

Sandra Eliana Cataño Berrío

La autonomía privada en la transnacionalización de capitales



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

1803

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Colección mejores trabajos de grado

La colección mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.

**Hernán Darío Vergara Mesa
Decano**

Sandra Eliana Cataño Berrío

**LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA
TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALS**



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1803

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES
© Sandra Eliana Cataño Berrio
© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Primera Edición: 2010
ISBN: 978-958-997-013-3

Este libro hace parte de la colección
MEJORES TRABAJOS DE GRADO
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia
Número 4

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre
Diseño, diagramación e impresión: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
Calle 46 No 43-43, PBX: (57-4) 444 44 98
Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Foto carátula:
Globalization,
Guillermo Croppi.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia
Teléfono (57-4) 219 58 54
Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co
Página web: <http://derecho.udea.edu.co>
Ciudad Universitaria
Calle 67 No 53-108, bloque 14
A.A. 1226
Medellín - Colombia

Hecho el depósito que exige la ley.
Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982)

*Dedico este texto con infinito cariño
a mis padres y a mi hermano,
por su amoroso y constante apoyo*

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer muy especialmente a todas las personas y empresas que permitieron el acceso a los contratos comerciales internacionales empleados en esta investigación, y a los profesionales del derecho que amablemente me colaboraron con entrevistas y orientaciones.

A la profesora Luz María Wills Betancur, por su lectura juiciosa y crítica del informe final de investigación, por las valiosas observaciones planteadas.

A la profesora Nora Alba Cossio Acevedo, por su importante asesoría metodológica y los aportes para una adecuada sistematización y análisis de la información recogida.

Al abogado Andrés David Ramírez Jaramillo, por el apoyo en la transcripción de algunas entrevistas.

Y a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, por la formación que me ha brindado en el pregrado y posgrado, y por su decidido compromiso con la publicación de este trabajo.

CONTENIDO

	Pág.
Prólogo	11
Introducción	15
Capítulo I	
Metodología de la investigación	
1. La investigación	21
2. El proceso metodológico	28
2.1. Fuentes de la investigación	29
2.1.1. Las fuentes primarias	29
2.1.2. Las fuentes secundarias	32
2.2. Recolección, sistematización y análisis de la información	33
Capítulo II	
Transnacionalización de capitales y autonomía privada	
1. La transnacionalización de capitales	38
1.1. Acercamiento a la globalización	38
1.2. El proceso de transnacionalización de capitales	45
1.2.1. La globalización económica	45
1.2.2. El sistema de 'economía-mundo' y la transnacionalización de capitales	52
1.2.3. Las transnacionales y la transnacionalización de capitales	55
2. La autonomía privada	60
2.1. Concepciones y manifestaciones de la autonomía privada	60
2.2. Libertad de configuración negocial, en el contexto de la transnacionalización de capitales	65
2.2.1. La contratación estandarizada y la presencia de cláusulas abusivas en la contratación comercial internacional	66
2.2.2. La asimetría contractual en la contratación comercial internacional	72

2.2.3. Usos y prácticas en la contratación comercial internacional. La nueva lex mercatoria	74
2.2.4. El derecho corporativo	79
2.3 Caracterización de algunos contratos comerciales internacionales	81

Capítulo III

Diagnóstico de la libertad de configuración negocial en la transnacionalización de capitales

1. Modelos o estándares de contratación y cláusulas abusivas en la contratación comercial internacional	91
1.1. Modelos o estándares de contratación comercial internacional	92
1.2. Cláusulas abusivas o excesivas	96
2. Asimetría contractual	115
3. Usos y prácticas en la contratación comercial internacional	125
4. Derecho corporativo: alianzas y nueva estructura contractual	133
5. Consideraciones Finales	142

Capítulo IV

Análisis de la libertad de configuración negocial en la transnacionalización de capitales

1. Transformaciones en el ejercicio de la libertad de configuración negocial, en el contexto de la transnacionalización de capitales	150
1.1. ¿Quién(es) determina(n) el contenido de los negocios jurídicos en el contexto de la transnacionalización de capitales?	155
1.2. ¿Qué factores influyen en la determinación del contenido de los negocios jurídicos celebrados en el contexto de la transnacionalización de capitales?	164
Consideraciones finales	175
Bibliografía	179
Anexos	187
Anexo A. Ficha de contratos	187
Anexo B. Cuestionario entrevista semiestructurada	188
Anexo C. Ficha de contenido	190
Anexo D. Matriz de análisis de la información de fuentes primarias	191

PRÓLOGO

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, me ha conferido el encargo de prologar el libro de la profesora Sandra Eliana Cataño Berrío, *La autonomía privada en la transnacionalización de capitales*, tarea que me place cumplir porque la publicación que ahora la Facultad viene haciendo de trabajos meritorios de grado de sus estudiantes, tanto de pregrado, como de posgrado, permite concluir que se avanza no solo en materia de investigación, sino de socialización de sus resultados con la comunidad académica, a todos los niveles, como corresponde a una casa de estudios de Derecho y Ciencias Políticas, seria y comprometida con la formación de sus estudiantes y con la Sociedad. La obra da cuenta de la investigación que como estudiante de la Maestría en Derecho, presentó su autora para optar al título respectivo y el cual tuve la oportunidad de leer cuidadosamente, en calidad de jurado evaluador.

El mérito, la conveniencia y la oportunidad de este trabajo de investigación y por ende de su publicación estriba en el hecho de que a través del análisis de específicas y concretas relaciones contractuales internacionales que hacen posible la inserción de una de las partes –una sociedad colombiana– en la economía globalizada, evidencia las transformaciones que se producen en el concepto esencial del derecho privado, es decir, *la autonomía privada de la voluntad*, especialmente en lo que toca con la más importante de sus manifestaciones, la libertad de configuración negocial, esto es, la facultad que tienen los particulares, como una expresión de su libertad, para establecer las normas que regularán sus propios intereses.

Asimismo, la investigación reconoce el impacto que tiene la realidad económica, caracterizada por la transnacionalización de los capitales, en la determinación de las formas jurídicas que actualmente se utilizan en la contratación privada.

De otro lado, con este trabajo en que la autora hace evidente que la potestad normativa contractual se está desplazando desde los estados nacionales hacia las empresas transnacionales, se reabre la eterna discusión respecto a cuál debe ser el rol del Estado en la economía: eliminar las regulaciones, para permitir que las fuerzas del mercado actúen en completa libertad –*laissez faire, laissez passer*– o incrementarlas –*intervención creciente del estado en la economía*– para corregir las fallas del mercado.

La investigación también nos permite confirmar que las normas jurídicas, en tanto que reglas de juego para el intercambio económico, entre otras de sus funciones teleológicas, deben ser dinámicas y ajustarse a las realidades que pretende regular, so pena de devenir en letra muerta (inaplicables e ineficaces).

La investigación está informada por la percepción de la autora sobre la globalización económica y la transnacionalización de capitales y en buena parte refleja la visión que sobre estas tendencias económicas y sus efectos jurídicos se tiene desde – como lo denomina uno de los autores citados en la investigación– la «*periferia*», esto es, desde los países en vía de desarrollo. No obstante, la exposición y argumentación de la posición teórica propia es objetiva y ponderada, puesto que presenta, sin sesgos, las concepciones divergentes (la visión desde «*el centro*», es decir, desde los países desarrollados) sobre las mencionadas realidades económicas y jurídicas.

En mi criterio la más importante manifestación de la posición propia de la autora es la conclusión fundamental implícita en la investigación: El ejercicio de la autonomía privada de la voluntad en el contexto de la globalización y la transnacionalización de capitales no puede desconocer el principio de primacía del interés general sobre el particular, ni afectar la vigencia de un Estado Social de Derecho.

Otro de los méritos de la investigación es que utiliza fuentes primarias, situación poco común en el ámbito jurídico, donde por regla general la investigación se centra en aspectos conceptuales. La consulta de contratos y las entrevistas realizadas por la autora, pese a las limitaciones existentes para acceder a dichas fuentes, hace posible ubicar en la realidad los conceptos abstractos del derecho y entender la influencia que el contexto económico ejerce sobre el ordenamiento jurídico.

El uso de las mencionadas fuentes permitió –luego de un muy importante trabajo de clasificación, análisis, interpretación y sistematización de la información obtenida– presentar las conclusiones sobre el impacto que la globalización económica tiene en la libertad de configuración negocial, en tanto que manifestación del ejercicio de la autonomía privada de la voluntad.

El estilo de escritura del trabajo, revela pulcritud y corrección, puesto que utiliza una redacción precisa, clara, armónica y sistemática, que permite un adecuado desarrollo de los temas principales en capítulos homogéneos, que aún cuando reflejan cierto grado de independencia, guardan relación y conexión directa entre ellos.

Finalmente, la aproximación que se hace en esta investigación en torno al derecho, hace necesario revisar la metodología de enseñanza-aprendizaje del mismo, puesto que no necesariamente en las Facultades de Derecho del país existe una adecuada correspondencia entre lo que se estudia (teoría) y lo que sucede en la realidad (práctica).

Germán Niño Ortega
Director División Jurídica Bavaria S.A.

INTRODUCCIÓN

La globalización, término frecuente en las últimas décadas, es un fenómeno integrado por una serie de procesos complejos, que han tenido profundas incidencias en diferentes ámbitos del conocimiento y de la vida social en general. Es resultado de la búsqueda de una integración más estrecha entre los diferentes países, a través del aumento de las relaciones internacionales, las cuales han venido en ascenso como consecuencia, entre otras razones, de la reducción de los costos del transporte, y de la eliminación, en gran medida, de las barreras artificiales en el movimiento de bienes, servicios, capitales y conocimientos; y, principalmente, debido al gran desarrollo de las comunicaciones y la revolución informática.

A partir de la década de los setenta, en el ámbito mundial, tras una crisis financiera originada en el sistema de cambio monetario, en el mundo se intensificó el proceso de desregulación de los mercados y de privatización de diferentes sectores de la economía, a través de la liberalización de las tasas de cambio y de interés, que condujo a un fuerte incremento en la movilidad de capitales. Asimismo, en la década de los ochenta se presentó un gran desarrollo de nuevas tecnologías y avances en materia de comunicaciones e información.

En este escenario se origina un proceso económico que conduce al tránsito de la mundialización de la economía a la globalización económica; ya no se trata simplemente de un intercambio comercial de orden mundial, a través de las exportaciones e importaciones, sino de una interconexión a gran escala de los mercados de bienes, servicios, mano de obra, materias primas, capitales y tecnologías, que ha dado lugar a la formación de un poder económico global y total, a través de la concentración del poder financiero en unos conglomerados llamados empresas transnacionales, que operan en el ámbito planetario a través de una estructura compuesta por redes complejas de acuerdos, decisiones y actuaciones, con algunas prácticas comerciales de funcionamiento, como son las

alianzas estratégicas y la conformación de los *holding* o grupos empresariales que, además, están buscando establecer sus propias reglas, formas de resolución de conflictos y cláusulas contractuales, en procura de la mayor y más absoluta libertad en el movimiento de sus activos.

Ante el nuevo panorama, los ordenamientos jurídicos enfrentan una etapa de transformaciones dirigidas a asegurar el adecuado funcionamiento de los sistemas político y social y, ante todo, atender a las exigencias de una economía globalizada. Desde esta perspectiva, el derecho privado no se sustrae a esos nuevos patrones normativos y a las tendencias del sistema de economía mundial, que afectan de manera significativa las prácticas comerciales, el giro de los negocios y las relaciones entre los agentes económicos, generando una constante tensión entre «lo nacional y lo transnacional, entre lo local y lo global» (Faria, 2001: 11)

Frente al contexto que se acaba de plantear, resulta importante cuestionar el postulado máximo del derecho privado, la autonomía privada, entendida como la potestad reconocida y delegada por el legislador a los particulares para que autorregulen sus intereses y relaciones jurídicas. Esta facultad, en el escenario de la contratación comercial internacional, puede resultar interferida por una serie de estipulaciones determinadas en forma unilateral por el agente que goza de una posición dominante, que incluso pueden llegar a ser abusivas; y también por las decisiones de agentes exógenos como gremios, organizaciones estatales, entidades multilaterales, organizaciones transnacionales e instituciones financieras internacionales; o por las dinámicas del sistema económico, donde las relaciones contractuales cada vez pueden obedecer más a las lógicas de los mercados que a la intencionalidad de los sujetos.

Se plantean, entonces, transformaciones en el ejercicio de la autonomía privada para la contratación comercial internacional, que generan cuestionamientos sobre si ocurre un fortalecimiento de la potestad de autorregulación de los particulares y una consolidación de este postulado o, por el contrario, surgen nuevos límites y aun más, un deterioro de dicha autonomía.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, esta investigación propone un análisis de la autonomía privada, específicamente en el aspecto de la libertad de configuración negocial, en el escenario de la globalización económica, a partir de la lectura y análisis de algunas prácticas conexas al proceso de transnacionalización de capitales y de algunas cláusulas contractuales empleadas en los negocios

comerciales internacionales celebrados por algunas empresas colombianas de diversos sectores de la economía nacional.

Se busca, por tanto, responder a los siguientes cuestionamientos:

- ¿Qué transformaciones pueden establecerse en el ejercicio de la libertad de configuración negocial, a partir de algunas cláusulas empleadas en contratos comerciales internacionales celebrados por algunas empresas colombianas de diversos sectores de la economía nacional?, y
- ¿Qué transformaciones pueden establecerse en el ejercicio de la libertad de configuración negocial, a partir de algunas prácticas presentes en las relaciones jurídicas surgidas de contratos comerciales internacionales, que celebraron algunas empresas colombianas, grandes y medianas, de diversos sectores de la economía nacional?

En consonancia con lo anterior, esta investigación tiene como propósito identificar las transformaciones que se presentan en el ejercicio de la autonomía privada, específicamente en el aspecto de la libertad de configuración negocial, en el contexto de la transnacionalización de capitales, a través del análisis de algunas cláusulas y prácticas presentes en la contratación comercial internacional.

Para el logro de este cometido fue necesario, en primer término, establecer las características y manifestaciones del proceso de transnacionalización de capitales; asimismo, determinar la(s) concepción(es) del postulado de la autonomía privada y las manifestaciones que la desarrollan para, finalmente, analizar algunas cláusulas y prácticas contractuales presentes tanto en la contratación comercial internacional de algunas empresas transnacionales que invierten en Colombia, como en las relaciones jurídicas que establecen con empresas colombianas de diversos sectores de la economía nacional.

El desarrollo de esta investigación se fundamentó en la necesidad de establecer si la transnacionalización de capitales ha incidido en el ejercicio del postulado máximo del derecho privado, la autonomía privada; si la discutida prevalencia del interés particular (Faria, 2001: 9) está relacionada con un fortalecimiento de esa potestad de autorregulación privada y, de ser así, para cuáles sujetos de derecho.

Asimismo, se encontró necesario analizar la dinámica de uno de los agentes económicos por excelencia en el ámbito de la globalización económica, las empresas transnacionales, en oposición a las empresas nacionales; en este aspecto juega un papel primordial el establecimiento de las transformaciones que se vienen presentando en el ejercicio de la autonomía privada. Todo esto, sin duda, tiene una gran importancia en la actualidad cuando se habla, con mayor frecuencia, de la necesidad de integraciones regionales, continentales y globales; del valor que tiene la llegada de inversión foránea a los diferentes países, que está representada en la mayoría de ocasiones por compañías transnacionales. Esto plantea una encrucijada para el pensamiento jurídico que empieza a exigir la conformación de instituciones públicas globales que ayuden a establecer las reglas y parámetros comunes.

Por otra parte, resulta fundamental que el derecho haga un análisis de instituciones jurídicas tradicionales, como la autonomía privada, a la luz de las nuevas realidades económicas, que permita avizorar y establecer qué podría suceder, en el orden normativo, frente a un nuevo contexto global.

Con el fin de lograr los objetivos propuestos y responder a los cuestionamientos planteados, se acudió a la consulta de fuentes primarias, como algunos contratos comerciales internacionales celebrados por empresas colombianas de diversos sectores de la economía nacional; a entrevistas realizadas a abogados(as) de algunas empresas nacionales y de filiales de compañías transnacionales, y a otros pertenecientes a firmas especializadas en la asesoría de empresas colombianas para la celebración de este tipo de negocios; a la consulta de alguna normativa relacionada con la contratación comercial internacional; también al estudio de algunos autores que han trabajado sobre transnacionalización de capitales y autonomía privada. Se trata, por tanto, de un trabajo exploratorio que privilegia el análisis de la relación existente entre las dos categorías de investigación, en términos de la influencia que ejerce una de ellas sobre la otra.

El trabajo se compone de cuatro capítulos. El primero está dedicado a la metodología de la investigación; en él se expone la concepción de derecho asumida en este estudio; los enfoques teóricos a partir de los cuales se abordó el análisis de los hallazgos, y el proceso metodológico que se siguió para el desarrollo de esta investigación. En el segundo se realiza un acercamiento conceptual a las categorías y variables de investigación, a partir de la consulta de varios autores y

el establecimiento de las relaciones y divergencias entre estos; también se presenta la posición conceptual propia asumida en el presente trabajo. El tercero está dedicado a la exposición de los hallazgos realizados en los contratos, las entrevistas y la normativa consultada, finalizado con el aporte de algunos elementos para el posterior análisis de la información. Finalmente, en el cuarto y último capítulo se analiza la información obtenida en el estudio de las fuentes primarias y secundarias consultadas, para presentar las transformaciones que se están presentando en el ejercicio de la libertad de configuración negocial, en el actual escenario de la transnacionalización de capitales.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

b

1. LA INVESTIGACIÓN

Cuando se inicia la formulación de un proyecto de investigación jurídica, el primer planteamiento, obligado y necesario, tiene relación con la concepción de derecho que se asume. Comienzan los cuestionamientos, precisamente, sobre la idea que del derecho se tiene, en relación con el problema planteado y con los objetivos de dicha investigación. Es a partir de esas reflexiones que comienza la elaboración de una consideración teórica del derecho que vaya mucho más allá de una concepción formalista del mismo como conjunto de normas que otorgan unas facultades e imponen unos deberes.

En esta investigación se asume, entonces, el derecho como una construcción humana de carácter político, social y cultural, integrada por una sucesión de discursos que requieren el uso de un lenguaje especializado. Una construcción que, además, está conformada por un complejo sistema de relaciones, prácticas sociales, principios, conceptos, normas e instituciones, que resultan fundamentales para la convivencia. Se considera, asimismo, que ese sistema encuentra la necesidad de una relación constante con otras disciplinas del conocimiento social y humano como la sociología, la filosofía, la antropología, la economía y la lingüística.

En consecuencia, el derecho implica una manifestación y necesidad social, donde se desarrolla una interrelación permanente entre acontecimientos, comportamientos sociales, principios y normas; como bien lo sostiene Pérez Luño (1997: 41), se trata de «captar el Derecho en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos».

En este sentido, esa experiencia humana y social está conformada, en primer lugar, por los hechos o eventos, aquellos de orden natural que resultan

trascendentes para el sistema jurídico, y los ocurridos como consecuencia de los comportamientos humanos y las relaciones sociales. En segundo lugar, por los principios que sustentan esa construcción social, como instrumentos de organización e integración, que se explican como unos postulados éticos y políticos que la fundamentan y sostienen, verbigracia la justicia y el bien común. En tercer lugar, por las normas o preceptos normativos que guían esos comportamientos y relaciones humanas, entre ellas tanto aquellas normas que tienen un ámbito de aplicación general, como también las decisiones judiciales que tienen aplicación entre las partes involucradas en el litigio y, de igual forma, las decisiones que los particulares toman en su ámbito privado, a través del ejercicio de la autonomía privada, generando normas de carácter particular. En este último aspecto, tomando en cuenta el escenario de la globalización económica que hace parte del objeto de estudio de esta investigación, resulta importante destacar aquellas decisiones que provienen de organismos supranacionales y las actuaciones de las empresas transnacionales, agentes económicos por excelencia en este proceso.

Puede establecerse, por tanto, que el Derecho no puede ser reducido a un aspecto fáctico y normativo; existe en él un elemento axiológico, por tratarse de una elaboración social, de una construcción artificial, diseñada por los hombres para satisfacer unos fines e intereses específicos de convivencia, pero también como instrumento de homogenización, más que de integración. De esta forma, «Las tres dimensiones o planos del derecho [social, normativa y axiológica] se interfieren e implican entre sí de forma necesaria» (Pérez Luño, 1997: 38).

Igualmente, se considera que esa idea del derecho se desarrolla en varios campos, pues no es exclusiva de un ámbito local, regional o nacional, sino que implica una concepción global del derecho, aceptando, incluso, la intervención de nuevos agentes y nuevas relaciones que se incorporan a ese complejo sistema.

El derecho, entonces, de acuerdo con la concepción señalada, está conformado por una sucesión de discursos sobre las realidades, diferentes a los de la ciencia formal (Sokal, 1999: 70), para lo cual se utiliza un lenguaje especializado de carácter polisémico, cargado de valoraciones, ambigüedades y contradicciones, que hace necesario, al momento de su comprensión y aplicación, el empleo de una hermenéutica o interpretación que trasciende la asignación de un sentido semántico y sintáctico a las diferentes expresiones de los componentes de ese sistema jurídico. Una interpretación que incluye la contextualización, es decir, una lectura

de las relaciones y prácticas de los individuos; lo que se ha denominado análisis del discurso, considerado este «no sólo como un conjunto de proposiciones, sino principalmente de acciones» (Martínez, 2001: 21), que pueden ser leídas e interpretadas; lo cual implica la necesidad de acudir no solo al lenguaje natural, sino también «a cualquier comunicación registrada en un sistema de signos, verbales o no verbales: una danza, un cuadro, una pieza musical o una representación teatral» (20).

De esta forma, para el conocimiento del derecho y la aplicación del mismo, es necesario acudir a otras disciplinas, por fuera de la jurídica, como la sociología, la filosofía, la política, la psicología, la economía, la lingüística. En el caso de la investigación jurídica y, particularmente, la investigación propuesta, se acepta que es necesario estar desprevenido, abierto y dispuesto a dejarse permear por otras áreas del conocimiento. Para conocer el derecho, acorde con la construcción compleja que este implica, es necesario acudir a espacios por fuera del ámbito estrictamente jurídico, para regresar nuevamente a él.

Asimismo, esa labor de interpretación hace necesario el empleo de la argumentación como una forma de usar ese lenguaje especializado, el jurídico, para justificar acciones y decisiones que se tomen; además, como medio de persuasión en la búsqueda de acuerdos y consensos. El mismo hecho de que el juez no puede abstenerse de tomar decisiones, aun frente a casos difíciles, y su deber de resolver con su sana crítica, implica que existe una fuerte labor interpretativa que va mucho más allá de la descripción de hechos y la aplicación de un silogismo lógico, que involucra, también, una tarea de argumentación en sus decisiones.

De esta manera, en el estudio jurídico existe una gran aproximación entre el sujeto que conoce y el objeto conocido, debido a que dicho sujeto, sus relaciones y comportamientos, constituyen el objeto de estudio de esta disciplina, que implica que no es posible una neutralidad, que hace parte fundamental del conocimiento jurídico la valoración a través de la interpretación y la argumentación. El saber jurídico constituye una actividad valorativa y, aun más, política, porque se trata de una constante toma de decisiones (Vernengo, 1986: 295).

Se apuesta, entonces, por un trabajo de investigación en derecho que va más allá de una dogmática jurídica pura, a través del estudio y aplicación de otras áreas del saber como la sociología y la economía. Se considera, por tanto, que la labor del

investigador jurídico sobrepasa una concepción de neutralidad, porque el derecho como práctica discursiva y la utilización de un lenguaje polisémico en ella, exige el desarrollo de actividades de integración y proposición, no solo de descripción y verificación de lo existente en el ordenamiento jurídico. El papel del investigador en derecho es fundamentalmente valorativo, reflejado en una continua toma de decisiones que implica una agenda política fuerte, desde la escogencia del problema a estudiar, la elección teórica y metodológica, hasta las fuentes de investigación que se van a emplear.

De acuerdo con todo lo anterior, la presente investigación se apoyó en los estudios críticos del derecho, movimiento caracterizado por la interdisciplinariedad, una concepción de derecho particular y los cuestionamientos frente a la neutralidad jurídica. De modo que la investigación en derecho, a partir de esta corriente, no se limita a los asuntos exclusivamente jurídicos; tiene un especial interés por el sistema jurídico desde una perspectiva no dogmática, aunque estudie problemas tratados por los dogmáticos (García Villegas, 2001: 10). En este caso, como ya se ha señalado, se acudirá a otras disciplinas diferentes a la jurídica, bajo una concepción del derecho como construcción humana de índole social, política y cultural, que supera esa idea de derecho reducido a normas jurídicas, heredada del formalismo jurídico (García y Rodríguez, 2003: 19).

Bajo estas consideraciones, el análisis de las transformaciones del ejercicio de la libertad de configuración negocial, en la contratación comercial internacional celebrada por algunas empresas colombianas de diversos sectores de la economía nacional, con empresas transnacionales, se realizó a partir de la teoría de Boaventura de Sousa Santos sobre la existencia de una pluralidad de campos socio-jurídicos, con la interpenetración cualitativa. Asimismo, se buscó apoyo teórico en la teoría centro-periferia, bajo la concepción actual que tiene la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Cepal.

Acorde con lo anterior, es necesario partir, en primer término, del autor Pierre Bourdieu (1995: 64), quien abandona la idea de sociedad y en su lugar emplea la de campo. El campo es definido por este como,

una red o configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones se definen objetivamente en su existencia y en las determinaciones

que imponen a sus ocupantes, ya sean agentes o instituciones, por su situación (situs) actual y potencial en la estructura de la distribución de las diferentes especies de poder (o de capital) – cuya posición implica el acceso a las ganancias específicas que están en juego dentro del campo.

En ese campo social se desarrollan luchas constantes entre los agentes e instituciones por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa. Está caracterizado por ser un espacio limitado, de constante lucha, definido por regularidades de conducta y reglas aceptadas, en el cual se presentan momentos de crisis coyunturales donde, además, las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan. En definitiva, el campo implica un espacio donde la distribución de fuerzas es desigual (68).

En esa lucha dentro del espacio limitado que el campo implica, los actores emplean el capital con que cuentan, considerado este como una especie de arma que permite a su poseedor ejercer un poder e influencia y, por tanto, existir en determinado campo (Bourdieu, 1995: 65); ese capital puede ser de tipo económico, social, jurídico o cultural.

Dentro de ese campo social, se encuentra el campo jurídico, bajo la idea del derecho como un conjunto de relaciones, como acción social. En ese espacio, se presenta una constante lucha por «el monopolio del derecho a decidir el derecho» (Bourdieu y Gunther, 2000: 160), por definir ese derecho aplicable, el establecimiento y buena distribución de ese orden normativo.

Igualmente, teniendo en cuenta el objeto de estudio propuesto en la investigación, hay que anotar que el campo jurídico no se restringe a un único ámbito, sino a múltiples espacios donde se desarrolla, con la pluralidad de ordenamientos jurídicos: local, nacional y transnacional, donde más de un sistema opera en una misma unidad política (Sousa, 2002: 23) presentándose una lucha constante por definir qué es el derecho y quién da el derecho. En esos tres tiempos y espacios (local, nacional y transnacional) se presenta la dominación de uno de ellos (transnacional), que traza el perfil general de acción de los demás (20), lo que permite hablar, también desde Sousa (1991: 128; 2002: 22), de una articulación de estos diferentes campos jurídicos a través de una interpenetración cualitativa que «consiste en la presencia de una determinada estructura (dominante) dentro de otra estructura (dominada)».

Por lo tanto, las sociedades modernas están reguladas por una pluralidad de campos socio-jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de varias maneras (Sousa, 2002: 23). En ese escenario, las actuaciones de los diferentes agentes, incluido los Estados nación, pasan a depender de las exigencias de la globalización económica, por las decisiones de organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, y también por las empresas transnacionales «de los estados hegemónicos, en defensa de intereses de éstas» (32).

Por otra parte, de acuerdo con la visión centro-periferia definida por la Cepal, en la década del cincuenta, con fundamento en la distribución de los incrementos de la productividad, en el centro se encuentran los generadores y propagadores del progreso técnico y rectores de la especialización productiva mundial, mientras que en la periferia están aquellos agentes supeditados a los centros en cuanto a la absorción tecnológica y el posicionamiento productivo internacional (Filippo, 1998: 175).

En la actualidad, tomando en cuenta el contexto de la globalización económica, lo que está guiando esa distribución de la productividad es la competitividad internacional:

Ya no son, por lo tanto, las fronteras nacionales entre centros y periferias las que delimitan la distribución de las ganancias de la productividad, sino las fronteras del conocimiento adquirido entre trabajadores no calificados y calificados. Las fuerzas que movilizan este nuevo escenario mundial son las de la globalización tecnológica y productiva sustentada en la búsqueda de ventajas competitivas de las empresas transnacionales (Filippo, 1998: 176).

A partir de la década de los noventa, con la convergencia de la transnacionalización de las empresas y la internacionalización de las economías nacionales, el centro se ha comenzado a desplazar hacia el mercado global de capitales (Mallon, 1998: 170), donde las empresas transnacionales, cuyas casas matrices se encuentran principalmente en los países centro –Estados Unidos, Japón, Unión Europea–, comenzaron a expandirse instalando subsidiarias en zonas periféricas, promoviendo el comercio intrafirmas, la transferencia de tecnología de alta productividad a estas zonas, las economías de escala y la especialización, en

aras de establecer unos parámetros de competitividad y productividad; en definitiva, de excelencia global.

De esta manera, y relacionado con esa interpenetración cualitativa arriba mencionada, el centro-periferia se traduce en la presencia de posiciones centrales –activas y hegemónicas– y periféricas –pasivas, subordinadas– en la división internacional del trabajo (Filippo, 1998: 184). La primera posición se refleja en las empresas transnacionales que dominan el mercado global y establecen los estándares de calidad y de contratación; la segunda, está en las empresas nacionales que deben acogerse a esos parámetros transnacionales o que deben integrarse a complejas redes de acuerdos y operación para hacer parte de la economía globalizada.

Valiéndose, entonces, de los enfoques teóricos de la pluralidad de campos socio-jurídicos y del centro-periferia, se optó por el análisis de las transformaciones en el ejercicio de la autonomía privada,¹ en su aspecto de la libertad de configuración negocial, mediante el estudio de algunas cláusulas contractuales y prácticas que se desarrollan en la contratación comercial internacional celebrada entre algunas empresas colombianas con empresas transnacionales, donde se presenta una parte dominante que interviene en la disputa para definir las reglas, los procedimientos, las prácticas y las cláusulas contractuales que deben estar presentes en sus relaciones y, de esta manera, globalizar con éxito sus experiencias locales.

A partir de lo expuesto, se trata de una investigación de tipo cualitativo documental, caracterizada por el interés de comprender

«la realidad como resultado de un proceso histórico de construcción a partir de las lógicas de sus protagonistas, con una óptica interna y rescatando su diversidad y particularidad. [Que, además,] Hace especial énfasis en la valoración de lo subjetivo, lo vivencial y la interacción entre los sujetos de la investigación» (Galeano, 2004: 18).

Su carácter documental está dado por la pretensión de realizar una lectura y ‘entrevista’ a textos para el estudio de las categorías de análisis propuestas, con

1. Autonomía privada asumida como la facultad o potestad que le permite a los sujetos de derecho establecer y autorregular sus relaciones jurídicas para la satisfacción de sus necesidades e intereses socioeconómicos.

la revisión no solo de documentos jurídicos, sino también de textos de sociología y economía, y a través de un examen cruzado de la información (Pérez Serrano, 2002: 77) obtenida en las diferentes fuentes consultadas.

Cabe aclarar que a través de esta investigación no se pretende realizar una comprobación empírica; simplemente se trata de una exploración a partir de la consulta de algunas fuentes –primarias y secundarias– y el empleo de los enfoques teóricos mencionados, con el fin de adentrarse en la comprensión del ejercicio de la autonomía privada en una de sus manifestaciones, en el contexto de la transnacionalización de capitales.

2. EL PROCESO METODOLÓGICO

Tomando en cuenta que esta investigación busca analizar dos categorías –por un lado, el proceso de transnacionalización de capitales originado con el fenómeno de la globalización económica, y por el otro, el ejercicio de la autonomía privada, en su aspecto de la libertad de configuración negocial–, el proceso investigativo fue desarrollado en dos partes. La primera es de carácter descriptivo y conceptual, con el acercamiento teórico a estas dos categorías señaladas y a las variables de investigación. La segunda parte, que a su vez se subdivide en dos, contiene el diagnóstico y posterior análisis de las categorías y variables, a través del estudio de algunas cláusulas y prácticas contractuales presentes en las relaciones jurídicas surgidas de contratos comerciales internacionales que celebraron algunas empresas colombianas, grandes y medianas, de diversos sectores de la economía nacional. Todo esto con el fin de establecer las transformaciones que se vienen presentando en el ejercicio de la autonomía privada en dicho escenario global.

Con fundamento en lo anterior, para la realización de la primera parte se consultaron fuentes secundarias como son libros, artículos de revistas especializadas y cibergrafía, sin que se restringiera a una consulta exclusiva del ámbito jurídico, buscando también en disciplinas como la economía y la sociología, principalmente en lo relacionado con la globalización económica y la transnacionalización de capitales. Asimismo, la consulta de fuentes primarias como son algunas normas uniformes internacionales, tales como los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y la Convención de las Naciones Unidas de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, normativa que establece la importancia de los usos y las prácticas contractuales en las negociaciones internacionales.

Igualmente, en esta parte se realizó un diálogo permanente con los expertos, a través de las consultas que se les formularon a algunos profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, pertenecientes a las áreas de derecho económico y derecho privado, como también a algunos de los profesores de la especialización en derecho privado de la misma Facultad.

En la segunda parte de la investigación, teniendo presente el propósito de establecer las transformaciones que se presentan en el ejercicio de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales, a partir de algunas cláusulas y prácticas contractuales presentes en la contratación comercial internacional, fue necesaria la consulta de otras fuentes primarias donde se observen estos aspectos. Para ello se optó por la consulta de las cláusulas de diversos contratos empleados en las negociaciones comerciales internacionales, que fueron solicitados a varias empresas colombianas, grandes y medianas, de diversos sectores. Asimismo, se realizaron entrevistas a abogados de algunas de estas empresas colombianas y de filiales de empresas transnacionales que operan en Colombia. La consulta de estas fuentes estuvo bastante limitada por la dificultad para acceder a los contratos y a la realización de las entrevistas, que apenas fueron permitidas en unas pocas empresas.

En este punto, se reitera que la presente investigación tiene un carácter exploratorio de algunas cláusulas y prácticas contractuales, ligadas a la contratación comercial internacional, sin que en ningún momento se pretenda realizar una comprobación empírica y una generalización, debido a la limitación que, se reconoce, existió frente al acceso a este tipo de fuentes. Finalmente, presentamos los resultados obtenidos en este proceso de investigación.

2.1. Fuentes de la investigación

2.1.1. Las fuentes primarias

Contratos comerciales internacionales:

En el desarrollo de la investigación se recogieron once contratos comerciales internacionales, celebrados por siete empresas colombianas, grandes y medianas, de diversos sectores de la economía nacional. Estos son:

- Contratos de asistencia técnica; de licencia de software y servicios; para la prestación de servicios de asesoría y consultoría; borrador de contrato de derecho de uso del software. Todos ellos son contratos celebrados por una compañía del sector servicios con transnacionales de México, Estados Unidos y Francia, respectivamente los cuales pueden clasificarse en la categoría de contratos informáticos.
- Contratos de suministro de herramientas tecnológicas y soporte operacional y técnico; de licencia de uso de programas de cómputo, celebrados por dos agencias de viajes colombianas con compañías transnacionales de España y México, respectivamente. También corresponden a contratos informáticos.
- Contrato de crédito internacional (Loan Agreement) y acuerdo de exclusividad y confidencialidad (Exclusivity and Confidentiality), celebrado por una compañía colombiana del sector de alimentos y bebidas; el primero de ellos con la banca privada de los Estados Unidos, y del segundo, no fue revelado el domicilio principal de la transnacional interesada en invertir en la compañía colombiana.
- Modelo de contrato de exportación de productos manufacturados, proporcionado por una empresa del sector de manufacturas.
- Contrato de distribución con exclusividad celebrado por una empresa de productos manufacturados, con domicilio en la ciudad de Medellín, y una empresa canadiense.
- Contrato de representación exclusiva, distribución y subrogación celebrado por una empresa mexicana de la industria cosmética y una comercializadora internacional colombiana.

Con la consulta de estos contratos comerciales internacionales se buscaba conocer algunas de las cláusulas que predominan en este tipo de negociaciones, para establecer cómo se desarrolla el aspecto de la libertad de configuración negocial y, de igual forma, la estructura y desenvolvimiento de las relaciones jurídicas que surgen de los contratos celebrados por empresas colombianas con empresas transnacionales.

Entrevistas:

Por otra parte, se formularon inicialmente tres entrevistas, la primera a una abogada de una de las empresas colombianas que permitió el acceso a cuatro contratos comerciales internacionales, y las otras dos, a abogados de dos firmas especializadas en asesorar a empresas colombianas en la celebración de este tipo de contratos. Posteriormente, y luego de realizar el diagnóstico de los hallazgos obtenidos, se realizaron otras dos entrevistas a abogados que habían prestado sus servicios a empresas transnacionales que tienen filiales en Colombia. La realización de estas entrevistas obedeció a una selección intencional entre algunos abogados que tuvieran vínculos con el ámbito de la contratación comercial internacional y que estuvieran dispuestos a colaborar con esta investigación, por lo cual se contó con el consentimiento informado de ellos, manifestado previamente a la aplicación del cuestionario.

Con dichas entrevistas se buscó corroborar la presencia de relaciones asimétricas en la contratación comercial internacional, como también conocer algunas prácticas presentes tanto en la fase prenegocial, todo aquello que ocurre antes de la celebración del contrato y que incide en la configuración del mismo, como también en la ejecución de este; y conocer las estrategias empleadas por las transnacionales en este tipo de negociaciones y aquellos usos comúnmente empleados en estas relaciones jurídicas.

Normas:

De igual manera, como fuente primaria, se consultó la ley 518 de 1999, mediante la cual Colombia ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Y los Principios Unidroit, sobre los contratos internacionales privados de 1994 y ampliados en 2004, formulados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Unidroit, de Roma. Esta normativa refleja esa intención que ha surgido, a raíz del proceso de la globalización económica, de generar un derecho uniforme para el comercio internacional.

Con la consulta de la ley 518 de 1999, que aprueba la Convención de Viena de 1980, y los Principios Unidroit, se buscaba establecer, de igual manera, el reconocimiento de la autonomía privada y su ejercicio a través de los usos y prácticas que tienen una fuerte incidencia en la configuración contractual y en la

posterior interpretación de los contratos comerciales internacionales, que hacen parte de ese denominado nuevo derecho de los comerciantes o nueva Lex Mercatoria, surgida en el escenario de la globalización económica.

2.1.2. Las fuentes secundarias

Tomando en cuenta dos de los objetivos de la investigación, relacionados con el acercamiento al proceso de transnacionalización de capitales y a las concepciones y manifestaciones de la autonomía privada, se recurrió a la consulta de libros, artículos de revista y cibergrafía, relacionados con el tema, para lo cual se tuvo en cuenta el interés de esta investigación, contó con la orientación y asesoría de algunos expertos en estos temas, profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, para responder a la necesidad de profundizar en algunas temáticas relacionadas con las variables de investigación planteadas.

Asimismo, para el posterior análisis de las transformaciones de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales, de conformidad con otro de los objetivos de esta investigación, se tuvieron en cuenta algunos textos que constituyeron unidades de análisis de este informe. Estos fueron:

SOUSA SANTOS, Boaventura de (2002): *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Trad. César Rodríguez. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 19-115.

ESTEVEZ ARAÚJO, José Antonio (2006): *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 159 p.

FARIA, José Eduardo (2001): *El derecho en la economía globalizada*. Trad. Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta, pp. 49-177.

FERRI, Luigi (1969): *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, pp. 4-235.

GALGANO, Francesco (2005): *La globalización en el espejo del derecho*. Trad. Horacio Ritman y María De la Colina. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 13-85, 105-126, 169-209.

GÉLINAS, Jacques B. (2006): *El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas*. Trad. Jorge Parra. Medellín: Hombre Nuevo Editores, pp. 23-151.

GERI, Lina; et al. (1995): *Derecho Civil, Tomo I, vol. 2. Hechos y actos jurídicos*. Trad. Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 608-671.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (1994): *Interpretación económica del contrato*. Buenos Aires: Rubinzol culzoni, pp. 13-33, 118-145.

——— (1996): *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 103-123.

2.2. Recolección, sistematización y análisis de la información

Una parte de la información consultada en los libros, artículos de revistas especializadas y cibergrafía, se registró en fichas de contenido, con los datos generales de los textos, el contenido y las observaciones que contribuyeron al posterior análisis (ver Anexo C. Ficha de contenido). Otra parte de estas fuentes secundarias se recogió en documentos de Word que contienen los datos generales de la fuente consultada, algunos extractos textuales y comentarios consignados para facilitar el posterior análisis.

El corpus o las unidades de análisis de esta investigación están compuestos por textos escritos que abordan el tema de la transnacionalización de capitales y el principio de autonomía privada, los cuales posibilitaron el análisis de la libertad de configuración negocial en el ámbito de la globalización económica. Asimismo, lo integran cada uno de los contratos comerciales internacionales suministrados por algunas empresas colombianas, las entrevistas realizadas a abogados que han intervenido o intervinieron en este tipo de negociaciones, y la normativa uniforme señalada; fuentes que permitieron identificar algunas cláusulas y prácticas comerciales presentes en la contratación comercial internacional.

Para la recolección de los contratos, se procedió a enviar peticiones a diecisiete empresas grandes y medianas, de diversos sectores de la economía nacional; a los Centros de Arbitramento y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Medellín, del Aburrá Sur y del Colegio de Abogados de Medellín. En cada caso

se envió una carta con una breve explicación del trabajo de investigación y la petición respetuosa de acceso a algunos contratos y/o modelos contractuales internacionales privados que la compañía hubiera celebrado con empresas transnacionales, en los cuales podían ser omitidos todos los datos que pudieran revelar la identidad de las partes contractuales. Se anexó a ellas, igualmente, compromiso de confidencialidad con presentación personal en Notaría y certificado de la Coordinación de Posgrados de la Facultad. El acceso a dichos documentos se realizó guardando el principio de respeto por las fuentes y la confidencialidad.

En el caso de las entrevistas, se establecieron citas con cinco abogados; uno de ellos perteneciente a una empresa colombiana, dos a firmas de abogados especializadas en la asesoría de este tipo de negociaciones, y otros dos que habían trabajado para filiales de compañías transnacionales en Colombia. En uno de los casos el abogado solicitó el envío de las preguntas por medio electrónico, y de igual forma fue reenviada la respuesta del mismo. Se realizaron las entrevistas, previo consentimiento informado manifestado por los entrevistados, con el compromiso de guardar la confidencialidad y el anonimato que estimaron necesario, tanto en relación con la identidad de ellos como de las respectivas empresas. Por lo tanto, en el desarrollo de la investigación se señalan como entrevistados, omitiendo sus nombres y las empresas a la que pertenecen o pertenecieron.

Para la sistematización de esta información se elaboraron dos instrumentos:

- Una ficha para la recolección de los datos de los contratos comerciales internacionales, de sus cláusulas y los respectivos comentarios a las mismas (ver anexo A. Ficha de contratos).
- Un guión de entrevista semiestructurada (ver anexo B. Cuestionario entrevista semiestructurada).

Para el análisis de estas fuentes se elaboró una matriz en documento de Word (ver anexo D. Matriz de análisis de la información de fuentes primarias) que contiene las cuatro variables que se establecieron a partir de la revisión de las fuentes secundarias, de los objetivos y las preguntas de investigación, como también de la hipótesis que se pretendía verificar:

- Variable 1: relacionada con los contratos estandarizados y las cláusulas abusivas.

- Variable 2: asimetría contractual (por el poder económico, los conocimientos especializados y/o la información).
- Variable 3: la preponderancia de usos y prácticas en las negociaciones comerciales internacionales.
- Variable 4: el derecho corporativo, originado en las relaciones interempresariales e intersectoriales, las alianzas estratégicas y los contratos relacionales.

A través de esta matriz se realizó el análisis de las fuentes primarias, estableciendo las relaciones de las dos categorías de análisis (transnacionalización de capitales y libertad de configuración negocial), en términos de la influencia que ejerce una de ellas sobre la otra y las transformaciones que se están produciendo a raíz del proceso de globalización económica.

Finalmente, en este proceso investigativo se procuró mantener la integralidad en la recolección, sistematización y posterior análisis de la información, así como en la divulgación y la socialización que de la misma se realice.

CAPÍTULO II

TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES Y AUTONOMÍA PRIVADA

b

En el presente capítulo se busca realizar un acercamiento conceptual a las dos categorías de análisis de investigación empleadas: transnacionalización de capitales y autonomía privada, como también a cada una de las variables de investigación utilizadas en la sistematización y posterior análisis de las fuentes primarias, relacionadas en el capítulo anterior.

Esta caracterización facilitará el posterior examen de las fuentes primarias, que se presenta en el capítulo siguiente, así como el análisis del ejercicio de la autonomía privada, en lo relacionado con la libertad de configuración negocial, en el escenario de la globalización económica, específicamente en el proceso de la transnacionalización de capitales, a partir de algunas cláusulas contractuales y prácticas presentes en la contratación comercial internacional en la que intervienen empresas colombianas y empresas transnacionales.

Con este propósito, se divide el capítulo en dos partes: la primera está dedicada a la globalización, en términos generales, para luego abordar el proceso específico de la globalización económica, haciendo un mayor énfasis en la transnacionalización de capitales, que es lo que interesa en esta investigación. En la segunda parte se aborda el tema de la autonomía privada, sus concepciones, manifestaciones y las variables de investigación relacionadas con ella: modelos o estándares de contratación y cláusulas abusivas, asimetría contractual, usos y prácticas presentes en la contratación comercial internacional, con la denominada nueva *lex mercatoria*, y el derecho corporativo.

I. LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALS

1.1. Acercamiento a la globalización

Para abordar el estudio de la transnacionalización de capitales, es necesario realizar primero un acercamiento al proceso de globalización, del cual hace parte aquella. Este es un concepto que ha generado dificultades por su carácter polisémico y aún en formación, con cuestionamientos, igualmente, sobre su origen, que se dice no es tan reciente, e integrado por una serie de procesos a través de los cuales se manifiesta dicho fenómeno.

La noción de globalización

Aunque resulta complejo definir el término globalización, vocablo de uso recurrente en las últimas décadas, a través de la consulta de algunos autores que han tratado este fenómeno (Beck, 1998; Giddens, 2000; Faria, 2001; Sousa, 2002; Galgano, 2005; Gélinas, 2006; Estévez, 2006) se puede establecer que son muchas y variadas las definiciones que se han planteado; en lo que se ha coincidido al respecto es que no tiene un sentido unívoco, ni tampoco es un concepto científico: todavía se trata de una noción.

El término globalización ha sido empleado para referirse a las transformaciones sustanciales que se vienen presentando en la economía, la política, la sociedad y la cultura, tanto en el plano nacional como en el ámbito internacional. A la vez, se interpreta como una intensificación de las dependencias recíprocas más allá de las fronteras nacionales (Beck, 1998: 77). Para otros (Gélinas, 2006) se trata de un sistema, un proceso y una ideología. Un sistema de control del mundo a través de poderosos intereses económicos de carácter transnacional, que actúan en un mercado global. Asimismo, un proceso conformado por una serie de operaciones que apuntan a una integración total y planetaria. También, una ideología que se emplea a manera de discurso para justificar el sistema político y económico que se viene implementando en el orden mundial.

A su vez, para José Antonio Estévez (2006: 18) y Ulrich Beck (1998: 57), la globalización implica una expansión, cada vez mayor, de las relaciones entre las personas y las cosas a nivel planetario.

En síntesis, cuando se habla de globalización se está frente a un proceso complejo, integrado por varias dimensiones, que implica un cambio en las relaciones de poder internacional y sustituye la expresión de nuevo orden mundial. Se trata, por tanto, de una serie de procesos, como lo afirma Anthony Giddens (2000: 25) «la globalización es política, tecnológica y cultural, además de económica». En este sentido, la globalización envuelve diversos fenómenos, que van desde el desarrollo de nuevas tecnologías y la difusión de la internet (globalización de las comunicaciones), pasando por el proceso de transnacionalización de los mercados de materias primas, insumos, capitales, producción y consumo (globalización económica), hasta llegar a la adopción de unos patrones culturales originados en unos pocos países y promovidos por todo el planeta (globalización cultural).

En igual sentido, Sousa (2002: 37), sostiene que «las interacciones transnacionales han sufrido una dramática intensificación, que va desde la globalización de sistemas productivos y transacciones financieras, hasta la diseminación de información e imágenes a través de los medios de comunicación masivos y las tecnologías de la comunicación, hasta el desplazamiento masivo de personas». Por su parte Beck (1998: 57) habla de una «sociología plural de la globalización», que se da a través de la expansión de espacios y actores transnacionales que afectan principalmente las áreas de la economía, la tecnología, la política internacional, la ecología y la cultura.

No se trata, entonces, de un único o exclusivo proceso, el económico —aunque cabe señalar que es el más destacado y el que ha venido generando un mayor número de consecuencias—, sino de una serie de procesos complejos, simultáneos y, en ocasiones, contradictorios.

Algunos apuntes sobre el origen de la globalización

Por otra parte, se ha planteado que el origen de este proceso no es tan reciente, desde la historia, la sociología, la teoría económica, e incluso desde el derecho (Faria, 2001: 50). El inicio de este fenómeno contemporáneo denominado globalización tiene fuertes vínculos con el pasado, que se remonta, históricamente al proceso de mundialización que se inició hace más de 500 años. Dicho proceso, siguiendo al autor Jacques Gélinas (2006: 23-50), ha tenido cuatro etapas; en tres de ellas se evidencia la intervención y el control del Estado, mientras que en la cuarta y última se presenta un control de poderosos conglomerados económicos del ámbito supranacional y transnacional.

En una primera fase de la mundialización, entre los siglos XVI y XVII, se destaca el mercantilismo que inicia con la conquista de otros continentes por parte de los europeos, que posibilitó el desarrollo de un triángulo comercial entre América, Europa y África.

Luego viene la fase de expansión capitalista, con epicentro en Inglaterra, desde el siglo XVIII hasta mediados del XIX, caracterizada por la transformación del capital en producción y, a su vez, de la venta de la producción en capital, dando paso a la división internacional del trabajo.

En una tercera fase, que tiene lugar desde finales del siglo XIX hasta la década de 1980, denominada la era de las multinacionales, cuando las empresas con una gran concentración industrial y financiera comienzan a operar a escala continental y mundial, con una fuerte influencia del desarrollo de los medios de transporte y de comunicación.

Finalmente, se señala que la llamada era de la globalización que vivimos hoy; inicia a partir de 1980 las multinacionales más capitalizadas y mejor posicionadas se transforman en empresas o corporaciones transnacionales², que cuentan con unos medios de producción, financieros y tecnológicos que trascienden las fronteras y poderes nacionales (Gélinas, 2006: 38), no se limitan a exportar sus productos sino que realizan una multilocalización³ de la producción a escala global a través de filiales y alianzas estratégicas. Como consecuencia del fenómeno de la globalización económica, en la actualidad se presenta una concentración tal del capital que «por primera vez en la historia, el poder económico logra emanciparse del marco jurídico nacional y del poder político» (38). También, Estévez Araujo (2006: 19) destaca que «la primera de las novedades del actual proceso de globalización es la posibilidad de coordinar actividades que se realizan de manera simultánea en toda la superficie del planeta». Es posible esto por la revolución de las tecnologías de la información que se ha experimentado a partir de la de década de 1970 (20).

2. Precisamente, será objeto de estudio más adelante la diferencia que se plantea entre las empresas multinacionales y las empresas transnacionales.

3. Multilocalización es un término empleado por Jacques Gélinas (2006: 40) relacionado con la ampliación de la esfera de actuación de las empresa multinacionales, localizando su ámbito de operación en múltiples lugares en el ámbito planetario, no solamente a través de la exportación de productos, sino también mediante el establecimiento de filiales y la realización de alianzas estratégicas, que conlleva la formación de redes y estructuras complejas de operación, acuerdos y decisiones.

Por otra parte, cabe destacar que en el desarrollo de la actual fase denominada globalización, para el caso concreto de Latinoamérica tuvo una gran influencia el Consenso de Washington, «documento que plasma el modelo de mundialización capitalista específico de la actual globalización» (27). Se trata de un acuerdo celebrado en la década de los ochenta entre el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y el Tesoro de los Estados Unidos, para establecer las «recetas» o «fórmulas» neoliberales que debían implementarse en los países latinoamericanos y que, luego, se extenderían a muchos otros países que comenzaron a vivir una transición hacia la economía de mercado. Dichas recetas están basadas en tres aspectos: liberalización, privatización y estabilización de los mercados (27).

Después de esta breve aproximación a sus orígenes, lo que parece realmente nuevo y característico de la última fase de este proceso, denominado a partir de los años ochenta como globalización, es la superación de las restricciones espaciales y temporales, con la integración de nuevas tecnologías y sistemas de comunicación, que han permitido el manejo, casi instantáneo y en tiempo real, de grandes volúmenes de información, posibilitando la interacción de diversos agentes en el orden transnacional; el movimiento de los flujos de capital, principalmente el financiero, se ha acelerado vertiginosamente gracias al desarrollo de la economía digital y el nuevo modelo de organización empresarial,⁴ que ha contribuido a que la empresa privada comience a tener un papel preponderante con respecto al Estado-nación, dando paso a una nueva ordenación socioeconómica y de regulación político-jurídica (Faria, 2001: 51).

Igualmente, Diego Pizano (2002: 12), bajo esta misma idea, señala que el actual proceso de globalización no es totalmente nuevo pero sí tiene una serie de características propias que lo distinguen de esa primera fase. En este sentido destaca que «Los factores impulsados están asociados con la revolución de los transportes (transporte aéreo, contenedores, puertos) de los computadores y de las comunicaciones. Los avances en la mecánica cuántica, la biología molecular y la informática han tenido un impacto profundo en la estructura de la economía mundial».

4. Entendemos por economía digital, aquella que está centrada en la información y el conocimiento, basada principalmente en la internet, donde los bancos, empresas y, en general, los inversionistas, pueden transferir cantidades enormes de capital de un lado del mundo a otro con solo un clic.

Manifestaciones de la globalización

En las manifestaciones múltiples de este fenómeno, estrechamente vinculadas con los procesos anteriormente mencionados, se destacan, siguiendo a Faria (2001: 49), la creciente autonomía de la economía frente a la política y la supremacía del poder financiero; el surgimiento de nuevas esferas de poder y decisión que operan en tiempo real y a nivel planetario; la pretensión de homogenización de las prácticas comerciales a nivel mundial; la desregulación de los mercados de capitales; la interconexión de los sistemas financieros; la proliferación de movimientos migratorios y los cambios radicales en el sistema de división internacional de trabajo.

A su vez, Francesco Galgano (2005: 13) destaca que la globalización está integrada por diversos aspectos; para él es un fenómeno tecnológico «con la superación de las barreras físicas del espacio y posibilidad de hablar de ‘aldea global’». Como también un fenómeno económico: caída de las barreras aduaneras y ampliación de los mercados, para hablar también de un mercado global, con una transnacionalización del comercio y las finanzas». El mismo Galgano destaca como novedad del proceso de globalización actual, la expansión planetaria de la organización productiva (31), en todo lo cual han incidido significativamente los avances en telecomunicaciones. De esta forma, sostiene el autor que en la economía global, «Circula, aun antes que la mercancía, el know-how, las licencias de producción, los contratos de joint venture que perfeccionan la colaboración productiva entre empresas de países lejanos (...) La misma organización productiva y de distribución se desplaza y ramifica al ámbito internacional» (32). Esto último está vinculado con la manifestación económica del proceso de la globalización.

Por su parte, Beck (1998: 40) sostiene que es necesario distinguir las diferentes esferas o dimensiones del proceso de globalización; sin pretender, en modo alguno, ser exhaustivo y excluyente, destaca «las dimensiones de las técnicas de comunicación, las dimensiones ecológicas, las económicas, las de organización del trabajo, las culturales, las de la sociedad civil, etc.».

Así pues, no cabe duda de que el proceso de la globalización se manifiesta a través de unos subprocesos, a saber: el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y el transporte, donde juega un papel esencial el internet. Esto ha posibilitado la implementación de los otros subprocesos relacionados, uno con la

interconexión planetaria de los mercados financieros y de capitales, lo que se denomina globalización económica; y el otro, con el establecimiento de patrones culturales originados en algunos países y que se busca extender por todo el mundo; es decir, la llamada globalización cultural.

Como lo muestra Beck, a partir de este fenómeno de la globalización se distinguen tres conceptos que, llegados a este punto de las manifestaciones del proceso, es importante mencionar:

En primer término, él habla del globalismo como una concepción bajo la cual el mercado mundial sustituye al quehacer político; la ideología del liberalismo o del dominio del mercado global, reduciendo la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión, la económica: «se trata de un imperialismo de lo económico bajo el cual las empresas exigen las condiciones básicas con las que poder (sic) optimizar sus objetivos» (27).

En segundo lugar, se encuentra el término globalidad, que alude a la idea de que ningún país puede vivir al margen de los demás (28). Ello involucra el término «sociedad mundial», que implica, según Beck, diferencia y pluralidad (mundial), no integración (sociedad), es decir,

«pluralidad sin unidad». Esto presupone [...] varias cosas muy diferenciadas; por ejemplo, formas de producción transnacional y competencia del mercado del trabajo, informes mundiales en los medios de comunicación, boicots de compras transnacionales, formas de vida transnacionales, crisis y guerra percibidas desde un punto de vista «global», utilización militar y pacífica de la energía atómica, la destrucción de la naturaleza (29).

Y, en tercer y último lugar, se refiere propiamente al término globalización como «los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientación, identidades y entramados varios» (29).

A su vez, Sousa (2002: 57), distingue cuatro formas de globalización:

La primera es la denominada *localismo globalizado*, que consiste en el proceso mediante el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito; esto puede darse en casos como la operación de las Empresas Transnacionales (ETN), la

transformación de la lengua inglesa en *lingua franca*, la comida rápida, la música pop, la adopción de las leyes de propiedad intelectual norteamericanas sobre software de computadores.

La segunda la llama *globalismo localizado*, que consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son desestructuradas y reestructuradas para responder a dichos imperativos. En esta manifestación Sousa incluye los enclaves de libre comercio; la deforestación y el deterioro masivo de los recursos naturales para pagar la deuda externa; la conversión de la agricultura de subsistencia en agricultura orientada a la exportación.

Valiéndose de estos dos conceptos, Sousa establece que los países centrales se especializan precisamente en los localismos globalizados, mientras que a los países periféricos les es imputable la alternativa de los globalismos localizados (57).⁵ Concluye que la denominada globalización en realidad es «una red de globalismos localizados y localismos globalizados» (57).

La tercera forma de globalización, Sousa la denomina cosmopolitismo, que corresponde a un desarrollo de organizaciones y alianzas dirigidas a contrarrestar los efectos dañinos de las formas hegemónicas de la globalización, a través de la solidaridad transnacional. Esto incluye los diálogos y las organizaciones Sur-Sur; las organizaciones laborales mundiales, las filantropías Norte-Sur; redes internas de servicios jurídicos alternativos; las organizaciones de derechos humanos; las ONG con agendas transformativas; los movimientos libertarios y artísticos en la periferia del sistema mundial que buscan valores culturales alternativos frente a los no imperialistas (p. 58).⁶

Y, finalmente, la globalización como herencia común de la humanidad, vinculada con asuntos que tienen relación con el globo en su integridad, como la permanencia de la vida humana en la Tierra, sobre todo asociada a cuestiones ambientales.

5. La idea de países centrales y periféricos tiene relación con los denominados países que cuentan con un desarrollo industrial, tecnológico y económico que les permite estar en el centro de la producción mundial, los primeros, y con aquellos países en vía de desarrollo, que se encuentran en la periferia mundial, los segundos. Se volverá sobre estos dos conceptos más adelante cuando se hable del proceso de globalización económica.

6. El autor propone que el cosmopolitismo busca la organización y alianza de Estados subordinados, regiones, clases o grupos sociales, en forma transnacional, para contrarrestar los efectos dañinos de la globalización (Sousa. 2002: 58)

De esta manera, siguiendo con Sousa y Beck, ha comenzado a surgir la idea de un solo mundo, pero exclusivamente en el campo mercantil, mediante una mayor libertad en el movimiento de capitales, bienes y servicios, lo que no implica un resultado similar en el movimiento de personas, generando una globalización económica por excelencia. Como lo señala Beck (1998: 72), «está surgiendo un solo mundo, pero no como reconocimiento de la multiplicidad y de la apertura recíproca, es decir, de una imagen pluralista y cosmopolita de uno mismo y del otro, sino, bien al contrario, como un solo mundo mercantil».

A partir de lo planteado hasta el momento, aquí se concibe la globalización como un proceso, que supone además un nuevo ciclo en la historia humana, que está generando profundos cambios en aspectos económicos, sociales, políticos y tecnológicos, determinados, principalmente, por un aumento en las interacciones sociales y las transacciones comerciales en el orden planetario, con apoyo de los nuevos sistemas de transporte y comunicación, que posibilitan un intercambio de grandes volúmenes de información en tiempo real y superando cualquier distancia. Y en cuanto a su origen, la globalización no se atribuye a un hecho o acontecimiento en particular, sino más bien a una serie de circunstancias económicas, políticas, sociales y culturales, que toman mayor fuerza en la década de los setenta del siglo xx, a partir de las cuales se desarrolla este complejo fenómeno, resultado de un conjunto de sucesos y de procesos.

1.2. El proceso de transnacionalización de capitales

1.2.1. La globalización económica

¿Qué significa globalización económica?

De los diferentes procesos que hacen parte del fenómeno de la globalización, la globalización económica es quizá el más visible y el que mayores consecuencias ha generado para las naciones, las empresas y las personas. También ha originado un malestar por la primacía que se le otorga al aspecto económico (Stiglitz, 2002: 276).

Como bien se ha dicho, aunque no es posible considerar la globalización solo en términos económicos, sí debe reconocerse que esa es su principal manifestación o por lo menos la que tiene mayores repercusiones en el orden social y político. De esta forma, y de conformidad con lo señalado hasta el momento, la globalización

tiene su ámbito de aplicación más preciso en la economía, principalmente en los campos comercial, organizativo y financiero, configurando una serie de procesos dirigidos a la interconexión de los mercados de capitales, producción, insumos y comercio a nivel planetario, que conduzcan, finalmente, a una absoluta libertad de intercambio, a la conformación de un gran mercado global. Por tanto, y según Francisco Laporte (2007: 260), el motor básico que mueve el proceso actual de la globalización es, precisamente, el mercado.

La globalización económica es, entonces, «aquél proceso por el cual las economías nacionales se integran progresivamente en el marco de la economía internacional, de modo que su evolución dependerá cada vez más de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas gubernamentales» (Estefanía, 2001: 49).

En igual sentido, Pizano (2002: 4) señala que la globalización económica corresponde a «una integración creciente de los mercados de bienes, servicios, capital y tecnología; un proceso ligado al aumento del grado de interconexión entre las naciones». A su vez, Estévez Araújo (2006: 25) estima que este proceso corresponde a «una mundialización específica que ha experimentado el capitalismo en estos últimos treinta años».

Causas y consecuencias de la globalización económica

Este proceso de la globalización económica se originó en el seno de una ideología neoliberal del capitalismo económico, con las teorías clásicas del libre mercado Adam Smith y David Ricardo, controvertidas posteriormente por John Keynes, quien planteó la necesidad de intervención del Estado en la corrección de las fallas propias del mercado, hasta llegar a revivir esas ideas iniciales de un mercado libre y además globalizado, con promotores como Milton Friedman.

De esta manera, Adam Smith en el siglo XVIII defendió las ideas de la libertad del mercado y la mano invisible que lo regula. A su vez, David Ricardo promovió el libre cambio entre las naciones, el aprovechamiento de las ventajas comparativas de cada país y, por ende, el origen de la división internacional del trabajo.⁷

7. La expresión ventajas comparativas está relacionada con las condiciones de producción: «un país exporta aquel bien en cuya producción tiene una ventaja absoluta e importa aquel en que tiene una desventaja absoluta. Ventaja absoluta en la producción de un bien significa que el país puede producirlo a un costo absoluto, medido en unidades de mano de obra, inferior al del otro país». (Ossa, 2002: 89).

Ideologías que resultaron atenuadas con la posición de John M. Keynes, tras la crisis económica y la recesión mundial de los años treinta del siglo xx, al plantear la necesidad de una intervención y regulación del Estado para corregir las fallas propias del mercado, con un capitalismo moderado apoyado por acciones de las autoridades públicas. Pero posteriormente se retomó, con Milton Friedman, a mediados del siglo xx, la concepción de un libre mercado que tiene una poderosa e invisible fuerza en su interior, que lo regula, dando origen a la idea de una economía globalizada centrada en el crecimiento del mercado, fundamentado en la imagen de que «los recursos materiales que abastecen la mega máquina de la globalización económica son inagotables» (Gélinas, 2006: 145). Esta última concepción, que regresa a las ideas clásicas de una creencia fiel en el mercado y en la protección del Estado de aquel derecho considerado fundamental como lo es la propiedad privada, es conocida como el neoliberalismo.

De esta forma, según lo sostiene Gélinas (151), de Smith a Friedman el liberalismo ha sido retocado y refinado en múltiples ocasiones hasta asumir la forma actual del neoliberalismo, cuyos críticos lo califican como ultraliberalismo. Ambas ideologías, el liberalismo y el neoliberalismo, juegan con el concepto de libertad, (152) y reclaman una protección acérrima de la propiedad privada y de la libre acumulación de la riqueza.

Bajo esta ideología, a partir de los años setenta del siglo xx, en el ámbito mundial se desarrolla el proceso de la globalización económica, con fundamento en siete postulados que Gélinas (152-154) sintetiza así:

En primer término, la supremacía del mercado considerado como el lugar por excelencia donde se ejercen todas las libertades, la de elección de los consumidores, la de comercio –marcada por el sello de la competencia–, la libertad de iniciativa y producción, y la libertad de invertir en cualquier momento y lugar (152).

En segundo término, el derecho de apropiación y libertad ilimitado. Se estima que el derecho a la propiedad es el único derecho fundamental, lo que justifica, además, el acaparamiento y la concentración de la riqueza en individuos e instituciones, asignando al Estado, como primera función, la protección de dicha propiedad privada (152).

En tercer lugar, la supremacía del interés individual sobre el Estado y el interés general. El interés general se logra, según la ideología neoliberal, cuando todas

las actividades humanas son consideradas como mercancías y se permite el libre juego de la oferta y la demanda. De esta forma, los intereses privados, expresados libremente con un marcado sello de egoísmo, se conjugan para alcanzar y proteger el interés general (153).

En cuarto lugar, la competitividad a cualquier precio. Se genera un sistema de libre competencia, donde cada empresa debe ser más productiva, para vencer a sus competidores y, de ser posible, comprarlos o arruinarlos. Ello justifica medidas como despidos masivos, reducción de salarios, sacrificios temporales que son necesarios para la salvación de la empresa y de aquellos asalariados que escapan al despido (153).

En quinto lugar, y estrechamente relacionado con el postulado anterior, se encuentra la idea de la flexibilidad del trabajo, necesaria para ser competitivos, lo que se convierte en una necesidad absoluta (153) de los empresarios para reducir costos y obtener mayores niveles de productividad y competitividad.

En sexto lugar, la mercantilización de todos los bienes. Bajo esta idea, el interés general se logra cuando todas las actividades, incluidas la cultura, la educación y la información, son tratadas como mercancías. «Incluso los bienes comunales de la humanidad –el aire, el agua, el patrimonio genético vegetal, animal y humano– deben convertirse en bienes comprables y vendibles para que las empresas privadas los apropien, asegurando así una mejor gestión de estos y garantizando el crecimiento de la economía» (56 y 153).

Y en séptimo lugar, el crecimiento sin límites. La economía globalizada no tiene otro objetivo que el crecimiento ilimitado. De esta forma, y en consonancia con la presente investigación,⁸ se destaca que «La pasión que moviliza a los creyentes y practicantes del capitalismo global no es la libertad de las colectividades ni de los individuos que las componen, sino la libertad de atesoramiento ilimitado por parte de un grupo reducido de privilegiados» (154).

De manera consecuente, la globalización económica ha generado una aceleración de los niveles de apertura de la economía mundial y del crecimiento

8. El objetivo central de esta investigación es precisamente establecer la incidencia de este proceso de globalización económica, en su aspecto de la transnacionalización de capitales, en el ejercicio de la libertad de configuración negocial conocido como autonomía privada.

de los intercambios de bienes y servicios. El comercio internacional se ha convertido en el principal vínculo entre las economías de las naciones, donde juega un papel primordial la inversión extranjera directa en diferentes lugares y economías, como la mejor forma de integración económica, con un papel esencial de las empresas transnacionales y sus mecanismos de operación y expansión (Gascó, 2004: 12).

Asimismo, con la liberalización de los mercados de capitales el sector financiero se ha convertido en el factor más significativo del proceso de globalización de la economía:

Nuevos sistemas de información y tecnologías de comunicaciones permiten enviar y reenviar capitales entre economías en espacios brevísimos de tiempo, de manera que el capital, y por tanto los ahorradores e inversionistas, están conectados a escala mundial, desde los bancos a los fondos de pensiones, los mercados bursátiles y el cambio de divisas. Por consiguiente, el volumen, la velocidad, la complejidad y la conexión de los flujos financieros globales han aumentado de forma espectacular (Gascó, 2004: 13).

Por lo tanto, no cabe duda de que en todo este proceso tienen una fundamental incidencia los avances en materia tecnológica y en los sistemas de información y comunicaciones, que cumplen un papel esencial en esa interconexión de los mercados y en la agilidad con que se mueven los capitales, bienes y servicios a nivel planetario: «Y es que la nueva economía es una economía centrada en la información y el conocimiento (en concreto, la nueva economía se caracteriza por estar basada en internet)» (13).

En este orden de ideas, a partir de las décadas del setenta y ochenta del siglo xx, de la mano de los grandes avances en tecnología, información y comunicaciones, se viene presentando en el mundo un acelerado proceso de desregulación de los mercados, liberalización del comercio, privatización de servicios públicos, flexibilización de los sistemas de producción, reducción de los costos de transporte, interconexión de los sistemas financieros; en suma, una integración del comercio y de las redes de producción e investigación, que ha generado una mayor obtención de recursos en el planeta y, por consiguiente, un incremento significativo en el flujo y movimiento de capitales.

Manifestaciones de la globalización económica

La globalización de la economía obedece, entonces, a tres principios básicos del neoliberalismo o de la teoría del monetarismo de Milton Friedman y Friedrich August Von Hayek, que tuvo su mayor auge en la década de 1980: la desregulación, la liberalización y la privatización (Martin y Shumann, 2000: 138). A través de estos se busca, en últimas, la más absoluta libertad para el movimiento de capitales y divisas y para el intercambio de bienes y servicios, por encima de las fronteras nacionales. Dichos principios son, además, impulsados enérgicamente por las instituciones líderes de la economía mundial, tales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, para lograr la integración global, bajo el argumento de que «el mercado sin fronteras ofrece, por lo menos, al Tercer Mundo un camino para salir de la pobreza y el subdesarrollo» a través de la apertura económica que le permite abrirse hacia los países industrializados (173).

Lo que genéricamente se denomina desregulación y liberalización de los mercados, está dirigido a la eliminación de las trabas y los controles para la entrada y salida de capitales y mercancías, con una cada vez menor intervención estatal en la regulación de la economía. Procesos que se vienen impulsando desde las dos últimas décadas del siglo xx, con la apertura económica y la firma de Tratados de Libre Comercio por varias naciones. En el caso latinoamericano dichos procesos iniciaron en la década de 1990, a través de la disminución de aranceles, la apertura de los mercados a la inversión extranjera directa y a la competencia internacional, y con una serie de reformas legislativas para adecuar la economía a las nuevas exigencias del neoliberalismo.

A su vez, la privatización corresponde a la adquisición de empresas públicas por capital privado, que involucra principalmente a las telecomunicaciones, la salud, el transporte aéreo, marítimo y terrestre, los servicios públicos en general, «o, cuando menos, a la gestión de estos servicios de acuerdo con pautas empresariales» (Estévez, 2006: 29).

Como lo muestra Faria (2001: 140), la economía globalizada se manifiesta en procesos de transnacionalización de los mercados de insumos, producción, finanzas, capitales y consumo. Esto se refleja, en primer término, en un predominio del capital financiero sobre el industrial. Y en segundo término, en una expansión de la inversión extranjera directa, a través de la eliminación de las barreras para el movimiento de los capitales y de las privatizaciones, aspectos que le han permitido

a las empresas transnacionales extender sus operaciones a nivel planetario y poner sus ojos en sectores estratégicos, que antes tenían un dominio de los Estados, como son las telecomunicaciones y el sector energético.

En primer lugar, y de acuerdo con la teoría del monetarismo de Milton Friedman mencionada anteriormente y abordada por Martin y Schumann (2000: 79),

sólo la libre fluctuación del capital por encima de todas las fronteras nacionales hace posible su explotación óptima [...] Dirigido por la búsqueda del máximo beneficio, el patrimonio ahorrado del mundo debe afluir siempre allá donde pueda ser mejor invertido. A los ojos de los monetaristas, esto representa naturalmente aquella inversión que produzca el máximo rendimiento.

Precisamente, distintos autores –como Martin y Shumann (2000), Faria (2001), Galgano (2005), Gélinas (2006), Estévez (2006)– coinciden al afirmar que el proceso de globalización económica se caracteriza, principalmente, por la supremacía del sector financiero, con una autonomía frente a los demás sectores de la economía, y la velocidad de sus operaciones en el ámbito planetario y durante las 24 horas del día, con el apoyo de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información. Asimismo, predomina una especulación constante con las divisas y los productos financieros, donde los «especuladores anticipan la subida de un producto y lo compran masivamente, lo que efectivamente conlleva al alza de su precio; esta alza atrae a nuevos compradores, lo que garantiza que el alza se mantenga» (Gélinas, 2006: 67). Esto suele generar una economía caótica y en ocasiones inestable.⁹

El auge de los mercados de capitales, especialmente el financiero, según señaló en 1995 el premier británico John Major citado por Martin y Schumann (2000: 63), se desarrolla «[...] a una velocidad y en unas magnitudes que los sitúan totalmente al margen del control de los Gobiernos e instituciones internacionales». Afirmando, de esta manera, que el capital financiero corresponde a la segunda fuerza

9. Después de la Segunda Guerra Mundial se suscribió el acuerdo de Bretton Woods, por las potencias victoriosas de esta guerra, a través del cual se estableció una igualdad de divisas de todos los países adheridos a él, fijando el dólar como patrón de cambio. Pero en la década de los setenta del siglo xx, las empresas multinacionales en expansión y el sector financiero comenzaron a ver este sistema como algo molesto por los controles burocráticos sobre el movimiento de las divisas y la circulación del capital. Por lo cual, a partir de 1973 comenzó la liberalización de divisas, donde iniciaron su importante papel los especuladores, es decir, los «traficantes que tasaban el valor de las divisas según las distintas posibilidades de inversión, negociaban entre sí. El sistema de tipos fijos se derrumbó» (Martin y Shumann, 2001: 64).

económica dominante en la época de la globalización (Pallares, 2003: 30),¹⁰ debido a que este tiene una naturaleza móvil que le permite una mayor ubicuidad y transferencia a bajo costo (31).

Por tanto, con el proceso de la globalización económica se está presentando una reducción significativa de los controles a los flujos de capitales que ha contribuido a la aceleración del movimiento de divisas y productos financieros a nivel planetario, generando profundas implicaciones en el sistema económico mundial (Pizano, 2002: 4).

En segundo lugar, los principales protagonistas de la globalización económica son las empresas transnacionales (Galgano, 2005: 33), las cuales tienen su casa matriz en alguno de los países industrializados, pero sus redes de operación, distribución e inversión se extienden a más de dos continentes, por encima y más allá de los Estados-nación. Por ello se afirma que son, en la actualidad, «la primera y principal fuerza dominante mundial en la época de la globalización [...] controlan el 70% del comercio mundial» (Pallares, 2003: 30).

Para concluir este punto, la globalización de la economía busca la conformación de un mercado común planetario, para lo cual se requiere generar procesos de movilidad de capitales y de intercambio de bienes y servicios con la más absoluta libertad, la mayor agilidad y los menores costos posibles.

1.2.2. El sistema de 'economía-mundo' y la transnacionalización de capitales

A principios del siglo xx comenzó a operar en el mundo un sistema de producción industrial en serie denominado fordista, a través de los métodos de trabajo y regulación establecidos por Henry Ford en la General Motors, los cuales se impusieron en el sector industrial a partir de 1945, tras la Segunda Guerra Mundial. El referido sistema tenía su centro de operación en la fábrica integrada y con una organización vertical, que controlaba todos los procesos, desde la producción de las materias primas hasta la distribución y comercialización de los productos finales (Pallares, 2003: 79-84). Se trataba, entonces, de un método de producción en línea, con «una combinación de cadenas de montaje, maquinaria especializada,

10. La primera fuerza económica en la globalización correspondería a las empresas transnacionales, de las cuales se hablará más adelante.

altos salarios y un número elevado de trabajadores en plantilla,»¹¹ cada uno especializado en una parte del proceso, y que en forma repetitiva realizaba.

Sin embargo, en 1970, tras la caída del sistema de Bretton Woods (mencionado en el pie de página anterior), la crisis del dólar y del petróleo, que generaron una serie de cuestionamientos a las medidas de intervención y control del Estado sobre la economía, que habían sido implementadas con John M. Keynes, se dio paso a la liberalización de los mercados de capitales y a las transformaciones en ese modelo empresarial fordista.

De esta manera, con la globalización de la economía se comenzó a sustituir ese modelo centralizado de trabajo en cadena por otras formas de organización y operación empresarial denominada postfordista, a través de una descentralización de la empresa, con una flexibilidad en la operación que permitió expandir los diferentes procesos a nivel planetario, buscando las mejores oportunidades ofrecidas por cada país y llegando a un mayor número de mercados con un menor costo.

Esto último fue posible, sin duda, gracias a los avances en los sistemas de telecomunicaciones e información, donde el centro de operación está dado por la internet que permite la interconexión de los bancos, las empresas y los inversionistas en general, facilitando la transferencia de grandes cantidades de capital de un lado a otro del planeta en un instante y con solo un clic.¹²

Fue así como se produjo un cambio estructural en los mercados que incidió en el sistema económico mundial. El intercambio de bienes y servicios adquirió una connotación global, donde la inversión de capital, la producción y comercialización de los bienes y servicios se dispersaron por el planeta, con varios agentes ubicados en diferentes continentes, que intervienen en estos múltiples procesos, conformando una compleja red de operaciones y decisiones, mediante la fragmentación de las fases de producción y distribución.

Por consiguiente, las empresas, que asumen la denominación de transnacionales, iniciaron una operación flexible y horizontal, mediante la descentralización de las

11. <http://www.wikipedia.org.es> [Consultado, octubre 27 de 2008]

12. La denominada economía digital que se señaló en otro pie de página.

funciones, donde las casas matrices se encargan de las operaciones más generales y distribuyen las demás funciones a nivel planetario. Lo que algunos autores (Sousa, 2002; Estévez, 2006; Laporte, 2007) denominan deslocalización:

Un ejemplo de deslocalización podemos encontrarlo en la actividad productiva moderna: una fábrica está situada físicamente en una determinada población, pero los elementos que intervienen en el proceso productivo que se realiza en ella no provienen generalmente del entorno local donde está situada. Las materias primas que utiliza pueden ser traídas de otras regiones o incluso de países lejanos, la energía de la que se sirve habrá sido generada en otro sitio, las personas que trabajan en ella pueden ser inmigrantes de otras zonas del país o de países extranjeros y las máquinas que se utilizan seguramente han sido producidas en fábricas situadas en otros lugares (Estévez, 2006: 17).

Asimismo, Laporte (2007: 250) se refiere a la forma como las grandes empresas buscan ubicar espacialmente cada una de las fases del proceso productivo «bajo un ordenamiento jurídico distinto, y cambiando de ordenamiento cuando ello satisface su interés».

De esta forma, el fenómeno de la transnacionalización del capital y la riqueza, representado por el principal actor de la globalización económica, las empresas transnacionales, se manifiesta en la organización de la producción, la distribución y la comercialización de bienes y servicios a escala planetaria, con la dispersión geográfica de esas diversas operaciones, con el fin de aprovechar las ventajas comparativas de cada mercado local, nacional y regional, lo que ha originado el término «economía-mundo», mencionado por Faria (2001: 75) siguiendo a Immanuel Wallerstein,¹³ uno de los analistas más connotados de las transformaciones del capitalismo contemporáneo. Al respecto se afirma que

La «economía-mundo» –dice– es un sistema fundado sobre la voluntad de acumular capital, sobre el condicionamiento político del nivel de precios (del capital, de las mercancías y del trabajo) y sobre la polarización continua de las clases y de las regiones en el tiempo. Es un sistema que requiere no sólo bienes y capital para circular, sino también mano de obra (y) una constante evolución en la organización de la producción en términos tanto de naturaleza

13. Wallerstein, Immanuel, 1974: *The rise future demise of capitalism system: concept for comparative analysis. Comparative studies in society and History XVI/4*. Citado por José Eduardo Faria (2001)

de los sectores punteros como de los lugares de producción [...]; tal sistema por consiguiente debe predicar la posibilidad de una expansión sin límites (Faria, 2001: 75).

En este sistema se busca la acumulación del capital y la maximización de su rentabilidad, a través de la mercantilización de los diversos procesos, generando unas redes que vinculan lo relacionado con las materias primas, los componentes y servicios, como también lo referente a la comercialización de los productos finales. Así el poder ya no está determinado por la tenencia de las materias primas estratégicas, sino por el control tecnológico de todos estos procesos (76). Esto genera una marcada diferencia entre los países del centro –desarrollados–, que cuentan con ese poder tecnológico y donde tienen su sede principal las empresas transnacionales, y los países de la periferia –en vía de desarrollo– que deben ofrecer las mejores condiciones para la inversión de capitales de dichas transnacionales, donde, además, estas buscan encontrar mano de obra más barata para desperdigar así sus procesos productivos y ser más rentables (80-86).

De esta manera, en dicho sistema de «economía-mundo» los diferentes actores, principalmente las instituciones financieras y las empresas transnacionales, están actuando con fundamento en decisiones tomadas de manera simultánea y global, y no por etapas separadas. Para ello, dichas organizaciones vienen ampliando «exponencialmente la producción de sus propias reglas en forma de sistemas de organización y métodos, manuales de producción, reglamentos disciplinarios, códigos deontológicos de conducta y, principalmente, contratos homogeneizados de alcance mundial» (121).

Para resumir, este proceso de transnacionalización de los mercados de capitales está vinculado a la libre circulación de las divisas y los productos financieros en el escenario planetario, permitidas por las leyes y los contratos, donde, además, los avances en los sistemas tecnológicos y de información han posibilitado el desarrollo de la compleja estructura de las empresas con operación transnacional, por encima y más allá de los Estados, es decir, de manera global.

1.2.3. Las transnacionales y la transnacionalización de capitales

En el centro de la «economía-mundo», con el proceso de acumulación de capital y la consecución de mayores espacios para su movilidad, se encuentra la empresa

transnacional, también denominada global (Faria, 2001: 60; Gélinas, 2006: 39), como principal impulsor de la globalización económica.

Se trata de una unidad de organización económica y productiva, con sede principal en un Estado, industrializado o del centro, que desarrolla sus operaciones en varios continentes, conformando unas redes y estructuras de funcionamiento que se extienden por encima y más allá de dicho Estado, en el ámbito planetario. De acuerdo con Sousa (2002: 41), «hoy está surgiendo una clase capitalista transnacional, cuyo escenario de reproducción social es el globo como tal». Las empresas transnacionales son la forma institucional principal de esta nueva clase capitalista; ellas alcanzan más de una tercera parte de la producción industrial del mundo.

La transnacional y la multinacional

Como se señaló anteriormente respecto a los orígenes de la globalización, antes de darse dicho proceso ya existían las llamadas empresas multinacionales, las cuales se caracterizaban por una estructura organizativa vertical y rígida, que se multiplicaba en todos los países donde invertían. A partir de los años ochenta, con el desarrollo del sistema de producción en red (postfordista) de la economía-mundo, esa denominación fue sustituida por la de empresa transnacional. Pero no se trató simplemente de un cambio del nombre de dichas organizaciones, sino de la forma misma de estructurarse y operar en el escenario de la globalización económica.

Las empresas multinacionales, de acuerdo con el trabajo desarrollado al respecto por Faria (2001: 93), hasta los años setenta del siglo xx, «reproducían las matrices y estaban movidas por el interés de conquista de mercados nacionales protegidos», pero a partir de la era de la globalización, en la década de los ochenta, se inicia una fragmentación de los distintos segmentos o etapas productivas de las empresas, que se dispersan geográficamente con las llamadas empresas o corporaciones transnacionales:

Ya no se trata de maximizar el margen de beneficio del conglomerado por medio de la suma de los resultados obtenidos por filiales, sino que la estrategia ahora pasa a ser la actuación directa sobre la tasa de beneficio, lo que es posible porque –como ya se ha dicho– muchas de esas filiales no comercializan su producción, sino que la ceden a otras unidades productivas

del conglomerado, según una evaluación del coste marginal. Sólo al final de la cadena, cuando se tiene el producto acabado, reaparece el intercambio, incorporando costes y beneficios de cada una de las fases de elaboración del proceso internacionalizado de producción [...] lo que ha incrementado el comercio interempresa y una adaptación de los conglomerados empresariales a la nueva organización de la producción a escala mundial (93)

De modo que, las empresas transnacionales ya no conciben los mercados en forma aislada, como las antiguas multinacionales, sino que se estructuran y guían su operación y la toma de sus decisiones atendiendo las reglas del sistema de economía-mundo, anteriormente descrito. Y así, pese a que tienen su casa matriz en un país determinado, su operación se extiende a todo el mundo, obteniendo unos magníficos beneficios.

Características de la empresa transnacional

La empresa transnacional está caracterizada por los siguientes aspectos:

- Una gran capacidad de inversión extranjera directa, según Gélinas (2006: 40) superior a los cinco mil millones de dólares, a través de la adquisición de activos, el establecimiento de filiales y las alianzas empresariales.
- Cuentan con un poder financiero y tecnológico sin precedentes, que sobrepasa el ámbito estatal, lo cual facilita la eliminación de la competencia a través de la conformación de redes complejas de acuerdos y decisiones, reflejadas, igualmente, en la constitución de filiales y las alianzas empresariales con otros sectores estratégicos.
- Capacidad de ubicar sus unidades de producción en cualquier parte del planeta donde obtengan mayores ventajas en cuanto a los costos de la mano de obra y las menores restricciones del mercado. De esta manera, no se limitan a una simple exportación de sus productos, sino a una multilocalización u organización de la producción por todo el planeta (Faria, 2001: 74; Gélinas, 2006: 39).¹⁴
- Realizan una alta inversión en investigación y desarrollo (Gascó, 2004: 96).

14. El término multilocalización, empleado por J. Gélinas (2006), fue definido en otro pie de página.

- Emplean novedosos sistemas de «gestión de existencias, dirección de personal o estrategias de marketing» (94), métodos que, a su vez, son también implementados en empresas nacionales.
- También se sostiene que estas empresas son grandes generadoras de empleo, procurando a la vez obtener una mano de obra más barata.
- Tienen, igualmente, un papel importante en el ámbito cultural, debido a que suelen ser dueñas de medios de comunicación y actores estratégicos en este contexto (20).

Estructura y operación de la empresa transnacional

La empresa transnacional, atendiendo a ese proceso de expansión de sus inversiones en el ámbito planetario, buscando las mejores ventajas comparativas de cada país y la producción a menores costos, conforma complejas estructuras de operación y actuación a través del establecimiento de filiales dentro y fuera del país donde tienen su matriz, la adquisición de activos de sociedades constituidas en otros países, el aporte de capital para la conformación de empresas en diversos lugares del mundo, y la constitución de alianzas estratégicas con compañías de otros países.

En primer término, las empresas transnacionales obedecen, en la actualidad, a una organización empresarial denominada la empresa-red, que sustituye a «la empresa centralizada y burocratizada», como respuesta adaptativa para ser más poderosas y flexibles (Estévez, 2006: 37) en una economía globalizada. De esta forma, las casas matrices han dotado de una mayor autonomía y capacidad de operación y decisión a las filiales que las componen, fomentando, incluso, mecanismos de competencia entre ellas (38) y el incremento del comercio entre las compañías del mismo grupo o matriz.

Es así como, se presenta una descentralización de la operación y gestión de las empresas, lo que está también vinculado a la idea de holding o grupo empresarial, en el cual se diferencia, por una parte, lo operativo o propiamente industrial y, por otra, el aspecto financiero o de inversiones. La operación de estas agrupaciones se representa, de acuerdo con Francesco Galgano (2005: 28), de la siguiente forma:

A la cabeza aparece el holding, en funciones operativas, destinado a las controladas, aumentando poderosamente la movilidad del capital industrial y

su idoneidad para transformarse en objeto del mercado financiero (27) [...] el holding industrial, que organiza y dirige la producción que los controlados gestionan, y el holding sólo financiero (trust de inversión), que se limita a dirigir y a incrementar los recursos financieros invertidos en participaciones accionarias. El primero apunta a expandir la producción; el segundo, a incrementar la concentración (2006: 27-28).

Por lo tanto, la matriz establece el marco general de actuación de todas las compañías filiales, las cuales dentro de dichas directrices cuentan con autonomía y margen para la operación en los distintos lugares del planeta donde se encuentran. En tal sentido se sostiene que las inversiones directas de las empresas transnacionales empiezan a definir «un sistema operativo basado en el binomio matrices-subsidiarias; estas últimas asumirán crecientemente autonomía en las operaciones de producción y distribución de los bienes y servicios, en tanto las matrices devienen entidades coordinadoras e integradoras del conjunto de actividades de la corporación» (Báez, 1980: 24).

Por otra parte, la empresa transnacional puede, igualmente, conformar una red de pequeñas y medianas compañías que se encuentran en torno a ella y con las cuales subcontrata la producción de ciertos bienes y la prestación de algunos servicios, lo que se ha denominado tercerización de la producción empresarial en relación con actividades como la vigilancia, aseo, mantenimiento y transporte.

Asimismo, las empresas transnacionales se ven obligadas a realizar alianzas estratégicas con otras compañías y fusiones o adquisiciones, con el fin de ser competitivas y tener mayores posibilidades de maniobra en el mercado global. Con el objeto de «acceder a fuentes de financiación, desarrollar proyectos de innovación tecnológica, o para adquirir la capacidad de penetrar en determinados mercados» (Estévez, 2006: 40) y dominar, así, sectores completos de la economía.

De manera que, para enfrentar el fenómeno de la globalización, las empresas transnacionales y, de igual modo, las grandes compañías nacionales, adoptan estrategias como la constitución de redes de acuerdos y decisión para la producción, distribución y venta; adquisiciones y fusiones con empresas competidoras o complementarias y la celebración de alianzas con otras firmas dominantes de los mercados (Pallares, 2003: 100), para lograr, de este modo, altos niveles de productividad, competitividad y, por supuesto, la excelencia global.

2. LA AUTONOMÍA PRIVADA

A continuación, y luego del acercamiento a la transnacionalización de capitales, se procura realizar, igualmente, una aproximación a la autonomía privada y a las cuatro variables de investigación estrechamente relacionadas con ella, que fueron empleadas en la sistematización y análisis de la información recogida. De manera sucinta, aun reconociendo el riesgo de una excesiva generalización, se busca desarrollar las concepciones de la autonomía privada y sus manifestaciones, para luego abordar el estudio, también conciso, de los contratos estándares y las cláusulas abusivas en la contratación comercial internacional; de la presencia de usos y prácticas, denominada nueva *lex mercatoria*, en dicha contratación; de la asimetría contractual; del derecho corporativo y, finalmente, una breve caracterización de algunos contratos comerciales internacionales, tomando como referencia aquellos que fueron recogidos, sistematizados y posteriormente analizados en esta investigación.

2.1. Concepciones y manifestaciones de la autonomía privada

Algunos autores, como Giménez (2004) y Galgano (2005), plantean una la relación entre los crecientes desarrollos cualitativos y cuantitativos del comercio internacional, tras la Segunda Guerra Mundial, que originaron el incremento de la inversión extranjera y el aumento de los flujos de capital en el planeta, ya señalados en la primera parte de este capítulo, con la importancia que empezaron a asumir instituciones jurídicas como la autonomía privada y el contrato, para una mayor libertad en el movimiento y transferencia de capitales.

Concepciones de la autonomía privada

Precisamente, la autonomía privada es el principio rector del derecho contractual, que en su concepción se enfrenta a dos posiciones contrarias; en primer lugar, una postura normativa, cuyo principal exponente es el italiano Luigi Ferri, y por otra parte, una concepción de simple ejecución o aplicación de las normas, creadora de relaciones jurídicas, cuyo principal defensor es el también italiano, Emilio Betti.

Para Luigi Ferri, la autonomía privada es un poder normativo, de creación de normas jurídicas de carácter negocial, de modo que «el concepto del negocio jurídico como fuente normativa se funda sobre el presupuesto de que no todo el derecho

es expresión de la voluntad general o de la voluntad de la comunidad. El negocio jurídico es típica expresión de la voluntad de los individuos dirigida a la consecución de fines o intereses típicamente privados» (35). Según el autor, la autonomía no es simple libertad, sino que «esta (la autonomía) se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas» (42), con la celebración de los negocios jurídicos, en determinados espacios a ellos reservados (89). Acorde con esta posición, el ejercicio de dicha autonomía cumple una doble función, como fuerza atribuida por el derecho y, a la vez, creadora de derecho.

Asimismo, otros estudiosos de la teoría general del negocio jurídico (Geri, et al, 1995: 611) reconocen ese carácter normativo de la autonomía privada, al sostener que a través de esta los particulares «en las contrataciones se comportan como una especie de ‘legisladores descentralizados’ con respecto a los intereses económicos correspondientes a ellos mismos».

José Antonio Ballesteros Garrido (1999: 17) coincide con la anterior visión al señalar que la autonomía privada «consiste en la posibilidad de que los individuos puedan dictar normas, como expresión de la libertad, para autorregular sus relaciones privadas, normas que el Estado asumirá como propias, concediéndolas (sic) un vigor semejante al de la ley y por cuya eficacia velará con idéntico rigor».

En el mismo sentido, Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (1998: 316), en su estudio sobre la teoría general del negocio jurídico y los contratos, sostienen que la autonomía privada equivale a «una delegación en la voluntad privada de la potestad ordenadora que, en principio, corresponde exclusivamente a la ley». De manera que de la misma ley se deriva esa fuerza normativa de los negocios jurídicos, que son la máxima expresión del ejercicio de la autonomía privada.¹⁵

A su vez Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo (1998: 148), al referirse en un artículo a los principios generales del derecho en la contratación privada, proponen que

15. En el caso colombiano el artículo 1602 de Código Civil consagra: «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

Las obligaciones surgidas del contrato no tienen origen inmediato en el poder heterónimo del derecho, sino en la capacidad de autovinculación emanada de la voluntad libre del sujeto, a quien el derecho reconoce esa capacidad de obligarse. La esencia del contrato es la de ser una norma vinculante porque las partes así lo han decidido.

En distinto sentido, Emilio Betti (1959: 47) propone otra concepción de la autonomía privada, al considerar que esta es una potestad creadora, modificadora o extintiva, pero solo de relaciones jurídicas que ya están disciplinadas o reguladas por normas jurídicas existentes; es decir, correspondería simplemente a un desarrollo de los supuestos de hecho que las normas legales ya tienen regulados. De modo que Betti no le reconoce una potestad normativa a la autonomía privada, y sostiene, además, que con los negocios jurídicos el particular únicamente aplica las normas jurídicas ya establecidas por el legislador, sin que cuente, por tanto, con capacidad normativa.

Luis Díez Picazo y Antonio Guillón (2001: 372), coinciden con Betti al reconocer en la autonomía privada un poder de creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, pero no de normas jurídicas. Es un poder individual que se presenta en doble vía, como poder de constitución de relaciones jurídicas y como poder de reglamentación de dichas relaciones. Además, reconocen a la autonomía privada como un principio general del derecho, «porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho privado» (370), sosteniendo más adelante que, «el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y es dentro de su marco donde puede el hombre realizarse plenamente» (371).

En relación con estas dos posturas doctrinales acerca del concepto de autonomía privada, y tomando en cuenta los objetivos y la hipótesis de investigación planteada, aquí se adopta la concepción normativa de dicha autonomía, al considerar que a través de la regulación de las relaciones jurídicas, los sujetos de derecho establecen normas de carácter particular, con las cuales satisfacen sus necesidades socioeconómicas y autorregulan sus intereses privados, dentro de unos límites fijados por el ordenamiento jurídico. De esta manera, los negocios jurídicos, como expresión máxima de la autonomía privada, constituyen normas jurídicas que tienen una validez material, personal, espacial y territorial, mucho más restringida por su naturaleza particular, pero que igualmente se incorporan al ordenamiento y, en principio, deben ser respetados por todas las personas.

Acorde con lo anterior, en esta investigación se acoge lo señalado por Francesco Galgano (2005: 105), quien al referirse a la economía contemporánea que exige unos instrumentos jurídicos con mayor flexibilidad para afrontar los cambios sociales, propone que «Las concepciones clásicas del derecho no ubican al contrato entre las fuentes normativas. Sin embargo, si continuáramos concibiendo el contrato como mera aplicación del derecho, y no como fuente del nuevo derecho, no comprenderíamos de qué modo cambia el derecho de nuestro tiempo».

En definitiva, desde la teoría general de la contratación privada y de acuerdo con lo señalado hasta ahora, la autonomía privada implica un reconocimiento a la libertad individual, como potestad normativa, como poder de autorregulación de las relaciones jurídicas de los particulares y como principio general del derecho privado.

Por otra parte, es importante mencionar, también brevemente, ese paso de una concepción absoluta e individualista, que en sus orígenes tuvo la autonomía privada, a una idea más limitada de esta acorde con los postulados del Estado Social de Derecho.

Cabe destacar igualmente que, en sus inicios, el concepto de autonomía privada fue elaborado por la doctrina civilista de los siglos XVIII y XIX con fundamento en el liberalismo naciente de la época (Ballesteros, 1999: 17-18), como el postulado que estructuró el derecho privado, con apoyo en una visión individualista que atribuía un carácter absoluto e ilimitado a ese poder de autorregulación de las relaciones privadas. Esa potestad se manifestaba en una plena libertad para contratar o no, en la consecución de fines o intereses estrictamente privados, traducidos en un estado de felicidad individual, y en la posibilidad de generar todo tipo de efectos jurídicos con la única limitante del orden público y las buenas costumbres (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-468 de 2003, M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil).

Sin embargo, los cambios socioeconómicos que se empezaron a experimentar a finales del siglo XIX y comienzos del XX llevaron a reevaluar esa concepción individualista y absoluta de la autonomía privada, a través de un reconocimiento a ese poder derivado de la autorregulación de los particulares, pero limitado por el ordenamiento estatal, la conveniencia social y el interés público, teniendo en cuenta

la realización de la función social de la propiedad privada y las libertades básicas de la economía de mercado (Sentencia T-468 de 2003).

En igual sentido, María Venegas Grau (2004: 83) en su estudio sobre los derechos fundamentales y el principio de la autonomía privada, propone que a partir de finales del siglo XIX el ejercicio de la autonomía debe ser considerado a la luz de los principios de justicia y utilidad social; la autonomía privada, dice ella, «aparece marcada por principios como los de justicia y utilidad, que han corregido la formulación liberal, delimitando el alcance de la voluntad de las partes, precisamente para garantizar que el consentimiento sea expresión de auténtica autonomía» (111).

Manifestaciones de la autonomía privada

Por otro lado, la autonomía privada se expresa o manifiesta en la libertad contractual y esta, a su vez, de conformidad con lo desarrollado por varios doctrinantes (Ferri, 1957; Galgano, 1992; Álvarez y Restrepo, 1998; Ballesteros, 1999; Venegas, 2004; Giménez, 2004), comprende dos aspectos:

- En primer lugar, la libertad de contratar o de conclusión, que implica la facultad de decidir si se contrata o no y con quién se contrata.
- En segundo lugar, la libertad de configuración interna del contrato, que se refleja en la facultad de dar a este el contenido de acuerdo con el pacto que realicen los contratantes.

Igualmente, de acuerdo con Galgano (1992: 67-68), la autonomía contractual se manifiesta de varias formas. Primero, como una libertad de elegir entre los distintos tipos de contratos previstos por la ley, según los fines que los particulares se fijen y los intereses que deseen autorregular; asimismo, la posibilidad de elegir con quién contratar; estas dos manifestaciones son también conocidas como libertad de elección, decisión u opción. Segundo, la libertad de determinar, dentro de los límites establecidos por la ley, el contenido del contrato, de establecer las cláusulas que regularán la relación negocial, denominada libertad de configuración. De igual modo, el autor propone la libertad de concluir contratos atípicos o no previstos en las leyes, y la utilización de contratos típicos para el logro de fines atípicos.

En cuanto a la segunda manifestación de la autonomía privada, conocida como libertad de configuración negocial, Ferri (1957: 66) sostiene que «entre los requisitos

de la autonomía [diríamos mejor entre sus manifestaciones] está que las partes puedan determinar libremente el contenido del contrato, las cláusulas contractuales». Pero aclara que esto ocurre independientemente de que el sujeto ejerza efectivamente esa potestad o simplemente se acoja, por diversas razones, al contenido fijado hasta el detalle en algunos eventos.

Álvarez y Restrepo (1998: 152) hablan de otra manifestación de dicha autonomía, que denominan libertad de discusión, al señalar que en aquellos contratos que son de libre discusión antes de su formación, las partes son autónomas para manifestar sus propósitos, intenciones o pretensiones. Pueden, igualmente, acordar las modalidades de los negocios (como son, por ejemplo, plazo, modo o condición). Libertad que, aclaran, no existe en contratos por adhesión.

Por otra parte, los autores Cristián Giménez Corte (2004: 107) y Esperanza Castellanos Ruiz (2006: 56-74), indican que en la contratación comercial internacional, la autonomía privada se amplía a la facultad de elegir el derecho aplicable a determinada relación jurídica, denominada autonomía conflictual, además de la ya mencionada facultad de incorporación en el contrato de cláusulas materiales que rijan el fondo del mismo, que ellos llaman autonomía material.

Para los fines de la presente investigación, es importante aclarar que la manifestación de la autonomía privada que más interesa es la autonomía material o libertad de configuración del contenido negocial, concebida como la facultad que tienen los particulares –después de decidir libremente el negocio jurídico que quieren celebrar, con quién celebrarlo y, en el caso de las relaciones del comercio internacional, la elección de la ley aplicable a la relación– de fijar el contenido de las cláusulas que regirán el negocio y los efectos jurídicos de este.

2.2. Libertad de configuración negocial, en el contexto de la transnacionalización de capitales

En el escenario del sistema de economía-mundo, que se desarrolló en la primera parte de este capítulo, marcado por los procesos de desregulación y privatización de los mercados, se adjudica una mayor incidencia y fuerza reguladora a la autonomía privada (Mosset, 1996: 18), específicamente en lo que tiene que ver con el ejercicio de la libertad de configuración negocial o autonomía material. Esa fuerza se refleja en la contratación comercial internacional, en la que intervienen

agentes económicos tan determinantes como las empresas transnacionales, cuyo actuar incide en el empleo generalizado de contratos uniformes o estándares con contenidos, en ocasiones, abusivos; celebrados en condiciones asimétricas o desiguales; los usos y prácticas, con el surgimiento de la denominada nueva *lex mercatoria*; y en la aparición de un nuevo derecho de carácter corporativo, en estas colosales empresas.

Son precisamente estos cuatro aspectos, que coinciden con las cuatro variables de investigación que se emplearon para la sistematización y posterior análisis de la información recogida, sumado a una breve caracterización de algunos contratos comerciales internacionales, los que a continuación se exponen, también de una forma concisa.

2.2.1 La contratación estandarizada y la presencia de cláusulas abusivas en la contratación comercial internacional

Como lo afirma Carlos Soto Coaguila (2000: 370-374), en su estudio sobre las transformaciones de la contratación contemporánea, a partir de finales del siglo XIX y hasta la fecha se ha producido en el mundo un acelerado crecimiento demográfico que ha exigido, en aras de satisfacer las diversas necesidades de esos conglomerados sociales, una masificación de la producción de los bienes y los servicios. Esto ha incidido, de igual modo, en un replanteamiento de la configuración y la celebración de los contratos, como instrumentos jurídicos por excelencia para la satisfacción de esas necesidades socioeconómicas de los particulares, a través de una contratación estandarizada o predispuesta, con el ánimo de responder ágil y oportunamente a todos esos intereses, al tiempo que se busca la optimización y reducción de costos. El doctrinante sostiene que,

la modalidad contractual que los miembros de una sociedad de masas utilizan para vincularse jurídicamente no es el contrato tradicional o paritario, donde cada una de las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, deciden libremente contratar y con igual libertad determinan el contenido de su contrato. Por el contrario, en el tráfico patrimonial en masa, los contratos o relaciones jurídicas contractuales se desarrollan bajo otro esquema, otro sistema de contratación distinto al sistema tradicional o paritario. Este sistema contractual tiene un carácter masivo y estandarizado, donde uno de los contratantes (que denominaremos «predisponente») predispone íntegra o parcialmente el contenido del contrato y la otra parte (que denominaremos

«adherente») acepta contratar adhiriéndose a las condiciones preestablecidas por el otro contratante (Soto, 2000: 375).

En este orden de ideas, en el actual contexto del sistema de economía-mundo caracterizado por una organización empresarial compleja de producción a gran escala de bienes y servicios (Galgano, 1992: 69), la manifestación de la autonomía privada que más se controvierte es la libertad de configuración interna de los contratos, precisamente por la predisposición del contenido de estos y la masificación de las relaciones contractuales, donde se reduce dicha libertad a una firma, por medio de la cual uno de los contratantes se adhiere a lo preestablecido por el otro o a la realización de determinadas conductas (Soto, 2000: 387).

De esta manera, la etapa previa a la celebración de los contratos, conocida como la fase de tratativas, de discusión o conversaciones de las partes, viene cediendo ante una forma de contratación masiva o estandarizada, que obedece a unos modelos o patrones de contratación, donde los contratantes ya no elaboran el contenido del contrato, sino que este es unilateralmente predispuesto por uno de ellos antes de la celebración del mismo.

Eventualmente, es posible encontrar algunas relaciones contractuales basadas en la paridad y en la discusión previa de las partes, pero la gran mayoría de los contratos, en general, y de los comerciales internacionales, en particular, celebrados en la actualidad, están cimentados en modelos o contratos estandarizados, que implican, por un lado, la presencia de condiciones generales en la contratación (en relación con la parte predisponente), y por el otro, como contrapartida, la celebración de contratos de adhesión (con respecto a la parte adherente) y la presencia de contenidos, en ocasiones, con cláusulas abusivas o excesivas.

Se justifica este tipo de contratación en el interés por concertar numerosos contratos, de forma tal que, «sin suprimir el consentimiento, pueda alcanzarse muy rápidamente el acuerdo contractual mediante la reducción de los costos de las negociaciones o tratativas previas» (Soto, 2000: 407).

Las condiciones generales de la contratación

De este modo, las condiciones generales de los contratos son miradas desde el punto de vista del empresario; y los contratos de adhesión, desde el adherente.

Partiendo de esto, se habla de contratos celebrados por adhesión a condiciones generales (Arrubla, 1996; Mosset, 1996; Ballesteros, 1999; Stiglitz, 1994).

A continuación, tomando como referencia algunos doctrinantes (Arrubla, 1996; Ballesteros, 1999; Soto, 2000; Carranza, 2006; Stiglitz, 1994, 1997), se realiza un acercamiento conceptual a estas instituciones jurídicas presentes en la actual contratación comercial internacional.

Cuando se habla de condiciones generales en la contratación, se hace referencia a un conjunto de parámetros plasmados en forma previa y unilateral, a través de cláusulas, por una persona, individual o jurídica, con el fin de establecer el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos (Soto, 2000: 412). Dichas condiciones se distinguen por su predisposición o preformulación, su generalidad, uniformidad, abstracción e inmutabilidad; tendrán eficacia una vez se incorporen, integren o concierten en los respectivos contratos (412-413).

De acuerdo con Ballesteros (1999: 61), las condiciones generales de contratación hacen alusión al «resultado de la predisposición del contenido del contrato por el empresario, es decir, a las cláusulas o estipulaciones que van a regir la relación contractual entre el predisponente y el adherente, por lo que constituye una realidad previa al contrato». Corresponden, entonces, a los términos empleados por la empresa en la generalidad de los contratos que celebra.

Dicha forma de contratación está unida, como ya se señaló, al desarrollo de la sociedad de consumo, a la producción en serie de bienes y a la oferta de servicios, que conduce a la celebración de contratos, igualmente en serie, severamente rígidos e inmodificables (Arrubla, 1996: 74).

De manera que la función básica de estas condiciones generales es facilitar la contratación en serie o masa, para darle salida al mercado –con el mínimo coste posible– a la producción de las empresas modernas (Ballesteros, 1999: 30), y asegurar la posición de dominio en el contrato, y en general en el mercado, de una de las partes, introduciendo un claro desequilibrio entre los contratantes (39).

Por otra parte, se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de dichas condiciones generales de contratación, generándose dos tesis al respecto. A partir de la primera,

denominada tesis normativa, se afirma que el predisponente (empresario o colectividad organizada) tiene una potestad normativa o reglamentaria al imponer sus condiciones generales de contratación (109), con un carácter muy similar al de la ley (Stiglitz, 1994: 35). Tesis que es fuertemente cuestionada, al afirmar que ese poder normativo en los empresarios es incompatible con el Estado de Derecho y que, además, dichas condiciones generales no cuentan con el carácter de obligatoriedad que tiene la ley, porque de todas formas requieren la adhesión de la otra parte (36). La segunda tesis, llamada contractualista, propone que las condiciones generales de contratación no pierden su carácter contractual, pues pese a que son creadas unilateralmente por una de las partes, siguen siendo derecho contractual (38).

Frente a estas tesis que evidencian un choque del deber ser y el ser, Ballesteros (1999: 123) concluye que, «aunque las condiciones generales tienen naturaleza jurídica contractual, en un plano sociológico tienen carácter reglamentario: de hecho se imponen al adherente, que no tiene posibilidad de evitarlas si desea contratar (y, a menudo, está obligado a hacerlo)».

Los contratos de adhesión

De otro lado, se habla también de contratos de adhesión como aquellos en que una parte encuentra reducida su autonomía privada a la aceptación en bloque, o adhesión, a las condiciones preestablecidas por el otro agente (condiciones generales de contratación), sin que tenga posibilidad de discutir y modificar el contenido del negocio (Soto, 2000: 411).

Para Arrubla (1996: 75) en los contratos por adhesión a condiciones generales «se rompe el modelo de corte individualista en cuanto a la formación del negocio jurídico». Y por ello propone como sinónimos de este término: contrato estándar, a condiciones uniformes, tipo, reglamento, autorregulatorio.

A su vez, Ballesteros (1999: 61) se refiere a los contratos de adhesión como la «forma en que se concluye el contrato, por medio de la simple aceptación o firma del documento en que se recogen aquellas condiciones generales –de la «adhesión» a éstas–». Y propone también expresiones equivalentes que se están empleando frente a dichos contratos: formularios contractuales, contratos normativos, contratos tipo, contratos uniformes, contratos en serie o en masa, contratos o condiciones «estándar» o «estandarizados» (65-67).

Esa adhesión a las condiciones generales de contratación por parte del adherente, implica la no posibilidad de discutir las mismas, es decir, su simple aceptación o rechazo en bloque, «sin perjuicio de que en algunos supuestos quepa añadir alguna cláusula particular, pactada libremente» (68).

Esta contratación conlleva, entonces, una «predeterminación del contenido de los contratos por una de las partes mediante el uso de condiciones generales para celebrar un número de negocios, o con formularios inmodificables. Además, con la presentación de ese contenido con opción de aceptarlo o rechazarlo» (Salazar, 2006: 10).

De igual forma, el autor argentino Rubén Stiglitz (1994: 25), en su estudio sobre el contrato de adhesión por excelencia como es el seguro, propone que,

El contrato por adhesión a cláusulas predisuestas o condiciones generales es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional, etc.), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido.

Las cláusulas abusivas o excesivas

Asimismo, se señala que en la contratación masiva y en el establecimiento de condiciones generales de contratación, suelen estar presentes cláusulas denominadas como abusivas o excesivas, a través de las cuales una de las partes tiende a abusar de su posición e incorpora disposiciones que contienen condiciones favorables solo para ella y que perjudican al otro contratante. Se distingue una cláusula abusiva, según Soto Coaguila (2000: 421), «cuando reporte una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro. También se suele denominarlas como ‘vejatorias’ porque agravan la posición de un contratante».

De igual modo, se habla de cláusulas abusivas, lesivas o excesivas, cuando el contenido contractual genera «un desequilibrio de los derechos y las obligaciones de tal entidad (manifiesto), que queda comprometido el principio de máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia» (Stiglitz, 1994: 73). Y aunque dichas cláusulas no son exclusivas de los contratos por adhesión,

según Stiglitz (51), si encuentran en estos el mejor terreno o el más apto para su existencia y multiplicación.

De esta manera, las cláusulas abusivas se caracterizan por atribuir «al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introducen limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes; igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y cargas del adherente, o cuando en general desnaturalicen la relación jurídica creada por el contrato» (Soto, 2000: 422).

El contenido más frecuente de dichas cláusulas abusivas puede agruparse en cinco situaciones, a saber:

- Limitación o exoneración de la responsabilidad del empresario, procurando contar con la mayor seguridad posible en relación con gastos futuros, eliminando costos imprevistos o imprevisibles y trasladando el riesgo al adherente (Ballesteros, 1999: 37).
- Ampliación de los derechos del predisponente, como aquellas cláusulas que lo facultan para suspender, en cualquier momento, en forma unilateral e injustificada la ejecución del contrato; o a través de las cuales se reserva la fijación de la fecha de entrega del bien o el establecimiento de plazos muy reducidos para la satisfacción de garantías.
- Mejorar la situación del predisponente en el contrato incrementando sus beneficios, como por ejemplo las que imponen al adherente la obligación de adquirir prestaciones complementarias (Ballesteros, 1999: 37), o donde el predisponente se reserva el derecho de modificar, en algún sentido, la obligación o la carga comprometida (Stiglitz, 1994: 73).
- Ampliación inequitativa de las cargas u obligaciones que debe asumir el adherente; por ejemplo, reducción considerable de los términos de caducidad, inversión de la carga de la prueba, que deba asumir costos excesivos e inequitativos, imposición de cláusulas penales vejatorias o excesivas.
- Supresión o limitación de los derechos del adherente; se proponen como ejemplos de esta situación, las cláusulas por las que se excluya o limite la

facultad de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; por la que se excluye o limite la facultad del adherente de resolver el contrato en caso de mora del predisponente o de imposibilidad a él imputable de ejecutar la prestación a su cargo; por la que se suprime u obstaculice el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante (Stiglitz, 1994: 75).

Para concluir este punto, es importante señalar que pese a todos los cuestionamientos que está recibiendo el ejercicio de la autonomía privada por el empleo de los contratos estandarizados, y siguiendo con el autor con que se abrió este apartado, Carlos Soto Coaguila (2000: 384), se reconoce que ella, la autonomía, continúa siendo el sustento o fundamento de la contratación privada que, aunque de forma restringida, los sujetos siguen decidiendo en materia contractual sobre la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, afirmando incluso que el contrato «es elevado a la categoría de ley privada» (380), lo que coincide con lo arriba señalado acerca de la concepción normativa que de la autonomía privada se plantea en esta investigación.

2.2.2. La asimetría contractual en la contratación comercial internacional

Estrechamente vinculado con el aspecto anterior, se encuentra que el empleo de contratos sujetos a condiciones generales o predispuestos, permite hablar de una situación de desequilibrio, generada por una posición de dominio del predisponente en la relación contractual, que puede estar determinada por diversos factores, de tipo económico, tecnológico, manejo de la información o conocimientos especializados. Dicho desequilibrio o asimetría se refleja, precisamente, en la adhesión de uno de los contratantes, generalmente en bloque, a los negocios, y en la aceptación de condiciones desfavorables en estos.

Pese a que Stiglitz (1997: 395) señala que el equilibrio contractual no implica una igualdad o simetría a rajatabla entre ventajas y desventajas, cabe señalar que en la contratación comercial internacional se presentan situaciones que traducen una desventaja manifiestamente desproporcionada para uno de los contratantes, debido

a algunos desequilibrios que se dan en el ámbito económico, tecnológico y en la posesión de conocimientos especializados; más aun, cuando las empresas se enfrentan a unas necesidades de inserción en el mercado global que las obligan a cumplir con unos estándares de calidad y competitividad estos últimos establecidos, generalmente, por las empresas transnacionales.

Frente a esta situación se plantea la existencia de una asimetría, denominada jurídica, que consiste, precisamente, en esa posibilidad del ofertante de regular y establecer las cláusulas y condiciones generales de la contratación. Asimismo, se habla de una asimetría de la información, determinada por el poder y posición en el mercado que tiene el ofertante y que puede condicionar la decisión del aceptante (Vallenas, 2000).

Se señala, entonces, que existen contratos con asimetría de poder contractual entre las partes, determinados por el empleo de modelos de contratación, por contratos predispuestos por una de las partes a través de condiciones generales, establecidas por el agente más fuerte en la relación y por la incorporación, en el contenido del contrato, de cláusulas que prescriben situaciones abusivas o excesivas. Al respecto José Antonio Ballesteros (1999: 73) señala que,

El desequilibrio procede del hecho de la utilización del condicionado predispuesto tras un estudio detallado y profesional, especializado, de sus consecuencias, calculando cuáles son las condiciones que otorgan una mejor posición al predisponente, para después ser impuestas en los contratos a celebrar, sin que el otro eventual contratante tenga oportunidad de realizar análogo estudio ni, desde luego, sustituir las cláusulas que le puedan perjudicar [...]

Por otra parte, generalmente se habla de la asimetría o desequilibrio de la información, que ha sido estudiada, sobre todo, por la corriente del análisis económico del derecho, en términos de los costos de transacción, donde la información es uno de esos costos que debe asumirse al momento de celebrar un contrato, y la eficiencia en la celebración de un negocio, con el fin de lograr un contrato perfecto, donde no existan errores (Bullard, 2000: 296).

De igual forma, Diego Salazar (2006: 10) habla del carácter tan limitado que tiene el ejercicio de la autonomía privada en la manifestación de voluntad del adherente,

en la celebración de contratos de adhesión, que se explica por «una asimetría de información frente al predisponente, lo que rompe radicalmente el supuesto de igualdad que se había hecho en el modelo contractual clásico». Sin embargo, el autor no discute el carácter contractual de dichos contratos, pero sí habla de una manifestación limitada de la voluntad del adherente de obligarse.

Para finalizar este aspecto, y siguiendo con Alfredo Bullard (2000: 310), se sostiene que en el actual contexto de la configuración de relaciones jurídicas «se permite el uso exclusivo de la información por un contratante, creando incentivos para que la información sea no solo obtenida, sino utilizada de manera adecuada para generar mayor riqueza y bienestar».

2.2.3. Usos y prácticas en la contratación comercial internacional. La nueva *lex mercatoria*

En la contratación comercial internacional, además de la presencia de condiciones generales y de cláusulas, en ocasiones abusivas o excesivas, también se están empleando ciertos usos y prácticas que determinan la celebración de los negocios y la ejecución de los mismos, con la intervención de las empresas transnacionales, de organismos internacionales como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi o Uncitral), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París, y de algunas agencias privadas. Esto, ha permitido hablar del resurgimiento de la *lex mercatoria* o del derecho de los comerciantes, con una nueva denominación en el contexto de la economía de mercado: la ley del capital global (Sousa, 2002: 104).

Orígenes y concepciones de la *lex mercatoria*

Entre los siglos ^{XI} y ^{XII} las comunidades de mercaderes comenzaron a desarrollar una regulación supranacional, basada en sus costumbres en materia de contratación. Las fuentes de ese derecho fueron los estatutos de las corporaciones mercantiles, las costumbres de estas y la jurisprudencia de dichos organismos, porque en ellas tenían sus sesiones los mercantes (Galgano, 2005: 65). Se trataba, entonces, de un derecho de origen consuetudinario, profesional y con carácter universal. Posteriormente, como consecuencia de la gran cantidad y diversidad de costumbres que hacían poco predecible este tipo de regulación, los Estados iniciaron una

tarea de unificación de la normativa relacionada con el comercio, a través del derecho internacional privado (105), lo que generó la desaparición de dicha *lex mercatoria*.

En la actualidad, se habla de un resurgimiento de la *lex mercatoria*, en honor a esa vieja ley de los comerciantes de la Edad Media, que está ocurriendo en el contexto de la globalización económica, con las exigencias del sistema de economía-mundo, a partir de los usos, las prácticas, los contratos sujetos a condiciones generales o los modelos de contratación; determinado todo esto por la dinámica y el funcionamiento de las empresas transnacionales, por algunas agencias privadas financiadas por estas y por organismos supranacionales del comercio internacional.

De acuerdo con lo señalado por Sousa (2002: 104), en sus estudios sobre la transnacionalización del derecho, la ley propia del capital global o nueva *lex mercatoria* está conformada por un conjunto de principios y reglas consuetudinarias amplia y uniformemente reconocidos y aplicados en las transacciones internacionales; además, según él, es «probablemente la forma más antigua de transnacionalización del campo jurídico».

De igual manera, para Walter René Cadena Afanador (2004: 74) se trata de una «transnacionalización del Derecho Comercial Internacional que excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales», regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.

Asimismo, Galgano (2005: 65) afirma que la *lex mercatoria* es un derecho creado por la clase empresarial, concretamente por las empresas transnacionales, y constituido por «reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados».

Para otros autores, como Mosset (1996: 102), se trata de una ley propia del mercado global, producto de los usos, costumbres, prácticas y modalidades que desarrollan sus actores, en cuya elaboración, sostiene este autor, no intervienen los otros personajes del mercado, como son los consumidores.

De este modo, es importante destacar cómo en el escenario de la globalización económica uno de los elementos jurídicos más significativos es, justamente, la

existencia de un derecho del comercio internacional, que está siendo impulsado por los principales actores de dicho proceso, el sector empresarial, fundamentalmente por las empresas transnacionales. Una regulación que, además, tiene unos rasgos similares a los de la antigua *lex mercatoria*, con una

[...] presunta espontaneidad, desarrollo convencional, independencia y superación de las fronteras estatales y establecimiento de una suerte de agencia de solución de conflictos mediante el arbitraje. [...] Estas reglas son seguidas en miles de transacciones mercantiles internacionales, como ejemplos están: contratos-tipo o contratos estandarizados, cláusulas-tipo (Laporte, 2007: 256).

Las fuentes de la nueva *lex mercatoria*

Giménez Corte (2004: 118-119) prefiere hablar, en lugar de *lex mercatoria*, de derecho transnacional, como una expresión mucho más amplia que se ha originado, fundamentalmente, en las prácticas y los usos comerciales, con influencia, en gran medida, de aspectos económicos como la inversión extranjera directa y los préstamos de dinero. Sostiene que este derecho puede ser producto, además, de los conflictos económicos-políticos norte-sur, de los antagonismos países desarrollados-subdesarrollados.

Por otra parte, una concepción restrictiva de la *lex mercatoria* estima que está integrada por los usos comerciales y aplicada exclusivamente por los árbitros; mientras que una consideración amplia de la misma establece que está constituida, también, por el derecho estatal convencional que gobierna mediante fórmulas uniformes los aspectos jurídicos-privados del comercio internacional y los principios del derecho mercantil internacional; aparece, mucho más restringida, la jurisprudencia arbitral (Illescas y Perales, 2003: 70).

Para Estévez (2006: 127), en respuesta a las necesidades que el proceso de globalización ha provocado, se han generado un conjunto de mecanismos normativos y de resolución de conflictos, de origen privado, que buscan la regulación de las transacciones del mercado global. Las fuentes de esa nueva *lex mercatoria*, acorde con este autor, son los principios generales del derecho, las costumbres, los usos propios de los negocios y, como principal fuente de dicha regulación, los contratos elaborados por las grandes firmas de abogados (especialmente estadounidenses), que trabajan para las compañías transnacionales.

Para Estévez, finalmente, se trata de un derecho autónomo, paralelo al derecho estatal y que se interrelaciona con otros sistemas jurídicos. Según el «El renacimiento de la lex mercatoria es, en este sentido, la expresión más extrema de la privatización jurídica acaecida en la globalización neoliberal» (132).

Igualmente, otros autores (Mosset, 1996; Jaramillo, 1998; Cadena, 2004) coinciden en establecer que las fuentes de este derecho se encuentran en las costumbres internacionales del comercio, los principios generales del derecho, las reglas relevantes promulgadas por las instituciones del comercio internacional, como la Cámara de Comercio Internacional, los usos, los contratos tipo y el arbitraje internacional. Consideran, de igual forma, que se trata de una regulación que se encuentra en una etapa temprana de formación (Jaramillo, 1998: 49).

Diferencias entre usos, prácticas y costumbres en la contratación comercial internacional

En el artículo 9.º de la Ley 518 de 1999, mediante la cual Colombia ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (conocida como Convención de Viena), se diferencian los usos convencionales, las prácticas y la costumbre internacional, estableciendo que,

1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

En el numeral primero se está haciendo referencia, por una parte, a las prácticas negociales, como aquellas «conductas establecidas entre los intervinientes del negocio para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones que, por la habitualidad con las que se han venido practicando en el transcurso de contratos anteriores, se consideran vinculantes para los mismos convirtiéndose en contenido del contrato» (Illescas y Perales, 2003: 126). Por otra parte, este numeral alude también a los usos convencionales como el «acuerdo particular y determinado

(expreso o tácito) para el empleo de un uso específico en una transacción concreta» (127). Mientras que en el numeral segundo se habla de los usos normativos, como las costumbres mercantiles que «siendo ampliamente conocidas y observadas en cierto sector del comercio internacional, se convierten en cláusulas tácitamente aplicables al contrato o a su formación» (127).

De esta manera, se tiene que los usos y las prácticas tienen una eficacia particular, pues se restringen a lo que las partes del negocio hayan pactado (usos convencionales) o a las conductas habituales que entre ellas debe observarse (prácticas) en la ejecución del negocio. Por el contrario, la costumbre o uso normativo, que consagra el parágrafo segundo de la norma en mención, tiene una aplicación general, como prácticas o conductas generadas por las sociedades de comerciantes, que son suficientemente conocidas y observadas en estas, considerándose incorporadas implícitamente en los contratos.

De manera similar, Mosset (1996: 112) aclara que los usos convencionales no son costumbre de acuerdo con una terminología clásica; pese a que les reconoce a estos fuerza normativa, señala que no surgen de manera espontánea, ni su cumplimiento es consciente o inconsciente, ni tienen origen en su uso por largo tiempo; por el contrario, según el autor, estos surgen de la determinación de una de las partes (unilaterales), por algún interés o pretensión para su surgimiento, son impuestos o forzosos y se presentan, por lo general, a partir de acuerdos predispuestos, que limitan el ejercicio de la autonomía material. Concluye el autor que se trata, en síntesis, de «la 'ley de una de las partes' en el mercado, la 'ley privada negocial' de los proveedores o de quienes producen bienes o servicios».

Igualmente, Cadena Afanador (2004: 92- 93) afirma que la costumbre no se puede confundir con los usos convencionales o contractuales, argumentando que la primera «supone una norma de expresión de derecho objetivo, fundada en prácticas generales, públicas reiteradas tomadas de un conglomerado social dentro del cual se realizan como jurídicamente obligatorias, con una aplicación general, abstracto, permanente y objetivo». Mientras que los usos convencionales consisten en ciertas prácticas, algunas de ellas locales y profesionales, que son estipuladas por las partes en el contrato y que, por tanto, únicamente las vincula a ellas.

En contraste, para Francesco Galgano (2005: 70), en términos generales, los usos del comercio internacional «son asumidos como verdaderos y adecuados usos

normativos, verdaderas y adecuadas fuentes de derecho objetivo, pero de un derecho objetivo no estatal, sino supranacional», considerando como fuentes de esa regulación, propia de los operadores económicos, los modelos contractuales creados por ciertas agencias privadas y por las empresas transnacionales, en los cuales se fijan las condiciones generales de contratación; las costumbres del comercio internacional y las decisiones de los árbitros internacionales (67-68).

2.2.4. El derecho corporativo

Como ya se señaló en la primera parte de este capítulo dedicado al proceso de la transnacionalización de capitales, las empresas en el escenario del sistema de economía- mundo están asumiendo una estructura y una organización empresarial compleja, que en muchas ocasiones se extiende más allá y por encima de los Estados. Asimismo, con el fin de atender los requerimientos del proceso de globalización económica, las empresas están constituyendo redes de acuerdos y alianzas empresariales con otros sectores estratégicos.

De esta manera, con fundamento en la autonomía contractual y en la propiedad privada, las grandes y medianas empresas están conformando grupos empresariales que bajo la dirección unificada de una sociedad directora, o holding, operan a través de una pluralidad de sociedades (Galgano, 2005: 169-170). Bajo esta estructura organizacional se presenta una separación de las funciones de dirección estratégica de la organización, ejercidas por la empresa controlante, de aquellas funciones operativas, cumplidas por las empresas controladas. A ese esquema organizacional obedecen las empresas transnacionales, a partir de la idea de mercado global y del sistema de economía-mundo, «con la ventaja de poder distribuir las diversas sociedades de grupo en países oportunamente elegidos, en relación a la conveniencia que cada uno de ellos ofrece bajo los distintos aspectos de los recursos materiales, costo del trabajo, mercado de capitales o tratamiento fiscal» (184).

Acorde con lo anterior, y como también se señaló en la primera parte de este capítulo, siguiendo a José Antonio Estévez (2006: 37), en la actualidad se está presentando un modelo operativo de empresa red, que cambia esa vieja estructura jerárquica y burocrática de las compañías, para darle paso a una mayor flexibilidad en su organización y en la actuación de estas, convirtiendo este tipo de empresa en «la unidad operativa propia de la nueva economía global».

Del mismo modo, el autor José Eduardo Faria (2001: 143) propone que: «el contexto de la economía globalizada puede ser definido como una 'sociedad de organizaciones', es decir, más como una 'constelación de gobiernos privados' que propiamente como una 'asociación de individuos articulada por un gobierno público'». Este autor reconoce que el escenario de la transnacionalización de capitales ha posibilitado la formación de una compleja red de acuerdos formales e informales, tendientes a permitir una flexibilización de la coordinación horizontal de las empresas en el ámbito mundial (94), las cuales, además, establecen sus propias reglas, procedimientos de resolución de conflictos, normativa y criterios de legitimación, al tiempo que definen sus propias identidades y regulan sus propias operaciones (130).

Consecuente con lo que se acaba de mencionar, se habla de un derecho de tipo corporativo generado por las compañías transnacionales, que atienda a las necesidades de estas, a través de normas sustantivas y procedimentales (Cadena, 2004: 147). Este tipo de regulación se refleja en los contratos modelo o tipo sujetos a condiciones generales de contratación, implementados por las casas matrices de dichas empresas, como también en la disposición de algunos usos y prácticas que se incorporan en la celebración de los contratos y en su ejecución.

Por otra parte, esa estructura empresarial actual, donde las pequeñas y medianas empresas se encuentran integradas a redes complejas que dependen de una gran empresa, ha generando un aumento significativo del comercio intrafirmas, es decir, el que se presenta entre las filiales y las divisiones de una misma empresa, donde las grandes compañías imponen sus condiciones mediante normas de regulación interna que, aunque correspondan a contratos, son impuestos unilateralmente (Estévez, 2006: 124). La forma jurídica por excelencia para lograr esto se ha denominado contratos relacionales (Lorenzetti, 2000: 36; Faria, 2001: 170-172; Estévez, 2006: 124).

Este tipo de contratación está basada en la regulación de procedimientos generales de actuación y negociación, a partir del establecimiento de un conjunto de reglas que unen a las partes, a través de redes o cadenas productivas competitivas, y que se van especificando a lo largo del proceso de cumplimiento contractual (Lorenzetti, 2000: 36). Son contratos celebrados entre las empresas y están «basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual. De modo que es esa confianza o cooperación el elemento que une a esas redes» (36).

En igual sentido, José Eduardo Faria (2001: 170) afirma que esta contratación implica la constitución de «amplias e intrincadas 'redes' de agentes y participantes con una interacción acentuadamente marcada por la solidaridad en el seno de la organización, por la cooperación recíproca y por la confianza mutua». Contratos que, por lo general, tienen una duración considerable, que involucran agentes con intereses individuales y colectivos, proponiendo como ejemplo «la asociación de pequeños y medianos empresarios con poderosos grupos multinacionales en el sector de servicios (alimentación, gestión de tarjetas de crédito, alquiler de vehículos, turismo, etc.) en forma de franquicias» (171). Adicionalmente, este tipo de relaciones contractuales conllevan la autonegociación de los conflictos y problemas que van surgiendo en el transcurso del proceso de cumplimiento del contrato (172).

En definitiva, la economía globalizada ha generado el despliegue de estrategias de organización y alianzas empresariales, que involucran el establecimiento de pautas y reglas de actuación, con procedimientos propios surgidos dentro de estos grupos y que se imponen en las relaciones contractuales entre ellos mismos.

2.3 Caracterización de algunos contratos comerciales internacionales

Tomando en cuenta los contratos que fueron recogidos, sistematizados y posteriormente analizados en el desarrollo de esta investigación, se procede a caracterizarlos sucintamente, sin el ánimo de abarcar y detallar todos los aspectos jurídicos de los mismos, pues no es el objetivo aquí.

Apuntes generales sobre la contratación comercial internacional

El proceso de globalización económica ha generado una internacionalización de las relaciones jurídicas, principalmente en materia de contratación comercial (Sierralta y Olavo, 1998: 3; Oviedo, 2004: 29; Calvo y Carrascosa, 2003: 104). Asimismo, a partir de este fenómeno económico, se ha pretendido desarrollar una serie de reglas que permitan hablar de un derecho uniforme del comercio internacional, destacándose la Convención de las Naciones Unidas para la compraventa internacional de mercaderías, y organismos como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –Unidroit– y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –Cnudmi o Uncitral– (Oviedo, 2004: 33-34).

Por consiguiente, la contratación internacional es aquella que tiene vínculo con varios países (Calvo y Carrascosa, 2003: 100), bien sea en razón de alguno de los elementos del contrato o de los efectos que este pueda generar. Así pues, los contratos internacionales son aquellos acuerdos «celebrados entre personas jurídicas o no, de derecho público o privado, de diferentes países, que implican el tráfico de bienes y valores entre esos países» y el mejor criterio para establecer si un contrato es internacional «es el que se apoya en su objeto. En efecto, si hay un traslado o tránsito de valores y mercaderías o servicios a través de las fronteras, el contrato es, por vía de regla, internacional» (Sierralta y Olavo, 1998: 43-44).

Por otra parte, la contratación comercial internacional está caracterizada por la atipicidad de muchos de los negocios celebrados, donde las partes, o una de ellas, crean los contratos y fijan el contenido que regulará la relación jurídica, atendiendo los intereses socioeconómicos que persiguen.

En la contratación comercial internacional, además, una de las cláusulas más importantes que las partes pueden establecer es la de elección de la ley que regulará la relación, en ejercicio de la autonomía conflictual arriba mencionada, la cual les permite a los contratantes elegir el derecho que más convenga; bien el de uno de los Estados a los que pertenezcan las partes o el de un Estado neutral (Calvo y Carrascosa, 2003: 135). También es frecuente la presencia de cláusulas compromisorias, que tienen como finalidad facilitar la solución de los conflictos que lleguen a surgir entre las partes.

Asimismo, es importante destacar que la presencia de contratos estandarizados, sujetos a condiciones generales de contratación, permiten establecer una estructura muy similar de los contratos comerciales internacionales. En algunos casos, se trata de contratos muy detallados y bastante extensos, con fundamento en la contratación anglosajona, donde todos los aspectos de la relación contractual están regulados, con el fin de que no existan espacios de interpretación divergentes por los tribunales (104).

Como técnica contractual empleada en la celebración de estos contratos, que busca evitar posibles conflictos que en ocasiones no alcanzan a solucionarse con la elección de la ley y la cláusula compromisoria, es frecuente encontrar modelos y cláusulas tipo redactadas, por lo general en inglés, que las partes copian o se remiten a ellas en la celebración de los contratos (108); También, las denominadas

cláusulas patrón, que consisten en la «definición de los términos usuales del comercio internacional, las más famosas son los Incoterms» (Sierralta y Olavo, 1998: 65), que corresponden a términos contractuales relacionados con la entrega de la mercancía y el momento del traspaso del riesgo, que tienen origen en las prácticas desarrolladas a partir de los usos y las costumbres que los comerciantes se habituaron a designar por abreviación o siglas, para facilitar la comunicación.

También se presenta una técnica en la redacción de estos contratos llamada la Definitions, propia del derecho anglosajón, que tiene como finalidad evitar los riesgos del lenguaje empleado, y consiste en definir materialmente lo que se entiende por un término concreto (109). Esta técnica, precisamente, fue encontrada en algunos de los contratos recogidos y analizados en esta investigación.

Se destaca, igualmente, cómo los contratos comerciales internacionales no se están celebrando aisladamente, sino que, por lo general, hacen parte de complejos grupos de contratos interrelacionados que abarcan múltiples objetos contenidos en un mismo instrumento (Sierralta y Olavo, 1998: 67).

Sobre algunos contratos comerciales internacionales:

Los contratos recogidos en esta investigación, once en total, pueden clasificarse en cuatro grupos: contratos informáticos, de distribución, de crédito internacional y de compraventa internacional de mercaderías.

Contratos informáticos: corresponde al grueso de los contratos recogidos y analizados en la presente investigación. Se trata de acuerdos de voluntad que recaen sobre bienes corporales (hardware) o incorporeales (software), a través de los cuales se posibilita el tratamiento automatizado de la información. El objeto de dichos negocios puede consistir en la compraventa, el arrendamiento, leasing, prestación de servicios, concesión de licencias de uso o el alquiler de un espacio web (Calvo y Carrascosa, 2003: 683).

Este tipo de contratos se caracterizan por su complejidad, debido a que usualmente están conformados por un conjunto de contratos celebrados a través de una sola operación, como ocurre con la adquisición del hardware y, a la vez, la contratación de otros servicios como el suministro de los programas (software) y la asistencia técnica de estos.

Son contratos atípicos e internacionales por excelencia, porque en la mayoría de casos se celebran entre empresas y sujetos radicados en Estados diferentes (684). Además, generalmente son el modelo de contrato celebrado, por las empresas transnacionales y las grandes o medianas empresas, sujetos a condiciones generales de contratación, al cual se adhiere en su integridad una de las partes, y es frecuente en ellos la presencia de cláusulas excesivas como la exoneración de la responsabilidad, muy propia del derecho anglosajón (685).

El contrato informático tiene varias modalidades como son: la compraventa de hardware e instalación de software, la licencia de uso de software, el desarrollo de software, el tratamiento de datos, el acceso a bases de datos, los recursos informáticos, la adquisición y asistencia técnica de paquetes operativos y el manejo integral de la parte informática de una empresa. Sin embargo, a continuación solo se presenta una breve conceptualización de algunos de ellos, atendiendo a los contratos informáticos que se recogieron y analizaron en esta investigación.

En primer término, el contrato informático más frecuente es el de licencia de uso de software o programas informáticos a empresas, destinado a «procurar, por una parte, una rentabilidad económica a la empresa (cedente) que ha desarrollado un software, y por otro lado, la venta de utilización de un software avanzado para las empresas que lo utilizan en la gestión de sus datos e información interior» (689). De esta manera, la empresa que diseñó el programa informático, titular del derecho (licenciante), le concede al cliente (licenciatario) la posibilidad de emplear o utilizar dicho software, producido generalmente en masa, a cambio de una remuneración económica. Se trata, por tanto, de una licencia solo para el uso del programa, que no transfiere la propiedad del mismo.

En segundo lugar, se encuentra el contrato de desarrollo de software, por el cual una empresa encarga a otra la elaboración de un programa informático específico, dirigido a proporcionar unos resultados concretos como por ejemplo la administración de la nómina, de los clientes de la compañía, la contabilidad, a cambio de una prestación determinada. En esta clase de contrato es posible que se establezca que la propiedad del software corresponde a la empresa que lo desarrolló, evento en el cual esta debe conceder una licencia con carácter indefinido al adquirente, o puede establecerse que el programa desarrollado es propiedad de la empresa cliente (690).

En tercer lugar está el contrato de recursos informáticos, también de frecuente uso, que consiste en un conjunto de contratos de prestación de servicios por el cual una compañía informática se obliga al mantenimiento y/o asistencia técnica de los equipos de hardware y/o software del cliente, para procurar un adecuado funcionamiento de los mismos. Puede consistir en asistencia en el local de la empresa, telefónica o virtual, y tener carácter preventivo, correctivo o evolutivo (695).

Contratos de distribución: es otro de los contratos analizados en esta investigación y corresponde a negocios jurídicos mediante los cuales las empresas buscan la colaboración de terceras personas para operar en el ámbito del comercio internacional, actuando como intermediarios en el mercado para poner en contacto al productor de los bienes y servicios con el consumidor final (333).

En la actualidad, con el fin de superar las distancias físicas y las barreras socioeconómicas existentes en los mercados, se presenta un alto porcentaje de compraventas internacionales que se realizan con este tipo de intermediación (334). Y aunque estos negocios tienen diversas modalidades, como son la representación mercantil, la comisión, la agencia, la franquicia, la colaboración y asociación, los contratos de esta categoría que se analizaron en la investigación corresponden a la denominación de contrato internacional de concesión mercantil.

Este tipo de contrato es un acuerdo de voluntades en virtud del cual,

un empresario (denominado concedente) se obliga a otorgar a otro (llamado concesionario) la distribución de sus productos o servicios –o el uso de sus marcas, licencias o espacios físicos– a cambio de una retribución [...] Por su parte, la entidad concesionaria se compromete a adquirir productos a la entidad concedente para, posteriormente, revenderlos en régimen de exclusiva y, en su caso, prestar asistencia técnica a sus compradores (Calvo y Carrascosa, 2003: 341).

Los dos rasgos característicos de esta clase de contrato de distribución son la exclusividad y la puesta a disposición de su empresa por parte del concesionario. Por lo tanto, es frecuente que se le señale un espacio geográfico determinado al distribuidor, lo cual le impide buscar activamente clientes fuera de este. O podría tratarse de una distribución selectiva, por la cual el distribuidor se compromete a adquirir los productos del principal y a revenderlos en su establecimiento en

régimen de no exclusividad. En los contratos recogidos y analizados en la presente investigación, se encontró la primera modalidad de exclusividad por parte del concesionario. Igualmente, es usual en este contrato que el concesionario se obligue a realizar ventas por un volumen mínimo.

Cabe aclarar que no se trata de una simple compra para la reventa de productos, sino que involucra el control al proceso de distribución y venta por parte del concedente, pero advirtiendo que el concesionario actúa por su propia cuenta.

En conclusión, el concesionario adquiere la mercancía suministrada por el concedente en firme y la revende a su propia clientela, pero bajo la marca y los parámetros fijados por el concedente (342).

Contrato de crédito internacional: la necesidad de financiación o inyección de capital para el desarrollo de ciertos proyectos, lleva a que las empresas en ocasiones decidan tomar créditos o préstamos de dinero con la banca privada, nacional o extranjera. El crédito es un contrato o acuerdo de voluntades, en virtud del cual una persona, llamada prestamista, le transfiere unos recursos a quien lo solicita, denominado el prestatario, confiando en que este le retornará en el futuro dichos recursos, cumpliendo con los plazos y las condiciones establecidas.

Las empresas pueden acudir al crédito interno, a través del sistema financiero, con las instituciones nacionales, el cual se realiza en moneda nacional. Igualmente, cuando se trata de volúmenes altos de recursos, pueden acudir al crédito externo, que se realiza en moneda extranjera, generalmente dólares, a través de la banca comercial internacional.

El crédito internacional tiene varias modalidades: el documentario o carta de crédito (Sierralta y Olavo, 1998: 236), de corto, mediano y largo plazo, de consumo, créditos para la producción, hipotecarios, de libre inversión y sindicados.¹⁶

Acorde con lo anterior, el contrato de crédito internacional (Loan Agreement) recogido y analizado en la presente investigación, es un tipo de préstamo bancario, celebrado por una empresa colombiana del sector bebidas y alimentos, con la banca privada de los Estados Unidos, que corresponde a la modalidad de crédito sindicado. Se

16. <http://www.intracen.org/tfs/docs/glossary/bs.htm> [Consultado en marzo 7 de 2009]

trata de préstamos a mediano o largo plazo, que involucran la solicitud de grandes sumas de dinero, evento en el cual varios bancos o entidades financieras se unen para realizar el préstamo, logrando reunir el monto requerido y compartiendo el riesgo de un posible incumplimiento.

De esta forma, tomando en cuenta el monto elevado de los recursos solicitados por el prestatario, se da la intervención de un grupo de bancos, donde uno de ellos, el administrador, también denominado agente, gestiona el crédito, evalúa las necesidades del solicitante y busca la participación de las otras entidades bancarias en el préstamo. Como contraprestación, el banco administrador recibe una comisión de dirección.

Este tipo de crédito se otorga a grandes empresas u organizaciones, que acrediten una muy buena solvencia económica, por altas sumas de dinero y a plazos que pueden oscilar entre los cinco y siete años.

Contrato de compraventa internacional de mercaderías: sin lugar a dudas, el contrato de compraventa continúa siendo uno de los más frecuentes en el tráfico jurídico; incluso se le considera como el prototipo de los contratos que se desarrollan en la práctica comercial (Espluges, et al., 2006: 183).

En el caso del contrato de compraventa internacional de mercaderías, se cuenta con una regulación uniforme, en cuanto a su formación y a las obligaciones de las partes, a través de la Convención de Viena de 1980, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, que ha sido ratificada por más de 60 países; Colombia la ratificó a través de la Ley 518 de 1999.

Aunque esta regulación no define el contrato internacional de mercaderías, sí establece algunos elementos para saber cuándo se está frente a este. Se trata, acorde con los artículos 30 y 53 de la mencionada Convención, de un acuerdo de voluntades en virtud del cual el vendedor se compromete a traditar un bien y, a su vez, el comprador se obliga a pagar un precio, con dos características particulares:

- En primer lugar, se trata de un contrato internacional, en razón a la celebración de este por personas que tienen su establecimiento en Estados diferentes que hacen parte de dicha Convención o en el evento que las normas de derecho internacional privado aplicables remitan a la normativa de un Estado diferente que sea parte de dicha Convención (artículo 1.º de la Convención).

- En segundo lugar, la venta debe recaer sobre mercaderías, es decir, bienes muebles corporales, excluyéndose, por tanto, los inmuebles y los bienes intangibles como la propiedad industrial o intelectual (Illescas y Perales, 2003: 102; Espluges, et al. 2006: 185).

De acuerdo con el artículo 2.º de la Convención, quedan excluidas de esta regulación las siguientes operaciones:

- Compras para consumo, para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el comprador en cualquier momento antes de su celebración no hubiera tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.
- Las ventas hechas en subasta.
- Las judiciales.
- De valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio de dinero.
- De buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves.
- De electricidad.

Por el contrario, el artículo 3.º equipara a la compraventa internacional de mercaderías ciertas operaciones que técnicamente no gozan de dicha condición, como son:

- Los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que quien las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.
- Contratos complejos o mixtos que combinan la entrega de una cosa con una prestación de servicios. Siempre y cuando la parte esencial del contrato no consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Esa parte esencial o sustancial se determina cuantificando el valor económico de la misma relación con el valor total de la transacción (Espluges, et al. 2006: 186).

Por otra parte, de conformidad con el artículo 6.º de la Convención, se reconoce plenamente la libertad contractual de las partes, de esta manera los contratantes pueden excluir la aplicación de dicha regulación, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. Igualmente, de acuerdo con el artículo 9.º, la aplicación de esta normativa está sometida a los usos o prácticas, propios o particulares de cada relación contractual que las partes hayan podido convenir a lo largo de su relación contractual, o a los usos que sean objetivamente aplicables en el comercio internacional, es decir las costumbres o usos normativos.

Finalmente, existe una serie de instrumentos internacionales que se relacionan directamente con la Convención de Viena de 1980 y que deben ser tenidos en cuenta dentro de la normativa que regula la compraventa internacional de mercaderías, como son los Incoterms 2000 (términos relacionados con la entrega de las mercancías y el momento del traspaso del riesgo), las reglas y los usos uniformes relativos a los créditos documentarios de 1993 (denominados RUU 500), la Convención de Nueva York sobre los términos de prescripción del contrato de compraventa internacional de mercaderías, los Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales (que regulan aspectos como la validez de los contratos, no regulados en la Convención de Viena) y los Principios del Derecho Contractual Europeo (PCCI) (Illescas y Perales, 2003: 81).

CAPÍTULO III

DIAGNÓSTICO DE LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NEGOCIAL EN LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES

b

En el siguiente capítulo se presenta, a manera exploratoria, una evaluación de los hallazgos obtenidos en las fuentes primarias de investigación recogidas, sistematizadas y posteriormente analizadas. Este diagnóstico de carácter descriptivo, con el aporte de algunos elementos para el posterior análisis de los resultados, tiene como finalidad exponer una primera mirada del ejercicio de la libertad de configuración negocial en el escenario de la globalización económica, con la influencia de uno de sus procesos como es la transnacionalización de capitales, para lo cual se han tomado en cuenta las variables de investigación propuestas, a través de las cuales se analizó la información de este trabajo.

Después de la revisión, sistematización y análisis de los contratos, las entrevistas y la normativa, a continuación se procede a exponer los principales aspectos que se encontraron en estas fuentes.

1. MODELOS O ESTÁNDARES DE CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Desde una concepción tradicional del equilibrio contractual basado en el ejercicio de la autonomía privada, con una plena manifestación de la libertad de conclusión (posibilidad de decidir libremente si se contrata o no y con quién se contrata) y la libertad de configuración interna del contrato (a través de la discusión libre de las partes dirigida a establecer el contenido del negocio celebrado), se considera que un contrato es lesivo o abusivo cuando contiene ventajas exclusivas para una de las partes, como consecuencia de una disposición unilateral y la falta de discusión del mismo.

Según esto, en el actual escenario del comercio globalizado, con la celeridad en las contrataciones, las lógicas y las necesidades de inserción en los mercados, es cada vez más frecuente la contratación masiva, atendiendo a unos estándares o modelos contractuales, preestablecidos por una de las partes, generalmente, las casas matrices de las empresas transnacionales. De otro lado se evidencian en dichos modelos cláusulas lesivas, que reflejan una posición dominante y abusiva de una de las partes.

1.1. Modelos o estándares de contratación comercial internacional

Frente al primer aspecto, la celebración de contratos modelos o estándares en la contratación internacional privada, el entrevistado uno¹⁷ ante el cuestionamiento sobre la presencia de condiciones de asimetría en la contratación internacional privada, destacó el empleo de modelos o estándares en dichas negociaciones, al señalar que

Son contratos muy estándar [se refiere a los contratos comerciales internacionales], por ejemplo los financieros, bancarios, son estándar, los tecnológicos son estándar, los de licencias son estándar, son contratos que de acuerdo con los servicios y de acuerdo con el país se vuelven muy estándar: primero un glosario de términos, y otra cosa son contratos complejos, porque tienen muchas cláusulas.

Otro de los abogados entrevistados, quien ha asesorado diversas empresas colombianas y transnacionales en la celebración de contratos y en las controversias surgidas posteriormente en la ejecución de los mismos (quien en adelante se denominará entrevistado tres),¹⁸ destaca que es completamente claro y cierto el empleo común y frecuente de dichos modelos o estándares de contratación, pero atendiendo más a criterios comerciales y técnicos, a las necesidades e imperativos

17. Abogado de una gran empresa del sector de servicios, de la cual también fue posible consultar cuatro contratos comerciales internacionales celebrados por ella. De acuerdo con el compromiso de confidencialidad con las personas que brindaron información para esta investigación y con el consentimiento informado manifestado por ellas, no se revela la identidad de las mismas, ni el nombre de la empresa o firma de abogados en la cual laboran; se identifican como entrevistado uno, dos, tres y cuatro. Estas entrevistas se realizaron entre mayo y septiembre del año 2008.

18. Debe aclararse que en esa exposición no se conserva la secuencia en el orden asignado a cada uno de los entrevistados, porque lo que interesa mostrar es precisamente las relaciones y tensiones presentadas en las entrevistas.

de los mercados, y no a una visión de abuso y dominio de una de las partes o agentes; en este sentido señaló:

Yo hice contratos de franquicia con compañías multinacionales y eso es verdad, eso está definido, simplemente vuelve la misma exigencia, exigencias no desde la esencia de la franquicia, de lo que es la franquicia, pero no solo por eso, sino porque es que ya son estándares internacionales, en una franquicia ya existen estándares internacionales que no los va a modificar nadie, porque son desde el punto de vista comercial y si no, no le interesa al franquiciante entregarte la franquicia.

Con respecto a este punto, los principios Unidroit¹⁹ sobre contratos comerciales privados del 2004, establecen que es posible emplear cláusulas estándar en este tipo de contratación, al señalar en el artículo 2.1.19:

«Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte».

Y continúa estableciendo el carácter de sorpresivas que pueden llegar a tener dichas cláusulas estándar y su ineficacia eventual:

ARTÍCULO 2.1.20. (Cláusulas sorpresivas)

- (1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.
- (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Bajo estos principios, es claramente aceptada la presencia en los contratos comerciales internacionales de cláusulas estándar, que implican una redacción unilateral del contrato, donde la libertad de discusión y configuración interna de los

19. Establecen reglas generales aplicables a los contratos internacionales. Las partes tienen libertad de escoger su aplicación en los contratos comerciales de carácter internacional que celebren. Son de utilidad para la interpretación o complementación de instrumentos internacionales de derecho uniforme, como también del derecho nacional.

contratos va quedando ausente, debido, quizá, a las necesidades de los mercados, los ritmos y las dinámicas de estos.

De tal aspecto se deriva, además, una tensión en estas negociaciones entre los factores técnicos y comerciales, con respecto a los asuntos de orden jurídico, que deben ceder frente a lo fáctico; el mayor período de negociación y acuerdos en la contratación comercial internacional se concentra, precisamente, en esa parte técnica, procurando que lo jurídico no se convierta en un obstáculo para lograr el acuerdo comercial. En este sentido el entrevistado uno destacó que

jurídicamente es ausente [al referirse a la fase de tratativas y negociaciones previas a la celebración del contrato], yo pienso que el error es que cuando se sientan a negociar las partes no hay un acercamiento desde lo jurídico, sino un acercamiento desde las necesidades, cierto, cuando ya la negociación está dada, en cómo quiero, qué quiero, el precio que puedo; el contrato o la discusión de los textos del contrato, entra al final, al final absolutamente y muchas veces lo que el área técnica o comercial está negociando no lo entiende frente a lo que le dice el contrato y en las mismas organizaciones son como temas partidos; usted lo compra desde lo técnico, usted lo compra desde lo comercial y el abogado lo negocia, como en su escritorio, cierto, yo no sé muy bien qué es lo que usted necesita y yo área comercial no sé muy bien qué dice en el contrato pero lo necesito así, entonces no me entorpezca tampoco mucho las negociaciones, y los jurídicos de las partes son un grupo de trabajo distinto a los comerciales y técnicos de cada una de las empresas; entonces los jurídicos entramos a mirar dentro de un contrato cuando ya una negociación técnica y comercial va muy adelante, cuando hay hasta cronogramas de trabajo adelantados y donde nos ponemos a pulir los términos de un contrato, uno, que no nos van a cambiar porque es una minuta internacional, y dos, porque digamos que nos tiramos el cronograma de trabajo o le frenamos el cronograma de trabajo a las partes técnicas.

Pregunta: ¿no hay posibilidad de reforma a esos textos que vienen ya preestablecidos?

La respuesta es: No, incluso la experiencia que yo he tenido es: «mira esta minuta de contrato», «listo, tengo estas observaciones». El abogado de la otra parte recibe, nunca entra a discutir las observaciones con su departamento técnico por ejemplo, sino que el abogado solito da la respuesta. «Mire esto: la experiencia que he tenido es que jamás se puede modificar, estas, estas y estas cláusulas son inmodificables, estas otras, le prometo que las voy a escalar

a nuestra casa matriz en Brasil que es el procedimiento». Por decir algo, a los tres o cuatro días contestan: «mire, la casa matriz dice que esta es la redacción», en el mejor de los casos, cuando la respuesta no ha sido «la casa matriz dice que no se modifica». Cuando hay modificaciones, las modificaciones no son 100% partes que nos dejen jurídicamente tranquilos, no son ajustes en una redacción; pensar en modificar por ejemplo cifras, porcentajes, términos, es imposible. Yo le voy a responder por «X» porcentaje más o usted podrá ejercer esta acción o podrá, en tanto tiempo, siempre ampliarlo a favor de o volverlo más pequeño cuando es beneficio de la parte; eso es imposible, esas no se escalan.

En igual sentido, el entrevistado dos, asesor jurídico de algunas empresas colombianas en la celebración de este tipo de contratos, principalmente de web hosting o nombres de dominio en internet y exportación de flores, señaló que

la etapa precontractual no necesariamente implica amplia discusión del contrato. No necesariamente todos los tipos de contrato generan una regulación de cláusulas; esto no sucede en los acuerdos donde el mercado fija el precio y en los que normalmente los bienes objeto de negociación son cosas genéricas. Habitualmente, este tipo de contratos son de contraprestación, de ejecución instantánea y consensuales.

Sin embargo, el entrevistado señaló que esa falta de negociación previa de aspectos jurídicos no puede extenderse a todo tipo de contratos. En tal sentido afirmó:

Existe más preponderancia a la fase de discusión en los contratos de colaboración, tales como los de intermediación o distribución y en las uniones, sean temporales o definitivas, entre empresas. En este tipo de negocios, normalmente una de las partes propone las condiciones del negocio, lo cual no implica necesariamente que la otra no pueda realizar observaciones a la propuesta inicial. No obstante, en ocasiones en la que el producto o servicio objeto del contrato tiene un beneficio económico asegurado a la parte débil, esta se acoge a las estipulaciones propuestas por la parte fuerte, ya que compensa dichas estipulaciones con los beneficios económicos que obtiene, o que sus competidores dejan de obtener.

Lo anterior, coincide además, con lo reiterado por el entrevistado tres, en el sentido que las dinámicas en el actual contexto son otras, que conducen a un cambio en

la estructura clásica de las relaciones jurídicas, que lleva a reevaluar el ejercicio de la autonomía privada atendiendo mucho más a otros factores y exigencias de integración al comercio global, obteniendo mayores logros que pérdidas en la aceptación de negociaciones con poco equilibrio contractual y cuyo objeto negocial se extiende mucho más allá de lo contratado inicialmente.

1.2 Cláusulas abusivas o excesivas

Por otra parte, a partir de dichos contratos redactados unilateralmente, atendiendo a esos modelos o estándares internacionales y a las condiciones generales de contratación, se comienza a hablar de la presencia de cláusulas abusivas o excesivas.

En este sentido, se encontraron en los contratos recolectados, sistematizados y posteriormente analizados, coincidencias en varias cláusulas que atienden a esos criterios que permiten señalarlas como abusivas.²⁰

Cláusulas de exoneraciones o limitaciones de la responsabilidad

En primer lugar, en los contratos de software, que constituyen la mayor parte de contratos a los cuales se tuvo acceso, son predominantes las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad a favor del contratista que va a ofrecer el servicio de asesoría técnica en esta materia y cuenta con el conocimiento especializado y el manejo de la información.

De esta manera, en el contrato de licencia de software y servicios, celebrado entre una compañía colombiana del sector servicios y una empresa con casa matriz en Estados Unidos, en la cláusula número 6 sobre vigencia y terminación, se señala que

[...] 6.2. Cualquiera de las partes podrá dar por terminado este Contrato en caso de incumplimiento material de la contraparte cuando dicho incumplimiento no sea subsanado dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que la contraparte sea notificada. **Sin perjuicio de lo anterior, AB²¹ [licenciante]**

20. En el capítulo segundo de este trabajo, se desarrollaron los criterios que doctrinalmente se han establecido para identificar una cláusula como abusiva o excesiva.

21. En cumplimiento del compromiso de confidencialidad y reserva de las fuentes, adquirido con las empresas y personas que permitieron acceder a los textos de contratos y modelos contractuales, el nombre de los contratantes se ha omitido o cambiado. Las negrillas son de la autora.

podrá terminar este Contrato en forma inmediata, notificando al licenciatarlo, en caso de insolvencia, o en caso de cualquier incumplimiento de obligaciones referentes en la cláusulas tituladas «Titularidad y Protección» «Confidencialidad», o «Cesión» de este contrato.

De acuerdo con la naturaleza de estos contratos que incluyen el soporte técnico y la asesoría en el manejo de los software, a través de los cuales las empresas procesan toda su información, tomando en cuenta la sociedad de la información que se ha desarrollado, y la velocidad con que ésta se produzca y se intercambie, puede resultar bastante lesivo para el licenciatarlo (empresa colombiana, en este caso) una terminación unilateral e inmediata del contrato por parte del licenciante.

En concordancia con lo anterior, también es frecuente encontrar cláusulas que limitan la responsabilidad de uno de los contratantes, por lo general a favor de la empresa transnacional; otras, que establecen exoneraciones de responsabilidad y la ausencia de garantías en este tipo de contratos, pese a la importancia de la información para las compañías que reciben el soporte técnico y la asistencia de software. En este mismo contrato se establece una limitación de responsabilidad para la compañía transnacional, al señalar en la cláusula octava,

8. Límite de responsabilidad.

AB no será responsable por daños o perjuicios indirectos, incidentales, especiales o consecuenciales, **incluyendo, sin limitación, la pérdida de datos o de utilidades, o los costos de adquisición de bienes, software o servicios sustitutos, sin importar su origen, aun cuando haya sido notificado de la posibilidad de dichos daños.** La responsabilidad de AB por daños originados en, relación con, o de alguna manera conexos a la relación entre las partes, este Contrato, su negociación o terminación, la provisión o falta de provisión del Software o Servicios, ya sean contractuales, extracontractuales, o de cualquier otra forma, no excederá en caso alguno el monto pagado por el Licenciatarlo a AB bajo el presente Contrato, y si dicho daño se deriva de un módulo del Software o Servicios, la responsabilidad se limitará a las cantidades pagadas con relación a dicho módulo de Software o Servicios. Las partes acuerdan y aceptan los términos de esta cláusula, y el Licenciatarlo manifiesta que sin su consentimiento al límite de responsabilidad

contenido en esta cláusula, los cargos de licencia de Software y los cargos por los Servicios serían mayores (p. 4, cláusula 8).²²

De igual forma, en otro contrato para la prestación de servicios de asesoría y consultoría, celebrado por la misma empresa colombiana con otra compañía extranjera, se indica que,

[...] AB [contratista empresa transnacional] no garantiza que el Software esté libre de errores, que operen en forma ininterrumpida, ni que todos los errores del Software puedan ser o serán corregidos. Las versiones de Software previas a su lanzamiento comercial al público en general, y los materiales relacionados con el mismo, se entregan en el estado en que se encuentran, sin algún tipo de garantía expresa o implícita (p. 3, cláusula 7.1.).

[...] No se garantizan ni se aseguran resultados específicos en la prestación de dichos servicios» (p. 3, cláusula 7.2.).

[...] 7.6. Salvo lo dispuesto en esta cláusula, AB no otorga garantía alguna, expresa o implícita, con relación a este Contrato, el Software, Documentación o cualquier tipo de Servicios o productos proporcionados por AB al Licenciario, incluyendo, sin limitación, garantías implícitas de comerciabilidad, adecuación para un propósito determinado y no-infracción de derechos (p. 3).

Cláusulas relacionadas con las garantías de productos o servicios

Más adelante, en el mismo contrato que se acaba de citar, al referirse al tema de las garantías, en concordancia con el primer contrato mencionado y también de software, se señala que

[...] (a) Las partes no serán responsables frente a la otra por daños indirectos, incidentales, especiales o consecuentes (incluyendo, entre otros lucro cesante, pérdida de beneficios, ingresos, datos o usos) en que incurra la otra parte o terceras personas, sea en el curso de una reclamación contractual o extracontractual, incluso si la otra parte hubiera sido advertida de la posibilidad de tales daños (p. 7, cláusula 6.4).

22. Las negrillas son de la autora.

Igualmente, en otro contrato de software, celebrado entre una agencia de viajes colombiana y una empresa extranjera, denominado contrato de licencia de uso programa de cómputo, se establecen este tipo de limitaciones y exoneraciones de responsabilidad a favor del contratista, empresa transnacional, al establecer que

El presente programa de cómputo AB, tendrá una disponibilidad de 99.5%, vía Internet para «EL CLIENTE». En caso contrario y cuando el motivo sea imputable a AB (contratista) «EL CLIENTE» podrá solicitar el descuento correspondiente al 1% de la mensualidad acordada por cada hora sin servicio, sin que exceda al 100% de dicha mensualidad, **ambas partes acuerdan, que por ningún motivo podrá «EL CLIENTE» solicitar costas y gastos por daños y perjuicios, imputables a la suspensión del servicio** (p. 3, cláusula segunda. Regalía).²³

Esta cláusula resulta muy lesiva para una de las partes, en este caso el cliente, empresa colombiana, debido a que los daños para este pueden ser muy severos en el evento de suspensiones graves y prolongadas del servicio, por tratarse de una agencia de viajes.

Más adelante, en el mismo contrato, se continúa estableciendo, en concordancia con los dos contratos anteriores, una exoneración de toda responsabilidad para el contratista:

[...] Asimismo, como resultado de la falta de limitación del programa de cómputo AB, respecto de los usuarios a los que «EL CLIENTE» les puede otorgar el acceso, AB (contratista) se deslinda de cualquier responsabilidad que surja en virtud de cualquier acto en perjuicio de «EL CLIENTE», tales como la reproducción no autorizada por parte del mismo en relación con la información contenida en la base de datos correspondiente, que deriven de actos de YZ (EL CLIENTE) o sus dependientes, así como cualquier acto de naturaleza análoga y por ello ambas partes convienen de [sic] que «EL CLIENTE» por estos hechos no podrá imputar responsabilidad a AB (contratista) y por tanto no podrá solicitar en ningún caso costas y gastos por daños y perjuicios (pp. 3-4, cláusula séptima. Operación de «El Cliente»).

23. Las negrillas son de la autora.

Cláusulas que limitan excesivamente la actuación de uno de los contratantes

Otro grupo de cláusulas que igualmente pueden resultar desproporcionadas para una de las partes, que fueron encontradas en algunos de los contratos analizados, corresponden a las relacionadas con las limitaciones de la actuación de uno de los agentes contractuales, que incluso se extienden a otros aspectos diferentes al objeto del contrato, configurando injerencias en ocasiones excesivas.

En este caso, se encuentra en el contrato de licencia de software y servicios celebrado por la empresa colombiana del sector servicios y la compañía estadounidense, en la cláusula catorce dedicada a las definiciones, lo siguiente:

«**Territorio**» significa el área geográfica indicada en el Anexo correspondiente donde el Licenciatario puede instalar el Software en servidores para uso por parte del Licenciatario y sus Designatarios. No obstante lo previsto en sentido contrario en este Contrato, el Territorio no deberá incluir país alguno con el cual la exportación esté prohibida por las leyes de los Estados Unidos de América (p. 7).

Resulta contradictorio que en un mundo globalizado, donde se pretende tener un mercado con operaciones a nivel planetario, se promueva el aislamiento comercial, limitando el desarrollo de un intercambio amplio y global.

Todo lo anterior coincide con lo señalado por el entrevistado uno, quien frente a la pregunta sobre la presencia de cláusulas abusivas en los contratos comerciales internacionales, señaló:

[...] se me había olvidado hablar de la posibilidad de que, en contra de la compañía colombiana, de poder suspender el servicio, como alegar una causa, etc., mientras que es frecuente encontrar la posibilidad de que yo puedo [compañía extranjera] suspender el servicio cuando yo quiera, con un aviso previo, no necesito explicaciones, no se entenderá incumplimiento del contrato, etc., etc. Y siempre limitando el perjuicio máximo que yo le voy a pagar es el valor del contrato, nunca habrá el pago de un perjuicio distinto así quede demostrado. [...] Todas estas clases [de cláusulas] se establecen a favor de una empresa extranjera, sea por un bien o por un servicio.

Del mismo modo, en el contrato de suministro de herramientas tecnológicas y soporte operacional y técnico, celebrado entre una agencia de viajes colombiana y una transnacional con domicilio principal en Madrid, España, se señala:

Cláusula 17.- Cesión y Fusión. La agencia no transferirá, cederá o asignará este contrato, o cualquier derecho u obligación que emane del mismo, o cualquier derecho de uso de las marcas propiedad de SVA-Amad sin el consentimiento previo por escrito de SVA.

En el caso que La Agencia adquiera o controle a otra entidad, se fusione, o la absorba, o sea adquirida o controlada por cualquier persona o entidad, SVA, a su única elección, podrá dar por terminado este contrato sin ninguna obligación o responsabilidad frente a La Agencia.

SVA podrá transferir, ceder o asignar este contrato, o los derechos u obligación emanados del mismo, a cualquiera de las entidades que forman parte del grupo Amad o cualquiera de sus NMC's (National Marketing Company) o a cualquier tercero (p. 12).

A través de esta cláusula se restringe la posibilidad de establecer alianzas empresariales para la empresa colombiana, al constituir una causal de terminación inmediata del contrato en los eventos de fusión o ante cualquiera de las prácticas actuales de asociatividad empresarial. En contraste, se permite que la parte fuerte, en este caso la transnacional, pueda transferir, ceder o asignar este contrato a cualquier otra compañía que pertenezca al grupo empresarial, lo cual, desde el punto de vista técnico y operativo, puede llegar a causar graves perjuicios en el manejo de la información para la agencia de viajes.

En la misma vía, en el contrato de crédito internacional (Loan Agreement) celebrado por una empresa colombiana del sector de alimentos y bebidas con la banca privada de los Estados Unidos, también se observan limitaciones en la concentración y enajenación de activos, al indicar en la cláusula 8.08 lo siguiente:

[...] Codificación, Concentraciones, Enajenación de Activos, Etc. El prestatario [empresa colombiana] se compromete a no cerrar, liquidar o disolver sus asuntos **o entrar en cualquier operación de consolidación o fusión con o en cualquier otra persona**, salvo que el prestatario puede fusionar o consolidar con una o más personas si la entidad superviviente es el prestatario o la entidad sobreviviente asume por escrito todas las obligaciones del prestatario en virtud del presente Acuerdo de conformidad con los documentos en su forma y sustancia razonablemente satisfactoria para el Prestamista [...] 8.10 Transacciones con los afiliados. El **prestatario no entrará, y no permitirá que cualquiera de sus respectivas filiales, entre en cualquier**

transacción con un afiliado del prestatario o dicha filial, excepto a los términos que son sustancialmente tan favorable para el prestatario o dicha filial, según sea el caso, que los que se obtendría en una transacción comparables en condiciones de mercado en el momento que sea una persona que no es un afiliado del prestatario o de dicha filial (pp. 21-22).²⁴

Estas limitaciones en las actuaciones para la empresa colombiana, encontradas en los textos de los contratos, también son confirmadas por el entrevistado uno, quien ante la pregunta ¿en qué tipo de contratos son más frecuentes esas relaciones de asimetría y las cláusulas abusivas: contratos de software, reaseguro, suministro, etcétera?, respondió:

Software son miedosos, reaseguro también y por ejemplo los contratos financieros, pensar en un contrato de un crédito internacional, son muy duros, cualquier situación por parte de la empresa colombiana entraría en una causal de incumplimiento que dispararía el pedir el total de la obligación [causales de caducidad], o aumentar el interés, pedir explicaciones.

Precisamente con relación a esta última clase de contratos, financieros, el entrevistado continúa señalando, ante el cuestionamiento de sí frente a esos contratos de crédito internacional son frecuentes las limitaciones a la disposición para la empresa colombiana, de sus activos, o a la celebración de alianzas, fusiones, escisiones,

[...] Absolutamente, sea por la lista de eventos que no puedes hacer, por ejemplo: tú no puedes aumentar tu nivel de endeudamiento en tanto, no puedes vender algunos activos, no puedes hacer procesos de fusión o reestructuración, no puedes, no puedes, no puedes. No puedes negociar con tus mismas empresas. O sea porque se te permiten en ciertas condiciones, que hacen esas condiciones que eso en la práctica no se pueda hacer, entonces es casi que igual que no hacerlo. Si obtener un crédito es casi que quedarse maniatado, no se endeude más, no se mueva más. [Tiene que ser un crédito por un monto determinado] y como un tema que me impresionó bastante ahí es las condiciones son estas, entramos a negociar, si no, no hay, si no el tema acaba [lo toma o lo deja] es así y en esos contratos financieros es una cosa bien

24. Las negrillas son de la autora.

impresionante que no solo me toca hacer todo como sometido, porque hay condiciones normales, yo entiendo que me está haciendo un crédito importantísimo, por mucho tiempo me acompañará y es lógico que yo mantenga mis niveles de endeudamiento para poder autosostenerme en mis pagos periódicos, pero aparte de eso yo le estoy dando garantías y estoy pagando un interés considerable; usted me está estudiando todo para saber si sí; no solamente es esto y todas las ganancias que se puedan meter y todas las garantías que esté dando, sino también venga audíteme periódicamente para que usted quede tranquilo, que yo no estoy incurriendo en situaciones de incumplimiento, audíteme permanentemente, de hecho tengo que permitir eso en la empresa, qué información quiere tener para que se sienta tranquilo.

A su vez, el entrevistado dos llamó la atención en relación con la presencia de las cláusulas abusivas en este tipo de contratación, sobre lo siguiente:

Existe una situación particular que quiero resaltar con las cláusulas abusivas: está proliferando una práctica consistente en la reproducción de contratos internacionales en el derecho interno. Las empresas que manejan contratos internacionales y que en ocasiones se ven afectadas por este tipo de estipulaciones, las aplican a su vez en sus negociaciones con nacionales. Esto se denota claramente en la práctica puesto que es fácil reconocer modelos o esquemas de contratos basados en contratos internacionales, particularmente los elaborados con agentes de países del common law, los cuales se toman al pie de la letra para negociaciones entre nacionales, muchas veces desconociendo que las regulaciones son totalmente opuestas, y por lo tanto, no son de aplicación en el caso colombiano. Particularmente en el aspecto del tratamiento y efectos de la responsabilidad.

Esto coincide claramente con lo destacado por el entrevistado tres, en el sentido que, «lo que hacen con las empresas grandes en Colombia, las transnacionales, ellas lo replican con las pequeñas y medianas empresas».

Sin embargo, para este último entrevistado, en contraste con lo señalado hasta el momento sobre la presencia de cláusulas abusivas en este tipo de contratación,

[...] no puede hablarse de que existan cláusulas leoninas en estos contratos, fuerza, ya no hay A y B, ya es todo del mismo lado. Se pregunta cómo lo hago [el contrato], qué me invento para que no sea agencia comercial, porque el

comprador tiene que demostrar qué tiene en bodega y no le venden si tiene más o menos de lo que ellos dicen en los contratos; el comprador tiene que tener el mismo sistema de información compatibles con los de ellos, no hay papel, no hay facturas, no hay nada. Ya existe una demanda donde estoy defendiendo a AB diciendo que eso no es agencia oficiosa, existen nuevas técnicas de mercado. Yo he estudiado a profundidad el tema, yo sé que es un reto pero deben entenderse las nuevas formas de contratación. [...]

Ya no hay autonomía de voluntad, porque en el fondo qué le interesa a cualquiera de las dos partes, competir, vender en el fondo, ser competitivo, menos bodegajes para menos costos [...] casi que ese término de autonomía de la voluntad como la inclinación, eso está mandado a recoger [...], porque la inclinación de voluntad es a una competitividad, mayores resultados, menos costos.

Cláusulas que impiden presentar demandas y que consagran una excesiva onerosidad para uno de los contratantes

Entre tanto, otro grupo de cláusulas que pueden resultar lesivas para uno de los contratantes, encontradas en el contrato de crédito internacional y en algunos de software, son las relacionadas con la imposibilidad de proponer demandas ante controversias que se presenten en la ejecución del contrato.

De acuerdo con lo anterior, en el contrato de crédito internacional aparece,

[...] en tal caso [los establecidos como eventos de incumplimiento de sus obligaciones como no pago de capital e intereses en el plazo establecido; incumplimiento de cualquiera de los compromisos contenidos en la sección 8] cualquier endeudamiento del prestatario o sus filiales que supere el monto de 10.000.000 dólares de los Estados Unidos, en caso de expropiación o nacionalización de la totalidad o de una parte significativa de las propiedades del prestatario o de cualquiera de sus subsidiarias; invalidez o inaplicabilidad del contrato por más de 30 días, por disposición de autoridad colombiana] (1) El prestamista podrá, mediante notificación al Prestatario, declarar los compromisos para ser terminado inmediatamente, después de lo cual los compromisos inmediatamente se rescindirán y/o (2), el prestamista podrá, mediante notificación al Prestatario, declarar la cantidad principal pendiente hasta entonces, y los intereses devengados, los préstamos y todas las demás cantidades pagaderas por el prestatario en este documento (incluyendo, sin

limitación, cualquier cantidad pagadera en virtud de la sección 5.04 del mismo) para ser inmediatamente vencidas y exigibles, en cuyo caso dichos importes **serán inmediatamente debidos y pagaderos sin la presentación de la demanda, protesta u otras formalidades de ninguna clase**, todos los cuales son expresamente renunciados por el prestatario, salvo que el prestatario promueva o inicie las negociaciones de reestructuración en virtud de un procedimiento de la Ley 550 de 1999 de la República de Colombia, por cualquier razón, entonces las obligaciones estipuladas en la presente cláusula en favor del prestamista no serán vencidas y pagaderas por el mero hecho de este tipo de promoción o negociación, o de la ejecución del correspondiente acuerdo de reestructuración, siempre que, no obstante, en caso de una entrada de un pedido de socorro con respecto al prestatario en virtud de cualquier régimen de la insolvencia, (A) la obligación del prestamista de hacer los préstamos para el prestatario deberá darse por concluida, automáticamente y (B) la cantidad principal pendiente hasta entonces, y los intereses devengados, los préstamos y todas las demás cantidades pagaderas por el prestatario a continuación pasan a causarse automáticamente y ser vencidos y pagaderos sin la presentación de la demanda, protesta u otras formalidades de ninguna clase, todos los cuales son expresamente renunciados por el prestatario (pp. 23-25).²⁵

Dicha cláusula resulta muy lesiva para la empresa colombiana; a través de la renuncia a cualquier tipo de demanda o solicitud judicial de la obligación en caso de incumplimiento, operarían de pleno derecho dichos eventos, es decir, sin necesidad de pronunciamiento de ninguna autoridad.

También en el mismo sentido, el contrato de licencia de uso programa de cómputo, celebrado entre una agencia de viajes colombiana y una compañía mexicana indica en la cláusula segunda:

El presente programa de cómputo AB, tendrá una disponibilidad de 99.5%, vía Internet para «EL CLIENTE». En caso contrario y cuando el motivo sea imputable a YZ «EL CLIENTE» podrá solicitar el descuento correspondiente al 1% de la mensualidad acordada por cada hora sin servicio, sin que exceda al 100% de dicha mensualidad, ambas partes acuerdan, **que por ningún motivo podrá**

25. Las negrillas son de la autora.

«EL CLIENTE» solicitar costas y gastos por daños y perjuicios, imputables a la suspensión del servicio (p. 3, cláusula segunda. Regalía).²⁶

Igualmente, en el contrato de licencia de software y servicios, celebrado por una compañía colombiana del sector servicio y una empresa con sede principal en California (Estados Unidos), se indica:

[...] ninguna acción, cualquiera sea, relacionada con, o de alguna manera conexas a este Contrato, los Servicios provistos o a ser provistos por AB podrá ser entablada por cualquiera de las partes luego de un año de verificarse la causa que la origina (p. 5, cláusula 13. General).

La anterior puede ser considerada, también, otra forma de restringir el ejercicio de acciones y reclamaciones, en la medida que se limita en forma excesiva el tiempo para accionar por cualquier motivo originado en el contrato; un término de caducidad bastante corto frente a cualquier tipo de acción que se derive del contrato.

Por otra parte, se encontraron algunas cláusulas que obligan a una de las partes a asumir gastos excesivos en la ejecución del contrato, los cuales se extienden más allá de la prestación debida.

En la Sesión 5. Fondo de Protección, cláusula 5.01 del contrato de crédito internacional, se establece

[...] el pago de costos adicionales por el crédito, además del pago de los intereses y el capital, el prestatario (empresa colombiana) debe pagar una cuota de mantenimiento para compensar el monto de gastos adicionales en que incurra el prestamista o cualquier participante en la fabricación o mantenimiento de cualquier préstamo, como consecuencia de cambios en las leyes o por decisiones de autoridades gubernamentales o situaciones especiales del mercado (p. 11). Igualmente, más adelante, se establece que el prestatario deberá asumir todos los pagos de capital e intereses, se deben realizar libres y sin deducción o retención de los impuestos cubiertos. En tal sentido se señala lo siguiente: «[...] (b) el prestatario deberá indemnizar a la prestamista y en contra de cada participante, y les reembolsará a la demanda,

26. Las negrillas son de la autora.

cualquier Cubierto Impuestos que el prestatario está obligado a retener o descontar de cualquier pago efectuado el presente documento y cualquier pérdida, responsabilidad, reclamo o gasto, incluidos los intereses, sanciones, recargos y honorarios de abogados, que puedan incurrir en cualquier momento que surja de o en conexión con el incumplimiento del prestatario a retener o descontar Cubierto Impuestos y remitir a las autoridades gubernamentales apropiadas a su debido tiempo» (p. 14).

Asimismo, se le ordena al prestatario (compañía colombiana) asumir los siguientes gastos:

[...] 10.03 Gastos, Etc. El prestatario se compromete a pagar o reembolsar al prestamista todos sus gastos razonables y documentados los costos y gastos **(incluyendo, sin limitación, los honorarios razonables y gastos de AB, Nueva York, especial para el abogado del prestamista, y de YZ Abogado colombiano especiales para el Prestamista,** y la impresión, reproducción, envío de documentos, la comunicación y gastos de viaje) en relación con (i) la negociación, preparación, ejecución y entrega del presente Acuerdo y la realización de los préstamos y (ii) la negociación o preparación de cualquier modificación, complemento o renuncia solicitada por el prestatario de cualquiera de los términos de este Acuerdo y los demás documentos mencionados en este documento (ya sea consumado o no) y (b) el prestamista para la totalidad de sus razonables gastos y documentados (incluyendo, sin limitación, la razonable y documentada honorarios y gastos de un asesor jurídico) en relación con cualquier aplicación o recaudación procedimiento que resulte de la aparición de un caso de incumplimiento a continuación. El prestatario decide indemnizar al prestamista y cada uno de sus afiliados y sus respectivos directores, funcionarios, empleados, abogados y agentes (cada una, una «Parte Indemnizada») de y contra cualquiera y todas las demandas, daños, pérdidas, responsabilidades y gastos (incluyendo, sin limitación, razonables honorarios y gastos de abogado), conjunta o varios, que pueden ser ocasionados por afirmar o adjudicados o en contra de cualquier Parte Indemnizada, en cada caso que surja de o en relación con o en relación con cualquier investigación. Litigio o procedimiento o la preparación de cualquier defensa con respecto a la misma que surja de o en conexión con relación a este Acuerdo, u otra de préstamos o documentos de las transacciones contempladas o lo que decide o cualquier uso que se haga o propuestas para ser realizados con el producto de los préstamos, sean o no de investigación, litigio o procedimiento es interpuesta por el prestatario, cualquiera de sus accionistas o los acreedores, una Parte a

indemnizar a cualquier otra persona, o de una Parte a indemnizar por lo demás, una parte del mismo, y si o no cualquiera de las condiciones previas establecidas en la Sección 6 del presente se cumplen o las otras transacciones contempladas por el presente Acuerdo se consumó, excepto en la medida de dicha reclamación, daño, pérdida, responsabilidad o gasto (i) se encuentra en una final y no apelable de la sentencia un tribunal de jurisdicción competente han sido el resultado de dicha Parte Indemnizada de negligencia grave o dolo o del incumplimiento de dicha Parte Indemnizada de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Acuerdo, o (ii) como resultado del incumplimiento de dicha Parte Indemnizada de cualquier ley (que no sean cualquier ley de Colombia) que regula la actividad de tales partes a indemnizar (p. 26).²⁷

Mediante esta cláusula la empresa colombiana (prestatario) debe asumir la responsabilidad de una gran cantidad de gastos, incluidos la asesoría que el prestamista recibe por parte de una firma de abogados de Nueva York.

En igual sentido, el entrevistado uno, al indicar cuáles son las características comunes en la contratación comercial internacional y las prácticas frecuentes, señaló:

[...] es normal que todos los costos [de la celebración y ejecución del contrato] los asuma la parte contratante, liberando a la parte contratista o al proveedor de cualquier costo adicional que se genere en el contrato, hasta el valor del contrato es este y en neto, si hay impuestos adicionales eso los asume usted (empresa colombiana) aunque por legislación colombiana sea un valor que usted me debe retener a mí del pago, yo necesito esta plata por este valor neto, en tal cuenta y ya; impuestos adicionales que genere la suscripción del contrato, como temas notariales o de timbre, son asumidos por ustedes o costos por prestación del servicio, este es el valor de mi servicio, pero mis desplazamientos, mis viajes, hora adicional después de tal hora vale tanto. Yo creo que esos son los más frecuentes. Sí todo lo que sea costos, garantías y responsabilidad. Casi que las cláusulas de responsabilidad y garantía empieza uno a identificarlas porque vienen en una letra más grande de lo normal en el contrato, se escriben en mayúscula sostenida y son bastante estándar. Y cuando vas a negociar redacción o ajustes en el texto de las cláusulas es del grupo de cláusulas que la parte contratista considera no se escalan, no se suben porque por políticas de la compañía o del grupo jamás están en discusión.

27. Las negrillas son de la autora.

Cláusula compromisoria

Finalmente, otro grupo de cláusulas, comúnmente consideradas abusivas, son las relacionadas con la constitución de tribunales de arbitramento en otro país y el sometimiento a las leyes de otro Estado. En el contrato de licencia de software y servicios, celebrado por una compañía colombiana del sector servicio y una empresa con sede principal en California (Estados Unidos), se indica al final del mismo:

Este contrato se realiza bajo y está sujeto a las leyes de Florida, sin que resulte aplicable la elección de otras leyes. Los únicos tribunales con jurisdicción y competencia respecto de cualquier acción originada en, relacionada con, o conexas de cualquier manera con este Contrato, su negociación o terminación, o los Servicios proporcionados o a ser proporcionados por AB (licenciantes), serán los de Miami-Dade County, Florida para tribunales estatales y los del Southern District of Florida para tribunales federales [...] (p. 5. Cláusula 13. General).

Es considerada abusiva la cláusula compromisoria que favorece a alguna de las partes del proceso en lo relacionado con el territorio; en este caso es mucho más probable que sea la empresa colombiana la que tenga una pretensión en contra del licenciante, sin embargo tendría que acudir a los tribunales de Miami.

En el contrato para la prestación de servicios de asesoría y consultoría, celebrado por una empresa colombiana del sector servicios y una transnacional, se establece también la jurisdicción en el país del contratista:

6.6 Jurisdicción. En el supuesto de que exista alguna controversia sobre la interpretación ejecución o cumplimiento del presente contrato o de alguna Orden de Servicios, las partes acuerdan someterse a la jurisdicción y competencia de los tribunales de [Nombre de la ciudad principal en la que AB se encuentra domiciliado en dicho país], renunciando a cualquier otra jurisdicción que por su domicilio presente o futuro pudiera corresponderles (p. 7, cláusula 6.6).

Igualmente, en el contrato de licencia de uso programa de cómputo, celebrado por una agencia de viajes con una empresa mexicana, se establece una cláusula compromisoria en el siguiente sentido:

VIGÉSIMA SEXTA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las partes se someten expresamente a la jurisdicción de los tribunales correspondientes al domicilio del demandado. De este modo si AB ejerce acciones judiciales contra «El Cliente» se somete a los tribunales de Colombia, y el Contrato se registrará por las normas Colombianas y si «El Cliente» ejerce acciones judiciales contra AB se somete a los tribunales de La República Mexicana, y el contrato se registrará por las normas Mexicanas (p. 7).

En este caso existen mayores probabilidades de que sea la empresa colombiana (El Cliente) la que tenga una pretensión en contra del licenciante, por lo cual el abogado externo que revisó este contrato propuso una cláusula neutral en el siguiente sentido:

Las diferencias que se susciten con ocasión del contrato (incluyendo cualquier clase de incumplimiento), que no puedan resolverse directamente entre las partes, serán sometidas a la decisión de tribunal de arbitramento integrado por un (1) árbitro que será designado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) de acuerdo con su reglamento de procedimientos. El Tribunal así constituido, se sujetará a lo dispuesto en la normativa aplicable según el derecho colombiano que regula la materia; decidirá en derecho y funcionará en la ciudad de Bogotá DC.

En el negocio jurídico de carácter precontractual, denominado Exclusivity and Confidentiality Agreement (Acuerdo de exclusividad y confidencialidad), celebrado entre una compañía colombiana del sector bebidas y alimentos y una empresa transnacional, cuyo objeto es la intención de la empresa extranjera de adquirir una filial controlada por la empresa colombiana, para lo cual ha solicitado información sobre la matriz y la filial, información que debe tratar con confidencialidad, existiendo, además, exclusividad de ambas partes con miras a la posterior celebración del negocio. Se señala lo siguiente:

[...] 12. El presente Acuerdo se registrará e interpretará, de forma exclusiva, de conformidad con las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, sin dar efecto a cualquier conflicto de leyes que requieren la aplicación del derecho sustantivo de cualquier otra jurisdicción (p. 3).

[...] 13. Cada una de las partes del presente acuerdo irrevocable e incondicionalmente consiente que cualquier controversia o demanda que surja de o en relación con el presente Acuerdo se determinará mediante arbitraje de

conformidad con el Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje. El número de árbitros será uno, el lugar (p. 3) del arbitraje será Nueva York, Estados Unidos de América y el idioma del arbitraje será inglés (p. 4).

A través de estas cláusulas se impone el derecho de la parte dominante, en este caso la transnacional, como también el país donde se dirimirán las posibles controversias surgidas, siendo probable que las discusiones y dificultades surjan, precisamente, para la empresa colombiana, por la naturaleza de este acuerdo.

Hasta el momento las situaciones caracterizadas por un abuso contractual resultan más ventajosas para el contratante extranjero y, por el contrario, generan mayores costos y desventajas para la empresa colombiana; sin embargo no es posible realizar una generalización de dicha situación, según lo señalado a continuación.

En el borrador del contrato de derechos del uso de software, celebrado por la empresa colombiana del sector de servicios y otra empresa transnacional, se encuentra que

[...] Adicional a lo anterior, El Cliente (empresa colombiana) podrá dar por terminados los servicios de que trata este contrato en cualquier momento y por cualquier causa dando aviso escrito al Proveedor con una antelación de treinta (30) días calendario a la fecha en la cual se darán por terminados. Esta terminación unilateral no generará obligación de indemnizar por parte de quien termina los servicios (p. 5).

De igual manera, en este mismo contrato se establece la interferencia de la compañía colombiana en el ejercicio de la autonomía con que cuenta la empresa extranjera para la selección y contratación de su personal, cuando contradictoriamente en la cláusula octava se advierte que

[...] El Contratista desarrollará el objeto del contrato con la capacidad técnica y administrativa que sea indispensable para la correcta y eficiente ejecución del mismo; si para tal efecto, fuere necesario designar personal, será responsable de todos los trabajos que éstos ejecuten, a más de que se hace responsable de los costos y riesgos que por la contratación laboral y ejecución de los trabajos se originen como quiera que es su único patrono [...] (p. 8, cláusula 8).

Sin embargo, se señala en el parágrafo de este artículo lo siguiente:

PARÁGRAFO: YZ podrá solicitar a El Contratista el cambio del personal que a su juicio, resulte inconveniente para la ejecución de los trabajos de este contrato, quedando obligado aquél a realizar los cambios solicitados dentro de cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva (pp. 8-9).

En este mismo orden, en el contrato de representación exclusiva, distribución y subrogación, celebrado entre una comercializadora internacional colombiana y una empresa mexicana de la industria cosmética, se indica: «NOVENA. –Seguro. – [...] EL PROVEEDOR no tiene ninguna responsabilidad sobre el producto una vez que este haya salido de sus instalaciones [...]» (p. 4).

Si bien esta cláusula contiene una exoneración de responsabilidad dirigida al transporte de la mercancía y en concordancia con uno de los Incoterms 2000,²⁸ denominado EXW (Ex Works, En Fábrica), por el cual el vendedor cumple con su obligación de entrega al poner la mercancía en su fábrica, taller, dependencia, almacén, a disposición del comprador. Sin embargo, como está contemplada esta cláusula implica una menor responsabilidad para el proveedor, empresa colombiana, al liberarla de cualquier daño o perjuicio que pueda ocasionarse a terceros con los productos por él elaborados. Este tipo de cláusulas que comúnmente han sido en los contratos analizados, lesivas para la empresa colombiana, en este evento resulta favorable para ella.

Por otra parte, a diferencia de los anteriores contratos, en este no se fija la jurisdicción donde se resolverán los conflictos que se presenten y la legislación aplicable. La única referencia próxima que se hace es la siguiente: SEGUNDA. –Territorialidad. – El «REPRESENTANTE», se obliga a dar cumplimiento al objeto del presente contrato, dentro del territorio y jurisdicción exclusivo de **COLOMBIA**.²⁹

28. Incoterm, corresponden a una serie de parámetros uniformes establecidos por la Cámara de Comercio Internacional, dirigidos a la interpretación de los términos de comercio internacional relacionados con el contrato de compraventa de mercaderías internacionales, con determinación y delimitación de gastos, riesgos y obligaciones de compradores y vendedores en las transacciones internacionales, especialmente en lo referido al transporte y transferencia de la propiedad de la mercancía. Son trece en total. Véase en: <http://www.iccwbo.org/incoterms> [Consultado en julio 19 de 2008].

29. Las negrillas son de la autora.

De igual forma, en el contrato de distribución con exclusividad, celebrado entre una compañía colombiana de manufacturas y una empresa canadiense, se indica en la cláusula décima novena:

[...] Si no obstante dichos esfuerzos, no se logra un acuerdo satisfactorio, la diferencia o controversia se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Medellín, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva dicha Cámara. El Tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto por las normas y reglamentaciones legales aplicables en Colombia y de acuerdo con las siguientes reglas [...]

(d) El Tribunal funcionará en la ciudad de Medellín, en la sede de la Cámara de Comercio de Medellín y todas las actuaciones se llevarán a cabo en idioma español (p. 4).

Y en el modelo de contrato de compraventa de mercaderías internacionales, proporcionado por una empresa textil colombiana, también se señala:

[...] 12) ARBITRATION: Any dispute or difference of opinion arising out of or relating to this contract or the breach, there of which cannot be settled friendly by the contracting parties, shall be settled arbitration in Medellin-Colombia, under the laws of Colombia or in accordance with the rules of procedure of the Colombian Commercial Arbitration Association and the award resulting therefore shall be final and binding upon parties here to.³⁰

En estos eventos, se establecen cláusulas compromisorias que se harían efectivas en Colombia y bajo las leyes colombianas, a diferencia de la mayoría de los contratos analizados anteriormente, donde el funcionamiento del tribunal de arbitramento se establece en el otro país donde la empresa transnacional tiene sede y bajo las leyes de este.

Otro contraste se encuentra en el mismo contrato de distribución con exclusividad, celebrado por la compañía colombiana de manufacturas y la empresa canadiense, en las siguientes cláusulas:

30. [...] 12) ARBITRAJE: Toda controversia o diferencia de opinión que surja de o esté relacionada con este contrato o su incumplimiento, que no pueda ser resuelta amigablemente por las partes contratantes, será resuelta por arbitraje en Medellín-Colombia, con arreglo a las leyes de Colombia o de conformidad con el reglamento de la Asociación Colombiana de Arbitraje y el resultado pondrá fin a la disputa y será vinculante para ambas partes. [Traducción de la autora].

TERCERA [...] Las partes podrán rescindir [mejor terminar] el presente CONTRATO unilateralmente mediante aviso escrito vía telefax o correo electrónico y carta confirmatoria de la otra parte, enviado con sesenta (60) días de antelación durante la vigencia del CONTRATO (p. 1).

Esta cláusula es frecuente en contratos de este tipo; en los arriba analizados también se verifica la posibilidad de terminar el contrato sin que exista una justa causa para ello, con un aviso anterior. Lo que llama la atención en este caso es la diferencia con los contratos anteriores, donde se establece esta posibilidad a favor de la parte más fuerte de la relación, generalmente la compañía transnacional; en este caso es una posibilidad que tendrían ambas partes, la colombiana (fabricante) y la canadiense (distribuidor).

Asimismo, en las cláusulas décima a décima segunda de este contrato se señala:

DÉCIMA: El presente contrato no configura agencia comercial alguna toda vez que el DISTRIBUIDOR (i) o actúa por cuenta y nombre del FABRICANTE, (ii) Compra del FABRICANTE los PRODUCTOS para reventa sin que el FABRICANTE venda o comercialice directamente por medio del DISTRIBUIDOR, y (iii) el DISTRIBUIDOR obra independientemente y a su nombre exclusivamente.

DECIMA PRIMERA: EL DISTRIBUIDOR se obliga a no distribuir ni ofrecer a la venta productos o artículos iguales o parecidos a los que en este contrato se compromete a vender, con excepción de los productos de las marcas que se mencionan a continuación: AB, YZ, JK (p. 4), LM y QR (la marca es XX), las cuales fueron previamente acordadas y aprobadas por el FABRICANTE al momento de la firma del presente contrato (p. 5).

DÉCIMA SEGUNDA: EL DISTRIBUIDOR se compromete a ofrecerles única y exclusivamente mercancía marca O de M a los clientes Holt Renfrew y Sandpipers. Las mencionadas en la cláusula décima primera, diferentes a O de M, no podrán ser ofrecidas por EL DISTRIBUIDOR a dichos clientes (p. 4).

De esta manera, ante la presencia de un contrato atípico, a través del cual se sobrepasan las condiciones propias de una compraventa para la reventa, pese a que se aclara que no se trata de una agencia comercial, se establecen limitaciones a la comercialización del producto, con una colaboración recíproca entre las partes, donde se fija a quiénes se debe vender el producto y cuáles otros productos,

diferentes a la marca del fabricante, puede comercializar en este caso la compañía canadiense. Una cláusula que puede generar una condición de abuso por parte, en este caso, de la empresa colombiana, pero que se procura equilibrar con lo establecido en la siguiente disposición:

DÉCIMA TERCERA: EL FABRICANTE se compromete a no recibir ni aceptar las órdenes de compra o pedidos que efectúan empresas o personas domiciliadas o residentes en el TERRITORIO asignado al DISTRIBUIDOR en este contrato (p. 4).

Así, la exclusividad también se exige del fabricante, como un buen contraste con los otros contratos expuestos anteriormente, donde no se busca una carga compartida entre las partes sino la imposición de mayores costos para una de ellas.

Esto último es coincidente con lo señalado por el entrevistado tres, en el sentido de relaciones contractuales que implican un gana y gana para todas las partes involucradas en el negocio, con un cambio en la estructura del negocio jurídico.

Para terminar este primer aspecto, se puede plantear que la contratación estándar y la presencia de cláusulas abusivas podrían ser vistas como un fortalecimiento en el ejercicio de la autonomía privada, en su aspecto de la libertad de configuración negocial para una de las partes, las empresas transnacionales generalmente, y, por el contrario, como una limitación para el ejercicio de la autonomía negocial, bajo ese mismo aspecto, para la otra parte, las empresas colombianas, como regla general.

2. ASIMETRÍA CONTRACTUAL

Las situaciones que se acaban de señalar, relacionadas con la presencia de modelos o estándares en la contratación internacional privada, así como de unos contenidos lesivos para una de las partes, se encuentran vinculadas a las circunstancias de desequilibrio en esas relaciones contractuales, donde los agentes no llegan en condiciones de igualdad a la celebración del negocio jurídico, debido a la influencia de múltiples factores.

Es así como el comercio global que se desarrolla en la actualidad viene generando relaciones jurídicas en las cuales una parte goza de un poder contractual superior,

poder que está determinado por diversas causas, no exclusivamente económicas, aunque se reconoce que esta es una de las más determinantes; también se refleja un desequilibrio por aspectos como el manejo de la información y los conocimientos especializados, principalmente tratándose de contratos de software que corresponden a la gran mayoría de los recogidos en esta investigación.

En este sentido, el entrevistado uno destacó como circunstancias influyentes en la celebración de contratos comerciales internacionales,

[...] condiciones de carácter económico y tecnológico. Ahora, no se puede desconocer el tema político tampoco, en negociaciones con países vecinos, con los que se está viviendo en este momento de Ecuador, Perú y Venezuela, no se puede desconocer la dificultad que hay. Pero la experiencia que he tenido ha sido de carácter tecnológico y económico no más, lo predominante.

A su vez, el entrevistado dos, ante el mismo cuestionamiento sobre los factores que están teniendo una mayor influencia en este tipo de contratación (v.gr., de carácter político, económico, tecnológico, entre otros), señaló que

Dependiendo del tipo de contratación que se adelante pueden primar los factores relacionados [de carácter político, económico, tecnológico]; no obstante, es obvio que un factor común en cualquier tipo de contratación es el económico. El poderío o mayor capacidad económica de una de las partes puede tornar en más débil a la otra, propiciando una afectación a sus intereses al momento de la negociación y por tanto, en la ejecución del contrato.

Pero ello no implica que sea el único factor que pueda influir en la contratación. En este sentido, la mayor capacidad tecnológica de una de las partes puede hacer que la otra se encuentre en desigualdad de condiciones en la fase de tratativas o en la ejecución de un acuerdo.

Considero que el conocimiento es otro factor que puede influir en la contratación. Un ejemplo claro de ello son las entidades financieras o aseguradoras. El uso del conocimiento (además del evidente poder económico y político) hace que tengan procedimientos preestablecidos (know how) en los campos de la actividad comercial que desarrollan, y si no lo tienen, pueden obtenerlo mediante asesoría externa, de manera que la parte con quien negocian, además de una posible desventaja económica, tiene una desventaja derivada del poco o nulo conocimiento del objeto a contratar.

Este mismo entrevistado, aportando un panorama más amplio sobre las negociaciones y los acuerdos a los cuales llegan las empresas colombianas con las compañías transnacionales, indicó igualmente que

En contratación internacional como en muchos aspectos paralelos a los jurídicos, el **poder económico** de las partes influye en la regulación del contrato. Normalmente a la parte nacional no le importa aceptar algunos condicionamientos que rayan con la ilegalidad o el abuso impuestos por la parte extranjera con tal de obtener la contraprestación. Esta situación se presenta normalmente en los negocios de intermediación y distribución de productos, en donde la parte nacional conociendo el éxito asegurado del producto que comercializará, **acepta las condiciones impuestas por el productor internacional**. En estos casos, la fase previa se reduce a un conocimiento extremo por parte del ente internacional del funcionamiento del contratista nacional, mediante due diligence, una operación utilizada para analizar aspectos de tipo económico, financiero, jurídico, tributario y operacional de la sociedad; en la que esta prácticamente debe mostrar toda la documentación relacionada con el fin de ser evaluada. Esta operación también es de uso común en las agrupaciones o integraciones.³¹

A su vez el entrevistado tres manifiesta que es común que en todos estos contratos se evidencien términos de poder, que también son propios de las relaciones contractuales establecidas en Colombia, donde se presenta, de igual forma, una parte débil dentro de una negociación frente a la poderosa empresa nacional; pero ya en este tipo de contratos con transnacionales, la débil es la compañía colombiana, con relación a esas redes complejas de acuerdos y decisiones que operan a nivel planetario. Si la compañía nacional desea desarrollar determinado contrato con una transnacional, tiene que acogerse a unos parámetros, lo toma o lo deja, pero no puede incidir en que eso se modifique. Y continúa:

Pero te voy a decir una cosa muy importante que he aprendido en todo este trabajo, nosotros [se refiere a los abogados] estamos acostumbrados a trabajar bajo una teoría que nos enseñaron [con relación a la estructura contractual] que aquí está A y aquí está B, entonces A para acá y B para acá [gráficamente esa relación de bilateralidad y de partes opuestas, con intereses contrarios al

31. Las negrillas son de la autora.

momento de celebrar la contratación] y hay un comerciante, todos de un mismo lado, aquí ya funciona el gana-gana, entonces hay conceptos de mercadeo internacionales que se llaman CRM y GS1, que son estándares internacionales, en que una de las partes se le «meten al rancho» a usted [empresa colombiana] porque ya no son extremos, es un gana-gana, entonces por ejemplo Walt-Mart viene anualmente [a la compañía colombiana que le vende sus productos para comercializarlos en estas grandes superficies] a revisar a AB frente a unos estándares: estándares de contratación, de seguridad social, de tecnología, de hornos, de ingredientes, de ecología, de personal, para poder Walt-Mart seguir vendiendo dichos productos en unos grandes espacios, los más grandes del mundo, que tiene un presupuesto superior al de Chile, ni siquiera al colombiano, Walt-Mart es lo más grande que hay en el mundo en grandes superficies o en intermediación y venta de productos; yo he tenido también mucho esa duda de cómo así que Walt-Mart, porque he sido formada como tú en A en relación a B, y porque estoy también representando a AB en un negocio importante de agencia comercial, y **los de Walt – Mart injieren y la empresa colombiana debe soportar cualquier límite**, por ejemplo Top and Wealth que hace las cocas, hace agencia comercial y nosotros todo lo otro, pero bajo la responsabilidad suya; eso no es meterse al rancho, contratar, hacer exhibición, todo, yo contrato pero paga Top and Welth, porque las relaciones son un gana-gana, ese CRM habla de las competitividades en los nuevos mercados, que ya no hay diferencia [...]³²

También coincide en esto el entrevistado uno cuando destaca que en las negociaciones con compañías multinacionales se comienza a

[...] negociar con la del país más cerquita, que no necesariamente es la matriz; entonces eso hace difícil la negociación, lenta, y la sociedad que a nosotros nos toca del país vecino [más cercano] no es la matriz, entonces no tiene fuerza adentro muchas veces como para decir oiga, es mi cliente más grande o cosas así; somos un pedacito, venimos siendo un cliente pequeñito de una sociedad [compleja en su estructura, en sus redes], pero no somos un cliente grande para la sociedad matriz.

De manera que por más grande que sea en Colombia una empresa y por más poder económico que detente en el país, en el concierto transnacional y en el

32. Las negrillas son de la autora.

comercio planetario se trata de una empresa muy pequeña y con muy poco margen de negociación. La asimetría del poder contractual reflejada en aspectos económicos, con el poder financiero de la empresa transnacional, contrasta igualmente con la necesidad que tienen las empresas colombianas de ser competitivas e insertarse en ese mercado global; lo que lleva a aceptar, frecuentemente, sin considerarlo como algo abusivo, situaciones que generan un desequilibrio y que implican una fuerte injerencia que se extiende más allá del objeto contractual.

Precisamente, en algunas de las cláusulas de los contratos analizados se encuentran situaciones que reflejan dicha asimetría contractual; además de las ya transcritas en la parte de cláusulas abusivas que usualmente establecen limitaciones de responsabilidad y exclusiones de garantías en contratos de software, donde incide el aspecto tecnológico y los conocimientos especializados, también sobresalen las siguientes:

En el contrato de suministro de herramientas tecnológicas y soporte operacional y técnico, celebrado entre una agencia de viajes colombiana y una compañía de Madrid, España, se establece que,

[...] **PARAGRAFO:** Los programas instalados en los equipos de La Agencia no podrán ser retirados de la dirección de instalación, sin el previo consentimiento escrito de SVA, La Agencia a su vez se obliga a cumplir los procedimientos establecidos por SVA para ese fin. **La intención del cambio de domicilio de La Agencia o del lugar de instalación de los equipos, deberá notificarse por escrito a SVA con una anticipación no inferior a treinta (30) días** y los costos que genere dicho traslado correrán por cuenta de La Agencia, debiendo ser realizadas las nuevas instalaciones únicamente por SVA o por la entidad designada expresamente por ella (p. 4, cláusula 3. Instalación y conexión del Equipo).³³

Por los conocimientos especializados que se encuentran vinculados a este tipo de contrato, se hace necesario notificar previamente y con cierta antelación a la compañía española, sobre esos eventos de cambio de domicilio o el simple cambio de lugar de las instalaciones de los equipos.

33. Las negrillas son de la autora.

En otra cláusula del mismo contrato, es aun más evidente ese mayor poder, en este caso tecnológico, que tiene la compañía que suministra el software, al indicar que:

[...] De otra parte, justificada en los crecimientos de sus volúmenes de operación o en la apertura de nuevos puntos de venta, La Agencia podrá solicitar por escrito la instalación de equipos ADICIONALES, **correspondiendo en todo caso a SVA la decisión de aceptar o no esa solicitud** (p. 4, cláusula 4. Adición de Equipos – Incremento de la Capacidad Instalada, párrafo primero).³⁴

Esta posición asimétrica hace depender la ampliación de las operaciones de la agencia al arbitrio de la otra parte, específicamente de su aceptación para instalar las herramientas tecnológicas en los nuevos equipos.

Igualmente, esas situaciones de poder pueden generar graves perjuicios en el tema del manejo de la información de la parte débil, en los casos que se vienen exponiendo de software y soporte técnico, con las interrupciones inmediatas del servicio, por ejemplo en el contrato de licencia de uso de programa de cómputo, celebrado por otra agencia de viajes y una compañía mexicana, cuando se indica que,

En caso de que «El Cliente» no realice cualquiera de los pagos establecidos en esta cláusula, el servicio del programa de cómputo AB se restringirá a partir del día sexto de cada mes, pudiendo ser restablecido dentro de las 48 (cuarenta y ocho) horas siguientes a la realización del pago correspondiente» (p. 2, cláusula segunda. Regalía).

Lo consagrado en esta cláusula puede reflejar una asimetría del poder a favor de quien posee los conocimientos especializados en este caso, que conlleva a que técnicamente la aplicación de ésta puede ocasionar graves daños a la otra parte, con la suspensión inmediata del servicio.

Es común también encontrar situaciones en las cuales la parte fuerte tenga un acceso constante a las instalaciones, los archivos y la información de la otra

34. Las negrillas son de la autora.

compañía, no solo en los contratos de software, sino también en los de crédito internacional.

De acuerdo con lo anterior, en el contrato de suministro de herramientas tecnológicas y soporte operacional y técnico, celebrado entre una agencia de viajes colombiana y una compañía de Madrid, España, se encuentra:

PARÁGRAFO: Hasta el momento del retiro de los programas, SVA, a través de personal autorizado para tal fin, podrá acceder a las instalaciones de LAAGENCIA durante horas laborales, con el objeto de inspeccionar los programas y los archivos con el único objeto de supervisar su uso, según las reglas y procedimientos establecidos en este documento y las posteriores que puedan adicionarse (p. 5, cláusula 5. Título y Riesgo).

En el caso de los contratos de crédito internacional es mucho mayor esa injerencia porque, de acuerdo con lo señalado por el entrevistado uno, debe brindarse la mayor seguridad posible al prestamista, no solo con las garantías, las prohibiciones y los condicionamientos fijados, sino también con una revisión periódica de todas las situaciones de la compañía prestataria, como aparece en las siguientes cláusulas:

[...] (d) El Prestatario presentará al prestamista copias certificadas oficiales de los ingresos fiscales respecto de cada uno de los pagos de Impuestos Cubierto necesitan créditos para esta sección 5.05, tan pronto como sea posible (y, en cualquier caso no más tarde de 30 días) después de la fecha de dicho pago Se hace, y el Prestatario remitirá sin dilación al prestamista a petición de cualquier otro tipo de información, documentos y recibos que pueda razonablemente requerir para establecer que el pleno y oportuno pago se ha hecho de todos los impuestos cubiertos deben ser pagadas en virtud de esta Sección 5.05. [...] (p. 14).

Inspección que también se extiende a todos los bienes, libros y operaciones realizadas por la compañía; así,

Sección 8. Pacto (compromisos) del prestatario. [...] 8.02. Inspección de los bienes, libros y registros. El prestatario y cada una de sus filiales a, (a) mantener libros y registros de conformidad con principios de contabilidad generalmente aceptados y (b) permitir a los representantes de la prestamista, durante el horario comercial normal **y tan a menudo como pueda**, razonablemente que desee

a su propio costo y los gastos (siempre que si un caso de incumplimiento se ha producido y sigue el Prestatario deberá indemnizar al prestamista por esos costos razonables y gastos) y tras un preaviso razonable, para examinar sus libros y registros, para inspeccionar cualquiera de sus bienes, así como para debatir sus negocios y asuntos con sus oficiales, todos en la medida razonablemente solicitado por el prestamista» (pp. 20). En igual sentido se establece más adelante: «[...] 8.06 Estados Financieros, Etc. El Prestatario proporcionará al Prestamista: (A) tan pronto como estén disponibles y, en cualquier caso dentro de los ciento veinte (120) días después del final de cada ejercicio fiscal del prestatario, una auditoría balance consolidado del prestatario como al final del año fiscal y los correspondientes estados de ingresos y ganancias retenidas y de cambios en la situación financiera para el ejercicio fiscal de este tipo, exponiendo en cada caso en forma comparativa las cifras para el año fiscal anterior, y los relacionados con el estado de flujos de caja, certificado por contadores independientes seleccionados por el prestatario y de reconocido prestigio internacional, con relación a todos los estados financieros mencionados, en todos los aspectos importantes que reflejen la situación financiera de la parte pertinente a partir de esa fecha y sus resultados de las operaciones para el año terminado en esa fecha, (B) tan pronto como estén disponibles y, en cualquier caso dentro de los sesenta (60) días después del final de cada uno de los tres primeros trimestres de cada año fiscal del prestatario, sin auditar los balances consolidados del prestatario a partir de la expiración de tales trimestres fiscales y estados consolidados de ingresos del prestatario y para el período que comienza al final del año fiscal anterior y termina con el final de esa trimestre fiscal, certificado por el director financiero funcionario autorizado del Prestatario, (c) simultáneamente con la entrega de cada conjunto de estados financieros a que se refiere a las cláusulas (a) y (b) anterior, el Certificado de director financiero (Vicepresidente Financiero) del prestatario (x) declarando si el prestatario se encontraba en cumplimiento de los requisitos de las secciones 8.13, 8.14 y 8.15, en la fecha de estos estados financieros consolidados y el cálculo de la deuda total a Ebitda Ratio al final de esos ejercicios económicos, (y) se exponen en detalle razonable, los cálculos necesarios para establecer si el prestatario se encontraba en cumplimiento de los requisitos de las secciones 8.13, 8.14 y 8.15 presente en la fecha de estos estados financieros, y (z) si existe cualquier defecto en la fecha de dicho certificado, se establezcan los detalles de la misma y la acción que el prestatario esté tomando o se propone adoptar con respecto a la misma, (d) simultáneamente con la entrega de cada conjunto de estados financieros consolidados del Prestatario a que se refiere a la cláusula (a) anterior, una

declaración de la firma de contadores públicos independientes que informe sobre esas declaraciones (x) como si nada ha llegado a su atención a la causa de que para creer que todo por defecto existía en las secciones 8.13, 8.14 y 8.15 en la fecha de tales declaraciones y (y) que confirma los cálculos establecidos en el certificado oficial de la entrega simultáneamente a ella en virtud de la cláusula (c) anterior [...] (pp. 20-21).³⁵

Todo ello es un reflejo de esa situación de asimetría en la relación contractual, con una permanente injerencia que ejerce la empresa transnacional, en este caso entidad crediticia, en los asuntos, demás negocios y las actuaciones en general de la empresa colombiana (el prestatario). Con el fin de brindar esa tranquilidad al prestamista se genera una limitación al ejercicio de los derechos y actuaciones para la empresa colombiana. Frente a esto el entrevistado uno destaca:

[...] y en esos contratos financieros es una cosa bien impresionante que no solo me toca hacer todo como sometido, porque hay condiciones normales, yo entiendo que me está haciendo un crédito importantísimo, por mucho tiempo me acompañará y es lógico que yo mantenga mis niveles de endeudamiento para poder autosostenerme en mis pagos periódicos, pero aparte de eso yo le estoy dando garantías y estoy pagando un interés considerable; usted me está estudiando todo para saber si sí; no solamente es esto y todas las ganancias que se puedan meter y todas las garantías que esté dando, sino también venga audíteme periódicamente para que usted quede tranquilo, que yo no estoy haciendo situaciones de incumplimiento, audíteme permanentemente, de hecho tengo que permitir eso en la empresa, qué información quiere tener para que se sienta tranquilo.

Sin embargo, el entrevistado dos volvió a señalar que estas situaciones no pueden ser generalizadas, porque

Desde mi experiencia, no en todos los casos es posible afirmar que exista asimetría en la contratación privada. Como lo he relacionado, el caso de compraventa de *comodities*, o negocios bilaterales de duración instantánea (particularmente de intercambio) como las flores y de otros productos que tienen un precio prefijado, las condiciones se vuelven más fáciles de cumplir,

35. Las negrillas son de la autora.

ya que son negocios cíclicos, y por lo tanto existen usos que se han consolidado con la reiteración. Por lo que la relación contractual es de carácter consensual y las partes respetan y se atienen a los usos que el mercado ha construido.

Por el contrario, existen contratos en los cuales una parte, valida de su capacidad económica o de las contraprestaciones que la otra recibirá a cambio, impone una relación desigual desde las tratativas hasta la liquidación o terminación del contrato. Normalmente, este tipo de situaciones asimétricas suele ocurrir en los negocios de tracto sucesivo, en donde existen contratos escritos, sean estos bilaterales o plurilaterales; en los primeros, con origen en prestación de servicios; en los segundos, en integraciones o uniones transitorias.

En estos casos, pueden observarse unas tensiones importantes entre la igualdad contractual y la asimetría contractual; la informalidad y la flexibilidad contractual versus el formalismo y la rigidez contractual.

Desde los principios Unidroit, donde las previsiones legales respectivas se refieren a contratos entre operadores económicos profesionales, se parte de una igualdad entre las partes para negociar, discutir y establecer el contenido de los contratos comerciales internacionales, al establecer

Artículo 1.1. (Libertad de contratación) Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido (libertad de elección y de configuración).

Artículo 1.3. (Carácter vinculante de los contratos). Establece el principio de la normativa de los contratos. Si son válidamente celebrados son obligatorios para las partes (p. 1).

Pero la realidad es otra, en relación con la asimetría contractual determinada por diversos factores, como también por la racionalidad con que se busca actuar en ese sistema de economía-mundo, atendiendo a estándares de competitividad y productividad para lograr la inserción en el comercio global.

A su vez en la ley 518 de 1999, por medio de la cual se ratifica la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, al comparar las obligaciones contractuales de las partes (capítulo II, artículos 30 a 52 vs. Capítulo III, artículos 54 a 70), se destaca que son más amplias las obligaciones que debe asumir el vendedor con relación a este tipo de contrato, en contraste

con las obligaciones relativamente sencillas que tiene el comprador, básicamente consistentes en pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y la Convención.

De acuerdo con todo lo anterior, se observa una situación de asimetría en buena parte de las relaciones surgidas en contratos comerciales internacionales, donde el agente fuerte es la empresa transnacional. Asimetría que se refleja en la ausencia de discusión del contenido de los contratos; en modelos o estándares enviados por la compañía transnacional, complejos, extensos, donde todo está definido por parte de estas empresas y con la exoneración permanente de responsabilidad para ellas; en la restricción máxima del objeto y de los alcances del contrato. Se puede sostener que estas relaciones, surgidas en la contratación comercial internacional, se mueven en el ámbito del dominio que ejerce una de las partes, en este caso la empresa transnacional, determinada por el poder económico, tecnológico, de información y de conocimientos especializados.

Se observan tensiones en la debilidad de la gran empresa colombiana que, por más poder económico que tenga en Colombia, debe enfrentarse a las complejas redes de acuerdos y decisiones transnacionales, donde es una empresa o un cliente más, pequeño en ese ámbito global, con escasas posibilidades de controvertir las condiciones de orden fáctico y jurídico en las negociaciones. Y frente al gran reto de las mismas empresas colombianas, en busca de alianzas estratégicas y acuerdos de asociatividad empresarial, con otras empresas colombianas o de la región, para procurar constituir una parte fuerte en las negociaciones comerciales internacionales.

3. USOS Y PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Otro de los aspectos que se destaca después de analizar las fuentes primarias, principalmente en las entrevistas realizadas y la normativa consultada, es la presencia de una serie de usos y prácticas en las negociaciones comerciales internacionales, que se incorporan a los textos de los contratos o hacen parte de la fase de ejecución de los mismos. Se evidencia, entonces, la presencia en ese nuevo escenario de la globalización económica y la transnacionalización de capitales, de unas conductas o comportamientos asumidos por las partes, que los vinculan y, además, corresponden a un nuevo derecho de origen eminentemente contractual.

En este sentido, se encuentra en primer término, el artículo 9.º de la Ley 518 de 1999, mediante la cual se ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, donde se estableció que

1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Las prácticas y usos relacionados en el numeral 1.º del artículo noveno se refieren a aquellos que tienen una eficacia particular y restringida únicamente al contrato celebrado por las partes. En cambio, el uso al cual se refiere el numeral 2.º, tiene una aplicación general. Pero en todo caso, unos y otros entran a ser parte del contenido del contrato durante el proceso de formación de este y, además, son reflejo del principio de la autonomía privada.

En igual sentido, se reconoce y establece la aplicación de dichos usos y prácticas, en el artículo 19 de los Principios Unidroit para los contratos internacionales.

Algunas prácticas relacionadas con el procedimiento para la celebración de los contratos

De acuerdo con ese reconocimiento de los usos y prácticas en la contratación comercial internacional, el entrevistado uno ante la pregunta, ¿cómo se están celebrando en este momento los contratos internacionales privados, es decir, cuáles son esas etapas prenegociales, propiamente negociales y postnegociales que se desarrollan?, indicó que,

En términos generales, concretamente yo pienso que es desde el punto de vista jurídico casi nula la etapa prenegocial, desde el punto de vista jurídico, desde el punto de vista comercial y técnico, en cuanto a condiciones de un producto, en cuanto a calidades, en cuanto a cómo me lo van a implementar o a entregar o a traer, en esa parte es grande el acercamiento con las partes, pero de negociación desde el punto de vista jurídico no. Yo creo que entramos

la parte jurídica cuando de una forma muy electrónica ya, se mandan versiones de los contratos; ahí el abogado conoce el texto de los contratos cuando ya la parte precontractual desde el punto de vista comercial y técnico está muy adelantada [casi agotadas] [...]

Lo anterior evidencia la presencia de una práctica en la fase prenegocial y negocial, caracterizada por la concentración de las discusiones y los acuerdos en aspectos fácticos, de orden técnico y comercial, con una intervención de lo jurídico al final de todas las negociaciones y solo para suscribir un contrato en el cual generalmente, como ya se ha señalado, está todo establecido. Las que negocian los contratos son las áreas técnicas y comerciales de las compañías; los abogados de cada parte tienen muy poca o ninguna injerencia en las negociaciones.

Asimismo, el entrevistado dos destaca una práctica en la fase de negociaciones que contrasta y difiere en las negociaciones de relaciones contractuales de colaboración o integración y las surgidas de contratos de contraprestación, así:

[...] en contratos de colaboración como integraciones complejas, como fusiones, adquisiciones; o simples negocios de colaboración como uniones temporales, joint ventures o consorcios, la etapa prenegocial es la más importante, ya que se recurre al sondeo de la sociedad o empresa nacional por parte de la internacional, basado desde lo económico en un due diligence mediante el cual exploran hasta la más recóndita información acerca del estado de la sociedad o empresa.

En este mismo sentido, el perfeccionamiento de la unión en todos los casos se plasma mediante un contrato preelaborado (normalmente denominados acuerdos de inversión) [...]

Es frecuente, cuando se tiene interés en adquisiciones de empresas, establecimiento de alianzas empresariales u operaciones como fusiones, que se desarrolle esa práctica denominada Due Diligence, que conduce a celebrar acuerdos prenegociales como una forma de establecer previamente la situación de la empresa con la cual se tiene interés de negociar, que implica obtener toda la información relacionada con la compañía, bajo un compromiso de confidencialidad, para auditarla en todos sus aspectos; y con un acuerdo de exclusividad de ambas partes.

El entrevistado dos continuó con la tensión surgida en este punto, con los contratos de contraprestación, que tienen un cumplimiento inmediato; desde su experiencia, principalmente en contratos de comercialización de flores, destaca lo siguiente:

[...] se denota que existe un manejo diametralmente opuesto al mencionado con relación a las integraciones empresariales. Así, los pedidos se realizan por correo electrónico y son remitidos sin necesidad de ningún tipo de garantía internacional, como una carta de crédito. Una vez llega el producto a su destino se remite el valor del mismo deduciendo aquel producto que no cumple las especificaciones o que se encuentra malogrado de alguna forma. Esta deducción es objetiva y respaldada. En el evento de que haya alguna imposibilidad en la entrega de la cantidad de producto pactado no existe ningún tipo de responsabilidad siempre y cuando se demuestre.

En mi experiencia, en ningún momento los compradores han incumplido su deber de pagar la suma acordada como precio por las flores, por lo que la buena fe es un elemento de importancia angular, teniendo en cuenta que los contratantes manejan toda la negociación de manera virtual.

La relación precontractual se crea mediante convenciones realizadas en Estados Unidos y Europa, en donde los compradores conocen las variedades y los costos fijados por los floricultores.

Lo anterior es complementado por el mismo entrevistado cuando señala que

[...] A contrario sensu, y como se relacionará en otro punto, existen negocios de intercambio, como la compraventa de commodities, particularmente las flores, en los que la buena fe y la consensualidad, sobre una fuerte base de una costumbre negocial internacional que las partes respetan. **En este mercado, independientemente de la posición de las partes, existe un esquema que se ha delineado con los usos comerciales, y que las partes toman.** Aunque se debe resaltar que en la fase previa, como el acuerdo versa sobre precio y cantidad, variables que normalmente señala el mercado, no hay necesidad de discutir o imponer posiciones acerca de la regulación del contrato.³⁶

36. Las negrillas son de la autora.

Por tanto, en estos últimos contratos a los que se refiere este entrevistado, de compraventa de commodities (mercancías o productos como flores y café), se han establecido unas costumbres comerciales, donde prima la flexibilidad y la informalidad, con negociaciones virtuales que atienden a las necesidades del mercado, a la globalización tecnológica y de las comunicaciones, como también a la exigencia de realizar transacciones a gran velocidad, con celeridad y prontitud.

Prácticas logísticas y de gerenciamiento de la relación con el cliente

Por otro lado, el entrevistado tres destaca la existencia de ciertas prácticas logísticas para la comercialización de productos, que se vienen implementando a nivel internacional y que constituyen, en la actualidad, estándares de calidad y buenas prácticas para la contratación. Se refirió, específicamente, al GS1 (Global Standar International. Estándares Internacionales) y al CRM (Customer Relationship Management. Administración de la relación con el cliente), la primera como prácticas logísticas para lograr ser más productivos y competitivos; la segunda busca mejorar las relaciones con el cliente para lograr la competitividad y la fidelidad de este. Y continúa diciendo al respecto:

[...] GS1 es un **sistema internacional donde se determinan las mejores prácticas logísticas**, permitiendo ser más flexibles y dinámicos; dicho sistema tiene más de 20 años y es universal. En Colombia el GS1 está compuesto por personas jurídicas y naturales que representan el GS1 a nivel internacional, organización que administra y organiza [...] que comprende los estándares de códigos de barras, códigos electrónicos de productos. También promueve mejores prácticas logísticas, lo que les permite a las empresas tener un lenguaje universal de negocios que facilite la comunicación en un mundo globalizado.

Hay otro acuerdo de unificación sobre buenas prácticas comerciales y de atención al consumidor de la Andi, Acopi y Fenalco; es un documento firmado el 23 de diciembre de 2003, en el que se determinan reglas claras de comportamiento comercial generando un encadenamiento armónico entre industria y comercio, permite un ambiente de competitividad, de cara a las exigencias del TLC y el Alca y demás tratados de libre comercio buscando regular las relaciones entre proveedores con el comercio, unifica las prácticas logísticas de ventas comprometiéndose productos con sus administradores, con los comercializadores, trabajar conjuntamente para mejores estándares de calidad en un proceso de gana-gana para todas las partes, regulando las

campañas promocionales, las exhibiciones en góndola, las devoluciones de los productos, las codificaciones, entre otras a nivel mundial.³⁷

Frente a todo esto, cabe anotar lo que destacó el entrevistado dos, dentro de los aspectos característicos en la contratación internacional privada:

Aunque la contratación internacional se basa en la teoría del contrato (obviamente nacida para la aplicación territorial), **existen prácticas** tomadas de contratos internacionales que se están aplicando a la contratación nacional. Muchas de esas prácticas, al ser de familias jurídicas ajenas a la nuestra en el caso colombiano, se introducen de manera desafortunada, ya que no encajan en nuestro sistema de derecho romano germánico. No obstante, también se propician prácticas no solo dentro del ámbito jurídico, sino también del económico.³⁸

Esto coincide con lo señalado por el entrevistado uno, cuando se refirió al predominio de negociaciones en el ámbito técnico y comercial. Como también con lo que indicó el entrevistado tres, sobre las prácticas y exigencias que se les hacen a las empresas colombianas por parte de las compañías transnacionales, que son igualmente replicadas por los empresarios colombianos en las relaciones contractuales internas, con el mediano y pequeño empresario.

Usos frecuentes en la contratación comercial internacional:

Por su parte, el entrevistado uno destaca como usos que se han establecido dentro de las negociaciones comerciales internacionales en las que la compañía para la cual trabaja ha participado, los siguientes:

Digamos que lo más frecuente son temas frente a garantías del producto o del servicio; temas de responsabilidad buscando que la responsabilidad sea lo más limitada posible o ninguna, en tiempo y en valor, limitando la responsabilidad a X tiempo o máximo al valor total del contrato; limitando el servicio también en cuanto a características; se trata de que el objeto del contrato quede muy limitado, que no se entienda que implica beneficios para alguien más del que está contratando al otro lado, que no se va a prestar servicio, por

37. Las negrillas son de la autora.

38. Las negrillas son de la autora.

ejemplo filiales, matrices, se entiende que no; entiéndalo que es solo por este tiempo y que lo que le voy a entregar es solamente esto [se restringen los horarios de atención al cliente, por ejemplo] Es normal que todos los costos los asuma la parte contratante, liberando a la parte contratista o al proveedor de cualquier costo adicional que se genere en el contrato, hasta el valor del contrato es este y en neto, si hay impuestos adicionales eso los asume usted (empresa colombiana), aunque por legislación colombiana sea un valor que usted me debe retener a mí del pago, yo necesito esta plata por este valor neto, en tal cuenta y ya; impuestos adicionales que genere la suscripción del contrato, como temas notariales o de timbre, son asumidos por ustedes, o costos por prestación del servicio; este es el valor de mi servicio, pero mis desplazamientos, mis viajes, hora adicional después de tal hora vale tanto. Yo creo que esos son los más frecuentes. Sí, todo lo que sea costos, garantías y responsabilidad. Casi que las cláusulas de responsabilidad y garantía empieza uno a identificarlas porque vienen en una letra más grande de lo normal en el contrato, se escriben en mayúscula sostenida y son bastante estándar. Y cuando vas a negociar redacción o ajustes en el texto de las cláusulas, es del grupo de cláusulas que la parte contratista considera no se escalan, no se suben porque por políticas de la compañía o del grupo jamás están en discusión.

Ahora bien, en los textos de los contratos analizados, se encuentran algunas cláusulas que también permiten establecer esa presencia de usos y prácticas en la contratación comercial internacional.

Es el caso del contrato para la prestación de servicios de asesoría y consultoría, celebrado por una compañía colombiana del sector servicios y una empresa extranjera (cuya nacionalidad no fue revelada) donde se señala, en la cláusula 4.2: [...] (a) AB garantiza que los Servicios serán prestados conforme los estándares generalmente aceptados por la industria [...]

Precisamente, en los contratos de software existe un predominio de la atipicidad, donde el contenido y la ejecución de estos son, en gran parte, un reflejo de unos usos y prácticas convenidos por las partes o impuestos por una de ellas. En este caso concreto, se incorporan al contrato todas las prácticas que han sido estandarizadas por la industria del software, teniendo un carácter vinculante para las partes.

De igual forma, en el contrato de licencia de uso del programa de cómputo, celebrado por una agencia de viajes colombiana y una compañía mexicana, se

establece, al referirse al valor agregado de la obligación principal de «NET» (contratista),

[...]A) Contratar el dominio o dirección electrónica con la finalidad de obtener el acceso al servidor de Internet que prestará el servicio como parte funcional del programa de cómputo AB; pasado el año de vigencia del dominio y ya que es propiedad de «El Cliente», YZ dará aviso a «EL CLIENTE» para que sea renovado y el gasto por concepto de renovación corresponderá realizarlo por parte de «El Cliente» a través de YZ (p. 4, cláusula décima sexta. Valor Agregado).

Frente a la indeterminación de esta cláusula en cuanto a los costos que tendría que cancelar El Cliente (agencia de viajes), que pueden llegar a ocasionarle graves perjuicios, el abogado externo de este, al revisar el contrato, sugirió lo siguiente:

En este contrato deberían regularse estos montos para que no aprovechen su condición de superioridad a futuro con el objeto de extraer mayor ganancia en este rublo. Si no es posible establecer un precio determinado con aumentos porcentuales cada año (que sugiero sean según el índice de inflación norteamericano, toda vez que la compañía en cuestión cobra en dólares), intentar entonces **el recurso a la costumbre mercantil o los usos** como por ejemplo: a valores que no podrán rebasar el costo por servicios similares prestados por competidores en el mercado.

En este contrato, en la misma cláusula relacionada con el valor agregado, también se establece:

B) Instalar por sí o por medio de una subcontratación el servidor de Internet, que vaya acorde a las necesidades de «El Cliente» y que el tamaño de almacenamiento sea suficiente para garantizar la operación del programa de cómputo AB. En el caso de que la operación de «El Cliente» sobrepase los 50 usuarios administrativos concurrentes o bien la información almacenada supere los 2GB o sus transacciones superen las 20.000 mensuales «El Cliente» deberá contratar un servidor para uso exclusivo de su empresa. Este servidor estará alojado en las instalaciones de YZ o donde este determine. Las características del Servidor y licenciamiento necesarios serán evaluados en conjunto para determinar el Servidor idóneo para su operación así como el pago a realizar

por estos conceptos, **que de ninguna manera será superior al usual en el sector para este tipo de servicios** (p.5).³⁹

Aparece un recurso frecuente, en este tipo de contratos, a los usos y prácticas, a través de la remisión a aquellas conductas que son usuales en el sector o el ramo al que pertenece el negocio.

Finalmente, en el contrato de representación exclusiva, distribución y subrogación, celebrado por una compañía colombiana y una empresa mexicana de la industria cosmética, también se hace una remisión a los usos comerciales, así:

SEXTA. –Plazo.– El plazo que ambas partes convienen señalar para el presente contrato de distribución y venta con pacto de exclusividad, a favor del «Proveedor», es de UN AÑO contado a partir de la firma de este contrato, mismo que podrá ser ampliado con anterioridad a la terminación de este, si los **usos comerciales** y buen manejo de las relaciones mercantiles de ambas partes, así lo juzguen conveniente, mediante documento por escrito.⁴⁰

Para concluir este aspecto, es posible que desde el punto de vista de la libertad de configuración comercial o autonomía material, el surgimiento de unos usos y prácticas, su aceptación y carácter vinculante, implique un auge o mayor importancia para el ejercicio de dicha libertad, principalmente para aquella(s) parte(s) que tiene(n) mayor incidencia en la determinación de esas conductas. Cabe resaltar que quienes fijan o establecen esos estándares y parámetros que se vuelven de obligatorio cumplimiento, son precisamente las empresas transnacionales u organismos internacionales que se conforman con el apoyo de estas para la formulación y generalización de tales prácticas.

4. DERECHO CORPORATIVO: ALIANZAS Y NUEVA ESTRUCTURA CONTRACTUAL

En la contratación comercial internacional, también comienzan a tener influencia factores como el establecimiento de alianzas empresariales estratégicas; la formación de redes complejas de acuerdos y decisiones, que se constituyen en una parte fuerte frente a la compañía transnacional; y dan origen a una nueva

39. Las negrillas son de la autora.

40. Las negrillas son de la autora.

estructura en las relaciones contractuales. En contraste, se puede observar una debilidad de las empresas colombianas en términos de alianzas y estrategias empresariales conjuntas, para llegar a constituir una parte mucho más fuerte en las negociaciones de contratos comerciales internacionales.

Es así como en el contrato de asistencia técnica, celebrado por una compañía colombiana del sector servicios y una compañía mexicana, en la parte de definiciones que son usualmente establecidas en estos contratos, se observa la complejidad de las redes de acuerdos y decisiones que se constituyen, con el fin de atender los requerimientos formulados, así:

[...] El Contratista es consciente que hay clientes con Proyectos especiales y complejos que demandan apoyo profesional de elevada calidad y profesionalismo, motivo por el cual El Contratista a **nivel corporativo**, hace importantes esfuerzos de divulgación, transferencia tecnológica, alianzas estratégicas, Convenios Educativos etc. (p. 2. 2. Cláusula de definiciones).

Con la anterior cláusula, se reconoce la importancia de establecer acuerdos o alianzas empresariales con otros sectores, con el propósito de alcanzar los objetivos y mejorar la prestación de los servicios, dando lugar al desarrollo de una serie de relaciones interempresariales e intersectoriales.

En igual sentido, en el contrato de suministro de herramientas tecnológicas y soporte operacional y técnico, celebrado entre una agencia de viajes colombiana y una transnacional española, se establece:

[...] PROVEEDOR DEL SERVICIO: Significa cualquier Línea Aérea, hotel, Compañía de alquiler de vehículos, de trenes. Tour operador, Mayoristas, Cadenas Hoteleras o cualquier otro servicio relacionado con viajes o con la administración de las AGENCIAS con el cual AB (matriz) o YZ (representante exclusivo en Colombia de la compañía española) ha establecido convenios para proveer servicios a LAAGENCIA y sus clientes [...] (p. 3).

Dicha cláusula también refleja la necesidad de asociarse y constituir acuerdos y complejas redes de operación, para la prestación de un servicio.

Por otra parte, en tres de los contratos de software reunidos, sistematizados y analizados, aparece el término *cooperación* entre las partes, que podría atender a una nueva estructura y desarrollo de la relación contractual.

En el caso del contrato para la prestación de servicios de asesoría y consultoría, celebrado por una compañía colombiana del sector servicios y una empresa transnacional, se estableció que

[...] (b) Las tarifas por los Servicios a prestarse serán las tarifas de AB vigentes en el país en el cual se presta el Servicio, en el momento de la prestación del mismo. Cualquier límite monetario estipulado en la Orden de Servicios T y M [Tiempo y Materiales] correspondiente será solo un estimado para efectos de presupuesto del Cliente y con el fin de asignar recursos por parte de YZ. **Si se excede el límite, AB cooperará con el Cliente para continuar prestando los Servicios en la misma modalidad de T y M;** y [...]» (p. 1, cláusula 2.1).⁴¹

Se destaca el término cooperación en la contratación, lo cual puede confirmar lo señalado por Faria (2001: 171) respecto a la nueva forma como se están desarrollando las relaciones contractuales, a través de algunos aspectos que comienzan a incorporarse en el actual contexto de la globalización económica.

Más adelante, el mismo contrato señala:

[...] **5.2. Cooperación.** El cliente deberá (i) permitir acceso oportuno a sus oficinas, instalaciones y equipos (ii) proporcionar oportunamente su asistencia, **cooperación**, información completa y correcta, datos de sus funcionarios, agente y empleados, y (iii) proporcionar oportunamente sus equipos de computación que, estén adecuadamente configurados (conjuntamente la «Cooperación»). La Cooperación es esencial para la prestación de cualquier servicio, por lo que AB no será responsable por ninguna deficiencia en la prestación de los Servicios, si dicha deficiencia resultare de la falta de Cooperación completa y oportuna del Cliente. Si las tarifas y gastos de AB por la prestación de los Servicios se incrementan como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del Cliente o por su falta de Cooperación, o por alguna otra causa no atribuible a AB, el Cliente acepta pagar a AB dichas tarifas y gastos. Dichas tarifas podrán incluir el tiempo durante el cual los consultores de AB no se encuentren trabajando por causa de dichos incumplimientos o falta de cooperación del Cliente (p. 5, cláusula 5.2).⁴²

41. Las negrillas son de la autora.

42. Las negrillas son de la autora.

En el caso del borrador de contrato de derecho de uso de software, celebrado por una empresa colombiana del sector servicios y una empresa extranjera con experiencia en el desarrollo de sistemas informáticos, se encontró lo siguiente:

[...] A este título se recuerda que el éxito de un proyecto de tratamiento de información en una empresa no depende exclusivamente de la calidad de los productos, programas o servicios utilizados **sino que exige de una colaboración activa entre las partes así como la dependencia de factores que escapan al control del PROVEEDOR y que dependen del CLIENTE** (p. 3).⁴³

A su vez, el contrato de licencia de uso programa de cómputo, celebrado entre una agencia de viajes colombiana y una transnacional con sede principal en España, en una de sus cláusulas establece:

[...] SVA podrá, a su discreción y con la cooperación de La Agencia, supervisar y controlar los niveles de entrenamiento y/o capacitación de los empleados de La Agencia y ésta a su vez permitirá a SVA el acceso a sus empleados en la Dirección de Instalación con este propósito (p. 8, Cláusula 12. Entrenamiento).

Esa importancia que se le asigna a la cooperación o apoyo entre las partes, puede ser vista como un factor que está incidiendo en la contratación comercial internacional, originando algunas transformaciones en el ejercicio de la autonomía privada, con relación a una concepción individualista y clásica de la misma.

De igual forma, los Principios Unidroit establecen el tema de la cooperación en los contratos comerciales internacionales, en el siguiente sentido:

Artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última (p. 13).

43. Las negrillas son de la autora.

Con relación a este tema de la cooperación en las relaciones contractuales, el entrevistado uno, frente al cuestionamiento sobre su significado e importancia en los contratos, indicó:

Ese término lo he encontrado frecuentemente en contratos donde hay que implementar, o sea hay un servicio; no solamente es una compra sino que es un servicio, donde ellos tienen que venir acá a capacitar o implementar algo. Entonces hay unos cronogramas de trabajo, primero, segundo, para que ese cronograma se cumpla yo necesito que usted (empresa colombiana) sea supremamente dispuesto conmigo. Que es dispuesto conmigo: yo tengo estos horarios, yo tengo estas personas, tantas personas para capacitar tantas, y usted tiene que tener disponibilidad, usted tiene que tener capacidad técnica y humana, y sí abrireme las puertas para que yo pueda cumplir el objetivo. Si por no tener una actitud de disposición yo no logro cumplir ese cronograma es su culpa y no la mía, entonces usted me empieza a pagar hora y día adicional por esta clase de profesional a tal precio, porque si no, digamos que es la forma de amarrar su disponibilidad con el cronograma de trabajo que yo tengo, para que si se entorpece, a mí no me toque asumir el costo o el sobrecosto que tenga, sepa que es suyo. [Se le preguntó nuevamente: es usual en este tipo de contratos de tecnología principalmente, o también en contratos de otra naturaleza]. No yo no los he encontrado en otros.

De lo anterior se colige que, para este entrevistado, el tema de la cooperación solo se refiere a una facilitación de las condiciones óptimas para el cumplimiento de la prestación establecida, generalmente, en contratos de asesoría y de servicios tecnológicos; una forma de no entorpecer el cumplimiento o ejecución de las obligaciones contractuales para una de las partes.

Por el contrario, el entrevistado tres manifestó, desde su experiencia en la asesoría a empresas colombianas y transnacionales, el siguiente caso:

[...] Tengo una multinacional que represento, la cual principalmente ha sido una compañía en asesoría en sistemas, se llama AB tienen sede en México; en Estados Unidos en Los Ángeles, Miami, Nueva York; en Colombia, no me acuerdo de en qué otros países. Ellos ofrecen asesoría, pero se dieron cuenta de que los colombianos no solo tenían problemas de sistematización, sino que también tenían problemas para llevar los productos al exterior; entonces se ha firmado también con ellos una agencia comercial, de manera que esta

compañía les abre una página en internet, les hace los contactos, les ayuda a nacionalizar mercancías y tiene contactos con Wall-Mart,⁴⁴ con Macy's, con las grandes compañías a nivel mundial, crea los contactos y realiza las negociaciones, les hace contrato de software y además también se establece otra relación contractual a través de la agencia comercial para que los represente a nivel internacional para poner sus productos en grandes superficies a nivel mundial. A ellos yo les hice muchos contratos de agencia, pero regulados por la legislación colombiana, sin violentar, en compañía con los asesores de los Estados Unidos, las normas de allá [...]

De esta manera, para el entrevistado tres la cooperación en este tipo de relaciones contractuales es concebida como una forma de atender a las necesidades del otro contratante, en la medida que se requiere ser más competitivo e incrementar los niveles de productividad; lo que implica que en algunas ocasiones deba extenderse el objeto comercial a otros aspectos o deba establecerse una serie de relaciones que vinculen otros factores, con el ánimo de lograr ese gana-gana para todas las partes.

El mismo entrevistado, al referirse al tema de las alianzas y la cooperación, indica:

[...] es muy importante, por eso Noel era la mejor del mercado, hace tiempo, a lo paisa, eso era la fórmula de la Coca-Cola, no la tengo sino yo, **ya es puras afiliaciones**. Mira por ejemplo las redes de servicios de Servibanca: con tarjetas de cualquier banco usted va a Servibanca; se unieron para realizar procesos, ya no es la relación A y B [...]⁴⁵

Igualmente, el entrevistado dos, con respecto al mismo tema de la cooperación y las alianzas, afirma:

[...] Independientemente de la forma de asociación, el hecho de crear contratos de colaboración empresarial con personas extranjeras, genera la posibilidad de que se fomenten, gracias a esa alianza, otro tipo de contratos internacionales

44. Walt-Mart es una cadena estadounidense de supermercados en el ámbito global; con tiendas de autoservicio a bajo precio y altos volúmenes, fuera de Estados Unidos; la compañía opera en 13 países, con almacenes en México (912), Argentina (15), Reino Unido (336, la mayoría supermercados ASDA), Canadá (290), Costa Rica (140), Brasil (297), Puerto Rico (54), Honduras (44), El Salvador (63), Guatemala (137), Nicaragua (40), Japón (391) y China (184). Consultado en: <http://wikipedia.org/wiki/Wal-Mart> [junio 1.º de 2008].

45. Las negrillas son de la autora.

(de contraprestación como compraventa o de servicios como transferencia de tecnología) con el fin de desarrollar el objeto de la alianza lograda, como un factor diferenciador de esta en el mercado, mediante la prestación de productos o servicios con un mayor valor agregado.

De acuerdo con lo señalado por los tres entrevistados en relación con este tema de la cooperación, es posible establecerse un contraste. Para el entrevistado uno, se trata de una fuerte injerencia y una facilitación de las condiciones para el cumplimiento del objeto contractual. Por el contrario, para los entrevistados dos y tres se trata de una nueva estructura en las relaciones contractuales, donde se requiere una unión de fuerzas, una sinergia para el logro de unos objetivos, sin que haya obstáculo en que se presente una serie de limitaciones para alguna de las partes, porque a cambio puede ser mayor el beneficio recibido; con la posibilidad, adicionalmente, de extender las relaciones a otros negocios.

Por otra parte, es igualmente importante destacar la forma como están operando las compañías transnacionales, caracterizadas por tener una

[...] gran capacidad de adaptación a las especificidades de cada mercado, con extrema sensibilidad para detectar nuevas tendencias, con sofisticadas estrategias para alcanzar la más alta productividad al menos coste posible y con enorme competencia para ejercer diferentes actividades en diferentes contextos y actuar en distintas líneas de producción y negocios. Y posee esa capacidad porque tiende a organizarse por medio de unidades o divisiones empresariales altamente flexibles, modulares y, sobre todo, articuladas en perspectiva reticular. De este modo, la actuación de las corporaciones transnacionales o compañías globales ya no configura un agregado de actividades a nivel de países en forma de estructuras burocráticas y organizaciones estables y rígidas. Por el contrario, pasa a adoptar la forma de un sistema de negocios desagregado, administrado como un proceso interconectado, controlado por informaciones compartidas y organizado horizontalmente por materia, producto o servicio (Faria, 2001: 60-61).

Coincidiendo con Faria, el entrevistado dos destaca que las compañías transnacionales o globales iniciaron su proceso de expansión a través de diversas estrategias, tales como

[...] la adquisición de empresas que realizan actividades similares (ejemplo: el BBVA adquiere al Banco Ganadero, o Sab Miller adquiere a Bavaria).

También se buscan sinergias desde esquemas contractuales en los que la unión no implique fusión o adquisición, por lo que es bien conocido el mecanismo de la franquicia utilizado por McDonalds o las uniones temporales, join ventures o consorcios[...]

De igual forma, con relación al modus operandi de las transnacionales en las negociaciones que establecen con las empresas colombianas y la significación de las alianzas o acuerdos empresariales para las compañías nacionales, el entrevistado uno indica:

Yo pienso que esa [la asociatividad y las alianzas empresariales] sería una buena alternativa para Colombia, lo que pasa es que nosotros no lo sabemos hacer. Si llega X proveedor a vender X producto o servicio y se hace una negociación en conjunto, pues, a todos en precios, condiciones, porque es que irónicamente el argumento para todos es que por ejemplo el contrato es estándar, pero porque a todos nos han dado la misma respuesta. Claro, la negociación en bloque nuestra sería muy benéfica y creo que no implicaría que fueran empresas del mismo sector, ni del mismo grupo, cuando sean productos que nos sirvan a todos; pensar en que vamos tres o cuatro empresas a comprar y si todos pedimos las mismas condiciones y entonces se firma el contrato con cuatro empresas o se pierde la negociación, ya no hay una parte tan débil.

Del lado de allá la dificultad que se presenta es que son empresas o compañías multinacionales, en donde tú empiezas a negociar con la del país más cerquita, que no necesariamente es la matriz; entonces eso hace difícil la negociación, lenta, y la sociedad que a nosotros nos toca del país vecino [más cercano] no es la matriz, entonces no tiene fuerza adentro muchas veces como para decir oiga, es mi cliente más grande o cosas así; somos un pedacito (sic), venimos siendo un cliente pequeñito de una sociedad [compleja en su estructura, en sus redes], pero no somos un cliente grande para la sociedad matriz.

Acorde con esto último que señala el entrevistado, en el contrato de asistencia técnica celebrado precisamente por la compañía colombiana del sector servicios que este asesora y una empresa cuya casa matriz se encuentra en Chile, se encontró la siguiente cláusula:

El cliente se obliga a solicitar el Soporte Instrumental y Técnico, del Software única y exclusivamente a EL CONTRATISTA, en el entendido de que por ningún

motivo contactará de forma directa o indirectamente a través de terceros, a la casa matriz de AB en Santiago de Chile, o cualquiera de sus Filiales a lo largo de Latinoamérica o a YZ sin enterar a EL CONTRATISTA, por escrito, informando el motivo de tal situación (p. 7, cláusula 4.8)

Se destaca entonces la complejidad en las negociaciones que se realizan con las compañías transnacionales, debido a la forma de organización y operación de las mismas, como también a la necesidad que tiene el sector empresarial colombiano de trabajar mucho más en el tema de las alianzas empresariales, con el fin de constituirse en una parte más fuerte en las negociaciones comerciales internacionales.

Igualmente, en una de las cláusulas del contrato de software celebrado entre una agencia de viajes y una compañía española, que ya había sido mencionada en la parte de modelos o estándares de contratación y presencia de cláusulas abusivas, se indica:

Cláusula 17. -Cesión y Fusión. LAAGENCIA no transferirá, cederá o asignará este contrato, o cualquier derecho u obligación que emane del mismo, o cualquier derecho de uso de las marcas propiedad de SVA-AMAD sin el consentimiento previo por escrito de SVA.

En el caso que LAAGENCIA adquiera o controle a otra entidad, se fusione, o la absorba, o sea adquirida o controlada por cualquier persona o entidad, SVA, a su única elección, podrá dar por terminado este contrato sin ninguna obligación o responsabilidad frente a LAAGENCIA.

SVA podrá transferir, ceder o asignar este contrato, o los derechos u obligación emanados del mismo, a cualquiera de las entidades que forman parte del grupo AMAD o cualquiera de sus NMC's (National Marketing Company) o a cualquier tercero (p. 12).

A través de esta cláusula se restringe la posibilidad de establecer alianzas empresariales para la empresa colombiana, al constituir una causal de terminación inmediata del contrato en los eventos de fusión o ante cualquiera de las prácticas actuales de asociatividad empresarial. En contraste, se permite que la transnacional pueda transferir, ceder o asignar este contrato a cualquier otra compañía que pertenezca al grupo.

Una posición distinta manifiesta el entrevistado tres, al afirmar que la asociatividad se viene trabajando hace algún tiempo en Colombia,

[...] Pero eso hace tiempo [las alianzas empresariales], mejor dicho en esto ya salen con otra teoría, es que si no se extinguen, hay un libro que se llama, Cooperar o morirás, que es el gurú para todo el que maneja mercadeo, ventas, para el que maneja una empresa. Hay una compañía que se llama Nielsen que es a nivel mundial pero opera en Colombia, la pagan todas las empresas del país; ella segmenta, organiza, planifica bajo esos estándares y todos se rigen por la Nielsen y la Nielsen ya ni siquiera imprime, todo lo hace a través de sistemas.[...]

Por ejemplo, a los tenderos, la escuela de tenderos que la desarrollaron entre todos estos productores, para tecnificarlos, capacitarlos, hasta los están graduando; yo tengo aquí los ejemplos de la escuela de tenderos que los hicieron con la Universidad Javeriana. [...] le quiero dar un ejemplo de abajo [de lo que ocurre con tenderos y pequeños distribuidores] y me subo arriba [con las grandes compañías colombianas y las multinacionales], para que vea que es una tendencia universal, es que Colombia estaba en mora, mejor dicho Noel la ha recibido de allá para acá [exigencias y estándares mundiales que le formulan por ejemplo una de las grandes superficies para poder comprarle sus productos] pero a la vez ella la hace de acá para allá [con los tenderos y distribuidores que le compran a ella]; Noel, Nacional de Chocolates, Porvenir, Protección, los que tienen contratos importantes [...]

5. CONSIDERACIONES FINALES

De esta manera, se observan nuevas dinámicas en la contratación comercial internacional, que permiten establecer algunas transformaciones en el ejercicio de la autonomía privada, atendiendo a la necesidad de incorporación a los mercados, que conlleva el establecimiento de unas relaciones de asociación y alianzas con otros sectores, a una ampliación del objeto contractual y a la necesidad de tomar en cuenta diversos factores en las negociaciones, con miras a la excelencia global.

Asimismo, se percibe una debilidad de la empresa colombiana que, por más poder económico que tenga en Colombia, debe enfrentarse a las complejas redes de acuerdos y decisiones transnacionales, donde es una empresa o un cliente más, pequeño en el mercado global, con escasas posibilidades de controvertir

las condiciones de orden fáctico y, sobre todo, jurídico en las negociaciones. El gran reto de las mismas empresas colombianas es buscar alianzas estratégicas y acuerdos de asociatividad empresarial con otras empresas colombianas o de la región, para procurar constituir una parte fuerte en las negociaciones comerciales internacionales.

Para concluir este diagnóstico del ejercicio de la libertad de configuración negocial en el actual escenario de la transnacionalización de capitales, puede establecerse que se están generando una serie de tensiones, rupturas y limitaciones en las relaciones jurídicas originadas en la contratación comercial internacional, en la cual interviene una empresa colombiana, de cualquier sector de la economía nacional, por un lado, y una empresa transnacional, por el otro.⁴⁶

En primer término, puede hablarse de tensiones evidenciadas en las debilidades de la empresa colombiana con respecto a la fortaleza de la transnacional, que con su estructura y redes complejas de funcionamiento, acuerdos y decisiones, imponen las formas contractuales, sus contenidos y las prácticas que deben desarrollarse para el buen cumplimiento del acuerdo contractual.

Tensión, igualmente, de los aspectos técnicos y comerciales, en relación con los aspectos de índole jurídico. Este último debe ceder frente a lo fáctico; el mayor período de negociación y acuerdos en la contratación comercial internacional se concentra, precisamente, en esa parte técnica, procurando que lo jurídico no se convierta en un obstáculo para lograr el acuerdo comercial.

Otra tensión se encuentra en el manejo de la información delicada para la empresa colombiana, principalmente en contratos de software, enfrentándose a la imposibilidad de contar con garantías de los servicios o productos prestados por la transnacional que maneja su información, que generalmente se refleja en unas cláusulas abusivas en contra de la empresa colombiana, evidenciando, igualmente, una condición de asimetría o desigualdad contractual.

46. En este trabajo se entiende por tensión la fricción o choque entre dos situaciones, particularmente entre el campo nacional y el transnacional. Por ruptura, el rompimiento de las condiciones que se vienen dando y que producen transformaciones en el ejercicio de la autonomía privada. Y por límite, los frenos o controles que la configuración de las relaciones contractuales y las prácticas generan frente a una de las partes.

Por otra parte, se han encontrado también rupturas en las transformaciones que está sufriendo el ejercicio de la autonomía privada, donde la relación jurídica surgida de un contrato comercial internacional ya no obedece a la estructura clásica de relaciones de bilateralidad con posiciones e intereses opuestos entre los agentes que contratan. Se trata de contratos complejos, que implican una relación ganadora para todas las partes involucradas en la negociación, aceptando una serie de injerencias y limitaciones de actuación, con el fin de obtener el mayor número posible de ganancias y ser competitivo a nivel global.

Ha comenzado a ceder la intencionalidad de los agentes con respecto a la racionalidad del mercado y a una necesidad de productividad y competitividad. Asimismo, el cumplimiento de unos parámetros y estándares internacionales a nivel técnico, donde además se debe permitir una continua injerencia y supervisión por parte de la empresa transnacional en el desarrollo de la actividad empresarial del agente colombiano, tanto para lograr la celebración del contrato, como posteriormente para garantizar el cumplimiento efectivo del mismo.

De otro lado, se presentan límites con relación a los aspectos jurídicos; es prácticamente ausente la negociación en este orden, al existir una imposición de modelos de contratos internacionales. La negociación del contenido del contrato se reduce a recibir el texto ya redactado por la empresa transnacional, el cual atiende a unos estándares internacionales de contratación; los abogados de la compañía colombiana se limitan a revisarlo y se procura que lo jurídico no sea un obstáculo para un cronograma de negociaciones que privilegian lo técnico, muy avanzadas y casi agotadas las discusiones.

Por otra parte, en materia de asociatividad empresarial, de formación de alianzas estratégicas con otras compañías, donde se pueden presentar limitaciones para el sector empresarial colombiano, este debe trabajar mucho más, para procurar constituirse en una parte fuerte en este tipo de negociaciones.

Hay limitaciones que suelen originarse tras una negociación comercial internacional para la empresa colombiana, especialmente en contratos de crédito internacional, con respecto a la disposición de sus activos, a la asociatividad empresarial o a la realización de operaciones de fusión o escisión; adicionalmente, debe permitir que constantemente el banco privado internacional realice una revisión de todos

sus estados financieros, de la infraestructura y todos los aspectos de la compañía colombiana, para brindar la tranquilidad al prestamista extranjero.

Igualmente, en contratos de distribución y comercialización de productos por parte de empresas colombianas, existe una fuerte injerencia en todas las actividades empresariales y comerciales de la compañía nacional, por cuanto dichas empresas generalmente deben permitir la revisión constante para verificar el cumplimiento de parámetros internacionales de producción, almacenamiento, distribución, comercialización de los productos, selección y contratación de personal, cumplimiento de normas laborales y de seguridad social, entre otros aspectos.

De esta manera, la revisión de las fuentes primarias permite establecer que el aumento de los flujos de capital, las exigencias de una mayor libertad en el movimiento de estos, los conocimientos especializados en materia de tecnología y de comunicaciones y la interconexión de los mercados financieros, hacen que la configuración comercial ya no obedezca tanto a un querer e intención de los sujetos de derecho, sino que esté determinada por la lógica y las necesidades que se derivan de los mercados, que conducen, además, a establecer unas prácticas y usos a nivel internacional para generar unos estándares de calidad, competitividad y excelencia global.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NEGOCIAL EN LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES

b

Después de la presentación, en los capítulos anteriores, de los aspectos metodológicos que guiaron el desarrollo de este trabajo, la caracterización de las categorías y variables de investigación y los hallazgos que sobre el tema se obtuvieron en las fuentes primarias consultadas, ahora se hace necesario adelantar algunos análisis de conjunto, con el fin de identificar las transformaciones que se están dando en el ejercicio de la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración negocial, en el contexto del proceso de la transnacionalización de capitales, a partir de algunas cláusulas y prácticas contractuales presentes en algunos contratos comerciales internacionales celebrados por empresas colombianas de diversos sectores de la economía nacional.

Se trata, por tanto, de establecer la relación de algunos desarrollos conceptuales de las categorías transnacionalización de capitales y autonomía privada con los hallazgos arrojados por los contratos, las entrevistas y las normas consultadas, con el fin de identificar las transformaciones de la autonomía privada, en términos del fortalecimiento o consolidación de esta potestad de autorregulación de los particulares o, por el contrario, del deterioro de dicha autonomía o, simplemente, un replanteamiento del ejercicio de esta. Para ello se emplearán los enfoques teóricos de la pluralidad de campos sociojurídicos, la interpenetración cualitativa (Sousa, 1991, 2002) y el de centro-periferia (Filippo, 1998).⁴⁷

47. Se recuerda que en el capítulo primero, sobre la Metodología de la Investigación, se expusieron estos enfoques teóricos empleados en la investigación para el análisis de la información consultada en las fuentes primarias y secundarias.

El fenómeno de la globalización económica ha generado algunos cambios en el contexto socioeconómico, con influencia, sin lugar a dudas, en la configuración y desarrollo de las relaciones contractuales originadas en el comercio internacional, produciendo ciertas transformaciones en el ejercicio de la libertad de configuración negocial, como manifestación de la autonomía privada, a través de la interacción de algunos aspectos, tales como: el empleo de contratos estandarizados con presencia, en ocasiones, de cláusulas abusivas; la asimetría contractual; la incorporación, cada vez más creciente, de usos y prácticas en el contenido y ejecución de los negocios jurídicos; el surgimiento de un derecho de tipo corporativo originado en las casas matrices de las empresas transnacionales y en agencias privadas financiadas por estas. Dichas interacciones generan dos cuestionamientos específicos, frente a la celebración de contratos comerciales internacionales: ¿quién(es) define(n) el contenido de esas relaciones contractuales? y ¿cuáles son los factores que se toman en cuenta para configurar dicho contenido?

En relación con lo anterior, para Habermas (1998: 482) la autonomía privada «no ha cambiado en absoluto. Lo que ha cambiado han sido los contextos sociales percibidos en los que ha de realizarse por igual la autonomía privada de cada uno [...]». Sin embargo, destaca este autor la «objetivización» que vienen experimentando las relaciones de intercambio, con la contratación forzosa o cuasiforzosa que se produce en el suministro de ciertos bienes, como también en los controles al contenido y firma de los contratos (486). De modo que la transnacionalización de capitales está incidiendo en el desarrollo de unos contenidos contractuales específicos y en la implementación de ciertas prácticas que determinan la configuración de los negocios jurídicos.

Por su parte, Estévez (2006) plantea que la globalización ha generado unos efectos sobre el derecho que él denomina transformaciones materiales y transformaciones formales. Las primeras están relacionadas con el poder de determinar el contenido de las normas jurídicas; las segundas, con la forma como se está produciendo el derecho. Estas dos se combinan para dar lugar a los fenómenos de la procedimentalización del derecho y la privatización de la producción jurídica, los cuales interesan a esta investigación y están vinculados con los dos cuestionamientos arriba planteados.

En el primer caso, la procedimentalización del derecho está vinculada al modo como se producen las normas jurídicas y al poder de determinar el contenido de las mismas, frente a lo cual el autor distingue los siguientes aspectos:

La procedimentalización «privatizadora» supone la transferencia en mayor o menor grado de la facultad de determinar el contenido de las normas jurídicas a los representantes de los grupos de interés afectados [...] Por el contrario, la procedimentalización «democratizadora» supone un incremento del poder de participación en el proceso de producción de las normas jurídicas de las personas en cuanto a ciudadanos [...] (104).

Se destaca que el tipo de procedimentalización que se ha dado con mayor intensidad en el escenario de la globalización económica, ha sido la privatizadora, a partir de la actuación de organismos como la Cámara de Comercio Internacional, de agencias privadas financiadas por el sector empresarial y, por supuesto, de las empresas transnacionales.

El segundo evento, la privatización de la producción jurídica, se manifiesta en el poder que vienen adquiriendo ciertos agentes en la generación de las normas, de manera que

[...] Los sujetos privados, especialmente las grandes empresas, han adquirido un gran poder a la hora de determinar el contenido de las normas jurídicas. La privatización se puede reconducir a la pérdida de soberanía del Estado respecto de los agentes económicos y a la consiguiente crisis de la separación Estado/sociedad. El poder económico ha «colonizado» el poder político y puede transmutarse en poder normativo sin pasar por los filtros y controles democráticos (105).

En este sentido, en la contratación comercial internacional celebrada por empresas transnacionales y nacionales se están generando algunas transformaciones, tanto materiales como formales, en el ejercicio de la libertad de configuración negocial. Transformaciones que pueden verse reflejadas en el poder de ciertos agentes en la determinación del contenido de los negocios jurídicos, en la alteración de la estructura misma de esas relaciones contractuales y en los aspectos que influyen en la celebración de estas, que conduce, posiblemente, a un replanteamiento en el ejercicio de la autonomía material.

I. TRANSFORMACIONES EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NEGOCIAL, EN EL CONTEXTO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALS

A partir de las consideraciones teóricas y los hallazgos obtenidos en los contratos, las entrevistas y la normativa consultada, se presenta en el siguiente cuadro, a manera de síntesis y sin el ánimo de proponer generalizaciones de ningún orden, una relación de conjunto o examen cruzado (Pérez Serrano, 2002: 77) de la información recogida, sistematizada y analizada en esta investigación.

Factores de la transnacionalización de capitales	Transformaciones en el ejercicio de la libertad de configuración negocial o autonomía material	
	Cláusulas de contratos comerciales internacionales	Prácticas en contratación comercial internacional
<ul style="list-style-type: none"> • La interconexión de los mercados bursátiles y la eliminación, cada vez más creciente, de las barreras para el movimiento de bienes, de servicios y, principalmente, de capitales. Se busca contar con la mayor libertad posible para la transferencia y movimiento de capitales. • El desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información posibilitan que los datos sean procesados en forma instantánea, que el movimiento de los flujos de capital y las operaciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Limitaciones, en algunos casos exoneraciones, de la responsabilidad de una de las partes. • Modificaciones unilaterales e imprevistas de algunas condiciones de los negocios, principalmente en contratos de asistencia técnica de software, por la parte fuerte, que corresponde a aquella que posee la tecnología y el conocimiento especializado. • Posibilidad de terminación inmediata y unilateral por una de las partes ante la ocurrencia de ciertas circunstancias. • Posibilidad de terminación unilateral e inmediata, sin ninguna causa, con un aviso previo y sin que haya lugar a indemnización 	<ul style="list-style-type: none"> • Frecuente injerencia en múltiples aspectos y actuaciones de una de las partes, que exceden el objeto contractual. • La asociatividad empresarial, a través de operaciones como fusiones, adquisiciones, tomas de control, alianzas, con un único objetivo: la formación de redes complejas de acuerdos y operación para dominar el mercado global. • Con la estructura de casa matriz y subsidiarias a nivel planetario, se maneja una práctica consistente en la fijación de los marcos generales de contratación (denominados por la doctrina contratos relacionales) por parte de la matriz en aspectos de cómo se negocia, cómo se compra, cómo se adquiere, cómo se presta el servicio y luego las subsidiarias elaboran documentos de adhesión local, adaptando esas condiciones generales a las particularidades de la región donde está ubicada, pero conservando los lineamientos o condiciones generales de la contratación.

Factores de la transnacionalización de capitales	Transformaciones en el ejercicio de la libertad de configuración negocial o autonomía material	
	Cláusulas de contratos comerciales internacionales	Prácticas en contratación comercial internacional
<p>financieras se puedan realizar de manera simultánea y en tiempo real, a grandes velocidades.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El principal actor del proceso de la transnacionalización de capitales es la empresa transnacional o global. • La estructura de las empresas transnacionales con redes complejas de acuerdos y operación, que cuentan con una mayor flexibilidad en sus actuaciones. A través de la conformación de holdings o grupos empresariales, donde se distingue la empresa que tiene a su cargo la dirección, el diseño de las estrategias de operación y la parte financiera, de las otras compañías encargadas de lo operativo. • La expansión de la producción de las empresas a nivel planetario, tomando 	<p>alguna, ni se entienda incumplimiento del contrato, siempre limitando el perjuicio máximo al valor del contrato, sin que haya lugar al pago de un perjuicio distinto aunque sea demostrado.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ausencia o limitaciones en las garantías de los productos o servicios ofrecidos, principalmente en contratos de software. • Se hace depender la expansión de los servicios o de los productos en cierto mercado, de la aceptación de la otra parte. • Se restringe o impide que una de las partes pueda realizar algún tipo de reclamación jurídica derivada de aspectos del contrato o de la ejecución del mismo. • En contratos de crédito internacional es frecuente el establecimiento de varias cláusulas que todo el tiempo prohíben, limitan y restringen muchas actuaciones del prestatario. En este tipo de contratos no solo se deben otorgar muy buenas garantías para el pago del crédito, 	<ul style="list-style-type: none"> • Global Standar International (GS1), que consiste en prácticas logísticas para la comercialización y bodegaje de productos (como los códigos de barras, por ejemplo) y el Customer Relationship Management (CRM), que son estrategias para la relación con el cliente. Se trata, entonces, de parámetros de calidad y competitividad internacional, diseñados por agencias y consultoras privadas, que se incorporan a los contratos y a la ejecución de los mismos, por las empresas, con el ánimo de alcanzar la excelencia global. • La aplicación de las prácticas para la celebración y ejecución de los contratos, no solamente son exigidas por las empresas transnacionales a las empresas colombianas para poder contratar; también empiezan a ser extendidas a las relaciones contractuales celebradas entre las grandes empresas colombianas y los medianos y pequeños productores y distribuidores nacionales. • En contratos de colaboración como fusiones, uniones temporales, adquisiciones, consorcios, se emplea una etapa prenegocial muy extensa, basada en aspectos económicos, donde se investigan (auditoría) muy bien todos los aspectos y datos de la empresa(s) con la(s) cual(es) se quiere contratar, a través de un Due Diligence (diligencia debida). Por el contrario, en negocios de ejecución inmediata como compraventa de commodities (flores, café), se realizan negociaciones muy expeditas, vía

Factores de la transnacionalización de capitales	Transformaciones en el ejercicio de la libertad de configuración negocial o autonomía material	
	Cláusulas de contratos comerciales internacionales	Prácticas en contratación comercial internacional
<p>en cuenta las economías de escala y la especialización en los procesos productivos. A partir de esa mayor libertad en el movimiento de capitales se posibilita la conformación de las complejas redes de distribución y operación empresarial, a través de la inversión extranjera directa representada no solo en la adquisición de activos de empresas nacionales, sino también en la constitución de filiales de las empresas transnacionales en diversos puntos estratégicos, aprovechando las ventajas que cada mercado ofrece, y en la conformación de alianzas empresariales con compañías nacionales de sectores clave.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El surgimiento de un derecho de origen contractual en la negociación comercial internacional de 	<p>estipulación de altos intereses, sino que también se debe permitir una inspección permanente por parte del banco prestamista y una serie de limitaciones a la actuación de la otra parte.</p> <ul style="list-style-type: none"> • En algunos contratos se estipula la obligación de asumir mayores costos en la ejecución del negocio, que exceden el objeto contractual. 	<p>electrónica y sin la exigencia de ninguna garantía, solo con el envío de cartas de crédito, donde se presume «[...] la buena fe y la consensualidad, sobre una fuerte base de una costumbre negocial internacional que las partes respetan» (entrevistado tres). Generalmente la empresa colombiana, que según los contratos analizados, debe asumir todos los costos de la transacción, pagar el neto del contrato (sin deducciones de impuestos, trámites notariales, timbre), asumiendo en ocasiones costos que sobrepasan el objeto contractual.</p> <ul style="list-style-type: none"> • En algunos negocios jurídicos, como los créditos internacionales, se presenta una práctica frecuente relacionada con la revisión permanente de todos los asuntos de la empresa prestataria, que en ocasiones se torna muy invasiva, a través de una presencia constante en las oficinas de la empresa, auditando todos sus asuntos. • A diferencia de diez de los contratos recogidos (software, crédito internacional y distribución) que obedecen a textos amplios y complejos, donde se procura regular todos los aspectos de la relación contractual, el contrato de compraventa internacional de mercaderías corresponde a una preforma diseñada por la empresa colombiana, donde aparecen todos los datos con los espacios en blanco para diligenciar y una parte general (redactada en inglés) donde se establecen los términos y condiciones generales de celebración del contrato.

Factores de la transnacionalización de capitales	Transformaciones en el ejercicio de la libertad de configuración negocial o autonomía material	
	Cláusulas de contratos comerciales internacionales	Prácticas en contratación comercial internacional
<p>las empresas transnacionales, a partir de condiciones generales de contratación, modelos de contratos, usos y prácticas presentes en la celebración y ejecución de estos negocios jurídicos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Una buena parte del comercio que se viene desarrollando es intrafirmas o entre compañías de una misma empresa, donde se cuenta con lineamientos o parámetros generales de actuación que deben ser observados por las demás empresas que hacen parte de la red, al momento de concretar y particularizar sus relaciones. • Se está trasladando a poderosos agentes privados transnacionales, la toma de decisiones, la fijación de reglas contractuales, procedimientos y regulación de los eventuales conflictos. 		<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con lo señalado por algunos entrevistados, la mayor parte del período prenegocial en los contratos comerciales internacionales se centra en aspectos técnicos y comerciales; no se presenta una discusión en el ámbito jurídico entre las empresas contratantes, ni siquiera dentro de la misma empresa entre los técnicos y los abogados. Se procura que la parte jurídica no sea un obstáculo para el desarrollo de las negociaciones y la ejecución del contrato mismo. • Práctica común en la celebración de contratos comerciales internacionales, de acuerdo con lo señalado por uno de los entrevistados, es la presencia de cláusulas de garantías, responsabilidad y costos, que benefician a la empresa transnacional; generalmente se establecen en una letra más grande, con mayúscula sostenida, muy estándar, y no están sujetas a discusión y escalamiento a la casa matriz para su revisión. • En contratos de crédito internacional es común que, tomando en cuenta el monto tan alto del crédito solicitado, debe darse un acuerdo entre varios bancos privados para poder prestar el dinero. Según uno de los entrevistados: «[...] cuando el crédito es muy alto no tiene capacidad de hacerlo con un solo banco, entonces lo sindicamos: en tal caso es un banco el que hace como de puente para conseguir a su vez préstamo con otros, pero se termina teniendo relación directa en cuanto a garantías con todos los otros» (Entrevistado uno).

Factores de la transnacionalización de capitales	Transformaciones en el ejercicio de la libertad de configuración negocial o autonomía material	
	Cláusulas de contratos comerciales internacionales	Prácticas en contratación comercial internacional
		<ul style="list-style-type: none"> • En el comercio de commodities (flores, café, manufacturas), sin importar la posición de las partes, se presenta un esquema fijado por los usos comerciales que las partes aceptan; por ejemplo, los factores que versan sobre precio y calidad no necesitan discusión porque son asuntos que el mercado regula y las partes solo los acogen. • En un contexto de globalización de las comunicaciones y la tecnología, en la contratación comercial internacional es frecuente y necesario el uso de medios electrónicos para adelantar las negociaciones y la posterior celebración de los contratos. • En la celebración de contratos nacionales se están importando y empleando modelos de contratos anglosajones, que entran en conflicto con la regulación interna en temas de aplicación y responsabilidad, principalmente. • Unión de sinergias con varios sectores, por ejemplo en el caso de las telecomunicaciones, para promover las necesidades frente a varios productos, además como estrategia para la implementación de mejores prácticas de distribución, para ser más competitivos en ese manejo de las relaciones con el cliente y en términos de eficiencia. De esta forma, en un mismo local comercial el vendedor ofrece varios servicios y productos del mismo grupo empresarial.

1.1. ¿Quién(es) determina(n) el contenido de los negocios jurídicos en el contexto de la transnacionalización de capitales?

La producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, en el escenario de la globalización económica, que atiende a una dispersión de las unidades productivas y a la mayor liberalidad en el movimiento de capitales, emplea la especialización de la producción y el aprovechamiento de las mejores ventajas que cada zona del mundo ofrece, para posibilitar que las empresas actúen más allá y por encima de los Estados.

Esa actuación del principal agente de la transnacionalización de capitales, la empresa transnacional, obedece al esquema centro-periferia y a unas relaciones que se entretajan influenciadas por la interpenetración cualitativa, con el control por parte de unas estructuras dominantes sobre unas dominadas. Como bien lo señala Sousa (2002: 40), al referirse a las principales características de este sistema de la economía globalizada, con la

[...] obtención de recursos alrededor del mundo; sistemas de producción flexibles y costos de transporte bajos que permiten la producción de componentes industriales en la periferia y la exportación hacia el centro; surgimiento de tres grandes bloques comerciales: los Estados Unidos, basado en relaciones privilegiadas con Canadá, México y América Latina; Japón, basado en relaciones privilegiadas con los cuatro pequeños tigres y el resto de Asia Oriental; y Europa, basado en la Unión Europea y en relaciones privilegiadas con Europa Central y Oriental y África Septentrional.

De manera que en el centro del sistema de la economía mundial, continúa el direccionamiento, esta vez a cargo de las empresas transnacionales, como agentes por excelencia del proceso, que se dispersan por las zonas periféricas para aprovechar las mejores ventajas que cada una de ellas ofrece, con el fin de desarrollar estrategias de generación de la riqueza y permitir el movimiento de los capitales hacia aquellos lugares que brinden mejores oportunidades de crecimiento y expansión.

Asimismo, en el dominio de las tecnologías de la comunicación e información, que tienen una incidencia fundamental en este proceso de interconexión de los mercados financieros y en la eliminación de las barreras en el movimiento de

bienes, servicios y, principalmente, capitales, también se observa una distribución que obedece al esquema centro-periferia y a las relaciones de estructuras dominadas dentro de unas dominantes, como lo indica Estévez (2006: 23):

No obstante, es necesario tener siempre en cuenta que la capacidad de coordinar acciones instantáneamente a nivel global no está al alcance de todos, sino sólo de unos pocos actores. Este poder se encuentra muy desigualmente repartido y genera nuevas desigualdades entre quienes sólo pueden actuar a nivel local o regional [periferia] y los actores capaces de actuar a escala mundial [centro].

En tal sentido, este mismo autor plantea que se presenta toda una desigualdad en la estructura de este sistema, «la nueva economía global es profundamente *asimétrica*. La mayor parte de la tecnología, el capital y la producción se concentran en tres regiones del mundo: Norteamérica, la Unión Europea y el Pacífico asiático» (45).

Lo anterior permite establecer que la globalización económica y específicamente el proceso de la transnacionalización de capitales, del que se ocupa esta investigación, se basan en una reproducción del esquema centro-periferia con unas estructuras complejas de operación e inversión que manejan las empresas transnacionales, las cuales conservan su centro de dirección en las casas matrices (como estructuras dominantes) y dispersan sus unidades de actuación por todo el planeta, a través de las filiales o subsidiarias (como estructuras dominadas), «convirtiendo a las grandes compañías en el centro de gravedad de una multitud de pequeñas empresas proveedoras y distribuidoras que configuran una auténtica 'red' en torno a ellas» (38).

Por otra parte, con la conformación de esas complejas redes de acuerdo y operación empresarial, las casas matrices de las compañías transnacionales establecen los lineamientos o parámetros generales de actuación que deben ser observados por las demás empresas que hacen parte de la red, al momento de concretar y particularizar sus relaciones contractuales.

Así lo señalaron dos de los entrevistados, cada uno de ellos desde posiciones diversas, uno como abogado de una empresa colombiana del sector servicios y el otro como abogado de la filial de una empresa transnacional que tiene operaciones en Colombia.

El primero de ellos, al referirse a la forma como se adelantan las negociaciones de una empresa colombiana con una transnacional, destaca la complejidad que se presenta en la contratación comercial internacional, porque se trata de

[...] empresas o compañías multinacionales, en donde tú empiezas a negociar con la del país más cerquita, que no necesariamente es la matriz, entonces eso hace difícil la negociación, lenta, y la sociedad que a nosotros nos toca del país vecino [más cercano] no es la matriz, entonces no tiene fuerza adentro muchas veces como para decir oiga, es mi cliente más grande, o cosas así; somos un pedacito, venimos siendo un cliente pequeñito de una sociedad [compleja en su estructura, en sus redes], pero no somos un cliente grande para la sociedad matriz.

Por su parte, el abogado de la filial de una empresa de telecomunicaciones que tiene sede en Colombia, manifiesta que

[...] el imaginario de la contratación es a partir de unos estándares de contratación que están definidos ya de antemano, con base en unas condiciones locales y con base en unas directrices de contratación, que vienen dadas desde la casa matriz. Entonces en la casa matriz, digamos, términos económicos, términos técnicos, los deciden y los orientan para que apliquen para toda la región. Entonces, es lo que nosotros denominamos, digamos, en términos financieros, economías de escala, en términos de contratación, política general; o sea, normalmente la contratación que va de la mano de los procesos internos que la soportan, que es: cómo se negocia, cómo se compra, cómo se adquiere, eso viene y finalmente nosotros lo documentamos en un contrato que recoge todas esas condiciones, pero esas condiciones ya están dadas [...]

De esta forma, desde la cabeza del grupo se fijan las mismas condiciones de contratación para las demás empresas, a juicio del abogado de la transnacional como un «tema de contrapeso», donde se establecen las directrices contractuales en aspectos como «pago, temas por ejemplo del tribunal de arbitramento, temas por ejemplo de cómo se lleva a cabo el proceso para notificar, limitaciones de responsabilidad [...]».

Coincide lo anterior con lo que Galgano (2005: 107) señala como la forma de operación que tienen las empresas transnacionales, donde «las casas matrices de las transnacionales transmiten a las sociedades hijas operantes en seis

continentes las condiciones generales predispuestas para los contratos a concluir, acompañadas por una taxativa recomendación».

A su vez, Estévez (2006: 124) denomina ese establecimiento de marcos generales de actuación para las sociedades subsidiarias, como contratos relacionales que, según él, «no dan como resultado una distribución equitativa de ese riesgo, sino que constituyen mecanismos para que las empresas más fuertes puedan modificar sus relaciones con los integrantes más débiles del grupo, de la forma que les resulte más beneficiosa en función de la coyuntura».

Igualmente, acorde con lo que hasta el momento se ha señalado, Galgano (2005: 67) manifiesta que este sistema que propende por la uniformidad en la contratación comercial internacional está integrado por los siguientes agentes dominantes:

[...] Asociaciones internacionales de categoría han predispuesto formularios de contratos para los empresarios a ellas adheridos, favoreciendo por esta vía las prácticas contractuales internacionales uniformes. Otras veces han sido las grandes sociedades transnacionales quienes impusieron esta uniformidad. Ellas predispusieron las condiciones generales del contrato, a las que cada sociedad nacional, por ellas controlada, se ha adecuado, provocando de este modo una uniformidad de reglas contractuales, tan extendida como sean sus mercados.

Sin embargo, cabe resaltar que se evidencia una tensión en la forma de actuación de las filiales, las cuales conservan una cierta autonomía y flexibilidad con respecto a la matriz en el momento de establecer las relaciones contractuales. Así lo revelan algunas cláusulas de contratos de software analizados en esta investigación.

En un primer contrato de software, celebrado por una compañía colombiana del sector servicios con una transnacional, se indica:

[...] El cliente se obliga a solicitar el Soporte Instrumental y Técnico, del Software única y exclusivamente a EL CONTRATISTA, en el entendido de que por ningún motivo contactará de forma directa o indirectamente a través de terceros, a la casa matriz de AB en Santiago de Chile, o cualquiera de sus Filiales a lo largo de Latinoamérica o a AB sin enterar a EL CONTRATISTA, por escrito, informando el motivo de tal situación. (Contrato de asistencia técnica N° 1, p. 7, cláusula 4.8., celebrado por empresa colombiana de servicios).

Asimismo, algunas cláusulas del contrato de software celebrado por una empresa colombiana de turismo con una empresa transnacional, revelan también la complejidad de la operación de esas redes de inversión y actuación:

AMAD: Es la sociedad AB con sede en Madrid, España o cualquiera de sus subsidiarias.

SVA: Es la Sociedad AMAD – AVI de Reservas de Servicios Turísticos SVA Ltda., con sede en Santa Fe de Bogotá. Empresa especializada en soporte tecnológico y distribución de reservas, que está autorizada por AMAD para comercializar y distribuir sus productos en el territorio colombiano y por lo tanto responsable de proveer soluciones tecnológicas al mercado turístico local, ofreciéndole servicios comerciales, técnicos y operativos. (Contrato de suministro de herramientas tecnológicas y soporte operacional y técnico, N° 5, p. 1).

[...]

SVA podrá transferir, ceder o asignar este contrato, o los derechos u obligación emanados del mismo, a cualquiera de las entidades que forman parte del grupo AMAD o cualquiera de sus NMC's (National Marketing Company) o a cualquier tercero (p. 12, cláusula 17. Cesión y Fusión).⁴⁸

Con lo planteado hasta el momento, es posible advertir que el esquema centro-periferia y la interpenetración cualitativa de estructuras dominadas dentro de estructuras dominantes, se reproduce en dos vías en el desarrollo de la contratación comercial internacional.

En primer lugar, con las casas matrices (en el centro) y las subsidiarias (en la periferia), donde las segundas deben acogerse a los lineamientos o marcos generales de negociación y contratación que fijan las primeras.

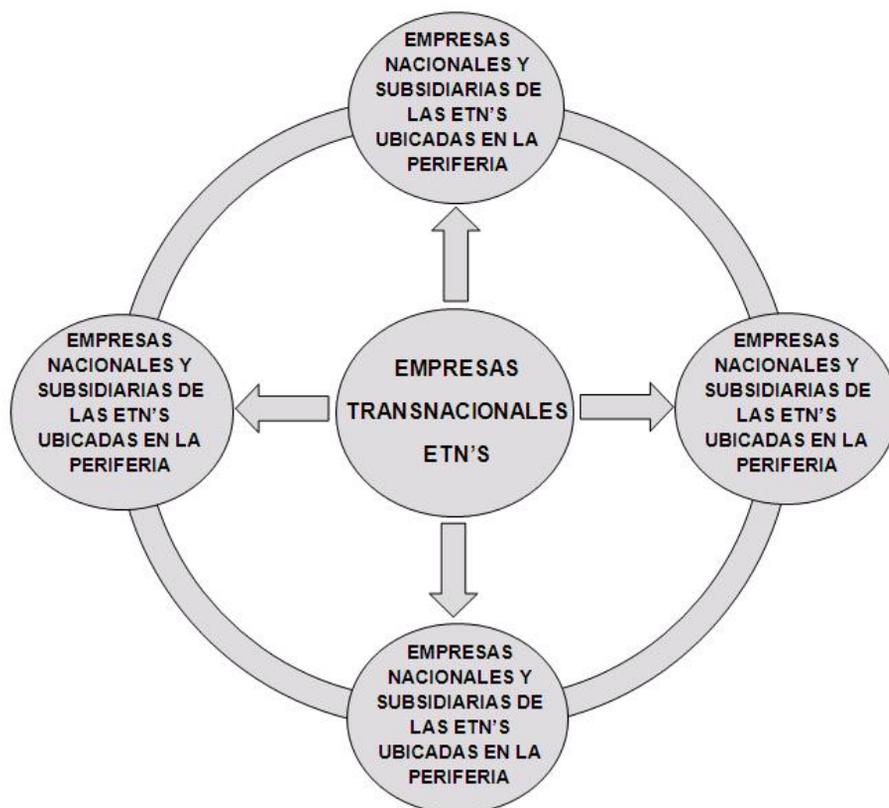
En segundo lugar, se encuentran en el centro las empresas transnacionales (con toda su estructura compleja de matriz y subsidiarias), que actúan de la mano de organizaciones supranacionales como la Cámara de Comercio Internacional y de agencias privadas financiadas por estas, y en la periferia se encuentran las empresas nacionales. En esta relación son las primeras las que tienen diseñados los modelos de contratos, las condiciones generales de contratación y las prácticas que deben seguirse en la celebración y ejecución de los contratos comerciales internacionales.

48. Se omiten los nombres completos para dar cumplimiento al compromiso de confidencialidad

De manera que en esas redes complejas de acuerdos y operación que constituyen las empresas transnacionales, estas se encuentran en el centro como agentes dominantes de las relaciones contractuales que se celebran en ese sistema de economía global. Y en la periferia, se encuentran una cantidad de pequeñas, medianas y grandes empresas nacionales, como agentes dominados por los estándares de contratación de las transnacionales, como también por la necesidad de hacer parte de acuerdos o alianzas estratégicas para incorporarse al mercado global.

De esta forma, de acuerdo con la información recogida y analizada en esta investigación, se encontraron, por un lado, los contratos relacionales como los lineamientos generales de actuación contractual que fijan las matrices a sus subsidiarias. Y, de otro lado, los modelos de contratación, guiados por las condiciones generales que determinan las corporaciones transnacionales para la contratación con las empresas nacionales.

Lo anterior se representa a través del siguiente esquema:



Alrededor de esas complejas relaciones que acontecen en el desarrollo del comercio internacional, el ejercicio de la libertad de configuración negocial está experimentando algunas transformaciones, al encontrarse condicionado por la observancia de unos parámetros generales, que trascienden el plano de las tradicionales normas imperativas, para depender de aquellos aspectos fijados por las casas matrices a todas sus filiales y también por los contratos homogéneos o estandarizados y por las condiciones generales de contratación, a la cual está sujeta la celebración de negocios jurídicos de las empresas nacionales con las transnacionales.

En este punto entra en juego la lucha por definir el contenido de las relaciones contractuales y por ostentar el monopolio de los factores que determinan la configuración negocial. En el centro del sistema se encuentran aquellos agentes que, además de tener el poder económico, tecnológico, y el conocimiento especializado, tienen el direccionamiento de las negociaciones comerciales en el ámbito planetario; ellos definen los parámetros jurídicos que deben estar presentes en la celebración de los contratos y, además, crean y difunden, a través de sus redes, los contratos estandarizados que determinan las transacciones en el mundo.

Adicionalmente, estos agentes financian y se asocian a agencias privadas que en el escenario global definen los estándares de calidad y contratación, regulando aspectos relacionados con salubridad, producción, medio ambiente, responsabilidad, relaciones laborales y todas aquellas prácticas que deben incorporarse a la celebración y ejecución de los negocios jurídicos.

Todo lo anterior trasciende y supera una ordenación y mayor regulación democrática en lo que tiene que ver con las negociaciones privadas internacionales; así lo señala Mosset (1996: 18) al reconocer un mayor poder normativo a los particulares, que puede interpretarse como un fortalecimiento del ejercicio de la libertad de configuración negocial para los agentes dominantes de este sistema,

Ellos [los procesos de privatización y desregulación generados por la globalización económica] se traducen en una **mayor fuerza reguladora reconocida a la «autonomía privada»**, desembarazada de muchos de los límites que una economía prescindente o un Derecho invasor habían venido

creando. Es mucho menor «lo creado» por el legislador y mayor lo reconocido como ámbito exclusivo de los particulares.⁴⁹

De manera similar, Galgano (2005: 111) considera que a la autonomía privada, a través de la celebración de contratos, se le abren unas puertas antes insospechadas, al señalar que «el contrato era, en su concepción clásica, el instrumento para componer intereses privados. Hoy el contrato entre particulares toma el lugar de la ley en muchos sectores de la vida social».

En este ámbito de la contratación comercial internacional también se presenta un replanteamiento del ejercicio de la potestad de autorregulación privada y de la estructura misma de las relaciones contractuales. En primer lugar, se atenúa el peso de la intencionalidad de los sujetos y de una intrincada etapa de negociación y discusión de los asuntos jurídicos que configuran los contratos, para dar paso a un conjunto de estipulaciones predispuestas y uniformemente establecidas, por una de las partes (estructura dominante), a la cual los demás partícipes del sistema se adhieren (estructuras dominadas), en un ámbito de igualdad jurídica aunque no económica, como bien lo señala Ferri (1957: 67) «en este caso, a través de la adhesión o la aceptación la parte que no lo ha predispuesto hace propio el esquema que se convierte así en el resultado de una colaboración de varias voluntades en un plano de paridad jurídica, aunque no sea de paridad económica».

Asimismo, la incidencia que tienen las casas matrices con sus equipos de abogados y de agencias privadas, en la fijación de las condiciones generales de contratación y de las prácticas que deben incorporarse a las relaciones contractuales, evidencian que el ejercicio de la autonomía privada es más un asunto de colectividades y de grupos de interés organizados, que de individuos aisladamente considerados:

En términos más generales se puede decir que hoy, por lo general, los contratos no se estipulan entre individuos, sino entre *équipes* de expertos que obran por cuenta de vastas organizaciones colectivas (trusts) y dictan las condiciones a las que deberán uniformarse las empresas adherentes al *trust* en la estipulación de los contratos con los usuarios singulares (Geri y et al, 1995: 615).

49. Las negrillas son de la autora.

En segundo lugar, si bien de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías (artículo 8.º) y de los Principios Unidroit para la contratación comercial internacional (artículo 1.1), se infiere que el contrato es una categoría jurídica basada en la intencionalidad o el voluntarismo de los individuos, en otras palabras en el ejercicio de su autonomía privada, la tendencia en la contratación comercial internacional es hacia la objetivización de las relaciones jurídicas determinada por un aspecto de competitividad internacional, de inserción en el mercado global, en últimas, de sopesar los costos-beneficios en la celebración y adhesión (según la posición que se tenga en la relación), lo que conlleva a que la intención de una de las partes ceda frente a las lógicas de los mercados y la eficiencia. De esta manera lo señala Mosset (1994: 32), como una práctica del derecho anglosajón, en cuyos países tienen su sede principal muchas de las empresas transnacionales, al liberarse de la intencionalidad en los contratos para dar lugar a la eficiencia y adecuado aprovechamiento de los recursos: «En la realidad presente se destaca el contrato como un instrumento económico, como un elemento objetivo y funcional en la operación de los mercados».

Lo anterior se observa también en lo manifestado por uno de los entrevistados, abogado de una firma especializada en asesorar empresas colombianas y empresas transnacionales que invierten en Colombia, al señalar que ya no son tan claras esas posiciones extremas y contrapuestas en las relaciones contractuales; en su lugar se perciben negociaciones donde se persigue un gana-gana, donde las partes están dispuestas a ceder bastante y permitir la injerencia en aspectos que llegan a sobrepasar el objeto contractual, pero que puede reportar grandes beneficios en términos de competitividad global, «mayores resultados y menos costos».

De la misma forma, otro de los entrevistados, un abogado de una firma que asesora a empresas colombianas en la contratación de *web hosting* o nombres de dominio en internet, en el comercio de flores al exterior y en contratos de colaboración empresarial, afirma que

En contratación internacional como en muchos aspectos paralelos a los jurídicos, el poder económico de las partes influye en la regulación del contrato. Normalmente a la parte nacional no le importa aceptar algunos condicionamientos que rayan con la ilegalidad o el abuso impuestos por la parte extranjera con tal de obtener la contraprestación. Esta situación se

presenta normalmente en los negocios de intermediación y distribución de productos, en donde la parte nacional conociendo el éxito asegurado del producto que comercializará, acepta las condiciones impuestas por el productor internacional [...] en ocasiones en la que el producto o servicio objeto del contrato tiene un beneficio económico asegurado a la parte débil, esta se acoge a las estipulaciones propuestas por la parte fuerte, ya que compensa dichas estipulaciones con los beneficios económicos que obtiene, o que sus competidores dejan de obtener.

Con fundamento en todo lo anterior se plantea que en el contexto de la transnacionalización de capitales se está presentando una tensión en el ejercicio de la autonomía privada, en su aspecto de la libertad de configuración negocial. Por una parte, la eficiencia que se busca en la celebración de los contratos, con el centro exclusivo en la utilidad económica que de estos se deriva, donde la intencionalidad de los individuos no importa, porque todo está dado en términos de productividad, competitividad internacional y excelencia global. En contraste, se da un fortalecimiento de la autonomía privada de algunos agentes del mercado, específicamente las empresas transnacionales, donde la creación normativa tiene un mayor espacio y reconocimiento en ese ámbito privado transnacional, a través de los contratos estándar, las condiciones generales de contratación, los usos y prácticas que estas compañías diseñan para su aplicación a todas las relaciones contractuales en el escenario mundial.

1.2. ¿Qué factores influyen en la determinación del contenido de los negocios jurídicos celebrados en el contexto de la transnacionalización de capitales?

Las transformaciones sufridas en la concepción y el ejercicio de la autonomía privada a finales del siglo XIX y principios del XX, con el paso de un Estado Liberal de Derecho a un Estado Social de Derecho, posibilitaron que esa idea absoluta e ilimitada de la autonomía privada, de carácter individualista, pasara a estar limitada por el interés general y por el orden público. En la actualidad, a partir de la década del setenta, con el fenómeno de la globalización económica, la autonomía privada comienza a obedecer, igualmente, a parámetros de competitividad, productividad y excelencia global; su ejercicio se replantea de acuerdo con los intereses globales y lo establecido por las empresas transnacionales, a partir de unas condiciones generales de contratación, de los modelos contractuales y, además, de una serie

de prácticas que deben observarse en la celebración y ejecución de las relaciones jurídicas.

Confluyen, entonces, una diversidad de factores que inciden e intervienen en la configuración de ese contenido negocial y que hacen complejo el ejercicio de la potestad de autorregulación privada.

Tomando como referente a Sousa (2002) con la teoría de la pluralidad de campos sociojurídicos, afirmamos que en el contexto de la globalización económica y con su proceso de la transnacionalización de capitales se presenta el desarrollo de acciones sociojurídicas en tres espacios: el local, el nacional y el transnacional. Específicamente en lo relacionado con la contratación comercial internacional, ese último espacio, el transnacional, adquiere un papel dominante y empieza a determinar el perfil de actuación de los demás campos, el nacional y el local, como estructuras dominadas.

Se encuentra que a partir de un mayor desarrollo e intervención de ese campo transnacional se comienzan a trazar los lineamientos de actuación de todos los demás agentes que participan en el comercio global. En la contratación comercial internacional esa pluralidad de campos sociojurídicos se patentiza en una interrelación de varios aspectos que entran a jugar en la configuración del contenido contractual:

- En ejercicio de la llamada autonomía conflictual, se posibilita a las partes la elección de la ley aplicable, que corresponda a la regulación de uno de los Estados contratantes o de otro Estado neutral.
- También se encuentra alguna normativa internacional existente, que procura la uniformidad de las relaciones contractuales y que están incluidas dentro de la normativa interna de algunos Estados. Se tiene como ejemplos la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, las reglas sobre créditos documentarios y la Convención de Nueva York sobre la prescripción del contrato de compraventa internacional de mercaderías.
- Igualmente, aparecen en este escenario los criterios orientadores de la contratación internacional, que aunque no tienen un carácter imperativo, cada vez, con mayor frecuencia, las partes optan libremente por incluirlos en los

contratos, y los árbitros internacionales los toman en cuenta en sus laudos, como ocurre con los Principios Unidroit sobre los contratos internacionales.

- En este cuadro complejo de la contratación comercial internacional, también aparecen las prácticas y los criterios de contratación determinados por organismos supranacionales como la Cámara de Comercio Internacional con los Incoterms, que son términos de transporte y riesgo en la compraventa de mercaderías internacionales, que los contratantes libremente incluyen en sus contratos. Asimismo, las normas técnicas establecidas por agencias privadas en materia de salud, medio ambiente, almacenamiento de mercancías y producción, como ocurre, por ejemplo, con el Global Standar International (GS1), que corresponde a algunas prácticas logísticas para la comercialización y bodegaje de productos; y con los parámetros de gerenciamiento de la relación con el cliente, Customer Relationship Management, o CRM en su abreviatura.
- Resulta también fundamental en esa intervención y dominación que ejerce uno de las agentes en el contexto transnacional, la influencia de las condiciones generales de contratación fijadas por las casas matrices de las empresas transnacionales y los contratos estandarizados, frente a lo cual se propone el auge de un derecho de origen eminentemente contractual y de carácter corporativo.

En consecuencia, y retomando a Sousa (2002: 91), se cuenta con la presencia de [...] una nueva forma de pluralidad de órdenes jurídicos: campos jurídicos constituidos por lógicas de regulación relativamente desconectados y altamente discrepantes, que coexisten en el mismo sistema jurídico estatal [...].

Están confluyendo una diversidad de factores en una misma unidad de acción, con relación a la contratación comercial internacional, lo que implica también una transformación en el ejercicio de la autonomía privada, en la libertad de configuración negocial. Es necesario atender a una variedad de elementos en el momento de la celebración de los contratos comerciales internacionales y en su ejecución, presentándose una pluralidad de campos sociojurídicos, puesto que no se trata exclusivamente de asuntos jurídicos, sino también de aspectos de orden fáctico que trascienden las normas existentes y la misma intención de las partes.

La realidad del comercio global está desbordando la normativa existente y los textos de los contratos; el derecho está quedando corto ante las necesidades y

las lógicas del mercado transnacional, donde se empieza a observar el predominio de unos criterios uniformes, que no están consagrados en ninguna norma pero que son incorporados en las negociaciones; y también la creación de una normativa y unas reglas, que tienen origen en las empresas transnacionales y en las agencias privadas, a través de las condiciones de contratación, los estándares contractuales, los usos y las prácticas que se van incorporando a todas las relaciones contractuales.

En la contratación comercial internacional se están presentando algunas normas que no tienen un origen democrático, sino que surgen de organismos y agencias privadas, financiadas por las empresas transnacionales, a quienes se les asigna una potestad de diseñar y crear algunos parámetros que deben tomarse en cuenta en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos.

Estévez (2006: 107) se refiere: a esas agencias independientes y a la normativa que crean por fuera del proceso legislativo así:

[...] consiste en que se atribuyen facultades normativas a agencias independientes (a veces con el estatuto de personas jurídicas privadas) especialmente en materia de normas técnicas: por ejemplo las relativas a la seguridad de los productos para el medio ambiente y para la salud. Esta «delegación» del poder normativo a entidades privadas que suelen estar fuertemente influidas por las empresas y por los grupos de interés tiene difícil cabida y legitimación en el marco de los principios del llamado Estado democrático de derecho.

Lo anterior también fue confirmado por uno de los entrevistados, quien manifestó la existencia de unos parámetros y estándares de calidad y competitividad global, que determinan la celebración y ejecución de las relaciones contractuales internacionales, que corresponden a una serie de prácticas documentadas por organizaciones privadas con presencia mundial.

Uno de esos parámetros, señalados por este entrevistado, se denomina Global Standar Internacional (GS1), que incluye una serie de prácticas logísticas relacionadas con la elaboración, el bodegaje y la distribución de productos, que deben ser observadas por todos los empresarios en la producción de bienes a nivel global. En la lectura que realizó, durante el desarrollo de la entrevista, de algunos apartes de un proceso judicial que adelanta una compañía colombiana,

pionera en la implementación de estas mejores prácticas globales, una de las personas que más ha estudiado en Colombia el asunto señaló:

Estos parámetros se rigen bajo unos estándares y mejores prácticas globales difundidas por varias organizaciones y organismos mundiales, entre ellos el GS1. ¿En palabras simples qué es el GS1?

El GS1 es una organización global cuya sede central está en Bruselas, Bélgica, y a su vez tiene sede en los diferentes países que lo conforman; en Colombia su sede está en Bogotá y se orienta a difundir y mejorar prácticas y estándares globales para la cadena de abastecimiento, está conformado por industriales y comerciantes.

¿Por qué no nos da ejemplos de mejores prácticas globales?

Ejemplos de estas prácticas y ejemplos globales tenemos los siguientes: identificación única a través de código de barras, el cual es un sistema universal; otro ejemplo de esto es la sincronización de la base de datos a través de los catálogos electrónicos; los estudios agotados en los centros de venta; otro ejemplo de esto son los diferentes estudios de indicadores logísticos; otro ejemplo son las mejores prácticas de almacenamiento; manejo de transporte; asesoramiento de clientes y proveedores.

¿Qué otras compañías en Colombia se rigen por el GS1?

En Colombia hay más de 10.000 compañías vinculadas al GS1; entre las más importantes están Almacenes Éxito, Olímpica, Cafam, Colsubsidio y Carrefour, Carulla, La 14 en Cali, Unilever, Nestlé, Carvajal, Grupo Corona, Ardila Lulle, Lúker, Colombina, Colgate Palmolive, Grupo Tem, Nacional de Chocolates, Noel, Zenú, Doriám, La Alquería, Tecnoquímicas en Cali, etc.

Igualmente, señala el mismo entrevistado la existencia de otro parámetro mundialmente reconocido y aplicado en el gerenciamiento de las relaciones con los clientes, conocido en inglés como Customer Relationship Management (CRM), con respecto al cual afirma:

Hay una compañía, por ejemplo el CRM, hay una compañía que se llama Pepper and Rogers a nivel internacional [...] Se trata de una consultora que diseña estrategias de interacción con los clientes y retención de estos [...] En el año 2002 se contrató la asesoría de Peper and Rogers para implementar el

proyecto CRM [en Colombia], aprender cómo en el mundo se desarrollaban las relaciones con los clientes agregándole valor, identificando las oportunidades de mejorar que pueden tener los clientes en el mercado, luego de seis meses de asesoría iniciamos el trabajo con los clientes como parte de la estrategia comercial, lo que nos permitiría colocar a nuestra organización como empresa en prácticas mundiales, considerando nuestra participación en otros países [...]

Asimismo, en uno de los contratos de software sistematizado y analizado en esta investigación se encontró esa importancia asignada a los estándares aceptados por la industria del ramo, que hacen parte de la regulación de los contratos y se integran a sus textos, al señalar que

[...] (a) AB garantiza que los Servicios serán prestados conforme los estándares generalmente aceptados por la industria [...] (Contrato para la prestación de servicios de asesoría y consultoría, N.º 3, p. 4, cláusula 4.2).

De modo que el ejercicio de la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración negocial, debe tomar en cuenta estos factores vinculados con los lineamientos de la producción e información, de la competitividad y el mercado internacional. Parámetros que están modelando y dirigiendo la actuación de las partes contractuales a nivel global.

Adicionalmente, si bien estas prácticas no se encuentran reguladas en normas de carácter imperativo, su observancia se hace necesaria para poder contratar a nivel transnacional, operando también en este plano una interpenetración cualitativa del dominio de estructuras dominantes en su relación con estructuras dominadas. Al respecto, el entrevistado plantea un ejemplo sobre la necesidad de acoger dichas reglas, que terminan sobrepasando, en ocasiones, el objeto contractual de las relaciones:

[...] Walt-Mart [cadena estadounidense de supermercados y grandes superficies] viene anualmente y hace estándares de seguridad social, de salud ocupacional, no solo de las galletas, se le mete en el rancho totalmente, Walt-Mart para poderle comprar a AB [empresa de productos alimenticios en Colombia] [...] De este tamaño, si viene cualquier compañía, Walt-Mart, que tengo como la más grande, y dice yo voy a comprarle sus productos para que los venda en Estados Unidos, por ejemplo, y en el mundo, pero tiene que tener

estos sistemas de información, si no lo hace no le van a vender, lo que no significa que eso sea una posición dominante, esos son estándares de información mundiales; entonces Walt-Mart, que tiene yo no sé cuantos miles de clientes, no va a sacar un cliente aparte por venderle así, AB [empresa colombiana del sector alimenticio] que tiene yo no sé cuántos clientes, no va a sacar un sistema distinto para un tendero y venderle aparte, es globalizado, porque a AB se lo exigen para vender, pero AB a su vez tiene que exigir a sus clientes. Mira que la expresión permanente es globalización, estandarización y búsqueda de la excelencia global, eso es una tendencia global.

Por otra parte, tomando en cuenta la adaptación de las empresas al sistema económico generado por la globalización, se viene presentando un incremento del poder regulador de las compañías transnacionales, donde converge la forma de producción y comercialización a nivel planetario, con la interconexión y comunicación de los mercados, generándose una producción normativa con origen principalmente en un derecho contractual y corporativo.

Así lo señala Faria (2001:121), al referirse a las organizaciones financieras y a las empresas transnacionales:

[...] Estas organizaciones han ampliado exponencialmente la producción de sus propias reglas en forma de sistemas de organización y métodos, manuales de producción, reglamentos disciplinarios, códigos deonticos de conducta y, principalmente, contratos homogeneizados de alcance mundial.

En consecuencia, en la contratación comercial internacional también es necesario tener en cuenta la fuerza normativa de las propias compañías transnacionales, representada en la producción de marcos generales de actuación para sus filiales, en las condiciones generales de contratación, en la fijación de contratos estandarizados, en los usos y en las prácticas que implementan en las relaciones contractuales en que intervienen.

De acuerdo con Sousa (2002: 107), se trata de un

[...] derecho consuetudinario instantáneo y efímero, como por ejemplo un nuevo tipo de contrato diseñado por una ETN [Empresa Transnacional] líder y sus abogados, que debe ser aceptado por el socio débil tal como fue diseñado, con independencia de que dicho contrato tipo puede no ser usado en su integridad.

Asimismo, en la entrevista realizada a un abogado de la filial en Colombia de una empresa transnacional de telecomunicaciones, se estableció que en la contratación comercial internacional se está generando una fuente nueva de derecho, que trasciende las tradicionales, correspondiendo a

[...] contratos digamos más marco que atienden empresas de otros países [...] la fuente de derecho ya es un poquito más externa y está pactada en condiciones que incluso son, diría yo, como supraorganizacionales [...]

Relacionada con lo que se acaba de mencionar, se está presentando una práctica muy frecuente en la celebración de los contratos comerciales internacionales, propia del derecho anglosajón, con una regulación minuciosa y detallada de todos los aspectos del contrato, que terminan siendo textos amplios, extensos y complejos, que buscan regular y contemplar todos los factores de la relación contractual.

Así lo confirma Mosset (1996: 91-92) al referirse a las características de la contratación comercial internacional en el contexto del sistema de economía-mundo, en la que se presenta

[...] una fuerte influencia de la «contratación americana»: como no hay ley, como fuente de derechos y deberes, no existe una regulación de la parte general, las contratantes «lo prevén todo» [...] Es esa, pensamos, la tendencia fuerte en una «economía de mercado», ajustada al capitalismo americano. Se trata de otorgar a los agentes del mercado la posibilidad de crear un sistema de Derecho objetivo [...] los contratos se convierten en «pequeños códigos privados», que quieren preverlo todo, self regulatory agreements.

Igualmente, esta práctica pudo ser corroborada a través de los textos de la mayoría de los contratos recogidos y analizados en esta investigación (principalmente los de software y el de crédito internacional), como también en lo que afirmó otro de los entrevistados, abogado de una compañía colombiana del sector servicios, al referirse a las particularidades de los contratos celebrados con las empresas transnacionales:

[...] Son contratos muy estándar, por ejemplo los financieros, bancarios, son estándar, los tecnológicos son estándar, los de licencias son estándar, son contratos que de acuerdo con los servicios y de acuerdo con el país se vuelven muy estándar: primero un glosario de términos, y otra cosa, son contratos

complejos, porque tienen muchas cláusulas, se regulan absolutamente todo y son contratos de varios tomos; por ejemplo, esta es la parte de condiciones previas, esta la parte de definiciones, si está en mayúscula se entiende esto y usted va a las definiciones del glosario y logra diferenciar; si no se entenderá otro significado.

Este derecho fuertemente contractual y con origen en las empresas transnacionales, que algunos autores denominan el resurgimiento de la *lex mercatoria*, (Mosset, 1996: 103-123; Faria, 2001: 127-177; Sousa, 2002: 69-115; Galgano, 2005: 51-85; Estévez, 2006: 125-13), puede ser interpretado como un fortalecimiento del ejercicio de la libertad de configuración negocial, a través de la determinación e incidencia que estas empresas tienen en la formulación de los negocios y en las prácticas contractuales, que terminan extendiéndose a los demás espacios (local y nacional) con la operación que realizan sus filiales y con la contratación que celebran con compañías nacionales.

Precisamente, se están tomando esas prácticas de contratos internacionales para aplicarlas a la contratación nacional, de acuerdo con lo señalado por el abogado asesor de algunas empresas colombianas en negocios de exportación de flores, de asociación empresarial y en la contratación de web hosting:

Existe una situación particular que quiero resaltar con las cláusulas abusivas: está proliferando una práctica consistente en la reproducción de contratos internacionales en el derecho interno. Las empresas que manejan contratos internacionales y que en ocasiones se ven afectadas por este tipo de estipulaciones, las aplican a su vez en sus negociaciones con nacionales. Esto se denota claramente en la práctica puesto que es fácil reconocer modelos o esquemas de contratos basados en contratos internacionales, particularmente los elaborados con agentes de países del *common law*, los cuales se toman al pie de la letra para negociaciones entre nacionales, muchas veces desconociendo que las regulaciones son totalmente opuestas, y por lo tanto no son de aplicación en el caso colombiano. Particularmente en el aspecto del tratamiento y efectos de la responsabilidad.

De otro lado, aspectos de carácter técnico y comercial toman una mayor fuerza en la fase de tratativas para la celebración de los contratos comerciales internacionales. De acuerdo con lo afirmado por dos de los entrevistados, el mayor período de

discusión se centra en los aspectos fácticos, procurando que lo jurídico no se convierta en un obstáculo para la celebración de los negocios.

De esta forma, el abogado de una compañía colombiana del sector servicios, frente a la pregunta relacionada con la forma como se están desarrollando las diferentes etapas para la celebración de un contrato comercial internacional, señala que

En términos generales, concretamente yo pienso que es desde el punto de vista jurídico casi nula la etapa prenegocial; desde el punto de vista comercial y técnico, en cuanto a condiciones de un producto, en cuanto a calidades, en cuanto a cómo me lo van a implementar o a entregar o a traer, en esa parte es grande el acercamiento con las partes, pero de negociación desde el punto de vista jurídico no. Yo creo que entramos la parte jurídica cuando de una forma muy electrónica ya, se mandan versiones de los contratos; ahí el abogado conoce el texto de los contratos cuando ya la parte precontractual desde el punto de vista comercial y técnico está muy adelantada [casi agotadas] sí. Y la respuesta es: esas son las condiciones que hay, en estas condiciones se puede entregar el producto o el servicio, es estándar, no se hace ningún tipo de modificación, estas son nuestras políticas a nivel internacional, punto final. Ya en la etapa postcontractual, tras haberse firmado una negociación donde no hubo nada, algún tipo de acercamiento, no vuelve a ser sino desde lo técnico, incluso con negociaciones particulares que exceden lo que se cuadró en el contrato. Por decir algo, las mismas partes comerciales, o las mismas partes técnicas al interior de las empresas, se dirigen a las mismas partes comerciales y técnicas de las empresas donde se adquirió el producto o el servicio a pedir algo adicional que se negocia por fuera del contrato; sin revisar si eso era lo que yo compré, o lo que yo pedí, o hay forma de... no, porque la negociación del texto del contrato es cero, ya está preestipulada.

Con lo anterior coincide el abogado de la filial de una empresa transnacional de telecomunicaciones:

[...] las condiciones comerciales en últimas están básicamente, diría yo, primando sobre unas condiciones legales, pues porque básicamente ese juego del mercado lo que está llevando es a tener prácticas como de economías de escala.

Finalmente, el derecho corporativo y el resurgimiento de la *lex mercatoria* implican un fortalecimiento de la autonomía privada, en la manifestación de la libertad de configuración negocial para uno de los agentes de las relaciones comerciales internacionales, como son las empresas transnacionales. Al tiempo, se puede hablar de un replanteamiento del ejercicio de esta potestad de autorregulación, debido a la presencia de modelos y parámetros contractuales, a la incidencia de una variedad de factores como la competitividad global, los aspectos fácticos, técnicos y operativos, los estándares de calidad, que conducen a adoptar ciertos usos y prácticas que deben ser tenidos en cuenta al momento de la celebración y ejecución de los contratos.

La autonomía privada continúa siendo el fundamento o soporte que posibilita el desarrollo de las relaciones contractuales, pero su ejercicio está siendo replanteado en el ámbito del comercio global, a través del proceso de transnacionalización de capitales, donde se desarrollan relaciones contractuales influenciadas por la visión centro-periferia, con la presencia de unas estructuras dominantes dentro de unas dominadas y, además, atendiendo a una diversidad de factores que sobrepasan el ámbito estrictamente normativo, encontrando nuevos límites determinados por la competitividad, la productividad y la excelencia global.

CONSIDERACIONES FINALES

b

Tomando en cuenta la metodología empleada y el abordaje que se hizo del tema en esta investigación, a manera de exploración con el estudio y el análisis de algunas fuentes de información, limitadas en el caso de las primarias, no se pretende concluir de manera categórica, ni presentar generalizaciones de ningún orden. De esta forma, se considera más pertinente suscitar la reflexión y el debate alrededor de unos temas por esencia polémicos, como son el ejercicio y los alcances de la autonomía privada, por un lado, y de uno de los procesos de la globalización económica, por el otro.

Por tal razón, se estima más apropiado emplear el término de consideraciones finales, en lugar de conclusiones, con lo cual se busca recoger y presentar algunas ideas finales de la investigación, acorde con los objetivos y el problema planteados, destacando el estudio de estas temáticas y proponiendo la necesidad de futuros trabajos de investigación que cuestionen y desarrollen más a fondo muchas de las propuestas que se iniciaron en este trabajo.

Por consiguiente, para dar por finalizado el asunto de investigación formulado se considera que:

- El proceso de transnacionalización de capitales, como manifestación de la globalización económica, está caracterizado por una búsqueda permanente de mayor libertad en el movimiento y transferencia de bienes, servicios y, principalmente, capitales; con el apoyo de las tecnologías de la comunicación y la información; contando, además, con la presencia de una organización empresarial que tiene una nueva estructura, con una compleja forma de distribución del poder y un funcionamiento disperso a nivel planetario, donde juega un papel central y preponderante la empresa transnacional.
- Este proceso está influyendo en el ejercicio del postulado máximo del derecho privado, la autonomía privada, en la contratación comercial internacional en la que intervienen una empresa nacional y una transnacional, con la presencia de

modelos o estándares de contratación, usos y prácticas contractuales establecidos por las empresas transnacionales, las organizaciones supranacionales y las agencias privadas; como también, por el desarrollo de un derecho eminentemente contractual y de tipo corporativo, dentro de estas empresas, que comienza a extenderse a todas las negociaciones a nivel planetario, a partir de la intervención de las filiales de estas compañías y con la adopción de estos modelos, incluso en las negociaciones locales realizadas por las empresas nacionales.

- Una mayor libertad en términos de movimiento y transferencia de capitales, así como también en la actuación empresarial, conduce a plantearse, por una parte, el fortalecimiento de la autonomía privada, en su aspecto de la libertad de configuración negocial, en las actuaciones de los agentes dominantes de este sistema, las empresas transnacionales, quienes establecen los parámetros generales de contratación, la homogenización de los contratos y procuran la uniformidad de las relaciones contractuales internacionales. Por otra parte, se presenta un nuevo límite en el ejercicio de la autonomía privada para los demás agentes que intervienen en el comercio internacional, determinado por esos lineamientos de la contratación, y también por la presencia de diversos factores que trascienden el campo jurídico, como son la competitividad internacional, la necesidad de inserción en el mercado y la excelencia global.
- Se están presentando algunas transformaciones en el ejercicio de la autonomía privada, reflejada en la contratación comercial internacional que celebran algunas empresas colombianas con transnacionales, con influencia de la complejidad de las redes de acuerdos y decisiones que conforman las compañías transnacionales a través de las filiales y subsidiarias y con la generación de una necesidad de hacer parte de alianzas o acuerdos empresariales estratégicos. Transformaciones de tipo material con el poder que adquieren las empresas transnacionales en la configuración de los contenidos, los efectos y los alcances de los negocios comerciales internacionales. Igualmente, transformaciones formales con los procedimientos empleados en la contratación y con los diversos factores que confluyen en esa determinación de los contenidos contractuales.
- Se presenta una tensión en las transformaciones del ejercicio de la autonomía privada, en la manifestación de la libertad de configuración negocial. De una

parte, se da un fortalecimiento de la potestad de autorregulación negocial para las empresas transnacionales, evidenciado en la mayor importancia que, en este contexto de la transnacionalización de capitales, asume el contrato con los desarrollos normativos de las compañías transnacionales y las agencias privadas, financiadas por ellas, con la uniformidad que se busca en las relaciones a través de ciertas condiciones generales de contratación, usos y prácticas contractuales, y con la expansión de estas reglas a nivel planetario. En oposición, se presenta un replanteamiento del ejercicio de la libertad contractual para los demás agentes del sistema, con la objetivización de las relaciones contractuales donde se le presta mayor atención a los aspectos fácticos y a las lógicas de los mercados que a la intención de dichos agentes.

- La reciente crisis económica que en el ámbito mundial se está presentando desde 2007, permite generar algunos cuestionamientos en relación con esa amplia libertad que, en el escenario de la globalización económica y el sistema de economía-mundo, tienen algunos agentes y grupos de interés económico, en cuanto a su actuación y a la posibilidad de establecer sus propias directrices, normas y reglas, frente a la necesidad que se ha planteado de una mayor intervención de los Estados en procura de alcanzar un equilibrio global.
- Se estima importante continuar con el estudio de esta temática, a través de investigaciones futuras, tomando en cuenta el carácter exploratorio de este estudio y con la finalidad de seguir procesando los datos y la información, para convalidar estos resultados relacionados con el ejercicio de la autonomía privada, en su aspecto de la libertad de configuración negocial, a partir de ese mayor espacio que viene ganando un derecho de origen contractual y de carácter corporativo en las negociaciones comerciales internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

b

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, María Yolanda y Restrepo Mejía, Luz María. «*Los Principios Generales del Derecho en la contratación privada*»: *Revista Estudios de Derecho*, 57(129) Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, mayo de 1998, 133-187.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. «*Las transformaciones en la contratación y la Constitución de 1991*». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas U.P.B.*, (097), diciembre de 1996, 55-112.

BÁEZ, René (1980). *Las transnacionales y América Latina*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 91 p.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, pp. 17-163.

BECK, Ulrich (1998). *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 224 p.

BETTI, Emilio (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 39-64.

BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loïc J.D. (1995). *Respuestas por una antropología reflexiva*. México: Grijalbo, pp. 63-78.

BOURDIEU, Pierre y GUNTHER, Teubner (2000). *La fuerza del derecho*. Morales, Carlos (Trad.). Santafé de Bogotá: Siglo de Hombres, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Unidas, Instituto Pensar, pp. 153-216.

- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «*La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo*». ALTERINI, Atilio Aníbal et al (2000). En: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Bogotá: Temis, pp. 288-324.
- CADENA AFANADOR, Walter René (2004). *La nueva lex mercatoria. La transnacionalización del derecho*. Colombia: Universidad Libre, 350 p.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2003). *Curso de contratación internacional*. Madrid: Colex.
- CARRANZA ÁLVAREZ, César. *Las cláusulas abusivas en la contratación*. I Congreso Latinoamericano de Derecho Privado. Eje temático: los contratos. Medellín: Sistema Integral de Conciliación Ltda. Asinco y Universidad de Medellín, 6 de septiembre de 2006.
- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (2006). «*Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*». En: Colección derecho privado y globalización, tomo 2. CALVO
- CARAVACA, Alfonso Luis y OVIEDO ALBÁN, Jorge (Directores). Bogotá: Ibañez, pp. 55-117.
- COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 518. (4 de agosto de 1999). Por la cual se ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, archivo en PDF, 43 p.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-468 de 2003. M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- DIEZ PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio (2001). *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. Madrid: Tecnos, pp. 369-375.
- Di. FILIPPO, Armando. *La visión centro-periferia hoy*. Revista de la Cepal, número extraordinario, octubre de 1998, pp. 175-185.
- ESPLUGES MOTA, Carlos (director). (2006). *Derecho del comercio internacional*, 2.^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 183-237.

- ESTEFANÍA, Joaquín (2001). *La Nueva Economía. La Globalización*. Barcelona: Debate, pp. 13-98.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (2006). *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 159 p.
- FARIA, José Eduardo (2001). *El derecho en la economía globalizada*. Carlos Lema Añón, (Trad.). Madrid: Trotta. 283 p.
- FERRI, Luigi (1957). *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 4-235.
- GALEANO M., María Eumelia (2004). *Diseño de proyectos en la investigación cualitativa*. Medellín: Eafit, 82 p.
- GALGANO, Francesco (1992). *El Negocio Jurídico*. Traducción de Francisco Blasco y Lorenzo Prats. Valencia: Tirant lo blach, pp. 57-82.
- _____ (2005). *La globalización en el espejo del derecho*. Horacio Roitman y María De la Colina, (Trad.). Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni, 243 p.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Editor) (2001): Estudio Preliminar. *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Unibiblos, pp. 1-34.
- GARCIA VILLEGAS Mauricio y RODRÍGUEZ, Cesar A. (Editores) (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Anthropos, pp. 9-66.
- GASCO HERNÁNDEZ, Mila (2004). *El gobierno de un mundo global, hacia un nuevo orden internacional*. Barcelona: Bigsa, 143 p.
- GÉLINAS, Jacques B. (2006). *El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas*. Parra, Jorge (Trad.). Medellín: Hombre Nuevo, 297 p.
- GERI, Lina, et al. (1995). *Derecho Civil, Tomo I, vol. 2. Hechos y actos jurídicos*. Fernando Hinestrosa (Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 608-671.

- GIDDENS, Anthony (2000): *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Pedro Cifuentes (Trad.), Madrid: Taurus, 117 p.
- GIMÉNEZ CORTE, Cristian. «Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur». *International Law. Revista colombiana de derecho internacional*, N° 4. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004, pp. 95-145.
- HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y Validez*. Manuel Jiménez Redondo, (Trad.). Madrid: Trotta, pp. 469-532.
- ILLESCAS ORTÍZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar (2003). *Derecho mercantil internacional*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 493 p.
- Instituto Colombiano de Normas Técnicas. *Normas Colombianas para la presentación de trabajos de investigación*. Sexta actualización. Bogotá D.C.: Icontec, 2008, 36 p. NTC 1486.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Unidroit. Principios sobre los contratos comerciales internacionales 2004, archivo en PDF, pp. 349-380.
- JARAMILLO VARGAS, Jorge. Módulo I: Tendencias contemporáneas de la contratación internacional. *La Lex Mercatoria: mito o realidad. Negocios internacionales. Tendencias, contratos e instrumentos*. Tercer Congreso Iberoamericano de derecho empresarial, octubre 20, 21 y 22 de 1998. Bogotá: Cámara de Comercio, pp. 35-53.
- LAPORTE J., Francisco (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 243-265.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2000). «Esquema de una teoría sistémica del contrato». ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (Dirección) *En: Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Bogotá: Temis, pp. 15-46.

- MALLON, Richard. «Un nuevo centro y una nueva periferia». *Revista de la Cepal*, número extraordinario, octubre de 1998, pp. 169-173.
- MARTIN, Hans–Peter y SHUMANN, Harald (2000). *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*. Fortea, Carlos (Trad.). España: Taurus, pp. 55-121.
- MARTÍNEZ, María Cristina (2001). *Análisis del discurso y práctica pedagógica: una propuesta para leer, escribir y aprender mejor*. Tercera edición. Argentina: Homo Sapiens, pp. 20-21.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1994). *Interpretación económica del contrato*. Buenos Aires: Rubinzol culzoni editores, pp. 13-33, 118-145.
- _____ (1996). *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 18-27, 75-123.
- OSPINA FÉRNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo (1998). *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*, 5.ª edición. Bogotá: Temis, pp. 316-330.
- OSSA SCAGLIA, Fernando (2002). *Economía internacional. Aspectos reales*, 2.º edición ampliada. Bogotá: Alfaomega Colombiana, pp. 89-126.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge et al (2004). *Estudios de contratación internacional, régimen uniforme e internacional privado*, 1.ª edición. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana, pp. 27-67.
- PALLARES VILLEGAS, Zoilo (2003). *Asociatividad empresarial estrategia para la competitividad*. Bogotá: Fondo Editorial Nueva Empresa, pp. 27-34, 79-92.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1997). *Teoría del Derecho, una concepción de la experiencia judicial*. Madrid: Tecnos, pp. 19-45.
- PÉREZ SERRANO, Gloria (2002). *Investigación cualitativa. Retos e interrogantes, II Técnicas y análisis de datos*. Madrid: La Muralla, pp. 71-132.
- PIZANO, Diego (2002). *Globalización: Desafíos y oportunidades*. Bogotá: Alfaomega, 85 p.

- SALAZAR, Diego F. «Asimetría de la información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual». *Revista de Derecho Privado. Contratos de adhesión: análisis económico*, (37). Uniandes: Facultad de derecho, diciembre de 2006, pp. 3-56.
- SIERRALTA RIOS, Anibal y OLAVO BAPTISTA, Luiz (1998). *Aspectos jurídicos del comercio internacional*, tercera edición. Bogotá: Temis, pp. 41-136.
- SOKAL, Alan y BRICMONT, Jean (1999). *Imposturas Intelectuales*. Barcelona: Paidós, pp. 63-112.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto. En: ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (Dirección) *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Bogotá: Temis, pp. 370-438.
- SOUSA SANTOS, Boaventura (1991): Estado, derecho y luchas sociales. Bogotá: ILSA, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, p. 221.
- _____ (2002). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. César Rodríguez, (Trad.), Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 37-115.
- STAY R, Jaime. «La globalización económica y sus significados». *Ensayos de Economía*, 5(8). Medellín: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Economía, diciembre de 1994, pp. 37-51.
- STIGLITZ, Joseph E. (2002). *El malestar en la globalización*. Carlos Rodríguez Braun, (Trad.). Bogotá: Taurus, 314 p.
- STIGLITZ, Rubén S. (1994). *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp.7-75.
- _____ «Contrato de consumo y cláusulas abusivas». *Vniversitas*, (93). Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 1997, Bogotá, pp. 373-401.

VENEGAS GRAU, María (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Ponds, pp. 9-107.

WALLERSTEIN, Inmanuel. «*La imagen global y las posibilidades alternativas de la evolución del sistema-mundo, 1945-2025*». Rosamaría Nuñez, (Trad.). *Revista mexicana de sociología*. Instituto de investigaciones sociales, 61(2). México: Unam, abril-junio de 1999, pp. 3-34.

CIBERGRAFÍA

<http://www.iccwbo.org/incoterms> [Consultado en julio 19 de 2008]

<http://www.intracen.org/tfs/docs/glossary/bs.htm>, [Consultado en marzo 7 de 2009].

<http://www.wikipedia.org.es> [Consultado en octubre 27 de 2008]

VALLENAS GAONA, Jesús Rafael. Contratos por adhesión y defensa del consumidor en el ordenamiento civil peruano. N° 4, enero-abril de 2000. Universidad de Valencia, <http://www.uv.es/~ripj/4vall.htm> [consultado en febrero 16 2009].

VERNENGO, Roberto (1986). Ciencia Jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho? *Revista Doxa*, No. 3, pp. 289-295. <http://www.cervantesvirtual.com> [consultado en agosto 25 de 2007].

ANEXOS

b

ANEXO A. FICHA DE CONTRATOS

No.	Nombre del contrato o modelo	Objeto del contrato	Fuente	Contratantes	OBSERVACIONES/COMENTARIOS EN TORNO A CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS

ANEXO B. CUESTIONARIO ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA

Solicitud de consentimiento informado para la realización de la entrevista y la grabación de la misma.

Solicitar autorización de revelar los nombres de la persona entrevistada y la empresa o firma a la cual pertenece, o la opción de guardar la reserva frente a dichos datos.

De acuerdo con la experiencia que usted ha tenido en esta compañía, en las negociaciones y la celebración de contratos internacionales privados, y con el propósito de establecer los cambios que se están presentando en el ejercicio de la libertad de configuración contractual en el nuevo contexto de globalización económica, le pregunto:

1. En términos generales, ¿cómo se celebran los contratos internacionales privados en la actualidad, es decir, que etapas prenegociales, negociales y postnegociales se desarrollan?
2. ¿Predominan las tratativas o esa fase previa de libre discusión entre las partes, en la celebración de este tipo de contratos?
3. ¿Qué consideraciones hace esta compañía cuando va a celebrar un contrato internacional privado?
4. ¿Cuáles considera usted que son las características o los aspectos que sobresalen en la contratación internacional privada actual (flexibilidad, renegociaciones en caso de incumplimiento, períodos prolongados de negociaciones, cómo es la actuación de una parte frente al incumplimiento de la otra, seguridad frente a la otra parte, atipicidad)?
5. ¿Qué factores tienen mayor influencia en este tipo de contratación (v.gr., de carácter político, económico, tecnológico, entre otros)?
6. ¿Qué usos y prácticas son frecuentemente utilizados en la contratación internacional privada?
7. ¿Puede hablarse de una asimetría o desigualdad en la contratación internacional privada? De ser así, ¿cuál es la parte fuerte en este tipo de negociaciones y en qué forma opera o se refleja dicha asimetría?

8. ¿Son predominantes las cláusulas abusivas en la contratación internacional privada (entendiendo por estas, las que establecen ventajas exclusivas para una de las partes, poniendo a la otra en situación de indefensión absoluta, al no estarle permitida ninguna posibilidad de discutir las)?
9. (En caso de respuesta afirmativa en la anterior pregunta): ¿qué tipo de cláusulas abusivas son más frecuentes (ejemplo: exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, rescindirlo o resolverlo; prohibiciones a la otra parte de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato)?
10. ¿A favor de qué parte se establecen este tipo de cláusulas abusivas (la empresa colombiana o la empresa extranjera)?
11. ¿En qué tipo de contratos son más frecuentes esas relaciones de asimetría y las cláusulas abusivas: contratos de software, reaseguro, suministro?
12. ¿Qué influencia tienen el fenómeno de la asociatividad empresarial, los acuerdos empresariales o las alianzas empresariales estratégicas en la contratación internacional privada celebrada en la actualidad?
13. Cuando se generan relaciones jurídicas originadas en este tipo de contratos, ¿estas tienden a prolongarse en el tiempo o son acuerdos de corta duración?, ¿cómo se establecen entre las mismas partes relaciones a futuro?
14. En algunos de los contratos suministrados se emplea frecuentemente el término cooperar: ¿qué significado e importancia tiene este dentro de los contratos?
15. Cuando se presentan controversias entre las partes de un contrato internacional privado, ¿dichas controversias son dirimidas usualmente por tribunales de arbitramento o por la jurisdicción ordinaria?, ¿por tribunales nacionales o internacionales?
16. ¿Qué criterios de interpretación y de decisión son tomados en cuenta por los jueces y los árbitros al momento de fallar frente a una controversia originada en un contrato internacional privado?

ANEXO C. FICHA DE CONTENIDO

Localización:		Clasificación/ Código:						FICHA No.		
Descripción:										
TIPO DE DOCU- MENTO	LIBRO	ART.	CAPÍTULO	INV. NO PUBLI- CADA	TRABAJO DE GRADO				AUDIOVISUAL	
					Pregrado	Espec.	Maest.	Doctor.		
									OTRO	
TÍTULO CAPÍTULO(S):										
TEMA:										
SUBTEMAS:										
OBJETO DE ESTUDIO:										
CONTENIDO:										
OBSERVACIONES/COMENTARIOS:										
FECHA:										

<div style="text-align: center;">Variables</div> <div style="text-align: center;">Fuentes</div>	Variable 1: Cláusulas abusivas	Variable 2:Asimetría poder (económico, conocimientos especializados, información)	Variable 3: Preponderancia de usos y prácticas	Variable 4:Derecho corporativo (relaciones interempresariales e intersectoriales, alianzas estratégicas, negociaciones colectivas y comunicaciones estratégicas, contratos relacionales)
EXCLUSIVITY AND CONFIDENTIALITY AGREEMENT (ACUERDO DE EXCLUSIVIDAD Y CONFIDENCIALIDAD)				
ENTREVISTA 1: ABOGADA DE COMPAÑÍA COLOMBIANA DEL SECTOR SERVICIOS.				
ENTREVISTA 2: ABOGADO DE OFICINA ASESORA DE EMPRESAS EN NEGOCIOS DE EXPORTACIÓN FLORES, WEB HOSTING Y UNIONES TEMPORALES				
ENTREVISTA 3: ABOGADA DE OFICINA ASESORA DE EMPRESAS COLOMBIANAS Y TRANSNACIONALES				
ENTREVISTA 4: ABOGADO DE FILIAL DE EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES				
ENTREVISTA 5: ABOGADO DE FILIAL DE EMPRESA DE MANUFACTURAS				

LIBRERÍA JURÍDICA SÁNCHEZ R. LTDA.,
Calle 46 No. 43-43
PBX: 444 44 98
Medellín - Colombia