquellas que alguna vez fueron una expresión genérica o común, ya que, en un principio, pudieron tener suficiente distintividad, pero, con el paso del tiempo, su uso generalizado le hizo perder esta característica. Son marcas que han reemplazado el nombre del producto. Ejemplo de marcas que pueden perder su carácter distintivo: Pega Stick, Liquid Paper, Kleenex, Maizena, Vaselina.

Tampoco podrán registrarse las marcas que confundan o engañen al consumidor en cuanto a sus características u origen geográfico. Así, no es posible registrar un café producido en Colombia con la marca Café de Costa Rica. El registro de una marca que contraríe lo anterior, constituye causal de nulidad absoluta que tiene varias características: podrá ser interpuesta por cualquier persona y en cualquier tiempo.

Causales de irregistrabilidad relativa[52]

No podrá registrarse una marca idéntica o similar a una marca anteriormente solicitada o registrada por un tercero para los mismos productos o servicios. Tampoco puede solicitarse para productos, servicios, nombre comercial, rótulo, enseña o lemas comerciales con los que se pueda causar riesgo de confusión o asociación por su uso. Ejemplo: Finesse (Alpina) y Fitness (Nestlé) para yogurt[53]. Para establecer el riesgo de confusión, debe analizarse si existe confusión visual, fonética y conceptual, además de distinguir los mismos productos o servicios. En cuanto al riesgo de asociación, se debe tener en cuenta que el consumidor no asocie los productos o servicios que representa la marca con una empresa que no lo sea.

El registro de una marca que contraríe lo anterior representa causal de nulidad relativa que, a diferencia de la absoluta, debe interponerse

[51] Podrían registrarse mientras la marca no sea comprensible para la mayoría; sin embargo, es necesario verificar cada caso concreto.

[52] Para revisar las causales, véase el art. 136 de la Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000.

[53] Véase el caso Alpina *vs* Nestlé: CE, S. de lo Contencioso Administrativo, mar. 30/2000, Rad. 5393. C. P. Juan Alberto Polo Figueroa.

dentro de los cinco años siguientes a la fecha en que se concedió. De acuerdo con el artículo 137 de la Decisión 486, es causal de irregistrabilidad el hecho de que el registro de una marca se haya solicitado para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal.

Por último, la pérdida de vigencia del registro marcario se produce por la caducidad del registro, es decir, si no se pagan las tasas establecidas por ley y por no renovar el registro dentro del término estipulado (seis meses antes o seis meses después del vencimiento); por la renuncia del titular que puede ser parcial, es decir, que renuncia a algunos productos o servicios que ampara el registro; por la cancelación del registro emitida por autoridad competente como, por ejemplo, por el no uso de la marca (no uso sin justa causa dentro de un término de tres años) y si se decreta la nulidad del acto de concesión.

Signos notoriamente conocidos

Se les define como los reconocidos como tal en cualquier país miembro por el sector pertinente, independientemente de la forma o medio por el cual se hayan hecho conocer. La doctrina distingue entre esta y la marca renombrada. La marca renombrada es conocida por consumidores que pertenecen a mercados diversos de aquel en que se producen los productos diferenciados por la marca y además posee un *good will* muy alto[54].

Pregunta: Toda marca renombrada es notoria, pero no toda marca notoria es renombrada. (Verdadero) (Falso).

Un signo puede llegar a ser notorio o puede serlo y perder dicha característica. Para llegar a ser notorio, la autoridad competente debe tener en cuenta factores como el grado de conocimiento, la extensión geográfica y la duración de la utilización, el valor invertido en publicidad, los reportes de ventas, las franquicias, licencias y lo referente al comercio internacional. Sin embargo, lo anterior no significa que la autoridad competente pueda recurrir a otros factores, según cada caso concreto.

Los signos notoriamente conocidos tienen ciertas excepciones. Es así como no se requiere de registro para su protección y se protege independientemente de los productos que hayan sido designados para su

[54] Metke, *Lecciones de propiedad industrial*, 134.

registro. Por ende, si la marca notoria está registrada para bebidas gaseosas únicamente, un tercero no puede registrar esa misma marca para una clase distinta, por ejemplo ropa. Un tercero tampoco tiene permiso para registrar esa marca así no haya sido registrada en Colombia, pues su condición de "notoria" implica la protección. El titular de la marca puede solicitar, en su caso, la nulidad u oponerse al registro.

Diseños industriales

Los diseños industriales contribuyen al fortalecimiento y éxito de un producto, pues lo hacen más atractivo para el consumidor y pueden incidir positivamente en el aumento de las ventas. Se ha definido como:

> la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambien el destino o finalidad de dicho producto[55].

A partir de esta definición, podemos destacar varias características: el diseñador crea una forma que puede resultar de líneas o de cualquier forma que tenga dos o tres dimensiones; el diseño debe incorporarse a un producto, es decir, debe tener un soporte y, finalmente, la forma creada debe darle una apariencia especial al producto, sin que cambie su destino o finalidad. Es importante mencionar que el aspecto funcional del producto no es lo que se protege ni debe protegerse bajo esta modalidad, pues lo que se protege es el aspecto estético del producto.

Requisitos para otorgar un diseño industrial

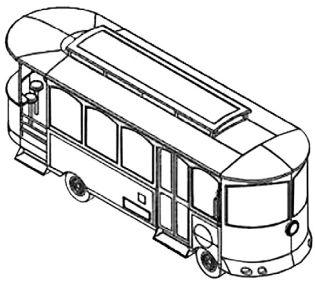
El primero consiste en que el diseño debe ser nuevo, lo que significa que antes de la fecha de solicitud o de la prioridad invocada, no debe haberse hecho accesible al público en cualquier lugar o momento mediante su descripción, utilización, comercialización o por cualquier otro

[55] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000, art. 113.

medio. Sin embargo, si el diseño ha sido divulgado dentro del año anterior a la solicitud o a la fecha de prioridad, no se considera que haya perdido la novedad. Veamos algunas solicitudes presentadas a la SIC de diseños industriales[56]:

1. Título: Bus; solicitante: Colombia Trolley S. A. S[57].

Figura 10. Ejemplo 7



Fuente: Gaceta de la Propiedad Industrial 627, abr. 20/2011, SIC.

2. Título: Motoneta; solicitante: Honda Motor Co, Ltda[58].

Figura 11. Ejemplo 8



Fuente: Ibídem.

[56] Estas solicitudes de diseño industrial no han surtido el examen previo: Gaceta de la Propiedad Industrial 627, abr. 20/2011, SIC.

[57] Ibídem, 675.

[58] Ibídem, 676.

3. Título: Envase; solicitante: Kenzo[59].

Figura 12. Ejemplo 9



Fuente: Ibídem.

Un diseño tampoco se considera nuevo si presenta diferencias secundarias con respecto a realizaciones anteriores o porque se trate de otra clase de productos. Ejemplo: al observar las tijeras, la única diferencia es la punta, luego, sí presentan diferencias secundarias, pero no son lo suficientemente diferentes para cumplir con el requisito de novedad.

Figura 13. Ejemplo 10



Fuente: SIC, *Guías de la Propiedad Industrial. Diseños Industriales. Esquemas de Trazado de Circuitos Integrados. Secretos Empresariales* (Bogotá: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y SIC, s. f.), 16.

[59] Ibídem, 668.

Otro requisito consiste en la apariencia particular, es decir, el diseño debe producir una impresión diferente a la que pueda producir un diseño ya existente a través de esos nuevos efectos que hacen atractivo el producto. El diseño debe tener un carácter aparente, es decir, debe ser perceptible por la vista y además debe estar materializado en algún soporte, puesto que las ideas no se encuentran protegidas por medio del diseño industrial.

Exclusiones de la protección

No se pueden registrar como diseños:

1. Los que contraríen la moral o el orden público.
2. Aquellos cuya apariencia se encuentre dictada por consideraciones de orden técnico o por la realización de una función técnica.
3. Aquellos que consistan únicamente en una forma cuya reproducción exacta sea necesaria para permitir que el producto que incorpora el diseño sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual forme parte. Es decir que, no podría registrarse el diseño de un tornillo, pues requiere de esa configuración para que sirva como tal.

Titular del diseño industrial

El derecho al registro del diseño industrial lo tiene el diseñador, quien puede transferirlo a un tercero por acto entre vivos o vía sucesoria. Así mismo, puede ser una persona natural o jurídica y, si varias personas realizan conjuntamente el diseño, el derecho corresponde en común a todas. Es importante mencionar que si dos o más personas desarrollan el mismo diseño, independientemente unas de otras, el registro se le concede a quien primero presente la solicitud o invoque la prioridad[60] de fecha más antigua.

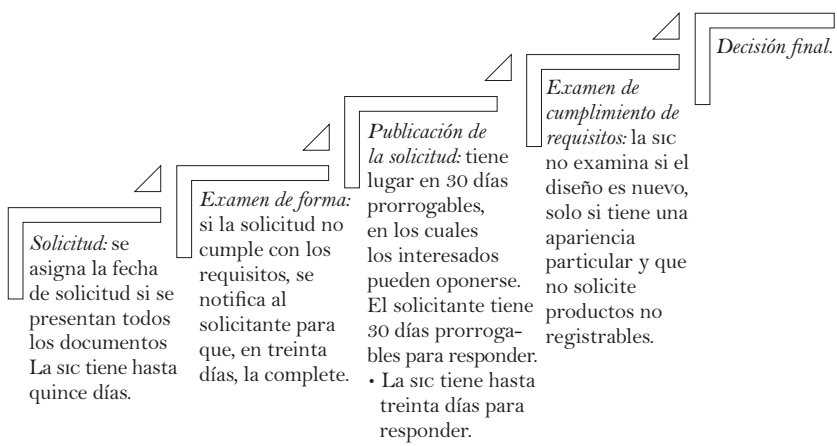
[60] Prioridad: Luego de que un diseño ha sido depositado por primera vez ante una oficina nacional, ese depósito origina un derecho de prioridad. Durante un plazo de seis meses, contado desde la fecha del primer depósito de un diseño en un país A, el solicitante podrá proceder al depósito de ese mismo diseño en un país B, sin que la novedad sea

El titular del diseño no puede ejercer su derecho con respecto a los actos que realicen terceras personas en el ámbito privado y con fines no comerciales, en la experimentación y en el ámbito académico e investigativo.

Procedimiento para registrar el diseño industrial

El registro de un diseño industrial tiene una duración de diez años, no prorrogables, desde la fecha de presentación de la solicitud. El registro otorga el derecho al titular de oponerse a la fabricación, venta o exportación por parte de terceros, del producto que incorpore el diseño. Sin embargo, el titular del diseño no podrá impedir a un tercero realizar actos de comercio con respecto a un producto que incorpore o reproduzca ese diseño, después de que ese producto se haya introducido en el comercio de cualquier país[61]. Esto significa que, si el titular le vende el producto a un tercero, este puede revenderlo y aquel no está facultado para impedírselo.

Figura 14. Procedimiento para registrar un diseño industrial



Fuente: elaboración propia.

---

afectada y, dado el caso, privando de un efecto de un depósito efectuado eventualmente por un tercero. Véase: Castro García, *La propiedad industrial*, 406.

[61] Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000, art. 131.

Así como para el registro de las marcas debe acudirse a la clasificación de Niza, para los diseños industriales debe acudirse al Arreglo de Locarno de 1968, el cual es un instrumento que reúne los diferentes diseños en treinta y dos clases y 223 subclases. Así, cuando se quiera registrar un diseño se deben establecer la clase y subclase a que corresponde.

Nulidad del derecho

Cualquier persona, en cualquier momento, puede interponer una acción de nulidad absoluta contra el registro de un diseño industrial, cuando este no cumple con los requisitos exigidos, explicados anteriormente, cuando se haya concedido para una materia excluida de protección o se configuren las causales de nulidad absoluta para los actos administrativos.

Secretos empresariales

¿Alguna vez se ha preguntado cuál es la receta de la Coca-Cola, de las papas fritas de McDonalds, del pollo KFC, del Baileys, de Burguer King, de Hershey's, Nestea, Pizza Hut, Starbucks, Subway o de Taco Bell? Estos ejemplos pueden constituir secretos empresariales, que se definen como cualquier información no divulgada, que una persona natural o jurídica tenga legítimamente, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida en que esta información[62]:

1. Sea secreta, en el sentido en que, como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva. Es decir, la información no puede ser divulgada y puede conocerla su titular o las personas que, por razones laborales o comerciales, deban conocerla.

[62] Ibídem, art. 260.

2. Tenga un valor comercial por ser secreta, es decir, que por ser secreta constituye una ventaja competitiva para su titular frente a los demás.
3. Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta, es decir, que tiene que ser objeto de medidas como acuerdos de confidencialidad, identificación de los documentos considerados como tal para establecer la custodia de estos, medidas de protección como puertas de acceso con sistemas de seguridad, etc.

Es importante mencionar que los secretos empresariales no están sujetos a registro, por ende, su protección depende de que cumplan las medidas requeridas.

Ámbitos de regulación de los secretos empresariales. Son diferentes áreas del derecho, distintas a la propiedad industrial, las que regulan el tema de los secretos empresariales.

Derecho de la competencia: en esta materia, el artículo 16 de la Ley 256 de 1996 dispone:

> *Violación de secretos*: Se considerará desleal la violación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente […]. Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Por su parte, la Decisión Andina 486 del 2000, artículo 262, dispone que se considera competencia desleal, explotar un secreto al que se ha tenido acceso con sujeción de reserva, por una relación contractual o laboral, comunicar o divulgar el secreto sin autorización, adquirir un secreto por medios ilícitos y posteriormente divulgarlo, explotarlo o comunicarlo. También alude a un deber de abstención al señalar que:

> toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada

y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado.

Derecho penal: en el ámbito del derecho penal, debe mencionarse el artículo 308 del Código Penal:

> *Violación de reserva industrial y comercial*: El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial. La pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses de prisión y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.

Derecho laboral: en esta materia, debe mencionarse el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo:

> Son obligaciones especiales del trabajador: […] 2) No comunicar con terceros, salvo autorización expresa, las informaciones que tengan sobre su trabajo, especialmente las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al patrono, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo, ante las autoridades competentes.

Casos

1. Fabio, después de tres años de investigación concluye un libro que titula *La economía en Colombia* (*2010-2020*). Acude a usted, para que lo asesore respecto a la protección de la obra y su registro.
2. Carolina, Julieta, Margarita, Diana y Gabriela (diseñadoras) le piden asesoría, ya que quieren abrir un negocio de venta de vestidos

de baño. Quieren saber qué tipo de marca deben utilizar y cómo se protege. Adicionalmente, tienen unos productos de látex muy novedosos y han escuchado que los podrían patentar, pero no tienen idea sobre los requisitos que se exige para ello. Finalmente, cuentan con información muy importante a la que no quieren que nadie acceda y le preguntan si hay forma de protegerla. A la luz de su conocimiento sobre la propiedad industrial, usted debe brindar la asesoría en los diferentes temas.

Bibliografía

Biblioteca Nacional de Colombia y Ministerio de Cultura. "Depósito legal. Normas", documento informativo, 2008, https://camlibro.com.co/wp-content/uploads/PDF/deposito_legal.pdf.

C. Administrativo, Panamá.

C. C. Nicaragua.

C. Const., Sent. C-053, ene. 24/2001. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

Castro García, Juan David. *La propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

CE, S. de lo Contencioso Administrativo, mar. 30/2000, Rad. 5393. C. P. Juan Alberto Polo Figueroa.

CE, S. de lo Contencioso Administrativo, nov. 13/2008, Exp. 2000-06608. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

"Clasificación de Niza". *Wipo*, última modificación 12 de octubre del 2022, https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/es/en/.

Comisión de la Comunidad Andina, Decisión Andina 351/1993.

Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486/2000.

D. 1400/1970 [CPC].

D. 755/1972.

D. 1080/2015.

Gaceta de la Propiedad Industrial 616, may. 20/2010, Superintendencia de Industria y Comercio [SIC].

Gaceta de la Propiedad Industrial 617, jun. 18/2010, SIC.

Gaceta de la Propiedad Industrial 627, abr. 20/2011, SIC.

Gaceta de la Propiedad Industrial 964, jun. 10/2022, SIC.

Kantar. "BrandZ Top 100. Most Valuable Global Brands 2021". Ranking. The Brands, última modificación s. f., acceso el 20 de junio del 2022, https://www.rankingthebrands.com/The-Brand-Rankings.aspx?rankingID=6.

L. 1 de 1834.
L. 84/1873 [C. C.].
L. 23/1982.
L. 44/1993.
L. 98/1993.
L. 256/1996.
L. 1379/2010.
L. 1450/2011.
L. 1564/2012 [CGP].
L. 1801/2016.
L. 1915/2018.
L. 1955/2019.
Lypszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, Cerlalc y Zavalia, 2007.
Metke, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial*. Bogotá: Baker and Mckenzie, 2001.
Presidencia de la República, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "pacto por Colombia, Pacto por la equidad".
Rubio Torres, Felipe. Manual básico de gestión de los derechos de propiedad intelectual para las micro, pequeñas y medianas empresas colombianas. Bogotá: USAID, 2008.
Salazar López, José Luis. "¿Por qué se patentan las invenciones implementadas por computador?" *SIC*, última modificación s. f., acceso el 20 de junio del 2022, https://www.sic.gov.co/ruta-pi/mayo31/por-que-se-patentan-las-invenciones-implementadas-por-computador#:~:text=Definici%C3%B3n%20Una%20invenci%C3%B3n%20implementada%20por%20computador%20es%20aquella,parte%20de%20la%20soluci%C3%B3n%20al%20problema%20t%C3%A9cnico%20planteado.
Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. Guías de la propiedad industrial. Diseños industriales. Esquemas de trazado de circuitos integrados. Secretos empresariales. Bogotá: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y SIC, s. f.
SIC. "Superindustria concede el registro de la marca de color verde a Nestlé para identificar preparaciones a base de chocolate". sic, última modificación s. f., acceso el 20 de junio del 2022, https://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-concede-el-registro-de-la-marca-de-color-VERDE-a-NESTLE-para-identificar-preparaciones-a-base-de-chocolate.
Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Sent. ago. 7/1995, Proceso 7-IP-95.

Capítulo XIII

Sociedades comerciales*

Pablo Rey Vallejo

El artículo 98 del Código de Comercio[1] consagra la figura del contrato de sociedad en los siguientes términos:

> Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

No obstante, en los últimos años, la normativa colombiana se ha flexibilizado consagrando otros instrumentos para la conformación de estas formas de organización empresarial. El primer antecedente fue el Decreto 4463 del 2006, que reglamentó la Ley 1014 del 2006, el cual permitió constituir sociedades de un solo asociado, siempre y cuando tuvieran la calidad de microempresas. No obstante, el Concejo de Estado anuló el decreto, pues consideró que la ley que era objeto de reglamentación nunca previó la existencia de sociedades unipersonales y que con un decreto reglamentario no podía dársele un alcance mayor a lo preceptuado en la norma de nivel legal.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 1258 del 2008 que creó las sociedades por acciones simplificadas. En el artículo 1 de la ley se estableció que estas pueden ser constituidas por una o varias personas naturales o jurídicas, modificando así la concepción tradicional del derecho colombiano de entender que las sociedades

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.749.

[1] D. 410/1971, en adelante C. Co.

solamente podían constituirse a partir de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas.

Así las cosas, el contrato y el acto jurídico unilateral, dispuestos en el artículo 98 del Código de Comercio, y el artículo 1 de la Ley 1258 del 2008, respectivamente, constituyen uno de los requisitos para la conformación de la persona jurídica denominada sociedad.

Formalidades en la constitución de sociedades

El régimen del Código de Comercio

El estatuto comercial consagra cinco tipos o formas de sociedades:

1. La sociedad colectiva.
2. La sociedad en comandita simple (S. en C.).
3. La sociedad en comandita por acciones (S. C. A.).
4. La sociedad de responsabilidad limitada (Ltda.).
5. La sociedad anónima (S. A.).

Para constituir una sociedad, en los términos de esta normativa, se debe elevar a escritura pública[2] el contrato de sociedad, el cual requiere contener una serie de exigencias establecidas en el artículo 110 del Código de Comercio[3]. El cumplimiento de este requisito formal trae consigo

[2] El art. 13 del D. 960/1970, define la escritura pública como: "el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo".

[3] C. Co., art. 110: "La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

1) El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas naturales deberá indicarse su nacionalidad y documento de identificación legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia;
2) La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma [*sic*] formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código;
3) El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;

el nacimiento de la persona jurídica, es decir, del organismo, institución o ficción jurídica que, siendo distinto de los socios individualmente considerados, es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Una vez cumplido este primer requisito de forma, es decir, la elevación a escritura pública del contrato de sociedad junto con todos los elementos que en este se deben expresar, es preciso cumplir el segundo requisito de este tipo: la inscripción de la escritura pública social en el

---

4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel;
5) El capital social, la parte del mismo [*sic*] que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año;
6) La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad;
7) La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia;
8) Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse;
9) La duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma [*sic*];
10) La forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser restituidos o distribuidos en especie, o de las condiciones en que, a falta de dicha indicación, puedan hacerse distribuciones en especie;
11) Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores;
12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados;
13) Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la ley o en los estatutos, y
14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato".

registro de la Cámara de Comercio, según lo dispone el artículo 111 del Código de Comercio[4].

El cumplimiento de este requisito trae consigo dos consecuencias fundamentales: por una parte, una vez realizada la inscripción de la escritura social se puede solicitar ante la Cámara de Comercio donde se realizó la inscripción, el Certificado de existencia y representación de la sociedad comercial en el que consta.

> el número, fecha y notaría de la escritura de constitución […] la constancia de que la sociedad no se haya disuelto […], nombre de los representantes, facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y las limitaciones acordadas a dichas facultades[5].

Por otra parte, una vez hecha la inscripción de la escritura social, el contrato de sociedad se hace oponible a terceros.

El régimen de la Ley 1014 del 2006

Al amparo de esta normativa es posible constituir los mismos tipos societarios o formas asociativas previstos en el Código de Comercio, señalados en el numeral anterior. No obstante, por tratarse de una normativa cuyo propósito consiste en facilitar la creación de nuevas empresas y fomentar el emprendimiento, los requisitos de incorporación resultan bastante menos gravosos que los del régimen arriba explicado.

En efecto, según lo dispone el artículo 22 de la Ley 1014 del 2006, las sociedades que se constituyan al amparo de ella, cualquiera que sea su especie o tipo, que tengan una planta de personal no superior a diez

[4] Ibídem, art. 111: "Copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara del domicilio principal. Cuando se hagan aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos [*sic*], la escritura social deberá registrarse en la forma y lugar prescritos en el Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble".

[5] Ibídem, art. 117.

trabajadores o activos totales por un valor inferior a quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes, se constituyen con observancia de las normas propias de la empresa unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VIII de la Ley 222 de 1995.

Lo anterior significa que las sociedades con las características señaladas pueden constituirse sin el requisito de la escritura pública. En efecto, el artículo 72 de la ley 222 de 1995 señala con respecto a la constitución de las empresas unipersonales, régimen aplicable para las sociedades de la ley 1014, que estas se crean por medio de un documento escrito que se inscribe en el registro mercantil. En este caso, el registro mercantil cumple la función de dar nacimiento a la persona jurídica y hacerla oponible frente a terceros.

El régimen de la Ley 1258 del 2008

Esta ley revolucionó el derecho societario colombiano. No solo incorporó un nuevo tipo social o forma asociativa denominada sociedad por acciones simplificadas (S. A. S.), que puede conformarse por un solo accionista, sino que además constituyó un importante avance en la flexibilización de las normas societarias del ordenamiento nacional. En efecto, las normas sobre las S. A. S. tienen en su gran mayoría un carácter dispositivo, es decir, son susceptibles de ser moldeadas según los intereses de los socios en lo que respecta a la estructura del organismo asociativo, sus órganos, los derechos de los accionistas, su forma de administración, etcétera.

Un ejemplo de ello es el relativo a la constitución de la sociedad. En efecto, el artículo 5 de esta normativa dispone que las S. A. S. se crearán mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado autenticado, inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Al igual que en el caso de la Ley 1014, el registro mercantil cumple con el doble propósito de constituir la persona jurídica y hacerla oponible a terceros[6].

[6] L. 1258/2008, art. 5, parág. 2: "[…] Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes".

Elementos esenciales del contrato de sociedad

El artículo 1501 del Código Civil dispone que los elementos esenciales de un contrato son aquellos sin los cuales este no produce efecto alguno o en su ausencia se transforma en otro contrato diferente. En lo que respecta al contrato de sociedad, puede derivarse de la lectura del artículo 98 del Código de Comercio que estos elementos esenciales son:

1. La pluralidad de socios.
2. Los aportes.
3. El reparto de las utilidades derivadas del ejercicio de la actividad social.

Pluralidad de socios

La pluralidad de asociados, como elemento de la esencia del contrato de sociedad, adquiere relevancia con respecto a cada uno de los tipos societarios existentes, ya que la omisión de este requisito puede acarrear consecuencias en la vida jurídica de una sociedad[7]. La legislación en la materia estableció unos criterios sobre el número mínimo y máximo de socios para cada tipo social, como se ve en la tabla 1.

Tabla 1. Número mínimo y máximo de asociados para cada tipo social

Tipo societario	**Número mínimo de asociados**	**Número máximo de asociados**
Sociedad Colectiva	Dos socios	No aplica
Sociedad Limitada	Dos socios	Veinticinco socios
Sociedad en Comandita por Acciones	Un socio gestor Cinco socios comanditarios	No aplica No aplica

Continúa

[7] Sobre este punto, es necesario aclarar que las S. A. S. pueden surgir a la vida jurídica con ocasión de la celebración de un contrato o de un acto jurídico unilateral. En este último escenario, como es evidente, no es necesario el requisito de la pluralidad de asociados.

Tipo societario	Número mínimo de asociados	Número máximo de asociados
Sociedad en Comandita Simple	Un socio gestor Un socio comanditario	No aplica Veinticinco socios comanditarios
Sociedad Anónima	Cinco accionistas	No aplica
Sociedad por Acciones Simplificadas	Un accionista	No aplica

Fuente: elaboración propia.

El número mínimo y máximo de asociados, que dispone la ley para cada tipo social, tiene relación directa con el artículo 218 del Código de Comercio, con respecto a las causales de disolución de las sociedades. El artículo dispone que será causal de disolución de las sociedades "la reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación y funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley".

Obligación de los asociados de realizar aportes

Refiriéndose a los elementos de la esencia del contrato de sociedad, el artículo 98 del Código de Comercio dispone que los asociados se obligan a realizar aportes en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero. Los aportes se refieren a todo tipo de prestación de dar, hacer o no hacer a las cuales se obligan los asociados y cuya finalidad consiste en la conformación del capital social, es decir, del fondo económico que permite la ejecución del conjunto de actividades o negocios que constituyen el objeto social de un órgano societario en el curso de su existencia.

De lo consagrado en el Código se observa que la norma no previó un listado taxativo de las diversas modalidades de aportes. Sin embargo, es posible afirmar que estos pueden dividirse en dos grandes categorías: aportes de capital y aportes de industria. Dentro de los primeros encontramos los aportes en dinero y los aportes en otros bienes apreciables en dinero, llamados aportes en especie. Los segundos constituyen los aportes en trabajo, que pueden ser con estimación anticipada de valor o sin tal.

Aportes de capital

Aportes en dinero. Los aportes en dinero consisten en una obligación de dar a cargo del asociado que se materializa en la entrega de moneda circulante en el lugar de celebración del contrato social. Al respecto, es relevante aludir a lo estipulado por los artículos 874 del Código de Comercio y 79 de la Ley 9 de 1991, en virtud de los cuales, cuando no se exprese otra cosa, los aportes en dinero tienen que cancelarse en moneda legal colombiana. Sin embargo, si los aportes en dinero se estipulan en moneda extranjera, estos deben pagarse en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que se contrajo la obligación, es decir, la obligación de dar el aporte, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.

Aportes en especie. Los aportes en otros bienes apreciables en dinero, denominados por la doctrina aportes en especie, se refieren a todos aquellos bienes tanto corporales como incorporales, muebles o inmuebles, que son:

1. Determinados, al menos por su género y cantidad.
2. Estimables en dinero.
3. Susceptibles de apropiación privada.

Estos bienes no pueden estar fuera del comercio. Dentro de las diferentes modalidades de aportes en especie, podemos identificar las siguientes:

1. El aporte de cosas determinadas por su género y cantidad[8], por ejemplo: una tonelada de arroz.
2. El aporte de cuerpos ciertos[9], por ejemplo: el toro de raza pardo suizo número 57 de la ganadería La Esmeralda.
3. El aporte en usufructo[10], por ejemplo: otorgar a la sociedad la facultad de gozar de unas oficinas, de propiedad del aportante, por un tiempo determinado. Implica la obligación de la sociedad de conservarla y restituirla en el tiempo especificado.

[8] C. Co., arts. 126 y 127; L. 84/1873, en adelante C. C., arts. 1565-1567.

[9] C. Co., art. 127; C. C., art. 1730.

[10] C. Co., arts. 128, 143; C. C., arts. 823-869.

4. El aporte de créditos[11], por ejemplo: el endoso de un pagaré en favor de la sociedad.
5. El aporte consistente en la cesión de un contrato[12]. por ejemplo: la cesión de un contrato de 100 horas de consultoría en sistemas y computación, en el que el aportante es el beneficiario, en favor de la sociedad.
6. El aporte de establecimiento de comercio[13], por ejemplo: la transferencia en bloque de los bienes que integran el Restaurante-Bar Mar Azul, en favor de la sociedad.
7. El aporte de derechos de propiedad industrial[14], por ejemplo: los derechos de explotación de una patente de un producto quitamanchas.
8. El aporte de acciones, cuotas o partes de interés de otra sociedad[15].

Aportes de industria

Los aportes en trabajo, también denominados aportes de industria, se refieren a toda actividad, conocimiento o trabajo que despliegue un asociado en favor de la sociedad para explotar el objeto o actividad a la cual se dedica la empresa. El tipo de obligación, que se configura bajo la contribución de este tipo de aportes, constituye una obligación de hacer como consecuencia de la cual el socio aporta sus conocimientos, capacidades y demás aptitudes en el desarrollo de aquellas actividades y negocios que se enmarcan en el funcionamiento de un organismo societario.

Existen dos modalidades de aportes de industria:

1. Los aportes en industria con estimación anticipada de valor.
2. Los aportes en industria sin estimación anticipada de valor.

Los aportes de industria con estimación de su valor se consagran en el artículo 138 del Código de Comercio, que reza: "Cuando al aporte

[11] C. Co., art. 129.

[12] Ibídem, arts. 131 y 887-896.

[13] Ibídem, arts. 516 y 525-533.

[14] L. 23/1982; D. 117/1994; D. 351/1993; y D. 486/2000.

[15] C. Co., art. 136.

consista en la industria o trabajo personal estimado en valor determinado, la obligación del aportante se considerará cumplida sucesivamente por la suma periódica que represente para la sociedad el servicio que constituya el objeto del aporte". De esta manera, cada vez que la obligación del socio de industria se cumple (por ejemplo: trabajo), este puede obtener a cambio participaciones de la sociedad (por ejemplo: acciones).

Por otro lado, los aportes en industria sin estimación anticipada de valor están consagrados en el inciso 2 del artículo 138 antes citado, el cual prescribe: "el aportante no podrá redimir o liberar cuotas de capital social con su aporte, aunque tendrá derecho a participar en las utilidades sociales y en cualquier superávit en la forma en que se estipule". En este caso, el aportante de trabajo no se convierte en titular de derechos de propiedad sobre la compañía, como en el caso anterior, sino que, a cambio del despliegue de la labor encomendada, participa porcentualmente de las utilidades generadas por el organismo societario.

Reparto de las utilidades derivadas del ejercicio de la actividad social

Conforme al artículo 98 del Código de Comercio, es un elemento esencial para que exista el contrato de sociedad. El derecho del asociado a participar en los beneficios económicos que genera la actividad social es correlativo a la obligación de efectuar el aporte al fondo social. Por lo demás, se constituye en el móvil determinante del contrato social y diferencia a las sociedades de las entidades sin ánimo de lucro. Con estos mismos criterios, el numeral 2 del artículo 150 del Código de Comercio, establece que "las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas".

Para determinar la participación del asociado en las utilidades sociales, denominada dividendos en las sociedades por acciones (S. A., S. C. A., y S. A. S.), debe darse previo cumplimiento a lo siguiente:

1. Las utilidades de la sociedad solo podrán determinarse al finalizar los ejercicios sociales, es decir, los periodos contables establecidos por la ley o los estatutos para el efecto.

2. La utilidad deberá determinarse sobre la base de balances reales y fidedignos.
3. De las utilidades de la compañía deberán deducirse, con la previa determinación de la utilidad repartible o dividendo, los montos correspondientes al pago de impuestos y a la conformación de unos fondos denominados reservas[16].

Diversas formas asociativas o tipos sociales

La existencia de una diversidad de tipos sociales responde a la necesidad de estructurar y organizar los negocios según las características particulares de cada mercado o sector de la economía en el cual se desarrolle determinada actividad productiva. En virtud de lo anterior, el régimen de los socios, en cuanto a sus derechos y obligaciones frente a la sociedad y a sus coasociados, y la estructura orgánica del órgano asociativo varían dependiendo del tipo social escogido.

Otro elemento de gran relevancia es el relativo al régimen de responsabilidad. Como bien se sabe, la sociedad nace como persona jurídica independiente de sus asociados con atributos propios como el nombre, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio, etcétera. Por esta razón, los actos celebrados en su nombre le son plenamente atribuibles como sujeto de derechos y la responsabilidad derivada de ellos no debe extenderse a los socios o accionistas. Este elemento de la responsabilidad limitada es uno de los más importantes en el escenario empresarial, pero varía en sus alcances dependiendo del tipo social escogido. A continuación, se presentan algunas de las características más relevantes de cada esquema asociativo.

[16] C. Co., art. 452. "Las sociedades anónimas constituirán una reserva legal que ascenderá por lo menos al cincuenta por ciento del capital suscrito, formada con el diez por ciento de las utilidades líquidas de cada ejercicio. Cuando esta reserva llegue al cincuenta por ciento mencionado, la sociedad no tendrá obligación de continuar llevando a esta cuenta el diez por ciento de las utilidades líquidas. Pero si disminuyere, volverá a apropiarse el mismo diez por ciento de tales utilidades hasta cuando la reserva llegue nuevamente al límite fijado".

Ibídem, art. 453: "Las reservas estatutarias serán obligatorias mientras no se supriman mediante una reforma del contrato social, o mientras no alcancen el monto previsto para las mismas [*sic*]. Las reservas ocasionales que ordene la asamblea solo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando resulten innecesarias".

Sociedad Colectiva

Figura concebida para algunas pequeñas y medianas empresas, es la clásica sociedad de personas. Se le clasifica de esta manera, pues los móviles que llevan a su conformación comportan un importante ingrediente personalista, es decir, quienes optan por constituir este tipo social se fundan en la confianza y el conocimiento mutuo existente entre los asociados.

Los estrechos vínculos que subyacen en la sociedad colectiva hacen de esta una estructura societaria cerrada en la que el ingreso de nuevos integrantes presupone un acuerdo unánime en la junta de socios, verdaderos gestores del negocio social. Debido a esta estructura, en la que la capacidad decisoria en el plano político y administrativo recae en igual proporción en cabeza de cada uno de los socios, independientemente de los aportes que hayan realizado, el régimen de responsabilidad es solidario e ilimitado, es decir, los socios deben responder con su propio patrimonio cuando el de la persona jurídica resulte insuficiente para satisfacer las obligaciones frente a terceros.

Sociedad Anónima

Es la clásica sociedad de capitales. Se la clasifica como tal, pues a diferencia de la sociedad colectiva, los móviles, que concurren para su configuración, son eminentemente pecuniarios y apuntan a la constitución de un fondo social para desarrollar una actividad empresarial. En este sentido, cuanto más alto es el valor del aporte, más derechos políticos (votos en la asamblea) y económicos (porcentaje sobre las utilidades) reporta el accionista.

Se trata de una sociedad de estructura abierta, pues las participaciones sociales que reciben los accionistas por realizar sus aportes, denominadas acciones, son libremente negociables. Adicionalmente, la posibilidad de emitir nuevas acciones y facilitar así el ingreso de nuevos inversionistas la convierten en un tipo social apto para el abordaje de negocios de gran envergadura.

Estas características presuponen una separación de los accionistas de la gestión de los negocios sociales, por lo que la administración de la compañía normalmente recae en cabeza de administradores expertos. Por estas circunstancias, el régimen de responsabilidad de los accionistas

se limita al monto de los aportes efectuados, ya que no se compromete el patrimonio personal del asociado más que en aquellas sumas que han sido integradas por este al fondo social.

Sociedad de Responsabilidad Limitada

Esta forma asociativa tiene naturaleza mixta, de personas y de capitales, pues en ella confluyen características propias de la sociedad colectiva y de la sociedad anónima. En cuanto a la primera, se trata de una sociedad de naturaleza semicerrada, ya que para el ingreso de nuevos socios, como para la cesión de las participaciones sociales, denominadas cuotas, se requiere una reforma estatutaria que debe ser aprobada por el setenta por ciento de la totalidad de estas participaciones. Adicionalmente, los socios tienen a su cargo la administración de la sociedad, sin perjuicio de que puedan delegar estatutariamente estas funciones en una junta directiva.

Por otro lado, se le asemeja a una sociedad de capitales en la medida en que los socios que realizan más aportaciones tienen derecho a un mayor número de cuotas sociales y, por ende, a un mayor número de votos en la junta de socios y a un mayor porcentaje sobre las utilidades sociales. De igual manera, es un aspecto capitalista el relativo al régimen de responsabilidad, pues los asociados solo responden frente a terceros hasta por el monto de sus aportes[17].

Sociedades Comanditarias

Son dos: la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones. En estos tipos sociales, coexisten dos categorías de socios: los socios gestores y los socios comanditarios. El régimen aplicable a los socios gestores, en los dos subtipos mencionados, es el régimen de los socios

[17] La jurisprudencia ha determinado que los socios de una sociedad limitada responderán solidaria e ilimitadamente con su propio patrimonio por las obligaciones laborales de la sociedad. De la misma manera, el estatuto tributario colombiano determina una extensión de responsabilidad a los socios de una sociedad de este tipo por los pasivos fiscales de la persona jurídica.

de la sociedad colectiva en el que administran la sociedad y responden solidaria e ilimitadamente con su patrimonio. Por lo que respecta a los socios comanditarios, su marco normativo varía: en la sociedad en comandita simple el régimen aplicable es el de los socios de la sociedad limitada, mientras que en la sociedad en comandita por acciones el régimen de los comanditarios es el de la sociedad anónima.

Vemos entonces que se trata de dos formas asociativas en las que una categoría de socios (gestores) se dedica a la administración de la sociedad y al aporte de su fuerza de trabajo, mientras que la otra (comanditarios) se limita a realizar aportaciones de capital, apartándose completamente de la gestión del negocio social.

Sociedades por Acciones Simplificadas

Este nuevo tipo social, incorporado a la legislación colombiana por la Ley 1258 del 2008, presenta como particular innovación que sus normas tienen carácter dispositivo, es decir, los asociados pueden configurar la estructura de la sociedad a la medida de sus necesidades, sin tener que acomodarse a una estructura legal "prefabricada". Uno de sus mayores atractivos consiste en la posibilidad de constituirlas con un solo accionista mediante un procedimiento mucho más sencillo y menos oneroso que los otros tipos sociales.

Por definición, constituye una sociedad mercantil en la que el capital social se divide en acciones. No obstante, el régimen de participación política, administrativa y económica del asociado está sujeto al principio de la libre configuración del estatuto social, con lo cual podrán determinarse diferentes esquemas para regular las relaciones de poder. Los asociados solo responden ante terceros hasta por el monto de sus aportes y en aquellos casos en los cuales se compruebe que han utilizado la sociedad para efectos de defraudar la ley o a terceros, abusando del fenómeno de la personificación jurídica.

Estructura orgánica de las sociedades

Las sociedades, en su condición de personas jurídicas o morales, desarrollan sus actividades empresariales mediante sus órganos y representantes.

Como entidades colectivas que carecen de "voluntad natural", propia de las personas físicas, los órganos societarios actúan según las funciones trazadas en la ley y en el contrato de sociedad para cada uno de ellos y comprometen así al organismo societario frente a los socios y a terceros.

La teoría "organicista" refiere a que dentro de la sociedad existen órganos con competencias y funciones definidas específicamente. Por un lado, aquellos que expresan la voluntad de la sociedad y, por otro, los que la ejecutan. También es importante subrayar que los diversos órganos sociales surgen con ocasión de la conformación de la persona jurídica, en virtud de las exigencias que dispone la ley para cada tipo social y en razón al acuerdo de voluntades plasmado por las partes en los estatutos sociales, contenidos en el contrato de sociedad. Los órganos forman un todo inescindible de la sociedad y sus actos se entienden como propios de la persona jurídica[18].

En las sociedades es posible identificar cuatro clases de órganos: de dirección, de administración, de representación legal y ejecución y de fiscalización.

Órganos de dirección

Es el "máximo órgano social". Dependiendo del tipo societario del que se trate, se le denomina junta de socios (Sociedad Colectiva, Ltda. y S. en C.) o asamblea general de accionistas (S. C. A., S. A. y S. A. S.). En el seno de estos órganos, tras cumplir un conjunto de reglas en materia de convocatoria, cuórum y mayorías, se delibera y decide para plasmar la voluntad del órgano asociativo.

Corresponde a la junta de socios o a la asamblea general de accionistas tomar las decisiones correspondientes a los "actos de gobierno" de la sociedad, designar a los administradores y considerar sus informes, decidir sobre las reformas del contrato social, dictar las directrices económicas, etcétera[19].

[18] Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, tomo I, 2.ª edición (Bogotá: Temis, 2009), 564.

[19] C. Co., art. 187. "Funciones generales de la junta o asamblea de socios. La junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad:

Es fundamental determinar que las decisiones de este órgano constituyen el querer social. En efecto, como lo indica el tratadista Francisco Reyes Villamizar, "se pasa de la simple suma de las voluntades individuales de los asociados a la voluntad colectiva del órgano societario"[20]. Esta afirmación se sustenta en el último inciso del artículo 98 del Código de Comercio, que dispone: "la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". En virtud de lo anterior, las decisiones de carácter general que adoptan estos órganos obligan a todos los asociados, incluso a quienes se opusieron a ellas o no asistieron a las reuniones en las cuales se aprobaron.

Reuniones de la asamblea y la junta de socios. El querer social expresado por los asociados en las asambleas generales de accionistas o en las juntas de socios solo se puede materializar válidamente mediante el

---

1) Estudiar y aprobar las reformas de los estatutos;
2) Examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores;
3) Disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes;
4) Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente;
5) Considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal, en su caso;
6) Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados;
7) Constituir las reservas ocasionales, y
8) Las demás que les señalen los estatutos o las leyes.

Parágrafo. Las funciones anteriores podrán cumplirse lo mismo en las reuniones ordinarias que en las extraordinarias, si en el contrato social o en las leyes no se previene otra cosa".

Ibídem, art. 420: "Funciones de la asamblea general de accionistas. La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes:

1) Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales;
2) Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará;
3) Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal;
4) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda;
5) Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión".

[20] Reyes Villamizar, *Derecho societario*, tomo I, 500.

cumplimiento de una serie de reglas y formalidades. Por ello, la ley exige que se celebren las llamadas reuniones sociales y las considera el escenario natural para la expresión de esa voluntad colectiva.

Existen dos grandes categorías de reuniones: las ordinarias y las extraordinarias. A su vez, estas dos categorías establecen modalidades especiales como son: las reuniones por derecho propio, las de segunda convocatoria, las no presenciales y las universales, como lo explicaremos a continuación:

1. *Reuniones ordinarias*. Los artículos 181 y 422 del Código de Comercio establecen que los socios se reunirán por lo menos una vez al año en junta de socios o asamblea general ordinaria, en la época fijada en los estatutos y en silencio de estos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio.

Las reuniones ordinarias tienen por objeto examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendentes a asegurar el cumplimiento del objeto de la sociedad.

En este tipo de reuniones, la asamblea o junta de socios ejerce todas las funciones señaladas en el artículo 187 del Código de Comercio y las que indiquen la ley y los estatutos sociales, de conformidad con lo señalado anteriormente.

La convocatoria a esta clase de reuniones debe hacerse por lo menos con quince días hábiles de antelación, en la forma prevista en los estatutos y a falta de estipulación, mediante aviso publicado en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 424 del Código de Comercio[21].

[21] C. Co., art. 424. "*Convocatoria a las reuniones de la asamblea general de accionistas*. Toda convocatoria se hará en la forma prevista en los estatutos y, a falta de estipulación, mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad. Tratándose de asamblea extraordinaria en el aviso se insertará el orden del día.

Para las reuniones en que hayan de aprobarse los balances de fin de ejercicio, la convocatoria se hará cuando menos con quince días hábiles de anticipación. En los demás casos, bastará una antelación de cinco días comunes".

2. *Reuniones extraordinarias*. Son las que se convocan para tratar asuntos urgentes e inaplazables de la sociedad, por lo que la ley, a diferencia de lo dispuesto para las reuniones ordinarias, no puede establecer unas fechas o unos tiempos determinados para su celebración. En virtud de ello, pueden realizarse en cualquier tiempo.

Esta clase de reuniones, por su carácter imprevisible, deben ser convocadas con cinco días comunes de anterioridad en los mismos términos del artículo 424. En la convocatoria, se debe insertar el orden del día y no se pueden tratar temas diferentes de los ahí señalados, a menos que, tratados todos los temas para los cuales fue convocada la reunión, una mayoría de socios decida adicionar el orden del día.

El cuórum deliberatorio y las mayorías requeridas para la toma de decisiones en reuniones ordinarias y extraordinarias de primera convocatoria para cada tipo social se muestran en la tabla 2.

Tabla 2. Cuórum deliberatorio para cada tipo social

Sociedad Colectiva	A falta de estipulación expresa, puede deliberarse con la mayoría numérica de los asociados, cualquiera que sea su aporte. Cada socio tiene derecho a un voto. La transferencia de partes de interés, el ingreso de nuevos socios y cualquier otra reforma estatutaria y la enajenación de la totalidad o de la mayor parte de los activos sociales requiere el voto unánime de los socios, o de sus delegados, si no se dispone otra cosa en los estatutos. Las demás decisiones se aprueban por mayoría absoluta de votos, salvo estipulación en contrario.
Sociedad en Comandita Simple	Se delibera con la mayoría numérica de los gestores y con un número plural de socios comanditarios que representen por lo menos la mitad más una de las cuotas en que se divide el capital social. Cada gestor tiene un voto en las decisiones de la junta de socios. Los votos de los comanditarios se computan conforme al número de cuotas sociales que cada uno tenga. Las decisiones relativas a la administración solamente pueden ser tomadas por los gestores en la forma prevista en los estatutos. Las reformas estatutarias se aprueban por unanimidad de los socios colectivos y por mayoría absoluta de los votos de los comanditarios.

Continúa

Sociedad en Comandita por Acciones	Se delibera con la mayoría numérica de los gestores y con un número plural de socios comanditarios que representen por lo menos la mitad más una de las acciones en que se divide el capital social. Las reformas estatutarias deben aprobarse, salvo estipulación en contrario, por unanimidad de los socios colectivos y por mayoría de los votos de las acciones de los comanditarios. Cada gestor tiene un voto. Los de los comanditarios se computan conforme al número de acciones de cada uno.
Sociedad de Responsabilidad Limitada	Se delibera con un número plural de socios que represente por lo menos la mitad más una de las cuotas en que se divide el capital social. Cada socio dispone de tantos votos como cuotas tenga en la compañía. Las decisiones de la junta de socios son tomadas por un número plural de socios que representa la mayoría absoluta de las cuotas en que se halle dividido el capital social, salvo que en los estatutos se estipule una mayoría superior.
Sociedad Anónima	Cada accionista tiene derecho a emitir tantos votos cuantas acciones tenga. Por lo general, las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto no confieren a sus titulares el derecho a votar en las asambleas. La asamblea delibera con un número plural de socios que represente, por lo menos, la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un cuórum inferior. Las decisiones son tomadas por mayoría de los votos presentes, salvo las excepciones señaladas en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995 o las que consagren los estatutos de sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores.
Sociedad por Acciones Simplificadas	Salvo estipulación en contrario, la asamblea delibera con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas. Las determinaciones se adoptan mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior para algunas o todas las decisiones.

Fuente: elaboración propia.

3. *Reuniones por derecho propio*. La normativa mercantil propugna el activo desarrollo de la actividad social, el funcionamiento permanente de sus órganos y el ejercicio adecuado de los derechos de los asociados. Por ende, prevé que, en aquellos casos en los cuales la asamblea general de accionistas o la junta de socios no hayan sido convocadas o no hayan sido convocadas adecuadamente a la reunión ordinaria, los asociados podrán reunirse por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las diez de la mañana, en las oficinas del domicilio principal donde funciona la administración de la sociedad.

Las decisiones que aquí se tomen tienen plena validez, siempre y cuando se respeten las condiciones de cuórum y mayorías exigidas para esta clase de reuniones, menos exigentes y gravosas que las de una reunión ordinaria debidamente convocada. En efecto, la asamblea de accionistas o la junta de socios podrá sesionar y decidir válidamente, en esta clase de reuniones, con un número plural de socios, cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada.

4. *Reuniones de segunda convocatoria*. A diferencia de las llamadas reuniones por derecho propio, que se celebran en unas condiciones especiales de modo, tiempo y lugar cuando los administradores de la sociedad no han convocado a los asociados, las reuniones de segunda convocatoria representan aquellas que se celebran cuando se ha convocado adecuadamente una reunión ordinaria o extraordinaria y esta no se ha podido celebrar por falta de cuórum, es decir, por no estar presentes el número mínimo de asociados o de participaciones sociales exigidos por la ley o los estatutos para dar inicio la reunión.

Al igual que en el caso anterior, en esta clase de reuniones se puede deliberar y decidir válidamente con un número plural de socios, sin que importe el número de participaciones sociales que estén representadas. Siempre se requiere pluralidad de asociados, con excepción del caso de las S. A. S. y de las sociedades que negocian sus acciones en el mercado público de valores, en cuyos casos la reunión puede celebrarse con la presencia de un solo accionista.

Para que la reunión se considere debidamente convocada, debe realizarse no antes de diez días ni después de treinta días contados desde la fecha fijada en que debía realizarse la primera reunión.

5. *Reuniones universales*. Son las que celebran voluntariamente la totalidad de los asociados, que representen el ciento por ciento del capital social, sin necesidad de convocatoria previa. Se pueden reunir en

un lugar distinto del domicilio principal de la sociedad y pueden tomar cualquier clase de decisión, siempre que estén presentes todos los asociados durante la reunión.

6. *Reuniones no presenciales*. Son las que celebran los asociados por cualquier medio tecnológico que les permita deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. Para que las decisiones tomadas sean válidas, deberán participar en la reunión la totalidad de los asociados, en todo momento.

Las normas aplicables sobre el particular prevén que un delegado de la Superintendencia de Sociedades deberá participar para garantizar que los derechos de los asociados no sean vulnerados. Por considerar el legislador que esta medida es demasiado gravosa y que no permite cumplir las finalidades que en su espíritu se prevén, el requisito del delegado fue suprimido para el caso de las S. A. S. en la Ley 1258 del 2008.

Órganos de administración

Se encargan de "manejar, dirigir y gobernar bienes y negocios de otro, ordenar económicamente los medios disponibles y usarlos de manera conveniente"[22]. A diferencia de los órganos de dirección, le competen los actos de empresa. "Los administradores no son mandatarios de los asociados, sino funcionarios que proceden por cuenta y nombre de ella, dentro de las atribuciones que señalan los estatutos"[23].

Según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, son administradores las siguientes personas:

1. El representante legal.
2. El liquidador (encargado de representar a la sociedad cuando esta se encuentra disuelta).
3. El factor (administrador de un establecimiento de comercio[24]).
4. Los miembros de juntas directivas, consejos o comités de administración.

[22] Reyes Villamizar, *Derecho societario*, tomo I, 216.

[23] Ibídem, 279.

[24] C. Co., art. 1335.

5. Quienes, de acuerdo con los estatutos, ostenten funciones propias de esos cargos.

En virtud de este último criterio, no importa la denominación del cargo que ostente la persona, sino la función que desempeñe, conforme con lo dispuesto en el contrato social. En caso de tratarse de labores de administración de los negocios sociales, se entiende que la persona es administradora y ello determina su régimen de responsabilidad.

Por su lado, la Ley 1258 del 2008 reconoce también como administradores a aquellas personas naturales o jurídicas que, sin ser formalmente administradoras de una S. A. S., se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad. Estas se conocen como los administradores de hecho.

La estructura administrativa de la sociedad también depende del tipo bajo el cual se haya constituido. En efecto, el artículo 196 del Código de Comercio señala que: "la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad". Esta situación se ilustra en la tabla 3:

Tabla 3. Estructura administrativa de la sociedad

Sociedad Colectiva	C. Co., art. 310. "*Administración y representación de la sociedad colectiva.* La administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y a cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños, caso en el cual los delegantes quedarán inhibidos para la gestión de los negocios sociales. Los delegados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan".
Sociedad en Comandita	C. Co., art. 326: "*Administración de sociedad en comandita.* La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva".
Sociedad de Responsabilidad Limitada	C. Co., art. 358: "*Atribuciones adicionales a los socios en la sociedad de responsabilidad limitada.* La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y a cada uno de los socios".

Continúa

Sociedad Anónima	Los accionistas están separados de la administración, por lo cual es obligatorio que exista una junta directiva que se encargue de la gestión de los negocios. C. Co., art. 434: "*Atribuciones e integrantes de las juntas directivas.* Las atribuciones de la junta directiva se expresarán en los estatutos. Dicha junta se integrará con no menos de tres miembros, y cada uno de ellos tendrá un suplente. A falta de estipulación expresa en contrario, los suplentes serán numéricos".
Sociedad por Acciones Simplificadas	L. 1258/2008, art. 25: "*Junta directiva.* La sociedad por acciones simplificadas no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea". Ibídem, art. 17: "En los estatutos de la sociedad por acciones simplificadas se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento. A falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal. *Parágrafo.* Durante el tiempo en que la sociedad cuente con un solo accionista, este podrá ejercer las atribuciones que la ley les confiere a los diversos órganos sociales, en cuanto sean compatibles, incluidas las del representante legal".

Fuente: elaboración propia.

Con respecto al órgano denominado junta directiva, es posible realizar las siguientes precisiones:

1. Es el órgano colegiado de carácter intermedio entre la asamblea general de accionistas y el representante legal. Su función principal es administrar la sociedad. Es propia y obligatoria en las sociedades anónimas, pero puede pactarse en cualquier otro tipo societario[25].

[25] Lisandro Peña Nossa, *De las sociedades comerciales*, 5.ª edición (Bogotá: Universidad de los Andes, 2009), 380.

2. En las sociedades anónimas, debe estar conformada al menos por tres miembros con sus respectivos suplentes[26]. En las S. A. S. podrá estar integrada por uno o varios miembros[27].
3. Las normativas legales no exigen calidades especiales para ser miembro de una junta directiva. Sin embargo, existen algunas restricciones legales para el ejercicio de esta labor[28].
4. En las sociedades anónimas, sus miembros son elegidos por periodos determinados por el máximo órgano social por medio del sistema de cuociente electoral, el cual facilita la participación de representantes de accionistas minoritarios en dicho organismo[29]. En las S. A. S. puede utilizarse el mecanismo del cuociente electoral o cualquier otro que se defina válidamente en los estatutos sociales.
5. Sus integrantes pueden ser asociados o personas ajenas a la sociedad.
6. Las funciones de la junta directiva deben estar señaladas claramente en los estatutos y circunscritas a aspectos económicos, administrativos y financieros.

[26] C. Co., art. 434.

[27] L. 1258/2008, art. 25.

[28] C. Co., art. 202. "Limitaciones a cargos directivos en sociedades por acciones. En las sociedades por acciones, ninguna persona podrá ser designada ni ejercer, en forma simultánea, un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que los hubiere aceptado".

[29] Ibídem, art. 197: "Elección de junta o comisión. Cuociente electoral. Siempre que en las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema de cuociente electoral. Este se determinará dividiendo el número total de los votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse. El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido mayor número de votos y así en orden descendente. De cada lista se declararán elegidos tantos nombres cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por la misma [*sic*], y si quedaren puestos por proveer, estos corresponderán a los residuos más altos, escrutándolos en el mismo orden descendente. En caso de empate de los residuos decidirá la suerte.

Los votos en blanco solo se computarán para determinar el cuociente electoral. Cuando los suplentes fueren numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos de la misma lista.

Las personas elegidas no podrán ser reemplazadas en elecciones parciales, sin proceder a nueva elección por el sistema del cuociente electoral, a menos que las vacantes se provean por unanimidad".

Deberes de los administradores. La Ley 222 de 1995 determina una serie de deberes generales y especiales que, en caso de ser incumplidos, pueden derivar en que los administradores tengan que responder frente a la sociedad, los socios o terceros con su propio patrimonio, de manera solidaria e ilimitada. En virtud del artículo 23 de la mencionada ley, los deberes generales que rigen la actuación de los administradores son el deber de obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

El deber de obrar de buena fe supone una actuación sincera, libre de dolo, que no implique intención de dañar o afectar injustificadamente intereses de la sociedad, de los socios o de terceros. El deber de lealtad se traduce en la realización de acciones tendentes a proteger y buscar la seguridad e integridad de la sociedad. Esta obligación supone que siempre se debe actuar bajo la consideración de lo que beneficia e interesa a la sociedad, no a sus socios individualmente considerados. Finalmente, se les exige a los administradores actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Esto supone una conducta calificada y mucho más técnica que la que se podría esperar de un hombre promedio. Este es un concepto amplio y exigente que abarca una actuación hábil y concienzuda, tendente a la búsqueda del mayor beneficio para la sociedad. No obstante, cabe anotar que se trata de una obligación de medio y no de resultado, pues es un deber que describe la forma en que se gestionan los negocios sociales. En este sentido, el administrador debe actuar precavidamente, asumiendo riesgos controlados y propios del ámbito de los negocios sin que ello suponga la certeza de un resultado. Se exige entonces una actuación prudente e informada que persiga incuestionablemente el bienestar de la sociedad.

La ley dispone que las actuaciones de los administradores se cumplen en línea con el interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. Conviene señalar que, aunque el interés de la sociedad y el de los socios son dos conceptos diferentes, debe entenderse que los beneficios que se generen en favor de la sociedad trascienden, de manera directa e inequívoca, en favor de los intereses de los socios como agentes independientes.

La ley también dispone unos deberes específicos para los administradores, que están previstos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Estos son:

1. *Realizar los esfuerzos conducentes para el adecuado desarrollo del objeto social*. La sociedad está constituida para cumplir con un determinado fin; por lo tanto, el principal deber del administrador consiste en velar por que este fin sea debidamente perseguido.
2. *Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias*. Supone que el administrador debe vigilar que las normas de la sociedad sean cumplidas por todos los que participan de la sociedad. Esto lo convierte en un garante de las normas sociales que están pactadas en los estatutos.
3. *Velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal*. Concretamente significa facilitarle al revisor fiscal toda la información financiera y económica que sea pertinente.
4. *Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad*. El administrador debe velar por la protección de la información confidencial tanto técnica como financiera de la sociedad. La violación de este deber puede causar sanciones penales.
5. *Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada*. Al tener acceso a toda la información de la empresa, el administrador únicamente debe utilizarla para desarrollar el objeto social y bajo el interés de la sociedad.
6. *Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos*. Este deber supone que el administrador tiene que dar un trato igual a todos los socios sin consideración de su aporte o poder de decisión dentro de la sociedad. Tampoco debe entorpecer o restringir el derecho de inspección de los asociados.
7. *Abstenerse de participar en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos sobre los cuales existan conflictos de intereses*, salvo que haya autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

Órgano de representación

El representante legal tiene como función principal adquirir derechos y contraer obligaciones en nombre de la sociedad. Es el ejecutor de los negocios sociales y, a falta de estipulación en contrario, puede celebrar y

ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen con el funcionamiento y existencia de la sociedad.

Cuando el representante legal actúa en nombre de la persona jurídica, mediante la expresión o aceptación de declaraciones de voluntad, se generan efectos frente a la sociedad y frente a terceros. Por eso, la existencia de un representante legal es obligatoria en todos los tipos sociales y basta con la inscripción de su designación en el registro mercantil para que este sea reconocido como tal. Ahora bien, tal como sucede frente a la administración de la sociedad, su representación legal varía dependiendo del tipo societario del que se trate, tal como lo muestra la tabla 4.

Tabla 4. Representación legal de los tipos societarios

Sociedad Colectiva	Todos los socios ejercen la representación, pero podrán delegarla en terceros[30].
Sociedad en Comandita	Son representantes los socios gestores, pero podrán delegar esta función en los mismos términos que en la sociedad colectiva. Los comanditarios no podrán ejercer funciones de representación de la sociedad, sino como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados[31].
Sociedad de Responsabilidad Limitada	La representación corresponde a todos y cada uno de los socios. La junta de socios podrá delegar la administración y la representación de la sociedad en un gerente, estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones[32].
Sociedad Anónima	"La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para periodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea"[33].

Continúa

[30] C. Co., art. 310.

[31] Ibídem, art. 327.

[32] Ibídem, art. 358, num. 5.

[33] Ibídem, art. 440.

Sociedad por Acciones Simplificada	"*Representación legal.* La representación legal de la sociedad por acciones simplificadas estará a cargo de una persona natural o jurídica, designada en la forma prevista en los estatutos. A falta de estipulaciones, se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. A falta de previsión estatutaria frente a la designación del representante legal, su elección le corresponderá a la asamblea o accionista único"[34].

Fuente: elaboración propia.

Como en el caso de los miembros de juntas o consejos directivos, la ley tampoco impone requisitos especiales para ejercer el cargo de representante legal. Su designación debe hacerse por periodos determinados, pero la persona puede ser reelegida. El cargo es de libre remoción, por lo que el órgano encargado de su elección es también el encargado de remover a quien ejerce esta función.

Órgano de fiscalización

Para un adecuado desarrollo de la actividad social, se necesita una vigilancia permanente de la gestión de quienes ejercen las actividades propias de la administración. Dependiendo del tipo societario del que se trate, las labores de inspección que ejercen los socios sobre la gestión de los administradores, mediante el acceso a los balances, anexos, libros y demás papeles sociales, puede ser permanente o limitado en el tiempo. Cuando por razón de lo dispuesto en la ley para cada tipo social dicha vigilancia esté circunscrita a unos periodos determinados (quince días antes de la celebración de la asamblea general ordinaria), debe existir un órgano en el cual la asamblea delegue la fiscalización permanente. Aquellos que presten esta colaboración tienen que ser personas altamente calificadas y deben brindar a las asambleas generales información suficiente y relevante para ejercer un adecuado control de la gestión social.

[34] L. 1258/2008, art. 26.

El órgano llamado a adelantar esta labor se denomina revisoría fiscal. Sus funciones están definidas en la ley y consisten en ejercer una vigilancia permanente sobre los órganos de administración y representación, lo cual repercute en beneficio de los asociados, de la sociedad, del Estado y de la comunidad en general. Las funciones del revisor fiscal son susceptibles de ser ampliadas en virtud de los estatutos sociales, pero nunca pueden limitarse[35].

En palabras del profesor Peña Nossa,

> el revisor fiscal es la persona encargada del control y la vigilancia social con el fin de garantizar la ejecución de los negocios sociales de manera

[35] C. Co., art. 207. "*Funciones del revisor fiscal*. Son funciones del revisor fiscal:

1) Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;
2) Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios;
3) Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;
4) Velar por que se lleven regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea, de la junta de socios y de la junta directiva, y por que se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas, impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines;
5) Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos [*sic*] y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título;
6) Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales;
7) Autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente;
8) Convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario, y
9) Cumplir las demás atribuciones que le señalen las leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios.

Parágrafo. En las sociedades en que sea meramente potestativo el cargo del revisor fiscal, éste ejercerá las funciones que expresamente le señalen los estatutos o las juntas de socios, con el voto requerido para la creación del cargo; a falta de estipulación expresa de los estatutos y de instrucciones concretas de la junta de socios o asamblea general, ejercerá las funciones indicadas en este artículo. No obstante, si no es contador público, no podrá autorizar con su firma balances generales, ni dictaminar sobre ellos".

correcta y, por tanto, evitar los excesos, abusos o desviaciones que pueden llegar a cometer los socios o administradores[36].

El revisor fiscal debe realizar un examen permanente de todas las operaciones y actos sociales. Sin embargo, sus funciones no pueden interferir con las competencias de otros órganos, por lo que este control debe ser coetáneo o posterior, para garantizar así la independencia de los órganos y el buen funcionamiento de la actividad social.

Este órgano no es obligatorio para todos los tipos sociales. De conformidad con el artículo 203 del Código de Comercio, lo es en las sociedades anónimas, en las comanditarias por acciones, en las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia y, en virtud de lo dispuesto por la Ley 43 de 1990, en aquellas sociedades cuyos activos brutos excedan los 5000 salarios mínimos legales o cuyos ingresos sean iguales o superiores a los 3000 salarios mínimos legales. No obstante, en los demás tipos sociales también se podrá pactar la existencia de este órgano, si así lo disponen los asociados en los estatutos de la compañía[37].

La designación del revisor fiscal se realiza por los siguientes órganos, según el tipo social (tabla 5).

Tabla 5. Designación del revisor fiscal

Sociedad Colectiva	C. Co., art. 204: La elección del revisor fiscal se hará por la mayoría absoluta de la junta de socios.
Sociedades en Comandita	Ibídem: En las comanditarias por acciones, el revisor fiscal será elegido por la mayoría de los votos de los comanditarios.

Continúa

[36] Peña Nossa, *De las sociedades comerciales*, 397.

[37] C. Co., art. 203. "Sociedades que están obligadas a tener revisor fiscal. Deberán tener revisor fiscal:

1) Las sociedades por acciones;
2) Las sucursales de compañías extranjeras, y
3) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital".

Sociedad de Responsabilidad Limitada	Ibídem: La elección del revisor fiscal se hará por la mayoría absoluta de la junta de socios.
Sociedad Anónima	Ibídem: La elección del revisor fiscal se hará por la mayoría absoluta de la asamblea general de accionistas.
Sociedad por Acciones Simplificadas	La elección del revisor fiscal se hará por la mayoría absoluta de la asamblea general de accionistas.

Fuente: elaboración propia.

A diferencia de lo que sucede con los cargos de administración y representación legal, frente a los cuales la ley no exige calidades especiales, el revisor fiscal sí debe cumplir ciertos requisitos para ocupar el cargo, a saber: debe ser contador público titulado con tarjeta profesional vigente.

Aspectos sustanciales sobre los órganos de dirección y administración de las sociedades en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades

La Ley 1258 del 2008 reconoció en este órgano estatal la competencia para decidir controversias surgidas entre los asociados y la sociedad, bajo la premisa de que este juez natural tiene la vocación de convertirse en un juez especializado con aptitud para decidir, de la manera más técnica posible, aspectos propios de la vida societaria que conciernen la interpretación y aplicación de principios e instituciones propias de esta particular rama del derecho. Si bien esta normativa abarca únicamente el caso de las S. A. S., posteriormente la Ley 1564 del 2012, Código General del Proceso[38], extendió la competencia de este estamento a la resolución de casos que involucren otros tipos de sociedades, sin perjuicio de que los jueces de la República puedan igualmente conocer sobre estas diferencias.

Así, en los últimos años, hemos visto cómo la jurisprudencia societaria ha tenido un mayor desarrollo por cuenta de las sentencias emitidas por la Superintendencia de Sociedades por lo que actualmente contamos

[38] En adelante CGP.

con una importante cantidad de decisiones que han desarrollado de manera precisa, técnica y detallada una serie de instituciones inherentes al derecho societario. Este aporte resulta de particular interés dadas las pocas reformas normativas que, en los últimos tiempos, se han producido. En este orden de ideas, podemos entender que el papel de esta entidad estatal ha consistido en modernizar el derecho societario colombiano y adaptarlo a las necesidades del mundo empresarial contemporáneo.

El abuso del derecho por parte de los asociados

Vistos los aspectos formales que rodean la celebración de las reuniones del máximo órgano social (junta de socios o asamblea general de accionistas, según el caso), es claro que las normas pertinentes han organizado la realización de esta clase de reuniones desde una perspectiva eminentemente formal, en la que, previo cumplimiento de una serie de reglas relativas a las convocatorias, los cuórums y las mayorías, las decisiones tomadas con el respeto de estas reglas se entienden válidas, eficaces y resultan susceptibles de inscripción en el registro mercantil para efectos de su oponibilidad frente a terceros, siempre y cuando no resulten abiertamente contrarias a la ley o a los estatutos.

No obstante, estas garantías formales no resultan suficientes para propender por los derechos de los asociados, máxime cuando los socios o accionistas mayoritarios tienen en sus manos las facultades para decidir válidamente, bajo los preceptos antes mencionados, todos aquellos aspectos que por competencia corresponden al máximo órgano social.

Ejercicio abusivo del derecho de voto en la repartición de utilidades. Como se ha expresado anteriormente, las decisiones del máximo órgano social deben estar precedidas del cumplimiento de una serie de requisitos formales que aseguren que todos los asociados han sido debidamente informados de la celebración de las reuniones de la sociedad, que ha asistido un número de participaciones sociales suficiente para deliberar sobre los temas de interés y que las decisiones se han adoptado con el cumplimiento de unas reglas de mayorías mínimas que aseguren los ejercicios de deliberación democráticos propios de este tipo de contratos plurilaterales de gestión empresarial. No obstante, el hecho de que un asociado o un grupo determinado de asociados cuente con las mayorías

necesarias para aprobar una decisión particular no asegura por sí misma la legitimidad de la decisión.

En la Decisión del 18 de julio del 2014, la Superintendencia de Sociedades analizó un caso en el que un grupo mayoritario de accionistas decidió, conforme a las mayorías dispuestas en los estatutos y en la ley, retener las utilidades de una sociedad en lugar de repartirlas entre sus asociados. La accionista minoritaria consideró abusiva la decisión de la asamblea, la que en lugar de destinar los beneficios sociales como dividendos los utilizó para realizar inversiones que sustentaban un supuesto plan de expansión de la compañía. De esta manera, el juez societario estimó que la demandante no obtuvo retorno por su inversión en el capital de la compañía dado que, además de no recibir honorarios o salarios por servicios prestados a la sociedad durante el año 2012, se retuvieron las utilidades de la compañía en contravía de la voluntad de esta accionista particular.

La parte demandada, que justificó su decisión en la necesidad de realizar las inversiones, alegó adicionalmente la inexistencia de un perjuicio debido a que la parte supuestamente afectada había visto crecer su patrimonio personal en virtud del aumento del valor de la compañía, reflejado en el mayor valor de sus participaciones sociales en un ente asociativo más robusto. La Superintendencia conceptuó que, en sociedades cerradas de pequeñas dimensiones, era extremadamente complejo materializar ese mayor valor patrimonial, pues la negociabilidad de esas acciones es limitada. En tal sentido, las utilidades configuraban el único mecanismo de obtención de un lucro correlativo a la inversión efectuada por la demandante.

Un elemento indiciario que llamó la atención del juez societario fue la existencia de un "conflicto intrasocietario". Lo anterior significa que uno de los posibles móviles que llevaron a la toma de la decisión relativa a la retención de las utilidades, radicaba en la existencia de unas controversias entre los grupos de accionistas —mayoritarios y la minoritaria— por cuenta de que esta última había presuntamente incurrido en una violación a un pacto de exclusividad, que disponía que ninguno de los asociados podía participar de otras compañías que desarrollaran actividades similares a las de la sociedad en comento. Este hecho quedó evidenciado en actas de reuniones de asamblea y declaraciones efectuadas por las partes en disputa.

Teniendo en consideración que la retención de utilidades es un mecanismo frecuente en el marco de conflictos intrasocietarios en los que se persigue afectar los intereses de un grupo particular de asociados, la Superintendencia indagó sobre los móviles que llevaron al grupo de accionistas a realizar tal acción y si la misma estaba alineada con los objetivos específicos de la empresa. Es de anotar que la reinversión de las utilidades sociales en sí misma no es un acto reprochable o que se encuentre prohibido en la normatividad mercantil. En este orden de ideas, la entidad encontró que los alegados "proyectos de crecimiento, expansión y planes de inversión" no estaban realmente justificados en los documentos estratégicos de la compañía y los montos retenidos habían sido invertidos en portafolios de especulación en la bolsa de valores que incluso generaron pérdidas para la sociedad.

En conclusión, constituye un presupuesto para la configuración de la figura del abuso del derecho del voto que el demandante acredite que el ejercicio de la prerrogativa tuvo como propósito provocar un perjuicio u obtener una ventaja injustificada y que el efecto de la decisión tomada, con el cumplimiento de todos los presupuestos formales que exigen la ley y los estatutos con respecto a la convocatoria, el cuórum y las mayorías, ocasionó un perjuicio en cabeza de los accionistas minoritarios. En efecto, la Superintendencia de Sociedades determinó que el derecho de participación política que confieren las participaciones sociales de una compañía no puede convertirse en un instrumento opresivo para lesionar deliberadamente a los accionistas minoritarios, ni para que su titular se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados.

Ejercicio abusivo del derecho de voto en la conformación de los órganos sociales de la compañía. La Superintendencia de Sociedades ha desarrollado extensa jurisprudencia alrededor del papel que deben cumplir los jueces en lo que respecta a la organización interna de la sociedad. Como regla general, esta entidad ha resaltado que las autoridades judiciales no deben entrometerse en la configuración de las estructuras societarias, por lo que las decisiones del máximo órgano social tendientes a designar a los miembros de los órganos de administración y disponer sobre su remuneración debería ser una materia vedada dentro del espectro jurisdiccional.

En el caso Serviucis S. A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S., en el contexto de un conflicto intrasocietario y de la venta de un bloque

mayoritario de acciones de la compañía, se removió de la Junta Directiva a un accionista minoritario cuya única posibilidad de informarse acerca de la situación económica de la empresa radicaba en su participación en ese órgano. En el curso del trámite, logró demostrarse que el propósito de la exclusión era restringir el acceso a la información, por lo que la entidad entendió que se había configurado el abuso del derecho de voto y anuló la remoción del citado administrador. Lo anterior no significa, en ninguna circunstancia, que los accionistas minoritarios ostenten un derecho inalienable a participar de los órganos de administración de las compañías, pues la potestad para disponer de la configuración de estos órganos corresponde al máximo órgano social. No obstante, es claro que la intervención judicial es justificable, aún en este terreno, cuando media el ejercicio del derecho de voto de manera abusiva, con la finalidad de causar un perjuicio u obtener una ventaja injustificada.

En el mismo sentido, en el caso de Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinilla S. en C. y Juan Manuel Pinilla, la Superintendencia de Sociedades analizó un caso en el que los accionistas mayoritarios decidieron sobre la conformación de la Junta Directiva de la compañía y sobre la asignación de la remuneración a sus miembros. En este contexto, resulta frecuente que asociados participen de esta clase de órganos y que por esta vía se drenen los recursos de la sociedad, afectando así las utilidades que pueden recibir los minoritarios que no cuentan con una representación en los órganos de administración.

En el caso concreto, la entidad encontró que el máximo órgano social había dado vía libre a la conformación de la junta directiva de manera intempestiva y sin ningún tipo de justificación. Dicha decisión fue adoptada en una reunión extraordinaria, una vez agotado el orden del día, con una mayoría de los votos presentes en la reunión y la designación recayó sobre uno de los asociados, su esposa y sus dos hijos. Posteriormente, se probó que las asignaciones monetarias derivadas del ejercicio de esta función eran de tal entidad que lesionaban gravemente las utilidades sociales y menoscababan los derechos económicos de los asociados minoritarios que no formaban parte del estamento en cuestión. Lo anterior, aunado al hecho de que tras las pesquisas se logró determinar que la junta directiva había desplegado una limitada actividad empresarial y que en sus reuniones se había limitado en gran medida a dar curso a actividades de mero trámite sin aporte de valor sustancial a la operación empresarial, permitió entender al juez societario que se había

configurado un verdadero acto de expropiación de los derechos económicos de los minoritarios originado en un ejercicio abusivo del derecho de voto en el máximo órgano social. Así las cosas, la entidad ordenó el pago de una indemnización por los perjuicios causados.

Abuso de paridad. Dadas las características de ciertas sociedades en lo relativo a sus reglas de cuórum y mayorías, según se revisó anteriormente, es claro que la única manera de abusar del ejercicio del derecho del voto no se traduce únicamente en configurar una votación mayoritaria. Aquellos asociados que participan del capital en unos montos necesarios para configurar mayorías calificadas, con participaciones paritarias o que, incluso, su voto resulte necesario para conformar una pluralidad de asociados necesaria para aprobar una determinada decisión pueden bloquear decisiones necesarias para la sociedad, lesionando así los intereses de esta, los asociados o terceros.

El caso Jovalco S. A. S. contra Construcciones Orbi S. A. ilustra este presupuesto de manera muy precisa. En primera medida, resulta necesario precisar que una de las funciones más importantes de la junta de socios o asamblea general de accionistas consiste en designar a los administradores sociales. Sin embargo, la función no se agota en la conformación de los órganos de administración sino que trasciende a la fiscalización de sus actuaciones y a decidir, en caso de que sea necesario, la remoción de los funcionarios que hayan incumplido sus deberes, generales o específicos, al frente de la gestión empresarial.

En el caso señalado, pudo demostrarse que la administración de la sociedad Servicios Automotores Regionales Ltda. había incurrido en una serie de irregularidades en la gestión de la compañía que derivaron en graves afectaciones económicas al patrimonio de este ente asociativo. La junta de socios, conformada por Construcciones Orbi S. A. y Jovalco S. A. S., cada una con el 50 % del capital social, no pudo tomar la decisión relativa a la remoción del administrador y al impulso de la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 por cuenta del bloqueo generado por la primera. Cabe anotar que el artículo dispone que la decisión debe aprobarse por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implica, además de la instrucción de adelantar acciones judiciales contra el administrador, su remoción inmediata.

Por cuenta de lo anterior, el juez societario determinó que el ejercicio abusivo del derecho de voto también se configura cuando, con el

referido bloqueo, se niega la prosperidad de esta acción con el propósito de encubrir actuaciones irregulares del administrador o para encubrir la desviación de recursos que de manera ilegítima materializa un administrador, por ejemplo, en favor de algunos de los accionistas de la compañía con quienes el administrador actúa coordinadamente de manera fraudulenta. Así, la entidad decretó la nulidad del voto ejercido por la demandada por encontrar que este se ejerció dolosamente con el propósito de causar un perjuicio o promover una ventaja injustificada para quienes se beneficiaron de este.

La responsabilidad de los administradores y la regla de la discrecionalidad

Como se señaló anteriormente, el papel de los administradores es de suma importancia para el desarrollo de la empresa, pues son ellos quienes tienen bajo su responsabilidad la ideación de los planes de negocios de la compañía, las estrategias empresariales, la implementación de las políticas, en fin, la materialización efectiva de los negocios que permite alcanzar los objetivos de lucro para los cuales fue creada. Por ello, es que sobre estos funcionarios recae la obligación de desempeñar su gestión bajo los más exigentes estándares y que a la vez se encuentran incursos en un régimen de responsabilidad según el cual deben responder solidaria e ilimitada por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los asociados o a terceros en la toma o ejecución de sus decisiones.

La regla de la discrecionalidad o Business Judgement Rule. Es la necesaria relación existente entre los negocios y el riesgo. Un exigente régimen de responsabilidad como el anteriormente descrito, implementado por los jueces de manera desproporcionada y sin considerar que el desarrollo de los objetivos de una empresa implica una depurada técnica, podría desestimular a los administradores para la toma de decisiones de negocio que traen consigo un riesgo implícito para el patrimonio social. La manera en que se aplican las normas que rigen la actuación de los administradores debe garantizar un equilibrio entre la autonomía que se les debe proporcionar a estas personas en el ejercicio de sus funciones y la responsabilidad que les asiste por desempeñar inadecuadamente esta significativa labor.

Surge entonces la llamada regla de la discrecionalidad o Business Judgement Rule, según la cual los jueces que implementan estas disposiciones deben abstenerse de inmiscuirse en las decisiones tomadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de los negocios. La Superintendencia de Sociedades, en el caso de la sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. expresó: "De no existir esta regla, los administradores carecerían de incentivos para asumir riesgos, puesto que el retorno económico de una inversión riesgosa beneficiaría principalmente a la compañía, al paso que cualquier pérdida le sería imputable al administrador"[39]. Como es evidente, esto no significa que la labor del administrador se encuentre desprovista de controles ni que estos puedan hacer prevalecer libremente sus intereses o los de terceros por encima de los de la compañía, así como tampoco les permite actuar dolosamente o sin tener en consideración las específicas condiciones que exige desempeñarse en un ámbito particular del comercio, la industria o la economía.

Operaciones celebradas en conflicto de interés. Uno de los aspectos que cobra mayor relevancia a la hora de valorar el comportamiento de un administrador, es el contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y en el Decreto 1925 del 2009, los conflictos de interés en los que pueda incurrir en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior ocurre cuando no es posible satisfacer simultáneamente los intereses de la sociedad y los del administrador o, incluso, eventualmente de un tercero a quien este quisiera favorecer. A falta de una definición legal sobre este concepto, la Superintendencia de Sociedades ha invocado la Ley Tipo de Sociedades de Capital que en su Capítulo F, artículo 8.60, delimita los tres supuestos de hecho en los que se puede configurar el conflicto de interés, así:

1. *Cuando un administrador contrata directamente con la compañía en la que ejerce sus funciones.* Ejemplo de ello es cuando el representante legal de la compañía recibe un préstamo por parte de esta. "Mientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa de interés permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario". Es importante mencionar que

[39] Superintendencia de Sociedades, Sent. 801-000004, feb. 1/2013.

este supuesto no solo cobija la relación directa del administrador con la sociedad, sino también la que involucra la participación, por ejemplo, de otra sociedad a la que el administrador controla.

2. *Cuando el administrador cuenta con un interés económico significativo en la operación.* Este supuesto se concreta cuando el administrador recibe unas prerrogativas para la celebración de un contrato, situación que compromete su objetividad e imparcialidad, como cuando recibe una comisión por la venta de un bien social o participa económicamente de una sociedad que se beneficia con una operación celebrada con la sociedad que administra.
3. *Cuando existen personas vinculadas al administrador que contratan directamente con la compañía en que este ejerce sus funciones o que tengan un interés económico significativo en la correspondiente operación*. Este caso ocurre cuando los cónyuges, hijos, padres o hermanos del administrador, así como compañías controladas por estos contratan con la sociedad en que aquel desempeña sus funciones y obtienen así un beneficio económico.

Deber de lealtad y deber de diligencia y cuidado. En el caso Morocota Gold S. A. S. contra Wbeimar Rincón y Luz Mery Martínez, el juez societario declaró incumplidos los deberes antes mencionados por parte del representante legal de la compañía y lo condenó a resarcir los perjuicios causados por cuenta de haberse probado las siguientes actuaciones contrarias a lo señalado en el ordenamiento societario. En primer lugar, señaló una violación al deber de lealtad por cuenta de una apropiación indebida de recursos por parte del administrador quien utilizó cupos de las tarjetas de crédito de la compañía para su exclusivo beneficio personal y que no guardaban ninguna relación con el giro ordinario de los negocios sociales. Así mismo, se violentó el mencionado deber al comprobarse la realización de pagos a terceros que no conllevaron ningún tipo de contraprestación en favor de la sociedad como, por ejemplo, el supuesto licenciamiento de un *software* que nunca se recibió por parte de la compañía.

En segundo lugar, el despacho encontró que la administración de la compañía había violado el deber de diligencia al haber realizado una construcción que requería de la autorización por parte de autoridades ambientales que nunca fue solicitada, situación que generó la imposición de una serie de multas a la compañía que afectaron su patrimonio.

El despacho conceptuó que la protección que otorga a los administradores la regla de la discrecionalidad "no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios". Así, concluyó que la violación a de las normas ambientales derivada de forma directa del descuido injustificado del administrador dio lugar a la imposición de sanciones administrativas y que esa actuación negligente debía comprometer la responsabilidad del representante legal.

Disolución y liquidación

La disolución de la sociedad ocurre tras el acaecimiento de determinada situación, económica o jurídica, previamente determinada en la ley o en los estatutos, que implica la obligación de suspender todos los actos de ejecución del objeto social de la compañía. En ese lapso, no pueden iniciarse nuevas operaciones y la sociedad conserva únicamente su capacidad jurídica para los actos tendentes a su inmediata liquidación. En virtud de lo anterior, cualquier operación que no esté autorizada expresamente por la ley responsabiliza solidaria e ilimitadamente al liquidador frente a la sociedad, a los asociados y a terceros.

Aunque la disolución no se entiende como la extinción de la persona jurídica, sí se constituye en el primer paso para adelantar el proceso liquidatorio en el que la sociedad debe hacer efectivos los activos sociales para proceder con el pago de las obligaciones soportadas por la persona jurídica.

En cuanto a las causales de disolución, la normativa mercantil prevé un grupo de causales generales y otras particulares para cada tipo societario, acordes con la naturaleza de cada una de las formas asociativas. En lo que respecta a las primeras, el artículo 218 del Código de Comercio establece:

> C*ausales de disolución de la sociedad*. La sociedad comercial se disolverá:
>
> 1. Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración;
> 2. Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma [*sic*] o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;

3. Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley;
4. Por la declaración de quiebra de la sociedad;
5. Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato;
6. Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social;
7. Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y
8. Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este código.

En lo que respecta a las causales especiales, las disposiciones mercantiles prevén las siguientes particularidades para cada tipo societario (tabla 6).

Tabla 6. Particularidades para cada tipo societario

Sociedad Colectiva	C. Co., art. 319: "*Causales de disolución en la sociedad colectiva.* La sociedad colectiva se disolverá por las causales previstas en el artículo 218 y, en especial, por las siguientes: 1. por muerte de alguno de los socios si no se hubiere estipulado su continuación con uno o más de los herederos, o con los socios supérstites; 2. por incapacidad sobreviniente a alguno de los socios, a menos que se convenga que la sociedad continúe con los demás, o que acepten que los derechos del incapaz sean ejercidos por su representante; 3. por declaración de quiebra de alguno de los socios, si los demás no adquieren su interés social o no aceptan la cesión a un extraño, una vez requeridos por el síndico de la quiebra, dentro de los treinta días siguientes; 4. por enajenación forzada del interés de alguno de los socios en favor de un extraño, si los demás asociados no se avienen dentro de los treinta días siguientes a continuar la sociedad con el adquirente, y 5. por renuncia o retiro justificado de alguno de los socios, si los demás no adquieren su interés en la sociedad o no aceptan su cesión a un tercero".

Continúa

Sociedad en Comandita Simple	C. Co., art. 333: "*Causales de disolución en la sociedad en comandita.* La sociedad en comandita se disolverá: 1. por las causales señaladas en el artículo 218 de este código; 2. por las causales especiales de la sociedad colectiva, cuando ocurran respecto de los socios gestores, y 3. por desaparición de una de las dos categorías de socios". C. Co., art. 342: "*Disolución de la sociedad en comandita simple por reducción en el capital social.* La sociedad en comandita simple se disolverá, también, por pérdida que reduzca su capital a la tercera parte o menos".
Sociedad en Comandita por Acciones	C. Co., art. 333. C. Co., art. 351 (derogado)*.
Sociedad de Responsabilidad Limitada	C. Co., art. 370 (derogado)*.
Sociedad Anónima	C. Co., art. 457: "*Causales de disolución en la sociedad anónima.* La sociedad anónima se disolverá: 1. por las causales indicadas en el artículo 218; 2. [Derogado]*; 3. cuando el noventa y cinco por ciento o más de las acciones suscritas llegue a pertenecer a un solo accionista".
Sociedad por Acciones Simplificadas	L. 1258/2008, art. 34: "*Disolución y liquidación.* La sociedad por acciones simplificadas se disolverá: 1. por vencimiento del término previsto en los estatutos, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el registro mercantil antes de su expiración. 2. por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en su objeto social. 3. por la iniciación del trámite de liquidación judicial. 4. por las causales previstas en los estatutos. 5. por voluntad de los accionistas adoptada en la asamblea o por decisión del accionista único. 6. por orden de autoridad competente, y 7. [Derogado]*".

Fuente: elaboración propia.

* Todos los numerales derogados fueron sustituidos por el artículo 4 de la Ley 2069 del 2020, así:

ARTÍCULO 4. CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA. Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente.

Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.

Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto.

PARÁGRAFO 1°. Las menciones realizadas en cualquier norma relativas a la causal de disolución por pérdidas se entenderán referidas a la presente causal. Las obligaciones establecidas en la presente norma serán igualmente exigibles a las sucursales de sociedad extranjera.

Durante el periodo de la liquidación, la junta de socios o la asamblea general de accionistas se debe reunir en las fechas indicadas en los estatutos para sus reuniones ordinarias. En las reuniones ordinarias de la asamblea o de la junta de socios, los liquidadores deben presentar el estado de la liquidación, con un informe razonado sobre su desarrollo, un balance general y un inventario detallado.

Con respecto a la actuación de los liquidadores, el artículo 227 del Código de Comercio señala que, mientras no se haga y registre el nombramiento de liquidadores, actúan como tales las personas que figuren inscritas en el registro mercantil del domicilio social como representantes de la sociedad. Durante el transcurso del proceso liquidatorio, la

junta directiva se convierte en un órgano consultivo del liquidador, que le presta su apoyo en la labor encomendada.

Bibliografía

D. 960/1970.
D. 410/1971 [C. Co.].
D. 351/1993.
D. 117/1994.
D. 486/2000.
D. 4463/2006.
D. 1925/2009.
L. 84/1873 [C. C.].
L. 23/1982.
L. 43/1990.
L. 9/1991.
L. 222/1995.
L. 1014/2006.
L. 1258/2008.
L. 1564/2012 [CGP].
L. 2069/2020.
Peña Nossa, Lisandro. *De las sociedades comerciales*, 5.ª edición. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.
Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho societario*, tomo I, 2.ª edición. Bogotá: Temis, 2009.
Superintendencia de Sociedades, Decisión jun. 18/2014.
Superintendencia de Sociedades, Sent. 801000004, feb. 1/2013.

Capítulo XIV

Las relaciones laborales en el derecho colombiano*

Margarita Gómez Ordóñez
Nicolás Rico Álvarez
Daniela Páez Cala

En este capítulo, nos proponemos aportarle al lector las nociones básicas del derecho laboral a partir de su transformación debido a la pandemia por covid-19. Por la amplitud de la materia, nos ocupamos únicamente de los aspectos que se deben tener en cuenta en el marco de cualquier relación laboral actual. Así, podemos identificar tres ejes fundamentales para entender esta área del derecho en nuestra situación actual. En primer lugar, se desarrolla lo relacionado con el derecho laboral individual; en segundo lugar, se exponen los principales lineamientos del derecho laboral colectivo y, finalmente, en la última parte, nos referimos al derecho laboral desde la virtualidad.

Haremos mención reiterada de los principios rectores del derecho laboral, pues constituyen los marcos de referencia a los que deben acudir el legislador y los demás operadores jurídicos cuando interpretan el ordenamiento. Para su entendimiento, muchas veces tales principios se aplican a circunstancias específicas, pero se advierte que estos principios tienen la pretensión de ser transversales en esta área del derecho y, por lo tanto, no tienen aplicación restringida.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.750. Agradecemos a Juan Camilo Lugo Pantoja, abogado de la Universidad de los Andes y miembro de la firma Scola Abogados (jlugo@scolalegal.com), quién fue parte importante en la investigación y elaboración de este capítulo, pues aportó sus conocimientos y habilidades para traer hoy en día estas nociones básicas del derecho laboral. Además apoyó la construcción del análisis de estos nuevos conceptos que enmarcan el derecho laboral desde la virtualidad.

El derecho laboral individual

La primera parte de este escrito tiene que ver con el contrato individual de trabajo. A continuación, se estudian los elementos que lo integran, sus características y diferentes modalidades.

Las relaciones laborales en Colombia se regulan por la Constitución Política de 1991, los tratados y convenios internacionales sobre derecho laboral ratificados por el Estado colombiano y el Código Sustantivo del Trabajo[1].

La noción de *contrato*

De acuerdo con la doctrina, el acto o negocio jurídico es la manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos jurídicos. Estos actos o negocios pueden clasificarse de acuerdo con diferentes criterios, como lo evidenciamos en el siguiente párrafo.

Los actos o negocios se clasifican según el número de partes que en ellos intervienen. Así, en los unipersonales, una sola persona participa en la realización del acto. Por su parte, las convenciones son aquellos negocios que exigen la intervención de dos o más personas en su celebración. Dentro de las convenciones, la categoría más importante es la que conocemos como "contrato", entendiéndose por este el acuerdo de voluntades mediante el cual se crean obligaciones entre las partes. Son contratos unilaterales aquellos que crean obligaciones en cabeza de una de las partes y, contratos bilaterales aquellos que generan obligaciones para ambas (como es el caso del contrato individual de trabajo). Adicionalmente, existen contratos que se perfeccionan por la simple manifestación de la voluntad de quienes están interesados (contratos consensuales), mientras que otros exigen observar ciertas formalidades (contratos solemnes).

En lo que concierne al contrato, este se forma a partir de sus elementos esenciales. Estos, se clasifican en dos grupos ya que hay elementos esenciales comunes a todos los contratos y otros, que son propios de un

[1] En adelante CST.

contrato en particular. Dentro de los elementos esenciales comunes a todos los contratos, encontramos:

1. El objeto: entendido como el conjunto de obligaciones adquiridas, que deben ser posibles y lícitas.
2. El consentimiento: se define como la amalgama de la voluntad emanada de las partes.
3. La causa: se refiere a los motivos que llevan a la celebración del contrato. A falta de algún elemento esencial, el contrato es inexistente.

El contrato individual de trabajo en su particularidad (elementos esenciales y accidentales)

Luego de las anteriores precisiones, analizamos en detalle el contrato individual de trabajo. Según el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato individual de trabajo es aquel mediante el cual una persona natural se compromete a prestar un servicio personal y subordinado a otra persona, que puede ser natural o jurídica. Como contraprestación, esta debe pagarle una remuneración que se denomina salario. Se deduce de la anterior definición que este contrato es bilateral, pues las partes intervinientes contraen obligaciones al momento de su celebración. La consensualidad del contrato individual de trabajo es la regla general. En otras palabras, la existencia de un contrato de trabajo no requiere formalidades, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley, para ciertos tipos de contratos. Así ocurre con el contrato a término fijo, que debe constar por escrito[2]. Del mismo modo, el periodo de prueba[3] también debe constar por escrito.

El análisis del contrato de trabajo exige hacer alusión a su tipicidad. Un contrato típico es aquel que está previsto y regulado en la legislación vigente. Si se tienen en cuenta las normas que regulan el contrato

[2] CST, art. 46.

[3] Ibídem, art. 77. El periodo de prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de este, la conveniencia de las condiciones del trabajo. No puede exceder de dos meses.

de trabajo, es claro que se trata de un contrato típico, pues está ampliamente regulado. Nótese que la mayoría de las normas que regulan este contrato son de orden público y, por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento. En consecuencia, las partes no pueden derogarlas o sustituirlas con las cláusulas del contrato celebrado.

A continuación, revisamos con precisión cuáles son los elementos que lo constituyen. En efecto, como lo dijimos, todo contrato tiene elementos esenciales que le son propios. Estos, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil[4], son aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o deviene otro contrato diferente. Ello explica la redacción del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, que dispone: "Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador […]; b) la continuada subordinación o dependencia […]; c) un salario".

Se considera que existe contrato de trabajo, independientemente del nombre que se le asigne a la relación contractual, cuando concurren los siguientes elementos:

1. La actividad personal del trabajador.
2. La continuada dependencia o subordinación del trabajador con respecto al empleador (esta subordinación se refleja en la autoridad del empleador para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, en relación con el modo, el tiempo, el lugar o la cantidad de trabajo. Lo anterior, sin perjuicio del respeto por la dignidad, honor y demás derechos mínimos del trabajador).
3. Un salario que remunere los servicios prestados.

El doctrinante chileno Eduardo Caamaño Rojo[5] define la subordinación como una institución jurídica que expresa un elemento estructural

[4] L. 84/1873, en adelante C. C. Nos referimos al Código Civil en la medida que en este encontramos los principios y reglas básicas aplicables a todo contrato. Así, cuando el CST no regule expresamente una materia en particular, debemos remitirnos a las normas contenidas en el C. C.

[5] Eduardo Caamaño Rojo, "La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo". *Revista Laboral Chilena*, (2004): 61.

de la relación laboral, ya que da lugar a que el trabajador se encuentre sujeto a la voluntad del empleador en lo que se refiere a la dirección o gestión del trabajo. Así, el empleador puede impartir instrucciones al trabajador en relación con el modo, lugar y tiempo en que debe realizarse el trabajo y sancionar posibles incumplimientos del contrato, además de controlar la forma y tiempo en que se prestan los servicios[6].

En ese sentido, la continuada subordinación o dependencia, además de ser un elemento de la esencia de la relación de trabajo, en últimas, justifica el fin mismo del derecho laboral, en cuanto supone una relación de obediencia de una parte. Ernesto Krotoschin afirma que "el principio de la dependencia es decisivo, tanto para distinguir al trabajador, en sentido del derecho del trabajo, de otros 'trabajadores' […], como para diferenciar la relación laboral de otras relaciones jurídicas"[7].

Tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en que la subordinación de la que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo es una subordinación jurídica[8], sin que pueda negarse la dependencia económica que surge de la relación laboral[9]. Para la Corte Constitucional este elemento distintivo de esta clase de relaciones es un poder jurídico permanente del que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, mediante la cual se expiden órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos en lo relativo a cómo se deben realizar las funciones y cumplir las obligaciones que le son propias con el propósito de cumplir los objetivos de la empresa, que generalmente son económicos. En el elemento subordinación, se destaca no solo el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el disciplinario que el empleador ejerce para asegurar un comportamiento

[6] Caamaño Rojo, "La parasubordinación o trabajo autónomo".

[7] Ernesto Krotoschin, *Tratado práctico del derecho al trabajo*, citado por Guillermo González Charry, *Derecho laboral colombiano* (Bogotá: Legis, 2004), 137.

[8] González Charry, *Derecho laboral colombiano*, 136; Francisco Lafont, *Tratado de derecho laboral* (Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, 1999), 330.

[9] La Corte Constitucional estableció: "Debe anotarse, sin embargo, que cuando se hace énfasis en la subordinación jurídica no se está negando que en las relaciones laborales exista también subordinación económica, que es aquella que generalmente se presenta cuando una persona depende de otra en las fuentes de subsistencia": C. Const., Sent. C-1110, oct. 24/2001. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquel[10].

La subordinación caracteriza al contrato individual de trabajo como un contrato de adhesión, por cuanto, usualmente, el trabajador se acoge a las condiciones de trabajo impuestas por el empleador, sin poder discutir o negociar, en muchas ocasiones, los términos de la contratación.

Otros elementos del contrato de trabajo

Además de los elementos esenciales, los contratos también tienen elementos que son propios de su naturaleza y elementos accidentales. De acuerdo con la norma del Código Civil, los elementos de la naturaleza son aquellos que, no siendo esenciales al contrato, se entienden pertenecientes a él —sin necesidad de cláusula especial— y los accidentales son aquellos que ni de manera esencial ni naturalmente le pertenecen y que se deben agregar por medio de cláusulas expresas.

De acuerdo con Guerrero Figueroa, el contrato de trabajo contiene gran cantidad de elementos propios que son de su naturaleza. Este autor sostiene que los elementos de la naturaleza corresponden a toda la reglamentación legal y convencional, de carácter imperativo, que se estructura alrededor de la relación laboral[11]. Ejemplo de un elemento de la naturaleza del contrato de trabajo es el reglamento interno, pues el trabajador ha de someterse a estas normas, sin que el empleador las añada al contrato de trabajo[12]. Además, las obligaciones entre las partes y las justas causas de terminación del contrato, expresamente señaladas en el Código Sustantivo del Trabajo, también constituyen elementos de esta clase.

[10] C. Const., Sent. T-329, sep. 27/2021. M. P. Alberto Rojas Ríos.

[11] Guillermo Guerrero Figueroa, *Manual de derecho de trabajo*, 4.ª edición (Bogotá: Edit. Leyer, 2006), 247.

[12] El art. 104 del CST establece que el reglamento de trabajo es el conjunto de normas que determinan las condiciones a que debe sujetarse el trabajador en la prestación del servicio. Está obligado a adoptar un reglamento de trabajo el empleador que ocupe más de cinco trabajadores de carácter permanente en empresas comerciales, o más de diez en empresas industriales, o más de veinte en empresas agrícolas, ganaderas o forestales. En empresas mixtas, es obligatorio tener un reglamento de trabajo cuando existan más de diez trabajadores.

En lo que concierne a los elementos accidentales, estos se encuentran en el Código Sustantivo del Trabajo y son, entre otros, los siguiente pactos:

1. El de exclusividad: impide al trabajador, durante la vigencia del contrato, prestar servicios a otros empleadores o incluso desempeñar la actividad objeto del contrato de trabajo por cuenta propia[13].
2. El periodo de prueba[14]: corresponde al lapso durante el cual la empresa valora el trabajo desempeñado por el trabajador y este, la conveniencia de las condiciones de trabajo. Durante este periodo, cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato de trabajo sin previo aviso y sin el pago de indemnización alguna. Es un periodo cuya duración está unida al objeto del contrato que se pacte, pero en ningún caso puede ser superior a dos meses.
3. El relacionado con la imposibilidad de descontar o de no compensar el tiempo perdido por el trabajador en uso de licencia.
4. La libre estipulación de la forma del salario[15].
5. El pacto: este permite efectuar el pago del salario en un lugar diferente de aquel donde el trabajador presta sus servicios[16].
6. Las cláusulas compromisorias: son aquellas encaminadas a dirimir los conflictos individuales que se deriven del contrato de trabajo a través del mecanismo del arbitraje[17].

Además, las partes pueden acordar otros elementos accidentales. Ahora bien, estos, según el artículo 43 del mismo estatuto no pueden:

1. Desmejorar la situación del trabajador.
2. Ser ilícitos o ilegales.

[13] CST, art. 26.

[14] Ibídem, arts. 76 y 77.

[15] Ibídem, art. 132, modificado por el art. 18, L. 50/1990.

[16] CST, art. 138.

[17] DL, 2158/1948, en adelante CPTSS, art. 131.

Los elementos accidentales del contrato de trabajo son una expresión clara de la voluntad de las partes. De los elementos accidentales se puede inferir que el principio de autonomía de la voluntad está presente en el contrato de trabajo, aun cuando existan normas que son de obligatorio cumplimiento. Ahora bien, la libertad de las partes en el contrato individual de trabajo es bastante limitada. Incluso, hay un sector de la doctrina que afirma que la libertad de consentimiento no existe. Lo anterior se debe a que la mayor parte del contenido del contrato laboral, como acabamos de ver, está prefijado por las reglamentaciones legales, tesis que en nuestro concepto no es correcta porque justamente existe la posibilidad de incluir elementos accidentales al mismo.

¿Cómo se prueba el contrato de trabajo?

La importancia del contrato radica en el hecho de que es creador de obligaciones para las partes. Se dice que el contrato es una fuente de derecho, de donde surge la necesidad de probar su existencia si se quiere reclamar su incumplimiento o la inviabilidad de aplicar ciertas cláusulas ante el juez competente.

Atendiendo a la naturaleza protectora del derecho laboral hacia la parte más débil del contrato, el legislador creó la presunción, a favor del trabajador[18] y sugiere que toda relación personal está regida por un contrato de trabajo. Una presunción es un hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado, por lo que el trabajador es relevado de probar los elementos de la esencia del contrato ya estudiados. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que esta presunción es de hecho, lo que significa que admite prueba en contrario y en consecuencia le corresponde al supuesto empleador desvirtuar la existencia del contrato de trabajo.

El artículo 54 del Código Sustantivo del Trabajo establece que: "La existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios". Ante la redacción de este artículo surge una crítica, pues al hablar de "existencia" se desconoce la presunción en favor del trabajador. Es decir, una redacción adecuada de la

[18] CST, art. 24.

norma debería decir que "quien pretenda desvirtuar la existencia del contrato de trabajo puede recurrir a cualquier medio probatorio".

En términos prácticos, puede ser más útil celebrar por escrito todo contrato individual de trabajo —aunque la ley no lo exija—, pues el documento es una manera fácil de acreditar su existencia y condiciones. Sin embargo, resulta pertinente recordar que la ley exige expresamente la forma escrita para ciertos casos: el contrato de trabajo a término fijo y el periodo de prueba. Aunque la ley no establece de manera expresa el requisito del escrito para el contrato por duración de obra o labor, podríamos concluir que la exigencia se aplica ya que este no es más que una modalidad del contrato a término fijo, en el que la duración del contrato tiene un término cierto, aunque indeterminado, pues está sujeto a la terminación de la obra o labor.

A pesar de lo anterior, es necesario tener en cuenta que, en el desarrollo del principio de la situación más favorable para el trabajador, conforme a la cual "en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador"[19], la ausencia de un contrato escrito no implica su inexistencia, ni siquiera cuando dicha solemnidad sea exigida por la ley. Lo anterior se debe a que la forma verbal del contrato hace que este se transforme en un contrato de trabajo a término indefinido, contrato que debe probarse por otros medios como el testimonio, la inspección judicial o pruebas documentales.

Modalidades del contrato de trabajo

De lo expuesto hasta aquí se puede inferir que existen diferentes clasificaciones de los contratos de trabajo. Sin embargo, la más importante para todos los efectos es la clasificación de los contratos por su duración: el contrato a término fijo, el contrato por duración de la obra o labor, el contrato de trabajo para labores accidentales y, por último, el contrato a término indefinido.

La modalidad del contrato de trabajo repercute en diferentes ámbitos. En primer lugar, según la modalidad del contrato que se elija se aplican ciertas normas relacionadas con la renovación y la terminación

[19] CST, art. 21.

del contrato. La modalidad del contrato también incide en el monto de la indemnización, en caso de terminación sin justa causa.

Tengamos entonces en cuenta que los contratos, según su duración se clasifican así:

Tabla 1. Tipo de contrato por duración

Tipo de contrato	Definición
Término indefinido	Es aquel cuya duración no está determinada por un término fijo o por la duración de una obra o labor contratada, o que no se refiere a un trabajo ocasional o transitorio. Se entiende que el contrato verbal tiene un término de duración indefinido, aunque nada se haya acordado entre las partes a este respecto.
Término fijo	Constituye aquel en el que las partes acuerdan establecer un plazo para la duración del contrato. Debe constar por escrito, pues de lo contrario se entenderá de duración indefinida. Los contratos a término fijo inferior a un año, solo podrán renovarse por tres períodos iguales o inferiores; una nueva renovación no podrá hacerse por menos de un año. Los contratos a término fijo, entre uno y tres años podrán renovarse en forma indefinida. Si no se desea renovar el contrato, se debe avisar a la otra parte por lo menos con treinta días calendario de anterioridad a la fecha de vencimiento del contrato[20].
Accidental o transitorio	Se celebra para realizar labores distintas de las actividades normales de la empresa. Su duración debe ser inferior a un mes.

Continúa

[20] Para la Corte Suprema de Justicia, la norma de los contratos a término fijo fue declarada exequible y, por lo tanto, el simple aviso de terminación es suficiente para no prorrogar el contrato. Por el contrario, para la Corte Constitucional los contratos a término fijo no pueden terminarse cuando subsista la causa y la materia del trabajo. Esta tesis de la Corte Constitucional, sin duda afecta la naturaleza del contrato a término fijo y restringe las posibilidades de dar término al contrato, lo que, a su vez, puede afectar la creación del empleo.

Tipo de contrato	Definición
Por duración de la obra o labor contratada	La duración de estos contratos no es determinada antes del suceso, sino determinable en la medida en que llegan a su término cuando culmine la obra o labor encomendada por el empleador y, por lo tanto, no se tiene certeza en cuanto a su fecha de finalización. El término depende directamente del tiempo que dure la obra o labor que se haya contratado. La necesidad de describir de forma detallada la obra o labor objeto del contrato, hace que el contrato deba ser por escrito. Los contratos por duración de la obra o la labor contratada no admiten renovaciones.

Fuente: elaboración propia.

El principio de la realidad y el principio de la buena fe

En la introducción de este capítulo, advertimos que, en nuestra exposición, serían muy importantes los principios que rigen en materia laboral. Así, en relación con el contrato individual de trabajo resulta pertinente referirnos al principio de la realidad y al principio de la buena fe.

El principio de la realidad está consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política[21]. Como su nombre lo indica, este principio reivindica el modo como se ejecutó el contrato, es decir, da prevalencia a lo ocurrido en la práctica. Puede suceder que las partes suscriban un contrato cuya esencia se diferencia sustancialmente de la forma como se ejecuta posteriormente. Es en estos casos, cobra importancia el principio mencionado, pues relega a un segundo plano las formalidades pactadas y da primacía a la realidad de los hechos.

La doctrina afirma que la aplicación de este principio en el régimen laboral evidencia la naturaleza protectora de esta rama del derecho, pues dicho principio garantiza la plenitud de los derechos de la parte más débil del contrato —el trabajador— cuando el empleador alega que no existe una relación laboral[22]. Esta protección se hace evidente después de leer el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo que regula el "contrato

[21] En adelante C. N., 1991.

[22] Margarita Gómez Ordóñez, *El derecho del trabajo: una visión a partir de los principios en los que se fundamenta* (Bogotá: s. e., 2006), 15.

realidad". Esta figura jurídica surte efectos una vez se establece, en la práctica, la existencia de tres elementos, a saber:

1. Una prestación personal del servicio.
2. Una relación subordinada que, como ya lo hemos advertido, tiene lugar cuando el empleador exige al trabajador el cumplimiento de sus obligaciones, le imparte órdenes tendientes a orientar la ejecución del contrato y le impone reglamentos.
3. Una remuneración, como contraprestación del servicio prestado.

En presencia de estos elementos, se entiende que existe un contrato de trabajo y este no deja de serlo únicamente por la denominación que las partes le hayan querido dar a esa relación jurídica. Aquí vale la pena hacer una precisión sobre la remuneración. La remuneración directa de los servicios prestados en una relación laboral se denomina salario. El salario es un pago que tiene características propias[23] y, por tanto, en un contrato realidad, el salario termina siendo una consecuencia más que un elemento esencial, pues muchas veces el pago que ha recibido el trabajador no se adecúa a las características y límites que imponen las normas reguladoras de este pago.

Así como el principio de la realidad hace evidente la naturaleza protectora del derecho laboral, también reafirma la regla según la cual el contrato de trabajo es un contrato consensual. Recordemos que el principio de la realidad da primacía a la ejecución del contrato, lo que indica que este le otorga mucha importancia a la verdadera voluntad de las partes y son irrelevantes las formalidades que contribuyeron a su perfección.

De la mano de este principio va el de la buena fe, previsto en el artículo 83 de la Constitución Política y en el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo. La buena fe implica la plena convicción de actuar sin engañar ni perjudicar a otro, es decir, este principio obliga a las partes contractuales a obrar sin abusar de su posición[24]. Así las cosas, se puede

[23] Las características del salario se pueden inferir del Código Sustantivo del Trabajo y de otras normas. De acuerdo con esta normativa, el salario no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente (SMLV); debe ser pagado periódicamente y su no pago acarrea consecuencias para su deudor; puede ser pagado en especie, pero únicamente hasta el treinta por ciento del salario en su totalidad.

[24] Guerrero Figueroa, *Principios fundamentales del derecho del trabajo*, citado por Gómez Ordóñez, *El derecho del trabajo*.

violar el principio de la buena fe cuando un empleador sabe que determinada relación es de naturaleza laboral, pero se rehúsa a reconocerlo al momento de celebrar el contrato. Es importante recordar que un contrato de naturaleza laboral puede resultar más oneroso que uno de naturaleza civil o comercial, ya que estos no implican el pago de parafiscales, aportes a la seguridad social y el pago de prestaciones sociales. Por ello, resulta muy frecuente encontrar a empleadores que, por medio de un escrito, ocultan la verdadera esencia del contrato, queriendo evitar así que se rija por las normas laborales.

La violación del principio de la buena fe puede provenir del trabajador, pues es frecuente que un empleado que en un comienzo decidió prestar sus servicios personales conforme a un contrato civil, decida alegar, finalizada la relación, que este era de naturaleza laboral para reclamar prestaciones. Para ilustrar lo anterior, tal podría ser el caso de una persona que, después de cuatro años de haber ejecutado un contrato de prestación de servicios en favor de determinada entidad, decide demandarla, alegando que el contrato ejecutado fue de trabajo. Podría pensarse que el trabajador vulneró el principio de la buena fe, pues desde un comienzo podía determinar si el contrato realmente era un contrato de prestación de servicios. Valdría la pena preguntarse si los principios laborales, en su aplicación, podrían admitir ciertos matices, según las calidades del sujeto trabajador, al menos al momento en que el juez fije indemnizaciones y sanciones.

Ahora bien, no siempre las partes son conscientes de que se está frente a una relación laboral y piensan, de buena fe, que han suscrito otra clase de contrato. En dado caso, imperaría el principio de la realidad, pero no podría alegarse que se viola el principio de la buena fe, ya que las partes han actuado legalmente. Por todo lo anterior, consideramos pertinente mencionar algunos contratos propios del derecho privado y dar una definición de estos para que el lector tenga claras las diferencias entre estos y el contrato de trabajo.

Otras formas de contratación de personal

En la legislación colombiana existen otras formas de vinculación de personal, que no se rigen por el derecho laboral. En cada caso particular se debe verificar que la vinculación que se llevará a cabo se ajuste

a la forma de contratación que se utilizará con el fin de evitar riesgos. Desde nuestro punto de vista, los contratos de: prestación de servicios, agencia comercial y de cuentas en participación son contratos que se celebran con cierta frecuencia en el ámbito empresarial y que pueden confundirse fácilmente con el contrato de trabajo. Por ello, los definiremos a continuación.

El contrato de prestación de servicios. La legislación civil y comercial colombiana permite a las personas (naturales o jurídicas) suscribir contratos de prestación de servicios con contratistas independientes (personas naturales o jurídicas). No obstante, estos contratos se suscriben cuando los servicios se prestan con independencia y autonomía técnica, administrativa y financiera, como puede ser el caso de las personas que desarrollan profesiones liberales. En estos contratos, no debe existir subordinación entre el trabajador independiente y la empresa contratante; de lo contario, se corre el riesgo de estructurar un contrato de trabajo.

El contrato de prestación de servicios es un contrato innominado y atípico, pues no está definido ni regulado por la ley. No obstante, a pesar del vacío legal, la jurisprudencia y la doctrina lo han definido como un contrato cuyo objeto es la prestación de un servicio o la ejecución de una obra a cambio de una remuneración. Asimismo, la jurisprudencia ha afirmado que el contrato de prestación de servicios se diferencia del contrato laboral porque en el primero no existe el elemento de la subordinación o dependencia[25]. Otro criterio diferenciador consiste en que la prestación del servicio no es necesariamente personal y el contratista tiene plena independencia y autonomía para prestar el servicio. Adicionalmente, es el contratista quien asume los riesgos y pérdidas de su propio negocio.

El contrato de agencia comercial. Por su parte, el contrato de agencia comercial está regulado por el Código de Comercio. El artículo 1317 de dicho Código dispone que por medio de este contrato:

> un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante

[25] Esta tesis la ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia y otras cortes reafirman esta definición. Véase en este sentido: CE, S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Segunda, Sent. feb. 2002, Exp. 2166-01. C. P. Alberto Arango Mantilla.

> o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo [*sic*]. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.

El contrato de cuentas en participación. El contrato de cuentas en participación, lo define el artículo 507 del Código de Comercio como:

> el contrato por el cual dos o más personas que tienen calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal con cargo de rendir cuentas y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Tanto la agencia comercial como el contrato de cuentas en participación se caracterizan por la independencia de la parte contratista. Así como en el contrato de prestación de servicios, en estos dos contratos, no hay subordinación.

Una vez claros los puntos anteriores, a continuación, en la tabla 2 presentamos un cuadro comparativo de estos contratos[26]. Como puede observarse, se relacionan las características particulares de cada contrato, lo que permite identificar más fácilmente las diferencias entre ellos.

Además de estos contratos, es pertinente traer a colación las figuras de intermediación laboral, como:

1. Las empresas de servicios temporales (EST).
2. El simple intermediario.
3. El contratista independiente.
4. Las agencias de empleo.

Por otro lado, las cooperativas de trabajo asociado y los contratos sindicales son instrumentos que se usan para conseguir la mano de obra. No obstante, se diferencian de las figuras anteriores en la medida en que no son propiamente una forma de intermediación laboral.

[26] Este cuadro fue elaborado por las autoras del presente escrito; Margarita Gómez Ordóñez y Daniela Páez Cala. No obstante, el mismo se inspiró de un cuadro muy similar, producto del desarrollo de las cátedras dictadas por Margarita Gómez Ordóñez.

Tabla 2. El contrato de trabajo y otros contratos de naturaleza civil o comercial

Característica	Contrato de trabajo	Contrato de prestación de servicios	Contrato de agencia	Contrato de cuentas en participación
Objeto	Disponibilidad de la fuerza de trabajo.	Prestación de un servicio determinado.	Promover, fabricar, distribuir y explotar negocios del agenciado.	Realizar una operación mercantil determinada con la obligación de rendir cuentas y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.
Partes	Empleador y trabajador.	Contratante y contratista.	Agenciado y agente.	Partícipes ocultos y partícipes activos.
¿Existe subordinación jurídica?	Sí. La subordinación es jurídica y se manifiesta por medio de órdenes con respecto al modo, tiempo y lugar de la prestación del servicio, para dirigir el trabajo y de sancionar al empleado por incumplir sus labores.	No. La actividad del contratista se realiza con total independencia, es decir, cuenta con organización propia y con todos los medios para desarrollar esta actividad. Puede existir subordinación económica o técnica: la primera, cuando el contratista no recibe el producto íntegro de su trabajo; y la segunda, cuando el contratista recibe del contratante, instrumentos fundamentales para el desarrollo de su labor.	No. La actividad del contratista se realiza con total independencia. Cuenta con una organización propia y con todos los medios para desarrollar esta actividad. Puede existir la subordinación económica o la subordinación técnica: la primera, cuando el contratista no recibe el producto íntegro de su trabajo y la segunda, cuando el contratista recibe del contratante, instrumentos fundamentales para el desarrollo de su labor.	No. La actividad del contratista se realiza con total independencia. Es decir, cuenta con una organización propia y con todos los medios para desarrollar esta actividad. Puede existir la subordinación económica o técnica: la primera, cuando el contratista no recibe el producto íntegro de su trabajo y la segunda, cuando el contratista recibe, del contratante instrumentos fundamentales para el desarrollo de su labor.

Continúa

Característica	Contrato de trabajo	Contrato de prestación de servicios	Contrato de agencia	Contrato de cuentas en participación
Sujeto que presta el servicio	Persona natural.	Persona natural o jurídica.	Persona natural y jurídica, en su calidad de comerciante.	Persona natural y jurídica, en su calidad de comerciante.
Estabilidad y permanencia	Se fundamenta en la confianza entre las partes. Opera el principio de estabilidad.	No es necesaria una relación estable para que exista el contrato.	Se fundamenta en la confianza entre las partes. La ley menciona la estabilidad en la definición del contrato.	No es necesaria una relación estable para que exista el contrato.
Medios de trabajo	Los proporciona el empleador.	Los proporciona el contratista.	Los proporciona el agente.	Los proporciona alguno o todos los partícipes.
Riesgos	Los asume la empresa.	Los asume el contratista.	Los asume el agenciado. El agente puede asumir los riesgos de la actividad en la medida en que la remuneración se pacta en función de las utilidades del negocio.	Los asumen todos los partícipes.

Fuente: elaboración propia.

La empresa de servicios temporales (EST). Las empresas de servicios temporales son compañías que prestan servicios como proveedores de personal temporal, denominados trabajadores en misión. Estos son contratados como empleados de forma directa por parte de las empresas de servicios temporales, razón por la cual, para todos los efectos legales, es su verdadero y único empleador. La contratación se puede hacer mediante cualquier tipo de contrato de trabajo: a término fijo, indefinido o por duración de la obra o labor contratada. Este es el más común, por la flexibilidad que ofrece a la hora de terminar el contrato.

De conformidad con el Decreto 4369 del 2006, las empresas usuarias pueden vincular personal en misión a través de empresas de servicios temporales, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, cuya duración no sea superior a un mes y que se refiera a actividades diferentes a las propias de la empresa usuaria.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses, prorrogable hasta por seis meses más. Una vez se vence el término de los doce meses, a la usuaria le está prohibido prorrogar el contrato o celebrar uno nuevo con la misma o con una empresa de servicios temporales diferente con el mismo trabajador en misión o con uno distinto. Si la causa que da origen a la necesidad de contar con un trabajador en misión subsiste, se considera una actividad permanente y no puede ser desarrollada por un trabajador en misión.

Los contratistas independientes, simples intermediarios y agencias de empleo. Los contratistas independientes son personas naturales o jurídicas que contratan la ejecución de una obra o la prestación de servicios con un tercero, asumen todos los riesgos derivados del negocio y realizan la obra o prestan el servicio con sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y directiva.

Como en el caso de las empresas de servicios temporales y de los contratistas independientes, el tercero beneficiario habría podido contratar directamente con el trabajador, pero optó por el *outsourcing*. En consecuencia, el legislador impone una carga adicional para proteger a los trabajadores. Esta carga es la solidaridad, que prevé el artículo 1568 del Código Civil, según el cual, la empresa de servicios temporales, los contratistas independientes y el tercero beneficiario, en circunstancias específicas, son responsables por las acreencias laborales. Esto implica que el trabajador puede exigirle a cada uno el total de la deuda. En efecto, los terceros beneficiarios de las empresas de servicios temporales son solidariamente responsables por las acreencias laborales en los siguientes casos:

1. Cuando la empresa de servicios temporales sea irregular, es decir, que no cuente con la aprobación del Ministerio del Trabajo.
2. Cuando el tercero beneficiario no vigile que la empresa de servicios de temporales esté cumpliendo con las obligaciones laborales.

Además, nótese que el tercero beneficiario adquiere la calidad de empleador cuando los trabajadores en misión le prestan sus servicios por más de un año consecutivo, por lo que a partir de ese momento será responsable por las acreencias laborales debidas a esos trabajadores. Por su parte, el tercero beneficiario de un contratista independiente, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a las que tengan derecho los trabajadores.

El simple intermediario. Se define como la persona que contrata servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. El artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que quien obre como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador, so pena de responder solidariamente con el empleador por las obligaciones respectivas. Las agencias de empleo son las entidades encargadas de poner en contacto a oferentes y demandantes de empleo. El servicio de estas agencias es gratuito para los demandantes de empleo y bajo esta figura no existen situaciones en las que pueda aplicarse la solidaridad.

Tabla 3. Modalidades de intermediación laboral

Figura o característica	Empresas de servicios temporales	Agencias de empleo	Simple intermediario	Contratista independiente
Objeto	Contratar la prestación de servicios con terceros para colaborar temporalmente en sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales. Servicios que puede prestar: • Labores accidentales, ocasionales y transitorias. • Reemplazar personal en vacaciones, en licencia o por incapacidad. • Atender necesidades de: producción, transporte, incremento ventas, prestación de servicios.	Ponen en contacto oferentes y demandantes de mano de obra para que satisfagan necesidades de trabajo y de empleo.	Contratar servicios de personas que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Se consideran simples intermediarios las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para ejecutar trabajos en los que se utilicen locales, equipos, herramientas de un empleador para beneficio de este.	Contratar la ejecución de una obra o la prestación de un servicio en beneficio de terceros.
Agente prestador del servicio	Persona jurídica con ánimo de lucro y de carácter privado, cuyo único objeto social debe ser el señalado.	Persona natural o jurídica de carácter privado, con ánimo de lucro, o sin él, o personas jurídicas de carácter público sin ánimo de lucro. El servicio siempre es gratuito para el trabajador.	Persona natural o jurídica, de carácter privado, con ánimo de lucro o sin él.	Persona natural o jurídica con ánimo de lucro.

Continúa

Figura o característica	Empresas de servicios temporales	Agencias de empleo	Simple intermediario	Contratista independiente
Agente beneficiario del servicio	El usuario puede ser una persona natural o jurídica.	Quien solicita el servicio de intermediación (quien demanda mano de obra) puede ser una persona natural o jurídica. El agente beneficiario del servicio pagará por el servicio.	Quien solicita el servicio de intermediación (es decir, el empleador beneficiario del servicio) puede ser una persona natural o jurídica.	Quien solicita la obra o el servicio al contratista independiente puede ser una persona natural o jurídica.
Relación intermediador-trabajador	La EST actúa como empleador.	No actúa como empleador.	No actúa como empleador.	El contratista independiente actúa como empleador.
Relación tercero beneficiario-trabajador	No existe relación laboral, salvo que el trabajador en misión trabaje por más de un año continuo.	Sí existe relación laboral.	Sí existe relación laboral.	No existe relación laboral.
Responsabilidades del prestador del servicio	Las acreencias laborales y los aportes parafiscales debe pagarlos la EST. También, la afiliación y pago de aportes al sistema integral de seguridad social.	La agencia de empleo no responde por acreencias laborales ni por aportes parafiscales. Tampoco le corresponde afiliar al trabajador al sistema integral de seguridad social.	El intermediario debe manifestarle al trabajador que obra por cuenta ajena, de lo contrario, responderá solidariamente por las obligaciones laborales a cargo del empleador.	El contratista independiente debe pagar las acreencias laborales y los aportes parafiscales; también la afiliación y pago de aportes al sistema integral de seguridad social.

Continúa

Figura o característica	Empresas de servicios temporales	Agencias de empleo	Simple intermediario	Contratista independiente
Responsabilidades del beneficiario del servicio	Al beneficiario del servicio, le corresponde actuar como representante del empleador, para efectos de la subordinación laboral[27]. En principio, le corresponde a la EST responder por las obligaciones laborales. No obstante, responderá el usuario cuando contrate con una EST irregular, es decir, no aprobada por el Ministerio de Trabajo. En todos los casos el usuario deberá conceder los beneficios extralegales en materia de transporte, alimentación y recreación a los trabajadores en misión. El salario debe ser equivalente a un salario ordinario de los trabajadores de la beneficiaria, utilizando la escala de antigüedad (principio de igualdad).	El beneficiario del servicio de intermediación responde por el pago de las acreencias laborales y de los aportes parafiscales. También, por la afiliación y pago de los aportes al sistema integral de seguridad social. No se presenta responsabilidad solidaria con la agencia de empleos.	El beneficiario del servicio de intermediación responde por el pago de las acreencias laborales y aportes parafiscales; también, por la afiliación y pago de los aportes al sistema integral de seguridad social.	En principio, le corresponde al contratista independiente responder por las obligaciones laborales. El beneficiario dueño de la obra o quien recibe el servicio es solidariamente responsable por estas obligaciones (las de responsabilidad del contratista y las de los subcontratistas), salvo que se trate de un servicio ajeno a las actividades normales de su negocio.

Continúa

[27] CST, art. 32.

Figura o característica	Empresas de servicios temporales	Agencias de empleo	Simple intermediario	Contratista independiente
Responsabilidades del beneficiario del servicio	Es responsabilidad del beneficiario del servicio vigilar que la EST cumpla las obligaciones con respecto a la seguridad social; de lo contrario se configura responsabilidad solidaria.			
Tipo de contrato entre prestador del servicio y trabajador	Contrato de trabajo por duración de la labor o por un término de seis meses, prorrogable por el mismo periodo.	No existe un contrato de trabajo entre el agente (agencia de empleo) y el trabajador.	No existe un contrato de trabajo entre el simple intermediario y el trabajador.	Contrato de trabajo a término fijo por la duración de la obra o labor.
Normas y artículos.	L. 50/1990, arts. 71 y 77. DR 1530/1996. DR 4369/2006.	D. 3115/1997, art. 1.	CST, arts. 32 y 35.	CST, art. 34.

Fuente: elaboración propia.

Obligaciones que derivan del contrato de trabajo

Las obligaciones que se derivan de la existencia del contrato de trabajo deben observar el principio de la buena fe[28]. Para empezar, clasifiquemos las obligaciones laborales. En primer lugar, las obligaciones laborales se clasifican de acuerdo con su origen. Existen obligaciones que consagra la ley, otras obligaciones son contractuales y, finalmente, existen obligaciones convencionales que emergen de los pactos o convenciones colectivos. Ahora bien, las obligaciones contractuales y las convencionales deben ajustarse a los límites que impone la ley y, sobre todo, observar cuidadosamente el mandato del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone:

> En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.

En segundo lugar, se precisa tener en cuenta que las obligaciones se pueden clasificar en función del sujeto que debe acatarlas. Por ser un contrato bilateral, en el contrato individual de trabajo, existen obligaciones para ambas partes. Las obligaciones a cargo del empleador están consagradas en los artículos 56, 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo. Del primero de los artículos surgen las obligaciones "generales". Esta característica significa que son obligaciones marco que abarcan la relación de trabajo en su totalidad. Por su parte, las obligaciones previstas en los artículos 57 y 59 son "especiales", pues hacen referencia a comportamientos específicos que debe respetar el empleador.

[28] Catherine Bermúdez Alarcón, "Ejecución y obligaciones del contrato de trabajo", en *Manual de derecho laboral* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 195.

Las obligaciones generales del empleador corresponden a la visión paternalista de la relación empleador-trabajador, pues exigen al primero adoptar medidas que garanticen la seguridad y la protección del trabajador. Por consiguiente, las obligaciones especiales, como veremos, tienen ese mismo propósito. Las obligaciones especiales del empleador son[29]:

1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para realizar las labores.
2. Proveer a los trabajadores los elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales de forma que garanticen razonablemente su seguridad y su salud.
3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad.
4. Pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos.
5. Observar absoluto respeto por la dignidad personal del trabajador, sus creencias y sentimientos.
6. Conceder al trabajador las licencias necesarias para ejercer el sufragio; para desempeñar cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada y para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros.
7. Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado.
8. Pagar al trabajador los gastos razonables de viaje, si, para prestar sus servicios, debió cambiar de residencia, salvo si la terminación del contrato se origina por culpa o voluntad del trabajador.
9. Cumplir el reglamento y mantener el orden, la moralidad y el respeto a las leyes.
10. Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero

[29] Para más detalle, se recomienda leer el artículo en su integridad.

civil, una licencia remunerada por luto de cinco días hábiles, independientemente de su modalidad de contratación o de vinculación laboral.

11. Abstenerse de deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de estos para cada caso, o sin mandamiento judicial, excepto cuando la ley expresamente lo permita[30].
12. No obligar a los trabajadores a comprar mercancías o víveres de ningún tipo.
13. No exigir o aceptar dinero del trabajador para que se le admita en el trabajo o por otro motivo.
14. No limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación.
15. Abstenerse de hacer, autorizar o tolerar propaganda política en los sitios de trabajo.
16. No permitir rifas, colectas o suscripciones en los sitios de trabajo.
17. No usar información que le impida al trabajador vincularse con otras empresas una vez terminado el contrato.

El paternalismo del legislador en este ámbito tiene justificación porque es el empleador quien determina las condiciones de trabajo y quien imparte las órdenes al trabajador para que este lleve a cabo la actividad que debe desarrollar. Por lo tanto, es el empleador quien crea riesgos para el trabajador y, en esa medida, resulta plenamente justificada la decisión del legislador.

Las obligaciones a cargo del trabajador están consagradas en los artículos 56 y 58 del Código Sustantivo del Trabajo. En el primero de estos artículos, figuran las obligaciones "generales" del trabajador: ser obediente y fiel con el empleador, obediencia y fidelidad que no son absolutas, pues el trabajador puede rehusarse o controvertir las órdenes de su superior jerárquico cuando existan justas causas para ello. Esta facultad del trabajador se deriva incluso de la Constitución Política que en su artículo 18 afirma que nadie está obligado a actuar en contra de su

[30] En efecto, con respeto a los salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los arts. 113, 150, 151, 152 y 400 del CST.

conciencia. Aclarado lo anterior, precisemos cuáles son las obligaciones especiales consagradas en el artículo 58:

1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados.
2. Observar el reglamento de trabajo y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que le imparta el empleador o sus representantes.
3. No comunicar a terceros, salvo autorización expresa, información que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador. Esto no exime de denunciar delitos o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.
4. Conservar y restituir en buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.
5. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.
6. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes para evitar daños y perjuicios.
7. Prestar la colaboración posible en casos de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen las personas o cosas de la empresa o establecimiento.
8. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.
9. No sustraer del sitio de trabajo los útiles y las materias primas o productos elaborados sin el permiso del empresario ni usarlos en objetos distintos del trabajo contratado.
10. No presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes.
11. No conservar armas en el sitio del trabajo, salvo las que con autorización legal puedan llevar los celadores.
12. No faltar al trabajo sin justa causa.
13. Abstenerse de disminuir intencionalmente el ritmo de trabajo o de suspender labores.
14. Abstenerse de hacer colectas, rifas y suscripciones o cualquier clase de propaganda en los lugares de trabajo.
15. El trabajador no puede coartar la libertad para trabajar, para afiliarse a un sindicato, permanecer en él o retirarse.

En cuanto a las obligaciones que debe cumplir el trabajador, resulta relevante mencionar la tensión que puede existir entre ellas y el derecho a la intimidad, de rango constitucional[31]. Para ilustrarla, podemos referirnos a un problema muy frecuente que se presenta cuando el trabajador usa en provecho suyo los implementos de trabajo, por ejemplo, cuando guarda información personal en la computadora de la empresa o la usa para transmitir información y el empleador aduce tal circunstancia para terminar el contrato, por incumplimiento de las obligaciones del trabajador. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia. La Corte Constitucional ha dicho que: el acceso no consentido a la información personal del trabajador, su divulgación con pretensiones de descalificación y la manipulación indebida de la misma es violatorio de los derechos a la intimidad, a la honra y buen nombre así como al de autodeterminación sobre la propia imagen[32].

En la misma dirección, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Esta arguye que, del derecho a la intimidad, se derivan otros derechos importantes como el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de las demás formas de comunicación privada. Por consiguiente, muchas de las relaciones que entable el ser humano han de mantenerse en la esfera de lo privado o reservado, esto es, alejadas del conocimiento de personas distintas a aquellas entre quienes se entabla el respectivo vínculo o se da el correspondiente proceso comunicativo[33].

A modo de recapitulación, si analizamos el listado de las obligaciones correspondientes, podemos inferir que tanto el empleador como el trabajador tienen obligaciones de hacer y no hacer. Las obligaciones de hacer exigen a una de las partes vinculadas ejecutar una conducta y las obligaciones de no hacer son aquellas que la obligan a abstenerse de ejecutar una conducta determinada. Dentro de las obligaciones de hacer, existen unas con características muy particulares que se denominan obligaciones de "dar". Estas involucran la transferencia de la propiedad sobre algún objeto material específico, por ejemplo, la obligación de pagar el salario oportunamente.

[31] C. N. 1991, art. 15.

[32] C. Const., Sent. T-405, may. 24/2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[33] CSJ, S. de Casación Laboral, Sent. sep. 4/2007. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

Es importante recordar que, además de las obligaciones que prevé la ley, las partes pueden pactar otras, siempre que no contraríen las legales, como ya se dijo.

El incumplimiento de unas y otras puede acarrear la terminación del contrato y otro tipo de sanciones (sanciones pecuniarias, indemnizaciones, entre otras).

Otras obligaciones a cargo del empleador

Del contrato de trabajo emana la obligación más importante para el empleador, pagar al empleado el salario. El salario constituye la remuneración principal y directa que el empleador entrega al trabajador por sus servicios. Está integrado por la remuneración ordinaria (que puede ser fija o variable) y la remuneración extraordinaria integrada por sobresueldos, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones, bonificaciones por cumplimiento de metas, viáticos permanentes destinados a la manutención y hospedaje del empleado y, en general, por cualquier pago habitual u ocasional efectuado como contraprestación directa del trabajo del empleado.

Asimismo, todo empleado, salvo aquel que devenga un salario integral[34], tiene derecho a recibir prestaciones sociales adicionales al salario. Las prestaciones sociales legales son las siguientes:

- Auxilio legal de transporte. Debe ser pagado a todos los trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal vigente.
- Auxilio de conectividad. Debe ser pagado a todos los trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal vigente y presten el servicio bajo la modalidad de trabajo en casa, regulado por la Ley 2088 del 2021.

[34] El salario integral es el salario que comprende, además del salario, las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario, dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación. Dentro del salario integral, no se consideran incluidas ni remuneradas las vacaciones, por lo que un empleado, aun con la figura de salario integral, tiene todo el derecho a disfrutar sus vacaciones plenamente según lo estipulado por el Código Sustantivo del Trabajo.

- Calzado y vestido. Es una dotación de un par de zapatos y un vestido de trabajo apropiados para la labor que se va a desempeñar. Debe entregarse tres veces al año (30 de abril, 31 de agosto y 20 de diciembre). Los empleados que tienen derecho a esta prestación son aquellos que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal vigente y hayan estado prestando sus servicios durante al menos tres meses.
- Auxilio de cesantía. Los empleadores deben hacer un depósito anual en un fondo de cesantías (institución financiera independiente), en la cuenta individual de cada trabajador, equivalente a un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año. Esta consignación debe efectuarse antes del 15 de febrero de cada año. Igualmente debe pagarse al trabajador a la terminación del contrato la proporción del auxilio de cesantía causado hasta la fecha de terminación.
- Intereses sobre las cesantías. Equivale al doce por ciento anual sobre el valor del auxilio de cesantía liquidado al 31 de diciembre de cada año. Debe pagarse al trabajador a más tardar el 31 de enero siguiente. Los intereses también deben pagarse a la terminación del contrato de trabajo y en los casos autorizados de pago parcial de cesantías. Si los intereses sobre las cesantías no son pagados de manera oportuna, el empleador debe pagar como penalidad el doble de los intereses legales, es decir, el veinticuatro por ciento.
- Prima de servicios. Equivale a un mes de salario por cada año de servicios y debe pagarse la mitad en junio y la mitad restante en diciembre de cada año.
- Vacaciones. Las vacaciones son un descanso remunerado. Estas corresponden a quince días hábiles de descanso remunerado por cada año de trabajo. Si el trabajador no lleva un año trabajando, las vacaciones se le reconocerán en proporción al tiempo laborado, sin importar cuanto sea este.

Sujetos de la relación laboral

Además de entender el contrato de trabajo y sus consecuencias, es muy importante tener en cuenta los sujetos contractuales, es decir, quiénes participan como partes en un contrato individual de trabajo. De acuerdo

con el Código Sustantivo del Trabajo[35], las partes en un contrato individual de trabajo se denominan "patrono", por un lado, y "trabajador", por el otro. Quién presta el servicio ostenta la calidad de trabajador y quién lo recibe y remunera ostenta la calidad de patrono. Ahora bien, es preciso mencionar que el término "patrono", debe leerse como "empleador"[36].

Tenemos que recordar que un contrato, cualquiera que sea su naturaleza, existe únicamente en la medida que se evidencia la presencia del consentimiento, el objeto y la causa, además de sus elementos esenciales ya definidos. En relación con el consentimiento, encontramos la noción de capacidad, que se predica con respecto a los sujetos contractuales. Ella es un factor determinante para que exista un consentimiento libre de vicios y se define como un atributo de la personalidad que otorga a quien la ostenta la posibilidad de exigir derechos y contraer obligaciones. No en vano el artículo 1504 del Código Civil deja entrever que quien carezca de capacidad no puede intervenir en el mercado jurídico.

Con respecto al empleador, es necesario tener en cuenta que este puede ser persona natural o persona jurídica. De ser una persona natural, su capacidad se determina en función de la edad, pues ha debido alcanzar la mayoría de edad que se adquiere a partir de los 18 años. Por otra parte, si estamos frente a una persona jurídica, la capacidad se determina en función del objeto social definido en el acto constitutivo de esta.

Ahora bien, en lo concerniente a la capacidad del trabajador (que en todos los casos debe ser una persona natural), esta se determina en función de la edad. En atención a esta última, como lo afirma Martínez: "existen dos situaciones distintas: una situación de capacidad plena y otra de capacidad limitada, según se necesite o no autorización para celebrar un contrato de trabajo"[37]. De ahí que, de acuerdo con el artículo 29 del Código Sustantivo del Trabajo, gozan de capacidad plena para celebrar el contrato individual de trabajo todas las personas que hayan cumplido 18 años.

Por el contrario, en situación de capacidad limitada, se encuentran los menores de edad que tengan entre 15 y 16 años, de acuerdo con el

[35] CST, art. 22.

[36] L. 50/1990, art 107.

[37] Juan M. Ramírez Martínez, "El contrato de trabajo", en *Curso de derecho de trabajo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008), 285.

artículo 35 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Para que los menores de edad puedan trabajar, es necesaria la autorización escrita del inspector de trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local a solicitud de los padres y, a falta de estos, del defensor de familia.

Adicionalmente, de lo anterior se colige que los menores de 15 años no podrán trabajar, salvo en el caso señalado en el parágrafo del artículo 35 que dispone que para la realización de actividades de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo los menores de 15 años sí podrán trabajar, siempre y cuando se obtenga la autorización de la autoridad competente y el trabajo no exceda las catorce horas semanales.

A pesar de que el trabajo infantil está legalmente permitido, nótese que está controlado y restringido. No solo es necesario solicitar un permiso ante una autoridad y obtener el consentimiento del representante legal del menor, tal y como se infiere de las líneas anteriores, sino que el empleador debe tener presente, entre otras cosas, que, de acuerdo con el Código de la Infancia y de la Adolescencia, la edad mínima para trabajar es de 15 años[38] (art. 35) y que están terminantemente prohibidas las peores formas de trabajo infantil[39] que son:

1. Las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.
2. La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.
3. La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes.
4. El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

[38] L. 1098/2006, en adelante C de IA, art. 35.

[39] OIT, Convenio 182/1999.

Al omitir el cumplimiento de estas disposiciones, el artículo 31 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el empleador se encuentra sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones inherentes al contrato y que el funcionario de trabajo competente puede, de oficio o a petición de la parte, ordenar la cesación de la relación y sancionar al empleador con multas.

En cuanto a la capacidad del trabajador es interesante contrastar la normativa colombiana vigente con normas extranjeras. Por ejemplo, en España la capacidad también se determina en función de la nacionalidad. En efecto, la Constitución de este Estado solo reconoce el derecho al trabajo de los españoles y para los extranjeros existe un régimen específico de contratación[40]. En contraposición está el caso colombiano, pues aquí se aplican las mismas normas laborales tanto a colombianos como a extranjeros[41].

De lo anterior, se deduce que la capacidad jurídica del trabajador en Colombia está íntimamente relacionada con su edad. Por eso, es importante enfatizar en que la discapacidad física o mental de ninguna manera impide que quienes la padecen puedan trabajar. La discapacidad constituye un término genérico que "recoge las deficiencias en las funciones y estructuras corporales, las limitaciones en la capacidad de llevar a cabo actividades y las restricciones en la participación social del ser humano"[42].

La Ley 361 de 1997, en su artículo 26 establece que:

> En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo.

[40] Ramírez Martínez, "El contrato de trabajo", 285.

[41] CST, art. 2.

[42] Carlos Egea García y Alicia Sarabia Sánchez, "Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad", citado por César Rodríguez y Laura Rico, *Discapacidad y derecho al trabajo* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2009), 16.

Este artículo significa que las personas que padecen de alguna discapacidad pueden trabajar y su discriminación se sanciona. Incluso los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación gozarán de ciertas garantías o beneficios que se encuentran contemplados en la ley mencionada[43].

Causas que motivan la celebración de un contrato de trabajo

En este acápite nos aproximaremos a las causas del contrato de trabajo, que difieren según la posición de la parte contractual, es decir, quien ocupa la posición de trabajador celebra el contrato, principalmente debido al salario y otras ventajas que veremos con más detalle posteriormente. Por su parte, el empleador celebra el contrato, sobre todo, porque puede ejercer las potestades que le otorga la subordinación, lo que no le otorga ninguna otra clase de contrato.

Así pues, resulta pertinente analizar con más detenimiento las causas que estimulan a cada una de las partes a celebrar un contrato de trabajo. En primer lugar, enfocamos nuestro estudio en las causas que motivan al trabajador y, posteriormente, hacemos referencia a las causas que tiene el empleador. Finalmente, se va más allá de las causas, puesto que, desde nuestra perspectiva, además de las motivaciones particulares de las partes, es igualmente importante la existencia de circunstancias específicas para asegurar la creación de empleo en el país.

[43] Por ejemplo, el art. 24 de la L. 361/1997 establece: "Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías:

a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10 por ciento de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación;
b) Prelación en el otorgamiento de créditos subvenciones de organismos estatales, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con limitación;
c) El gobierno fijará las tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas con limitación. El gobierno clasificará y definirá el tipo de equipos que se consideran cubiertos por el beneficiario".

El salario es uno de los principales motivos por los cuales alguien está interesado en celebrar un contrato de trabajo. Este contribuye al ejercicio del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. En ese sentido, aquel proporciona al trabajador sentimientos de satisfacción y utilidad consigo mismo. Además, el salario, por su carácter vital, recibe una protección especial frente al empleador y a los acreedores. Lo anterior se debe a que el pago del salario debe ser periódico, de acuerdo con el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo; el empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna que lo disminuya sin autorización legal previa; y su embargabilidad tiene límites, ya que el embargo del salario en su totalidad no es factible. Así lo disponen los artículos 154 a 156 del Código mencionado.

En relación con el salario existe un principio de gran importancia en el ámbito laboral. A este principio se le conoce como el principio de la remuneración mínima vital y móvil proporcional a la calidad y cantidad de trabajo. Gracias a este principio se reconocen dos aspectos importantes del salario. En primer lugar, el salario debe garantizar el derecho fundamental al mínimo vital, lo que significa que jamás podrá ser inferior al SMLV y, si la jornada es parcial, el salario mínimo se paga proporcionalmente a las horas de trabajo. En segundo lugar, debido a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, el salario, en general, y no simplemente el salario mínimo legal vigente debe ajustarse de acuerdo con los criterios monetarios para que no se vea afectado por la inflación y demás factores. Por último, este principio también resalta la conmutatividad del contrato de trabajo que exige un equilibrio entre el valor del trabajo y el valor del salario.

Junto al salario, también se encuentran las prestaciones que deben pagarse al trabajador. Las prestaciones patronales comunes y especiales están definidas en los títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo y a algunas de ellas ya hemos hecho mención (cesantías, prima, intereses a las cesantías, calzado, vestido, entre otras). El contrato de trabajo es el único contrato que asegura esta clase de pagos al trabajador, lo cual le permite adquirir:

1. Una mayor estabilidad económica.
2. Capacidad de ahorro.
3. La posibilidad de participar en las utilidades de la empresa, entre otras.

Finalmente, otra motivación importante guarda relación con la seguridad social, pues los aportes a este sistema se hacen conjuntamente —entre empleador y trabajador—. En otras palabras, los aportes a la seguridad social, cuando hay un contrato de trabajo de por medio, no corresponden a una carga que le compete únicamente al trabajador como sí le ocurre al que es independiente.

Por parte del empleador, lo motivan a celebrar un contrato de trabajo principalmente las facultades que le otorga el elemento de la subordinación. Ya vimos que cuando existe este elemento estamos, inevitablemente, frente a un contrato de trabajo. Por el contrario, si no existe, nos encontramos frente a un contrato de otra naturaleza. Sin duda este elemento es la razón de ser del contrato de trabajo, pues gracias a este el empleador puede, permanentemente, impartir órdenes a sus trabajadores, quienes están obligados a "someterse a ellas, acatarlas y cumplirlas"[44].

Aunque un contrato de trabajo pueda ser más oneroso que un contrato de naturaleza civil o mercantil, el empleador prefiere suscribirlo precisamente porque puede dirigir la producción de la mano de obra tal y como él lo considere más conveniente. Pese a ser la causa que lleva al empleador a la celebración del contrato, debemos tener claro que es precisamente la subordinación, y las potestades que de ella se generan en cabeza del empleador, el factor que pone al trabajador en una situación de desventaja y, por ello, con frecuencia, se le considera la parte débil del contrato. De este modo, es importante mantener una relación equilibrada sin abusar de este elemento, para garantizar un derecho laboral justo que no desincentive la contratación laboral.

Relacionado con esto, veamos el siguiente aspecto. En efecto, no son suficientes, como ya se dijo, las causas individuales de cada una de las partes para generar empleos. Ciertamente, el Estado debe ayudar a proveer las condiciones propicias y necesarias para este fin. Esto quiere decir que el Estado, como lo resalta Valdés[45], tiene una función muy importante en el ámbito laboral ya que debe ser un "gestor de trabajo" que estimule las diferentes fuentes de empleo. Una de las fuentes más

[44] CSJ, S. de Casación Laboral, Sent. Ago. 17/1984, MM. PP. Castor Jaramillo Arrúbla, Diógenes Sepúlveda Mejía y Luis Alberto Bravo.

[45] Germán Valdés Sánchez, *Reflexiones sobre el derecho laboral en el siglo XXI* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009).

importantes es, sin duda alguna, el fortalecimiento de la empresa, pues ella permite la confluencia del capital y de la mano de obra. Así, el primero de ellos pone sobre la mesa los medios materiales y la segunda ejecuta una serie de actividades con la ayuda de estos medios[46]. Sin embargo, no hay que desconocer la importancia de otras fuentes de empleo como lo son las unidades de producción solidaria o la organización del aparato estatal que requiere de la contratación de servidores públicos.

Terminación del contrato de trabajo

Por lo regular, los contratos de trabajo pueden ser terminados en cualquier momento, sin previo aviso de ninguna de las partes. No obstante, los efectos de la terminación varían dependiendo del tipo de contrato y de si el contrato es terminado con justa causa o sin ella. El contrato puede ser terminado con justa causa por cualquiera de las partes, si alguna incurre en una violación de sus obligaciones legales o contractuales o de aquellas contenidas en los reglamentos internos.

Las justas causas para terminar el contrato de trabajo se encuentran taxativamente enumeradas en el Código Sustantivo del Trabajo[47]. Adicionalmente, es posible incluir otras causales en los reglamentos de trabajo de cada empresa y en los contratos de trabajo. Las justas causas deben ser invocadas por escrito al momento de la terminación. Posteriormente, no es posible alegar otras causales que no hayan sido comunicadas por escrito al momento de la terminación del contrato.

Si el contrato se termina con justa causa por parte del empleador, no hay lugar al pago de indemnización alguna al trabajador, mientras que si quien lo termina con justa causa es el trabajador, se configura un despido indirecto y como consecuencia de ello, el empleador se obliga a pagarle la indemnización legal por despido injusto, de conformidad con la tabla 4. El trabajador puede terminar su contrato mediante decisión libre y espontánea (renuncia) en cualquier momento y sin que ello acarree indemnización de perjuicios a su cargo.

[46] Ibídem, 69.

[47] D. 2351/1965, art. 7.

Tabla 4. Terminación del contrato de trabajo e indemnizaciones a cargo del empleador

Tipo de contrato de trabajo	Valor de indemnización
A término fijo	El valor de los salarios correspondientes al tiempo que falte para cumplir el plazo pactado en el contrato.
Por duración de la obra o labor	El valor de los salarios correspondientes a la duración de la obra o labor contratada, caso en el cual la indemnización no puede ser inferior a quince días.
A término indefinido	• Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez salarios mínimos mensuales legales: treinta días de salario por el primer año de servicios y veinte días de salario por cada año subsiguiente al primero y proporcionalmente por fracción. • Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes: veinte días de salario por el primer año de servicios y quince días de salario por cada año subsiguiente al primero y proporcionalmente por fracción. • Para los trabajadores que, al 27 de diciembre del 2002, tuvieran diez o más años de servicios: cuarenta y cinco días de salario por el primer año de servicios y cuarenta días de salario adicionales por cada año subsiguiente al primero y proporcionalmente por fracción. • Para los trabajadores que, al 1 de enero de 1991, tuvieran diez o más años de servicios: acción de reintegro o según elija el empleado o el juez laboral; cuarenta y cinco días de salario por el primer año de servicios y treinta días de salario adicionales por cada año subsiguiente al primero y proporcionalmente por fracción.

Fuente: elaboración propia.

A la terminación del contrato de trabajo, el empleador debe entregar al trabajador el valor de los salarios, prestaciones sociales (en caso de salario ordinario), beneficios extralegales y vacaciones causadas hasta la fecha de la terminación del contrato de trabajo, junto con la indemnización cuando proceda.

Derecho laboral colectivo

Esta sección desarrolla el segundo grupo de relaciones que existen en el derecho laboral, a saber, las relaciones colectivas de trabajo. Así las cosas, en este aparte es fundamental:

1. Exponer el significado del derecho de asociación.
2. Definir y explicar la figura del sindicato, sus diferentes modalidades y los demás aspectos relativos a la misma. De hecho, un problema jurídico muy interesante en este ámbito se relaciona con el registro sindical y cómo afecta el derecho de asociación sindical la regulación en torno a este punto.
3. Definir y explicar el significado de los mecanismos para resolver los conflictos colectivos, así como las convenciones y pactos colectivos.

El derecho a la libertad de asociación

A partir de la expedición de la Constitución de 1991, el derecho de asociación fue elevado a rango constitucional y, con ello, todas las garantías que permitieran su desarrollo y ejercicio pleno, como la garantía de fuero sindical. Así, el derecho de asociación sindical empezó a tener especial protección por parte de la Corte Constitucional, ente encargado de la guarda, integridad y supremacía de la Constitución, y, a partir de su desarrollo jurisprudencial, ha delimitado, enmarcado y regulado este derecho y, dentro de esos términos, la garantía de fuero sindical.

El artículo 38 de la Constitución Política establece el derecho fundamental de toda persona a asociarse libremente. El artículo 39 siguiente constituye un desarrollo especial de este derecho, puesto que establece que los "trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado". Este derecho, tanto en cabeza de trabajadores como de empleadores, deriva de la necesidad de afiliarse para defender un conjunto de intereses en común y no requiere obtener autorizaciones previas de ningún tipo. La libertad de asociación comprende, además de la libertad para agruparse, la libertad de retirarse libremente de la organización que uno desee abandonar.

El derecho de libre asociación en Colombia tiene dos alcances: el derecho de asociación positiva y el derecho de asociación negativa. Ambos son protegidos por el ordenamiento jurídico. El derecho de asociación positivo subyace a la idea de la libertad sindical, que se refiere a la facultad autónoma de crear organizaciones sin ninguna restricción o intervención del Estado que obstaculice su constitución o funcionamiento. Es decir, en virtud del principio de autonomía sindical, las organizaciones tienen la potestad de autoconformarse y autorregularse, según las disposiciones que definan sus integrantes, sin desconocer lo dispuesto por la Constitución y la ley.

Por otro lado, el derecho de asociación sindical negativa consiste en el derecho a no ser obligado a pertenecer a ningún grupo o asociación. La Corte Constitucional ha reconocido esta protección incluso mediante la acción de tutela, al establecer que

> el derecho fundamental de asociación tiene un aspecto positivo y un aspecto negativo. El último es el que habilita a las personas, bien sea para negarse a formar parte de una asociación, o bien para retirarse de aquéllas [*sic*] de las que forman parte, en el momento en que lo deseen […] nadie puede ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuera así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad[48].

En consecuencia, se tiene que la libertad de asociación comprende tres perspectivas: la libertad de organizar sindicatos, la libertad de sindicalizarse o no (según la dimensión positiva o negativa del derecho de asociación) y la autonomía de estas organizaciones.

Podría decirse que el derecho de asociación tiene un carácter instrumental ya que este es un medio para alcanzar los derechos individuales de los asociados. La conexión entre el derecho de asociación y los derechos individuales de los trabajadores es innegable. De ahí que la doctrina afirme que "el objetivo esencial de la búsqueda de derechos

[48] C. Const., Sent. T-274, mar. 9/2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

colectivos es que una vez se hayan obtenido, se transforman en derechos individuales"[49].

Para garantizar el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 39 mencionado, el ordenamiento jurídico colombiano contempla diferentes disposiciones. Así las cosas, quien pretenda atentar contra el derecho de asociación será objeto de sanciones penales y administrativas. En adición, los artículos 405 y 406 del Código Sustantivo del Trabajo introducen el "fuero sindical". Esta es una garantía de la cual gozan algunos trabajadores y que impide que sean despedidos, desmejorados en sus condiciones de trabajo o trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo. Claro está, este fuero se encuentra sujeto a límites temporales y probatorios. Es decir, no es una garantía ilimitada que restrinja la capacidad de decisión del empleador de manera definitiva porque si así lo fuera, el fuero sindical podría ser objeto de abusos por parte de quienes gozan de él.

A pesar de ser un derecho, la libertad de asociación no es absoluta. En efecto, las asociaciones profesionales y los sindicatos deben someterse a las normas que regulen su actividad. Incluso, en virtud del orden público, tanto las asociaciones profesionales como los sindicatos están sometidos a la inspección y vigilancia del gobierno —normalmente, por conducto del Ministerio del Trabajo—. Así lo dispone el artículo 353 del Código Sustantivo del Trabajo.

En virtud del carácter limitado del derecho de asociación, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

> No es admisible reconocer el carácter absoluto de la libertad sindical, en la medida en que la propia Constitución establece como limitación, concretable por el legislador, que 'la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos' (art. 39, inc. 2º) y que, los convenios internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, en cuanto ellas sean necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que se

[49] María Mercedes Cuéllar, *Los sindicatos y la asignación del ingreso en Colombia, un siglo de historial laboral* (Bogotá: Universidad de los Andes y Asobancaria, 2009), 4.

> persiga, para garantizar la seguridad nacional, el orden, la salud o moral pública, los derechos y deberes ajenos y, en general, el cumplimiento de cualquier finalidad que se estime esencialmente valiosa[50].

El carácter limitado del derecho de asociación sindical se concreta en diferentes disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano. Algunos ejemplos podrían ser los siguientes:

1. Prohibición expresa a los miembros de la fuerza pública de integrar sindicatos y otras organizaciones que se fundamenten en el derecho de asociación.
2. Prohibición de abusar de la figura del sindicato creando sucesivamente este tipo de organizaciones en una misma organización.

Esta última prohibición ha sido creada para combatir el fenómeno del "carrusel sindical", que se presenta cuando los trabajadores:

> constituyen sindicatos sucesivos de forma indiscriminada, cuyo móvil o finalidad única no es la defensa de los intereses de la clase trabajadora que representan sino cubrir a determinados trabajadores de una estabilidad forzada basada en el fuero de fundadores y adherentes[51].

Esta figura ha sido objeto de interpretación y comentarios. Uno de los pronunciamientos más famosos terminó siendo la sentencia de 23 de agosto del 2001 del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, sala laboral[52]. Esta Corporación alegó que los jueces, al momento de enfrentarse a conflictos que involucren la libertad sindical, deben proteger el derecho de asociación más no el de la estabilidad laboral. Es decir, que para que un sindicato sea válido y viable, se impone como requisito esencial el

[50] C. Const., Sent. C-797, jun. 29/2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Posición reiterada, por ejemplo, en: C. Const., Sent. T-376, sep. 2/2020. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y C. Const., Sent. C-471, nov. 5/2020. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

[51] Charles Chapman, "El abuso del derecho de asociación en la creación de sindicatos". *Revista de Derecho*, n.° 22 (2004), 174-186.

[52] Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, S. Laboral, Sent. ago. 23/2001. M. P. Graciela Moreno de Rodríguez.

ánimo de asociarse para defender intereses comunes y no simplemente, limitarse a simular una fundación para alcanzar otra clase de objetivos.

Descrito el significado y alcance del derecho de libertad de asociación, a continuación, se estudia la figura del sindicato. En este sentido, se exponen los requisitos para su funcionamiento, las diferentes modalidades de esta figura y se presentan algunas limitaciones legales que esta clase de asociaciones deben respetar.

Sindicatos

El funcionamiento de las organizaciones sindicales en Colombia está regulado por el Código Sustantivo del Trabajo en su Parte segunda. A continuación, se hace una breve referencia a la constitución, inscripción y los tipos de sindicatos en el país.

Los sindicatos son asociaciones sin ánimo de lucro[53]. Para constituirse o subsistir, los sindicatos de trabajadores requieren un número no inferior a veinticinco afiliados. Por su parte, el sindicato patronal requiere no menos de cinco empleadores independientes entre sí. Por su incidencia en el ámbito de la empresa, este acápite se concentra en el estudio de los sindicatos de trabajadores, sin perjuicio de que muchos de los aspectos aquí explicados puedan también aplicarse al ámbito de los sindicatos de empleadores.

Para su constitución, el artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo estipula que los sindicatos de trabajadores requieren un mínimo de veinticinco afiliados y, al mismo tiempo, el artículo 361 del mismo Código, modificado por el artículo 41 de la Ley 50 de 1990, regula las condiciones para su acreditación ante el Ministerio del Trabajo, por medio del acta fundacional. Seguidamente a su fundación, y desde la fecha de la asamblea constitutiva, se entiende que el sindicato cuenta con personería jurídica, tal y como lo expresa el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo. La fundación debe inscribirse en el registro sindical del Ministerio del Trabajo y tiene que ser notificada al empleador para efectos de oponibilidad.

[53] Es decir, que no pueden tener por objeto la explotación de negocios o actividades con fines de lucro.

Las organizaciones sindicales deben estar enmarcadas dentro de alguna de las cuatro categorías, según la clasificación del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo que señala:

> *Sindicatos de trabajadores*. *Clasificación*. Los sindicatos de trabajadores se clasifican así:
> a) de empresa, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución;
> b) De industria o por rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o actividad económica;
> c) Gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad, y
> d) De oficios varios, si están formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas. Estos últimos solo pueden formarse en los lugares donde no haya trabajadores de una misma actividad, profesión u oficio en número mínimo requerido para formar uno gremial, y solo mientras subsista esta circunstancia.

Los sindicatos de trabajadores agrupan, valga la redundancia, a un número de trabajadores para hacer contrapeso al poder económico de los empleadores y, de esta manera, cumplir con su objetivo principal y filosófico, que consiste en la defensa y el mejoramiento progresivo de las condiciones laborales y económicas de los trabajadores[54]. Estos gozan de la facultad de autorregulación, lo que significa que, por medio de estatutos, se establece su denominación y se regula su actividad, objetivos, condiciones admisión, obligaciones y derechos de los asociados, entre otros. Esta facultad, no significa que los sindicatos no deban respetar los límites que imponga válidamente la ley.

De acuerdo con el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo, toda organización sindical de trabajadores por el solo hecho de su fundación y, a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, goza de personería jurídica. Ahora bien, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la asamblea de fundación, el sindicato debe inscribirse en

[54] Chapman, "El abuso del derecho de asociación".

el registro sindical que lleve el Ministerio de Trabajo. De lo anterior, se infiere que el registro surte únicamente efectos de publicidad y, por tanto, no es de carácter constitutivo[55]. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional en la Sentencia C-695 del 2008:

> es claro que jurídicamente los sindicatos existen en forma válida en virtud de su constitución, sin intervención o autorización previa por parte del Estado, mediante una declaración de voluntad colectiva, emitida en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, declaración que por exigencia constitucional debe constar en un acta que debe inscribirse en el registro correspondiente. Ello implica que dicha declaración de voluntad colectiva produce sus efectos jurídicos entre las partes de la misma [*sic*], o sea, entre los fundadores del sindicato, a partir del momento de su emisión […]. En cambio, en relación con los terceros, la declaración de voluntad de constitución del sindicato solo produce efectos jurídicos, esto es, solo les es oponible a partir de la comunicación de la misma [*sic*] a ellos, en forma particular o en forma general, esto último mediante publicación [a través de la inscripción en el registro respectivo]. Este es el efecto propio del principio de publicidad, que tiene predominantemente un fundamento racional, en cuanto en forma general los actos jurídicos solo producen efectos a partir de su conocimiento, real o presunto, por parte de sus destinatarios[56].

A nuestro juicio, las funciones más importantes de un sindicato son:

1. Estudiar las características de la respectiva profesión y los salarios, prestaciones, honorarios, sistemas de protección o de prevención de accidentes y demás condiciones de trabajo referentes a sus asociados para procurar su mejoramiento y su defensa.

[55] Por *constitutivo* debe entenderse el acto o negocio jurídico que tiene la capacidad de crear una entidad legal. Por el contrario, un acto *declarativo* es un instrumento probatorio que comprueba la existencia de una entidad legal sin que este sea necesario para su existencia. En el caso que nos ocupa, el registro sindical, por ser meramente declarativo, no es requisito indispensable para su existencia. En efecto, el mismo es de carácter declarativo.

[56] Posición reiterada en: C. Const., Sent. T-148, mar. 18/2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2. Promover el acercamiento de empleadores y trabajadores sobre las bases de justicia, de mutuo respeto y de subordinación a la ley, y colaborar en el perfeccionamiento de los métodos peculiares de la respectiva actividad y en el crecimiento de la economía general.
3. Promover la creación y fomentar el desarrollo de cooperativas, cajas de ahorros, préstamos y auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, hospitales, campos de experimentación o de deportes y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y previsión contemplados en los estatutos.

Fuero sindical

Como ya se dijo, la actividad sindical exige especial protección del legislador. Por lo anterior, existen en el ordenamiento distintas maneras de garantizar su ejercicio, procurando la estabilidad laboral, es decir, el mantenimiento y conservación de las condiciones del puesto de trabajo. Es así como surge la garantía de fuero sindical para los fundadores, directivos y miembros de la comisión de reclamos de las organizaciones sindicales.

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como la garantía:

> de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Es decir, que se requiere calificación judicial para alterar o modificar cualquier circunstancia de un trabajador amparado por fuero y corresponde al juez calificar si se configura la justa causa para el traslado, el despido o la desmejora, según el caso concreto. De conformidad con lo señalado por el artículo 410 del Código Sustantivo de Trabajo, son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero, las siguientes:

1. La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades durante más de 120 días.
2. Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

Así las cosas, las decisiones del empleador que no surtan ese proceso judicial vulneran los derechos de asociación sindical, el debido proceso y son amparables por la acción de reintegro, por vía de la jurisdicción laboral. La Corte ha definido la acción de reintegro por fuero sindical como:

> un mecanismo judicial ágil y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de asociación y libertad sindical de los empleados públicos o particulares amparados con fuero sindical, despedidos sin la calificación judicial previa, esencia de esta garantía, que desplaza y hace improcedente la acción de tutela[57].

No obstante, la Corte también ha considerado que es procedente la acción de tutela de manera transitoria cuando se pone en peligro otro derecho fundamental[58]. La ley define en cabeza de quiénes está la garantía de fuero. Concretamente, el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, especifica quiénes están amparados por el fuero sindical:

[57] C. Const., Sent. SU-036, ene. 27/1999. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

[58] La Corte ha reiterado en innumerables ocasiones que la acción de reintegro es el mecanismo más idóneo en casos de una vulneración al derecho de asociación y, por ello, la acción de tutela no es procedente, puesto que este mecanismo, previsto en el ordenamiento jurídico, es específico y eficaz. Sin embargo, la acción de tutela es procedente cuando se encuentran otros derechos fundamentales en peligro. En esos términos, ha dicho que solamente opera: "i) cuando las desvinculaciones se generan en el ámbito de un despido colectivo en donde […] no sólo se pone en riesgo la garantía de fuero sindical de un trabajador, sino que se amenaza la *integridad de la organización sindical*, […] ii) cuando media la vulneración grave de otros derechos fundamentales que no pueden ser protegidos plenamente a través de la acción de reintegro, situaciones éstas que llevan a concluir la existencia de un perjuicio irremediable, que debe ser concreto y plenamente probado, y que *ostente el carácter de inminente al encontrarse en una grave situación que requiere de medidas urgentes y cuya protección es impostergable*": C. Const., Sent. T-845, ago. 28/2008, M. P. Manuel José Cepeda (las cursivas fueron añadidas).

- Fuero de fundadores. Se refiere a los fundadores de un sindicato, desde la constitución hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical (no por más de seis meses). Asimismo, se encuentran amparados por ser miembros activos de la organización sindical desde el momento de su ingreso y también gozan del fuero de fundadores —antes conocido como el fuero de adherentes— quienes se adhieran al sindicato con anterioridad al registro sindical (por el mismo término). El fuero sindical de los trabajadores que ingresen al sindicato con anterioridad a su registro, corre a partir del día en que se constituye la organización laboral, hasta dos meses después de la inscripción, sin exceder los seis meses[59]. Lo anterior obedece a que, según las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales, la organización sindical nace a la vida jurídica desde su fundación y obtiene su personería jurídica "automática". El fuero constituye una garantía para asegurar la existencia de una organización sindical, por lo que debe operar en cabeza del trabajador desde su fundación. No obstante, esta calidad debe ser demostrada ante terceros y, por ello, se les exige a sus miembros (por medio de la junta directiva, o en la misma asamblea de constitución) una comunicación dirigida al empleador en la cual se le informe la fundación de la organización y sus miembros para que sean oponibles sus efectos. En palabras de la Corte Constitucional:

  > mientras no se demuestre que el empleador conocía la constitución del sindicato y los nombres de los fundadores del mismo [*sic*], no puede exigirse que los despidos, traslados o variaciones desfavorables en las condiciones de trabajo de los empleados fundadores del mismo [*sic*] requieran previa autorización judicial[60].

- Fuero de directivos (u ordinario). Gozan de él los diez miembros de la junta directiva y subdirectiva por el tiempo del mandato y seis meses más. En virtud del principio de autonomía sindical, son los afiliados al sindicato, en sus estatutos, quienes determinan

[59] C. Const., Sent. T-332, may. 12/1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

[60] C. Const., Sent. T-873, sep. 9/2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

libremente la conformación de los órganos de representación: "número, denominación, periodo y funciones de los miembros de la junta directiva central y de las seccionales en su caso; modo de integrarlas o elegirlas, reglamento de sus reuniones y causales y procedimiento de su remoción"[61]. Así, cuando la junta tenga más de diez miembros, la garantía de fuero sindical ampara a los cinco miembros principales y solamente a cinco suplentes[62]. En este sentido, con esta garantía foral a los directivos sindicales, se da cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio 135 de la OIT de 1971[63], que regula la protección de los representantes sindicales y al respecto estipula que "la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales podrán determinar qué clase o clases de representantes de los trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en el presente Convenio".

- Fuero de reclamantes. Ampara a dos miembros de la Comisión estatutaria de reclamos por el mismo tiempo que dure la junta directiva y seis meses más (cabe recordar que solamente puede existir una sola comisión de reclamos por empresa). De acuerdo con la Sentencia C-201 del 2002, la función primordial de estas comisiones es la de:

> elevar ante el empleador las respectivas reclamaciones que promuevan tanto los trabajadores individualmente considerados, como el propio sindicato o sindicatos, en caso de que coexistan varios de ellos en una empresa […]. Ahora bien debe anotarse que la función que cumple la comisión de reclamos constituye un instrumento de vital importancia para hacer efectiva la participación de los trabajadores y los sindicatos en los asuntos que los afecta dentro de la empresa, en la medida en que pueden comunicar al empleador, a través suyo, su inconformidad sobre las condiciones de trabajo y demás reclamaciones particulares que se

[61] CST, art. 362, num. 5.

[62] CST, art. 407.

[63] Organización Internacional del Trabajo. Convenio que aún no ha sido ratificado por Colombia y que, por lo mismo, no es vinculante para el Estado colombiano.

> presenten en la empresa para que él adopte, de manera unilateral o conjunta con el sindicato, una solución al respecto.

La institución del fuero sindical constituye una garantía para el ejercicio del derecho de asociación, que pretende proteger al sindicato mismo, más que a sus miembros, pues de ahí su relación de conexidad con el derecho de asociación. En ese sentido, ha dicho la Corte que "la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Carta reconoce a los sindicatos"[64]. Asimismo, expresó que:

> el fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y solo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos[65].

Así las cosas, se otorga la protección a los trabajadores que gozan de fuero sindical "en razón de [*sic*] su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización"[66].

Derecho a la negociación colectiva

El derecho de *negociación colectiva* también está consagrado como derecho constitucional, por la Constitución, en el artículo 55, donde establece:

> Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del

[64] C. Const., Sent. C-381, may. 16/2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[65] Ibídem.

[66] C. Const., Sent. C-710, dic 9/1996. M. P. Jorge Arango Mejía. Posición reiterada en: C. Const., Sent. C-033, feb. 18/2021. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

En ese mismo sentido, el artículo 56 de la Carta Política garantiza el derecho de huelga, como un derecho fundamental dentro de los conflictos colectivos del trabajo. Así las cosas, en Colombia la negociación colectiva es un derecho fundamental para trabajadores sindicalizados y no sindicalizados. Para los primeros, se hace mediante la suscripción de una convención colectiva de trabajo, entendida como la que se celebra entre uno o varios empleadores, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que rijan los contratos de trabajo durante su vigencia[67]. Por su parte, los trabajadores no sindicalizados suscribirían un pacto colectivo con los empleadores y solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos.

Mecanismos de solución de conflictos

Como vimos, los sindicatos son asociaciones de personas que comparten intereses y que buscan, primordialmente, contrarrestar la fuerza o poder de su contraparte. Lo anterior, evidentemente, puede generar controversias o conflictos que deben resolverse de acuerdo con lo que disponga la ley so pena de sanciones que surjan como consecuencia de suspensiones ilegales de trabajo[68].

Es importante señalar los avances introducidos en la Ley 1210 del 2008 que establece que quien declara la ilicitud de la suspensión del trabajo es el juez laboral y no como se hacía antes, el gobierno. Esto garantiza la imparcialidad de la decisión y el ejercicio del derecho a la huelga, como puede verse a continuación. Independientemente de la precisión anterior, los mecanismos de solución de conflictos son principalmente

[67] CST, art. 467.

[68] Estas sanciones pueden ir desde el despido con justa causa de los trabajadores que incurrieron en esta conducta hasta la cancelación de la personería jurídica del sindicato. Todo lo anterior ocurre sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer el empleador para el cobro de indemnizaciones por los perjuicios causados.

dos. El primero, es la huelga o suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales. El segundo de ellos, es el arbitramento, el cual constituye el instituto jurídico por medio del cual los particulares —en lugar de los jueces— administran justicia para poner término a las controversias que surjan entre dos o más partes, permitiendo así la descongestión del aparato de justicia y la participación de quienes se encuentran inmersos en el conflicto.

En caso de querer recurrir a cualquiera de estos dos mecanismos, es obligatorio surtir una etapa previa de arreglo directo, la cual se configura el inicio de la negociación colectiva de trabajo. Esta tiene por objetivo intentar la puesta en marcha de conversaciones entre trabajadores —previamente delegados— y el empleador. Tienen por objetivo la discusión de un pliego de peticiones elaborado por los primeros. Si no se logra un arreglo directo en todo o en parte, se hace constar así en el acta final que suscriben las partes, en la cual se expresa el estado en que quedaron las conversaciones sobre el pliego de peticiones y se indica, con toda precisión, cuáles fueron los acuerdos parciales sobre los puntos del pliego y cuáles en los que no se produjo arreglo alguno. Como producto de esta surgen pactos o convenciones colectivas en las que constan los acuerdos entre las partes. Con posterioridad, en este escrito, se desarrolla más específicamente lo relacionado con los pactos y las convenciones.

Aclarado lo anterior, podemos ocuparnos de los mecanismos de solución de conflictos. La huelga, representa un medio legítimo y un derecho fundamental de los trabajadores y, en general, de *movimientos sindicales* para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. La huelga consiste fundamentalmente en dejar de trabajar para que el empleador tenga en cuenta las peticiones que le han hecho los trabajadores. De acuerdo con la Corte Constitucional, este mecanismo de solución de conflictos es un instrumento de lucha de las clases trabajadoras y está destinado a obtener reivindicaciones económicas y una equitativa distribución de la riqueza[69].

[69] C. Const., Sent. C-179, abr. 13/1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

En la práctica, los colombianos no hacen uso frecuente de este derecho. Si bien en Colombia, durante los años 50, la huelga fue una de las manifestaciones más importantes de la actividad sindical, hoy en día el número de huelgas al año es casi insignificante. A manera de ilustración, entre 2005 y 2007 se realizaron un total de diez huelgas en todo el país y a lo largo de los últimos años no se presentó casi ninguna[70]. Tal vez, la causa primordial sea la debilidad que caracteriza actualmente a las asociaciones sindicales. En efecto, su popularidad ha decaído, pues los miembros de estas organizaciones sufren constantemente violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal, crímenes que son, por lo general, atribuibles a los grupos armados ilegales de ultraderecha. Tristemente, entre 1973 y 2019, se registraron 14 842 violaciones a la vida, la libertad y la integridad física cometidas en contra de sindicalistas, de las cuales se cuentan 3186 homicidios y, al menos, 487 sindicatos víctimas de este flagelo[71]. Según las Centrales Sindicales Colombianas, el 69.5 % de los casos reportados no están incluidos en la base de datos de la Fiscalía, por lo cual, estos no han sido investigados ni sancionados[72].

Esta y otras causas perjudican el libre desarrollo de la huelga en el Estado colombiano. Como veremos, también afecta el libre ejercicio del derecho el que la ley vigente no contemple una definición clara de "servicios públicos esenciales". Este punto se desarrolla con más detenimiento en los siguientes párrafos. En Colombia el derecho a la huelga es de rango constitucional. Por la ubicación del artículo 56[73] de la Carta Política (capítulo segundo del libro primero) se desprende que este es un derecho constitucional de segunda generación, ya que para su efectiva realización se requiere de la intervención de los poderes públicos.

[70] Centrales Sindicales Colombianas (CUT, CGT, CTC, CPC), *Los derechos laborales y las libertades sindicales en Colombia. Evaluación y propuestas para el desarrollo del acuerdo tripartito* (Bogotá: s. e., 2007), 67.

[71] Escuela Nacional Sindical (ENS), *La paz se construye con garantías para la libertad sindical. Informe sobre violaciones a los derechos humanos de los y las sindicalistas en Colombia, 2016-2018* (Bogotá: Ediciones ENS, 2019).

[72] Centrales Sindicales Colombianas (CUT, CGT, CTC, CPC), *Los derechos laborales y las libertades*, 21.

[73] "Se garantiza el derecho a la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador".

En principio, esta clase de derechos no puede ser protegida directamente por la acción de tutela. Sin embargo, el hecho de que la huelga tenga reconocimiento constitucional tiene efectos que deben resaltarse. Para ser más explícitos, al ser definido como un derecho constitucional, ninguna disposición de ley o reglamentaria puede contradecirlo o limitarlo de manera irracional o desproporcionada.

Además de estar en el texto constitucional, el derecho a la huelga también ha sido reconocido en convenios de índole internacional, que pertenecen al bloque de constitucionalidad colombiano[74]. Algunos de estos convenios son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[75] (art. 8º) y el Protocolo de San Salvador[76] (art. 8º).

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a la huelga ha sido regulado por el legislador. El título II de la Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo define la huelga como la suspensión colectiva temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus empleadores y previos los trámites establecidos en la ley[77]. El Código prohíbe

[74] En varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha reiterado que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como criterios de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto ha sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional en estricto sentido. Véase en este sentido: C. Const., Sent. C-191, may. 6/1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[75] Organización de las Naciones Unidas [ONU], Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dic. 16/1966.

[76] Este pacto también es denominado Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador". Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, nov. 17/1988.

[77] Es importante señalar que esta definición, contenida en el art. 429 del Código Sustantivo del Trabajo fue declarada condicionalmente exequible, por la: C. Const., Sent. C-858, sep. 3/2008. M. P. Nilson Pinilla Pinilla, "en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicas o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión".

la huelga en los servicios públicos. Para estos efectos el artículo 430, establece que el servicio público constituye toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien sea que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas. En virtud de esta disposición, se establece una lista no taxativa, que dicta que se consideran servicios públicos las actividades de:

1. Cualquiera de las ramas del poder público.
2. Empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones.
3. Establecimientos sanitarios, como hospitales y clínicas.
4. Establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia.
5. Establecimientos de higiene y aseo de las poblaciones.
6. Establecimientos de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno.

Con respecto al artículo 430, este contradice los criterios que se han venido delineando en el derecho constitucional e internacional, puesto que, según estos, la prohibición de la huelga solo tiene cabida cuando el servicio público es "esencial". Es preciso señalar que, según la OIT, los servicios públicos esenciales son aquellos "cuya interrupción, podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población"[78].

Consciente de esta situación, la Corte Constitucional dispuso en la Sentencia T-568 de 1999[79] que el hoy Ministerio del Trabajo, tenía la obligación de presentar a consideración del Congreso un proyecto de ley para desarrollar como mínimo la regulación del derecho de huelga en los servicios públicos no esenciales. Hasta el momento, el ejecutivo no ha cumplido esta exhortación. Además, cuando en el seno del Congreso de la República, se ha propuesto una definición más clara de "servicios públicos esenciales" y una regulación de la huelga en los servicios no esenciales el gobierno se ha opuesto a estas iniciativas. A manera

[78] Organización Internacional del Trabajo (OIT), Comisión de Expertos, 1983.

[79] C. Const., Sent. T-568, ago, 10/1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

de ejemplo, podemos referirnos a: el proyecto de ley 183 de 1995 del Senado, "por la cual se regula el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos y se establecen medios de solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo"; el proyecto de ley 36 del 2007 Senado, "por la cual se reglamenta el artículo 56 de la Constitución Política y se define el concepto de servicios públicos esenciales" y el proyecto de ley 209 del 2007 del Senado, "por la cual se modifican parcialmente los artículos 448 (numeral 4) y 451 del Código Sustantivo del Trabajo y 2º del Código de Procedimiento del Trabajo y Seguridad Social y se crea el artículo 129A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social"[80].

Nótese que estas circunstancias restringen injustificadamente el derecho a la huelga, pues como se aprecia en la práctica, existen muchos servicios que, sin ser realmente esenciales para el correcto desarrollo de la sociedad, han sido calificados en algún momento por el Estado como tales.

Explicado el concepto general de la huelga y los problemas que hoy existen en torno a su ejercicio, a continuación, desarrollamos con detenimiento lo relacionado con el arbitramento de los conflictos colectivos. El arbitramento es el mecanismo por el cual uno o más terceros proponen una solución a un conflicto determinado. Bajo este esquema debe seguirse un procedimiento que está delimitado en la ley, que se aproxima más a la esfera de lo estrictamente formal, pues implica el cumplimiento de términos, de etapas sucesivas y una solución definitiva con efectos de cosa juzgada a la que deben acogerse las partes.

Este mecanismo se constituye como la *ultima ratio* una vez la huelga se prolongue por más de sesenta días hábiles y, posteriormente, no pueda obtenerse una solución definitiva al conflicto. Por otro lado, el arbitramento se impone como el único mecanismo de solución de conflictos de los trabajadores de los servicios públicos esenciales, para quienes, como ya se afirmó, está prohibido el ejercicio del derecho a la huelga.

La idoneidad de uno u otro mecanismo depende del caso concreto. Así, es imposible realizar juicios de valor encaminados a favorecer el

[80] Ibídem.

uso de un mecanismo sobre el otro, pues cada uno tiene sus ventajas y desventajas para lo cual se precisa analizar el caso de manera concreta.

Convenciones y pactos colectivos

Un último instrumento importante del derecho laboral colectivo lo constituyen las convenciones y los pactos colectivos. Como se sugirió con anterioridad, estos son el producto de negociaciones colectivas entre el empleador y sus trabajadores por medio de las cuales se fijan lineamientos que rigen los contratos de trabajo.

Según el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo:

> la convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

Esta debe celebrarse por escrito y en principio son solamente aplicables a los miembros del sindicato que las hayan celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato. Ahora bien, cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de esta, sean o no sindicalizados. Además, la disolución del sindicato que celebró la convención no implicará su extinción, pues continúa rigiendo en lo referente a los derechos y obligaciones del empleador y de los trabajadores.

Por su parte, los pactos colectivos son acuerdos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados. Estos son aplicables únicamente a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos. A pesar de sus virtudes, la práctica evidencia que cada vez disminuye más el uso de este tipo de acuerdos. Esto, a los ojos de la doctrina, evidencia un deterioro del diálogo social que afecta el normal y pacífico desarrollo de las relaciones sociales.

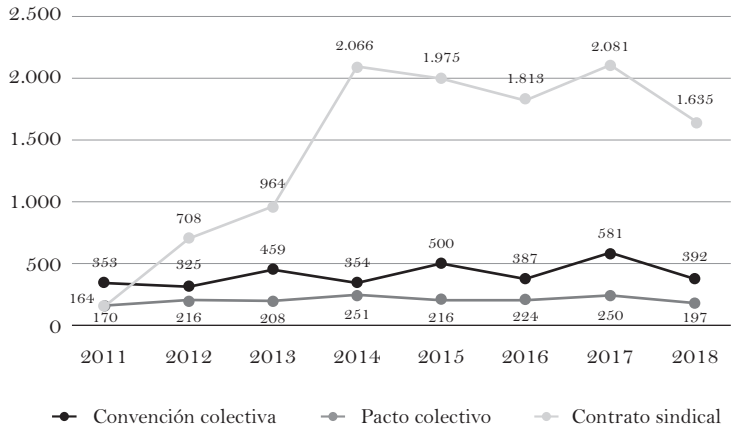
A continuación, mostramos el porcentaje de incremento en la cobertura de las convenciones colectivas en Colombia entre 2015 y 2018, además del relativo estancamiento, no solo de estos acuerdos, sino también de los pactos colectivos.

Tabla 5. Cobertura de las convenciones colectivas en Colombia entre 2015 y 2018

Indicador	2015				2018			
			Cobertura				Cobertura	
	Casos	%	Trabajadores	%	Casos	%	Trabajadores	%
Convenciones colectivas	1.092	23,6	269.441	18,5	1.344	26,5	393.723	24,8
Pactos colectivos	836	18,1	230.761	15,8	1.051	20,7	290.107	18,3
Contratos sindicales	1.975	42,7	105.000	7,2	1.636	32,2	56.980	3,6
Acuerdo colectivos sector público	720	15,6	851.000	58,4	1.050	20,7	844.000	53,3
Trabajadores con contrato de trabajo regulado por el CST (afiliados a RL)	9.507.361		15,1		9.627.739		16,4	
Población asalariada total	10.719.000		13,4		10.838.00		14,6	
Población ocupada total	22.017.000		6,6		22.457.000		7,1	
Empresas afiliadas sistema RL	644.012				805.742			
Pactos y contratos sindicales	2.811	72	335.761	55,5	2.687	66,7	347.087	46,9
Convenciones colectivas	1.092	28	269.441	44,5	1.344	33,3	393.723	53,1
Total contratos colectivos	3.903		605.202		4.031		740.810	
Total convenios colectivos y cobertura en relación con ocupados	4.623	100	1.456.202	6,6	5.081	100	1.584.810	7,1
Cobertura de las convenciones colectivas y los acuerdos colectivos			1.120.441	5,1			1.237.723	5,5

Fuente: Ministerio del Trabajo, DANE y Sistema de Información Laboral y Sindical ENS.

Figura 1. Instrumentos colectivos suscritos en Colombia



Fuente: elaboración propia con base en la información del Sistema de Información Laboral y Sindical ENS[81].

El derecho laboral desde la virtualidad

Hemos llegado a la tercera y última parte de este escrito. Como podrá observarse, tiene relación con los múltiples cambios que han tenido las relaciones laborales a raíz del fenómeno de la pandemia. Las relaciones laborales desde la virtualidad, así como el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el derecho laboral no es tan reciente como parece. Si bien en los últimos años ha sido potenciado por la necesidad de empresas y trabajadores de encontrar la forma de seguir a flote económicamente, esta idea en Colombia ya se venía presentando bajo la modalidad del teletrabajo. No obstante, actualmente el país cuenta con dos alternativas adicionales para trabajar desde la virtualidad. Además, esta transformación del derecho del trabajo ha traído otra serie de planteamientos que van de la mano con estas nuevas opciones, como la reducción de la jornada laboral en conjunto con el derecho a la desconexión.

[81] ENS, "Informe Nacional de Trabajo Decente" (informe, 2019).

De esta forma, pasaremos a definir qué se entiende por: teletrabajo, trabajo remoto, trabajo en casa, reducción de la jornada laboral, derecho a la desconexión y derecho laboral en las plataformas digitales.

Teletrabajo

El teletrabajo ha ganado espacio debido a la reducción de costos que implica. Se define como una forma de organización laboral del trabajo dependiente, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, utilizando como soporte las TIC para establecer el contacto entre el trabajador y el empleador sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. Esta modalidad adquirió reconocimiento legal a partir del 2008 con la Ley 1221, la cual establece las normas que se aplicarán, siempre y cuando exista subordinación.

Con anterioridad al 2008, en Colombia, no existía normativa alguna que regulara esta forma de contratación. Por ende, el teletrabajo era un contrato atípico que suscitaba numerosas incertidumbres, pues las prestaciones recíprocas entre las partes no eran claras[82]. En otras palabras, no era claro si el teletrabajo debía regirse por las normas laborales. Nótese que por su flexibilidad, el teletrabajo podía ir en contra de las conquistas laborales ya que se podía:

> poner en un mismo plano de igualdad al empresario y trabajador, donde el mercado predomine y simplemente uno realiza una tarea y otro paga por el trabajo sin ninguna consideración, aboliendo garantías como las prestaciones sociales que merece el trabajador[83].

No obstante, el Decreto 884 del 2012 reguló la modalidad del teletrabajo, poniendo en condiciones de igualdad a los teletrabajadores y al resto de los trabajadores de los empleadores del sector privado y público. Así, en principio, esta modalidad presenta tres tipos de teletrabajadores:

[82] Ana María Arias Pérez, "El teletrabajo", en El *derecho de trabajo y de la seguridad social*. *Discusiones y debates* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009).

[83] Ibídem.

1. Autónomos: utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad. En este tipo, se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y solo acuden a la oficina en algunas ocasiones.
2. Móviles: no tienen un lugar de trabajo establecido. Sus herramientas principales para desarrollar sus actividades profesionales son las TIC, en especial, los dispositivos móviles.
3. Suplementarios: laboran entre dos o tres días de forma virtual y el resto del trabajo lo realizan desde las instalaciones de la empresa.

Ahora, como se mencionó anteriormente, a partir de la regulación del teletrabajo, los empleadores adquirieron las mismas obligaciones con los teletrabajadores que con los trabajadores presenciales. Es decir:

1. Son responsables de la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social.
2. Son responsables de la seguridad del teletrabajador (obligaciones en materia del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo [SG-SST]).
3. Además tienen la obligación de suministrar equipos de trabajo seguros, medios de protección y capacitaciones suficientes para prevenir riesgos derivados de la utilización de equipos informáticos y de manejo de información.

Por su parte, debe tenerse en cuenta que el teletrabajo se fundamenta en ciertos principios que protegen al teletrabajador. En particular, debe entenderse que el Teletrabajo es voluntario, para el caso de los nuevos trabajadores y que sean vinculados para laborar exclusivamente bajo esta modalidad, esta condición puede plantearse como irrevocable. Por su parte, si se trata de trabajadores actuales o vinculados para laborar desde las instalaciones de la empresa, el trabajador conserva el derecho de solicitar en cualquier momento volver a la actividad laboral convencional.

Además, debe respetarse la igualdad de trato en materia salarial, ya que la calidad de teletrabajador no puede desmejorar la remuneración frente a los trabajadores presenciales, siempre y cuando se desempeñe el mismo trabajo en cantidad y calidad. A su vez, la regla general es que el teletrabajo no está regido por las disposiciones sobre la jornada de trabajo. Cuando se desempeñen servicios en lugares en donde sea

verificable la jornada, hay lugar al pago de horas extras y dominicales en caso de que se incurra en ellos. Esto va muy ligado al respeto a la intimidad y privacidad del teletrabajador, ya que el empleador debe garantizar el respeto al espacio donde se desarrolla la actividad (en términos de espacio físico y tiempo requerido).

No obstante, se genera una duda particular sobre quién debe aportar las herramientas para poder realizar la actividad. Frente a esto, el empleador debe proveer y garantizar el manteamiento de los equipos de los teletrabajadores, así como proveer medios para acceder a conexiones, programas, energía, desplazamientos durante la jornada de trabajo y, en general, las herramientas de trabajo requeridas para que el teletrabajador pueda desempeñar sus funciones. Lo anterior se establece de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1221 del 2008. Sin embargo, las partes pueden pactar que el empleado suministre el equipo informático, esto en virtud del artículo 57 numeral 1[84] del Código Sustantivo del Trabajo.

Trabajo en casa

Pasamos ahora a una de las novedades en materia de derecho laboral que han traído los últimos años. En virtud de una situación totalmente imprevisible, como fue la pandemia por la covid-19, se necesitaba una modalidad de trabajo que fuera accesible y rápida para hacer el paso temporal a la virtualidad, teniendo en cuenta que para entonces el teletrabajo presentaba una rigurosidad y formalidad que hacía difícil su implementación a muy corto plazo. Así, se diseñó como respuesta el trabajo en casa, que recientemente ha sido regulado por la Ley 2088 del 2021 y el Decreto 649 del 2022.

El trabajo en casa se definió como la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral respectiva, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales

[84] CST, art. 51, num. 1: Poner a disposición de los trabajadores, *salvo estipulación en contrario*, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.

o especiales, privilegiando el uso de las TIC. De igual forma, cuenta con algunos de los mismos principios y derechos que el teletrabajo como la prohibición de cargas excesivas de trabajo, la igualdad de trato en materia salarial y el respeto a la intimidad y privacidad del trabajador. Además establece obligaciones parecidas a las dispuestas para el teletrabajo como la integración del trabajo en casa en el SG-SST y la necesidad de capacitar al trabajador en el manejo de las TIC o de los medios tecnológicos mediante los cuales se presta el servicio.

Aquí empieza a verse la crítica actual que se le hace a esta figura, en cuanto se tenía pensada como una modalidad de fácil acceso ante situaciones extrañas que impidieran el normal funcionamiento de las empresas; no obstante, la regulación del trabajo en casa ha formalizado e inmovilizado su rápida implementación. Lo anterior se debe a los requisitos que se han dispuesto para solicitar o habilitar el trabajo en casa.

Ya sea por decisión del empleador o del trabajador, en ambos casos, para poder habilitar el trabajo en casa, se debe presentar un documento, físico o digital, en donde se describa la situación ocasional, especial o excepcional que motiva el trabajo en casa. Para el trabajador, se deben adjuntar los soportes que justifiquen la situación y el empleador es quien dará respuesta en un término no mayor a cinco días. Por otro lado, si la decisión es del empleador, este debe enviar un escrito, físico o digital, al trabajador, donde además de la situación ocasional, especial o excepcional, se establecerá el término que durará el trabajo en casa, las funciones que desarrollará el trabajador, los medios de comunicación entre ambos, la dirección desde donde se realizará la labor, quién suministrará las herramientas de trabajo y las medidas de seguridad informática que se deberán seguir.

Por su parte, el empleador debe informar a la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) la decisión de habilitar el trabajo en casa, la dirección de prestación del servicio y cualquier modificación que se realice. Adicionalmente, para poder habilitar esta modalidad, el empleador ya debe contar con una política de desconexión laboral, elemento que explicaremos más adelante.

Ahora, a partir del Decreto 649 del 2022 del Ministerio del Trabajo, el trabajo en casa se vuelve la modalidad predilecta para los trabajadores que deban realizar temporalmente su labor desde el exterior. Para ello, el trabajador debe contar con la autorización expresa del empleador y este a su vez requiere cumplir con los requisitos y obligaciones

establecidos en el decreto, registrando una única dirección y ciudad del país extranjero desde donde se ejecuta la labor contratada, la cual debe ser informada por el empleador a la ARL, así como cualquier modificación a ella. Con ocasión de la habilitación, el empleador despliega las acciones necesarias para que el trabajador que se encuentre en el exterior esté afiliado y amparado por el Sistema de Seguridad Social Integral y que pueda gozar de sus beneficios.

Por último, a los trabajadores que se encuentren bajo esta modalidad, sean servidores públicos o del sector privado, que devenguen hasta dos salarios mínimos mensuales legales vigentes, se les reconoce el pago de un auxilio de conectividad, sin que este sea acumulable con el auxilio de transporte, tal y como se mencionó en líneas anteriores.

Trabajo remoto

Así llegamos a la última modalidad de trabajo a distancia actualmente regulada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 2121 del 2021 y el Decreto 555 del 2022. El trabajo remoto es una figura que no comparte los elementos constitutivos del teletrabajo ni del trabajo en casa. En particular, esto se debe a que es una forma de ejecución del contrato de trabajo en la cual toda la relación laboral, desde su inicio hasta su terminación, se debe realizar de manera remota mediante la utilización de TIC u otro medio o mecanismo, donde el empleador y trabajador, no interactúan físicamente a lo largo de la vinculación contractual.

No obstante, guarda mucha relación con las otras modalidades de trabajo a distancia en cuanto a su implementación. Así, al igual que la figura del trabajo en casa, no es indispensable el uso de las tecnologías de la información para la ejecución del trabajo remoto, por ello, la norma establece que se puede realizar "mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones y *otro medio o mecanismo*, donde el empleador y trabajador, no interactúan físicamente a lo largo de la vinculación contractual"[85].

[85] L. 2121/2021, art. 3, las cursivas fueron añadidas.

Para poder implementar esta modalidad, el contrato de trabajo mediante el cual se establezca el trabajo remoto debe contar con las siguientes cláusulas:

1. Funciones que debe desarrollar el trabajador durante el trabajo remoto.
2. Las condiciones de trabajo, esto es, las condiciones físicas del puesto de trabajo en el que se debe prestar el servicio contratado.
3. La relación de los elementos de trabajo que se entregan al trabajador remoto para el desarrollo efectivo de sus funciones, dentro de los que se incluyen las herramientas tecnológicas, instrumentos, equipos, conexiones y programas, así como el costo del auxilio que paga el empleador para compensar el costo de los servicios de energía e Internet o telefonía utilizados en la prestación del servicio contratado.
4. Las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y el procedimiento para la entrega y su devolución por parte del trabajador remoto.
5. Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el trabajador remoto.
6. Las circunstancias excepcionales en que se puede requerir al trabajador para que concurra al centro de trabajo. Dentro de esto se incluyen actividades culturales y de bienestar a las que el trabajador deba asistir al centro de trabajo o al sitio recreativo que el empleador disponga.

Ahora, si bien la regla general es que el empleador debe poner a disposición del trabajador remoto las herramientas tecnológicas, instrumentos, equipos, conexiones, programas, valor de la energía e Internet o telefonía, así como cubrir los costos de los desplazamientos ordenados por él. Sin embargo, el Decreto 555 del Ministerio del Trabajo, indica que, en el caso que sea el trabajador remoto quien suministre las herramientas de trabajo, el empleador y trabajador, de mutuo acuerdo, podrán pactar el valor mensual de compensación por la utilización de dichos elementos. En todo caso, al igual que en el teletrabajo, y en virtud del artículo 57 numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador puede suministrar las herramientas de trabajo para desarrollar el trabajo remoto.

Por su parte, al igual que el trabajo en casa, el empleador debe informar a la ARL el lugar de trabajo elegido, la jornada semanal, la clase de riesgo y cualquier modificación que se haga al respecto. Además, también tiene que capacitar a los trabajadores en el uso del medio tecnológico escogido e integrar los riesgos del trabajo remoto en el SG-SST. Del mismo modo, para poder implementar esta modalidad es necesario contar con una política de desconexión.

Como novedad del Decreto 555 debemos resaltar que se introdujo el término de cuidadores para referirse a aquellos trabajadores remotos que tengan a su cargo la custodia o cuidado de menores de 14 años, adultos mayores o personas con discapacidad. Para este caso, el empleador y trabajador remoto, de mutuo acuerdo pueden acordar horarios compatibles además de flexibles, para que el trabajador remoto, que además sea cuidador, acuda sin mayores contratiempos a sus actividades de cuidado. En todo caso, la misma norma consagró que los horarios compatibles para cuidador único no configurarán derecho a estabilidad laboral reforzada, es decir, esta situación no será generadora de fueros que impidan a futuro la terminación del contrato de trabajo. Claro está, deberán surtirse antes unos requisitos:

1. Notificación previa al empleador de la situación de cuidador del trabajador.
2. Que el horario de cuidado no afecte sustancialmente el giro ordinario de los negocios del empleador.
3. Que exista mutuo acuerdo entre las partes sobre la fijación del horario.

Por último, el decreto no estableció ninguna obligación frente al pago del auxilio de conectividad. Únicamente se indicó que este valor podrá ser acordado de mutuo acuerdo entre el empleador y el trabajador remoto[86].

[86] Ministerio del Trabajo. D. 555/2022, art. 2.2.1.6.6.9. Auxilio compensatorio de costos de servicios públicos: "El empleador y el trabajador podrán, de mutuo acuerdo, fijar el costo del auxilio mensual que compensará los costos de Internet, telefonía y energía, el cual no podrá ser inferior al valor del auxilio de transporte definido por el gobierno nacional. Y en las obligaciones del empleador no está el pago de auxilio de conectividad como una de ellas".

Reducción de la jornada laboral

Una de las grandes novedades legislativas del 2021 fue la expedición de la Ley 2101, mediante la cual se modificó el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, disminuyendo la jornada máxima legal a 42 horas. Esta reducción se hará de manera gradual, sin que esto implique reducir en ninguna forma el salario de los trabajadores.

Anteriormente el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo contemplaba una jornada laboral máxima de 48 horas semanales. No obstante, con la promulgación de la disposición normativa señalada, se reducirá la jornada laboral máxima ordinaria a cuarenta y dos horas a la semana, que podrán ser distribuidas de común acuerdo entre trabajador y empleador, en cinco o seis días a la semana, garantizando siempre el día de descanso.

De la misma forma, se puede establecer de común acuerdo entre el empleador y el trabajador que la jornada semanal de 42 horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana, respetando el día de descanso obligatorio. Es decir, el tiempo de trabajo diario puede repartirse de forma variable durante la semana, teniendo un mínimo de cuatro horas continuas y máximo nueve horas diarias, así, ya no se contempla un máximo de diez horas diarias. De esta manera, si las partes optan por la distribución de las horas durante la semana, no operará ningún recargo por trabajo suplementario siempre y cuando no se excedan las 42 horas de jornada máxima legal.

La Ley 2101 del 2021 contempla la posibilidad de que el empleador implemente la reducción de la jornada laboral de forma gradual. Por lo tanto, el empleador podrá optar por reducir una hora de la jornada laboral semanal pasados dos años a partir de la entrada en vigor de la ley, con lo cual queda en 47 horas semanales; transcurridos tres años de la entrada en vigor, puede reducir otra hora de la jornada laboral semanal, quedando en 46 horas semanales y desde el cuarto año de la entrada en vigencia de la ley, debe reducir dos horas cada año hasta llegar a las 42 horas semanales, conforme a lo establecido. Sin embargo, el empleador podrá optar también por acogerse de una vez a la jornada laboral de 42 horas semanales a la entrada en vigor de la ley, sin necesidad de aplicar la disminución gradual de la jornada laboral.

Lo anterior representa para el empleador ciertos beneficios, en particular, la exoneración de dar aplicación al parágrafo del artículo 3 de la Ley 1857 del 2017, así como a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 50 de 1990. Esto quiere decir que, si el empleador decide aplicar inmediatamente la reducción de la jornada laboral, no tendrá que emplear dos horas de la jornada laboral de 48 horas semanales a actividades recreativas, culturales, deportivas o de capacitación. De igual forma, tampoco deberá promover ni gestionar una jornada semestral en la que sus empleados compartan con su familia en un espacio suministrado por el empleador o en uno gestionado ante la caja de compensación familiar con la que cuentan los empleados. En el mismo sentido, si el empleador decide acogerse a la reducción gradual de la jornada, se deberá cumplir con las obligaciones anteriores de forma proporcional a la graduación de la jornada. En cualquier caso, llegado el cuarto año de vigencia de la ley, la exoneración de estas obligaciones se aplicará sin restricción alguna.

Ahora, debe tenerse en cuenta que las regulaciones sobre horas extra y recargos por trabajo suplementario no fueron modificadas. Por lo tanto, el artículo 159 del Código Sustantivo del Trabajo sigue inalterado. De esta forma, con esta modificación la situación no cambia, y para determinar las horas extras se parte de la jornada laboral diaria que las partes hayan implementado. Así, estas reglas deben tener en cuenta que con la reducción gradual de la jornada laboral poco a poco se irán disminuyendo las horas adicionales que el trabajador podrá laborar, de acuerdo con el artículo 167A del Código Sustantivo del Trabajo.

Por último, es necesario recordar que esta modificación de la jornada no altera los derechos adquiridos de los trabajadores. Así, el empleador debe respetar todas las normas y principios que protegen al trabajador. Esta reducción no solo implica la no reducción salarial, sino también la prestacional, el valor de la hora ordinaria de trabajo o cualquier otra obligación previa del empleador en favor de los trabajadores

Derecho a la desconexión laboral

El derecho a la desconexión laboral es un tema que ha sido discutido desde hace años en nuestro país. Desde que la tecnología ha tomado un papel más importante en el desarrollo de las relaciones laborales en Colombia, se había visto cómo los empleadores poco a poco iban extendiendo la

jornada máxima de sus trabajadores mediante instrucciones u órdenes que impartían mediante mensajes de texto, llamadas telefónicas o correos electrónicos. Así, se estaban desconociendo los límites legales de la jornada a costa del descanso de los trabajadores.

El primer vistazo que se tuvo del inicio de la regulación del derecho a la desconexión laboral fue la sentencia SL5584 del 2017 de la Corte Suprema de Justicia, en donde el magistrado ponente Jorge Luis Quiroz Alemán decide sobre una demanda presentada por trabajadores en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S. A. E. S. P. En este caso, el empleador les pedía a sus trabajadores estar "disponibles" durante los fines de semana a través de sus dispositivos de comunicación. En su fallo, la Corte le ordenó a la empresa mencionada cancelarles las horas extras que utilizaron de su tiempo de descanso a estos trabajadores.

No obstante, con la llegada de la pandemia por la covid-19 esta situación empeoró. A raíz de la Circular 021 del 17 de marzo del 2020, el gobierno nacional solicitó a las empresas la implementación del trabajo en casa como alternativa a la presencialidad. Sin embargo, esta decisión en conjunto con la falta de una normativa clara sobre el control de la jornada recrudeció el abuso de los empleadores en la virtualidad. De nuevo, el exceso de mensajes de texto, videoconferencias o correos electrónicos hizo que los trabajadores tuvieran que laborar más allá de lo pactado y sin ninguna contraprestación adicional.

En vista de la falta de regulación del trabajo en casa, se dio la Ley 2088 del 2021. Mediante esta norma, se dio el primer desarrollo normativo de la desconexión laboral. El literal b, del artículo 4 se estableció como un criterio aplicable al trabajo en casa para la desconexión laboral, definida como la garantía y el derecho que tiene todo trabajador y servidor público a disfrutar de su tiempo de descanso, permisos, vacaciones, feriados, licencias con el fin de conciliar su vida personal, familiar y laboral. A su vez, el empleador se abstendría de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral.

No fue sino hasta el 6 de enero del 2022 cuando surgió el derecho a la desconexión laboral regulado en una ley propia, la Ley 2191 del 2022. Aquí se define como el derecho que tienen todos los trabajadores y servidores públicos a no tener contacto, por cualquier medio o herramienta, bien sea tecnológica o no, para cuestiones relacionadas con su ámbito o actividad laboral, en horarios por fuera de la jornada ordinaria o jornada máxima legal de trabajo o convenida, ni en sus vacaciones

o descansos. En esta normativa, ya entendemos la desconexión laboral bajo la connotación de derecho del trabajador.

Así, se establece que los trabajadores gozarán de este derecho una vez finalizada la jornada laboral y es obligación del empleador velar por que esto suceda. Esto significa que los actos encaminados a transgredir este derecho pueden llegar a constituir conductas de acoso laboral en los términos de la Ley 1010 del 2006, y así se ha definido en el artículo 4 de la Ley 2191. No obstante, esto abre el debate sobre cuándo puede entenderse que se está violando el derecho a la desconexión. Sobre este tema particular, consideramos que siempre y cuando el mensaje o correo no establezca una orden o instrucción que fuerce al trabajador a seguir trabajando luego de terminada su jornada, no hay lugar a un incumplimiento de la norma. Por ejemplo, un correo electrónico solicitando la realización de una actividad durante la jornada del día siguiente.

Claro está, que al ser una disposición normativa ligada a la jornada laboral, no es aplicable a:

1. Los trabajadores de dirección, confianza y manejo.
2. Aquellos que por la naturaleza de la actividad o función que desempeñan deban tener una disponibilidad permanente, entre ellos, la fuerza pública y organismos de socorro.
3. Los casos de fuerza mayor o caso fortuito que requieran del apoyo del trabajador para la continuidad del servicio o para solventar una emergencia de la operación siempre que se pueda justificar.

Por último, el derecho a la desconexión laboral debe estar internamente regulado por cada empleador mediante una política que contenga:

1. La forma cómo se garantizará y ejercerá tal derecho, incluyendo lineamientos frente al uso de las TIC.
2. Un procedimiento que determine los mecanismos y medios para que los trabajadores o servidores públicos puedan presentar quejas frente a la vulneración del derecho, a nombre propio o de manera anónima.
3. Un procedimiento interno para el trámite de las quejas que garantice el debido proceso e incluya mecanismos de solución del conflicto y verificación del cumplimiento de los acuerdos alcanzados y de la cesación de la conducta.

Derecho laboral en las plataformas digitales

Para finalizar este capítulo queremos darle una breve, pero importante revisión al estado actual de la regulación del derecho del trabajo en estos nuevos modelos de negocios que poco a poco predominan en el mercado. Este debate no es único de Colombia y lleva años discutiéndose a lo largo del mundo. La problemática principal en casi todos los países donde se han revisado estas nuevas relaciones contractuales o nuevas formas de trabajo es el elemento de subordinación como indicador principal de la existencia del contrato de trabajo y la no subordinación en todos sus aspectos, sino en su mayoría haciendo una revisión de la facultad sancionatoria propia de un empleador en una relación laboral.

Ahora, es importante entender que actualmente hay gran variedad de modelos de negocio, cuyo recurso principal es la intermediación a través de plataformas digitales o aplicaciones. Desde entrega de comida de restaurantes a domicilio, compra de víveres y productos básicos e incluso transporte y hotelería. Así, empezamos a notar cierta dificultad para encuadrar todas estas formas de prestar estos servicios en una sola modalidad contractual y más desde la concepción del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia que data de 1950.

Con esto en mente, tenemos, por ejemplo, la Sentencia del 2018 de la Corte de Casación Francesa que resolvió un caso contra *Take Eat Easy*, una empresa de entrega de comida a domicilio, esta encontró que la aplicación "tenía un control de la actividad del domiciliario mediante un sistema de geolocalización que monitoreaba en tiempo real su posición"[87]. Según la Corte, este control por geolocalización es usado por las plataformas para controlar el tiempo de ejecución de la labor, la ruta asignada y el cumplimiento de los estándares de eficiencia de las aplicaciones. Por su parte, y en contraposición, la Corte de Distrito de Pensilvania, también en 2018[88], se pronunció sobre la relación contractual entre los conductores de Uber Black y Uber, concluyendo que los conductores registrados en esta plataforma eran en realidad verdaderos

[87] Cour de Cassation, *M. David v Take Eat Easy* ECLI: FR: CCASS, 2018, SO01737 28/11/2018.

[88] *Lawson v. Grubhub, Inc.*, United States District Court for the Northern District of California, Case No. 15-cv-05128-JSC, 2 Ago. 2018.

contratistas independientes argumentando que existía libertad absoluta por parte de los conductores y que los rasgos característicos de control no eran lo suficientemente fuertes para demostrar "control" de la plataforma sobre los conductores. Para la Corte, lo único que se buscaba con estos parámetros era proteger a los consumidores y asegurarse de que el servicio cumpliera con los más altos estándares de calidad[89].

Esta discordancia, no solo en el modelo de negocio, sino también en los argumentos que las diferentes Cortes entienden por subordinación, nos enseña que no hay claridad en cómo debe aplicarse el derecho laboral en este tipo de relaciones que no estaban concebidas en la legislación. Incluso, no queda claro si se debiera enmarcar el derecho laboral actual con sus formas tradicionales de trabajo en estas nuevas relaciones de trabajo o si, por el contrario, se tendría que crear una nueva categoría de trabajo con unos estándares y garantías diferentes a los modelos tradicionales existentes.

De esta forma, consideramos que, si bien las personas contratadas en estas aplicaciones o plataformas digitales deben contar con un mínimo de garantías, que pueden llegar a regularse bajo el derecho laboral como está concebido, no deja de ser cierto que las características propias de estas relaciones contractuales deberían tener un desarrollo propio que entienda su naturaleza. Así, no se encasillaría a estas ideas en una normativa que no va a acorde al rápido desarrollo tecnológico, la verdadera y distinta prestación de servicio de estas nuevas formas de trabajo al modelo tradicional de trabajo y a lo que ello conlleva.

En este punto, se hace necesario que el legislativo regule estas nuevas formas de negocio, de manera que se entienda el contexto en el que se enmarcan y su imposibilidad de acoplarse a las normas vigentes. No obstante, debe mantenerse un mínimo de garantías laborales que permitan al prestador del servicio proteger sus derechos fundamentales. Lo anterior, para que no se abuse de las plataformas digitales en aras de afectar los mínimos de estas personas que encuentran una forma de subsistir en estos modelos de negocio.

[89] Natalia Ramírez Bustamante, Juan Felipe Parra y Andrés Rodríguez, "¿Los trabajadores de plataformas son independientes? Análisis de sentencias internacionales que niegan el carácter laboral de la relación contractual", *Borradores de Trabajo y Derecho*, n.° 2 (2021): 2-26.

Conclusión

A lo largo de este capítulo se han desarrollado los principales aspectos del derecho laboral actual. Es así como se han explicado detalladamente las tres esferas que componen esta área del derecho: el derecho laboral individual; el derecho laboral colectivo y el derecho laboral en la virtualidad. Estas páginas sirven para demostrar que el contenido de esta materia es amplio y complejo. Sin perjuicio de lo anterior, conocerlo es importante, pues forma parte de la vida diaria de todos nosotros. Este capítulo, dirigido sobre todo a los no abogados, transmite conocimientos que no pueden pasar desapercibidos en los negocios de la vida diaria. En efecto, su inclusión en el desarrollo de la empresa y de otras actividades fundamentales para el desarrollo del país, es fundamental para su evolución correcta y oportuna.

Casos prácticos para resolver

1. Pedro Cuartas celebró un contrato de mantenimiento de equipos con una empresa petrolera. Como parte de sus obligaciones, se comprometió a que sus trabajadores laboraran en las instalaciones de la petrolera en el horario fijado por esta y a hacer uso de determinados equipos para llevar a cabo el servicio contratado. Por otra parte, se obligó a remover a sus empleados en cualquier tiempo por solicitud de la petrolera, solicitud que no requería de motivación alguna. ¿Qué tipo de contrato vincula a Pedro Cuartas con la petrolera y qué contrato existe entre el señor Cuartas y sus trabajadores?
2. El Club "Pachanguita" contrató durante diez años a un grupo musical, por intermedio de su empresario e integrante Juan Nota. El contrato implicaba tocar cinco horas seguidas, durante cada noche de los fines de semana, incluida la noche del domingo, si el siguiente lunes era festivo. En ocasiones, el gerente del Club les pedía extender sus servicios por algunas horas adicionales, cuando el público se encontraba bastante animado. Las presentaciones se cancelaban mediante una suma fija, según el valor acordado anualmente. El grupo prestaba servicios a terceros conforme a su disponibilidad. ¿Existe algún vínculo jurídico entre el Club

Pachanguita y cada uno de los integrantes del grupo musical? De ser afirmativa su respuesta, ¿qué tipo de contrato los vincula?

3. El Padre Guillermo Santo, de la comunidad El Religiosito, fue enviado por su superior para enseñar el evangelio a los alumnos del colegio de la mencionada comunidad. Así, por espacio de quince años, se dedicó a predicar con los alumnos bajo los reglamentos del colegio. ¿Tiene el Padre Santo un contrato de trabajo con el colegio? Justifique su respuesta.
4. Diez trabajadores del proyecto hotelero Locha Resort fueron llamados por el director de la oficina de Planta Física, para informarles sobre la terminación de sus contratos de trabajo por duración de obra, a partir de la fecha, debido a la difícil situación económica por la que atraviesa la actividad de la construcción, la cual no ha sido ajena a este proyecto. Así mismo, Locha Resort les solicitó conformar una cooperativa de trabajo asociado para poder continuar con la prestación personal de sus servicios en calidad de trabajadores en misión de tal forma que esta respondiera por la totalidad de las obligaciones laborales. ¿Existe justa causa para la terminación de estos contratos? ¿Podría la Cooperativa suministrar trabajadores en misión a Locha Resort?
5. En las instalaciones administrativas de Barbol S. A. S. en Bogotá D. C. ,se produce un incendio que consume una parte considerable de la oficina. A raíz de esto, Barbol les dice a sus trabajadores que deberán trabajar de manera virtual en lo que las instalaciones son reparadas. Para lograr lo anterior, Barbol envía a sus trabajadores a trabajar de manera virtual bajo la modalidad de trabajo remoto, con el fin de que la operación administrativa de la empresa no se vea comprometida. Juan fue uno de los trabajadores que empezó a trabajar de manera virtual bajo esta modalidad. Juan es el encargado de llevar la contabilidad de la empresa en relación con los contratos que tienen con algunos proveedores. No obstante, a raíz de la virtualidad, su jefe directo le ha pedido revisar documentos y enviar correos pasadas las 11:30 p. m. de manera reiterativa a lo largo del mes. ¿Es la modalidad de trabajo remoto una opción viable para suplir las necesidades de una empresa que ha optado por la virtualidad debido a circunstancias extraordinarias? En cualquier caso, ¿es posible que una empresa, debido

al trabajo a distancia, solicite a sus trabajadores laborar durante periodos más largos de los pactados durante la presencialidad?

Bibliografía

Arias Pérez, Ana María. "El teletrabajo", en *El derecho de trabajo y de la seguridad social. Discusiones y debates*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

Bermúdez Alarcón, Catherine. "Ejecución y obligaciones del contrato de trabajo", en *Manual de Derecho Laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

C. Const., Sent. C-179, abr. 13/1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

C. Const., Sent. C-710, dic 9/1996. M. P. Jorge Arango Mejía.

C. Const., Sent. C-191, may. 6/1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C. Const., Sent. C-797, jun. 29/2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

C. Const., Sent. C-1110, oct. 24/2001. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

C. Const., Sent. C-201, mar, 19/2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.

C. Const., Sent. C-381, may, 16/2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

C. Const., Sent. C-695, jul. 9/2008. M. P. Jaime Araujo Rentería.

C. Const., Sent. C-858, sep. 3/2008. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

C. Const., Sent. C-471, nov. 5/2020. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

C. Const., Sent. C-033, feb. 18/2021. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

C. Const., Sent. SU-036, ene. 27/1999. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

C. Const., Sent. T-332, may. 12/1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

C. Const., Sent. T-568, ago, 10/1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

C. Const., Sent. T-274, mar. 9/2000. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C. Const., Sent. T-873, sep. 9/2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C. Const., Sent. T-405, may. 24/2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

C. Const., Sent. T-845, ago. 28/2008. M. P. Manuel José Cepeda.

C. Const., Sent. T-148, mar. 18/2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

C. Const., Sent. T-376, sep. 2/2020. M. P. Luis Guillermo Guerrero Perez.

C. Const., Sent. T-329, sep. 27/2021. M. P. Alberto Rojas Ríos.

Caamaño Rojo, Eduardo. "La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo". *Revista Laboral Chilena*, (2004): 61.

CE, S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Segunda, Sent. feb. 2002, Exp. 2166-01. C. P. Alberto Arango Mantilla.

Centrales Sindicales Colombianas (CUT, CGT, CTC, CPC). Los derechos laborales y las libertades sindicales en Colombia. Evaluación y propuestas para el desarrollo del acuerdo tripartito. Bogotá: s. e., 2007.

Chapman, Charles: "El abuso del derecho de asociación en la creación de sindicatos". *Revista de Derecho*, n.° 22 (2004), 174-186.

C. N., 1991.

Código Sustantivo del Trabajo [CST].

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, nov. 17/1988.

Cour de Cassation, *M. David v Take Eat Easy*, ECLI: FR: CCASS, 2018, SO01737 28/11/2018.

CSJ, S. de Casación Laboral Sent. ago. 17/1984. MM. PP. Cástor Jaramillo Arrubla, Diógenes Sepúlveda Mejía y Luis Alberto Bravo.

CSJ, S. de Casación Laboral, Sent. sep. 4/2007. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

Cuéllar, María Mercedes. Los sindicatos y la asignación del ingreso en Colombia, un siglo de historial laboral. Bogotá: Universidad de los Andes y Asobancaria, 2009.

D. 2351/1965.

D. 4369/2006.

D. 884/2012.

D. 555/ 2022.

D. 649/2022.

DL 2158/1948 [CPTSS].

DR 1530/1996.

DR 4369/2006.

Escuela Nacional Sindical [ENS]. La paz se construye con garantías para la libertad sindical. Informe sobre violaciones a los derechos humanos de los y las sindicalistas en Colombia,2016-2018. Bogotá: Ediciones ENS, 2019.

ENS. "Informe nacional de trabajo decente", informe, 2019.

Gómez Ordóñez, Margarita. El derecho del trabajo: una visión a partir de los principios en los que se fundamenta. Bogotá: s. e., 2006.

González Charry, Guillermo. *Derecho laboral colombiano.* Bogotá: Legis, 2004.

Guerrero Figueroa, Guillermo. *Manual de derecho de trabajo*, 4.ª edición. Bogotá: Leyer, 2006.

L. 84/1873 [C. C.].

L. 50/1990.

L. 361/1997.

L. 1010/2006.
L. 1098/2006 [C de IA].
L. 1210/2008.
L. 1221/2008.
L. 1857/2017.
L. 2101/2021.
L. 2121/2021.
L. 2088/2021.
L. 2191/2022.
Lafont, Francisco. *Tratado de derecho laboral*. Bogotá: Ediciones Ciencias y Derecho, 1999.
Lawson v. Grubhub, Inc., United States District Court for the Northern District of California, Case No. 15-cv-05128-JSC, 2 Ago. 2018.
OIT, Convenio 182/1999.
Organización de las Naciones Unidas [ONU], Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dic. 16/1966.
Ramírez Bustamante, Natalia; Parra, Juan Felipe; Rodríguez, Andrés. "¿Los trabajadores de plataformas son independientes? Análisis de sentencias internacionales que niegan el carácter laboral de la relación contractual". *Borradores de Trabajo y Derecho*, n.° 2 (2021), 2-26.
Ramírez Martínez, Juan M. "El contrato de trabajo", en *Curso de derecho de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.
Rodríguez, César y Rico, Laura. *Discapacidad y derecho al trabajo.* Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.
Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, S. Laboral, Sent. ago. 23/2001. M. P. Graciela Moreno de Rodríguez.
Valdés Sánchez, Germán. *Reflexiones sobre el derecho laboral en el siglo XXI.* Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

Capítulo XV

Fundamentos de la tributación colombiana*

Eleonora Lozano Rodríguez

A Antonia y Pasqual

"En este mundo no hay nada cierto, excepto la muerte y los impuestos"[1]. Esta célebre frase confirma la importancia de estudiar la tributación colombiana; más aún cuando, teniendo en cuenta que esta obra pretende introducir al lector en el derecho de los negocios, ninguno de los que se planee realizar, aunque se encuentre en su fase de implementación o se esté liquidando, es ajeno al tema tributario. En ese contexto, la principal finalidad de este capítulo consiste en aproximar al lector al fascinante mundo de los tributos teniendo en mente los siguientes aspectos metodológicos. En primer lugar, el texto pretende ser introductorio y, por ende, es sencillo en su lenguaje, a pesar de los tecnicismos que rodean la materia tributaria. Así pues, al final del capítulo, se presenta un glosario de términos que son de ineludible entendimiento para el lector. En segundo lugar, siempre centrándose en la tributación colombiana, no se dejan de lado algunos temas de la tributación internacional dado el carácter internacional del mundo actual de los negocios.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2022.751.

Para la actualización de este escrito, agradezco enormemente la colaboración que recibí de Daniela Garzón Rey, tutora del curso de tributación de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, y de Alejandra Garay Serna, gestora de procesos académicos de la Decanatura.

[1] Benjamín Franklin, siglo xviii.

Para lograr los anteriores propósitos académicos y metodológicos, el capítulo se estructura en los siguientes subcapítulos. En el primero, se realizan precisiones conceptuales del tributo y sus clasificaciones (impuestos, tasas y contribuciones). El segundo aborda la institución jurídica que soporta al tributo, la obligación tributaria y sus elementos (sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa). El tercero introduce al lector en las principales normas constitucionales y legales que se refieren a la temática tributaria y a la importancia de la doctrina tributaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en la interpretación jurídica. El cuarto describe los actuales impuestos existentes tanto en el orden nacional como en el subnacional y sus mecanismos de recaudo anticipado (denominados retenciones en la fuente). El quinto ofrece una breve descripción del régimen sancionatorio en materia tributaria y, consecuentemente, de los litigios y pleitos que pueden surgir entre la administración y los contribuyentes. Finalmente, el sexto analiza los temas que se consideran más relevantes para la comprensión de la tributación de los negocios internacionales: convenios para evitar la doble imposición, precios de transferencia, jurisdicciones de baja o nula tributación y regímenes tributarios preferenciales.

El tributo y sus clasificaciones

Una de las principales dificultades de la materia tributaria es la precisión terminológica. Lamentablemente, en la normativa tributaria colombiana a diferencia de otras (por ejemplo, la española), no existe una definición legal del tributo y sus clasificaciones. Es más, en la jerga popular, se habla más frecuentemente de impuestos y mucho menos de tributos, tasas o contribuciones. Por su parte, en el lenguaje técnico existen tantas definiciones de estos conceptos como doctrinantes.

En ese sentido, lo primero que debemos tener claro es que el término genérico es *tributo* y las especies, categorías tributarias o clasificaciones son: los impuestos, las tasas y las contribuciones. La tabla 1 muestra algunas definiciones de tributo, impuestos, tasas y contribuciones esbozadas por la doctrina.

Tabla 1. El tributo y sus clasificaciones, algunas definiciones doctrinarias

Tributo (género)
Prestaciones pecuniarias coactivas exigidas por los entes públicos como consecuencia de la realización del supuesto de hecho (hecho imponible) al que la ley vincula el deber constitucional de contribuir de acuerdo con la capacidad económica del obligado. Las dos notas básicas del tributo son su carácter coactivo (obligación impuesta unilateralmente por la ley, sin concurrencia de la voluntad del sujeto obligado) y su estructura contributiva (no constituye una contraprestación o retribución, sino una contribución del obligado al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad económica)[2]. El término se emplea de forma genérica aludiendo a impuestos, tasas, contribuciones especiales y contribuciones parafiscales[3]. Sus elementos esenciales son: 1. La manifestación de la potestad de imperio del Estado, como causa eficiente del tributo. 2. La expresión de tal potestad mediante una norma general y abstracta como su causa formal. 3. La procuración de recursos a las autoridades para la realización del bien común, como causa final[4].
Impuestos (especie 1)
Tributo cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente, sin conexión con servicios o actividades de la administración. Pueden consistir en la adquisición o gasto de renta, la posesión de un patrimonio o la circulación de bienes y servicios[5]. Existen múltiples definiciones, según las diversas corrientes doctrinales. Tomaremos la de José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, quienes definen el impuesto como una prestación coactiva, habitualmente

Continúa

[2] Ana Belén Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributari*o (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008).

[3] Luis Omar Fernández, *Vocabulario de hacienda pública. Fiscal, económico, contabl*e (Buenos Aires: La Ley, 2003).

[4] Juan Rafael Bravo Arteaga, *Nociones fundamenta*les de derecho tributari*o* (Bogotá: Legis, 2009).

[5] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

pecuniaria, que un ente público tiene derecho a exigir de personas llamadas por la ley a satisfacerla, cuando realizan determinados presupuestos reveladores de capacidad económica para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos[6].

Clase de tributo que se cobra al contribuyente sin consideración a un beneficio directo recibido del Estado, pues tiene como fundamento específico la obligación de la persona de cooperar para la realización del bien común[7].

Tasas (especie 2)

Son tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público (por ejemplo, la instalación de un quiosco en la vía pública) o bien en la prestación de servicios o la realización de actividades de derecho público (servicios que sean titularidad de un ente público y se gestionen por alguna de las formas previstas en la legislación administrativa) siempre que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario y concurra alguna de las dos siguientes circunstancias:

1. Que los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios (obligatoriedad del servicio).
2. Que estos no se presten o realicen por el sector privado (monopolio del sector público)[8].

Tributo caracterizado por la prestación de un servicio individualizado hacia el sujeto pasivo[9].

Una especie del género tributo que tiene su origen en la prestación de un servicio individualizado del Estado al contribuyente[10].

Contribuciones (especie 3)

Tributo cuyo hecho imponible consiste en la obtención, por el sujeto pasivo, de un beneficio o aumento de valor inducido de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos[11].

Continúa

[6] Pérez de Ayala y González citados por Fernández, *Vocabulario de hacienda pública*.

[7] Bravo Arteaga, *Nociones fundamentales de derecho tributario*.

[8] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

[9] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

[10] Ibídem.

[11] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

Especie de tributo cuyo hecho generador es el beneficio derivado de la realización de alguna obra pública o actividades estatales que no son directamente atribuibles a algún sujeto[12]. Sus elementos son: 1. Constituyen un ingreso tributario. 2. Tienen como causa la percepción del contribuyente de un beneficio genérico para un grupo de personas. 3. Su producto debe estar destinado a una obra pública o a la prestación de un servicio público. A semejanza de la tasa, se trata de un ingreso tributario que reporta una utilidad al contribuyente, pero se diferencia de esta en que el beneficio no es individualizado, sino genérico para un grupo de personas[13].

Fuente: elaboración propia a partir de la doctrina citada.

De la tabla 1, podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, el término genérico *tributo* se refiere a unos pagos que, en virtud de la ley, deben realizar los ciudadanos al Estado, dada la potestad soberana de este, con el fin de sufragar sus gastos. De esta manera, los tributos reúnen las siguientes características:

1. Son obligatorios.
2. Deben estar establecidos por la ley.
3. Existen, dada la potestad soberana del Estado.
4. Buscan satisfacer el gasto público.

Por su parte, la principal característica de los impuestos consiste en que los contribuyentes obligados a pagarlos no reciben un beneficio o servicio "directo" del Estado. Por el contrario, las tasas sí obedecen a una contraprestación o servicio directo estatal. Finalmente, las contribuciones son una figura intermedia entre el impuesto y la tasa, en la medida en que tanto quien efectúa el pago como un grupo más amplio de personas se benefician por la realización de una obra pública o actividad estatal.

Para precisar mejor los conceptos, miremos algunos ejemplos. Dentro de la noción de impuestos, encontramos el impuesto de renta y su

[12] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

[13] Ibídem.

complementario de ganancias ocasionales, que estudiaremos más adelante; un ejemplo de tasas es el peaje que pagamos al Invías por el uso de carreteras nacionales; y una contribución es la de valorización, empleada como mecanismo de financiación de la infraestructura pública en una ciudad.

La obligación tributaria y sus elementos

Los tributos, sin que importe su categoría, se soportan en la institución jurídica denominada *obligación tributaria*, conformada por cinco elementos, a saber: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa. En la tabla 2 se brindan algunas de las definiciones elaboradas por la doctrina.

Tabla 2. Obligación tributaria, algunas definiciones doctrinarias

Obligación tributaria	
Es el conjunto de obligaciones impuestas normativamente a los ciudadanos, originadas por la aplicación de los tributos. Pueden ser de carácter material (consistentes en pagar una suma de dinero) o de carácter formal (no pecuniarias). Las obligaciones tributarias integran la denominada "relación jurídico-tributaria", constituida por una pluralidad de obligaciones y deberes, derechos y potestades, de la que derivan obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y para la administración[14]. También se define como una relación jurídica nacida en la ley, entre el sujeto activo del tributo, normalmente el Estado, y el sujeto pasivo de este, por la cual el primero puede exigir coactivamente una prestación pecuniaria del segundo[15].	
Sujeto activo	Acreedor de la obligación tributaria[16].
Sujeto pasivo	Son los obligados tributarios que deben cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a esta[17].

Continúa

[14] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario.*

[15] *Fernández, Vocabulario de* hacienda pública.

[16] Bravo Arteaga, *Nociones fundamentales de derecho tributario*.

[17] Ibídem.

Sujeto pasivo	Sujeto que ha realizado el hecho imponible y en cuya cabeza ha nacido la obligación tributaria[18]. Deudor de la obligación tributaria[19].
Hecho generador, hecho imponible y hecho gravado	Presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y portador, en principio, de la capacidad económica que sectoriza cada figura tributaria, cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal. Esta consiste en el pago de la cuota tributaria[20]. La ley tributaria, como toda norma jurídica, establece un mandato que liga la producción de un efecto jurídico deseado a la realización de cierto supuesto de hecho. Este supuesto de hecho constituye un elemento de la realidad social que, al ser incluido en la norma por el legislador, lo convierte en hecho imponible[21]. El tipo de conducta social revelador de una capacidad económica y previsto en la ley, cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria[22].
Base gravable, base imponible y base impositiva	Es la magnitud dineraria o de otra naturaleza que resulta de la medición, directa o indirecta, o valoración material del hecho imponible (elemento cuantitativo)[23]. Es la magnitud sobre la que se aplica la alícuota para determinar el impuesto[24]. Aspecto cuantitativo del hecho gravado[25].

Continúa

[18] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

[19] Bravo Arteaga, *Nociones fundamentales de derecho tributario*.

[20] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

[21] Fernández, *Vocabulario de hacienda* pú*blica.*

[22] Ibídem.

[23] Ibídem.

[24] Ibídem.

[25] Bravo Arteaga, *Nociones fundamentales de derecho tributario*.

Tarifa o tipo impositivo	Cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (es la expresión porcentual de la cuota)[26]. Magnitud establecida en la ley que, aplicada a la base gravable, sirve para determinar la cuantía del tributo[27].

Fuente: elaboración propia.

Todo tributo se encuentra estructurado a partir de la obligación tributaria, entendida como el vínculo o relación jurídica entre dos sujetos, activo y pasivo, por el cual surgen prestaciones mutuas. En el caso de los impuestos, que como vimos son especies de tributos, el sujeto activo es el Estado y el pasivo, el contribuyente; relación en la cual este tiene el deber de pagarle a aquel una suma de dinero y el Estado, la de proveer a la comunidad una serie de bienes colectivos.

Son, por lo tanto, cinco los elementos de la obligación tributaria:

1. El sujeto activo, o acreedor de la obligación tributaria, es decir, quien puede exigir coactivamente el pago del tributo.
2. El sujeto pasivo, es decir, el deudor, la persona que, una vez realizado el hecho generador, debe cumplir con la obligación tributaria.
3. El hecho generador es la conducta descrita en la ley que, una vez realizada, da nacimiento a la obligación tributaria y, por consiguiente, a la producción de efectos jurídicos, donde el principal constituye el pago del tributo.
4. La base gravable es la valoración numérica o magnitud que cuantifica el hecho generador.
5. La tarifa es otra magnitud que, aplicada sobre la base gravable, permite determinar el monto que se debe pagar por concepto del tributo.

Es importante aclarar que en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina es posible usar diferentes denominaciones para hacer referencia a

[26] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

[27] Ibídem.

uno de los elementos de la obligación tributaria. Por ejemplo: el hecho generador puede describirse como hecho gravable o hecho impositivo; o en ocasiones la tarifa se denomina tipo impositivo. Por lo anterior, se recomienda comprender el concepto para precisar el elemento de la obligación tributaria al cual se está haciendo referencia y no quedarse en las simples titulaciones.

Aspectos constitucionales, legales y doctrinales de la tributación en Colombia

Para comenzar el estudio de nuestro ordenamiento jurídico tributario, debemos conocer, en primer lugar, las normas constitucionales que se refieren a estos aspectos. Revisemos algunas de ellas.

El deber del ciudadano de contribuir al Estado

Los ciudadanos debemos contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad[28]. Es la primera vez, pero no la única, que la Constitución se refiere al principio constitucional de la equidad que debe informar nuestro sistema tributario, subrayando que los ciudadanos deben aportar recursos según su capacidad económica. Es importante anotar que esta disposición constitucional compagina bien con la definición de tributo que presentamos antes en la medida en que los tributos existen para financiar los gastos estatales.

Funciones del poder legislativo en materia tributaria

Aparecen constitucionalmente tres funciones del poder legislativo relacionadas con los ingresos públicos, en los que los más representativos son los tributos. En primer lugar, corresponde al Congreso de la República, mediante leyes, establecer las rentas o ingresos nacionales[29]; en

[28] Constitución Política, en adelante C. N., 1991, art. 95, num. 9.

[29] Ibídem, art. 150, num. 11.

el segundo, establecer las contribuciones fiscales y parafiscales[30]; y, en el tercero, se prohíbe expresamente el otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente de la República para decretar impuestos[31].

La primera de las normas citadas se refiere a la expedición legislativa del Presupuesto General de la Nación, el cual tiene tres componentes: el presupuesto de rentas, en el cual se computan los ingresos públicos; el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, en el que se establecen los gastos que el Estado realizará durante la vigencia fiscal; y las disposiciones generales, que corresponden a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del presupuesto.

En la segunda norma, comienzan las dificultades terminológicas de la materia tributaria, pues la Constitución se refiere a las "contribuciones fiscales y parafiscales", no siguiendo la clasificación doctrinaria generalizada de los tributos que vimos, por la cual se entiende al tributo como un concepto género y a los impuestos, tasas y contribuciones como especies. Igual imprecisión conceptual se repite más adelante en el artículo 338 de la Carta. Las dos normas anteriormente analizadas, junto con otras que se analizarán, dan sustento al principio constitucional de la legalidad, por el cual no puede existir tributo sin ley que lo establezca.

Finalmente, la tercera se refiere a la prohibición de una práctica que se realizaba con anterioridad a la Constitución de 1991, por la cual el Congreso de la República podía otorgarle facultades extraordinarias al presidente para que, mediante decretos con fuerza de ley, estableciera tributos. Como veremos, la única eventualidad en la cual el presidente puede establecer tributos, pero de manera transitoria, es bajo la presencia de estados de excepción.

Iniciativa gubernamental en leyes que decreten exenciones

Las leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales solo pueden ser dictadas o reformadas por iniciativa del gobierno[32]. De esta manera, ni los congresistas, ni por iniciativa popular podría proponerse un proyecto de ley que incluyera una exención tributaria.

[30] Ibídem, art. 150, num. 12.

[31] Ibídem, art. 150, num. 10.

[32] Ibídem, art. 154.

La función del presidente de la república en materia tributaria

Corresponde al presidente de la República velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos[33]. Una similar disposición se encuentra como atribución de los gobernadores en el numeral 11 del artículo 305 de la Constitución Nacional. Esta función es cumplida por la DIAN, en el ámbito nacional, y por las Secretarías de Hacienda, en el orden territorial.

Tributos en estados de excepción

En los estados de excepción, a los cuales se refiere el capítulo VI del Título VII de la Constitución Nacional, se pueden establecer nuevos tributos o modificar los existentes, pero de forma transitoria, pues las medidas dejan de regir al finalizar la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue el carácter de permanentes[34]. En virtud de esta disposición constitucional, se han establecido varios tributos que, en una etapa inicial, fueron temporales y luego el legislativo les confirió permanencia. Este es el caso del gravamen a los movimientos financieros, más conocido como 4 x 1000.

Entidades territoriales y tributos

En virtud de su autonomía, las entidades territoriales, por mediación de las asambleas departamentales y concejos municipales, tienen el derecho de decretar y votar, de conformidad con la ley, los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y de la administración de los recursos percibidos[35].

[33] Ibídem, art. 189, num. 20.

[34] Ibídem, 215, num. 3.

[35] Ibídem, arts. 287; 300, num. 4 y 313, num. 4.

Sus rentas gozan de protección constitucional y, por lo tanto, son de su propiedad exclusiva y tienen las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares[36]. De esta manera, siempre prevaleciendo la creación legal de los tributos, las entidades territoriales pueden establecerlos en sus territorios mediante ordenanzas y acuerdos de asambleas departamentales y concejos municipales, respectivamente. Así mismo, cada entidad territorial dispone de una Secretaría de Hacienda para su recaudo, administración y fiscalización.

Prohibición constitucional en materia de regulación legal

La ley no puede conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en lo que haga relación a los tributos de propiedad de las entidades territoriales ni recargos sobre ellos, salvo los referidos al manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de estas entidades. Además, solo los municipios tienen la potestad de gravar la propiedad inmueble. Finalmente, la ley no puede trasladar los tributos de las entidades territoriales a la nación a menos que sea temporalmente en caso de guerra[37].

Como se observa, nuestra Constitución es bastante garantista y proteccionista con respecto a los tributos de propiedad de las entidades territoriales en la medida en que estas tienen gran libertad para la determinación de los beneficios tributarios por conceder, además de la competencia exclusiva que tienen para gravar la propiedad inmueble y a las fuertes restricciones existentes para el traslado de estos recursos desde los presupuestos territoriales al presupuesto nacional.

Prohibición a rentas de destinación específica y excepciones

En Colombia se prohíben las rentas (ingresos) con destinación específica, salvo en tres casos:

[36] Ibídem, art. 362.

[37] Ibídem, arts. 294, 317 y 362.

1. Las participaciones previstas en la constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios.
2. Las destinadas a inversión social.
3. Las que, con base en leyes anteriores, la nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías[38].

Así las cosas, los únicos tributos que pueden tener destinación específica son aquellos cuyo producto se destine a inversión social.

Tarifas de tasas y contribuciones

Se permite a las autoridades, es decir, al gobierno, a fijar las tarifas de las tasas y contribuciones, siempre y cuando el sistema y método para determinarlas se encuentre definido en la ley[39].

Principios constitucionales tributarios

El sistema tributario colombiano debe respetar una serie de principios constitucionales tributarios, algunos previstos expresamente en el artículo 363 de la Carta y otros que se desprenden de la lectura integral de ella. Los previstos en el artículo referido son los de equidad, eficiencia, progresividad e irretroactividad y los otros, los de legalidad y aquellos relacionados con el poder sancionador y el debido proceso. Veamos, siguiendo a Alfredo Lewin Figueroa, en qué consisten.

En materia tributaria, el principio de equidad suele referirse al trato igual entre iguales y desigual entre desiguales; por lo tanto, se encuentra muy relacionado con el principio de igualdad[40]. Incluso la jurisprudencia constitucional en muchas ocasiones ha llegado a utilizarlos indistintamente. De esta manera, personas con igual capacidad contributiva deben tributar igual (equidad horizontal) y las de diferente capacidad deben tributar diferente (equidad vertical).

[38] Ibídem, art. 359.

[39] Ibídem, art. 338.

[40] Ibídem, art. 13.

Por su parte, la eficiencia puede entenderse en dos sentidos. Conforme al primero, los tributos deben recaudarse al menor costo posible tanto para el Estado como para el contribuyente y, en virtud del segundo, se busca minimizar las distorsiones que los tributos puedan generar en la asignación de recursos en la economía[41].

En virtud del principio de progresividad, el sistema tributario debe responder a la capacidad económica de los agentes. Como vimos, este principio es muy cercano al de equidad tanto así que, para algunos, su mención constitucional es innecesaria.

La irretroactividad establece qué ley tributaria rige hacia el futuro y busca el respeto de las situaciones jurídicas consolidadas. Al respecto es indispensable también referirnos al último inciso del artículo 338 de la Constitución, por el cual las normas que regulen tributos del periodo, es decir, aquellos en los cuales para que surja la obligación tributaria debe transcurrir un lapso, no pueden aplicarse sino solo a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva norma. Así las cosas, en el impuesto de renta, cuyo periodo por regla general es anual, si llegara a surgir una modificación normativa, por ejemplo, en el mes de junio de un año, la nueva regulación comienza a regir para el siguiente año fiscal.

Para comprender el principio de legalidad es necesario realizar una lectura integradora de los artículos 338, 150 (nums. 10-12), 300 (num. 4), 313 (num. 4) y 215 de la Carta. Este principio consiste básicamente en que la obligación de pagar tributos tiene como única fuente la ley y que esta debe definir todos los elementos de la obligación tributaria, es decir, los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases imponibles y las tarifas[42]. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Concejo de Estado han interpretado el anterior principio de una manera bastante flexible al declarar que no existe violación de este si una entidad territorial establece un tributo en virtud de una ley

[41] Alfredo Lewin Figueroa, *Principios constitucionales del derecho tributario. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 1992-2001* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad de los Andes, 2002), 118-121.

[42] Ibídem, 20-22.

autorizante que solamente determine el hecho generador como elemento de la obligación tributaria[43].

Finalmente, los principios de debido proceso y poder sancionador se refieren a la aplicación "restringida" y "atenuada" de los principios y garantías propios del derecho penal aplicables a las actuaciones administrativas sancionadoras en materia tributaria (por ejemplo, principio de buena fe, debido proceso, presunción de inocencia, derecho de defensa y prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, entre otros)[44].

Con respeto a las normas legales relativas a la tributación en Colombia, tenemos que distinguir las que regulan tributos del orden nacional de las tributarias de las entidades territoriales. Por ejemplo, para el caso de los impuestos nacionales (como impuesto sobre la renta y su complementario de ganancias ocasionales, impuesto sobre las ventas, impuesto al patrimonio y gravamen a los movimientos financieros), existe el Estatuto Tributario[45] de los impuestos administrados por la DIAN, conformado por varias leyes y decretos.

Por su parte, cada entidad territorial establece en sus territorios, mediante ordenanzas y acuerdos, los tributos territoriales creados por la ley (por ejemplo, el impuesto predial e impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros). Así las cosas, por ejemplo, existen estatutos tributarios en Barranquilla, Cali, Medellín, Santa Marta, Bogotá, Tunja y Cartagena.

Finalmente, no podemos desconocer la importancia de los conceptos de la administración tributaria, que pueden ser rendidos tanto por la DIAN como por las Secretarías de Hacienda del orden territorial. Los conceptos de la DIAN son "interpretaciones" legales de obligatorio cumplimiento para los funcionarios de la administración tributaria una vez publicados en el *Diario Oficial*. De esa manera, los contribuyentes pueden acogerlos o no, aunque hacerlo les otorga seguridad jurídica porque la administración tributaria los va a seguir en sus procesos de fiscalización.

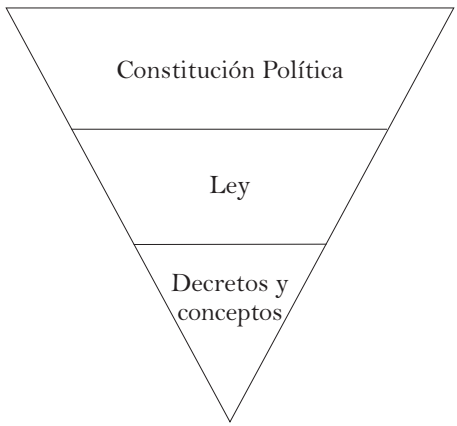
[43] Eleonora Lozano, "Revisión jurisprudencial (Sección Cuarta, Concejo de Estado, 2005-2010)", en *XXXV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2011), 75-80.

[44] Lewin Figueroa, *Principios constitucionales del derecho tributario*, 162-169.

[45] En adelante, ET.

Es importante precisar que, en virtud de la jerarquía de las normas, los conceptos no pueden violar ni la ley ni la Constitución. Así mismo, la ley no puede ir en contravía de lo previsto constitucionalmente (figura 1).

Figura 1. Orden jerárquico de las normas tributarias



Fuente: elaboración propia.

Sistema tributario colombiano

Para comprender la totalidad de nuestro sistema tributario tendríamos que analizar no solo los impuestos, sino también las tasas y contribuciones. Sin embargo, por su importancia y relevancia, este capítulo se centra en el análisis de los impuestos del orden nacional y de algunas categorías tributarias territoriales.

Persiguiendo esa finalidad, en la tabla 3 se relacionan todos los impuestos nacionales vigentes (impuesto sobre la renta y su complementario de ganancias ocasionales, impuesto sobre las ventas, impuesto al patrimonio y gravamen a los movimientos financieros), los dos más importantes de carácter territorial (impuesto predial e impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros) y se describen cada uno de los elementos de la obligación tributaria.

Tabla 3. Impuestos nacionales y dos impuestos territoriales en Colombia, elementos de la obligación tributaria

Impuesto	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto sobre la renta (nacional)	Estado	Personas naturales, personas jurídicas, sociedades de hecho, sucesiones ilíquidas y asignaciones o donaciones modales.	Generación de renta gravable. Obtención de utilidad.	La mayor entre las siguientes dos cuantificaciones: 1. La renta gravable según el ET, art. 26[46]. 2. La renta presuntiva (3 % del patrimonio líquido del año anterior).	Personas naturales: tabla progresiva según rango de UVT[47]. Personas jurídicas: 35 %, incluidas las sociedades extranjeras[48]. Régimen especial: 20 %[49]. Zonas francas: 20 %[50].

Continúa

[46] ET, art. 26: "La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o periodo gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en la ley".

[47] Ibídem, art. 241. El UVT es una Unidad de Valor Tributario.

[48] Ibídem, art. 240.

[49] Ibídem, art. 356.

[50] Ibídem, art. 240.

Impuesto	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Complementario de renta, ganancias ocasionales (nacional)	Estado	Personas naturales y jurídicas.	Obtención de ingreso calificado por la ley como extraordinario[51].	Ganancia ocasional menos ganancias ocasionales exentas[52].	Personas naturales y jurídicas: 10 %[53]. Loterías: 20 %.
Impuesto sobre las ventas IVA[54] (nacional)	Estado	Personas naturales y jurídicas.	Venta[55] e importación de bienes corporales muebles gravados; prestación de servicios gravados; circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar.	Valor total de la operación incluso erogaciones complementarias aunque se facturen o se convengan por separado[56].	General: 19 % Diferenciales: 0 % y 5 %

Continúa

[51] Ibídem, arts. 299 y ss. Son básicamente los siguientes: 1) la utilidad en la enajenación de activos fijos poseídos dos años o más; 2) las utilidades originadas en la liquidación de sociedades cuyo término de existencia sea de dos años o más; 3) las provenientes de herencias, legados y donaciones; y 4) las percibidas por loterías, premios, rifas, apuestas y similares.

[52] Ibídem, arts. 307-310.

[53] Ibídem, arts. 313 y 314.

[54] Impuesto sobre el Valor Añadido.

[55] ET, art 421.

[56] ET, art. 447.

Impuesto	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto al patrimonio (nacional)	Estado	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho contribuyentes y declarantes del impuesto sobre renta.	A partir del 2011, posesión de riqueza al primero de enero del 2011 igual o superior a 1000 millones de pesos.	Patrimonio líquido al primero de enero del 2011, menos el valor patrimonial neto de las acciones o aportes en sociedades nacionales de cualquier naturaleza, menos los primeros $ 319 215 000 de valor de una casa o apartamento de habitación solo para personas naturales.	A partir del 2011, representa el 1 % entre 1000 y 2000 millones. 1.4 % entre 2000 y 3000 millones. 2.4 % entre 3000 y 5000 millones. 2.8 % si es mayor a 5000 millones. Con sobretasa, 25 % para patrimonios superiores a 3000 millones[57].
Gravamen a los movimientos financieros, 4 x 1000 (nacional)	Estado	Usuarios de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera o de Economía Solidaria, incluido el Banco de la República. Ahorradores individuales beneficiarios de retiros de fondos que manejen ahorro colectivo.	Realización de transacciones financieras[58] mediante las cuales se disponga de recursos depositados en: cuentas corrientes o de ahorros, cuentas de depósito en el Banco de la República y giros de cheques de gerencia, entre otros.	Valor total de la transacción financiera mediante la cual se dispone de los recursos[59].	4 x 1000[60].

Continúa

[57] D. 4825/2010, art. 9.

[58] ET, art. 871, parág. 1.

[59] Ibídem, art. 874.

[60] Ibídem, art. 872.

Impuesto	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto predial (territorial y municipal)	Municipio	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho propietarios o poseedores de predios. Los fideicomitentes o beneficiarios y miembros de los consorcios o uniones temporales cuando los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales son propietarios o poseedores de predios[61].	Existencia de predios[62] de tipo urbano o rural, con edificaciones o sin ellas, que queden en el perímetro de un municipio.	Valor mediante autoavalúo, como mínimo avalúo catastral vigente al momento de causarse impuesto.	Entre el 5 x 1000 y 33 x 1000, dependiendo de la estratificación, destinación y localización del predio[63].
Impuesto de industria y comercio (ICA)	Municipio	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de los consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales)[64].	DL 1333/1986, art. 195. Desarrollo de actividades industriales (art. 197), comerciales (art. 198) y de servicios (art. 199).	Totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios percibidos[65].	DL 1333/1986, art. 196: 2 al 7 x 1000 para actividades industriales. 2 al 10 x 1000 para actividades comerciales y de servicios.

Continúa

[61] L. 1430/2010, art. 54.

[62] Res. 70/2011, IGAC, art. 9.

[63] L. 1450/2011, art. 23.

[64] L. 1430/2010, art. 54.

[65] DL 1333/1986, art. 196.

Impuesto	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Complementario de ICA de avisos y tableros (territorial y municipal)	Municipio	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios de patrimonios autónomos y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales) contribuyentes de ICA[66].	Colocación de avisos en espacio público[67].	Impuesto de ICA[68].	15 %[69].

Fuente: elaboración propia a partir de la normativa vigente.

Continúa

[66] L. 1430/2010.

[67] L. 97/1913, art. 1; L. 84/1915, art. 1.

[68] DL 1333/1986, art. 200.

[69] Ibídem.

Así mismo, existe un listado largo de otras categorías tributarias territoriales diferentes del predial y el ICA, algunas de las cuales se relacionan en el anexo al final de este capítulo. Se precisa que no necesariamente su denominación legal (impuesto, tasa o contribución) corresponde "técnicamente" a la tipología tributaria que ya se estudió.

Del análisis de los diferentes elementos de la obligación tributaria de los tributos del orden nacional y del territorial se obtienen varias conclusiones. En primer lugar, la normativa que regula la materia tributaria en Colombia es dispersa y cambiante. Así las cosas, para comprender el sistema tributario colombiano resulta indispensable conocer las disposiciones constitucionales que lo regulan y las múltiples leyes que se han expedido a lo largo del tiempo y sus diferentes reglamentaciones. Para complejizar aún más esta situación, la administración tributaria realiza "interpretaciones" de la normativa mediante los conceptos que esta emite, cuyo conocimiento es fundamental para saber el curso que van a seguir las actuaciones tributarias administrativas. Además, los jueces, al resolver controversias de naturaleza tributaria, también interpretan la legislación. Esta situación causa un panorama caótico e inestable, que opera en detrimento de la inversión y el crecimiento económico.

En segundo lugar, el listado de tributos en Colombia es extenso. En este capítulo se han revisado las características principales de los impuestos del orden nacional y de "algunos" del ámbito territorial. Sin embargo, se dejó de lado la larga lista de tasas y contribuciones vigentes también en nuestro país. Así las cosas, el número de categorías tributarias es excesivo. Seguramente un número menor de ellas supondría un mejor control por parte de la administración tributaria y un mayor cumplimiento del pago por parte del contribuyente al enfrentarse a un esquema tributario más simple y menos gravoso.

Adicionalmente, y dado que los tributos han sido creados desordenadamente en el tiempo por el legislador, la aplicación de ellos ha ocasionado que se produzcan "dobles imposiciones internas". Este fenómeno se entiende como la situación por la cual idénticos o similares hechos económicos son gravados por dos o más tributos nacionales o subnacionales. En la tabla 4 se describen algunos tributos, su ámbito territorial y el hecho económico gravado, y se concluye, por ejemplo, que existen varios impuestos que gravan el consumo (por ejemplo, el impuesto sobre las ventas, el impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con no alcohólicas, el impuesto al consumo

de cigarrillos y tabaco elaborado, el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares y la sobretasa a la gasolina y al ACPM), el patrimonio (por ejemplo, tiene el impuesto al patrimonio, impuesto predial, impuesto sobre vehículos automotores, contribución de valorización, degüello de ganado mayor y menor, la participación en plusvalía e impuesto de delineación urbana), la prestación de servicios (el impuesto sobre las ventas, impuesto de industria y comercio, impuesto de transporte de hidrocarburos e impuesto nacional a la explotación de oro, plata y platino), los juegos de suerte y azar (el impuesto sobre las ventas e impuesto de loterías foráneas y sobrepremios de lotería), las importaciones (el impuesto sobre las ventas e impuesto al consumo sobre ingreso de mercancías extranjeras al departamento de San Andrés), los ingresos brutos por actividades comerciales, industriales y de servicios (están gravados con el impuesto sobre la renta e impuestos de industria y comercio) y las transacciones (el gravamen a los movimientos financieros, impuesto de registro y contribución sobre contratos de obra pública).

Tabla 4. Sistema tributario actual: dispersión y caos

Tributo	Nivel	Hecho económico gravado
Impuesto sobre la renta y su complementario de ganancias ocasionales.	Nacional	Renta gravable, utilidad. Ingresos extraordinarios según la ley.
Impuesto sobre las ventas.	Nacional	Venta e importación de bienes corporales muebles. Prestación de servicios. Circulación, venta y operación de juegos de suerte y azar.
Impuesto al patrimonio.	Nacional	Patrimonio líquido (igual o superior a 5000 millones).
Gravamen a los movimientos financieros 4 x 1000.	Nacional	Transacciones financieras.
Impuesto predial.	Municipal	Predios, urbanos o rurales, con edificaciones o sin ellas.

Continúa

Tributo	Nivel	Hecho económico gravado
Impuesto de industria y comercio (ICA) y su complementario de avisos y tableros.	Municipal	Actividades industriales, comerciales y de servicios. Colocación de avisos en el espacio público.
Impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas.	Nacional cedido (departamento y distrito capital)	Consumo de cerveza, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con o sin alcohol.
Impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado.	Departamental	Consumo de cigarrillos y tabaco elaborado.
Impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares.	Departamental	Consumo de vinos, licores, aperitivos y similares.
Impuesto de registro.	Departamental Bogotá (30 %).	Actos, contratos y negocios que deban registrarse en Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o Cámara de Comercio.
Impuesto sobre vehículos automotores.	Departamental y distrito capital	Vehículos.
Sobretasa a la gasolina y al ACPM.	Departamental y municipal.	Consumo de gasolina y ACPM.
Contribución de valorización.	Nacional, departamental y municipal (entidad que realice las obras)	Obras de interés público que reporten un beneficio a la propiedad inmueble.
Degüello de ganado mayor y menor.	Departamental y municipal	Ganado.
Impuesto de loterías foráneas y sobre premios de lotería.	Departamental	Venta de billetes de loterías foráneas y ganar premios de loterías.

Continúa

Tributo	Nivel	Hecho económico gravado
Impuesto al consumo sobre ingreso de mercancías extranjeras al departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.	Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	Ingreso de mercancías al departamento.
Contribución para el uso de la infraestructura pública turística en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.	Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	Uso de la infraestructura pública turística.
Contribución sobre contratos de obra pública.	Nacional, departamental y municipal (nivel de la entidad contratante)	Contratos de obra pública y adiciones.
Impuesto de delineación urbana.	Municipal	Construcción de nuevos edificios o refacción de los existentes.
Impuesto de transporte de hidrocarburos.	Municipal	Transporte de crudo o gas por oleoductos o gasoductos.
Impuesto nacional a la explotación de oro, plata y platino.	Municipal	Extracción de oro, plata y platino.
Participación en la plusvalía.	Municipal y distrital	Usos del suelo.

Fuente: elaboración propia a partir de la normativa vigente.

Por último, en el anexo, se observa cómo a pesar de existir un principio constitucional tributario por el cual no puede existir tributo sin ley que defina sus elementos, son varios los tributos territoriales no regulados

integralmente por ella. Esto implica una alta discrecionalidad de los entes territoriales en la fijación de los elementos de la obligación tributaria (por ejemplo, el impuesto sobre el servicio de alumbrado público). La anterior situación de indefinición legal ha sido incentivada por la laxa interpretación del principio de legalidad por parte de la jurisprudencia de las altas cortes, como atrás se puntualizó.

Finalmente, y tras revisar algunos tributos, es importante comprender que la retención en la fuente no es, como muchos consideran, un impuesto u otra categoría tributaria. Se trata de un mecanismo estatal para recaudar de manera anticipada los impuestos con la finalidad principal de que el Estado tenga flujo de caja y buscar la eficiencia en el recaudo[70]. Existe retención en la fuente, por ejemplo, en el impuesto sobre la renta, en el IVA y en el ICA. En igual sentido, las infracciones tributarias tampoco pueden considerarse tributos en la medida en que su ocurrencia no es periódica porque dependen de la violación de las obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico tributario.

Obligaciones, infracciones y litigios tributarios

De lo analizado anteriormente se desprende que una vez acaecidos los hechos generadores de los tributos existe la obligación legal de los contribuyentes de pagarlos. Para hacerlo, deben cumplir con una serie de "registros" ante las administraciones tributarias nacional y territorial, si es del caso.

En el ámbito nacional, existe hoy el registro único tributario (RUT), mecanismo único para identificar, localizar y clasificar a los sujetos de obligaciones administradas y controladas por la DIAN. Una vez inscrito el contribuyente en el RUT, la DIAN le asigna un número de identificación tributaria o NIT.

Para el caso territorial, por ejemplo, los contribuyentes del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros de

[70] Al respecto véase el muy interesante capítulo del profesor Luis Enrique Betancourt, "La retención en la fuente en Colombia como desarrollo del principio de eficiencia tributario", en *Fundamentos de la tributación*, coordinado por Eleonora Lozano Rodríguez (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2008), 199-229.

Bogotá deben inscribirse en el registro de información tributaria o RIT[71]. De esa manera, dependiendo del ámbito territorial es necesario verificar los registros que deben realizarse previos al pago de tributos para no incurrir en sanciones (tabla 5).

Tabla 5. Sanciones relativas a la no inscripción, datos falsos y no actualización del RUT o infracción

Infracción	Sanción
No inscribirse en el RUT antes del comienzo de la actividad, de parte de quien esté obligado a hacerlo.	Puede ir desde la clausura del establecimiento, sede, local, negocio u oficina, por el término de un día por cada mes o fracción de mes de retraso en la inscripción; o una multa equivalente a una UVT por cada día de retraso en la inscripción, para quienes no tengan establecimiento, sede, local, negocio u oficina.
No exhibir en un lugar visible al público la certificación de inscripción en el RUT, de parte del responsable del régimen simplificado del IVA.	Clausura del establecimiento, sede, local, negocio u oficina, por el término de tres días.
No actualizar la información dentro del mes siguiente al hecho que genera la actualización, de parte de las personas o entidades inscritas en el RUT.	Multa equivalente a una UVT por cada día de retraso en la actualización de la información. Cuando la desactualización se refiera a la dirección o a la actividad económica del obligado, la sanción será de dos UVT por cada día de retraso en la actualización de la información.
Informar datos falsos, incompletos y equivocados, de parte del inscrito o del obligado a inscribirse al RUT.	Multa equivalente a cien UVT.

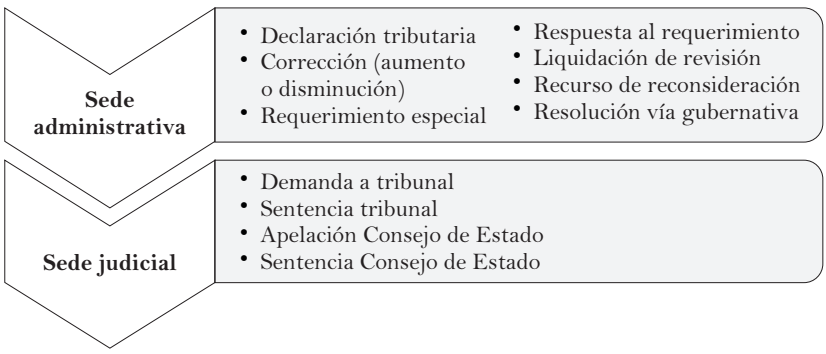
Fuente: elaboración propia con base en la normativa tributaria.

[71] Véase: https://www.shd.gov.co/shd/registro_informacion_tributaria_rit›, consultado el 11 de enero del 2022.

Una vez registrado el contribuyente ante las respectivas administraciones tributarias comienzan a surgir en el tiempo las obligaciones de diligenciar y presentar las declaraciones tributarias a las cuales sea obligado y, consecuentemente, las relativas al pago de los tributos a su cargo. En la determinación del monto por pagar, pueden surgir errores que deben corregirse, ya sea por solicitud de la administración o de manera voluntaria por parte del contribuyente, con la cancelación de la respectiva sanción (sanción por correcciones). Es muy importante tener en cuenta que la omisión de algunas responsabilidades tributarias, como por ejemplo la de consignar las sumas retenidas por concepto de impuestos, pueden configurarse como delitos sancionados por el Código Penal colombiano (por ejemplo: CP, art. 402, omisión del agente retenedor o recaudador). De todo lo anterior, se desprende la necesidad de cumplir correcta y oportunamente con todas las responsabilidades tributarias derivadas de la normativa.

Si llega a surgir algún desacuerdo entre la administración tributaria y el contribuyente con respecto a la determinación de los impuestos, se da comienzo a lo que se conoce como el proceso tributario. Este consta básicamente de dos etapas, una en sede administrativa, es decir, ante la misma administración, y otra, una vez superada la anterior, en sede judicial, ante los jueces de la República, concretamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Una mejor visualización del proceso tributario se encuentra en la figura 2.

Figura 2. Etapas del proceso tributario



Fuente: adaptado de Armando Parra Escobar, *Planeación tributaria y organización empresarial* (Bogotá: Legis, 2014), 1085.

Como se observa, el procedimiento es largo y engorroso y, además, en general, el régimen sancionatorio tributario en Colombia es estricto y coercitivo. Esto se demuestra en la gran variedad de sanciones existentes y en lo gravoso de estas[72]. Por consiguiente, siempre es mejor dar estricto cumplimiento a la normativa existente y evitar litigios tributarios innecesarios y que pueden consumir bastante tiempo y dinero, salvo cuando existen diferencias en la "interpretación" de la compleja maraña normativa en el área tributaria, que termina casi siempre siendo dilucidada por los jueces de la República.

Aspectos tributarios de los negocios internacionales

La tributación ha tenido que responder a la internacionalidad de los negocios. Por tal motivo, una visión general y simple de la normativa tributaria colombiana no es completa si no se realiza una breve introducción a los siguientes grandes temas de la tributación internacional:

1. Doble imposición.
2. Precios de transferencia.
3. Jurisdicciones de baja o nula tributación y regímenes tributarios preferenciales.

En primer lugar, la existencia de múltiples jurisdicciones que desean gravar hechos económicos que trascienden las fronteras da lugar al fenómeno de la doble imposición. Según la International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), la doble imposición se divide en dos especies. Por una parte, la doble imposición jurídica, entendida como la imposición de impuestos comparables en dos (o más) jurisdicciones sobre el mismo contribuyente con respecto a un mismo ingreso gravable o capital

[72] Es el caso de las sanciones, respectivamente por extemporaneidad, por no presentar declaración, por inexactitud, por fallas en informaciones, por facturas, por omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, por libros de contabilidad, por violar las normas que rigen la profesión de contador, por gastos no explicados, por no acreditar el pago de los partes parafiscales, por extemporaneidad en el registro nacional de vendedores, por omitir ingresos o servir de instrumento de evasión, por improcedencia de las devoluciones y compensaciones, de declaración de proveedor ficticio o insolvente, entre otras.

y, por otra, la doble imposición económica, es decir, la imposición de impuestos comparables por dos (o más) jurisdicciones sobre diferentes contribuyentes, pero con respecto al mismo ingreso gravable. El primer tipo de imposición surge cuando, por ejemplo, una jurisdicción grava las rentas en el lugar donde se producen (principio de la fuente), mientras que el otro lo hace teniendo en cuenta la residencia del contribuyente, sin que importe el lugar donde surjan (renta mundial). Por su parte, un ejemplo típico del segundo tipo de doble imposición, la económica, aparece cuando las utilidades corporativas son gravadas primero a un nivel societario y luego sobre sus accionistas al momento de la repartición de utilidades.

Dada la existencia de la doble imposición los países cuentan con remedios internos (*unilateral relief*) para contrarrestarla. Es el caso, en nuestro país, del crédito tributario o *tax credit*[73]. También se suscriben tratados con otros Estados para combatirla, conocidos como convenios para evitar la doble imposición (CDI). Colombia ha suscrito catorce convenios de este tipo[74].

Otro aspecto de fundamental análisis en la tributación de los negocios internacionales es el relativo a los precios de transferencia, tema en el cual interactúan no solo el derecho, sino también la economía. La regulación de los precios de transferencia busca fundamentalmente que los precios fijados para la transferencia de bienes, servicios o de propiedad intangible, entre empresas asociadas o vinculadas económicamente, se encuentren acordes con el principio de plena competencia o

[73] ET, art. 254: "Por *impuestos pagados en el exterior*. Las personas naturales residentes en el país y las sociedades y entidades nacionales, que sean contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios y que perciban rentas de fuente extranjera sujetas al impuesto sobre la renta en el país de origen, tienen derecho a descontar del monto del impuesto colombiano de renta y complementarios, el impuesto pagado en el extranjero, cualquiera sea su denominación, liquidado sobre esas mismas rentas, siempre que el descuento no exceda del monto del impuesto que deba pagar el contribuyente en Colombia por esas mismas rentas […]".

[74] Estos son: Reino de España, República de Chile, Confederación Suiza, Canadá, Estados Unidos Mexicanos, República de Corea, República de India, República Portuguesa, República Checa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Italiana, República Francesa, Japón, Emiratos Árabes Unidos y la República Oriental de Uruguay. Al momento de escribir este capítulo, los últimos tres no se encontraban aún en vigor.

arm's length, por el cual dichas transacciones deben realizase como si fueran entre partes independientes bajo un nivel similar de situaciones comparables. Colombia, siguiendo la tendencia internacional, tiene una completa y gravosa regulación sobre el tema en los artículos 260-1 a 260-11 del Estatuto Tributario.

Finalmente, es una realidad la existencia de jurisdicciones con baja o nula tributación y de regímenes tributarios preferenciales también conocidas en el lenguaje común como "paraísos fiscales". Pese a no existir una definición técnica, el IBFD se refiere a estos como las jurisdicciones capaces de financiar sus servicios públicos con bajos impuestos al ingreso o sin ellos y que se ofrecen como lugares atractivos para que los no residentes escapen de la tributación del país de su residencia.

Para hacer frente a los tres anteriores temas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha desempeñado un papel fundamental[75]. En lo que respecta a la doble imposición, ha diseñado un modelo de convenio para evitarla, que es seguido mayoritariamente por los países a la hora de suscribir este tipo de tratado. Más recientemente, en el marco de la Acción 15 del Plan de Acción *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, la OCDE propuso la suscripción de un instrumento multilateral con el fin de actualizar, en algunos aspectos, la red vigente de convenios bilaterales para evitar la doble imposición. Colombia se adhirió en 2017 y se encuentra a la espera de la ratificación.

Con respecto a los precios de transferencia, ha elaborado unas guías, también respetadas en el contexto internacional. Finalmente, frente a los países de baja o nula tributación, elabora listas internacionales que catalogan a los países como cooperantes o no, designando como no cooperantes a aquellos que no tienen un intercambio de información tributaria efectivo ni transparencia y donde no existen requerimientos objetivos para la presencia de actividades económicas sustanciales[76].

[75] Para comprender mejor la labor de la OCDE en materia de la tributación internacional, se recomienda visitar el siguiente enlace: https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm, consultado el 11 de enero del 2022.

[76] Todas las anteriores definiciones pueden consultarse en IBDF, *IBDF International Tax Glossary* (Países Bajos: IBDF, 2005).

Casos

Identifique las instituciones jurídico-tributarias presentes en el siguiente caso y los impuestos que debe cancelar Pepito Pérez para las vigencias fiscales 2021 y 2022.

Pérez es un excelente consultor y actúa como persona natural en Bogotá en asuntos de derecho internacional privado. Recientemente contó con la suerte de asesorar, dentro del territorio nacional, a una firma extranjera italiana y recibió un pago de 100 000 euros, el 31 octubre del 2021. En ese país, le cobraron un impuesto (similar al nuestro de renta) por 15 000 euros.

Adicionalmente, durante el año fiscal 2021 obtuvo ingresos por concepto de honorarios del orden de 1200 millones de pesos y su patrimonio líquido declarado en el 2020 fue de 3300 millones de pesos (supóngase que al 1 de enero del 2022 también tenía el mismo patrimonio). Esta última cifra, está conformada, básicamente, por el valor de su apartamento-oficina y vehículos en Colombia (por 3000 millones de pesos) y unos dólares que heredó en el 2020 de una tía rica que falleció (en pesos, 300 millones).

Para ganar más y prestar más asesorías, decidió poner un aviso en su apartamento, visible desde la vía pública, con el texto Pepito Pérez *Consulting*. Además, como proviene de una familia acaudalada y su madre se encuentra en un lamentable estado de salud, también está preocupado por los bienes que heredarán tanto él como su hermano Antonio. La relación de bienes de su madre es la siguiente:

Apartamentos adquiridos en 1970 por valor declarado en 2021 de	$ 3 000 000 000
Acciones adquiridas en 1965	$ 500 000 000
Vehículos modelo 2007	$ 100 000 000

Bajo los hechos del caso 1, supóngase que la DIAN requirió al señor Pérez (mediante un requerimiento especial), a comienzos del 2021, porque no declaró en el año base gravable 2020 los dineros recibidos por concepto de herencia de su tía (300 millones). La fecha de vencimiento para declarar era el 25 de octubre del 2020. ¿Qué alternativas jurídicas tendría?

Siguiendo los supuestos del caso 1, ¿tiene el señor Pérez la posibilidad de mitigar la "doble imposición (Colombia-Italia)" sobre los honorarios percibidos?

Si la madre de Pepito y Antonio fallece en agosto del 2022 y no se realiza la liquidación de la sucesión, ¿qué impuestos deberían cancelar para la vigencia 2022? Si la sucesión se liquidara notarialmente en octubre del 2022, ¿cuáles impuestos deberían cancelar Pepito y Antonio durante las vigencias del 2022 y el 2023?

Glosario[77]

Autoavalúo. Avalúo realizado por el contribuyente[78].

Coactivo, va. Que ejerce coacción o resulta de ella[79].

Debido proceso. Es el conjunto de garantías o formalidades que deben cumplirse para garantizar la intangibilidad de los derechos de la persona por razón de la intervención estatal en materia judicial o administrativa[80].

Derecho sustancial. Constituye el conjunto de normas que se caracterizan por consagrar derechos a las personas en oposición al derecho procesal, que es el conjunto de normas o actuaciones judiciales establecidas para obtener la declaración del derecho sustantivo[81].

[77] El glosario se construyó con apoyo en los siguientes textos: Fundación Tomás Moro y Espasa Calpe, *Diccionario jurídico Espasa* (Madrid: Espasa Calpe, 1991); Sierra García, *Diccionario jurídico*; Fernández, *Vocabulario de hacienda pública*; Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*; Henrik López Sterup (Coord.), *Manual de constitución y democracia. Del Estado y la protección de los derechos*, vol. 2 (Bogotá: Programa de Constitución y Democracia y Universidad de los Andes, 2011); Real Academia Española [RAE], *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: 2014, http://www.rae.es/; y, Banrepcultural, "Régimen simplificado", *Banrepcultural, red cultural del Banco de la República*, última modificación s. f., acceso el 11 de enero del 2022, https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/R%C3%A9gimen_simplificado.

[78] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

[79] RAE, "coactivo, va", en *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: 2014, https://dle.rae.es/coactivo?m=form.

[80] C. N., 1991, art. 29; Jaime Sierra García, *Diccionario jurídico. Ajustado a la legislación colombiana* (Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2001).

[81] C. N., 1991, art. 228; y Sierra García, *Diccionario jurídico.*

Diario Oficial. Periódico del Estado donde se publican las leyes, actos de gobierno nacional y de entidades descentralizadas del mismo orden para el conocimiento público. Fue fundado por Manuel Murillo Toro en 1864[82].

Doctrina. Estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematizar sus preceptos o con la finalidad de interpretar sus normas y señalar reglas de aplicación[83].

Entidades territoriales. Son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. También las regiones y provincias podrían serlo, si la ley les otorgara tal carácter de conformidad con la Constitución y la ley[84].

Estados de excepción. Son el resultado de circunstancias extremas que obligan al Estado a responder de manera rápida y contundente a agresiones y acontecimientos que no dan espera. En Colombia, son tres: guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica y social. En estas circunstancias, y exclusivamente para repeler el hecho que ha dado origen a ese estado, el presidente de la República puede promulgar decretos ley[85].

Exenciones. Norma que dispone, cuando el sujeto realiza un hecho imponible, que no nazca en su cabeza la obligación tributaria[86]. Son el elemento del tributo previsto en una norma con rango de ley, cuyo presupuesto de hecho, a pesar de realizarse el hecho imponible genérico del tributo, neutraliza el efecto o consecuencia de tal realización. Esto impide el nacimiento de la obligación tributaria principal (la obligación de pago). Representan una excepción a los efectos normales derivados de la realización del hecho imponible[87].

82 Sierra García, *Diccionario jurídico*.

83 Sierra García, *Diccionario jurídico*.

84 C. N., 1991, art. 286.

85 López Sterup, *Manual de constitución y democracia*.

86 Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

87 Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

Facultades extraordinarias. Son aquellas atribuciones que el Congreso, en virtud del artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política, otorga al presidente de la República, por solicitud expresa del gobierno, para expedir normas con fuerza de ley por un periodo que no puede exceder seis meses, cuando la necesidad lo exige o la conveniencia pública lo aconseje. La ley de aprobación de estas atribuciones requiere la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Esas facultades no pueden conferirse para expedir códigos ni leyes estatutarias u orgánicas, ni para crear servicios administrativos en las cámaras, tampoco para decretar impuestos[88].

Fiscalización. Función de la administración tributaria mediante la cual revisa, controla y verifica el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes[89].

Infracción tributaria. Las acciones u omisiones, dolosas o culposas (incluida la simple negligencia), que estén tipificadas y sancionadas como tales en las leyes[90].

Institución jurídica. Es el conjunto de reglas de derecho que encajan entre sí hasta el grado de constituir un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho y derivadas todas de un hecho único fundamental que, como origen y base de la institución, la domina necesariamente, gobernando su estructura y desarrollo[91].

Interpretación de la norma jurídica. Aprehensión de la norma jurídica, con el fin de aplicarla a la realidad social a la cual se refiere[92]. Es una actividad intelectual encaminada a establecer el esclarecimiento de una norma, de un acto o de un hecho jurídico[93].

Inversión o gasto social. Constituye aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento

[88] C. N., 1991, art. 150; y Sierra García, *Diccionario jurídico*.

[89] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

[90] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

[91] Sierra García, *Diccionario jurídico*.

[92] Ibídem.

[93] Ibídem.

ambiental, agua potable, vivienda; y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programado tanto en funcionamiento como en inversión[94].

Jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se ocupa de las controversias originadas en actos y hechos administrativos propios de las entidades públicas y de las privadas que cumplen funciones públicas. Resuelve sobre la constitucionalidad de los decretos y resoluciones de las autoridades. La ejercen los jueces administrativos, tribunales de lo contencioso administrativo y del Concejo de Estado y forma parte de la rama judicial[95].

Jurisprudencia. Es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales[96].

Ordenamiento jurídico. Conforma el conjunto total de normas jurídicas vigentes en una comunidad política determinada[97].

Participaciones. Derecho de las entidades territoriales a participar en las rentas o ingresos nacionales, en virtud de la autonomía de cual gozan[98]. Corresponde a un porcentaje de los ingresos corrientes de la nación que se transfieren a las entidades territoriales para financiar los servicios a su cargo y priorizar los servicios de salud; educación preescolar, primaria, secundaria y media y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, de manera que se garantice la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre[99].

Patrimonio neto. Es la diferencia entre el total de activos y el total de pasivos. Está compuesto por el capital, las reservas y los resultados no asignados, generalmente representados por el capital, la participación patrimonial del trabajo, las reservas y las utilidades no repartidas[100].

[94] D. 111/1996, art. 41.

[95] C. N., 1991, art. 236-238.

[96] Sierra García, *Diccionario jurídico*.

[97] Ibídem.

[98] C. N., 1991, art. 287, num. 4.

[99] C. N., 1991, art. 356.

[100] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

Pecuniario, ria. Perteneciente o relativo al dinero efectivo[101].

Potestad tributaria. El término tiene dos sentidos distintos que se refieren a la acción del Estado como legislador —potestad tributaria normativa— y al poder o potestad de la administración para aplicar leyes tributarias o potestad de imposición. En el primer caso, se trata de un atributo inherente a la soberanía del Estado[102].

Prestación o deuda tributaria. Es una parte esencial del contenido de la relación tributaria: es la obligación tributaria u obligación de pagar al fisco[103].

Presunción de inocencia. Principio jurídico establecido en la Constitución dentro de las normas del debido proceso enunciado así: "Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable"[104].

Presupuesto. Estimación periódica de los egresos e ingresos de un organismo con fines de planificación y control[105].

Principio de buena fe. Comportamientos de rectitud, honradez y responsabilidad en las actuaciones, tanto de los particulares como de las autoridades. La buena fe se presume, tanto para unos como para otros en el artículo 83 de la Carta[106].

Principios constitucionales tributarios. Son los principios aludidos en la Constitución, más o menos expresamente, como marco general para el sistema tributario[107]. Son vinculantes para todos los poderes públicos[108].

Progresividad. La progresividad del sistema tributario se asocia con la importancia que tengan los tributos, que se suponen progresivos, en el total recaudado. Es decir, se trata de aquellos que afectan en mayor

[101] RAE, "pecunario", en *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: 2014.

[102] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

[103] Ibídem.

[104] C. N., 1991, art. 29, inc. 4; y Sierra García, *Diccionario jurídico*.

[105] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

[106] Sierra García, *Diccionario jurídico*.

[107] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

[108] Ibídem.

medida a los sectores de contribuyentes de mayor base imponible, esto es, cuando un aparte sustancial de la recaudación se obtiene de los sectores de mayor renta, patrimonio o consumo[109].

Régimen simplificado. Legislación especial que se aplica a personas con características particulares, denominadas "pequeños comerciantes", para determinar el pago que deben hacer, por concepto de impuestos al Estado. Las personas que se encuentran bajo este régimen son comerciantes minoristas o detallistas, es decir, personas que venden, de forma individual o en pequeñas cantidades, bienes y servicios que están gravados y, por lo tanto, deben pagar impuestos sobre las ventas[110].

Renta. Consiste en cualquier beneficio en sentido general: rédito, ganancia, beneficio. Es una compensación recibida por el uso de un bien mueble o inmueble de parte de otro; la utilidad o beneficio que rinde periódicamente un bien; o la remuneración del factor tierra[111].

Situaciones jurídicas consolidadas o concretas. Ocurren cuando un texto legal, que crea la situación jurídica, ha tenido ya jurídicamente su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. Se emplea en lugar de derecho adquirido[112].

Sociedad de hecho. Sociedad que comienza su existencia como tal, no obstante, padecer de algún vicio en el proceso de fundación acarrearía su nulidad desde las categorías de la teoría general de los actos y de los negocios jurídicos[113].

UVT. La Unidad de Valor Tributario (UVT) es una unidad de medida de valor que tiene como objetivo representar los valores tributarios del Estatuto Tributario que se encontraban anteriormente expresados en pesos[114].

[109] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

[110] Banrepcultural, "Régimen simplificado".

[111] Fernández, *Vocabulario de hacienda pública.*

[112] Sierra García, *Diccionario jurídico*.

[113] Macho Pérez, *Vademécum de derecho tributario*.

[114] ET.

Bibliografía sugerida

Castagnede, Bernard. *Précis de fiscalité internationale*. París: Fiscalité-PUF, 2019.

Godoy, Juan Pablo (coord.). *Estudios de derecho internacional tributario. Los convenios de doble imposición.* Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Legis, 2006.

González, Eusebio y Lejeune, Ernesto. *Derecho tributario*, tomo I. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 2003.

Lozano Rodríguez, Eleonora (coord.). *Fundamentos de la tributación*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2008.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. *Tributos departamentales, distritales y municipales. Compilación de normas*, tomos I y II. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, s. f.

Pellas, Jean-Raphaël. *Le Vademecum de la Fiscalité Internationale*. París: Éditions EMS Management y Societé, 2002.

Piza Rodríguez, Julio Roberto (coord.). *Régimen impositivo de las entidades territoriales en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Plazas Vega, Mauricio. *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, tomo II. Bogotá: Temis, 2017.

Riveiro, Ricardo Enrique. *Paraísos fiscales*. Buenos Aires: Integra Internacional, 2001.

Rosembuj, Tulio. *Fiscalidad internacional.* Madrid: Marcial Pons e Instituto de Fiscalidad Internacional, 1998.

Serrano Antón, Fernando (dir.). *Fiscalidad internacional.* Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2007.

Uckmar, Víctor. *Curso de derecho tributario internacional*, tomos I y II. Bogotá: Temis, 2003.

Walter, Roland. *Fiches de droit fiscal international*. París: Ellipses Édition Marketing, 2005.

Xavier, Alberto. *Derecho tributario internacional*. Buenos Aires: Ábaco, 2005.

Bibliografía

Banrepcultural. "Régimen simplificado". *Banrepcultural, red cultural del Banco de la República*, última modificación s. f., acceso el 11 de enero del 2022, https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/R%C3%A9gimen_simplificado.

Betancourt, Luis Enrique. "La retención en la fuente en Colombia como desarrollo del principio de eficiencia tributario", en *Fundamentos de la tributación*, coordinado por Eleonora Lozano Rodríguez, 199-229. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2008.

Bravo Arteaga, Juan Rafael. *Nociones fundamentales de derecho tributario*. Bogotá: Legis, 2009.

C. Const., Sent. C-080, feb. 29/1996. M. P. Fabio Morón Díaz.

C. Const., Sent. C-987, dic. 9/1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., Sent. C-155, feb. 26/2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

C. N., 1991.

CE, Sec. Cuarta, Exp. 15344/2006.

CE, Sec. Cuarta, Exp. 16667/2010.

D. 1056/1953.

D. 2140/1955.

D. 1604/1966.

D. 1421/1993.

D. 111/1996.

D. 4825/2010.

D. 1679/2020.

DL 1333/1986.

DL 1222/1986.

Estatuto Tributario de los Impuestos Nacionales [ET].

Estatuto Tributario de Bogotá.

Fernández, Luis Omar. Vocabulario de hacienda pública. Fiscal, económico, contable. Buenos Aires: La Ley, 2003.

Fundación Tomás Moro y Espasa Calpe. *Diccionario jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 1991.

IBDF. *IBDF International Tax Glossary*. Países Bajos: IBDF, 2005.

L. 20/1908.

L. 8/1909.

L. 97/1913.

L. 84/1915.

L. 105/1993.

L. 141/1994.

L. 223/1995.

L. 388/1997.

L. 418/1997.

L. 488/1998.

L. 633/2000.
L. 769/2002.
L. 643/2001.
L. 788/2002.
L. 812/2003.
L. 1106/2006.
L. 1111/2006.
L. 1430/2010.
L. 1450/2011.
L. 1575/2012.
L. 1607/2012.
L. 1819/2016.
L. 1941/2018.
L. 2018/2020.
L. 2069/2020.

Lewin Figueroa, Alfredo. Principios constitucionales del derecho tributario. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 1992-2001. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad de los Andes, 2002.

López Sterup, Henrik (Coord.). *Manual de constitución y democracia. Del Estado y la protección de los derechos*, vol. 2. Bogotá: Programa de Constitución y Democracia y Universidad de los Andes, 2011.

Lozano, Eleonora. "Revisión jurisprudencial (Sección Cuarta, Concejo de Estado, 2005-2010)", en *XXXV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2011.

Macho Pérez, Ana Belén. *Vademécum de derecho tributario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

Parra Escobar, Armando. *Planeación tributaria y organización empresarial*. Bogotá: Legis,2014.

Real Academia Española [RAE]. "coactivo, va", en *Diccionario de la lengua española*, 23.ª edición. Madrid: 2014. https://dle.rae.es/coactivo?m=form.

Res. 70/2011, IGAC.

Sierra García, Jaime. *Diccionario jurídico. Ajustado a la legislación colombiana*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2001.

Anexo. Otras categorías tributarias territoriales

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas.	Nación, cedido a los departamentos y al distrito capital[115].	Personas naturales y jurídicas productores, importadores y distribuidores[116].	Consumo en el territorio nacional de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas[117].	Precio de venta al detallista[118].	48 % para cervezas y sifones. 20 % para mezclas y refajos.
Impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado.	Departamental.	Personas naturales y jurídicas, productores, importadores y distribuidores[119].	Consumo de cigarrillos y tabaco elaborado en las jurisdicciones de los departamentos[120].	Precio de venta al público certificado semestralmente por el DANE[121].	Para los cigarrillos, tabacos, cigarros y cigarritos $ 1400 en 2017 y $ 2100 en 2018 por cada cajetilla de 20 unidades o proporcionalmente a su contenido. La tarifa por cada gramo de picadura, rapé o chinú fue de $ 90 en 2017 y $ 167 en 2018. Estas tarifas se actualizan anualmente según el IPC más cuatro puntos[122].

Continúa

[115] L. 223/1995, art. 185.
[116] Ibídem, art. 187.
[118] Ibídem, art. 186.
[119] Ibídem, art. 189.
[120] Ibídem, art. 208.
[121] Ibídem, art. 207.
[122] L. 1111/2006, art. 76.
[123] L. 1819/2016, art. 347.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares.	Departamental.	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales) productores, importadores y distribuidores[123].	Consumo de vinos, licores, aperitivos y similares, en las jurisdicciones de los departamentos[124].	Componente específico: volumen de alcohol expresado en número de grados alcoholimétricos que contenga el producto. Componente *ad valorem*: precio de venta al público por unidad de 750 cc[125].	L. 1816/, art. 10. Componente específico: Para licores aperitivos y similares: por cada grado alcoholimétrico en unidad de 750 cc es de $ 220. Para vinos y aperitivos vínicos: por unidad de 750 cc es de $ 150. Componente *ad valorem*: precio de venta al público por unidad de 750 cc. Para licores aperitivos y similares: 25 % sobre el precio de venta al público. Para vinos y aperitivos vínicos: 20 % sobre el precio de venta al público.

Continúa

[124] L. 223/1995, art. 203.

[125] Ibídem, art. 202.

[126] L. 1816/2016, art. 19.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto de registro	Departamental. Bogotá tiene una participación del 30 % del impuesto que se causa en su jurisdicción[126].	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales, particulares contratantes y particulares beneficiarios del acto o providencia sometida a registro[127].	Inscripción de actos, contratos y negocios jurídicos en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares y que, de conformidad con las disposiciones legales, deban registrarse en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las cámaras de comercio[128].	Valor incorporado en el documento que contiene el acto, contrato o negocio jurídico. Cuando se trate de la inscripción de contratos de constitución de sociedades, reformas estatutarias o actos que impliquen el incremento del capital social o del capital suscrito, la base gravable está constituida por el valor total del respectivo aporte, incluyendo el capital social o el capital suscrito y la prima en colocación de acciones o cuotas sociales [129].	Actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía sujetos a registro en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, entre el 0.5 % y el 1 %. Actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía sujetos a registro en las cámaras de comercio, entre el 0.3 % y el 0.7 %. Actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía sujetos a registro en las Cámaras de Comercio, que impliquen la constitución con o el incremento de la prima en colocación de acciones o cuotas sociales de sociedades, entre el 0.1 % y el 0.3 %.

Continúa

[126] L. 223/1995, art. 234.

[127] Ibídem, art. 227.

[129] Ibídem, art. 226.

[130] L. 1607/2012, art. 187.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
					Actos, contratos o negocios jurídicos sin cuantía sujetos a registro en las oficinas de registro de instrumentos públicos o en las cámaras de comercio, tales como el nombramiento de representantes legales, revisor fiscal, reformas estatutarias que no impliquen cesión de derechos ni aumentos del capital, escrituras aclaratorias, entre dos y cuatro salarios mínimos diarios legales vigentes[130].
Impuesto de circulación y tránsito o rodamiento para vehículos de servicio público.	Municipal[131].	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal.	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal.	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal.	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal.

Continúa

[131] L. 2069/2020, art. 3.

[132] L. 488/1998, art. 138.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto sobre vehículos automotores.	Sujeto activo: departamentos y distrito capital. Beneficiarios: municipios (20 %), departamentos (80 %), distrito capital (100 %)[132] y a las unidades especiales de desarrollo fronterizo (100 %)[133].	Propietario o poseedor de los vehículos gravados[134].	Propiedad o posesión de los vehículos gravados[135].	Valor comercial de los vehículos gravados, según la resolución del Ministerio de Transporte. Para los vehículos nuevos, se estima por el valor total registrado en la factura de venta; cuando son importados directamente por el usuario propietario o poseedor, por el valor total registrado en la declaración de importación[136].	Vehículos particulares: Hasta $ 49 470 000, 1.5 %. Más de $ 49 470 000 hasta $ 111 305 000, 2.5 %. Más de $ 111 305 000, 3.5 %. Motos de más de 125 cc, 1.5 %[137]. Los valores se actualizan anualmente. El D. 1679/2020 se encuentra vigente a la fecha.

Continúa

[132] L. 488/1998, arts. 138-139.

[133] L. 633/2000, art. 85.

[134] L. 488/1998, art. 142.

[135] Ibídem, art. 140.

[136] Ibídem, art. 143.

[138] Ibídem, art. 145.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Sobretasa a la gasolina y al ACPM.	Departamental y municipal.	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales) distribuidores mayoristas, productores e importadores de gasolina. Transportadores y expendedores al detal cuando no puedan justificar debidamente la procedencia[138].	El consumo de gasolina motor, extra o corriente en jurisdicción del municipio, distrito o departamento. Consumo de ACPM nacional o importado en la jurisdicción del departamento[139].	Volumen del respectivo producto expresado en galones[140].	Sobretasas a la gasolina: 1. Tarifa general, municipal y distrital: • Gasolina corriente: $ 940. • Gasolina extra: $ 1314. 2. Departamental: • Gasolina corriente: $ 330. • Gasolina extra: $ 464. 3. Distrito capital: • Gasolina corriente: $ 1270. • Gasolina extra: $ 1775. 4. Tarifa en zonas de frontera, municipal y distrital: • Gasolina corriente: $ 352. • Gasolina extra: $ 1314. 5. Departamental: • Gasolina corriente: $ 124. • Gasolina extra: $ 462. Sobretasa ACPM: $ 301 por galón. En municipios y zonas de frontera, $ 204 por galón para el producto nacional y $ 114 por galón para el producto importado[141].

Continúa

[139] L. 488/1998, art. 119.

[140] Ibídem, art. 118.

[141] Ibídem, art. 121A.

[142] L. 788/2002, art. 55.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Contribución de valorización.	Nacional, departamental y municipal. La entidad que realice las obras.	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales) titulares del derecho real sobre inmuebles beneficiados con la ejecución de una obra de interés público[142].	Ejecución de obras de interés público que reporten un beneficio a la propiedad inmueble[143].	Costo de la obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados[144].	El sistema y el método de la contribución de valorización se realiza de acuerdo con el artículo 9 del D. 1604/1966 y está integrado por los siguientes elementos: • Costo total de la obra (inversión más imprevistos). • El beneficio que ella produzca a los inmuebles que serán gravados. • Capacidad de pago de los propietarios que van a ser gravados. • Razones de equidad. Con base en estos elementos, según lo dispuesto por el artículo 338 de la Constitución, la administración puede ser autorizada para fijar las tarifas de la contribución, pero se insiste, sin desconocer la relación costo- beneficio ni los demás factores legales[145].

Continúa

[142] C. Const., Sent. C-155, feb. 26/2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[143] DL 1333/1986, art. 234; D. 1604/1966, art. 1; y C. Const, Sent. C-155, feb. 26/2003.

[145] DL 1333/1986, art. 234; y D. 1604/1966, art. 9.

[146] C. Const., Sent. C-155, feb. 26/2003.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Degüello de ganado mayor y menor. La Corte Constitucional lo consideró derogado[146].	Municipal (ganado menor), departamental (ganado mayor).	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales) que se dediquen al sacrificio de ganado.	Sacrificio de la res[147].	Número de reses sacrificadas.	Tarifa fijada libremente por el Concejo o la Asamblea[148].
Impuesto de loterías foráneas y sobre premios de lotería.	Departamental.	Empresas de loterías u operadores autorizados. Ganador de premios de lotería[149].	Venta de billetes de loterías foráneas. Ganar premios de loterías[150].	Valor nominal de cada billete o fracción que se venda. Valor nominal del premio[151].	10 % por la venta. 17 % por ganar[152].

Continúa

[146] C. Const., Sent. C-080, feb. 29/1996. M. P. Fabio Morón Díaz.

[147] L. 20/1908, art. 17, num. 3, L. 8/1909, art. 1. y C. Const., Sent. C-080, feb. 29/1996.

[149] DL 1333/1986, art. 161.

[150] L. 643/2001, art. 48.

[151] Ibídem

[152] Ibídem.

[153] Ibídem.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto al consumo sobre ingreso de mercancías extranjeras al departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.	Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina[153].	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho y aquellas que realicen el hecho gravado a través de consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos sobre quienes figure el hecho generador del impuesto[154].	Ingreso de mercancías al departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina[155].	Valor CIF[156] de las mercancías extranjeras[157].	10 %[158].
Contribución para el uso de la infraestructura pública turística en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.	Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina[159].	Los turistas y residentes temporales del departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina[160].	Uso de la infraestructura pública turística del departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la cual se presume con el hecho de viajar allí[161].	Depende del tiempo de permanencia en la isla y de la actividad que se pretenda desarrollar[162].	No se definió legalmente. Libertad de la Asamblea Departamental.

Continúa

153 L. 47/1993, art. 16.

154 L. 1430 del 2010, art. 54.

155 L. 47/1993, art. 16.

156 Coste, Seguro y Flete.

158 Ibídem, art. 16.

159 Ibídem.

160 Ibídem, art. 19.

161 Ibídem.

162 Ibídem.

163 Ibídem, art. 20.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Contribución sobre contratos de obra pública. Nota: no es clara la vigencia de este impuesto, pues el artículo 120 de la L. 418/1997, cuya vigencia había sido prorrogada por el art. 53 de la L. 1430/2010, no fue prorrogado de nuevo en la L. 1941/2018. Sin embargo, el artículo 121 de la L. 418/1997 que se refiere al art. 120 y a esta contribución sobre contratos de obra pública sí fue prorrogado por 4 años más en la L. 1941/2018.	Nación, municipio, distrito o departamento, según el nivel al que pertenezca la entidad contratante[163].	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales)[164].	Suscribir contratos de obra pública con entidades de derecho público. Celebrar contratos de adición al valor de los existentes[165].	Valor total del contrato o de la adición. En las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales la base gravable corresponde al valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión[166].	Tarifa general: 5 %. 3 % para las concesiones que otorguen las entidades territoriales con el propósito de ceder el recaudo de sus impuestos o contribuciones. 2.5 % para concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales[167].

Continúa

[164] L. 418/1997, art. 120, modificado por la L. 1106/2006, art. 6 y prorrogado por tres años por la L. 1430/2010, art. 53.

[165] Ibídem, art. 54.

[166] Ibídem, art. 120, modificado por la L. 1106/2006, art. 6.

[167] Ibídem.

[168] Ibídem.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto sobre el servicio de alumbrado público.	Municipal y distrital[168]	No se definió legalmente. Libertad de los concejos municipales y distritales[169]. "No hay absoluta libertad de los concejos para fijarlos, pues tanto los sujetos pasivos como las bases gravables y tarifas, que en este caso no fueron fijados por el legislador, deben corresponder a las características del hecho generador señalado en la ley, de tal forma que no distorsionen el tributo ni se altere su esencia"[170].	El beneficio por la prestación del servicio de alumbrado público[171].	No se definió legalmente. Libertad de concejos municipales y distritales[172].	No se definió legalmente. Libertad de concejos municipales y distritales[173]. En la determinación del valor del impuesto a recaudar, los municipios y distritos deben considerar como criterio de referencia el valor total de los costos estimados de prestación en cada componente de servicio[174]. La tarifa máxima es la necesaria para pagar los costos del servicio, incluidos los de expansión y mantenimiento[175].

Continúa

[168] L. 1819/2016, art. 349.

[169] Ibídem.

[170] CE, Sec. Cuarta, Exp. 15344/2006.

[172] L. 1819/2016, art. 349.

[173] Ibídem.

[174] Ibídem.

[175] Ibídem, art. 351.

[176] CE, Sec. Cuarta, Exp. 16667/2010.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Impuesto de delineación urbana.	Municipal[176] y distrito capital[177].	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal.	Construcción de nuevos edificios o refacción de los existentes[178].	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal. Para Bogotá D. C.: La base gravable es el monto total del presupuesto de la obra o construcción[179].	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal. Para Bogotá D. C.: El Concejo fija la tarifa entre el 1 y el 3 %[180].
Impuesto de transporte de oleoductos y gasoductos.	Municipios no productores cuyas jurisdicciones atraviesen los oleoductos o gasoductos[181].	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales) propietarios del crudo o del gas[182].	Transporte de crudo o gas por oleoductos o gasoductos[183].	Número de barriles transportados multiplicado por la tarifa vigente para cada oleoducto[184].	6 %[185]. 2 % para oleoductos construidos para el transporte de hidrocarburos provenientes de la región oriental[186].

Continúa

176 DL 1333/1986, art. 233, num. b.

177 DL 1333/1986, art. 233, num. b.

178 D. 1421/1993, art. 158.

179 D. 1421/1993, art. 158.

180 D. 1421/1993, art. 158.

181 Ibídem.

182 L. 141/1994, art. 26.

183 Ibídem.

184 Ibídem.

185 D. 1056/1953, art. 52.

186 Ibídem, art. 52.

187 D. 2140/1955, art. 17.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Punto de control turístico.	Municipios[187].	Personas naturales turistas o excursionistas que ingresen al sitio turístico[188].	Acceso a los sitios turísticos[189].	No aplica.	La tarifa que establezca el Concejo Municipal, distrital y, excepcionalmente, la asamblea departamental, para el punto de control turístico es proporcional y admite el uso de criterios distributivos. No pueden superar el equivalente a dos salarios mínimos legales diarios vigentes[190].
Peajes y tasas por estacionamiento o por contaminación vehicular.	Nación, departamentos, municipios y distritos[191].	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales)[192].	No fue claramente definido por el legislador[193].	No se definió legalmente.	No se definió legalmente.

Continúa

[187] L. 2018/2020, art. 6.
[188] Ibídem.
[189] Ibídem.
[190] Ibídem.
[191] Ibídem.
[192] L. 105/1993, arts. 28 y 30, L. 812/2003, art. 112.
[193] L. 1430/2010, art. 54.
[194] L. 105/1993, arts. 28 y 30.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Tasa por ingreso a las salinas de Zipaquirá.	Municipio de Zipaquirá[194].	Personas naturales.	Entrada a visitar la Catedral de Sal de Zipaquirá.	No se definió legalmente.	No se definió legalmente.
Derechos de tránsito.	Municipal y distrital[195].	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal.	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal.	No se definió legalmente. Libertad del Concejo Municipal.	Las tarifas se basan en un estudio económico sobre los costos del servicio, con indicadores de eficiencia, eficacia y economía[196].
Impuesto nacional a la explotación de oro, plata y platino.	Municipios donde se encuentren las minas[197].	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales) que realicen la extracción de oro, plata o platino[198].	Extracción de oro, plata y platino[199].	Valor de la cantidad de oro, plata o platino extraído, determinado conforme a los precios internacionales que certifique el Banco de la República[200].	4 %.

Continúa

[195] L. 633/2000, art. 103.

[196] L. 769/2002, art. 168.

[197] Ibídem.

[198] L. 488/1998, art. 152.

[199] Ibídem; C. Const., Sent. C-987, dic. 9/1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[200] L. 488/1998, art. 152; y C. Const., Sent. C-987, dic. 9/1999.

[201] L. 488/1998, art. 152.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
Sobretasa para financiar la actividad bomberil.	Departamental[201].	No se definió legalmente. Libertad del departamento.	No se definió legalmente. Libertad del departamento.	No se definió legalmente. Libertad del departamento.	No se definió legalmente. Libertad del departamento.
Participación en la plusvalía.	Municipal y distrital[202].	Personas naturales y jurídicas, sociedades de hecho, fideicomitentes o beneficiarios y miembros de consorcios o uniones temporales (frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos, los consorcios o uniones temporales) propietarios de bienes inmuebles.	La incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte del suelo rural como suburbano. El establecimiento o modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo. La autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, bien sea elevando el índice de ocupación, el índice de construcción o ambos a la vez[203].	El número total de metros cuadrados destinados al nuevo uso o mejor aprovechamiento, descontada la superficie correspondiente a las cesiones urbanísticas obligatorias para espacio público de la ciudad y área de eventuales afectaciones sobre el inmueble por el plan vial u otras obras públicas previstas en el plan de ordenamiento o en los instrumentos que lo desarrollen[204].	Entre el 30 % y el 50 % del mayor valor por metro cuadrado[205].

Continúa

[201] L. 1575/2012, art. 14.

[203] L. 388/1997, art. 73.

[204] Ibídem, art. 74.

[205] Ibídem, art. 87.

[206] Ibídem, art. 78.

Tributo	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Hecho generador	Base gravable	Tarifa
			Ejecución de obras públicas previstas en el plan de ordenamiento territorial, en los planes parciales o en los instrumentos que los desarrollen y que no hayan utilizado para su financiación la contribución de valorización[206].		

Fuente: elaboración propia.

[207] Ibídem, art. 79.

Sobre los autores

Carlos Julio Giraldo Bustamante: Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, especialista en derecho financiero y bursátil de la Universidad Externado de Colombia, doctor de la Universidad Externado de Colombia. Ha escrito artículos sobre varios temas de derecho privado. Actualmente, se desempeña como profesor de planta de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y director de la Especialización en Legislación Financiera. Correo electrónico: carlgira@uniandes.edu.co

Daniela Páez Cala: Abogada de la Universidad de los Andes con una maestría en leyes de la Universidad de Columbia (Nueva York, Estados Unidos). Actualmente, se encuentra vinculada a la firma Baker McKenzie y trabaja en el grupo de Resolución de Disputas. Correo electrónico: daniela.paez@bakermckenzie.com

Danilo Romero Raad: Abogado de la Universidad de los Andes. Se desempeña como litigante y se especializa en litigios antimonopolio, propiedad intelectual, derecho de protección al consumidor, protección de datos, y derecho de medios de comunicación y entretenimiento. Es autor de varios artículos publicados en Colombia y en el extranjero, relacionados con la protección e importancia de los secretos empresariales y otros derechos intangibles al igual que publicaciones sobre la normatividad colombiana en materia de derecho de la competencia. Actualmente es profesor en propiedad intelectual y derecho de la competencia en la Universidad de los Andes y socio de la firma Holland & Knight liderando las prácticas de derecho de la competencia, propiedad intelectual y derecho del consumo. Correo electrónico: danilo.romero@hklaw.com

Eleonora Lozano Rodríguez: Abogada, economista y magíster en Economía por la Universidad de los Andes y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Es decana de la Facultad de Derecho de

la Universidad de los Andes. Sus reflexiones académicas han girado en torno a la tributación y la hacienda pública colombiana a partir de perspectivas comparadas e interdisciplinares. Entre sus publicaciones más recientes, se encuentran. *Arbitraje internacional y corrupción* (Ediciones Uniandes, 2023); *Arbitraje tributario en Latinoamérica. Pasado, presente y prospectiva* (Ediciones Uniandes, 2023); *Tributación de las transacciones internacionales* (Ediciones Uniandes, 2022) (coordinadora y coautora) y *Estudios interdisciplinarios de la tributación,* segunda edición (Ediciones Uniandes e Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Aduanero -ICDT-, 2022). Puede seguirla en: www.eleonoralozano.com

Fernando Peña Bennett: Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derecho de la Universidad de Bologna. Se desempeña como profesor de cátedra de contratos y de derecho de consumo en pregrado en la Universidad de los Andes. Es profesor en la especialización en Derecho de la Empresa y la maestría en Derecho Privado en la misma universidad. En la actualidad, es socio Director de Peña Bennett Studio Legal S. A. S, y miembro del ICC en la Comisión de Prácticas Comerciales de la Cámara de Comercio de Bogotá. Además, fue coordinador académico del libro *Derecho de consumo*, tomo I, de la Colección jurídica Uniandes 2021. Correo electrónico: fernando@penabennett studiolegal.com

Marcela Castro de Cifuentes: Abogada de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho Financiero de la misma universidad y magíster en Derecho Comparado de la Universidad de Illinois como Becaria Fullbright. Ejerce como profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, experta en obligaciones, contratos, responsabilidad civil y derecho comercial. Es autora de libros y artículos especializados; y árbitro oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá. Correo electrónico: macastro@uniandes.edu.co

Margarita Gómez Ordóñez: Abogada de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho Comercial y magíster en Derecho Privado de la misma Institución. Se ha desempeñado en la Universidad de los Andes como directora de Gestión Humana, Secretaria General, directora de pregrado de la Facultad de Derecho y profesora asociada de dicha facultad a cargo de algunos cursos del área laboral y recursos humanos

en el pregrado y en el posgrado. Desde el año 2013, es la *Ombudsperson* de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: marggome@uniandes.edu.co

María Eugenia Gutiérrez Darwich: Abogada de la Universidad de los Andes y magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de Barcelona, España. Es miembro del Semillero de Derecho Contractual de la Universidad de los Andes. Ejerce como profesora de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Entre sus publicaciones figuran: "Procesos de ejecución directa de hipotecas por cláusulas de vencimiento anticipado tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo del 2019", *Revista Catalana de Dret Privat*, 21 (2019) y "Crónica del Congreso Internacional 'El derecho privado en el nuevo paradigma digital'", *Revista Catalana de Dret Privat*, 22 (2020). Correo electrónico: me.gutierrez1434@uniandes.edu.co

Mariana Bernal Fandiño: Abogada de la Universidad Javeriana; magíster en Derecho Comercial y en Derecho Internacional Privado de la Universidad de París II, Francia; y doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Ejerce como profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y es directora de la especialización en Derecho de los Negocios Internacionales. Correo electrónico: m.bernalf@uniandes.edu.co

Nelson Remolina Angarita: Abogado, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, magíster en Leyes del London School of Economics and Political Sciences y doctor *summa cum laude* en Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Ejerce como profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Sus principales libros son: *De la responsabilidad demostrada: hacia un programa de gestión de datos personales y la consolidación de un buen gobierno corporativo en el tratamiento de esa información* (2018); *Recolección internacional de datos: un reto del mundo postinternet* (2015); *Tratamiento de datos personales: aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012* (2013); y *De los títulos valores y de los valores en el contexto digital* (2011). Correo electrónico: nremolin@uniandes.edu.co

Nicolás Rico Álvarez: Abogado de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho laboral de la Universidad Javeriana y magíster en Derecho con énfasis en Derecho laboral de la Universidad de los Andes. Ejerce como profesor de cátedra de Relaciones laborales y del módulo de derecho laboral de la especialización en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes. También se desempeña como coordinador académico del diplomado en Derecho Laboral de la Universidad de La Sabana y es socio de la firma Scola Abogados. Durante su carrera se ha dedicado a la investigación de las relaciones laborales individuales y el derecho laboral colectivo, participando en diversos proyectos especiales a nivel nacional e internacional. Las publicaciones académicas más recientes corresponden al diario *La República*. Correo electrónico: n.rico23@uniandes.edu.co

Pablo Rey Vallejo: Abogado de la Universidad de los Andes, doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, LL.M. International Business Law del London School of Economics. Es director de la especialización en Derecho Comercial y del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: prey@uniandes.edu.co

Sergio Carreño Mendoza: Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derecho de la Responsabilidad de la misma universidad y doctor en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra. Se desempeña como profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y director del Semillero de Fusiones y Adquisiciones de la misma universidad, experto en contratos, derecho comercial y en M&A. Es miembro del grupo de investigación de Derecho Privado Contemporáneo. Recientemente publicó el libro titulado *Acuerdos de intenciones y gestión de la incertidumbre en adquisiciones de empresa*. Correo electrónico: s.carrenom@uniandes.edu.co

Tatiana González A.: Abogada de la Universidad de los Andes, especialista en derecho comercial de la Universidad de los Andes y magíster en Derecho de Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido profesora de cátedra de fundamentos de derechos de los negocios y derecho comercial en pregrado en la Universidad de los Andes. Correo electrónico: tgonzale@uniandes.edu.co

Fundamentos del derecho de
los negocios para no abogados
Se terminó de imprimir
en septiembre del 2023
en Bogotá, D. C., Colombia