

CAC

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

CONTENIDO

1. EDITORIAL
2. MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN
3. ACTIVIDADES DEL COLEGIO
4. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL
5. DOCTRINAS DE AUTORIDAD
6. INCIDENCIA DE ALGUNOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES
EN EL DERECHO MERCANTIL, Por José Ignacio Narváez García

INDICE

Entidad emisora: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil
Referencia y fecha: No. 11001310302003-0028201 del 3 de febrero de 2009.

Magistrado Ponente: Dra. Luz Marina Díaz Rueda

Decisión: No casa.

Entidad emisora: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil
Referencia y fecha: No. 54001 22 13 000 2008 00313 01 del 9 de febrero de 2009

Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena

Decisión: Revoca parcialmente el fallo y tutela el derecho del accionante.

Entidad emisora: Consejo de Estado Sección Primera

Fecha: 22 de enero de 2009

Consejero Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso

Decisión: Deniega las pretensiones de la demanda

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

Entidad: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera.

Referencia: Rad.11001 0324 000 2001 00283 01

Fecha del Documento: 29 de enero de 2009

Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Decisión: Niega las pretensiones del demandante.

Entidad Emisora: Congreso de la República.

Tipo de Normativa: Ley.

Referencia y Fecha: No. 1273 del 05 de enero de 2009.

Tema: POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, SE CREA UN NUEVO BIEN JURIDICO TUTELADO - DENOMINADO “DE LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS”• Y SE PRESERVAN INTEGRALMENTE LOS SISTEMAS QUE UTILICEN LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, ENTRE OTRAS DISPOSICIONES.

Entidad: Congreso de la República.

Estado del proyecto de ley: Aprobado para segundo debate y texto definitivo al Proyecto de Ley.

Referencia, Fecha y Lugar de Publicación: No. 013 del 30 de Enero de 2009, Gaceta del Congreso.

Congresistas ponentes del Proyecto: Dr. Simón Gaviria Muñoz y David Luna Sánchez.

Tema del proyecto “Por la cual se regulan los principios y normas de Con-

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

tabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptada en Colombia, se señalan las autoridades competentes en el procedimiento para su expedición, y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento”.

Entidad Emisora: Congreso de la República.

Tipo de Normativa: Ley.

Referencia y Fecha: No. 1282 del 05 de enero de 2009.

Tema: Por medio de la cual se aprueba el “CONVENIO SOBRE LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN MATERIA CIVIL O COMERCIAL”, hecho en la haya el 18 de marzo de 1910.”

Entidad: Congreso de la República

Estado del proyecto de ley: Aprobado en Sesión Plenaria del Senado.

Referencia, Fecha y Lugar de Publicación: No. 953 del 19 de diciembre de 2008, Gaceta del Congreso.

Congresistas ponentes del proyecto: Doctores Manuel Ramiro Velásquez Arroyave, Jairo Clopatofsky Ghisays, Carlos Emiro Barriga Peñaranda, Juan Manuel Galán Pachon, y otros.

ARTICULO DR. JOSE IGNACIO NARVAEZ

TITULO: INCIDENCIA EN ALGUNOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO MERCANTIL.

NOTA EDITORIAL

En su reunión del pasado martes veinticuatro (24) de marzo del actual calendario la Junta Directiva del **COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS** convocó a los señores colegiados a Reunión Ordinaria de su Asamblea General, a llevarse a cabo el próximo martes veintiuno (21) de abril de los corrientes. Como quiera que se trata del escenario más importante para la discusión y deliberación en torno a los asuntos más relevantes de nuestra institución, aprovechamos esta tribuna para manifestarles nuestro interés en contar con una amplia asistencia por parte de nuestros asociados.

El doctor **CÉSAR AUGUSTO LIMA MUÑOZ**, Comisario de Cuentas Suplente de nuestra asociación, quien hace parte de las mesas de trabajo instaladas para la estructuración del proyecto de ventanilla única de registro, orientado a la simplificación de trámites notariales y registrales y a la unificación de criterios aplicables en distintas etapas de estos procesos, ha invitado a nuestra institución a participar en estas mesas de trabajo. Dado que esta invitación ha despertado gran interés entre los miembros de nuestra Junta Directiva, informamos a ustedes de este hecho, con el fin de que nuestros colegiados interesados en participar en las sesiones de trabajo de este grupo nos lo informen con el fin de solicitar antes los orientadores de estos trabajos su reconocimiento como delegados del **COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS (C.A.C.)** y de este modo contribuyamos al mejoramiento de estos servicios públicos. Quedamos atentos a conocer sus inquietudes a este respecto.

Finalmente, expresamos nuestros agradecimientos al Doctor **JOSÉ IGNACIO NARVAEZ GARCÍA**, por su generosa contribución a nuestro boletín mensual, al poner a nuestra disposición, para su difusión con la presente entrega, de su estudio titulado **INCIDENCIA DE ALGUNOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO MERCANTIL**, escrito que por su calidad académica y por la persona de su autor enriquecen y enaltecen nuestro boletín.

Edgar Ramírez Baquero
Presidente

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

JUNTA DIRECTIVA

Presidente

Edgar Ramírez Baquero

Vicepresidente

Tulio Cárdenas

Vocales

Carlos Eduardo Manrique
Alejandro Páez Medina
Sara Maria Pérez
Gustavo Cuberos Gómez

Ramiro Cruz Vergara
Ulises Canosa Suárez
Luz Helena Mejía
César Augusto Rodríguez

Comisario de Cuentas

Juan Carlos Calvo Ospina

César Augusto Lima Muñoz

Director Boletín

César Augusto Rodríguez

Colaboradores

Paola Andrea Otero López
Maria Victoria Munevar T.
Olga Lucia Guzmán

Germán Felipe Sosa Prieto
Evelyn Romero Gómez

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

ACTIVIDADES COLEGIO DE ABOGADOS

TERTULIAS

ABRIL 21 DE 2009: ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA INSTITUCION.

Datos de identificación

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

Referencia y fecha: No. 11001310302003-0028201 del 3 de febrero de 2009.

Magistrado Ponente: Dra. Luz Marina Díaz Rueda

Decisión: No casa.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Financiero: Cumplimiento de ordenes judiciales de embargo sobre CERTIFICADO DE DEPÓSITOS A TÉRMINO (CDTs)

2.0. Derecho de los Títulos-Valores: Naturaleza jurídica del CDT, régimen de copropiedad de los mismos y su procedimiento de embargo.

Problemas Jurídicos

¿Procedió correctamente y con apego al ordenamiento jurídico nacional la entidad financiera al cumplir con una orden judicial de embargo mediante la constitución de un depósito judicial por la totalidad del CDT sin que informara al juzgado la copropiedad existente sobre dicho título en observancia de que uno de los beneficiarios no era parte dentro del proceso de divorcio por el cual se ordenó la medida cautelar?

¿Resulta válido presumir la solidaridad de acreedores cuando se constituye un CDT por dos personas sin distinguir entre ellas y sin incluir entre ellas las palabras “y”, “o” o la combinación “y/o”?

¿La responsabilidad derivada del cumplimiento erróneo de una orden de embargo se configura en responsabilidad extra contractual, aun cuando lo embargado sea el producto de una relación contractual entre quien tuvo la conducta negligente y el afectado por la misma?

Síntesis del documento

Frente a las órdenes judiciales se espera que las entidades financieras obren “de manera diligente pero analítica, tomando en cuenta los aspectos particulares que comprenden “derechos” de otras personas ajenas al conflicto en el que se profiere el mandato” pues no puede entenderse que frente a ordenes judiciales las entidades financieras deban adoptar un procedimiento meramente ritual y mecánico, carente de cualquier tipo de reflexión y análisis, pues “la obligatoriedad de las citadas instrucciones tienen que acomparar, sin lugar a dudas, con lo derechos de terceras personas”.

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

Se explica que la presunción de solidaridad del artículo 825 del Código de comercio no se extiende a los casos de copropiedad de CDTs dado que dicho artículo presume la solidaridad pasiva y no la solidaridad activa, entendiendo que para configurar esta última debe existir pacto expreso e inequívoco al respecto. De igual manera, abarca temas como la naturaleza jurídica de título valor que ostentan los CDTs y el procedimiento de embargo de los mismos. Analiza la naturaleza de la relación entre los propietarios de un CDT (“y”, “o” o la combinación “y/o”), pudiéndose concluir que de no establecerse ninguna de dichas palabras entre los propietarios, la situación que surge es que ambos son propietarios (“y”), y por ende titulares del CDT.

Pronunciamientos relevantes**1. Naturaleza jurídica del CDT:**

“en sentencia 027 de 7 de marzo de 1994 la Corte expuso que la obligación de dineros a plazo por parte de los establecimientos de crédito con la obligación de restituirlos, tiene como efecto directo el que (...) el banco depositario puede extender un recibo que la ley toma por “plena prueba” del depósito realizado o, si a ello hubiere lugar, expedir un “certificado de depósito a término” el cual, salvo que los interesados dispongan otra cosa, ha de recibir el tratamiento de un verdadero título de crédito negociable en los términos del artículo 1394 de Código de Comercio, lo que trae consigo la necesidad de distinguir con absoluta claridad entre el contrato mismo de depósito, por un lado, (...) y de otro lado, la necesidad de documentación adecuada”.

2. Copropiedad de CDTs, ausencia de las palabras “y”, “o” o la combinación “y/o” entre los nombres de los titulares del mismo.

“Para estos casos la praxis mercantil ha acudido con éxito al empleo de conjunciones individuales, como “o” e “y”, o conjuntas que reúnen ambas “y/o” existiendo disímiles criterios en su interpretación, entre ellos el primer caso significa que la distribución puede efectuarse indistintamente a una u otra; el segundo evento implica como secuela de la unión o cópula que la solución debe hacerse a las dos; y la tercera es mezcla de las anteriores comportando que el descargo de la obligación cartular pueda hacerse por el deudor a uno de ellos con absolutos poderes liberatorios, e inclusive ambos [...]”

“Siendo el CDT un título valor, cuando el mismo se constituye por dos personas, sin distinguir entre ellas, es válido entender que ambas son titulares o propietarias del derecho literal y autónomo en el porcentaje que se incorpora o en subsidio por iguales partes”

Entiende la Corte que no es dable extender la aplicación del artículo 825 del Código de Comercio respecto de la presunción de solidaridad en negocios mercantiles, ya que dicha norma se refiere exclusivamente a la solidaridad por pasiva, mientras que para configurarse la solidaridad por activa, esto es, respecto de los acreedores, debe existir “pacto expreso e inequívoco”. Tampoco puede ser aplicado el artículo 1397 del Código de comercio a los CDT con beneficiario plural por su naturaleza de títulos valores”.

“Esta presunción (refiriéndose la Corte a la del artículo 825 del Código de Comercio), tal como su (sic) desprende de su texto literal y el que además no es posible ni válido interpretarlo de manera

distinta, consagra la llamada solidaridad por pasiva y nunca la activa, esto es, respecto a los acreedores. Es sabido para que la última se configure tiene que existir un pacto expreso e inequívoco al respecto". (Paréntesis fuera del texto).

"Otra secuela que emerge de que el CDT sea un título valor, conduce a desestimar la alegación de la parte demandada en el sentido de que se le debía dar el mismo tratamiento previsto para las cuentas corrientes o de ahorros constituidas a nombre de dos o más personas, que permite y autoriza en tales casos que los retiros pueden (sic) ser realizados por una de ellas sin ninguna restricción o limitación. Es decir, en este evento no tienen aplicación los artículos 1384 y 1397 del Código de Comercio".

"Lo primero que debe reiterarse es que el CDT por la suma de \$600.000.000,00 se extendió por el demandado a favor de dos beneficiarios, concretamente de "Alfredo Lloreda M. Adriana León" (folio 57), circunstancia de la necesariamente se deduce de manera inequívoca que el dinero representado en el documento es de propiedad de los dos titulares y que cada uno puede cobrar sólo el porcentaje que le pertenece".

"Consecuentemente, si el certificado tenía dos acreedores, hecho ampliamente conicido por el demandado y que tampoco se niega, aunque pretende darle un calificativo de "solidario" que ya quedó descartado, lo cierto es que el embargo de su monto no podía recaer sobre la totalidad de los \$600.000.000,00, como si Alfredo Lloreda Maldonado, demandado en el proceso de divorcio y por tal razón exclusivo sujeto pasivo de la medida cautelar fuera el dueño absoluto del dinero..."

3. Cumplimiento de órdenes judiciales de embargo sobre CDTs:

"Empero, en circunstancias como las que origina el presente estudio, la situación no resulta tan simple como lo proclama con vehemencia el demandado, en el sentido de que tenía que acatar el mandato de un juez sin expresar ninguna clase de oposición a cumplirla. Este razonamiento, cierto en principio, es contrario a la lógica elemental que debe presidir, inspirar y regir las relaciones de un profesional de la actividad bancaria, el que dada la especialidad de sus conocimientos está obligado a obrar con diligencia y cuidado para proteger los derechos que el servicio público que presta otorga, entre otros, a terceras personas a quienes eventualmente su patrimonio les resulte menoscabado o deteriorado como secuela de un procedimiento de su parte meramente ritual y mecánico, carente de cualquier tipo de análisis o reflexión".

"Debe quedar claro que no se está aupando o estimulando la tesis de que las órdenes judiciales puedan ser desconocidas por sus destinatarios, lo que se predica es que en situaciones como las que rodearon este asunto se obre por parte de éstos de forma diligente pero analítica tomando en cuenta los aspectos particulares que comprenden "derechos" de otras personas ajenas al conflicto en que se profiere el mandato, y no como lo pretende el casacionista que el cumplimiento de la orden judicial tenía que hacerlo el accionado sin ninguna clase de estudio ni posibilidad de réplica o solicitud de precisión o aclaración porque ese es el sentido de las pautas y reglas de carácter administrativo que da a las entidades sometidas a su vigilancia la Superintendencia Bancaria de la época, hoy Financiera. La obligatoriedad de las citadas instrucciones tienen que acompasar, sin lugar a dudas, con los derechos de terceras personas involucradas, tal como sucedía en este caso".

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

4. Respecto al régimen de responsabilidad.

“En este evento el ad quem, en claro ejercicio de hermenéutica entendió que la exigencia de la indemnización se apuntalaba no en la celebración del contrato bancario de apertura del certificado de depósito a término sino en la forma irregular como el contradictor atendió el mandato de la medida de embargo y el subsecuente descargo del mismo. Fuera de lo anterior, no puede pasarse por alto que expresamente en ninguno de los apartes del texto integral del líbelo con el que se introdujo la demanda se aludió a la clase de responsabilidad deprecada, circunstancia que no sólo facultaba a éste sino que también lo obligaba a desentrañar la verdadera reclamación y decidirla en consecuencia”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 028 de 31 de octubre de 2001 Referencia: Expediente No. 5906, M.P: Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 027 de 7 de marzo de 1994 Expediente No. 004161.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 190 de 30 de septiembre de 2003 expediente 7605.

Datos de identificación

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

Referencia y fecha: No. 54001 22 13 000 2008 00313 01 del 9 de febrero de 2009

Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena

Decisión: Revoca parcialmente el fallo y tutela el derecho del accionante.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0. Derecho Constitucional. Aplicación del principio de solidaridad en las relaciones privadas de carácter financiero.

Problemas Jurídicos

1. ¿El principio de solidaridad establecido en la Constitución Política impera sobre las relaciones privadas y la autonomía que de ellas se predica?

Síntesis del documento

La Corte se pronuncia sobre una acción de tutela en la cual una persona, de avanzada edad y escasos recursos, solicita se protejan sus derechos fundamentales en el sentido de obtener su pensión de vejez por una parte y de detener el proceso ejecutivo que hay en su contra, el cual fue ocasionado por el no pago oportuno de sus obligaciones derivadas de un crédito hipotecario para Vivienda de Interés Social, pagos que precisamente no ha hecho por la falta de recursos derivado de no recibir su pensión.

La Corte considera que el principio de solidaridad impera sobre las relaciones privadas sin que se pueda desconocer en todo caso el principio de la autonomía privada, más aun cuando las mismas se enmarcan dentro de una actividad como la financiera, la cual es catalogada como “servicio público”.

Pronunciamientos relevantes

1. Alcance del Principio de Solidaridad.

“(…) El principio de solidaridad social, desarrollado ampliamente por la jurisprudencia Constitucional, contempla i) una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones; ii) un criterio de interpretación útil en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; y iii) un límite a los derechos propios. La buena fe y el deber de solidaridad, previstos en los artículos 83 y 95-2 de la Constitución Política, han sido extractados en una multiplicidad de ámbitos como el régimen tributario, la seguridad social en salud y pensiones, las personas de la tercera edad, las obligaciones alimentarias, los servicios públicos y, últimamente, en la actividad financiera, particularmente, respecto de las cargas que ese principio y ese deber imponen a las entidades financieras cuando los deudores se ven avocados a circunstancias de debilidad manifiesta, ante situaciones como el secuestro o el desplazamiento forzado”.

2. Aplicación del Principio de Solidaridad en el ámbito financiero, en especial cuando dicho servicio público es prestado por entidades estatales.

“En consonancia con lo anterior, la Constitución Política de 1991 privilegió a las personas de la tercera edad, al tenerlos como sujetos especiales, que requieren de una protección reforzada por parte de la familia, el estado y la sociedad, máxime si se hallan en estado de indefensión económica, física o mental, so pena de violentar su dignidad humana (arts. 5 y 46 C. N.). **De otra parte, la actividad financiera es un servicio público que por su naturaleza especulativa debe estar sujeta a comportamientos que evidencien su sensibilidad social, especialmente cuando se trate de entidades estatales, frente a deudores que se ven avocados a situaciones de debilidad manifiesta, por circunstancias provocadas por otras entidades públicas que menoscabaron sus condiciones económicas, o agravaron las derivadas de la edad, salud o marginalidad,** de tal modo que se imponga la primacía de los derechos inalienables de la persona sobre el derecho patrimonial de la acreencia. El principio constitucional de la separación armónica de los poderes impone como norma de conducta que las entidades y funcionarios oficiales deben

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

adelantar su gestión pública concertadamente, atendiendo siempre los fines esenciales del Estado, entre ellos el bien común, el servicio a la comunidad y la solidaridad de las personas” (Destacados propios del texto).

3. El principio de solidaridad no puede desconocer el núcleo del principio de la autonomía privada.

“Con todo, se invita al Fondo Nacional de Ahorro a propiciar un escenario de concertación, que consulte la situación de vulnerabilidad del peticionario, sin que implique un mandato expreso y sin que se quebrante el principio de la autonomía privada”.

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

No aplica.

Datos de identificación

Entidad emisora: Consejo de Estado Sección Primera

Fecha: 22 de enero de 2009

Consejero Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso

Decisión: Deniega las pretensiones de la demanda

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0 Propiedad Intelectual – Signos distintivos – Marcas: relación competitiva entre los productos.

2.0 Propiedad Intelectual – Signos distintivos – Marcas: Carácter inapropiable de las expresiones o partículas de uso común.

Problemas Jurídicos

1.0 ¿Existe relación competitiva entre los productos incluidos en las clases 5 y 3?

2.0 ¿El titular de una marca débil o que incluye una expresión de uso común para la clase en la cual está registrada no puede alegar exclusividad en su uso?

3.0 ¿El signo nominativo «SENTIVA» era o no registrable como marca para distinguir productos comprendidos en la Clase 5a Internacional, dada la existencia de la marca «SENSITIVA BY RADIANT» registrada con anterioridad en clase 3?

Síntesis del documento

Descripción de los presupuestos requeridos para que se pueda predicar que existe relación competitiva entre productos incluidos en clases 3 y 5 de la Clasificación Internacional de Niza. Imposibilidad de apropiación exclusiva de partículas de uso común.

Pronunciamientos relevantes**Relación competitiva entre productos incluidos en las clases 5 y 3 de la clasificación internacional de Niza:**

“cabe analizar los puntos que atienden a la naturaleza, propiedades y fines de los productos así como los canales de producción, los medios por los cuales se publicitan y la relación o vinculación entre los productos que distinguen con el propósito de determinar si por razón de la identidad de los signos se produce o no la confusión en el mercado respecto a los bienes que ellas amparen.”

“En otras palabras, aunque los productos o servicios que identifiquen no sean los mismos, los productos o servicios no deben tener una conexión tal que el uso de la marca pueda inducir al público a error.”

“Hay productos que debido a su composición, cualidades y destino utilitario son tan diferentes que son fácilmente distinguibles, pero hay otros que no. Por ello la disparidad de productos no debe ser apreciada de modo exclusivo en razón de pertenecer o no a la propia clase de nomenclador oficial, sobre todo porque .el consumidor no distingue entre las Clases sino entre los productos”

“Esa conexión entre los productos influye en la relación que el consumidor haga del origen empresarial de los productos o servicios relacionados, lo cual eventualmente, puede llevarlo a confusión en el caso de que ese vínculo sea tal que el consumidor medio interesado en adquirirlos asuma que provienen del mismo productor.”

“Los medios de publicidad pueden producir confundibilidad por la forma de presentarse en general; sobre todo, si en ambas campañas publicitarias se utilizan conceptos o ideas similares porque ocasionarían la presencia de una identidad ideológica entre los productos y cuanto mayor sea la publicidad (radio, prensa y televisión) el riesgo de confusión se incrementará.”

“Puede establecerse que respecto de la naturaleza, propiedades y fines de los productos amparados por las Clases 3a y 5a existe semejanza, pues resulta innegable que los jabones, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello y dentífricos (comprendidos en la Clase 3') pueden tener cierta relación con los protegidos en la Clase 5a, habida cuenta que estos mismos productos suelen comercializarse mediante idénticos canales de distribución, dada precisamente su similitud en sus propiedades (químicas clase 3a y farmacéuticas clase 5a”

“Adicionalmente, entre los productos de las Clases 3a y 5a existe identidad en cuanto a los medios de publicidad utilizados para dar a conocer el producto por las consideraciones anotadas atrás, hecho que podría causar confusión por la forma de presentarse al público consumidor, más aún si en las campañas publicitarias se utilizan conceptos o ideas similares, lo que generaría identidad ideológica para el consumidor medio.”

Carácter inapropiable de las partículas de uso común:

“La utilización de las mismas raíces o partículas en determinadas marcas hace que se conviertan en denominaciones de uso común, por lo tanto no pueden ser apropiadas con carácter de exclusividad, pero los morfemas que se le agreguen deben componer una nueva expresión gramatical que lo haga distinto.”

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

“El uso primario de los vocablos en comento no impide que posteriormente puedan ser utilizados en nuevos signos para los mismos productos, por otros interesados, siempre y cuando la nueva composición gramatical tenga o lleve su propia distintividad que lo diferencie de los anteriormente registrados, evitándose, una similitud gráfica, conceptual o ideológica.”

“En efecto si alguno de los elementos que integran el signo es de carácter genérico, de uso común, o se ha tornado banal por el crecido número de registros marcarlos que lo contienen, o si evoca una cualidad del producto o servicio, deviniendo la marca en débil frente a otras que también incluyan uno de tales elementos o cualidades que, por su naturaleza, no admiten apropiación exclusiva, el titular de este tipo de marcas no puede impedir su inclusión en signos de terceros, ni puede fundamentar en ese único hecho el riesgo de confusión entre los signos en disputa.”

“La Sala reitera que el registro confirió a su titular derecho al uso exclusivo de la combinación del adjetivo SENSITIVA con las expresiones BY RADIANT. Ello en modo alguno significa que tenga un derecho de uso exclusivo sobre las expresiones SENSITIVA, BY o RADIANT individualmente consideradas. Estas siguen siendo de común utilización, lo que significa que la marca «SENSITIVA BY RADIANT» debe soportar el registro de otras que se formen con ellos, siempre y cuando, desde luego, la combinación resultante no sea semejante.”

Jurisprudencia o Doctrina de autoridad relevante citada por la entidad:

Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente: 5393, Actora: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente: 2002-00343, Actora: SMITHKLINE BEECHAM CORPORATION, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade

Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 11001-03-24-000-2000-06679-01, Actor: GROINDUSTRIA UVE S.A. - UVE S.A., Consejero Ponente: Dr. MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

Datos de identificación

Entidad: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera.

Referencia: Rad.11001 0324 000 2001 00283 01

Fecha del Documento: 29 de enero de 2009

Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Decisión: Niega las pretensiones del demandante.

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

Temas o asuntos tratados:

- 1.0. Propiedad Industrial – Marcas: cancelación de registro de una marca por no uso. Carga de la prueba del uso. Pruebas conducentes.
- 2.0. Propiedad Industrial –Marcas –Fines de la marca.
- 3.0. Propiedad Industrial –Marcas – Cancelación del registro de una marca por no uso: Artículos 106 y 110 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena. Artículo 165 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.
- 4.0. Derecho Comunitario – Vigencia de una norma expedida por la Comunidad Andina.

Problemas Jurídicos

1. ¿Puede interpretarse retroactivamente una norma contenida en un acuerdo de la Comunidad Andina?
2. ¿Existe un criterio rígido en el Consejo de Estado frente a la prueba del uso de una marca?

Síntesis del documento

En esta sentencia se resuelve una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones núms. 5483 de 21 de marzo de 2000, y 3920 de 13 de febrero de 2001. Estos actos administrativos niegan la solicitud de cancelación de una marca por no uso del registro.

La sociedad que adelantó la solicitud e interpone la acción del nulidad ante el Consejo de Estado (MULHENS GMBH & CO. KG) argumenta que las resoluciones en mención violan los artículos 106 y 110 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena y 165 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, ya que a su criterio, los documentos allegados por la empresa que se opuso a la solicitud de cancelación no probaban el uso efectivo y real de la marca durante los 3 años consecutivos precedentes la solicitud de cancelación, y por el contrario sí se encontraban demostrados los supuestos para la cancelación del registro previstos en la normativa comunitaria.

A solicitud del Ministerio Público, se pronunció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el sentido de resaltar que la prueba del uso de la marca corresponde a su titular. El Tribunal así mismo afirma que ésta prueba se ajusta al concepto de aprovechamiento y explotación, dado que si de hecho el titular ha usado la marca, debe contar con pruebas relacionadas con este uso.

En consideración a este concepto prejudicial y a las intervenciones tanto de la sociedad demandante, de la Superintendencia de Industria y Comercio, como de la sociedad titular de la marca, el Consejo de Estado concluye que la empresa titular de la marca satisfizo la carga de la prueba que le correspondía frente al uso de la marca, lo que demuestra que se le utilizó para los fines que le eran inherentes, y respecto a las prueba del uso destaca que no existe un único criterio rígido para constatar la existencia de los factores señalados por la normativa en la materia.

Pronunciamientos relevantes

1. Irretroactividad de las normas sustantivas de la Comunidad Andina.

“El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha reiterado que las normas sustantivas siguen rigiendo para los asuntos marcarlos (sic) iniciados bajo su vigencia, debido a que “la norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por tanto, las situaciones jurídicas disciplinadas en ella se encuentran sometidas a la norma vigente al tiempo de su constitución.” (Cursiva fuera de texto).

2. Fines de la marca y prueba de su uso.

“En efecto, tales transacciones reflejan que la titular de la marca en realidad la usó para los fines que le son inherentes, esto es, distinguir un producto que se ‘transa en el mercado, por lo demás dentro de una actividad mercantil amplia, como quiera que como lo señala la entidad demandada, abarca varios departamentos del país (Antioquia, Risaralda, Caldas, Córdoba, Atlántico, entre otros), y muestra que corresponden a actividad continua al menos durante el año inmediatamente anterior a la solicitud de cancelación, como lo prevé el artículo 108, numeral 1, por lo numerosa y frecuente de esas transacciones.” (subrayado fuera de texto)

“Tales circunstancias, a juicio de la Sala, son suficientes para tener como satisfecha la carga que en ese sentido le corresponde a su propietaria frente a la solicitud de la actora para que se cancelara el registro. de la marca DESEO, sin que al punto interese el número de cajas (366) o el monto de todas las facturas (\$7.179.792.00), por cuanto un criterio rígido único sobre esos factores podría ser discriminatoria o ir en contra de los derechos de los ‘pequeños productores y, por contera, contra la libre competencia y la libertad de empresa ‘en el contexto de la función social y de la democratización de la propiedad que consagra la Constitución Política como principios rectores del ejercicio del derecho de propiedad y de toda actividad económica pública y privada, según se prevé en los artículos 58, 60, 61, 64, 332, entre otros, del Estatuto Supremo.

En ese orden, las expresiones “en la cantidad y del modo que normalmente corresponde”, que hacen parte del artículo 110 en mención, deben tomarse contextualmente, y no como un absoluto, puesto que además en sí mismas tienen una alto grado de indeterminación; y es así como a renglón seguido de ellas la norma prevé que los aspectos a que se refieren (cantidad y modo de comercialización) se deben considerar “teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado.”, en lo cual entran en juego también las condiciones económico-empresariales en que se genera el producto o servicio, puesto que la cantidad y el modo que normalmente corresponde a su comercialización difiere entre el gran productor, el mediano y el pequeño productor, en el que cabe contar incluso el artesanal, que igual que los otros tiene derecho a acceder a la titularidad o registro de una marca bajo las condiciones previstas en la normatividad comunitaria andina.”

Datos de identificación

Entidad Emisora: Congreso de la República.

Tipo de Normativa: Ley.

Referencia y Fecha: No. 1273 del 05 de enero de 2009.

Tema: POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, SE CREA UN NUEVO BIEN JURIDICO TUTELADO - DENOMINADO "DE LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS"• Y SE PRESERVAN INTEGRALMENTE LOS SISTEMAS QUE UTILICEN LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, ENTRE OTRAS DISPOSICIONES.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0. Derecho de la información.
- 2.0. Derecho a la privacidad.

Síntesis del documento

Con esta nueva Ley, entra en vigencia uno de los postulados normativos que el país estaba necesitando desde hacía algún tiempo, pues la proliferación de delitos que utilizaban las redes de información como medio optimo para defraudar la Ley penal, era cada vez más notables en las grandes ciudades del país.

En el primer capítulo de la presente Ley, se preservan las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre algunos otros artículos; en el segundo capítulo se introduce una modificación al Código de Procedimiento Penal, para determinar la competencia de los jueces que conocen de los delitos en cuestión, siendo estos últimos, los jueces municipales.

Son 10 los artículos que la mencionada ley ha introducido dentro del Código penal. Para que se tenga una idea acerca del contenido de las mismas, se traen a colación los títulos de las más importantes: ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO, INTERCEPTACIÓN DE DATOS INFORMÁTICOS, DAÑO INFORMÁTICO, VIOLACIÓN DE DATOS PERSONALES, HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES.

Lo que es necesario evidenciar es que la nueva Ley trae a colación palabras que no son de uso popular dentro del argot jurídico sino que son propias del campo de la informática o los tipos penales se basan en situaciones que no cubren todas las posibilidades que se presentan en la práctica, y por lo tanto pueden generar inconvenientes para la aplicación de los tipos. Es por ejemplo el caso del artículo 269 I, artículo 269 I, hurto por medios informáticos y semejantes, pues como se lee en el primer inciso del artículo, hace referencia a aquel que "superando medidas de seguridad informáticas, realice la conducta señalada en el artículo 239 (...)", pero al respecto, hay que anotar

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

que en el mundo de las redes digitales, existen eventos en los cuales, el servidor que está soportando la información almacenada de la página web, tenga un mal funcionamiento; por tanto, el manipulador informático puede valerse del argumento que en ningún momento supero medidas de seguridad, porque para ese momento de mal funcionamiento de la página web, no existía dicha medida.

Otro de los puntos que puedan llegar a tener una gran injerencia en los asuntos internos de las empresas es el relacionado con el artículo de violación de datos personales, pues su redacción implica la imposibilidad del intercambio de bases de datos entre las empresas si no hay autorización para el efecto del titular. Lo anterior denota la necesidad del legislador de imponer medidas que aseguren el derecho a la intimidad de las personas pero puede afectar el desarrollo empresarial al implicar medidas que no se pueden cumplir en la práctica.

Datos de identificación

Entidad: Congreso de la República.

Estado del proyecto de ley: Aprobado para segundo debate y texto definitivo al Proyecto de Ley.

Referencia, Fecha y Lugar de Publicación: No. 013 del 30 de Enero de 2009, Gaceta del Congreso.

Congresistas ponentes del Proyecto: Dr. Simón Gaviria Muñoz y David Luna Sánchez.

Tema del proyecto "Por la cual se regulan los principios y normas de Contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptada en Colombia, se señalan las autoridades competentes en el procedimiento para su expedición, y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento".

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

- 1.0 Derecho Tributario: Reforma a la captación de impuestos por parte del Estado.
- 2.0. Derecho de la Competencia: Integración de mercados en materia contable.
- 3.0. Derecho de Sociedades: Reorganización Contable.

Síntesis del documento

"Con el fin de mejorar la productividad, la competitividad y el desarrollo económico de la actividad empresarial de quienes operan en el país, es necesario que el Estado establezca normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información, que conformen un sistema único y homogéneo de alta calidad, comprensible y de forzosa observancia, por cuya virtud de los informes contables y, en particular, los estados financieros brinden información comprensible, transparente, comparable, pertinente, confiable y útil para la toma de decisiones económicas por parte del Estado, los propietarios, funcionarios y empleados de las empresas, los inversionistas actuales o potenciales

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

, los propietarios, funcionarios y empleados de las empresas, los inversionistas actuales o potenciales y otras partes interesadas”.

“Contar con normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de la información de alta calidad contribuye al crecimiento del sector privado mediante: el fortalecimiento de la arquitectura financiera y disminuyendo el riesgo de crisis en este sector, así como los efectos negativos asociados a estas; contribuye a la inversión extranjera directa y de portafolio; ayuda a movilizar el ahorro nacional; facilita el acceso al crédito a las empresas pequeñas y a las microempresas, al reducir los costos de información y los riesgos crediticios; permite a los inversionistas, nacionales o extranjeros, asesorar sus prospectos de inversión y efectuar sus decisiones de manera informada; y, permite la inserción de las empresas en los mercados financieros y de capitales internacionales. Igualmente una contabilidad e información financiera y el aseguramiento de la información de alta calidad pueden facilitar el desarrollo del sector productivo nacional y, con ello, el resto de la Nación”.

La legislación colombiana, a pesar que no ha sido del todo ajena a organizar una información contable acorde con los estándares internacionales, la regulación ha sido dispersa, ya que por un lado el congreso expide leyes regulatorias y por otro lado, el tema ha venido siendo desarrollado por la DIAN y por las superintendencias. Es por eso que advirtiendo las inconsistencias jurídicas y contables en dicha materia, algunas de las leyes que podrían llegar a ser modificadas son: Ley 145 de 1960, “por la cual se reglamenta la profesión de Contador Público”; la Ley 43 de 1990, “por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, y se reglamenta la profesión de Contador Público y se dicho otras disposiciones” y el Decreto 2649 de 1993, “por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados.”

Dentro del presente Proyecto de Ley, lo que se busca es tener un marco contable seguro que pueda llegar a ser comprendido por los inversionistas extranjeros y que verdaderamente dicha información refleje de manera fehaciente la situación financiera de la empresa para que con base en ello, sean tomadas las decisiones pertinentes al momento de una actual inversión, negociación, intervención o cualquier otro calificativo que se desenvuelva en el actual contexto. Del mismo modo otro de los objetivos, es el unificar los tributos relacionados con dichas operaciones, pues de aprobarse el mencionado Proyecto de Ley, se cambiaría de manera notable el régimen de tributación de las empresas hacia el Estado.

Actualmente más de una docena de países a nivel mundial (entre ellos: Brasil, Uruguay, Chile, Argentina, Venezuela, Noruega, Rusia, Singapur, Taiwán, Cuba y china) han adoptado las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), pues como ya se ha hecho alusión, el tener un sistema globalizado de información contable y por ende, financiera, es aconsejable para el desarrollo de una economía emergente como la que ostenta actualmente la República de Colombia.

Resulta importante el destacar, que tanto en la primera como en la segunda ponencia para el actual Proyecto de Ley, el Honorable Representante a la Cámara Wilson Borja, ha reiterado su negativa a que el Proyecto de Ley comentado, se convierta en ley de la República.

Por último, el día 30 de Enero de 2009, se dio la aprobación para que se diera segundo debate al proyecto de Ley arriba relacionado.

Datos de identificación

Entidad Emisora: Congreso de la República.

Tipo de Normativa: Ley.

Referencia y Fecha: No. 1282 del 05 de enero de 2009.

Tema: Por medio de la cual se aprueba el “CONVENIO SOBRE LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN MATERIA CIVIL O COMERCIAL”, hecho en la haya el 18 de marzo de 1910.”

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0 Derecho probatorio en el ámbito comercial.

Síntesis del documento

La presente Ley, trata acerca de los diversos procedimientos que se requieren para obtener pruebas en el extranjero en materia civil y comercial. Está dividida en 3 capítulos que regulan aspectos diversos como: el procedimiento de las Cartas Rogatorias, las personas que han sido habilitadas para llevar a cabo dicho fin, las salvedades que se deben tener en cuenta en el momento de ratificación, depósito de instrumentos o aceptación del tratado, las costas que se hayan de tener en cuenta para la obtención de la prueba y algunas disposiciones que hacen alusión a los impedimentos que puedan resultar de dicha práctica.

Así, en un primer momento, han sido designados de manera específica, los Funcionarios Consulares, los Diplomáticos y en algunos casos los Comisarios habilitados para llevar a cabo lo relacionado con la obtención de la prueba, mediando la Carta Rogatoria. Lo anterior puede ser constatado en los artículos 15, 16, 17, 18, 21 principalmente, del Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial.

Por otro lado, las costas que sean necesarias para llevar a cabo la obtención de la prueba en el Estado requerido, tendrán que ser sufragadas por el Estado requirente, pues como es de común conocimiento, es posible que se tengan que sufragar gastos de peritaje, abogados o funcionarios de cualquier índole que tengan que ver de manera o indirecta con la obtención de la prueba solicitada.

También será necesario que en el evento en que el Estado requirente tenga una lengua oficial diferente al del Estado requerido, la Carta Rogatoria que contenga la petición, deberá ser enviada en la lengua oficial del Estado requerido, o en su defecto con un documento anexo que así lo certifique.

Para hacer un desglose sustancial de la presente ley, es necesario explicar dos importantes términos que se exponen a continuación:

1.0 Las cartas rogatorias: Pueden llegar a ser “entendidas estas como un medio de comunicación procesal entre autoridades que se encuentran en distintos países, y que sirve para practicar diversas diligencias en otro lugar en el que el juez del conocimiento no tiene jurisdicción. Dichas diligencias van encaminadas a la solicitud que formula un juez a otro de igual jerarquía, a fin de que se practique ante el segundo el desahogo de una notificación de documentos o citación de personas, obtención de

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

pruebas (...) (Tomado de la Secretaria de relaciones exteriores de México).

2.0 Los “pretrial discovery of documents”: aunque estos no son propiamente una forma alternativa de solución de conflictos, pueden ser calificados, sin temor a duda, como el paso previo a la solución de la controversia a que haya dado lugar los hechos del litigio, pues la traducción literal al español de este procedimiento, es la “presentación documental antes del juicio”.

Este procedimiento, que es eminentemente de aplicación anglosajona, ha sido fuertemente criticado tanto por la doctrina Inglesa y Norteamericana (y aun la foránea) como un medio de presión por parte de la persona o personas que cuenten con una mayor carga probatoria dentro del contexto litigioso, pues básicamente este proceso es la exigibilidad de entrega anticipada de pruebas para que sea examinadas y estudiadas por los apoderados de la contraparte para que se allane, desista de la demanda, o acuda a una solución de controversias por fuera de los estrados judiciales dada la fuerza probatoria de dichos documentos que han sido exhibidos.

Al respecto, y en el presente contexto de análisis de la Convención arriba mencionada, es necesario recalcar que las críticas que se han vislumbrado por la pérdida de la Soberanía del Estado requerido, no se han hecho esperar, pues se ha dicho que es potestativo y hace parte de la reserva de las partes, el tener estas pruebas solo antes los Estrados del país requerido, y que a todas luces, la petición de dichas pruebas por parte de un país ajeno al litigio, pone en tela de juicio la idoneidad y finalidad de dichas pruebas para terminar un litigio de manera fácil y expedita.

Para terminar este desglose, es necesario advertir que todos los países contratantes de la Convención antes analizada, han hecho la respectiva reserva a este artículo (Artículo 23 Capítulo III) de Cartas Rogatorias que soliciten pruebas relacionadas con los “pretrial discovery of documents”, a excepción de EE.UU, la antigua Checoslovaquia, Israel y Barbados.

Datos de identificación

Entidad: Congreso de la República

Estado del proyecto de ley: Aprobado en Sesión Plenaria del Senado.

Referencia, Fecha y Lugar de Publicación: No. 953 del 19 de diciembre de 2008, Gaceta del Congreso.

Congresistas ponentes del proyecto: Doctores Manuel Ramiro Velásquez Arroyave, Jairo Clopatofsky Ghisays, Carlos Emiro Barriga Peñaranda, Juan Manuel Galán Pachon, y otros.

Campos del Derecho Comercial y Temas o asuntos tratados

1.0 Propiedad Industrial – Marcas: Aprobación del Tratado de Derecho de Marcas y su Reglamento.



Síntesis del documento

Transcribimos algunos apartes de la ponencia para primer debate.

“En el actual contexto económico, muchas empresas están orientando cada vez más sus operaciones a los mercados de exportación, este entorno exige que las empresas busquen herramientas para diferenciar sus productos y atraer a los consumidores [...] Es indudable que en la economía actual la marca sirve como instrumento destacado de protección de la calidad y de la innovación, función que merece protección”.

“El tratado es un instrumento de armonización, no de registro. Su objetivo es buscar puntos comunes entre los Estados Contratantes, estableciendo parámetros o bases para el registro de marcas ante las oficinas nacionales correspondientes. Tiene el propósito de simplificar y armonizar los requisitos formales para el registro de marcas ante las administraciones nacionales competentes. De conformidad con este objetivo, el TLT contiene disposiciones relacionadas con los requisitos que pueden exigir las oficinas de marcas nacionales, dividiendo el proceso en las tres partes principales: la solicitud, cambios y correcciones del registro y el trámite de renovación.

“No obstante lo anterior, es importante aclarar que el TLT no establece procedimientos totalmente uniformes para los Países Miembros, pues se mantiene la libertad de exigir menor cantidad de requisitos o requisitos más sencillos que los previstos en el Tratado”.

Según los Congresistas Ponentes, el proyecto resulta constitucional dado que “...constituye el ejercicio de las competencias constitucionales contenidas en los Artículos 150 numeral 16 y 189 numeral 2 de la Carta, en virtud de los cuales el Estado debe promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, así como la integración, social y política con las demás naciones. La regulación contenida en este instrumento corresponde a una materia que se enmarca dentro de la necesidad de la promoción de las relaciones económicas y sociales, y a la integración con las demás naciones, atendiendo los criterios de reciprocidad y conveniencia nacional...”

INCIDENCIA DE ALGUNOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO MERCANTIL

Por José Ignacio Narváez García

A. PROPÓSITO

Múltiples disciplinas que en el pasado integraban el área mercantil han consolidado su autonomía en tres dimensiones: la **normativa** plasmada en regulaciones especiales; la **dogmática** o técnico-científica que se manifiesta en contenidos y finalidades peculiares, métodos acordes con el dinamismo de los incontenibles progresos tecnológicos y del desarrollo económico; y la **didáctica** como asignaturas obligatorias en cursos de pregrado, posgrado, maestrías y doctorados. Así lo han determinado la complejidad y la extensión de variadas actividades empresariales propias del derecho financiero, del de transporte, del societario, del bursátil, del concursal, del de seguros y de otros sistemas normativos, todos los cuales integran el Derecho Económico, o convergen directa y transversalmente a la concepción multifacética llamada Derecho de la Empresa, cuyas aristas descollantes se destacan en diversos preceptos constitucionales.

Esa fragmentación de ostensibles criterios finalistas dificulta dilucidar con la amplitud deseable el tema intitulado al comienzo. Pero como la Constitución Política incide en todas las ramas, parcelas o sectores del ordenamiento y ninguna órbita jurídica está fuera de su irradiación vinculante, basta compartir las reflexiones que suscitan postulados inherentes al Estado social de derecho, la Constitución como norma suprema y la preeminencia e influjo de los derechos fundamentales en las relaciones contractuales de orden privado.

B. ANTECEDENTES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En la evolución del comportamiento del Estado frente al individuo o a la sociedad se han conocido distintos ciclos, como estos: 1) El del poder soberano que se confundía con la figura del rey, característico en las monarquías absolutas y concretado en la expresión de Luis XIV "el Estado soy yo"; 2) El del Estado gendarme cuyo lema fue "dejad hacer, dejad pasar" (*laissez faire, laissez passer*); 3) el del Estado intervencionista que en la primera mitad del siglo XX instauraron la Unión Soviética, Italia y Alemania; 4) en la Unión Americana la política del New Deal del presidente Roosevelt propició el llamado Estado Bienestar (*welfare state*); 5) el Estado Social de derecho. Claro que en los últimos lustros se han ideado nuevas concepciones políticas con el anhelo de sus propugnadores de incorporarlas al Estado de Derecho. Ejemplos: el Neoliberalismo fue la política que entronizó el Presidente Ronald Reagan con abandono del Estado de su papel rector en la economía; la desregulación de las actividades del sector privado; el acrecentamiento patrimonial de los más acaudalados y la profundización de las diferencias sociales, pues las clases menos pudientes quedaron al margen del desarrollo. Ese sistema comprobó que el fundamentalismo del mercado aumenta las desigualdades porque incrementa la concentración económica y deteriora la distribución del ingreso. En los últimos años se ha abogado por la social democracia, y en Venezuela por el socialismo del siglo XXI.

En 1848 fue esbozada en Alemania la idea de superar la incapacidad del Estado liberal en la solución

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

de los problemas sociales. Pero sólo a mediados del siglo XX se profundizó en esa fórmula jurídico-política, en reacción contra el férreo intervencionismo estatal de regímenes totalitarios como el fascismo, el nazismo y el comunismo. Y la República Federal Alemana institucionalizó el Estado Social de Derecho en la Ley Fundamental de Bohn de 1949.

La Carta constitucional española de 1978 en su artículo 1º dispuso: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

El artículo 1º de la Constitución Política de 1991 proclama que Colombia es un Estado Social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general. En el siguiente artículo se enuncian sus fines esenciales, de los cuales se destacan el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como el de asegurar los deberes sociales del Estado y de los particulares. Y en otros preceptos se corrobora que es un sistema objetivo de valores cuya característica más relevante es la veneración a la dignidad de la persona humana en todas sus dimensiones. Otro de sus pilares consiste en el reconocimiento de las desigualdades de hecho entre los individuos del agregado humano y el interés público de reducir las para que todos disfruten una vida material y espiritualmente digna. Es deber del Estado promover las condiciones para que la igualdad sea formal y material así como real y efectiva. Y la salvaguardia de la dignidad de la persona humana conlleva el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 16) e implica que en las relaciones entre sujetos privados rige el principio de igualdad (art. 13) con la correspondiente protección a la parte que se encuentre en situación de debilidad manifiesta.

C. LA CONSTITUCIÓN ES NORMA SUPREMA

La doctrina solía distinguir en las Constituciones políticas dos partes: la dogmática comprensiva de la declaración de principios, postulados y derechos fundamentales, destinados a encauzar las decisiones de las ramas del poder público y orientar al legislador para regular o precisar sus conexiones con las realidades socioeconómicas; y la orgánica que es la preceptiva acerca de la organización institucional y territorial del Estado, las funciones de cada uno de sus órganos y de las entidades administrativas de control. Como sus textos no hacían referencia explícita a relaciones o negocios de carácter privado, se generalizó la creencia de que sus preceptos concernían primordialmente a la estructura y el funcionamiento de las instituciones estatales. Además, se consideraban programáticas porque los derechos fundamentales enunciados no significaban conquistas logradas sino objetivos para que el legislador delimitara su concreción cuando fuera procedente. En el nuevo constitucionalismo la expresión derechos constitucionales comprende los sociales, los económicos, los culturales y los fundamentales, todos con dos dimensiones: la negativa o de defensa contra acciones del Estado, y la positiva que implica exigencia de prestaciones que garantiza la Constitución.

Es evidente que antes predominaba el principio de legalidad y ahora el principio de constitucional-

1. FAVOREU, Louis, Legalidad y constitucionalidad-la constitucionalización del derecho -, Bogotá, 2000,. Exter nado de Colombia, trad. de Magdalena Correa

2. Derecho Constitucional General, Biblioteca Jurídica Diké, 2ª edición, Medellín, 1994, p. 45.

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

dad. Al respecto, cabe recordar que la Constitución francesa de 1958 además de crear el Consejo Constitucional, en el Preámbulo reiteró la adhesión del pueblo francés “a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional, tal como ellos han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmados y completados por el Preámbulo de la Constitución de 1946”, en el cual se incorporaron los derechos económicos y sociales. Estos textos y la Carta del Medio Ambiente de 2004 integran el denominado por la doctrina bloque de constitucionalidad.

El Consejo Constitucional ha ejercido la potestad de controlar la conformidad de las leyes a la Constitución y en decisión del 16 de julio de 1971 otorgó fuerza normativa a la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano proclamada por la Revolución de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a principios fundamentales reconocidos por leyes de la República. La secuencia lógica ha sido la constitucionalización de los diversos ámbitos del Derecho. Louis Favoreu - llamado el maestro de Aix en Provence - explicó que en la segunda mitad del siglo XX se realizó en Europa una transformación del orden jurídico, particularmente en Francia, alrededor de un nuevo eje - la constitucionalidad - y el abandono del antiguo eje - la legalidad - pues ésta es un factor integrante de aquélla. Además, expresó que la Constitución es “fuente de fuentes”, vehículo por excelencia de los valores fundamentales, y la que distribuye las competencias normativas. Estas se ejercen bajo la vigilancia del juez constitucional. Por consiguiente, el legislador no puede extender su propia competencia en detrimento del poder constituyente ni restringirla en beneficio de la potestad reglamentaria. La Constitución incide en todas las ramas, parcelas o sectores del ordenamiento jurídico y ninguna de sus órbitas está excluida porque como asevera el maestro Luis Carlos Sábica es “un todo cerrado que no admite nada por fuera de la Constitución ni contra la Constitución”. Esta expande su poder hacia el Estado y el conglomerado social en todos los contextos del sinnúmero de relaciones y situaciones jurídicas. Desde luego, la validez, interpretación y aplicación de mandatos legales o pautas específicas de inferior jerarquía, dependen de su conformidad con la Constitución, y en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra regla jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales (art. 4º). Tal obligatoriedad genera estas secuelas: 1ª) Los derechos fundamentales imperan en las diferentes áreas del sistema jurídico y fortalecen sus contenidos; 2ª) la eficacia de tales derechos es señalada en la Constitución y no está deferida a ley o regulación alguna; 3ª) el control abstracto de constitucionalidad compete a la Corte Constitucional y la protección de cada derecho fundamental se obtiene mediante las acciones de tutela, o de las populares en defensa de intereses colectivos; 4ª) si en un proceso los jueces ordinarios lesionan derechos de cualquiera de las partes, sus actuaciones son arbitrarias y se incurre en vías de hecho.

D. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EFICACIA

Los derechos fundamentales no sólo amparan al individuo frente al Estado sino que en las relaciones entre particulares pueden ostentar pleno vigor. Al respecto la Corte Constitucional ha reiterado que los derechos inalienables de la persona humana, no son únicamente deberes del Estado sino que vinculan también a los particulares. La preceptiva sobre este tópico es convincente: El artículo 85 indica cuáles son de aplicación inmediata, vale decir, directa e incondicional, pues para su exigibilidad no requieren regulación o intervención del legislador; el 86 consagró la acción de tutela para que toda persona reclame ante los jueces, “la protección inmediata de sus derechos constitucionales funda-

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

mentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Tal acción procede contra particulares que presten un servicio público “o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. Y el artículo 95 dispone que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades; que son deberes de toda persona – entre otros - cumplir la Constitución y las leyes, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; obrar conforme al principio de solidaridad social; defender y difundir los derechos humanos y proteger los recursos culturales y naturales del país así como velar por la conservación de un ambiente sano.

A mediados de la pasada centuria se adoptó la práctica de no deferir al legislador la delimitación y protección en abstracto o en situaciones concretas de los derechos constitucionales sino que su eficacia se confía a tribunales especializados. Y los distintos órganos y entidades estatales deben protegerlos, dentro de sus propias competencias. Así ha ocurrido en Colombia a partir de la vigencia de la Constitución de 1991. Además, la acción de tutela se ha esgrimido contra providencias judiciales proferidas inclusive por las Cortes cimeras de las jurisdicciones ordinarias. Y la Corte Constitucional ha explicado en varios fallos que la eficacia de los derechos fundamentales está asegurada porque la Constitución concede de modo prioritario al juez, y no a la administración o al legislador.

E. INFLUJO EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES PRIVADAS

Devotos del nuevo constitucionalismo aluden a la fuerza normativa de los derechos constitucionales en su eficacia vertical cuando se aplican a las relaciones del Estado con los individuos; y a su eficacia horizontal cuando tienen aplicación en las relaciones entre particulares o frente a terceros. Y afirman que el ordenamiento jurídico ha morigerado la tajante separación del derecho público y el privado; que cada día pierde relevancia la división y subdivisión en segmentos del Derecho por virtud de la unificación del orden jurídico y su simplificación. Además, los principios generales no se desarrollan de manera autónoma en cada sector sino bajo la influencia de las normas constitucionales.

El Estado liberal clásico delineó en las Constituciones los perfiles de sus relaciones con los individuos; pero las de éstos entre sí fueron condensadas en los Códigos civil y de comercio promulgados por Napoleón en los albores del siglo XIX. Esa desconexión se siguió en Colombia; pero preceptos, valores y directrices de la Constitución Política de 1991 modificaron explícita o tácitamente reglas de la normatividad contenida en esos ordenamientos, como se recalca en las siguientes acotaciones:

Primera. - El estatuto comercial del emperador francés permitió a toda persona el acceso al ejercicio de la actividad mercantil, pues ésta dejó de ser exclusiva de un gremio. La Constitución de 1991 otorgó preeminencia a la empresa y la erigió en base del desarrollo con “una función social que implica obligaciones”. Acogió así el binomio empresario y empresa que predomina en legislaciones de diversos Estados desde mediados del siglo XX y que reemplazó el anacrónico de comerciante y asunto o acto de comercio.

Segunda. - El ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada se respalda y defiende en el postulado constitucional de la libertad de emprender (art. 333). Por consiguiente, aparece gober-

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

nado por la norma suprema dentro de esta demarcación: Siempre prevalece el interés general (art. 2°); la dirección general de la economía corresponde al Estado (art. 334); las actividades financiera, bursátil, aseguradora así como la captación, manejo, inversión y utilización del ahorro privado son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización estatal (art. 335); es prohibido crear monopolios de hecho, y los ajustados a derecho sólo es posible establecerlos “como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”(art. 336).

Tercera. - Conforme al artículo 333 de la Constitución “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”; “la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”; al empresario le está vedado obstruir o restringir la libertad económica o incurrir en cualquier abuso “de su posición dominante en el mercado nacional” y el legislador debe delimitar el alcance de tal libertad “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

La ley 256 de 1996 tipificó las conductas que significan competencia desleal y previó las sanciones imponibles a quienes incurran en ellas y los mecanismos procesales idóneos para conseguir la correspondiente protección. El artículo 78 de la Constitución ordenó al legislador regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos o prestados a la comunidad y las responsabilidades civiles y penales de quienes en la producción o comercialización de unos u otros atenten contra la salud, la seguridad o el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Además, cuando el Estado interviene en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes o en los servicios públicos y privados para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334), es lógico que imponga pautas imperativas para impedir la evasión de responsabilidades por incumplir obligaciones contractuales así como cláusulas abusivas por parte de empresarios en posición de superioridad en el mercado. De manera que la libertad de empresa o de emprender está sometida a restricciones y controles que se proyectan en las relaciones contractuales entre particulares.

Desde otro ángulo, la función social de la empresa se manifiesta en salvaguardar los principios y valores consagrados en la Carta, como son el respeto de la dignidad de la persona humana; las condiciones decorosas y justas del trabajo; la defensa del consumidor; la búsqueda de lucro en leal y libre competencia con los competidores; la preservación del medio ambiente sano, y la abstención de todo proceder abusivo o arbitrario.

Por consiguiente, en ejercicio de la libertad de la iniciativa privada, la autonomía de la voluntad está subordinada a las restricciones antes mencionadas y al acatamiento de las limitaciones tradicionales de la moral, las buenas costumbres y el orden público exigidas desde hace dos siglos. Además, la doctrina insiste en la indagación y salvaguarda de la justicia contractual, tarea que implica desentrañar la intención real de los contratantes; los términos en que ésta fue expresada y la ejecución práctica de las prestaciones a cargo de cada uno de ellos; la validez de las estipulaciones acordadas, la forma de concertación del vínculo, la equivalencia de las prestaciones; la dimensión social del respectivo contrato y las secuelas jurídicas que de éste emergen; la buena fe no sólo como regla de conducta de los contratantes sino también como pauta de interpretación para determinar sus correspondientes prestaciones y prerrogativas; la predisposición de las cláusulas del contrato, su claridad o

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

ambigüedad, y la debilidad en que pueda encontrarse una de las partes. Y ante constantes abusos de empresarios prepotentes en sus tratos y relaciones contractuales, es procedente la protección de la parte que afronte un estado de debilidad, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución

Cuarta. - El principio de la autonomía de la voluntad privada plasmado en el artículo 1602 del Código Civil y la primacía de las obligaciones contractuales no tienen carácter absoluto. La Constitución Política no sólo adicionó las limitaciones de esa autonomía, sino que instituyó la protección de los derechos fundamentales y la prevalencia del interés colectivo o social frente a los de las partes contratantes. Al respecto, la Corte Constitucional, además de sostener la relatividad del pacto entre particulares en el cual siempre preponderan los derechos fundamentales, en sentencia T- 222 de marzo 8 de 2004 reiteró que “el principio de igualdad (C. P. art. 13) supone la garantía para que las personas puedan, por igual, desarrollar sus proyectos de vida. Tales proyectos parten de la realidad de las condiciones sociales, algunas de las cuales son objeto de regulación jurídica. Este punto se define principalmente en el nivel constitucional y en los tratados de derechos humanos”. Y agregó: “...Una concepción exclusivamente liberal de la capacidad contractual supone la presunción de que las partes se encuentran en una situación de igualdad negocial. Así, la autonomía contractual se ampara en una consideración de igualdad formal de las partes en los negocios privados. Esta postura resulta discutible en términos constitucionales, pues la Carta demanda reconocer la existencia de algunas situaciones de desigualdad en las condiciones de negociación, situaciones que han de ser consideradas debidamente por el sistema jurídico a fin de garantizar que la igualdad sea real y efectiva”.

El reconocimiento de los derechos fundamentales implica limitaciones a la autonomía de la voluntad porque rigen también en relaciones contractuales entre particulares. Esta arista se ha denominado eficacia horizontal o frente a terceros, tema dilucidado y aceptado por la Corte Constitucional. Y a menudo se invoca la doctrina alemana que patrocina la restricción de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales a fin de que exista no sólo una libertad formal, y tomar en consideración las desigualdades de carácter técnico, económico o puramente circunstancial que se presenten entre los contratantes.

Quinta. - El bloque de constitucionalidad tiene singular fuerza normativa. Los tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario integran un sistema mundial de protección de los derechos fundamentales. No son fuente supletoria sino principal del derecho interno. Acerca de este tópico el constitucionalista Manuel José Cepeda ha escrito que “los tratados internacionales, en forma preponderante los de derechos humanos y derecho internacional humanitario, han adquirido una relevancia creciente en el control constitucional. Esto implica que los jueces constitucionales forman parte de un sistema internacional de amparo de los derechos fundamentales y que los tratados internacionales en la materia, no son solo fuente auxiliar o supletoria, sino fuente principal y, en determinadas condiciones, prevalente en el orden interno. En ese sentido el concepto de bloque de constitucionalidad tiene en algunos países, como en Colombia, un alcance y una fuerza especial”.

Sexta. – El principio de la autonomía de la voluntad fue consagrado por el Estado liberal clásico en el Código civil de Napoleón en consonancia con la eliminación de los privilegios de la nobleza así como

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

de las prácticas injustas de los señores feudales en los pactos con sus vasallos. Pero la evolución política, económica y social de la humanidad ha modificado innúmeras directrices plasmadas en los códigos civil y de comercio decimonónicos. Ejemplos: 1) Las estipulaciones de los contratos se someten al denominado canon hermenéutico del equilibrio prestacional y de la justicia contractual para verificar si predomina el interés general y si se utiliza o no como mecanismo para sojuzgar al co-contratante; 2) la vaga noción de orden público ha sido vigorizada con un contenido dinámico y hoy se invoca es el orden público económico, que implica obligaciones específicas de los ciudadanos y prerrogativas para el Estado, en su doble dimensión de orden público de dirección y orden público de protección; 3) el escrutinio de cláusulas abusivas o vejatorias, pues determinan siempre ruptura en el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes; 4) la buena fe ha de presidir y guiar toda relación contractual; 5) los deberes de colaboración entre las partes que se vinculan; 6) la protección del contratante débil; 7) la interpretación objetiva del contrato; 8) el acatamiento a las reglas sobre condiciones generales de contratación.

Séptima. - Por condiciones generales de contratación se entienden las relaciones jurídicas en las que una de las partes redacta de antemano las estipulaciones contractuales que regirán en el intercambio de bienes y/o servicios en virtud de la superioridad en la respectiva actividad económica, y que implica, correlativamente para la otra parte quedar en posición de inferioridad porque debe aceptarlas sin discusión.

Ciertamente las condiciones generales ubican a los destinatarios de las mismas en la disyuntiva de contratar o no hacerlo; y si las acepta, ocupa ab initio y de facto una posición de contratante débil, puesto que casi siempre sólo puede optar por someterse a las condiciones predispuestas, rompiéndose así el paradigma de la igualdad contractual. Esto significa que desde la fase de formación del contrato es ostensible la subordinación de una de las partes, denominada por la doctrina asimetría genética. Pero en estas relaciones asimétricas el principio de la autonomía de la voluntad no puede obstaculizar la búsqueda de la justa equivalencia genética y funcional de las obligaciones y prestaciones. Así mismo cuando el contratante fuerte, amparado en que el contrato es una ley para las partes, no puede variar a su talante los supuestos fácticos y económicos que se tuvieron en cuenta al momento de celebrarlo, so pena de causar enorme perjuicio al contratante débil.

En procura de alcanzar sus objetivos, los empresarios celebran contratos que tienden a asegurar la realización de planes, programas y estrategias en los procesos de producción, distribución, comercialización de bienes o servicios que ofrecen al mercado. Tales relaciones jurídicas deben reportar un beneficio recíproco, dentro de un marco equitativo para sus intervinientes, propósito que implica preservar la mutua confianza sustentada por la buena fe.

El artículo 83 de la Constitución ordena que las actuaciones de los particulares deben ceñirse a los postulados de la buena fe. Y la Corte Constitucional, en sentencia C- 544 del 10 de diciembre de 1994 analizó su alcance y concluyó que “el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de un lado es la manera usual de comportarse; y del otro, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”.

Infortunadamente, la experiencia demuestra que en la concertación de esas relaciones el contratante

3 Polémicas Constitucionales, Legis, Bogotá, 2007, p. 423

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

fuerte detenta el poder de negociación respaldado en su fuerza económica, de la cual carece el contratante débil. Este se ve precisado a contratar por necesidad, configurándose una igualdad jurídica simplemente formal y abstracta y al mismo tiempo la desigualdad real y concreta. Esta asimetría en el poder de negociación determina que surjan a la vida jurídica contratos a todas luces injustos.

Las condiciones generales de contratación, que facilitan a los empresarios la celebración de contratos uniformes en serie y la disminución de costos de transacción, fueron legitimadas con atenuantes consistentes en la interpretación contra el estipulante de las cláusulas oscuras o ambiguas, y desde hace varios años, con la posibilidad de invalidarlas cuando implican ventajas desproporcionadas o excesivas. Con frecuencia el predominio de una de las partes se concreta en estipulaciones que afectan la equivalencia de las prestaciones y que en la ejecución o la etapa de extinción se tornan en cláusulas abusivas o vejatorias. La globalización ha estimulado la expansión de las corporaciones transnacionales, cuya prepotencia económica así como la de algunos empresarios individuales o sociales y de otros centros privados con aptitud para desarrollar la producción y la comercialización masiva, les permite utilizar los contratos de adhesión con cláusulas inequitativas que proveedores, distribuidores y consumidores se ven forzados a aceptar. Esta anomalía ha generado la tendencia doctrinal de supeditar las condiciones generales de contratación a riguroso examen del fondo y del contenido.

La Comunidad Económica Europea aprobó el 5 de abril de 1993 la Directiva 93/13/CEE sobre normas protectoras del consumidor ante cláusulas abusivas, créditos al consumo, garantías inherentes a los productos o servicios, etc. Decisiones similares han adoptado diversos países. Desde luego, a diferencia del modelo francés, que se circunscribe a las relaciones de consumo, la idea predominante es la de establecer para las relaciones entre empresarios mecanismos que protejan al contratante en situación vulnerable o de debilidad porque la posición económica, técnica o funcional de una de las partes facilita obtener ventajas en su favor por razón de la posición de inferioridad o dependencia en que coloca a la otra parte; y en la ejecución de pactos de largo plazo imponer condiciones que alteran el equilibrio de las obligaciones pactadas.

Octava. - En cuanto a la interpretación objetiva del contrato, es evidente que la remisión del artículo 822 del Código de Comercio a “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil...” para aplicarlos a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, es sin perjuicio de las directrices consagradas en el estatuto comercial como el que obliga indemnizar los perjuicios que cause quien abuse de sus derechos (art. 830); la prohibición del enriquecimiento sin causa, a expensas de otro (art. 831); la previsión de los reajustes que la equidad indique (art. 868); la obligación de las partes de proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual (art. 863); la observancia de la buena fe en la celebración y ejecución del contrato (art. 871), entre otros, todos los cuales revisten importancia en la labor interpretativa del contrato, porque son bases axiológicas de equidad y justicia que lo dotan de flexibilidad para adaptarlo a realidades sociales impensadas por el legislador en las centurias anteriores. Para corroborar estas apreciaciones, basta destacar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de febrero de 2005, con ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expresó: “...*Tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios – o directrices – que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por*

Boletín N° 1543 Marzo de 2009

vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural”, o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aún la exenta de culpa”.

Novena. - En la búsqueda del equilibrio en las relaciones contractuales que genéticamente resultan asimétricas, es pertinente reafirmar que la autonomía de la voluntad no tiene ni puede adquirir la connotación de supremacía absoluta porque conduciría a aceptar los designios del contratante más fuerte desconociendo los límites que le impone el ordenamiento jurídico. Estos persiguen la justicia contractual, vale decir la equivalencia de obligaciones y contraprestaciones desde los puntos de vista genético y funcional, marco negocial que ampara las expectativas razonables de la parte débil, susceptibles de grave afectación cuando la parte fuerte varía a su talante los parámetros económicos que se tuvieron en cuenta al momento de celebrar el contrato.

Décima. - Cultores del nuevo constitucionalismo aluden a la influencia expansiva de postulados constitucionales a la ley escrita, a la doctrina, a la costumbre, a la jurisprudencia y al Derecho en general. De manera que parece llegado el instante histórico para unificar en un solo estatuto el régimen patrimonial contenido en los Códigos civil y de comercio, eliminando sus desarmonías o incongruencias, y que sea adecuado a los requerimientos de la globalización y de los procesos de integración económica, con acogida de importantes innovaciones de los últimos decenios y amplia apertura a los rumbos jurídicos que surgirán de la actual crisis financiera y de los mercados de valores, denominada por experimentados analistas fin del capitalismo salvaje, concentrador de la propiedad y el ingreso, que impulsó la economía de mercado, cuyas bondades pregonaron Milton Friedman, Margaret Thatcher en el Reino Unido de la Gran Bretaña, el Presidente de Estados Unidos Ronald Reagan y el Consenso de Washington formalizado en 1989.

Si se realiza esa anhelada unificación, es posible armonizar el principio de la autonomía de la voluntad con los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, pues no basta reiterar que el derecho de cada persona termina donde comienzan los de las demás. El nuevo constitucionalismo, en procura del orden social justo, pregona la prevalencia de los derechos fundamentales en la órbita contractual.