



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: La portada
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 61 x 46

CARACTERIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ESCENARIO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES*

* Este artículo se desarrolló con base en el segundo capítulo del informe final del trabajo de investigación *Ejercicio de la autonomía privada en el contexto de la transnacionalización de capitales*, que realizó la autora para optar al título de Magíster en Derecho, modalidad de investigación, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 8 de 2009

CARACTERIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ESCENARIO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES*

*Sandra Eliana Cataño Berrío***

RESUMEN

El proceso de transnacionalización de capitales, que hace parte de la globalización económica, está caracterizado por una mayor libertad en el movimiento y transferencia de los mercados de capitales y finanzas a nivel planetario, más allá y por encima de los Estados, con el apoyo de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, teniendo como principal representante a las empresas transnacionales.

En este contexto, el ejercicio del postulado máximo del derecho privado, la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración negocial, se ve influenciado con la existencia de modelos o estándares de contratación, con contenidos, en ocasiones, lesivos; con la presencia de usos y prácticas y con el surgimiento de un derecho de carácter contractual y corporativo.

Palabras clave: globalización económica, transnacionalización de capitales, autonomía privada, libertad de configuración negocial, contratos sujetos a condiciones generales, lex mercatoria, derecho corporativo.

CHARACTERIZATION OF THE EXERCISE OF PRIVATE AUTONOMY IN THE SCENE OF TRANSNATIONALIZATION OF CAPITAL

ABSTRACT

The transnationalization process of capital, that is part of the economic globalization, is characterized by a greater freedom in movement and transfer of capital's markets and finance at the global level, beyond and above of the States, with the support of the new communication technologies and information, having as main representative the transnational corporations.

In this context, the exercise of the most important postulate of private law, private autonomy, in its manifestation of freedom of contractual configuration, is influenced by the existence of models or standards of contracting, with contents, sometimes, harmful; with the presence of customs and practices and the emergence of a right, which has a contractual and corporate nature.

Key words: economic globalization, transnationalization of capital, private autonomy, freedom of contractual configuration, contracts subject to general conditions, lex mercatoria, corporate law.

** Abogada y Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Profesora del área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. La autora agradece al profesor Roberth Uribe Álvarez, de la Universidad de Antioquia, por la lectura y las valiosas sugerencias que realizó al texto.

CARACTERIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ESCENARIO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES

INTRODUCCIÓN

El complejo fenómeno de la globalización, que inició con mayor fuerza en la década de los setenta del siglo pasado, a nivel mundial, originó un proceso principalmente económico que condujo al tránsito de la mundialización de la economía a la globalización económica. Ya no se trata simplemente de un intercambio comercial a nivel mundial, a través de las exportaciones e importaciones, sino de toda 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 concentración del poder financiero y del capital en unos conglomerados llamados empresas transnacionales, que operan a nivel planetario a través de una estructura integrada por redes complejas de acuerdos, decisiones y actuaciones, con algunas prácticas comerciales de funcionamiento como son las alianzas estratégicas y la conformación de *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 este 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 la economía globalizada. Desde esta perspectiva, el derecho privado no se sustrae a los nuevos patrones normativos y a las tendencias del sistema de economía mundial, que afectan de manera significativa las prácticas comerciales, al giro de los negocios y las relaciones entre los agentes económicos, generando, como bien lo señala José Eduardo Faria (2001, p. 11), una constante tensión entre “lo nacional y lo transnacional, entre lo local y lo global”.

Con el siguiente artículo se pretende realizar un acercamiento conceptual a las categorías transnacionalización de capitales y autonomía privada, que fueron empleadas en el desarrollo de la investigación *Ejercicio de la autonomía privada en el contexto de la transnacionalización de capitales*. Con este propósito, el artículo

se divide en dos partes, la primera está dedicada al proceso de la globalización económica, haciendo un mayor énfasis en la transnacionalización de capitales. En la segunda parte, se trabaja el postulado máximo del derecho privado, la autonomía privada, a partir de la influencia que este proceso de transnacionalización de capitales puede tener en su ejercicio, con el uso de modelos o estándares de contratación; con la presencia de usos y prácticas en la contratación comercial internacional; y el desarrollo de un derecho de carácter corporativo.

1. LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES

1.1 Acercamiento a la globalización económica

De los diferentes procesos que hacen parte del fenómeno de la globalización¹, la globalización económica es, quizá, el más visible y el que mayores consecuencias ha generado para las naciones, las empresas y las personas. Como también, ha originado un malestar por la primacía que se busca dar con ella al aspecto económico (Stiglitz, 2002, p. 276).

Si bien, no es posible considerar la globalización sólo en términos económicos, sí debe reconocerse que esa es su principal manifestación o, por lo menos, la que tiene mayores repercusiones a nivel social y político. De esta forma, la globalización tiene su ámbito de aplicación más preciso en la economía, principalmente en los niveles 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.

La globalización económica es, entonces, “[...] aquel 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, p. 49). En igual sentido, para Diego Pizano (2002, p. 4) la globalización

1 Se entiende por globalización, a partir de la lectura y el estudio de varios autores (Beck, 1998; Giddens, 2000; Faria, 2001; De Sousa, 2002; Galgano, 2005; Gélinas, 2006; Estévez, 2006), 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. 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).

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, José Antonio Estévez Araújo (2006, p. 25) estima que este proceso corresponde a “[...] una mundialización específica que ha experimentado el capitalismo en estos últimos treinta años”.

Precisamente, 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 a nivel planetario y, por consiguiente, un incremento significativo en el flujo y movimiento de capitales.

En este orden de ideas, algunos autores (Martín y Shumann, 2000; Faria, 2001; Galgano, 2005; Gélinas, 2006; Estévez, 2006) sostienen 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 las operaciones al interior del mismo, a nivel planetario y durante las 24 horas del día, con el apoyo de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información. Así mismo, 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, p. 67). Esto suele generar una economía caótica y en ocasiones inestable.

De otro lado, los principales protagonistas de la globalización económica son las empresas transnacionales (Galgano, 2005, p. 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, 2002, p. 30).

En definitiva, la globalización de la economía busca la conformación de un mercado común a nivel 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 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, pp. 79-84). Se trataba, entonces, de un método de producción en línea, que contaba con un elevado número de trabajadores, cada uno especializado en una parte del proceso y que en forma repetitiva lo realizaba².

Sin embargo, en 1970, tras la caída del sistema de Bretton Woods³, 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 del modelo empresarial ‘fordista’.

De esta manera, con la globalización de la economía se comenzó a sustituir ese sistema 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, indudablemente, 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 clic⁴.

2 <http://www.wikipedia.org.es> (Consultado: octubre 27 de 2008).

3 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, p. 64).

4 Este proceso se ha denominado economía digital, 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 click.

Es 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 funciones, donde las casas matrices se encargan de las operaciones más generales y distribuyen las demás funciones a nivel planetario. Lo que algunos autores denominan deslocalización (De Sousa, 2005; Estévez, 2006; Laporte, 2006),

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, p. 17).

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 una 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’⁵, que corresponde a un sistema que busca la acumulación del capital y la maximización de la rentabilidad de éste, a través de la mercantilización de los diferentes 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. El poder ya no está determinado por

5 Término creado por el autor Inmanuel Wallerstein, en la década de los setenta, para explicar el funcionamiento de la economía en el escenario de la globalización económica, específicamente lo relacionado con los procesos de acumulación y maximización de la riqueza. Puede consultarse al respecto: WALLERSTEIN, Inmanuel. La imagen global y las posibilidades alternativas de la evolución del sistema – mundo, 1945 – 2025. NUÑEZ, Rosamaría (Trad.). En: Revista mexicana de sociología. Instituto de investigaciones sociales, México. Vol., 61 N° 2. (Abr – jun. 1999): p. 4, 9. Y FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. Lema Añón, Carlos (Trad.). Madrid: Trotta, 2001, p. 74 – 94.

la tenencia de las materias primas estratégicas, sino por el control tecnológico de todos estos procesos (Faria, 1998, p. 76).

Todo 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 desarrollo) que deben ofrecer las mejores condiciones para la inversión de capitales de dichas transnacionales, donde, además, éstas buscan encontrar mano de obra más barata para desperdigar así sus procesos productivos y ser más rentables (pp. 80-86).

En el centro de la 'economía-mundo', con el proceso de acumulación de capital y la consecución de mayores espacios para la movilidad de éste, se encuentra la empresa transnacional, o también denominada global (Faria, 2001, p. 60; Gélinas, 2006, p. 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, a nivel planetario.

Es así como, la empresa transnacional, atendiendo a ese proceso de expansión de sus inversiones a nivel 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; adquiere activos de sociedades constituidas en otros países; aporta capital para la conformación de empresas en diversos lugares del mundo y constituye alianzas estratégicas con compañías de otros países, para lograr, de este modo, altos niveles de productividad, competitividad y, por supuesto, la excelencia global.

Para resumir, este proceso de transnacionalización de los mercados de capitales está vinculado a la libre circulación de las divisas y los productos financieros a nivel planetario, permitidas por las leyes y los contratos. 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.

2. EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ESCENARIO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES

En el contexto del sistema de 'economía-mundo', que se desarrolló en la primera parte de este artículo, 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, p. 18), específicamente en lo que tiene que ver con el ejercicio de la libertad de configuración negocial o autonomía material⁶. 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, lesivos; con la presencia de usos y prácticas, que permiten hablar del surgimiento de la denominada nueva ‘lex mercatoria’; y con la aparición de un nuevo derecho de carácter corporativo, al interior de estas colosales empresas.

A continuación, de manera sucinta y aun reconociendo el riesgo de una excesiva generalización, se realizará una aproximación al ejercicio de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales, a través de esos tres aspectos.

2.1 Las condiciones generales en la contratación comercial internacional

De acuerdo con lo propuesto por el autor Carlos Soto Coaguila (2000, pp. 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 a satisfacer las diversas necesidades de esos conglomerados sociales, una masificación de la producción de los bienes y los servicios. Ésto 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 socio – económicas de los particulares, a través de una contratación estandarizada o predispuesta, con el ánimo de responder ágil y oportunamente a todos esos intereses, como también, a la optimización y reducción de costos. De tal suerte, el doctrinante en mención 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

6 La autonomía privada, siguiendo a algunos autores (Ferri, 1957; Geri, Breccia, Busnelli y Natoli, 1995; Ballesteros, 1999) es el 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. Una de sus principales manifestaciones es la libertad de configuración negocial o autonomía material, que implica 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 éste.

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 (p. 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, p. 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 éstos 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, p. 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 éste es unilateralmente predispuesto por uno de ellos con anticipación a 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), 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 excesivas⁷.

7 Se distingue una cláusula abusiva, según Soto Coaguila (2000, p. 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, p. 73). Y, aunque dichas cláusulas no son exclusivas de los contratos por adhesión, según Stiglitz (p. 51), sí encuentran en éstos el mejor terreno o el más apto para su existencia y multiplicación. Tomando como referencia a Stiglitz (1994, pp. 73-75), Ballesteros (1999, p. 37) y Carranza (2006, p.8), el contenido más frecuente de dichas cláusulas abusivas

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).

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, p. 412). Dichas condiciones se distinguen por la predisposición o preformulación, su generalidad, uniformidad, abstracción e inmutabilidad; teniendo eficacia una vez se incorporen, integren o concierten en los respectivos contratos (pp. 412-413).

De acuerdo con José Antonio Ballesteros (1999, p. 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 [...]”. Correspondiendo, entonces, a los términos empleados por la empresa en la generalidad de los contratos que celebra.

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 costo posible, a la producción de las empresas modernas (Ballesteros, 1999, p. 30), como también, asegurar la posición de dominio en el contrato, en general en el mercado, de una de las partes, introduciendo un claro desequilibrio entre los contratantes (p. 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 (p. 109), con un carácter muy similar al de la ley (Stiglitz, 1994, p. 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 obliga-

puede agruparse en cinco situaciones, a saber: limitación o exoneración de responsabilidad del empresario. Ampliación de los derechos del predisponente. Imposición de mayores obligaciones al adherente, para mejorar la situación del predisponente. Ampliación inequitativa de las obligaciones o cargas que debe asumir el adherente. Supresión o limitación de los derechos del adherente.

toriedad que tiene la ley, porque de todas formas, requieren la adhesión de la otra parte (p. 36). La segunda tesis, llamada contractualista, propone que las condiciones generales de contratación no pierden su carácter contractual, pese a que son creadas unilateralmente por una de las partes, siguen siendo derecho contractual (p. 38).

Frente a estas tesis que evidencian un choque del deber ser y el ser, José Antonio Ballesteros Garrido (1999, p. 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), no existiendo posibilidad de discutir y modificar el contenido del negocio (Soto, 2000, p. 411).

Para Arrubla Paucar (1996, p. 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 propone como sinónimos de este término: contrato estándar, a condiciones uniformes, tipo, reglamento, autorregulatorio.

A su vez, Ballesteros Garrido (1999, p. 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 “standard” o “standarizados” (pp. 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” (p. 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, p. 10).

De igual forma, el autor argentino Rubén Stiglitz (1994, p. 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.

Para concluir este punto, es importante señalar que pese a todos los cuestionamientos que está recibiendo la autonomía privada por el empleo de los contratos estandarizados, por la existencia de nuevas limitaciones y el replanteamiento de su ejercicio en la contratación comercial internacional, se reconoce que ésta continúa siendo el sustento o fundamento de la contratación privada (Soto, 2000, p. 384), donde los sujetos de derecho (algunos con mayor fuerza en el escenario de la transnacionalización de capitales) siguen decidiendo en materia contractual sobre la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, afirmándose, incluso, que el contrato está siendo elevado “[...] a la categoría de ley privada” (p. 380), lo que coincide con lo arriba señalado (en la referencia número 9) acerca de la concepción normativa que de la autonomía privada se tiene en este trabajo.

2.2. La presencia de 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 contratos de adhesión con contenidos, en ocasiones, abusivos o excesivos, 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 UNICITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París, y de algunas agencias privadas. Lo anterior, 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’ (De Sousa, 2004, p. 104).

En la actualidad, se habla de un resurgimiento de la *lex mercatoria*, en honor a la vieja ley de los comerciantes de la Edad Media⁸, que está teniendo lugar 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 éstas y por organismos supranacionales del comercio internacional.

De acuerdo con lo señalado por Boaventura de Sousa Santos (2004, p. 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”.

Asimismo, Francesco Galgano (2005, p. 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 Jorge Mosset (1996, p. 102) se trata de una ley propia del mercado global, producto de los usos, costumbres, prácticas y modalidades que desarrollan los actores de éste. En cuya elaboración, sostiene este autor, no intervienen los otros personajes del mercado, como son los consumidores.

De este modo, es importante destacar como 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

8 Entre los siglos XI y XII las comunidades de mercaderes comenzaron a desarrollar una regulación supranacional, basada en las costumbres de éstos en materia de contratación. Las fuentes de ese derecho fueron los estatutos de las corporaciones mercantiles, las costumbres de éstas y la jurisprudencia de dichos organismos, porque en ellas tenían sus sesiones los mercantes (Galgano, 2005, p. 65). Se trataba, entonces, de un derecho de origen consuetudinario, profesional y con carácter universal. Posteriormente, como consecuencia de la existencia de una cantidad y diversidad de costumbres que hacían poco predecible este tipo de regulación, los Estados iniciaron una tarea de unificación de la normatividad relacionada con el comercio, a través del derecho internacional privado (p. 105), lo que generó la desaparición de dicha *lex mercatoria*.

[...] 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, p. 256).

Para José Antonio Estévez (2006, p. 127), en respuesta a las necesidades que el proceso de globalización ha provocado, se ha 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 negocios⁹ 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 este autor, finalmente, se trata de un derecho autónomo, paralelo al derecho estatal y que se interrelaciona con otros sistemas jurídicos. “[...] El renacimiento de la *lex mercatoria* es, en este sentido, la expresión más extrema de la privatización jurídica acaecida en la globalización neoliberal” (p. 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. Considerando, de igual forma, que se trata de una regulación que se encuentra en una etapa temprana de formación (Jaramillo, 1998, p. 49).

9 De acuerdo con el artículo 9º de la Ley 518 de 1999, se diferencia los usos convencionales, las prácticas y la costumbre internacional. “[...] 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”. Al respecto, se puede interpretar que los usos y las prácticas poseen una eficacia particular, pues se restringen a lo que las partes dentro del contenido 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 éstas, considerándose incorporadas implícitamente en los contratos.

2.3 El derecho corporativo

Como ya se señaló en la primera parte de este artículo, 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. Así mismo, con el fin de atender a los requerimientos del proceso de la 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, pp. 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" (p. 184).

Acorde con lo anterior, y siguiendo a José Antonio Estévez (2006, p. 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 dar paso a una mayor flexibilidad en su organización y en la actuación de éstas, siendo este tipo de empresa "[...] la unidad operativa propia de la nueva economía global".

Del mismo modo, el autor José Eduardo Faria (2001, p. 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 a nivel mundial (p. 94), las cuales, además, están estableciendo sus propias reglas, procedimientos de resolución de conflictos, normatividad y criterios de legitimación, al tiempo que definen sus propias identidades y regulan sus propias operaciones (p. 130).

Consecuente con lo que se acaba de mencionar, se habla de un derecho de tipo corporativo generado al interior de las compañías transnacionales, que atienda a las necesidades de éstas, a través de normas sustantivas y procedimentales (Cadena, 2004, p. 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 a la celebración de los contratos y 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 compañía, ha generando un aumento significativo del comercio intra – firmas, es decir, el que se presenta entre las filiales y las divisiones de una misma empresa, donde las grandes sociedades imponen sus condiciones mediante normas de regulación interna que, aunque correspondan a contratos, son impuestos unilateralmente (Estévez, 2006, p. 124). La forma jurídica, por excelencia, para lograr esto se ha denominado contratos relacionales (Lorenzetti, 2000, p. 36; Faria, 2001, pp. 170-172; Estévez, 2006, p. 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, p. 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” (p. 36).

En igual sentido, José Eduardo Faria (2001, p. 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” (p. 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 (p. 172).

De modo que, 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 al interior de estos grupos y que se imponen en las relaciones contractuales que con los mismos se pretendan celebrar.

En definitiva, el ejercicio de la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración negocial, se está viendo influenciado, en gran medida, por el proceso de transnacionalización de capitales, a partir de los lineamientos del sistema de 'economía – mundo'. Esto se refleja en el establecimiento de condiciones generales de contratación, por parte de las empresas transnacionales, a través de los contratos estandarizados y con la incorporación de ciertos usos y prácticas contractuales a las relaciones comerciales internacionales, dando paso a un derecho eminentemente contractual y que tiene su origen en los principales agentes de la globalización económica.

BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla Paucar, Jaime. Las transformaciones en la contratación y la Constitución de 1991. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (U.P.B.). Medellín. N° 097 (dic.1996): p. 55-112.
- Ballesteros Garrido, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 17-163.
- Beck, Ulrich. ¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25-33, 45-98.
- Cadena Afanador, Walter René. La nueva lex mercatoria. La transnacionalización del derecho. Colombia: Universidad Libre, 2004. p. 67-148.
- Carranza Álvarez, César. Las cláusulas abusivas en la contratación. En: 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.
- De Sousa Santos, Boaventura. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Rodríguez, César (Trad.), Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002. p. 37-115.
- Estefanía, Joaquín. La Nueva Economía. La Globalización. Barcelona: Debate, 2001. p. 13-98.
- Estévez Araújo, José Antonio. El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. 159 p.
- Faria, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. Lema Añón, Carlos (Trad.). Madrid: Trotta, 2001. p. 49-126.

- Ferri, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. p. 4-235.
- Galgano, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Blasco Gascó, Francisco de P., PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (Trad.). Valencia: Tirant lo blach, 1992. p. 57-82.
- _____ *La globalización en el espejo del derecho*. Roitman, Horacio y De La Colina, María (Trad.). Santa Fe (Argentina): Rubinzal - Culzoni, 2005. p. 13-85, 105-126, 169-209.
- Gélinas, Jacques B. *El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas*. Parra, Jorge (Trad.). Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2006. p. 23-107, 127-151.
- Geri, Lina; Breccia; Umberto; Busnelli, Francesco D; Natoli, Ugo. *Derecho Civil, Tomo I, vol. 2. Hechos y actos jurídicos*. Hinestrosa, Fernando (Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 608-671.
- Giddens, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Cifuentes, Pedro (Trad.), Madrid: Taurus, 2001, 117 p.
- Jaramillo Vargas, Jorge. *Módulo I: Tendencias contemporáneas de la contratación internacional. La Lex Mercatoria: mito o realidad. Negocios internacionales*. En: Cámara de Comercio. Tercer Congreso Iberoamericano de derecho empresarial. Santafé de Bogotá: Cámara de Comercio, 1998. p. 35-53.
- Laporte J., Francisco. *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 243-265.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Esquema de una teoría sistémica del contrato*. En: Alterini, Atilio Aníbal; De los Mozos, José Luis y Soto, Carlos Alberto (Dirección). *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Bogotá: Temis, 2000. p. 15-46.
- MArtín, Hans - Peter y Shumann, Harald. *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*. Fortea, Carlos (Trad.). España: Taurus, 2000. p. 55-121.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Como contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1996. p. 18-27, 75-123.
- Pallares Villegas, Zoilo. *Asociatividad empresarial estrategia para la competitividad*. Bogotá: Fondo Editorial Nueva Empresa, 2003. p. 27-34, 79-92.
- Pizano, Diego. *Globalización: Desafíos y oportunidades*. Bogotá: Alfaomega, 2002. 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*. En: *Revista de Derecho Privado. Contratos de adhesión: análisis económico*. Uniandes, Facultad de Derecho. Bogotá. N° 37. (dic. 2006): p. 3-56.
- 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, 2000. p. 370-438.

Stiglitz, Joseph E. El malestar en la globalización. Rodríguez Braun, Carlos (Trad.). Santafé de Bogotá: Taurus, 2002. 314 p.

Stiglitz, Rubén S. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994. p. 7-75.

Wallerstein, Inmanuel. La imagen global y las posibilidades alternativas de la evolución del sistema - mundo, 1945 - 2025. Núñez, Rosamaría (Trad.). En: Revista mexicana de sociología. Instituto de investigaciones sociales, México. Vol., 61 N° 2. (Abr - jun. 1999): p. 4, 9.