PROBLEMAS ACTUALES
DEL DERECHO PRIVADO Y DERECHO
LABORAL

OLENKA WOOLCOTT OYAGUE - LILIANA ANDREA VARGAS ESPITIA
Compiladoras

**PROBLEMAS ACTUALES
DEL DERECHO PRIVADO Y DERECHO
LABORAL**

REFLEXIONES Y PROPUESTAS

AROLD QUIROZ MONSALVO - OLENKA WOOLCOTT OYAGUE
RICARDO DURÁN VINAZCO - ANGÉLICA MARÍA PARRA BÁEZ
LILIANA ANDREA VARGAS ESPITIA

© AROLDO QUIROZ MONSALVO
OLENKA WOOLCOTT OYAGUE
RICARDO DURÁN VINAZCO
ANGÉLICA MARÍA PARRA BÁEZ
LILIANA ANDREA VARGAS ESPITIA

© UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
Carrera 9 No. 72-90
Facultad de Derecho
Bogotá - Colombia

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

ISBN: 978-958-749-619-2

Diseño de carátula: Kevin Nuñez

Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

Queda 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

® 2016

COMITÉ CIENTÍFICO

John Tito Añamuro
Doctor en Derecho,
Universidad de Salamanca y Max Plank-Institut
Profesor de la Universidad del Norte

Julio Durand Carrión
Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú
Profesor de la Universidad San Martín de Porres (Perú)

Carlos Agurto Gonzales
Magister en Derecho, Università di Bologna
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

COMITÉ EDITORIAL

Miguel Rujana Quintero
Magister en Derecho Público,
Universidad Santo Tomás
Profesor de la Universidad del Sinú

Tania Vivas Barrera
Magister en Derecho Publico
de la Universidad Lyon 3 Jean Moulin y Magister en Historia,
Teoría y Práctica de los Derechos Humanos de la Universidad Grenoble II
Profesora de la Universidad Católica de Colombia

Sandra Montoya
Magister en Asuntos Internacionales,
Pontificia Universidad Javeriana
Profesora de la Universidad Católica de Colombia

PARES ACADÉMICOS

José Gual
Doctor en Derecho Privado,
Scuola Superiore Sant'anna Di Studi Universitari
e Perfezionamento. Diritto Civile
Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

Mónica Fernández
Doctora en Derecho Privado,
Scuola Superiore Sant'anna Di Studi Universitari
e Perfezionamento. Diritto Civile
Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
¿QUÉ ES LA PERSONALIDAD JURÍDICA PARA EL DERECHO? AROLDO QUIROZ MONSALVO.....	13
“ARTURO VALENCIA ZEA: UN JURISTA DE IMPORTANCIA” UN RECORRIDO DESDE LA OBRA DE ELEVADO CONTENIDO HISTÓRICO A LA OBRA MÁS TÉCNICA EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO OLENKA WOOLCOTT.....	27
PAGO CON TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA RICARDO DURÁN VINAZCO	37
TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS EN COLOMBIA –TEF– RÉGIMEN DE FUENTES Y ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL RICARDO DURÁN VINAZCO	57
DE LA DIFICULTAD PROBATORIA PARA EL TRABAJADOR EN CASOS DE ACOSO LABORAL ANGÉLICA MARÍA PARRA BÁEZ - LILIANA ANDREA VARGAS ESPITIA.....	109

PRESENTACIÓN

La obra que presentamos contiene los aportes de los docentes del grupo de investigación “Estudios en Derecho Privado” de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, en cuyo marco hemos tratado de encontrar un vértice problemático entre las líneas de investigación de derecho privado y de derecho laboral, que resida precisamente en las cuestiones actuales que son objeto de permanente debate e interés para el Derecho y donde la persona humana es el núcleo en tanto centro de imputación de derechos y obligaciones.

La presente publicación inicia con un merecido reconocimiento a las lecciones que imparte a través de sus obras, el Maestro Arturo Valencia Zea, donde podemos percibir un mensaje entre líneas, que revela que lo dicho en sus escritos no está concluido y que hay que proseguir los estudios para conocer y entender el pasado y el presente de las instituciones del Derecho, lo que nos permitirá estar preparados para proyectar el futuro de las instituciones jurídicas y así poder dar respuesta a los problemas contemporáneos.

Bajo este sentir, quienes participamos en esta publicación pensamos que una manera para destacar la obra del Maestro Valencia Zea consiste de una parte, en referirse a algunos aspectos de su obra, tal como lo hacemos en los dos primeros títulos del libro, referidos al complejo tema del nacimiento de la personalidad jurídica, a cargo de Aroldo Quiroz Monsalvo y a algunos aspectos de la impronta histórica del jurista en el análisis de las instituciones del derecho como la propiedad y la responsabilidad civil, a cargo de Olenka Woolcott Oyague.

Los títulos sucesivos representan el interés del jurista de una parte, por los nuevos problemas que plantean al Derecho las nuevas tecnologías, a cargo de Ricardo Durán y de otra, por la permanente búsqueda de soluciones desde el plano procesal a la garantía y eficacia de los derechos de los trabajadores, a cargo de Liliana María Parra Báez y Angélica Vargas Espitia.

En el actual mundo global se plantea la necesidad de indagar respecto de los problemas actuales del derecho privado y derecho laboral, desde una

perspectiva jurídico práctica, en la que el derecho pueda entenderse como el instrumento estatal específico y garante de necesidades sociales individuales y colectivas, a cuya protección reparadora y recuperadora tienen derecho los individuos desde el ámbito de la persona y del trabajador que enfrenta desafíos globales, tecnológicos y procedimentales en aras del reconocimiento de sus derechos sustanciales.

Como consecuencia de lo anterior, los autores se han agrupado para orientar sus respectivos estudios y reflexiones, desde la línea del derecho privado y la del derecho laboral y han pensado en amalgamar sus aportes investigativos bajo la premisa de reflexionar sobre temas actuales de vital importancia para el desarrollo del individuo en sociedad, desde su aparición para el Derecho como persona natural, hasta su desenvolvimiento como trabajador y operador de los medios electrónicos para los fines de las transferencias de fondos, que son justamente las áreas de la actividad humana que hoy exigen un conocimiento especializado de parte del abogado, magistrado y los estudiantes de Derecho, a fin de poder sortear las dificultades que la nueva tecnología y la flexibilidad laboral circundan y afectan a la persona humana.

En esta línea, se plantea entonces la necesidad de revisar el contenido de las normas sustanciales y procesales en desarrollo de las pretensiones dentro de los diferentes procesos judiciales y administrativos, en los cuales la persona humana –el trabajador– espera el reconocimiento, respecto de un derecho sustancial y, si es del caso, el resarcimiento de los perjuicios que se le causen.

Los capítulos que forman el presente libro constituyen resultado de las investigaciones que adelantan sus autores. De esta manera, son producto de los siguientes proyectos de investigación: “Política Pública del derecho de familia” a cargo del Dr. Aroldo Quiroz; “El remedio indemnizatorio frente a los daños médicos” a cargo de la Dra. Olenka Woolcott; “Transferencias electrónicas de fondos” a cargo del Dr. Ricardo Durán; “El papel de la prueba para el trabajador en los procesos laborales y trámites administrativos para el reconocimiento de prestaciones sociales y económicas” a cargo de Liliana Vargas Espitia y Angélica Parra Báez.

Nos auguramos que la presente constituya el inicio de una colección de aportes investigativos en el área del Derecho Privado y del Derecho Laboral en el Claustro de la Universidad Santo Tomás.

¿QUÉ ES LA PERSONALIDAD JURÍDICA PARA EL DERECHO?¹

AROLDO QUIROZ MONSALVO²

INTRODUCCIÓN

El presente artículo muestra un poco como se ha llevado a cabo el interés por la investigación en el campo del derecho privado por parte de los discípulos que asisten al curso de investigación asistida. Como punto de partida se tiene la interrogante sobre qué es la personalidad jurídica en el derecho; se instruye a los discípulos sobre la necesidad de consultar lo que han planteado los teóricos sobre este tema.

Para lo anterior, se planteó en el grupo una hoja de ruta con el objetivo de que sus integrantes entendieran que la investigación es una parte de nuestra formación profesional como abogados y que ella se hace a partir de nuestra vida cotidiana. Para ello se partió de un problema de investigación y luego, formularnos una pregunta como eje del mismo. Esta pregunta fue muy básica y generalmente, se plantea en la Ciencia Jurídica, la misma consistió en saber ¿Qué es la personalidad jurídica para el Derecho.

¹ Trabajo elaborado en homenaje al Maestro Arturo Valencia Zea en su centenario, y presentado en el Seminario realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás el 24 de septiembre 2014. El presente capítulo constituye resultado del proyecto de investigación “Política Pública del derecho de familia” del grupo de investigación Estudios en Derecho Privado de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

² Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialización en Derecho de Instituciones Jurídicas Familiares, Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derecho, Universidad Nacional. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Santo Tomás de Bogotá. Investigador con énfasis en derecho de familia, derechos humanos de la infancia y la adolescencia, y género. Profesor de las facultades de Derecho de las universidades: de los Andes, Nacional, Libre, Sinú y Santo Tomás. quiroz41@hotmail.com

Para responder a la interrogante, se partió de los trabajos de Hans Kelsen (1982, p. 166) y León Duguit (2007), quienes ponen en tela de juicio la existencia de la personalidad jurídica en el ordenamiento jurídico. Estos autores asumen una postura que lleva la teoría casi a su desaparición, demostrando que se trata de un invento del derecho. La postura generó curiosidad en el grupo de estudiantes que integran el semillero, con lo cual, se lograba el objetivo propuesto como instructor del grupo. Así, se inició entonces la ruta a seguir para meternos en los vericuetos de la investigación. Presentaremos aquí la forma en cómo se dio esta elección y discusión acerca de la pregunta planteada.

Se partió de este modo, de hacer de la investigación un juego de la parresia para que en base a ella, se tuviera siempre la libertad de decir la verdad. Pero, ¿qué es la parresia? Es la franqueza, la libertad de decir lo que se piensa, la apertura que permite decir lo que ha de decirse, cuando haya que decirse, en la forma en que se considere conveniente decirlo. Es un decir verdadero, sincero y arriesgado que tuvo larga vida en la antigüedad griega y romana, como forma de relación de sí mismo con los otros, que rescató un extraordinario filósofo francés Michel Foucault en unas conferencias dictadas en la Universidad de Berkeley en California, Estados Unidos, en 1983, y que se encuentran publicadas en un texto denominado *Discurso y Verdad en la Antigua Grecia* publicado por Ediciones Paidós (Foucault, 2004).

Logrado el objetivo de generar la curiosidad nos preguntamos, dentro de este juego de la parresia, ¿cuál es nuestro objeto de estudio!: ¿El hombre como ser humano o el hombre como persona jurídica? Después de abordar a Kelsen y a Duguit, que sembraron la duda, surgió la necesidad de estudiar al hombre en la categoría que le da el derecho.

Definido el objeto a investigar; surgió en el grupo la interrogante ¿a través de cual ciencia social se debe abordar el objeto de estudio? No se olvide que la ciencia puede estudiar al hombre, desde las ciencias naturales o sociales. Se parte de la base que el estudio del hombre como sujeto del derecho, corresponde abordarlo desde esta última perspectiva, es decir desde las ciencias sociales.

Una vez identificado que sería a través de las ciencias sociales, surgió la siguiente pregunta: ¿Cuál de las ciencias sociales, la antropología, la historia, la sociología, la jurídica, aborda la presente investigación? Al distinguir sobre cuál es la ciencia correspondiente, el grupo llegó a conclusión que la ciencia jurídica aborda el estudio del ser humano.

1. MARCO TEÓRICO

Como la ciencia jurídica también tiene un marco de estudio, tal como lo señala Ricardo Guastini (1999, p. 16), quien parte de la base de distinguir entre la Filosofía del Derecho (FD) y la Teoría General del Derecho (TGD), donde citando a Bobbio señala que la teoría general del derecho es una parte de la filosofía del derecho, en que se estudia el concepto de derecho y a la vez algunos conceptos de la norma, tales como ordenamiento jurídico, validez entre otras; para llegar a la conclusión, como lo señala Guastini, la (TGD) es la filosofía de los juristas.

Unida a la anterior distinción, se encuentra la sociología jurídica, que consiste según Rogelio Pérez Perdomo (Garzón & Laporta, 2000, p. 29), en el estudio de los fenómenos jurídicos o vínculos con el derecho en la perspectiva de las ciencias sociales. Por lo tanto, distinguiendo el anterior panorama, se resolvió abordar el estudio objeto de la investigación y parte del sustento de este artículo, desde la filosofía o teoría general del derecho, explorando que ha dicho la doxa jurídica al respecto.

En cuanto a la metodología aplicada para alcanzar el objeto de estudio, se partió de la base, que la Teoría del Derecho no cuenta con un método propio de investigación, para ello se encontró refugio en el método de la sociología jurídica. Se partió de la base que lo señalado en este artículo es una investigación empírica sustentada en un estudio en las fuentes formales del derecho que se encuentran en el ordenamiento jurídico (Moreso & Navarro, 1993, p. 43) por ahora desarrollada por un grupo de estudiantes de semillero, interesados en indagar sobre la personalidad jurídica.

2. SUJETO DE DERECHO

Se parte de la primera base, el Código Civil Colombiano que regula al sujeto de derecho, en sus conductas y comportamiento, desde el nacimiento hasta que muere. Por estas razones corresponde indagar sobre el momento a partir del cual para el Código Civil se considera que se es sujeto de derecho.

Para el derecho, el hombre es persona o sujeto de derechos, cuando ingresa al mundo jurídico, esto es cuando expulsado del vientre materno y ha sobrevivido un instante siquiera, con fundamento en la teoría clásica de derecho privado, en cuanto se trata de persona natural. No se olvide que el

Código Civil, clasifica a las personas o sujetos de derechos en dos clases: personas naturales y personas jurídicas.

Sin embargo, para la teoría pura del derecho, la persona física o persona jurídica son consideradas personificación de un orden jurídico, por lo tanto, para dicha teoría, no existe tal clasificación ambas son una verdadera personas jurídica. Por consiguiente, persona física y jurídica carecen de existencia real o natural. En este sentido sólo son “reales” las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa (Kelsen, 1988, p. 128). En consecuencia, en la teoría positivista esta concepción no ha tenido un desarrollo completo.

Para el derecho positivo colombiano, son personas todos los individuos de la especie humana; las personas jurídicas o morales como los establecimientos, fundaciones o seres colectivos capaces de actuar en la vida jurídica (Arango, 2000, p. 127), también son, sujetos de derechos y obligaciones.

La doctrina extranjera y clásica considera que; “...son personas los seres susceptibles de llegar a ser sujetos, activos o pasivos, de derechos, y que tienen, por consiguiente, aptitud para desempeñar un papel en la vida jurídica” (Josserand, 1993, p. 179).

Otros señalan que, “...en la lengua del derecho, la persona es un sujeto de derechos y de obligaciones; es la que vive la vida jurídica. La personalidad es la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y de obligaciones” (Mazeaud, 1959, p. 5).

Por último algunos prescriben que, “es un ser susceptible tanto de beneficiarse con sus disposiciones, como de sufrir eficazmente su coacción y de cumplir sus mandamientos. El sujeto de derecho se designa con el término técnico de persona” (Bonnecase, 1945, p. 230).

En consecuencia, lo que plantea la doxa jurídica sobre el sujeto de derechos es que es toda persona, ser o ente capaz, de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Pero para el derecho, es sujeto o se adquiere tal calidad cuando la Constitución Política, denomina personalidad jurídica o distingue entre persona natural de la jurídica; quizá este artículo se centre en una respuesta desde la dogmática; en la persona natural, en lo que tiene que ver con la persona jurídica, será objeto más adelante de esta investigación, partiendo de lo señalado por Kelsen y Duguit.

Según el Código civil, se denominan personas naturales a todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o

condición. Para la doctrina son personas naturales, las personas físicas, de carne y hueso, que tienen una existencia material, real (Josserand, 1993, p. 170). En consecuencia, todo ser humano que goza de la personalidad (Mazeaud, 1959, p. 6).

Partiendo de lo afirmado, en el derecho civil colombiano, el ser humano es entendido en dos etapas: la primera, que consiste en una etapa biológica; la segunda, se puede denominar etapa legal; de donde se infiere, que la biológica se inicia en la concepción o procreación y la legal, desde el nacimiento.

En cuanto al concepto, nada define el Código, sin embargo se encuentran normas que hacen referencia a la noción, tal como lo hace el artículo 92°. Se pregunta el doctor Jérôme Lejeune, a este respecto, citado por la Corte Constitucional Colombiana³, ¿Cuándo comienza a existir el ser humano? La biología moderna enseña que los progenitores están unidos a su progenio por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción. Donde podemos extraer que la concepción, consiste en la unión del espermatozoide con el óvulo en el interior del organismo femenino, o externamente a través de la fecundación *in vitro*, originando el cigoto.

La concepción, según el ordenamiento jurídico, puede ser sea natural o por asistencia científica. Así lo contempla el artículo 42 de la Carta Política. La primera, tendrá origen a través de las relaciones sexuales normales entre un hombre y una mujer; la segunda, por inseminación artificial o fecundación *in vitro*.

La inseminación artificial es la introducción del semen en el interior de la vagina o el útero de la mujer, mediante un procedimiento distinto del contacto sexual normal.

En este caso “...sin necesidad de coito, el varón verifica la inseminación en un vaso estéril. Para la fecundación propiamente dicha se carga una jeringuilla con el semen y se introduce suavemente en la cavidad uterina una cánula estéril, inyectándose lentamente dos o tres gotas del semen. Se va retirando la cánula y se inyectan otras gotas en el canal cervical y, por último, el resto se deposita en la cavidad de la vagina” (Castro de Arenas, 1995, p. 68).

³ Colombia, Corte Constitucional (1994), sentencia C-133.

Por el contrario, la fecundación *in vitro* consiste en la operación que tiene por objeto fusionar el óvulo con los espermatozoides, por fuera del útero de la mujer y hacer germinar en un laboratorio su producto o cigoto, para luego ser implantado al útero de la mujer, para que se desarrolle el nuevo ser.

En este caso “...los médicos pueden proceder a la extracción del óvulo femenino y a la práctica de la fecundación artificial en laboratorio, y este procedimiento si es exitoso puede dar lugar al nacimiento de los conocidos como bebé probeta. Posteriormente, una vez se han efectuado unas divisiones celulares, el feto es implantado en el útero de la madre que lo va a gestar; hoy ese feto puede ser gestado en el útero de la mujer a la cual fue extraído el óvulo usado para la fecundación artificial, o en el de otra mujer” (Castro de Arenas, 1995, p. 55).

Pero qué diferencia hay entre estos dos procesos: el primero, esto es la inseminación artificial es un procedimiento médico, en cuanto al segundo, la fecundación se produce cuando el espermatozoide penetra el óvulo, dando lugar así al nacimiento de una nueva vida. Por lo tanto, la asistencia científica tiene la protección constitucional, en los artículos 2°, 5°, 42°, 43° y 44° de la Constitución.

El artículo 92° establece el principio de la existencia de las personas: “De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente, se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de 180 días cabales y no más de 300, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día de nacimiento”.

Esto quiere decir que la regla se comporta así: un mínimo de 180 días, un máximo de 300 días; la concepción se da entre los 120 días que la diferencia entre el tiempo mínimo y máximo.

Disposición que fue modificada por la Corte Constitucional al señalar que la expresión *de derecho* contenida en el inciso 2° del art. 92° del Código Civil, estamos frente a una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario⁴.

Al permitir la ciencia, en particular la genética molecular, casi con el 100% de acierto la afiliación, en los casos excepcionales cuyos nacimientos han acaecido antes de los 180 días de duración o después de los 300 días; ya no es de recibo la presunción de derecho.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, (1996), sentencia C-004.

Con acierto lo afirma el científico Emilio Yunis Turbay,

“...las pruebas científicas disponibles y en aplicación en el mundo, permiten descartar en un 100% a los falsos acusados de paternidad y establecerla, cualquiera sean los fundamentos que rodean a la pareja, con una probabilidad de 99.99999... la inclusión o afirmación de la paternidad se expresa en términos probabilísticos porque se fundamenta en la frecuencia de cada uno de los marcadores genéticos que se analizan, en la población específica del país, región, departamento, municipio, de acuerdo con la heterogeneidad de la misma. La aplicación de la fórmula matemática al número de marcadores que se requieran para llegar a la probabilidad señalada, que es la única que se acepta a nivel internacional, aumenta la cola de nueves. Sólo en el caso –si llega a ocurrir, ya que hasta ahora se considera innecesario– de estudiar la totalidad de la mitad genética proveniente del padre, en el hijo se considera que en el genoma humano hay entre 50.000 y 100.000 genes activos, se podría hablar del 100%.

Existe otra forma de plantear la inclusión o afirmación de la paternidad como es la de hacerlo con cifras poblacionales, es decir, señalar la probabilidad de encontrar una persona idéntica para los marcadores genéticos estudiados siempre con relación al contenido étnico de la población. Se puede hablar entonces, por ejemplo, de la probabilidad de encontrar alguien idéntico entre 180.000.000 de individuos de raza negra, o entre 200.000.000 de caucasoides, o entre 190.000.000 de mestizos.

En documento adicional le incluyó información sobre el poder de exclusión de los diferentes marcadores genéticos. El documento no muestra tabla de inclusión porque dada la heterogeneidad genética de nuestra población cada caso se analiza de acuerdo con el origen regional y las características étnicas.

En síntesis, para la ciencia y en particular para la genética molecular, tanto la negación como la afirmación de la paternidad son inobjetables en el momento actual, lo que hace innecesario apelar a las nociones de tiempo en que pudo ocurrir la concepción, con las imprecisiones que le son propias, aumentadas cuando los ciudadanos disponen de opciones de embarazos diferidos en el tiempo, congelación de gametos y de embriones, entre otras posibilidades tecnológicas, que le adicionan otros embelecos al tema”⁵.

Lo que quiere decir entonces, que la duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación.

⁵ Ibidem.

El Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, en sentencia de noviembre 16 de 1993, en un caso en estudio sobre la procreación después de la muerte del presunto padre, señaló:

“Procrear un hijo después de la muerte era algo, hasta hace poco tiempo, imposible. Hoy es posible. Las nuevas técnicas biológicas lo permiten.

Si bien es cierto, el Código Civil en su artículo 92° establece la presunción exclusivamente ligada al hecho biológico de la concepción humana matrimonial o extramatrimonial, en este mismo sentido la Ley 75 de 1968 para efectos de que hayan existido relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre ‘en la época en que según el artículo 92 del C.C. pudo tener lugar la concepción’.

Los presupuestos legales anteriores sólo tienen en cuenta la unión carnal de un hombre con una mujer para efectos de la procreación. Sin embargo, la Constitución de 1991 se refiere a los hijos procreados naturalmente o con asistencia científica, para reconocerles igualdad de derechos y obligaciones (art. 42 C.N.), porque nuestro constituyente, al establecer esta norma, está aceptando que científicamente está totalmente desvinculado de la unión carnal de un hombre con una mujer⁶ (resalto nuestro)”.

Hasta esta etapa, se puede señalar que el Código Civil no considera al ser humano concebido como persona. Sin embargo, sí le extiende la personalidad para proteger ciertos derechos de éste. El artículo 74° del Código Civil, establece que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. El artículo 90° del Código Civil, señala que la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre; por último, el artículo 91° del Código Civil, establece una protección del que está por nacer y le otorga competencia a los jueces para que, a petición de cualquier persona y aún de oficio, tome las medidas que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Por otra parte, el artículo 93° del Código Civil, otorga en forma anticipada la personalidad al que está por nacer, para diferir derechos a la criatura que se encuentra aún en el vientre materno, como si hubiese nacido y viviese, pero ellos estarán suspendidos hasta que el nacimiento se efectúe. Si la criatura nace viva constituye un principio de existencia, y entrará el recién nacido al goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se difirieron.

⁶ Colombia, (1993), Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, sentencia 16 de noviembre.

Frente a la protección de la concepción, la Corte Constitucional señaló:

“La Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto y adquiere individualidad con el nacimiento.

La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.

El Estado tiene la obligación de establecer para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

El ordenamiento constitucional de la primacía e inviolabilidad excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte.

La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la protección del Estado.

En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el preámbulo y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de todas las personas, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.

Dicha protección se reitera en los artículos 42°, 43° y 44° de la Constitución Política, que reconocen y protegen a la familia como institución básica de la sociedad, disponen que la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio

alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada y declaran a la vida como uno de los derechos fundamentales de los niños”⁷.

Una vez hecha esta exploración de las fuentes del derecho podemos ir concluyendo, que para el derecho colombiano se es sujeto de derecho cuando se establecen los siguientes elementos: Primero, al separarse del vientre materno, puede ser en forma natural es decir parto normal o por cesárea; segundo, corte del cordón umbilical, que mientras la criatura se encuentra en el vientre, cumple la función de suministrar el oxígeno y la alimentación; tercero, vivir un instante siquiera; si perece antes de estar completamente separado o en el vientre materno, se reputará no haber existido jamás.

Este último requisito si bien a veces no se le tiene en cuenta, desde el punto de vista práctico, sobre todo desde el punto de vista del tema de sucesión por causa de muerte, sí tiene importancia. Se parte de la base que el causante instituyó como heredero de todos sus bienes al hijo que está por nacer, si éste nace vivo y muere un segundo después, ha heredado, porque ha sido capaz de derechos, por lo tanto, como no puede recoger la herencia por el suceso que murió, la madre hereda en su turno, por transmisión, mientras que si la criatura nace muerta, la madre no tendría derecho alguno sobre los bienes.

En estos casos, para saber si nació vivo, por lo general se acude al método más usado, es el de la *docimasia pulmonar hidrostática*. Ésta consiste en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija con agua, si flota significa que ha respirado, porque la entrada del aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden; si, por el contrario, descenden al fondo, debe suponerse que nació muerto.

Para el derecho dogmático entonces es persona o sujeto de derecho, todo ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones jurídicas (Pacheco, 1990, p. 91).

En el derecho francés, fuente de nuestro Código Civil se exige que el ser humano nazca viable, es decir, con aptitud para la vida; debe ser *vitae habilis*. De no ser así, no será tenido en cuenta el hecho de que haya vivido durante cierto tiempo, algunas horas o algunos días. Su fallecimiento tendría, en cierto modo, efecto retroactivo, de suerte que ningún derecho hubiera podido recaer sobre él durante el tiempo en que vivió (Josserand, 1993, p. 173).

⁷ Colombia, (1994), Corte Constitucional, sentencia C-133.

La legislación colombiana se aleja de esta teoría. Por el contrario, el sólo hecho de nacer vivo, le otorga la categoría de persona. Por ello es necesario distinguir entre parto y nacimiento. El primero, consiste en un conjunto de fenómenos que tienen por objeto hacer pasar el feto, impulsado por el útero, a través del canal pelviano, que consta de dos partes: una dura, la pelvis, y otra blanda, la vulva, vagina y sus anexos (Alessandri, Somarriva & Vodanovic, 1998, p. 361); segundo, la separación completa de la criatura de la madre, al presentarse estos elementos, la ley señala que se es sujeto de derecho, la ley civil le otorga unos atributos que implican derechos y obligaciones. Estos atributos son inseparables de la persona, pues no se concibe, en el presente estado de la evolución jurídica, un ser humano carente de personalidad jurídica⁸.

Por ello la doctrina señala que *“La personalidad comporta cierto número de atributos que no se reducen, por lo demás, exclusivamente a ventajas, a prerrogativas, sino que implican también, para aquellos que de dichos atributos están investidos, una multitud de deberes, de cargas, de obligaciones: todos somos más o menos prisioneros de nuestra propia personalidad y de los corolarios jurídicos que a ella siguen”* (Josserand, 1959, p. 193).

Dichos atributos que la ley colombiana le otorga a la persona, o sujeto de derecho, en este caso, son: el nombre, el estado civil, la filiación⁹, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio y la capacidad de goce.

Partiendo de la base que la Unesco el 11 de noviembre de 1997, señaló que el genoma humano es patrimonio de la humanidad; reconociendo que las investigaciones sobre este fenómeno y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas.

Teniendo en cuenta que el genoma humano, es el estudio del mapa genético de los seres humanos, conduce a apoyar la propuesta según la cual, *“la identificación de la personalidad en razón de su carácter inalienable por ser un bien fuera del comercio, irrenunciable, indisponible e inmutable”* (Castro de Arenas, 1995, p. 87).

⁸ Colombia, (1998), Corte Constitucional, sentencia C-004.

⁹ Artículo 25, Código de la infancia y la adolescencia.

CONCLUSIÓN

Se puede concluir que una vez hecha la revisión de las fuentes formales del derecho, desde la TGD, se parte de la base que es sujeto de derecho todo ser humano, que ha sido expulsado del vientre materno y ha sobrevivido un instante siquiera, con el objeto de ser portador de derechos y obligaciones en el ordenamiento jurídico Colombiano.

O como lo señala el maestro Valencia Zea, “entiéndase por sujeto de derecho o persona el ente que tiene la capacidad para ser sujeto de las normas jurídicas (activa o pasivamente). Es el centro de imputaciones de contenido jurídico o ente con capacidad atribuida por el ordenamiento jurídico, para ser sujetos de hechos y consecuencias jurídicas, que es también lo que se denomina personalidad jurídica (Valencia, 2011, p. 353).

Por lo tanto, sólo se ha encontrado una sola respuesta al problema, el que queda abierto para avanzar en la siguiente interrogante: *¿Qué entiende la filosofía al respecto?*

Bibliografía

- Alessandri, A., Somarriva, M. & Vodanovic, H. (1998). *Tratado de derecho civil partes preliminar y general*, Tomo primero. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Arango, (2000). *El Código Civil y la Constitución de 1991*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bonnetcase, J. (1945). *Elementos de Derecho civil*. Tomo I. México: Editorial José M. Cajicá.
- Castro, R. H. (1995). *La reproducción humanística*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Forum. París.
- Duguit, L. (2007). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada: Ediciones Colmenares.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria.
- Foucault, M. (2004). *Discurso y verdad en la antigua Grecia*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Garzón, E. & Laporta, F. (2000). *El derecho y la justicia, Sociología del derecho*. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Traducción de Ferrer, J. 1ª edición. Barcelona: Agedisa editorial.
- Josserand, L. (1993). *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- Mazeaud, H. y J. (1959). *Lecciones de derecho civil*. Primera Parte. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Moreso, J. J. & Navarro, P. E. (1993). *Orden jurídico y sistema jurídico: una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales.
- Pacheco, M. (1990). *Teoría del derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Valencia, A. & Ortiz, A. (2011). *Derecho civil*, Tomo I Parte general y personas, Decimoséptima edición. Bogotá: Editorial Temis.

JURISPRUDENCIA

- Colombia, Corte Constitucional, (1996), Sentencia C-004.
- Colombia, Corte Constitucional (1994), Sentencia C-133.
- Colombia, (1993), Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, sentencia 16 de noviembre.

“ARTURO VALENCIA:
UN JURISTA DE IMPORTANCIA”

UN RECORRIDO DESDE LA OBRA DE ELEVADO
CONTENIDO HISTÓRICO A LA OBRA MÁS TÉCNICA
EN EL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO¹

OLENKA WOOLCOTT²

INTRODUCCIÓN

Es menester de las nuevas generaciones, un homenaje justo a los maestros de anteriores juventudes. Lo dicta no sólo la historia, sino también la Justicia más señera. Una Universidad sin maestros es como una niñez sin padres, pues su ausencia casi eclipsa el futuro promisorio del ser humano en su formación.

La obra del maestro Arturo Valencia, “Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada”, publicada por la editorial Temis, en el año 1982, es una muestra de la profundidad de su pensamiento.

Con la propiedad que tienen sólo los juristas de alto nivel, el maestro se proyecta hacia lugares donde el común de los hombres de Derecho no se atreven –a veces– si quiera a atisbar. En su obra, se encuentran proyecciones hacia áreas y conceptos, como por ejemplo, una visión de enfoque histórico de los derechos elementales del ser humano.

¹ El capítulo es producto de la investigación que la autora desarrolla en el grupo Estudios en Derecho Privado, en el marco del proyecto “Derecho de la responsabilidad civil y derecho del consumo: Perspectivas de desarrollo en el derecho comparado”, el cual hace parte de los proyectos de investigación institucionales de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá).

² Doctora en Derecho por la Scuola S. Anna, Pisa, tutora de la Maestría en Derecho Contractual de la Universidad Santo Tomás e investigadora del grupo Estudios en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.
olenka.woolcott@gmail.com

Hurga en las intrincadas y a veces oscuras páginas de la prehistoria de la humanidad, se interesa por la hipótesis de una organización de propiedad socialista en sociedades primitivas, estudia y cita a autores como Gordon Childe, uno de los grandes en el conocimiento de este periodo con su obra titulada “Los orígenes de la civilización” publicada por Fondo de Cultura Económica en 1959. Su interés no decae y se refiere a civilizaciones como la egipcia, la mesopotámica y otras orientales de gran desarrollo, así como a las referencias clásicas del mundo occidental, como la greco-latina hasta el episodio del capitalismo contemporáneo que se define con la revolución industrial a inicios del siglo XIX.

Valencia, cuestiona a partes, con altura intelectual, el régimen exacerbado de la propiedad privada, describe sus avances pero censura sus notorios abusos por la tendencia a la usura y el lucro.

Como un jurista de su época, describe y compara, los sistemas políticos y jurídicos que emergen luego de la gran conflagración acaecida de 1939 a 1945, cuando el mundo conoció el horror de la segunda guerra mundial. Su aguda mirada analiza las llamadas sociedades socialistas, así como las de construcción capitalista. De las primeras dice: “Es un hecho indudable que el primer paso ha consistido siempre en las grandes nacionalizaciones de la economía y de la cultura...” (Valencia, 1982, p. 423).

Declara su interés por la “prevalencia de lo colectivo” (p. 451) y declara con nobleza que anhela... “la eliminación de la explotación del hombre por el hombre a fin de crear un estado general de libertad para todos...” (Valencia, 1982, p. 456).

Diremos entonces que Valencia fue de los pocos hombres que viviendo en el siglo XX, pudo ver con claridad los reclamos de la sociedad del siglo XXI, donde las grandes demandas por un mundo nuevo y más justo, son aspiraciones que entusiasman todavía, más de los que se imaginó.

De estatura intelectual amplia, don Arturo Valencia, compacta su voluntad de jurista no sólo con la especialidad –aquella dedicación casi obligada hoy en día–, sino que en su obra se halla, el tratadista y conocedor del vasto abanico que el Derecho y las Humanidades ofrecen. En su obra encontramos al jurista conspicuo civilista, al historiador del Derecho, al sociólogo intuitivo y pocos le negarán sus profundas reflexiones filosóficas, siempre vinculadas al Derecho.

1. UNA VISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ARTURO VALENCIA (2010) A PARTIR DE SU OBRA DERECHO CIVIL, T. III, DE LAS OBLIGACIONES

Desde una perspectiva más técnica del Derecho, pero sin abandonar la vena histórica que caracteriza al jurista colombiano Arturo Valencia, a quien hoy rendimos homenaje en el centenario de su nacimiento, en su libro de Derecho Civil, T. III, el Maestro aborda el tratamiento de la responsabilidad civil. Las fuentes en que apoya sus reflexiones remiten de manera preferente al derecho francés. Lo que entendemos, desde que fueron los grandes juristas franceses quienes empezaron a cuestionar los fundamentos tradicionales de la teoría de la responsabilidad subjetiva que traduce el *Code Civil* de 1804. Si nos preguntamos, por qué la referencia de Valencia a la doctrina y legislación francesa predominantemente, la respuesta no puede ser otra que, como sabemos, los códigos del siglo XIX, como el caso del CC. colombiano, el derogado C.C. peruano de 1852, se inspiraron o por lo menos, tuvieron como referencia un código de primera generación en la codificación mundial, como lo es el Código Napoleón.

Se debe a este importante referente de la codificación, que encontremos en la obra de Valencia, en cuanto respecta a la responsabilidad civil, una permanente referencia a los grandes autores franceses como los hermanos Mazeaud (quienes de alguna manera, fueron propulsores de la noción de la culpa objetiva, precisamente enfrentándose a la línea de los defensores del subjetivismo francés); de otro lado, se apoya en la importante producción jurídica de Geneviève Viney (insigne profesora emérita de la Universidad de París I, Pantheon Sorbonne desde el 2006, y quien abordó todos los temas de la responsabilidad civil, en su tratado de Derecho Civil, publicado bajo la dirección de Jaque Ghestin, y quien fuera famosa a partir de su tesis de 1965 titulada “Le Déclin de la responsabilité civil”, a partir de la cual, se adelantó a las profundas transformaciones de la institución que en la actualidad son percibidas y tocan de raíz el problema de la responsabilidad civil. La obra de esta jurista francesa es particularmente conocida en Europa y otras latitudes. La diferencia de la obra de Viney en relación a la de los hermanos Mazeaud, se encuentra precisamente, en el esfuerzo de la jurista francesa de adecuar la institución de la responsabilidad y con mirada visionaria, a los nuevos tiempos de la época y también a los que estaban por venir, para hacer énfasis en que la culpa, no podía seguir considerándose el dogma de la responsabilidad civil: “*pas de responsabilité sans faute*”. Entre otros notables

juristas franceses que en el campo de la responsabilidad civil, fueron también consultados a través de sus obras, por el Maestro Valencia, se encuentran René Savatier, Josserand, y particularmente este último, muy reconocido en el derecho francés por haber abordado el problema de la responsabilidad por las actividades riesgosas. Y no podía faltar, en el cuadro de obras consultadas, la de René Demogue, autor responsable de la difusión de la clásica teoría de las obligaciones de medios y obligaciones de resultado, hoy claro es, muy cuestionada en cuanto a la derivación que el jurista propuso en cuanto al diferente fundamento de imputación de responsabilidad, pero muy importante para la época a los fines de entender especialmente, el tipo de obligaciones que asumen los médicos y la consiguiente responsabilidad.

La riqueza de dicha doctrina, fundamentalmente francesa, sirve a Valencia para escribir y reflexionar en el campo de la Responsabilidad Civil y abordar el tratamiento legislativo que ofrece el legislador colombiano. Así, comienza el estudio específico en el libro de Derecho Civil, Tomo III, refiriéndose a una parte esencial, sin la cual, sería imposible entender la institución: *las reglas generales y el fundamento de la Responsabilidad civil*. Aquí se abordan los clásicos temas de la responsabilidad subjetiva Vs la responsabilidad objetiva.

En cuanto a la diferencia entre la responsabilidad civil contractual (1602 a 1617) y extracontractual (art. 2341 a 2360), Valencia, sigue la guía de la escuela francesa, vale decir, la responsabilidad civil difiere en función a la existencia o no de un contrato. En ese sentido, hablaremos de una responsabilidad contractual o extracontractual. Pero Valencia se preocupa de dar cuenta de que esta diferencia, tampoco es un dogma, y nos explica con claridad sobre el debate que despertó dicha clasificación entre lo contractual y lo extracontractual, dando cuenta del estado de la doctrina moderna, para la cual, existen los mismos principios esenciales, pero la diferencia se encuentra en el régimen, es decir, cuestiones accesorias (asume de esta manera la postura de los Mazeaud). En este sentido, Valencia, encuentra que existen diferencias en función de la distinta calidad del daño causado: En la Responsabilidad contractual, se contempla la violación de un derecho personal o de crédito, y en la Responsabilidad extracontractual, la violación de un derecho absoluto.

Sin embargo, sobre esta clásica separación de la RC, podemos agregar, que el debate no está concluido. La jurisprudencia a nivel del derecho comparado ha demostrado en los últimos años una tendencia a extender la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual a situaciones de daños en los que se solía aplicar el régimen extracontractual. De este cambio ofrece claro testimonio, el derecho italiano que a partir de una Sent. de Casación

de 1999, n. 589 se decide aplicar el régimen de responsabilidad contractual a los médicos en relación de dependencia del establecimiento de salud, bajo el fundamento de la existencia del “contacto social”, a quienes hasta ese momento se había aplicado el régimen de responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, observamos en la obra del Maestro, una breve referencia a la Responsabilidad administrativa: Si bien no desarrolla el tema, sí en cambio, hace notar que en Colombia, se han reglamentado las funciones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que son ejercidas por el Consejo de Estado y por los tribunales administrativos. Precisa que la jurisdicción administrativa conoce todas las demandas por los daños que causen la nación, los departamentos, municipios y entidades públicas descentralizadas por los trabajos públicos que realicen. Con lo cual, los jueces administrativos (Consejo de Estado, etc.) deciden las demandas por perjuicios causados con criterios diferentes a los empleados por los jueces civiles (surgen así teorías como la de la “falla del servicio”, que si bien sabemos encierra un concepto de culpa, la jurisdicción administrativa no se refiere a la noción de culpa prevista en el Código Civil).

2. EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Valencia, demuestra entender el problema de fondo de la institución, y por eso lo toca antes de emprender la explicación de cada uno de los supuestos de responsabilidad previstos en el Código Civil. Y ese problema de fondo está referido a determinar si el fundamento de la responsabilidad es *subjetivo, la culpa, u objetivo, basado en el riesgo o si existen otros fundamentos adicionales*. En este punto crucial para la institución, Valencia atiende y entiende el mensaje de la doctrina francesa sobre lo que estaba ocurriendo en la Responsabilidad Civil y tal vez, en esos tiempos no era aún claro para los juristas latinoamericanos de la época en la cual se ubica la obra de Valencia. En efecto, la doctrina francesa, como refiere Valencia, ya consideraba otros fundamentos adicionales a la culpa y el riesgo, a saber: *la equidad y la garantía*.

Se trata de fundamentos que tienen por origen precisamente, la doctrina francesa, y que han servido a los legisladores para imputar responsabilidad en aquellos casos en que no resultaba adecuado referirse a la culpa o al riesgo, entonces, de esa manera se llega a explicar algunas soluciones legislativas. Este reconocimiento de unos nuevos fundamentos de la responsabilidad civil,

lo encontramos evidenciado también en el derecho argentino, donde con claridad se considera a la equidad y a la garantía tan factores de atribución de la responsabilidad como la culpa o el riesgo, entre otros. Cuándo? Por ejemplo, en el caso que no debiendo responder un incapaz, porque carece de capacidad, el legislador decide que sea el juez quien pueda determinar una indemnización cuando dicho incapaz tiene una situación económica suficiente para hacer practicable la indemnización. Esta es la solución que ha previsto el CC. Italiano de 1942, y en la cual se inspiró el legislador peruano de 1984 (C.C.).

Basado también en la *equidad*, el derecho moderno de la responsabilidad civil, ha extendido la indemnización aún en los casos de estado de necesidad o de legítima defensa (que aunque se dé una ausencia de antijuridicidad, no es justo dejar sin indemnización a la víctima del daño).

En cuanto a la “*garantía*”, como fundamento de la responsabilidad civil, VALENCIA, se remite a otro autor francés, Boris STARCK, quien hacia mediados del siglo XX, ya planteaba la necesidad de considerar un fundamento distinto a la culpa y al riesgo. En efecto, la “*garantía*” como fundamento de imputación de responsabilidad resultaba coherente con el cambio de perspectiva que experimentaba la responsabilidad civil hacia mediados del s. XX, bajo la influencia de una filosofía más humanista del derecho privado, en el sentido de mirar preferentemente a la víctima, como ser humano y que el derecho debe servir al ser humano, y no al causante del daño, para determinar la responsabilidad, pues interesa la integridad corporal tanto como la integridad material y extrapatrimonial de la víctima, desde que la víctima tiene un derecho de seguridad, que está por sobre todo interés económico.

Con la vena que caracteriza la obra de VALENCIA, indaga en los orígenes de los fundamentos de la responsabilidad civil. Lo que le permite explicar los supuestos específicos de responsabilidad en el Código Civil, no sin antes advertir la importancia que tiene la evolución de los fundamentos de la responsabilidad. En efecto, el estudio de la responsabilidad civil sería incomprendido, si el operador del derecho no conoce la explicación de los cambios profundos que se producen en la institución. Así, con la claridad y didáctica del Maestro, refiere que los sistemas jurídicos primitivos decretaban la indemnización por la simple verificación de que una determinada actividad de una persona había producido un daño, sin necesidad de indagar la culpa del autor.

Es recién con la influencia de la moral griega y la fe cristiana, que las doctrinas subjetivas encuentran un lugar preferente en la responsabilidad

civil. Se dijo así que la responsabilidad subjetiva se asentaba mucho en la responsabilidad moral, señalándose como pecado al hecho dañoso con culpa. Por ello, se dice que la culpa “humanizó” la responsabilidad civil. A partir de entonces, el fundamento subjetivo irradió el derecho de la RC, apoyándose además en las doctrinas del individualismo jurídico.

3. AL REFERIRSE A LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O DOCTRINA DEL RIESGO

Valencia, insiste en una remisión al origen, que lo fija en la Escuela del derecho natural durante el s. XVIII, siendo particularmente Thomasius y Heinnecius, quienes enseñaron que el autor del daño es responsable sin tener en cuenta la culpa.

Posteriormente, fueron las doctrinas de los civilistas las que contribuyeron al desarrollo de la teoría objetiva (y cita a importantes exponentes en Alemania (Enneccerus, Binding, Rümelin, Traeger, entre otros) y en Francia (Saleilles, Josserand, Savatier, etc.). En este sentido, citando a Josserand, Valencia señaló que “el problema de la responsabilidad civil no es un problema de conciencia, sino un problema de orden económico, no se trata de castigar, sino de reparar, de indemnizar el daño causado”.

Hasta entonces, la responsabilidad objetiva venía equiparada a la responsabilidad basada en el “riesgo”. Fue el propio Josserand quien se encargó de destacar que la culpa venía bien para una sociedad de tipo agrícola o guerrera, donde las relaciones comerciales o industriales estaban poco desarrolladas, pero no era adecuada para la sociedad actual, más compleja y donde los riesgos se multiplican.

De esta manera, la culpa fue quedando a la zaga de la solución de los nuevos problemas que planteaban las sociedades modernas y ante ello, la moderna responsabilidad civil debía dar respuesta. La respuesta entonces se encontró en la responsabilidad objetiva. Sin embargo, la nueva responsabilidad civil, no eliminó la culpa que permaneció, pero para los casos de responsabilidad por hecho propio, en cuales cabe indagar sobre la conducta debida, es decir, aquella que debe moldearse de acuerdo a la diligencia debida.

Una vez realizada la interesante revisión de la responsabilidad civil, a la manera de cómo lo hacen otros insignes juristas europeos, para citar a aquellos que tenemos más cerca en nuestras clases, Geneviève Viney en Francia, Stefano Rodotà y Francesco Busnelli en Italia, siendo este último

jurista quien se ha referido a la institución en algunos de sus escritos como la “Parábola de la Responsabilidad Civil”, por el mensaje que guarda cada uno de los pasos de la transformación de la institución, el Maestro Valencia recién emprende la explicación de los supuestos o casos indemnizatorios que contempló el legislador decimonónico, siguiendo la línea del *Code Civil* de 1804, respecto a los cuales, podemos conectar nuestras reflexiones con los fundamentos históricos con que empieza el tratamiento de la materia.

Como síntesis de las reflexiones que se extraen de la evolución de la responsabilidad civil, cabe destacar la afirmación que realiza el jurista colombiano, en cuanto a la norma que encabeza el régimen de la responsabilidad extracontractual en el CC. colombiano, el art. 2341, el cual, contiene el supuesto de la responsabilidad civil por culpa, en el sentido de señalar que “es erróneo pensar que el citado art. 2341, aunque encabece el articulado que el código destine a esta materia, siente una regla válida para todos los casos de responsabilidad civil extracontractual”. En efecto, es claro que se han contemplado supuestos de responsabilidad objetiva en el CC.(arts. 2356, 2350 y 2355, 2354), pero además, reconoce Valencia, que también existen casos de daños que se fundamentan en una responsabilidad a la que bien ha calificado como “intermedia”, porque se trata de supuestos en los cuales se ha previsto una presunción de culpa, es decir, una inversión de la carga de la prueba (los casos de la responsabilidad de los padres, de los guardadores y empleadores, arts. 2347 y 2349 CC.). De esta manera, queda evidenciado que la Responsabilidad Civil no sólo está polarizada en la culpa o responsabilidad objetiva, sino que cuenta con supuestos que se encuentran a mitad de camino de ambos polos, los denominados “claroscuros”. Todo lo cual, tiene sentido, a la luz del marco histórico con que el jurista nos permite situar y entender la institución.

Finalmente, Valencia completa la visión histórica de la Responsabilidad civil, refiriéndose a las tendencias actuales de la institución, que se orientan a la “socialización de la responsabilidad”, proceso que se produce a partir de los seguros y la constitución de fondos de garantía para hacer frente a la indemnización de los daños. Se trata de una tendencia hacia la seguridad social, donde cabe destacar la fina mirada del jurista colombiano, respecto a cómo se desarrolla en Colombia la Responsabilidad Administrativa o Responsabilidad del Estado, donde se aprecia una clara impronta de solidaridad social para la reparación de los daños, lo que cierto es, daría para unas reflexiones ulteriores que superan esta sede, sin embargo, cabe anotar que la evolución que ha venido observando la responsabilidad del estado en

Colombia, bien podría ser objeto de un tratamiento a nivel de la seguridad social, conforme a la separación de la responsabilidad civil que se observa en el derecho comparado.

CONCLUSIÓN

Y para concluir esta semblanza de VALENCIA, a través de sus pp., no dejamos de apreciar la sencillez y claridad de su estilo, que nos permiten disfrutar de una visión de la responsabilidad civil, que bien podríamos precisar, por vía de la historia del derecho, sin la cual, el estudio de una institución jurídica resulta vacío e insípido. VALENCIA demuestra en sus escritos, la importancia de explicar el derecho privado a través de un recorrido por la historia. En otras palabras, el mensaje que captamos en la obra del Maestro VALENCIA, consiste fundamentalmente, en la importancia que tiene el trasfondo histórico en las reflexiones jurídicas para poder dar respuesta a innumerables interrogantes que nos plantea la modernidad y los tiempos por venir.

BIBLIOGRAFÍA

- Valencia, A. (1982). *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*. Bogotá: Editorial Temis.
- Valencia, A. & Ortiz, Á. (2010). *Derecho Civil*, T. III, De las Obligaciones, décima edición. Bogotá: Temis.

PAGO CON TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA¹

RICARDO DURÁN VINAZCO²

INTRODUCCIÓN

“...las *transferencias electrónicas de fondos* –TEF– se refieren al traspaso de dinero de una cuenta a otra. Un juego contable por el cual se asienta un débito en la cuenta del dador de la orden y un crédito en la cuenta del beneficiario (Esguerra, J. P. 1995). Según el punto de vista técnico la *transferencia electrónica de fondos* –TEF– puede ser definida como un sistema contable manejado por computador, en el cual los emisores y receptores tienen una cuenta para registrar las transacciones en que participan (Valdez, A. 1992)...”. “...Otro sector entiende la *transferencia electrónica de fondos* - TEF como un sistema de transferencia electrónica de datos débitos, créditos y pagos, que existe entre dos personas las cuales poseen, cada una de ellas, una cuenta bancaria o un contrato de crédito, en su respectiva entidad financiera, debitándose y acreditándose respectivamente la suma de dinero, que se contabiliza por el gran sistema de compensación a favor o en contra de cada una de las entidades, afectando el saldo final en las cuentas de sus clientes- (Rincón, E. 2007)...” (Durán R., 2014).

Estas definiciones citadas en un trabajo anterior generan el problema del estudio jurídico de las Transferencia Electrónicas de Fondos –TEF– como instrumento de pago, es decir, indagar si en Colombia hay un sistema de

¹ El presente trabajo constituye resultado de la investigación que el autor desarrolla en el marco de la línea de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, proyecto de investigación “Transferencias electrónicas de fondos”.

² Abogado e investigador de CIFRAVI, línea bienes y contratos, de la Universidad Santo Tomás, con especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, Derecho Procesal y estudios de Derecho Financiero de la Universidad del Rosario, Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, donde adelanta su Doctorado. Profesor universitario, conferencista y autor en temas de derecho privado. riduvina@hotmail.com

regulación en derecho (ley, jurisprudencia y doctrina), que se ocupe del pago o cumplimiento efectivo de las obligaciones pecuniarias, utilizando dicho instrumento electrónico.

El problema de ocuparse en dicho estudio se justifica de manera general sobre la idea de analizar el impacto que las nuevas tecnologías, la informática y las comunicaciones generan en el derecho.

Las últimas reformas legislativas en el país se corresponden con esta idea, y son ejemplo de lo dicho el Derecho procesal, laboral, tributario, de consumo y dentro de éste de protección al consumidor, comercial, registral, penal, habeas data, entre otros.

Dado que particularmente en el derecho privado las instituciones nacen sobre otras lógicas, principios o cánones subyacentes, por ejemplo, en lo atinente a la teoría del contrato como Acto Jurídico, teoría francesa, como Negocio Jurídico, teoría alemana, o como Propuesta, teoría anglosajona, como Acto jurídico el artículo 1500 del C.C. colombiano consagra que los contratos son a. o consensuales, b. o solmenes o formales o c. reales, por lo que en principio esta clasificación no se corresponde con los desafíos que desatan las TIC's, motivo por el cual hay que hacer el análisis propuesto o por lo menos aproximarse, para tratar de encuadrarlas o saber si hay la necesidad de recomendar un derecho propio para la institución de las TEF.

Así, la respuesta a este desafío sería generar un derecho especial o adaptar las anteriores instuciones a los nuevos desarrollos, como parece ser la tendencia en Colombia y en otros países.

De otra parte, en la medida que se consolida la masificación en el empleo de las TIC's, y en particular de las Transferencia Electrónicas de Fondos – TEF–, se hace necesario establecer un sistema de control legal a fin de evitar en lo posible que las mismas sean usadas como instrumento de actividades ilegales o ilícitas.

No en vano las normas penales establecen un conjunto de delitos informáticos en donde al parecer la jurisprudencia de las altas cortes y en particular la de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha trazado línea conceptual para la tipificación correspondiente.

La metodología empleada fue la teórico documental, la cual está compuesta de análisis bibliográficos, e implementación del método dogmático (interpretación).

1. UBICACIÓN

Dos son los temas a tratar, las políticas públicas en materia de comercio electrónico y su relación con la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–.

1.1. POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

En Colombia, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –COMPES– y el Departamento Nacional de Planeación, mediante documento número 3620, expidieron el 9 de noviembre de 2009, los “Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia –COMPES 3620–.

Según el mismo documento “...En Colombia el aprovechamiento del comercio electrónico no es el mejor, a pesar de avances en indicadores de acceso a infraestructura de comunicaciones. El 44% de la población tiene acceso y son usuarios de Internet y se ha llegado a 93.1 líneas móviles por cada 100 habitantes, mientras que se presenta una bancarización del 55.5% de la población adulta. Dado lo anterior, es necesario crear un ambiente propicio para promover el desarrollo de comercio electrónico como un elemento generador de competitividad empresarial, de crecimiento económico y bienestar general...”.

El mismo COMPES 3620, citando a la Comunidad Europea define el comercio electrónico como “...el pedido electrónico de bienes y servicios que se entregan a través de canales tradicionales como el correo o los servicios de mensajería (comercio electrónico indirecto); el pedido en línea; el pago y la entrega de bienes y servicios intangibles, como programas informáticos, revistas electrónicas, servicios recreativos y de información (comercio electrónico directo); las *transferencias electrónicas de fondos*; la compra y venta de acciones; los conocimientos de embarque; las subastas comerciales; los diseños y proyectos conjuntos; la prestación de servicios en línea; la contratación pública; la comercialización directa al consumidor y los servicios posventa...”. (Resaltado e inclinados míos).

Destaca el COMPES 3620 la expedición de leyes para el empleo de las TIC’s mediante la ley 1341 de 2009 “...en la cual se definen los principios y conceptos de la sociedad de la información como referente para la formulación de políticas...”, y una serie de acuerdos y compromisos a nivel internacional con miras al mismo objetivo y la implementación de leyes en el mismo sentido, por ejemplo:

- Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), adoptado por la ley 1150 de 2007, y la ley del Teletrabajo 1221 de 2008.
- Declaración Ministerial de Doha 2004, de la Organización Mundial del Comercio, donde se estableció el compromiso de implementar un marco favorable al comercio electrónico de los estados.
- La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD 2009, hizo recomendaciones para el comercio electrónico a los estados miembros de la ALADI, es decir, asociación latinoamericana de integración.
- La ley 1151 mediante el cual se adoptó el plan nacional de desarrollo 2006-2010, en donde se define como prioridad el desarrollo de las transacciones electrónicas.
- El plan nacional de las TIC's del ministerio correspondiente, denominado Colombia en línea con el futuro 2008-2019.
- La cita de una serie de documentos COMPES que ponen en ejecución la política relacionada.

El índice del documento COMPES 3620 está compuesto por la introducción, los antecedentes, el marco conceptual, el diagnóstico, los objetivos, el seguimiento a las políticas, la financiación y recomendaciones.

Dentro de la política pública en materia de comercio electrónico se establecen una serie de recomendaciones que tienen que ver con *el fortalecimiento del marco normativo y regulatorio* eliminando barreras y armonizando reglas, para lograr el incremento del mismo a nivel internacional, la protección al consumidor por lo que “...el Ministerio de Relaciones Exteriores coordinará con las entidades competentes el proceso de revisión de la pertinencia de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005...”.

- A nivel nacional expedir un régimen de protección al consumidor de comercio electrónico a cargo de las respectivas superintendencias de Industria y Comercio y Financiera, y “...la participación en la Red Internacional de Protección al Consumidor y Aplicación de la Ley...”.
- Promoción y uso de la firma electrónica, entidades certificadoras abiertas de firma electrónica y de la factura electrónica.
- Promoción de la Seguridad informática “...tanto desde el punto de vista técnico, como normativo e institucional, es un aspecto de interés

nacional que trasciende las responsabilidades en temas de informática y telecomunicaciones, además de considerarse un tema estratégico para la seguridad del país...”.

- La consolidación de las técnicas “...para identificar prácticas fraudulentas y programa de sensibilización dirigido a empresas y usuarios de comercio electrónico, de tal manera que se tomen las medidas necesarias que disminuyan riesgos de fraude...”.
- Derecho de autor, para lo cual “...promoverá entre los proveedores de Servicio de Internet opciones como la autorregulación y adopción de códigos deontológicos en materia de derecho de autor y derechos conexos...”.
- Protección de datos personales, ley 1266 de 2008 de Habeas Data.
- Promoción de la oferta de servicios por parte de los agentes que hacen parte de la cadena de comercio electrónico.
- Fortalecimiento de la logística en la cadena de valor del comercio electrónico, mediante “...la inclusión de líneas de negocio de comercio electrónico por parte de los operadores logísticos...”.
- Para “...mejorar la confianza de los usuarios, 4-72 dispondrá de un sistema de rastreo que permita hacer seguimiento a los objetos postales que se requiera...”.
- Especialmente “...Mejor acceso a los diferentes medios de pago. El acceso a medios de pago electrónicos es un factor que además de mejorar la calidad de vida de la población, puede ser un catalizador de las actividades de comercio electrónico. En este sentido, se buscará la universalización del acceso a los servicios financieros móviles, como apoyo al desarrollo del comercio electrónico, promoviendo tanto el acceso a la banca tradicional como a la no tradicional. De esta manera, el Gobierno Nacional, con la compañía de aliados privados, continuará apoyando las iniciativas lideradas por el programa de Banca de Oportunidades, con métodos no tradicionales de bancarización como son los corresponsales no bancarios. Así mismo y aprovechando la alta penetración de los servicios de telefonía móvil...se... formulará una estrategia que incluya una propuesta de ajustes regulatorios y normativos que se requieran para impulsar el desarrollo de la banca móvil en Colombia...”.
- Y específicamente “...tomando en cuenta la promoción de la competencia en los mercados de los servicios de pago electrónicos, el

Gobierno Nacional,..., buscará estimular desde el entorno regulatorio la creación de plataformas de pago con el objeto de profundizar la fase transaccional del comercio electrónico en nuestro país y a la vez disminuir costos de utilización de los canales electrónicos...”.

Es decir, pareciera que la implementación de las tecnologías en Colombia, y sin entrar en el análisis de los documentos relacionados y su realidad, y particularmente del comercio electrónico y dentro de él las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, corresponde a una decisión de política pública adoptada por los últimos gobiernos e implementada en principio mediante acuerdos internacionales, la expedición de las leyes 527 de 1999, 1328 de 2009 y la 1480 de 2011, el proyecto de ley 181 de 2014, en curso, y decretos y resoluciones a nivel nacional. No obstante, desde el punto de vista tecnológico nosotros no somos los desarrolladores, sin que ello menoscabe su empleo o uso.

1.2. COMERCIO ELECTRÓNICO Y TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS –TEF–

Sobre el tema se ha establecido una especie de relación de género a especie, es decir, en el comercio electrónico podemos emplear para el pago o cumplimiento de la conducta o prestación debida de dar o hacer, una transferencia electrónica de fondos. Ese comercio electrónico puede incluir los contratos electrónicos o se puede realizar un negocio jurídico base, por ejemplo una compraventa, que se honre desde el pago del precio con dinero metálico o dinero electrónico o e-cash, o una transferencia electrónica de fondos –TEF–, con los servicios de un establecimiento de crédito.

No obstante, lo simple que puede parecer el anterior planteamiento es necesario hacer las siguientes precisiones: a. comercio electrónico, b. *e-commerce*, c. dinero electrónico o e. cash, d. contratación electrónica e-teletransmisión electrónica y f- las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, como instrumento de pago inmaterial.

a.- Comercio electrónico: “...el comercio electrónico se puede entender como cualquier forma de transacción comercial en la cual las partes involucradas interactúan de manera electrónica en lugar de hacerlo de manera tradicional....”. (Rincón, E. 2006). O entendido como aquel que tiene lugar realizando el pedido de bienes materiales a través de un medio electrónico basado en redes telemáticas como EDI, cerradas, o

Internet, abiertas, los cuales serán entregados con posterioridad a través de canales tradicionales como el correo o los servicios de mensajería; o bien el pedido, pago, y la entrega en línea de bienes y servicios intangibles, como programas informáticos, revistas electrónicas, servicios recreativos y de información. (Mateo, J.L. 2007).

- b.- E-commerce: comprenderá el comercio electrónico que tiene lugar a través de la que viene a llamarse Internet fija, es decir, entre dos ordenadores o computadoras tradicionales, mientras que han aparecido nuevas formas de comercio electrónico que, aunque participan del hecho sustancial de compartir la red en la conclusión y perfección de contratos, utilizan otro medio de transmisión de datos, como ocurre en el caso de la transmisión inalámbrica, dándose a conocer como *m-commerce* o *mobile commerce*. (Mateo, J.L. 2007).
- c.- Dinero electrónico: “...(en sentido amplio), la noción... se identifica con cualquier sistema de pago que requiera para su funcionamiento una tecnología electrónica, y esta denominación abarca las tarjetas electrónicas, los cheques electrónicos, las cartas de crédito electrónicas, el dinero efectivo electrónico, así como cualquier otra forma de pago que implique la existencia de un medio electrónico para hacerse efectivo... En sentido restringido, la noción ... alude al dinero efectivo electrónico o dinero digital (en atención a la tecnología actualmente utilizada), usándose esta expresión únicamente para referirse a las monedas y billetes electrónicos como sustitutos del dinero metálico del papel moneda tradicionalmente conocido...”. (Rincón, E. 2006). Continúa diciendo el autor citado que “...El concepto de contratos electrónicos bancarios es inseparable del *dinero electrónico*...”. En conclusión, ...entiende el *dinero electrónico* como la “[...] representación por medio de un soporte informático, de depósitos de dinero de curso legal u otros valores o activos financieros cuantificables, cuya circulación se realiza por medio de una transferencia electrónica de fondos [...]...”. (Rincón, E. 2006).
- d.- Contratación electrónica o telemática: “...se refiere a toda clase de contratos, cualquiera sea su objeto, a condición de que se celebren mediante el empleo de medios electrónicos, por ejemplo, un contrato de compraventa constituido por medio electrónico, es decir, que en su perfección se han utilizado por las partes medios electrónicos y todo lo demás sigue idéntico....”. (Durán, R. 2014)

- e.- Teletransmisión electrónica: es la transmisión de mensajes de un medio electrónico a otro medio electrónico, o sea transferencia de mensajes computadora a computadora. Cuando los sistemas de teletransmisión se utilizan para los efectos de transferir información de computadora a computadora para completar transacciones de tipo comercial el sistema se denomina Intercambio Electrónico de Data, Electronic Data Interchange. Dicha EDI se define como la transferencia electrónica de computadora a computadora de transacciones comerciales o administrativas mediante el uso de una estructura pre-probada de transacción o de mensaje data. Esto significa que las partes que se están comunicando tienen acuerdos previos o pertenecen a convenios que regulan la transferencia mediante un sistema o red determinada de data entre las partes. La doctrina americana señala que los EDIs son formatos preconvenidos con ubicaciones especiales donde se coloca la data y las cuales transfieren significados especiales. Así por ejemplo, un número al lado de una columna correspondiente para el número de una factura comercial tendrá un significado bajo un sistema de intercambio electrónico de data distinta que ese número colocado al lado de la columna correspondiente al precio. Se incluye también el ejemplo de la red SWIFT, Worldwide Interbank Connection Telecommunications, que es el convenio de la sociedad para telecomunicación interbancaria financiera mundial que se utiliza para la transmisión banco a banco en las transferencias de fondos entre otros. (Rodner S.; James-Otis, 1999).
- f.- Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–: en anterior trabajo sostuvimos: “...El tema de las *transferencias electrónicas de fondos* –TEF– se puede ubicar dentro de uno más amplio denominado el Sistema de Pagos, sin que por ello se quiera significar que cada vez que se haga una TEF se esté realizando un pago. ...De hecho se puede tratar de una TEF entre dos cuentas³ de un mismo sujeto jurídico titular en una misma institución financiera o en otra. Se hace la anotación porque la literatura sobre el tema regularmente lo ubica en razón de un pago. Dentro de un Sistema de Pagos (Ravassa, 2007), se pueden desprender tres temas que corresponden, al denominado 1º Medios de pago, otro 2º al de Técnicas

³ El término *cuenta* se toma en su significado a partir de los contratos de cuenta corriente bancaria regulado en el artículo 1382 del Código de Comercio colombiano o del contrato de cuenta de ahorros regulado en el artículo 126 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto Ley 663 de 1993.

de pago y 3º y último, al de Instrumentos de pago. El primero... permiten satisfacer el pago de lo debido, es decir, que corresponde a lo que nosotros llamamos los medios de extinción de las obligaciones según el artículo 1625 del C.C. El segundo, ... se refieren a los métodos o sistemas utilizados para realizar el pago de lo debido, los que a su vez se clasifican en pago directo del deudor y pago mediante intermediario, en este último caso como sucede con los pagos contra documentos donde interviene un banco para realizar el pago. ... Por último, existen los llamados *Instrumentos de pago* que se refieren a las formas materiales o inmateriales con las que se hace el pago. Dentro de las *materiales* se pueden ubicar el dinero como bien mueble, ... Las *inmateriales* comprenden los impulsos electrónicos en donde ubicamos a las TEF y los documentos electrónicos... Así, los Instrumentos de pago inmateriales, dentro de los cuales se ubican las TEF, se trataría de una de las formas de utilización del sistema de Transmisión Electrónica de Datos, denominado EDI (*Electronic Data Interchange*). ..." (Durán, R. 2014).

g.- Otra definición de Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–: es un medio destinado a agilizar el el proceso de movimiento de crédito dentro del sistema bancario, con base en medios electrónicos. Toda Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– requiere instrucciones por parte del ordenante y el cumplimiento de las mismas por una institución financiera. Ello implica un connttrato entre el ordenante y el banco que deberá cumplirse por éste. La legislación colombiana aún no ha reglamentado expresamente este tipo de transferencia. (Alvarez, E. 1991).

Los medios de pago tienen dos campos de acción que corresponderían al sistema de pagos a gran escala y los pagos que pueden denominarse individuales. Dentro de los primeros se ubica el Depósito Centralizado de Valores del Banco de la República DCV BR, nosotros agregamos DECEVAL S.A., Depósito Centralizado de Valores, el Sistema Electrónico del Banco de la República SEBRA, el Sistema Electrónico de Negociación SEN, el Sistema de Compensación Electrónico de Cheques CEDEC, las Cámaras de Compensación Automatizadas ACH y la Compensación Electrónica Nacional Interbancaria CENIT. Dentro de los individuales se encuentran el dinero y el cuasi dinero y dentro de éstos últimos incluye todo aquel medio que represente o sustituya al dinero con capacidad propia de pago diferenciándose entre el uno del otro que en los segundos hay transferencia de fondos o recursos depositados en cuenta corriente o de ahorros. (García, H. S. 2006).

Así mismo en materia de instrumentos de pago hay que tener en cuenta que se suele distinguir el comercio electrónico destinado a los consumidores, es decir, el *business to consumer e-commerce*, B2C, del comercio entre empresarios *business to business e-commerce* B2B.

Esta distinción se considera porque los denominados pagos a gran escala suelen tener sus propias regulaciones, mientras que el tema de análisis del presente trabajo se entiende mejor desde el segundo campo del comercio B2C o B2B, así mismo es amplio el espectro de uso de una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, como puede ser el mercado doméstico de compra de Valores o e-trading, o la colocación de Tes Globales, entre muchos otros.

2. REQUISITOS DEL PAGO COMO FORMA NORMAL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

La doctrina nacional colombiana y la jurisprudencia coinciden en establecer en forma general los requisitos para el pago. El artículo 1626 del C.C., que regula el pago, se interpreta diciendo que paga el que debe, a quien le debe, lo que se debe. Efectivamente dentro del curso de las obligaciones que se estudia en desarrollo del derecho privado a partir del Código Civil y del Código de Comercio desde el artículo 1625 sobre los modos de extinción, y la remisión que hace el Código de Comercio en el artículo 822 al Civil para lo relacionado con las formas de extinción de las obligaciones, a menos que hayan normas particulares en la materia comercial, tenemos:

- a.- en cuanto a los derechos personales o créditos el medio normal de extinción es el cumplimiento o pago de la respectiva obligación según el artículo 1626 del C.C., no obstante que las partes pueden resolver libremente el respectivo contrato de donde nacen las obligaciones, con la mención de los modos de extinción que consagra el artículo 1625 del C.C. (Valencia, A. 1979 y 2006).
- b.- se distingue el pago efectivo del que no lo es porque en el primero se paga la misma prestación convenida, cosa que no sucede en el segundo, porque se remplaza por una nueva –novación– o por prestación distinta –dación–. Así mismo, sobre la naturaleza del pago se distingue entre las prestaciones de dar, de hacer y de abstención o no hacer. Sobre la primera, la de dar un derecho patrimonial, el pago o cumplimiento constituye un negocio jurídico de cumplimiento. Ejemplo, la tradición. En estos casos, como en todos los actos o negocios jurídicos, habrá que cumplir con los requisitos de eficacia, esto es, de existencia y validez. Pero si se trata de

pagar un bien fungible como el dinero el pago es válido aunque haya incapacidad del enajenante. En general la validez y efectividad del pago se condiciona a que pague el deudor, al acreedor, la obligación que se pagó y que la prestación pagada sea la convenida, en el sitio y tiempo en que se pactó y que si la deuda es pecuniaria se haga el pago en la especie convenida. No hay referencia al cómo se debe hacer el pago si no se pacta y en cuanto al lugar donde debe pagarse en omisión del pacto si se trata de cosas fungibles el pago se hace en el domicilio del deudor con base en el artículo 1646 del C.C. y en donde correspondería si hay mudanza del deudor según el artículo 1647 del C.C. (Valencia & Ortiz, 1998). En conclusión nada hay por estos autores sobre el pago con las Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–.

- c.- el medio o la forma de pago puede convenirse que se haga directamente en dinero, sea en moneda colombiana o divisa, o mediante otros medio de pago equivalentes, sea directamente o a través de una entidad financiera. Por lo que las modalidades de pago, especialmente en moneda extranjera, deben ser eficaces so pena de ineficacia de pleno derecho en los términos del artículo 897 del C. de Co. y en su lugar, de manera supletoria hacerse el pago en moneda nacional en los términos del artículo 874 inicio 2° del C. de Co. Así mismo habrá lugar a la aplicación del régimen cambiario dependiendo de si la operación encaja dentro de las llamadas operaciones cambiarias. (Lafont, p. 2004). En otras palabras a lo que hay que atenerse es a lo pactado entre las partes por lo que se deberá establecer si se convino el pago mediante el uso de una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–.
- d.- también para el pago de las denominadas obligaciones pecuniarias se supone la liquidez de la prestación y que sea cierta. Para pagarla hay que dar la suma de dinero y lo más moderno es que por medios electrónicos el deudor ordene a su banco una remesa al acreedor o directamente un abono a la cuenta de éste. Los denominados instrumentos de cuarta generación por el cual el deudor pagador da la orden al banco, por medio de su computador, es decir, maneja su cuenta corriente ordenando debitar sumas y enviarlas a la orden de alguien, o ponerlas a su disposición, o consignarlas en una cuenta corriente, por conducto de su computador, identificándose con un PIN o clave. Los pagos de comercio electrónico se realizan empleando el computador, sea para permitirle al cliente impartir órdenes o instrucciones a su banco, para utilizar la tarjeta débito sin necesidad de firma o utilizando firma electrónica o firma digital. (Hinestrosa, F. 2002).

- e.- sobre la naturaleza del pago si se trata de obligaciones de dar, el pago requiere de un acuerdo entre quien paga (solvens) y quien recibe (accipiens), o sea, el pago constituye un acto jurídico de la especie de convenciones, es decir, un acuerdo de voluntades destinado a extinguir una obligación. El C. de Co. cambia las reglas del C.C. contenidas en los artículos 1646 sobre el pago en el domicilio del deudor y del 1647 respecto de la mudanza del deudor con la consideración del art. 83 del C.C. de si el objeto debido tiene algún vínculo con alguno de los domicilios, éste será el lugar del pago, y si no existe dicha relación, el pago se podrá efectuar y exigir en cualquiera de los domicilios del deudor. Efectivamente, para el C. de Co. en el art. 867 establece como sitio de pago el domicilio del acreedor, al tiempo de hacerse exigible la prestación, y si hay mudanza del domicilio del acreedor, después de la celebración del contrato, se deberá hacer el pago en el domicilio que tenga el acreedor el día del vencimiento y si esto resulta más oneroso para el deudor, éste podrá pagar en su propio domicilio. (Suescún M., J. 2005).
- f.- para resolver el cómo, cuándo y dónde debe hacerse el pago, amén de lo pactado, el art. 1653 del C.C. señala que si se deben capital e intereses, a qué se imputa primero el pago y el 881 del C. de Co., refiere no a las deudas vencidas o no devengadas, sino a las garantías. Respecto del cuándo, en términos generales, cuando el plazo no haya sido establecido en favor del acreedor, podrá el deudor renunciar a él y pagar anticipadamente. Así, el deudor que paga anticipadamente obligaciones de dinero con intereses, tiene derecho a descontar los intereses de las sumas anticipadas, a la tasa pactada en la obligación y sino se ha pactado o si habiéndose pactado no se especifica la tasa el descuento, se hará a la tasa legal civil o comercial. Y en cuanto al lugar se dice básicamente lo mismo que se cita del Dr. Suescún Melo. (Cubides, J. 2005).
- g.- el e-cash se considera como dinero electrónico y consiste en un software que se instala en el computador del usuario el cual envía una orden al banco que éste procesa y debita la cantidad solicitada de la cuenta del cliente. Así habrá de admitirse el pago sobre la base del cumplimiento de las siguientes premisas 1- la aceptación de dicho instrumento en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, 2- el pago mediante un medio electrónico se efectúa en ejecución de un contrato electrónico válido, y 3- la representatividad del medio de pago, es decir, que se admita legalmente el principio de que el pago se pueda hacer en dinero en efectivo o en un signo que lo represente. (Rincón, E. 2006).

3. PAGO CON TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS –TEF–

José Luis Mateo Hernández dice que la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– se puede definir en sentido amplio y en sentido restringido. En sentido amplio, como lo establece la UNCITRAL o CNUDMI, es decir, como una operación en la cual uno o más de los pasos que fueron previamente dados por técnicas basadas en el papel ahora son hechos por procedimientos electrónicos, es decir, que todo instrumento y sistema de pago electrónico podrá considerarse como transferencia electrónica de fondos, ya que una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– contempla toda transmisión de un valor monetario por medios telemáticos.

En sentido estricto, dice el autor en comentario que la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– es la manifestación de un contrato de cuenta corriente bancaria celebrado entre el cuentacorrentista y el Banco, en cuyo desarrollo éste debe dar cumplimiento a las instrucciones y órdenes dadas por aquél. Concepto que claramente se acompasa con lo que dice el art. 1382 del C. de Co. colombiano al establecer que hecho el depósito de dinero se podrá retirar por los medios convenidos entre las partes, lo cual encaja con el empleo de una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–.

El mismo autor citando a la doctrina italiana y en particular a Giannantonio y tratando el tema de la naturaleza jurídica de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, reclama su propia naturaleza jurídica y singular regulación dentro del marco jurídico del Derecho Bancario, dado que para él la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– requiere previamente la existencia de una cuenta corriente bancaria.

Así mismo trata los conceptos de a- pago, su b- naturaleza jurídica y los c- medios de pago, citando a Díez Picazo para quien cuando se trate de deudas pecuniarias a- el pago debe ser considerado como todo acto de cumplimiento.

Sobre la b- naturaleza jurídica refiere las tres teorías existentes sobre el particular, es decir, como b1-Hecho, b2-Acto o b3-Negocio jurídicos. Para el b1-Hecho Jurídico citando a Hernández Gil explica la naturaleza por la realización de la prestación debida dando lugar a la extinción de la obligación y con base en Lacruz Berdejo, dice que el pago es un hecho humano y no una declaración de voluntad cuyo único requisito subjetivo viene constituido por el *animus solvendi* del deudor. b2-Como Acto Jurídico sostiene que el pago no es solamente una actuación de carácter voluntario y libre, sino que el deudor paga porque el ordenamiento jurídico se lo ordena, de tal forma

que no es de carácter espontáneo, agregando la variante de Carnelutti de considerar el pago como un acto debido que no consiste en cualquier cosa sino en la prestación prevista en la obligación. Y como b3- Negocio Jurídico, por el acuerdo que supone entre el deudor de dar y el del acreedor de aceptar. Para Mateo H. el pago es el cumplimiento de la obligación, y lo realmente decisivo será apreciar si cumple, y de qué modo, los efectos de todo pago, sin entrar, dice él, en innecesarias consideraciones sobre una naturaleza jurídica cuyo planteamiento considera errado.

En cuanto al c- medio de pago dice, citando a Bernal Jurado, que será todo lo que tenga poder liberatorio de esas obligaciones o toda forma de dar cumplimiento a la obligación contraída, y como se trata de la obligación de pagar una suma de dinero o auténticas deudas pecuniarias, ellas son de forma indiferente signos, piezas, o medios solutorios, con tal que posean valor y curso legal, es decir, cuando una moneda goza de la sanción y de la proclamación estatal, o sea, cuando se encuentra legalmente establecida como posible medio general de pago. (Mateo, J.L. 2007).

En síntesis, la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– como medio de pago del tipo de instrumento inmaterial, para el pago, supone un contrato previo de cuenta corriente bancaria o de ahorros para que el ordenante de la orden de traspaso de dinero de una cuenta a otra. Un juego contable por el cual se asienta un débito en la cuenta del dador de la orden y un crédito en la cuenta del beneficiario (Esguerra, J. P. 1995). Es, desde el contrato de cuenta corriente bancaria, o de ahorros, un sistema contable manejado por computador, en el cual los emisores y receptores tienen una cuenta para registrar las transacciones en que participan. (Valdez, A. 1992). De esta manera se explica que la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– sea neutra y que obedezca a diferentes negocios jurídicos causales, incluyendo la donación, y que haya de pactarse o no con el beneficiario de la misma, su uso.

Ahora desde otro punto de vista, en lo que podemos llamar la ejecución de las políticas públicas en materia de implementación del uso de las Tecnologías por el Gobierno nacional colombiano tenemos que el Decreto 1400 de 4 de mayo de 2005, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual se someten a inspección vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor, definió el instrumento de pago como los documentos físicos o mensajes de datos que permiten a una persona extinguir una obligación dineraria o *transferir fondos* a través de un sistema de pagos. Así mismo dice que una orden de transferencia o recaudo

es la instrucción incondicional dada por un participante al administrador del sistema de pago, para que abone o debite a la cuenta corriente, de ahorros o de otra clase, de los cuales sean titulares los participantes en dicho sistema en un establecimiento de crédito o en el Banco de la República por una cantidad determinada de dinero.

Dicho Decreto ha sido complementado con el 4687 de 2011 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público según el cual es necesario definir los alcances de los nuevos instrumentos que permitan la realización de transacciones electrónicas, que tiene lugar como resultado de los avances tecnológicos.

La Resolución 3042 de 2007 del Ministerio de Protección Social define y establece la operación de las denominadas cuentas maestras del sector salud en cuyo artículo 18 se regla que los pagos que se deben efectuar desde la cuenta maestra del régimen subsidiado de salud se hará por transferencia electrónica a la cuenta del beneficiario.

El Decreto 19 de 2012 anti trámites que modifica el 2150 de 1995 dice que el pago de obligaciones a favor del Estado o de los particulares que recauden recursos públicos podrá realizarse a través de cualquier medio de pago incluyendo la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–.

Dentro de esta gama de normas que regulan la actividad de pago del sector central del Gobierno hay que mencionar el proyecto de ley 181 de 2014 por el cual se dictan medidas tendientes a promover el acceso a los servicios financieros transaccionales y se dictan otras disposiciones, en especial la creación de las Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos. En la exposición de motivos del Gobierno Nacional al Congreso de la República se dice expresamente lo siguiente:

“La inclusión financiera entendida como el acceso y el uso de servicios financieros formales por parte de la mayoría de la población, tiene una gran importancia ya que contribuye de manera decisiva al desarrollo económico del país pues permite el aumento de la capacidad de consumo de las familias y el aumento en el potencial de inversión¹. En efecto, como ilustra un estudio del Banco de Desarrollo de América Latina - CAF2, el acceso y el uso de servicios financieros acercan la posibilidad de adquisición de bienes durables, adquisición de vivienda y acceso a la educación entre otros, puesto que permiten anticipar volúmenes importantes de recursos. De igual forma, la canalización de mayores volúmenes de ahorro a través del sistema financiero formal permite la disponibilidad de cantidades mayores de recursos para la financiación de la inversión de las actividades productivas de la economía.”. (Exposición de motivos del proyecto de ley 18 de 2014).

De manera que con base en lo sostenido por García más arriba, habrán casos de regulación específica, por lo que en defecto de la regulación y particularmente en los casos del B2C o B2B o en caso de que no haya comercio electrónico se podrá emplear la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, dada su naturaleza de neutra, siempre sobre la base de la existencia de un contrato de cuenta corriente bancaria o de ahorros o encargo fiduciario en carteras colectivas.

4. PRUEBA DEL PAGO

Con el Código General del Proceso se consagra la presunción de autenticidad de documentos como tendencia mundial y presupuesto para la oralidad en el procedimiento civil, por lo que claramente el artículo 244 dice que son auténticos. (Canosa, U. 2012). Igualmente desde su expedición se puede hablar de la prueba documental como género y del documento electrónico como especie. El documento electrónico está contenido en un dispositivo o medio magnético que se requiere para su reproducción exacta y algunos se presumen auténticos. (Corpus, J. S. 2014). Tenemos que el art. 247 regula la prueba documental y dentro de la misma menciona los mensajes de datos que a su vez son reglados por el artículo 2º, literal a) de la ley 527 de 1999, entendidos como información generada, enviada, recepcionada, almacenada o comunicada, con independencia del medio que se emplee, citando entre otros el electrónico y haciendo referencia expresa al intercambio electrónico de datos EDI. Como dice el autor Corpus lo que ha variado es el continente que recoge la información. Así, y con base también en el artículo 10 de la ley 527 de 1999 los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y con la fuerza probatoria otorgada por el Código General del Proceso, la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, debe ser considerada como prueba documental del tipo de los documentos electrónicos dado el medio por el cual circula la información. Como dice un autor citado por Mateo los establecimientos de crédito prefieren los electrones al papel y acá con las normas del Código General del Proceso se da la admisión a la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– como prueba documental.

En últimas, se trata de hacer efectivo el principio o criterio denominado de *equivalencia funcional*, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre el papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. (Umaña, A.F.

2005). O como lo dijo la Corte Constitucional el criterio de los *equivalentes funcionales* se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre el papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas. (Corte Constitucional C-662 de 2000).

CONCLUSIONES

- a.- La autonomía privada de la voluntad material y conflictual es el principio rector en materia de pago electrónico.
- b.- El Estado desde el Gobierno central ha establecido junto con el legislativo, las políticas públicas tendientes a que Colombia adopte las Tecnologías necesarias para su desarrollo, lo cual incluye los pagos por medios electrónicos.
- c.- En desarrollo de dichas políticas públicas el Estado ha expedido las leyes que en alguna medida armonizan el orden jurídico con las tendencias globalizantes en materia de comercio electrónico.
- d.- En algunos casos las entidades públicas del orden nacional ordenan que sus pagos se hagan por medios electrónicos.
- e.- Los principios rectores del pago o si se quiere la teoría general del pago de las obligaciones en principio no se ve modificada por la implementación de nuevas tecnologías en cuanto lo que cambia es el medio o el instrumento.
- f.- Buena parte de la doctrina nacional no se ha ocupado del estudio del impacto de las nuevas tecnologías en materia de pagos y mucho menos del estudio de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–.
- g.- Recientemente se empiezan a encontrar estudios sobre el tema del impacto de las tecnologías en el derecho y en el tema de pagos.
- h.- Como sucede en otros temas del derecho privado dadas las tendencias globalizantes de los desarrollos tecnológicos lo que hacemos en Colombia es un proceso de adaptación de dichos desarrollos, lo cual ocurre también con el derecho. Claramente se advierte que los autores colombianos o son formados en el exterior o beben de la información que se genera en otros estados en donde primero impactan los desarrollos tecnológicos.
- i.- La Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– es una operación realizada en ejecución de un contrato de cuenta corriente bancaria o de ahorros u otra.

- j.- La Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– es neutra, así, el negocio base que la genera puede ser inclusive una donación.
- k.- La Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– es medio, técnica e instrumento no material de pago de obligaciones pecuniarias, o sea, por prestaciones de dar y hacer.
- l.- La Transferencia Electrónica de Fondos –TEF– es una prueba del tipo documental electrónica, admisible y cuya validez jurídica es la presunción de cierta o auténtica en el ordamento jurídico colombiano.
- m.-El proyecto de Ley 18 de 2014 para la creación de las Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos, es otra de las expresiones de la política pública tendiente a formalizar el recaudo y transferencia del dinero por las ventajas que para la economía tiene según la exposición de motivos de dicho proyecto.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, E. (1991). *Contratos Bancarios*, editorial Uniandes.
- Canosa, U. (2012). *Régimen probatorio en el Código General del Proceso*, ponencia en el Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia.
- COMPES Consejo de Política Económica y Social, Documento 3620 de 9 de XI de 2009.
- Corpus, J. S. (2014). *Universalización del Documento Electrónico como prueba*, ponencia en el Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia.
- Cubides, J. (2005). *Obligaciones*, Universidad Javeriana, Profesores 3.
- Durán, R. Artículo escrito para el CIFRAVI, sobre el *régimen jurídico aplicable a la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–*, próximo a publicarse.
- García H. J. (2006). “Los medios de pago: evolución y responsabilidad de sus emisores”. En: *Estudios jurídicos sobre comercio electrónico*, de la Universidad Javeriana y la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Hinestrosa, F. (2005). *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia.
- Lafont, P. (2004). *Manual de contratos*, Tomo III Librería ediciones del Profesional.
- Mateo, J. L. (2005). *El dinero electrónico en internet*, Editorial Comares.
- Rincón, E. (2006). *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*, Universidad del Rosario.

- Rodner, J.O. (1999). *El crédito documentario*, Editorial Arte.
- Suescún, J. (2005). *Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Tomo I, editorial Legis.
- Umaña, A. F. (2005). “Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la ley 527 de 1999”. En: *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, número 1, abril.
- Valencia, A. & Ortiz, A. (1979). *Derecho Civil, Parte general y personas*, Tomo I, editorial Temis.
- . (1998). *De las obligaciones*, Tomo III, editorial Temis.
- . (2006). *Parte general y personas*, Tomo I, editorial Temis.

LEGISLACIÓN

Código Civil Colombiano.

Código de Comercio colombiano.

Código General del Proceso.

Decreto 1400 de 2005 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decreto 19 de 2012 anti trámites que modifica el 2150 de 1995.

Decreto 4687 de 2011 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Exposición de motivos y proyecto de ley 18 de 2014.

Ley 527 de 1999.

Resolución 3042 de 2007 del Ministerio de Protección Social.

TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS EN COLOMBIA –TEF– RÉGIMEN DE FUENTES Y ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL¹

RICARDO DURÁN VINAZCO²

INTRODUCCIÓN

Las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, como una especie de desarrollo tecnológico en la electrónica, impactan el derecho básicamente a.- desde la óptica del “régimen de fuentes” porque su regulación corresponde a una lógica según la cual hoy hablamos de un post-positivismo o si se quiere mejor “pluralismo jurídico”, que paralelamente al derecho nacional establece sus propias fuentes de derecho, en donde nuevos jugadores –“emisores”– tienen el poder económico y conocimiento para imponer sus reglas, en una época en la cual se ha globalizado la economía y en Colombia no somos la excepción. Y también, b. porque esos mismos nuevos jugadores –“emisores”– serán la parte fuerte en una asimetría en donde el consumidor en general y en particular el consumidor financiero, será en principio la parte débil, lo cual conducirá a que el Estado, en su nueva versión de Estado Social de Derecho, debe nuevamente intervenir particularmente desde el poder judicial, en procura de defender o proteger esa parte de la relación.

¹ El presente trabajo constituye resultado de la investigación que el autor desarrolla en el marco de la línea de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, proyecto de investigación “Transferencias electrónicas de fondos”.

² Abogado, docente e investigador de CIFRAVI, línea bienes y contratos, de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, y profesor de la Universidad Libre, con especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, Derecho Procesal y estudios de Derecho Financiero de la Universidad del Rosario, Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, donde adelanta su Doctorado. Profesor universitario en posgrados, conferencista y autor en temas de derecho privado. riduvina@hotmail.com

1. LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS –TEF– Y EL RÉGIMEN DE FUENTES

Se formula dicha relación a partir de la siguiente pregunta:

Cómo impacta en la realidad colombiana, en el régimen de fuentes del derecho privado colombiano la regulación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, como expresión de la nova Lex Mercatoria –NLM– ?

La hipótesis es que en el trasfondo de la globalización actual, en el marco de la relación de la economía y el derecho y por el efecto que generan los desarrollos tecnológicos en el derecho, el régimen de fuentes en el derecho privado colombiano se ve modificado por la Nova Lex Mercatoria –NLM–, dando lugar a la aceptación de un pluralismo jurídico.

Pertinencia.- En la realidad de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– en Colombia, desde el punto de vista jurídico, existe una asimetría que se presenta, de una parte, entre 1.- las instituciones financieras, particularmente los “establecimientos de crédito” y dentro de éstos de los “establecimientos bancarios” y, de otra parte, 2.- el consumidor en general y el consumidor financiero, en particular, que se expresa en que son las primeras las que tienen el poder para realizar las inversiones económicas en los desarrollos tecnológicos para remplazar el papel por los electrones y, al mismo tiempo, imponer el derecho aplicable a la otra parte incluido el Estado colombiano, hasta el punto de que el régimen de fuentes se puede impactar modificándose para que fluya por vía del empleo de la autonomía privada de la voluntad negocial en sus versiones material y conflictual, y de las prácticas, usos y costumbres, su operación en el país.

2. LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS –TEF– SUPONEN UNA ASIMETRÍA ENTRE SUS OPERADORES

Se formula dicha asimetría a partir de la siguiente pregunta:

Cuál principio constitucional prima en la regulación jurídica colombiana en el empleo de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, el principio constitucional de la “libertad”, “autonomía privada de la voluntad” o el de la “igualdad”, es decir, se privilegia a las instituciones financieras, a los establecimientos de crédito, o al consumidor en general o al consumidor financiero, en particular?

Hipótesis. - La hipótesis consiste en que es necesario un balance permanente en la aplicación de los principios constitucionales mencionados por parte de las autoridades, para hacer primar la solidaridad o el bien común frente a la asimetría que genera la posición dominante de las instituciones financieras frente al consumidor en general o consumidor financiero, en particular, en un Estado Social de Derecho y en una democracia.

Pertinencia. - La pertinencia en el análisis de la pregunta, se puede resumir en la idea de la “constitucionalización del derecho privado”, o de otra forma, entenderse como el establecimiento de límites a las posibilidades de intercambio libre, es decir, límites al principio constitucional de la autonomía privada de la voluntad, esto es, a la transferencia de intereses, matizado por otros principios que producen injerencia en dichas transferencias de intereses, lo cual constituye el problema central de dichas limitaciones al principio de la autonomía privada de la voluntad o la “constitucionalización del derecho privado”. (Calderón, 2013, p. 72).

1. LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS –TEF– Y EL RÉGIMEN DE FUENTES

a. Lex Mercatoria: políticamente durante el llamado desarrollo del Estado dinástico en el ejemplo de las civilizaciones agrarias en la Europa latina católica, entre los años 800 y 1500, se pueden diferenciar dos etapas en la evolución cultural y política en ese continente, la primera de las cuales se puede ubicar entre los siglos IX y X, y la segunda, del X al XIV. En esta última etapa hay un punto cumbre entre los siglos XII y XIII. Un factor clave de consolidación del Estado lo constituyó el fenómeno de historia climática que fue la fase medieval del calor que mejoró notablemente las condiciones de la agricultura, por lo que las innovaciones social metabólicas, como la rotación de cultivos en tres campos y la tecnología del arado, redundarán en un paisaje agrario denso, lo cual traerá como consecuencia nuevas fuentes de alimentación y el crecimiento de la población. (Marquardt, 2009, T 1, p. 107).

Particularmente en el continente europeo durante la alta edad media y con el surgimiento del sistema feudal (el cual principia con Carlomagno, primer emperador del nuevo Imperio de occidente coronado por el Papa León XIII en la noche de navidad del 800), aproximadamente entre los siglos XI y XIII, se consolidó el denominado Derecho Mercantil, entendido como un derecho de los comerciantes, para los comerciantes, elaborado por ellos, aplicado por

ellos y por encima de todo, como un derecho del mercado (Ravassa, 1990, pp. 136, 137, 170).

El idioma común de la edad media fue el latín por lo que ese derecho fue conocido como “Lex Mercatoria” –LM–, el cual fue la respuesta a la necesidad de los comerciantes de elaborar su propio derecho puesto que el derecho vigente, particularmente la posición de la Iglesia Católica con base en la interpretación del Nuevo Testamento en Lucas 6, 35³, prohibía el cobro de intereses. Así, ni el derecho romano, ni el germánico, ni el canónico contribuyeron a solucionar sus requerimientos y las reinterpretaciones por vía de excepción a la postura de esa Iglesia para poder cobrar intereses, permiten consolidar la Lex Mercatoria –LM–. Dicha Lex Mercatoria –LM– fue la recopilación de usos y costumbres, de precedentes judiciales tomados de las decisiones de los cónsules y magistrados, de normas estatutarias de las ciudades de comercio internacional, que comenzó por ser una ley marítima y se aplicó igualmente a nivel internacional, sin consideración a motivos personalistas o nacionalistas de ningún tipo, a la calidad de las partes, y se constituyó así en un verdadero derecho global para la época. (Ravassa, 1990, pp. 168-198).

Desde el siglo XI, con alto contenido de equidad, o “ex aequo et bono”, la Lex Mercatoria –LM– fue un derecho supranacional cuyas características fueron, 1.- la facilidad con la que permitió contratos vinculantes, 2.- énfasis en la seguridad de los mismos, 3.- velocidad en la decisión de los litigios, 4.- variedad de mecanismos para establecer, transmitir y recibir crédito, y 5.- valor normativo a las costumbres y usos mercantiles. (De Sousa, 1998, p. 104).

Bajo el entendido de que en el tiempo siempre ha habido comercio pero derecho comercial no y que la Lex Mercatoria –LM– surgió en las ciudades europeas, y en el mar Mediterráneo y del Norte, en particular, se pregunta qué sucedía en América. Para ello se puede revisar la historia universal del Estado y ubicados en la zona de los Andes en la llamada historia temprana del Estado, mencionar los Reinos de los Muisca (Hunza) y Bacatá (Bogotá) en el altiplano cundiboyacense a 2600 metros sobre el nivel del mar y con las mejores condiciones para la agricultura. La estructura organizativa con un Rey (zaque o zipa) que se impuso sobre jefaturas tribales (caciques) correspondió a un modelo de Estado extendido en otros lugares del mundo,

³ “...Por el contrario, amen a sus enemigos, hagan el bien y presten sin esperar algo en cambio. Entonces la recompensa será grande y serán hijos del Altísimo, que es bueno con los ingratos y con los pecadores...” (Inclinado, resaltado y subrayado míos).

para entender la evolución del Estado y evitar una orientación eurocéntrica. (Marquardt, 2009, T. 1, pp. 1, 58).

Políticamente hablando en el Estado de los Chibchas la primera forma de Estado se dio en Hunza (Tunja) siendo su primer jefe Hunzahúa, elegido por todos los caciques. Por eso, en el Estado de los Chibchas se reunieron todos los elementos constitutivos del mismo, es decir, sociedad organizada, territorio determinado y poder político jurídicamente reglamentado, ejercido con el consentimiento de todos los miembros de la comunidad, en forma soberana y autónoma, de tal forma que hubo conciencia nacional y deseos de existir como Estado. Dicha forma de Estado fue diferente del Estado-nación de la Europa occidental del siglo XV y fue la forma del Estado Chibcha la que dominó setenta u ochenta años antes a la entrada de los españoles a América. (Suescún, 1998, T. 1, pp. 205 y 206)⁴.

En lo relativo a las denominadas instituciones jurídico económicas en la sociedad de los Chibchas, se destacan dos aspectos: 1.- uno, relacionado con la propiedad comunitaria sobre la tierra y la propiedad individual sobre la vivienda y la huerta, las herramientas de trabajo y los animales, y 2.- otro, de los más interesantes, es que esa fue una economía monetaria, pero no mercantil, es decir, fue el único pueblo que acuñó moneda en oro (“Tojolillos” del tamaño de las falanges de los dedos de la mano) para la época, comparado con los imperios Inca, Azteca y antes con los Mayas. Al mismo tiempo fue una economía de congrua subsistencia, sin lujos para la mayoría de la población, pero con las necesidades básicas de alimento, vestido y vivienda satisfechas, con cargas tributarias para los caciques y luego de ellos para el jefe, y para reservar lo necesario destinado a la atención de los discapacitados y las eventualidades. Inclusive existió una industria de sal, producción orfebre, de algodón, que permitieron la existencia de diversos mercados con otros pueblos indígenas los cuales usaron la figura del trueque simple o calificado, es decir, la permuta. (Suescún, 1998, T. 1, pp. 149 y ss.).

Vendrá el descubrimiento de América en 1492, con la llegada de Colón a Guanahaní y se partirá en dos la historia de este continente. Luego la Conquista, la Colonia, la Independencia y el surgimiento de las nuevas Repúblicas. El ambiente económico de Europa para la época del descubrimiento se puede resumir del paso de una economía basada en el feudalismo, cerrada, fundamentada jurídicamente en el contrato de Vasallaje

⁴ Esta coincidencia la señala expresamente MARQUARDT a p. 59 del T. 1 en su Historia Universal del Estado.

por el que el vasallo se “encomienda” y entrega a su señor, colocándose así bajo su protección (Ravassa, p. 138), a una economía comercial, en el surgimiento del capitalismo comercial, para lo cual se abrieron nuevos espacios geográficos, nuevos mercados, el aparecimiento del crédito, la actividad financiera, las grandes compañías, un espíritu empresarial ambicioso y audaz, orientado al lucro y la acumulación del capital. En general los cambios en Europa fueron en todos los órdenes como el político, social y por supuesto económico. Dos ejemplos fueron el antropocentrismo, el protagonismo del hombre y el afianzamiento de la ciencia moderna, proceso iniciado con Copérnico. El otro aspecto fue la caída del Imperio Romano de Oriente, el Imperio de Bizancio en 1435 por la arremetida de los turcos, lo cual condujo al fin del comercio con las ciudades asiáticas, el cierre del mar Negro y del mar Caspio, que generó una gran depresión económica de Europa. (Suescún, 1998, T. 2, pp. 19 y ss.).

El carácter proto-constitucional del Estado europeo de los siglos XVI a XVIII como ejemplo de la división horizontal del poder tuvo una expresión en las llamadas leyes fundamentales o constitucionales, dentro de las cuales se pueden citar 1.- en el Sacro Imperio Romano Germánico, el desarrollo del concepto de “constitución estatal”, entre los siglos XVI y XVII, una serie de leyes fundamentales del Estado con rango superior a las otras leyes, especialmente las referidas a la reforma estatal en el tema de la pacificación de los años 1455 al 1555, tales como los estatutos sobre la organización de la Corte de la Cámara Imperial, la Matrícula Imperial regulando la tributación y la Paz Territorial y Religiosa de Augsburgo; y 2.- la Paz de Westfalia de 1648 como “la ley constitucional perpetua del Imperio” que en la crítica de Marquardt no corresponde a la atribución de cumplir un rol significativo del origen de la soberanía, el balance de los poderes, igualdad entre estados, secularidad y no injerencia en los asuntos internos, que marcó el fin provisional de una transformación a más largo plazo. Un antecedente importante será la publicación del “Leviatán” por el político inglés Thomas Hobbes, abandonando su teoría aristotélica e identificando metafóricamente al Estado con el monstruo bíblico el cual promovió la pacificación fundamental por medio del soberano Estado autoritario con un monarca todopoderoso. (Marquardt, 2009, T. 2, pp. 100-163 y ss.).

El Leviatán de Hobbes aboga por la separación radical entre la Iglesia y el Estado, para efectos de determinar el origen del poder, el cual se extenderá al origen del poder de castigar, en desarrollo de la idea de que en el modelo

contractualista existe la dicotomía estado de naturaleza-sociedad civil, en donde los hombres viven en un estado de guerra (el hombre es un lobo para el hombre), pero hacen una convención o celebran un acuerdo para entregar parte de sus derechos y gozar del resto de ellos en tranquilidad. Así, existirá una íntima relación entre el modelo de Estado y el Derecho Penal. Es decir, de la concepción del Estado, de la sociedad civil y del poder, dependerá la forma como se conciba el derecho penal como manifestación del poder. A una concepción autoritaria de Estado, una concepción autocrática del derecho penal. Al mismo tiempo, en esa concepción habrá separación de los poderes, por lo que será necesario la existencia de un juez como señal del tránsito de la barbarie a la civilización y la prohibición de la interpretación de la ley por parte del juez, que será la base ideológica del artículo 25 del Código Civil colombiano, que en breve genealogía pasará luego a la interpretación del juez y luego a lo que se llamará el juez, el árbitro, en lugar del legislador en la nova lex mercatoria –NLM–. (Beccaria, 2010, pp. XX y ss.).

En el entretanto, España, o mejor los Reyes de Castilla y Aragón, consecuentes con la economía del Mercantilismo, deciden y llevan a cabo el monopolio comercial con América cerrándolo a otras monarquías o las naciones de hoy, como Inglaterra, Holanda, Francia y Portugal, que se expresó con el establecimiento de la Casa de Contratación de las Indias, con sede en Sevilla, el 20 de enero de 1503 y luego su traslado a Cádiz. Y en América restringiendo los despachos de mercancías y metales preciosos desde Cartagena, la Habana, Veracruz y Nombre de Dios. Las condiciones físicas para el comercio interno, las vías, y el pillaje lo hacían muy difícil y la ruta fluvial por excelencia fue el río Magdalena. (Suescún, 1998, T. 2 pp. 269 y ss.).

b. Globalización: decir que el subdesarrollo no existe en las realidades históricas sino en la autoestima del observador, es una afirmación que se entiende en el sentido de que Hispanoamérica, desde el punto de vista del constitucionalismo, es un protagonista fundamental, por lo que el tacto político mundial desde 1820 fue dirigido por los jóvenes Estados hijos de Europa, en donde hubo una alta productividad, como por ejemplo, el caso de la Constitución de Tunja de 1811, que utilizaron el material de las constituciones primarias de Estados Unidos y Francia. Así, el constitucionalismo hispanoamericano y particularmente colombiano, se estructura en seis fases, siendo: la primera, aquella en la cual se instaura y aprueba el constitucionalismo republicano democrático, de 1810 a 1847, con la firma del Acta de Independencia del 20 de julio de 1810 y la batalla

de Boyacá del 7 de agosto de 1819, en Colombia; la segunda, el triunfo del alto liberalismo idealista, de 1848 a 1880; la tercera, un constitucionalismo maduro, bajo el signo de la consolidación de la estatalidad nacional, la paz interna y en el caso colombiano, la involución a la aceptación del liberalismo radical –el laicismo– por el pueblo católico, de 1880 a 1916, lo cual se observa claramente con la Constitución de 1886, confesional de la religión católica; la cuarta fase, el constitucionalismo social, Acto legislativo N° 1 de 1936 en Colombia, mediante el cual se modifica la Constitución colombiana de 1886, en cuanto la propiedad tiene una función social; la quinta, caracterizada por la crisis de la transformación industrial 1949-1980, reflejada por el crecimiento demográfico y la urbanización, fenómeno que en Colombia se puede evidenciar con el apoyo al sector de la construcción urbana, con lo que ello implica (creación de establecimientos de crédito dedicados a la financiación de vivienda y todos los sectores económicos comprometidos); la sexta, la regeneración del Estado constitucional desde 1985 hasta ahora. La expedición de la Constitución Política de 1991, es el claro ejemplo. (Marquardt, 2009, T. 3, pp. 180 y ss.).

Ubicados políticamente en la actualidad, es necesario referirnos al tema del Estado-nación y la Globalización, por lo que el fenómeno puede verse en la comprensión del espacio global por dos revoluciones fósil-energéticas. La primera, con la aparición del tren y del barco impulsados por el recurso natural del carbón mineral, desde la mitad del siglo XIX y multiplicado desde los años de 1950, por la segunda, con base en el recurso energético del petróleo, que ha acortado las distancias, junto con la penetración masiva de la televisión, que dan la sensación de un planeta unido, pequeño y vulnerable. Dicha relación se intensifica a partir de un subfenómeno específico denominado la globalización económica. (Marquardt, 2009, T. 3, pp. 278 y ss.).

Otro punto de vista parte del tema de las relaciones internacionales, por lo que si bien no se ha logrado desarrollar un esquema teórico y conceptual para el estudio de dichas relaciones, el denominado “enfoque analítico de la Globalización” es una de las propuestas de interpretación a los cambios que se presentan en la actualidad en dichas relaciones internacionales. Así las cosas la Globalización sería un proceso dialéctico, contradictorio, desigual, heterogéneo, discontinuo, asincrónico entre esferas y espacios –multilateral, regional, nacional y local–, de naturaleza estructural a largo plazo, que se desarrolla bajo el papel catalizador de países hegemones del sistema en su conjunto. El fenómeno se caracteriza por el creciente poder del capital y del mercado, por lo que el Estado-nación se resiste al proceso de debilitamiento

de la soberanía territorial y de la autonomía en la conducción de las relaciones internacionales. Colombia se ve enfrentada al reto de construir una sociedad democrática y moderna en lo económico, político y social, y a la vez de promover las condiciones favorables para su cabal desarrollo con justicia social y su inserción creativa no empobrecedora al ordenamiento internacional. (Garay, 1999, pp. IX y ss.).

Pareciera entonces que dentro de las tres principales tradiciones teóricas de las relaciones internacionales, esto es, la liberal, (libre acción de las fuerzas del mercado, el principio de la especialización de acuerdo con el aprovechamiento de sus respectivas ventajas, etc.), la marxista leninista, (con su método del materialismo dialéctico y las teorías del desarrollo desigual y la del intercambio desigual), y la realista, (tesis del sistema mundial moderno en donde hay una división del trabajo y múltiples sistemas culturales), la primera se privilegia y hace que surja el problema de la distribución de beneficios en forma equitativa, lo cual obviamente no sucede y origina que dicho problema de distribución de beneficios supere lo económico y de lugar a lo político. Es el debate de si lo político determina lo económico o al contrario. (Garay, 1999, pp. 4 y ss.).

La Globalización posee una larga historia que se extiende por lo menos dos siglos atrás, en donde las relaciones entre el nivel local y global tienen lugar mediante procesos de gran fluidez y complejidad, en donde por ejemplo, en las áreas de las telecomunicaciones y de la ecología ocurren progresos importantes, el significado de los límites nacionales cambia, y aunque no es el único agente no se va a producir la desaparición del Estado-nación, o sea, que la Globalización se refiere a aquellas tendencias y procesos que hacen del mundo un lugar más interdependiente, por lo que es indiscutible que el fenómeno repercuta en el campo del Derecho, particularmente en la teoría jurídica. De este modo, la globalización presenta desafíos en la teoría jurídica, uno de los cuales se refiere a la idea según la cual el estudio del derecho y de la teoría jurídica se puede restringir a dos tipos de ordenamiento jurídico, que son el derecho estatal y el derecho internacional público, concebido como aquél que se ocupa de las relaciones entre los Estado-nación. Así las cosas, la Globalización del Derecho se puede concebir como la elaboración de una teoría del derecho que abarque la dinámica de la producción jurídica de la cual se trate, a saber, el civil law y el common law. Como la Globalización impacta el Derecho, no se sigue entonces que se necesite de una “teoría jurídica global”, por lo que se prefiere el término “teoría jurídica general” frente al de “teoría jurídica global”, porque se refiere al discurso acerca de

dos o más jurisdicciones u ordenamientos jurídicos e incluye desde el nivel micro-comparativo hasta el más universal. (Twining, 2005, pp. 124 y ss.).

Lo que no parece tener discusión es que el Derecho se ve impactado por lo económico y en ese orden surge el dilema de 1.- su ineficacia en la realidad, y 2.- el de la eficacia reguladora, es decir, que el impacto del fenómeno de la Globalización económica, como subtema de la Globalización general, relativiza la serie de principios, de categorías tales como soberanía, legalidad, jerarquía de normas, derechos subjetivos y ciudadanía, los cuales fueron contruidos para una realidad completamente diferente a la actual. (Faria, 2001, Introducción).

Al punto que al interior del sistema económico capitalista se presentan fases que oscilan en períodos de aproximadamente cincuenta años a los cuales les corresponde un modelo o paradigma económico, que impactarán el derecho, y que surgen y se desarrollan hasta llegar a su crisis, las cuales determinan el surgimiento de un nuevo modelo económico. Se establecen dos modelos económicos denominados "fordista" o "taylorista", uno que inicia hacia los años treinta del siglo XX y, otro, llamado "posfordista" o "toyotista," que comienza hacia los años setenta u ochenta del mismo siglo, los cuales son explicados, entre otros factores, por las dos crisis petroleras de los años setenta, con su incidencia en la crisis energética y por la crisis del patrón oro, período en el cual "...Ante la fuerte desaceleración del crecimiento del sector industrial, las grandes inversiones en conocimiento, el apoyo financiero público y privado a las investigaciones básicas y aplicadas y a la sucesión de innovaciones tecnológicas y descubrimientos científicos subsiguientes se han revelado como las estrategias más adecuadas para la neutralización de los costes provocados por la elevación de los precios de los insumos energéticos,...Al convertirse en el componente más importante de la formación del capital en los países avanzados, la expansión de la biotecnología, de la microelectrónica, de las telecomunicaciones, de los *softwares*, de las tecnologías de alto impacto y de las industrias de nuevos materiales, ha llevado a que la concurrencia entre productos ceda su lugar a la concurrencia entre procesos;...El advenimiento de la <<sociedad de la información>> en el transcurso de los años ochenta no fue más que la manifestación lógica y natural del éxito alcanzado por esa estrategia..." (Faria, 2001, Introducción).

En el nuevo paradigma posfordista se abre paso la <<especialización flexible de la producción>> basado en el empleo directo de la ciencia y

la tecnología con la generalización de proyectos asistidos por ordenador (*computer aided design* –CAD–), de máquinas herramientas de control numérico (*numerically controlled machine tools* –NCMT–), de vehículos de dirección automática (*automatic guided vehicles* –AVG–), de almacenes automatizados de orden y distribución (*automatic order and distribution systems*), de fabricación integrada por ordenador (*computer integrated manufacturing* –CIM–), de *transferencia electrónica de fondos*, emisión de facturas y cambio de informaciones sobre pedidos, reservas y plazos de entrega (*electronic data interchange* –EDI–), etc.. (Faria, 2001, p. 67).

Desde otra perspectiva, pero en el mismo sentido, la idea de una economía nacional pierde todo su sentido en un mundo global, por lo que el concepto de soberanía declina progresivamente, y al mismo tiempo adquiere una nueva forma global con la participación de organismo supranacionales, decrece el poder del Estado-nación por factores externos a él, convirtiéndose en mero instrumento para marcar los flujos de mercancías, dinero y población que las grandes corporaciones (Holding) ponen en movimiento, y desaparece en la práctica la división de poderes, entre otros. De manera que el Estado-nación pierde su principal atributo que es la soberanía, su incapacidad de regular los factores de producción, su intensa movilidad y difusión, es decir, que ese Leviatán bíblico de la teoría hobbesiana comentado atrás, se ve disminuido y derrotado. Surge así un nuevo derecho en donde el sujeto sigue siendo el átomo pero ya no en su doble dimensión (vida civil-privada, vida política-lo público), sino que aparece una nueva ciudadanía económica que no se imbrica en los ciudadanos sino en las empresas y los mercados, especialmente en los mercados financieros globales, y no se sitúa en los individuos, ni en los ciudadanos, sino en los agentes económicos globales. Esos cambios en el derecho se evidencian en: 1.- las tendencias a la flexibilidad regulatoria, 2.- en cuanto a condiciones materiales de producción, 3.- a los bienes objeto del intercambio, incrementándose los inmateriales, 4.- en desprenderse de la categoría jurídica del Dominio o Propiedad, del artículo 669 del Código Civil colombiano, enraizada en la tradición del derecho romano, 5.- en nuevas formas de gestión laboral en donde el sujeto laboral y el régimen salarial tienden a desaparecer, 6.- en el dinero, porque surgen nuevas formas monetarias del sector financiero y crediticio privado, fortalecidas en la medida en que se producen los desarrollos tecnológicos, por ejemplo, la realización de las Transferencias Electrónica de Fondos –TEF–, y 7.- en la desregulación, la flexibilidad y la versatilidad, al despojarse de la forma arcana del ritual, en prácticas comunes o generales. Por último dará lugar al

pluralismo jurídico por ser la época del derecho propio de cada comunidad, de cada gremio, agrupación de usuarios, sector social, etnia, etc. (Moncayo, 2004, pp. 125 y ss.).

c. Nova Lex Mercatoria –NLM–: y es que es en este contexto que se discutirá la existencia o no del nuevo derecho mercantil, que parafraseando la expresión anterior se denominará Nova Lex Mercatoria –NLM–. Uno de los aspectos de la discusión radica en que dicha praxis, como se entiende para aquellos que argumentan que la Nova Lex Mercatoria –NLM– no existe, es que dicho fenómeno debe estar conforme con el derecho nacional, para efectos de su aplicación o cumplimiento, específicamente mediante su positivización, restándole así su pretensión de ser un derecho supranacional e independiente, para-estatal. Por el contrario, para aquellos que consideran que si existe, la discusión se centra en el “régimen de fuentes”, por lo que para un grupo, las fuentes se establecerán en sentido restringido, y para el otro grupo, en sentido amplio o lato. (Urbina, 2012, pp. 21 y ss.).

La Nova Lex Mercatoria –NLM– no es amorfa ni neutra. Es un campo jurídico transnacional y emergente, un localismo globalizado, constituido por la repetición rutinaria de un gran número de relaciones contractuales originalmente diseñadas por sociedades mercantiles transnacionales y sus abogados, así como por bancos y organizaciones internacionales dominadas por unos y otros, que fue el producto o la solución a un problema que surgió de la expansión de las prácticas transnacionales y la necesidad de protegerlas. Dicha problemática inicialmente fue atendida por Derecho Internacional Privado, que como derecho nacional podía entrar en conflicto con el de otros estados, por lo que fue necesario armonizar estos cuerpos de leyes mediante la creación de leyes uniformes internacionales. A la vez, estas leyes uniformes no pudieron gobernar el inmenso crecimiento de los contratos transnacionales y otras transacciones internacionales, por lo que se requirió una nueva fundamentación normativa común. Dicha problemática consistió en cómo garantizar una posición igualitaria entre las partes del contrato, por ejemplo, al estar separadas por grandes distancias y diferencias culturales y lingüísticas, ó si el derecho nacional (Derecho Internacional Privado) escogido por las partes para la regulación de la controversia, llegaba a cambiar. Así, la solución debía encontrarse en un conjunto “desterritorializado”, de reglas y principios, o en el reinvento de antiguos principios, como por ejemplo, la autonomía privada de la voluntad negocial que pasó de “material” a “conflictual”, para poder elegir el derecho aplicable y el juez competente que dirimiría la controversia. Cosa que no es nueva dado que otros principios

del derecho se han reinventado como el denominado “*dura lex sed lex*” que dio el paso al “*rebus sic stantibus*”. Dichas fórmulas se conocieron con el nombre de “usos mercantiles internacionales” o “principios generales comunes”, etc, que buscaban en todo caso evitar someterse al derecho nacional y al conflicto tradicional de leyes, de manera que los contratos fueron considerados autorregulativos, es decir, sujetos sólo a sus propias previsiones o cláusulas, de forma tal que fue surgiendo la Nova Lex Mercatoria –NLM–, que se expandiría particularmente durante la economía “posfordista”, en razón de la gran intensificación de las transacciones internacionales y el despertar de un nuevo régimen de acumulación en busca de estructuras institucionales adecuadas, la cual (la Nova Lex Mercatoria –NLM–), entonces está compuesta por varios elementos dentro de los que se encuentran los principios generales del derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, las reglas de organizaciones internacionales, las prácticas, los usos, las costumbres mercantiles, los contratos tipo y los laudos arbitrales. (De Sousa, 1998, pp. 106 y ss.).

Con una posición claramente definida en el sentido de que la globalización se mira en el espejo del derecho, se parte de la idea de que el sistema de producción económico influye en el Derecho para lo cual el hito será la Revolución Industrial y así tratar de economías pre, pos, y neo industriales, siendo en ésta última en donde aparecerá el fenómeno de la Nova Lex Mercatoria –NLM–, más allá de los límites de los Estados en donde está en formación un derecho uniforme, espontáneo, administrado por tribunales de arbitramento internacionales, destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global, la Nova Lex Mercatoria –NLM–. Porque desde la sociedad pos-industrial ya no son las leyes sino otros instrumentos relevantes los que van a llevar a cabo las innovaciones jurídicas. El dogma de la cultura jurídica occidental como conquista del Iluminismo y la Revolución Industrial, según el cual el derecho es la ley, y la ley sólo se promueve en el Estado, lo que se llamaría el monismo jurídico, ha quedado atrás, frente a la idea de que otras fuentes distintas a la ley, pueden crear derecho, dando lugar inclusive a la afirmación de que el contrato ocupa cada vez más el lugar de la ley. Se trata del pluralismo jurídico. Así, se definiría la Nova Lex Mercatoria –NLM– como un ordenamiento jurídico separado de los ordenamientos estatales y dotado del carácter de ordenamiento originario como expresión de la comunidad de hombres de negocios que surge básicamente por tres factores que son: 1.- la difusión internacional de las prácticas contractuales del mundo de los negocios, particularmente con expresiones en el idioma

inglés, como por ejemplo, leasing, lease-back, factoring, fracking, freelance, haidhunter, outsourcing, merchandising, project financing, franquicia (francés, france, ó alemán frank), a través de las firmas de abogado o law-firms, que han adoptado frente al modelo francés de práctica del derecho, el modelo norte americano.⁵ Precisamente van a ser los socios o asociados de estas firmas de abogados los que van a desempeñar un doble papel en la Nova Lex Mercatoria –NLM–, uno, como asesores de los hombres de negocios, por ejemplo, asesorando y redactando los contratos, y otro, como jueces, cuando son designados como árbitros de los tribunales de arbitramento, fundamentando sus sentencias en dichas prácticas, usos y costumbres mercantiles; 2.- las costumbres mercantiles del comercio internacional, por ejemplo, los llamados términos de costumbre internacional o Incoterms, en la repetida y uniforme observancia de particulares prácticas por parte de los operadores de determinados sectores empresariales, como sería por ejemplo, el sector financiero y el establecimiento de la red SWIFT⁶; y 3.- como se dijo, la jurisprudencia de las cámaras arbitrales internacionales, adoptada por los árbitros internacionales, en la ratio decidendi, para dirimir las controversias sometidas a su conocimiento, adquiriendo el valor de precedente judicial. (Galgano, 2005, pp. 60, 106).

Sea que se acepte o no la existencia de la Nova Lex Mercatoria –NLM–, el aspecto de la aplicación o cumplimiento forzoso, en caso de que una de las partes en la transacción no cumpla con lo pactado, por el motivo que sea, incluyendo la ausencia de conocimiento o ignorancia, e inclusive, porque traicione la “opinio iuris”, o elemento subjetivo de la costumbre mercantil, o la conciencia de saber cómo son las cosas en la realización de los negocios y transacciones, y en consecuencia deba ser demandado ante un Tribunal de Arbitramento Internacional que produzca su laudo o sentencia, da lugar

⁵ Tal como lo describen Yves Dezalay y David Trubeck en el artículo *LA RE-ESTRUCTURACION GLOBAL Y EL DERECHO. La Internacionalización de los Campos Jurídicos y la Creación de Espacios Transnacionales*.

⁶ S.W.I.F.T., palabra que proviene de la sigla Society for World-wide Interbank Financial Telecommunication, (www.swift.org), integrada por más de 300 bancos, que como sistema consiste en un medio de comunicación exclusivamente utilizado por bancos que les permite intercambiarse mensajes –informáticamente– a través de centros concentradores, resultando rápido, económico y seguro para las instrucciones del ordenante. Así la orden de pago la recibe el banco pagador y el mismo sistema verifica la autenticidad del mensaje Swift que está codificado y estandarizado. Dicho sistema encriptado cambia sus claves cada 24 segundos y es el medio electrónico por excelencia para la transferencia electrónica de fondos internacionales.

al tema de la figura procesal del “exequatur”. Las resoluciones judiciales deben cumplirse una vez ejecutoriadas, salvo que se fije un plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaren, por lo que el exequatur o juicio de reconocimiento o deliberación u homologación, se entiende como el requisito que debe llenar la sentencia dictada en un país para tener cumplimiento en otro. Es una acción procesal que persigue la intervención del órgano jurisdiccional nacional, mediante un trámite considerado proceso, para que se profiera una sentencia que disponga dar cumplimiento en el territorio nacional, a la sentencia extranjera de carácter judicial, incluidos los laudos arbitrales producidos en el exterior, lo cual implica el reconocimiento del valor de la sentencia extranjera y darle a la sentencia nacional de reconocimiento el valor de simple aceptación en Colombia, puesto que en el exequatur no se revisa el fondo de la sentencia extranjera, su justicia o legalidad conforme a la ley del país de origen o la aplicación de algún instrumento de la Nova Lex Mercatoria –NLM–, y por esa razón su valor intrínseco y extrínseco no se desconoce, sino que se autoriza su reconocimiento en el país en donde se quiera hacer valer. (Devis, 2009, pp. 621 y ss.).

Actualmente en Colombia el régimen de arbitraje internacional está incluido en el nuevo estatuto de arbitraje nacional e internacional consagrado en la ley 1563 de 2012, adoptada con base en la ley modelo del Comité de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés, de 1985 y las modificaciones del 2006, siendo una de las reglas de interpretación aquella que establece la no utilización de normas locales, y su fundamento en el principio rector de la autonomía privada de la voluntad. El tribunal debe decidir con base en las normas acordadas o las que estime pertinentes, en derecho o “ex aequo et bono” si así se pactó, y en todo caso teniendo en cuenta el contrato, las prácticas, los usos y las costumbres mercantiles que de conformidad con el artículo 7° del Código de Comercio colombiano debe cumplir los requisitos del artículo 3° del mismo Decreto 410 de 1971, recordando el elemento subjetivo u *opio iuris*, ya mencionado. Desde el punto de vista de la ejecución del laudo internacional sino es producido en Colombia, se puede ejecutar en el país por el trámite del exequatur, para lo cual se aportará el original o la copia traducido al español, y si la sede es en Colombia, se considera laudo nacional, por lo que no está sujeto a reconocimiento y se puede ejecutar directamente. El exequatur es en la ley 1563 de 2012 un trámite de única instancia y sin recurso alguno al cual se aplicarán las disposiciones de la misma ley, así como los instrumentos de derecho internacional vigentes y no

será aplicable el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). Admitida la solicitud se corre traslado a la contraparte y se procederá a decidir dentro de los 20 días siguientes, sin más trámite. (Bernal, 2012, p. 273).

d. Teoría de Bayes: uno de los defensores de la Nova Lex Mercatoria –NLM–, como normatividad jurídica de los contratos internacionales, fue Clive Schmitthoff, para quien el punto de partida es el principio de la autonomía privada de la voluntad, porque estableciendo la libertad contractual, las partes pueden incluir en sus contratos normas que no han sido previstas por el ordenamiento jurídico nacional, lo cual da lugar a que se conviertan en agentes de la autorregulación –self regulatory–, cada vez más autónomos e independientes. (Urbina, 2012, p. 23). Como se dijo, los abogados socios o asociados de las grandes firmas de abogados –law firms–, pueden operar en su doble condición de redactores de dichos contratos y posteriormente como jueces, cuando son designados árbitros de tribunales de arbitramento, por lo que la teoría de la decisión de BAYES tiene alta probabilidad de que se cumpla. Dicha teoría consiste en una forma de sistematizar la afirmación fundamental según la cual las preconcepciones desempeñan un rol fundamental a la hora de juzgar. Dichas preconcepciones son valoraciones de espectro amplio que incluyen el carácter político, la raza o el género, entre otros, de los jueces, y de ellos, para con los testigos. (Posner, 2011, pp. 80 y ss.).

Pareciera entonces que si se aceptan dichas preconcepciones valorativas por parte de los árbitros que componen los tribunales de arbitramentos mercantiles o de los testigos o peritos que intervienen en el procedimiento judicial, la probabilidad del desarrollo y reproducción de la Nova Lex Mercatoria –NLM–, tuviera asegurado su éxito, dado que los mismos árbitros son esencialmente abogados asesores promotores y productores de la autorregulación, que crean verdadero derecho.

e. Pluralismo Jurídico: aceptar la existencia de la Nova Lex Mercatoria –NLM– como un derecho paralelo al derecho nacional, en formación, independiente de la discusión referida al “sistema de fuentes”, conduce a analizar la existencia de un pluralismo jurídico. La llamada del pluralismo jurídico busca dejar de ver el derecho sin tener en cuenta o desconectado de la vida social. Tema que no es novedoso porque Savigny lo trabajaba con la escuela histórica como expositor de la “jurisprudencia de conceptos” junto con Rudolf Von Ihering, con la “jurisprudencia de intereses”, y porque el formalismo en Colombia fue influenciado por las tres corrientes de la exegesis, el kelsenianismo y la jurisprudencia de conceptos. Llámese

formalismo, positivismo, centralismo o monismo jurídico, tiene el problema de sufrir una inhabilidad crónica para darse cuenta de que la realidad jurídica del Estado moderno no es en absoluto el ideal pulcro, puro, y sistematizado en la identificación de derecho y sistema jurídico. Dicha inhabilidad crónica tiene consecuencias en el mundo real que produce visiones del derecho estatistas, ahistóricas, confrontacionales y falsamente universales y excluyentes. El pluralismo jurídico sería entonces una vía de estudio del derecho más riguroso como realidad dentro de la sociedad e instrumento de construcción democrática en la sociedad. Del mismo modo surgirán críticas a su existencia, de las cuales una consiste en que el monismo o centralismo es un fantasma, dado que el concepto de norma jurídica es un instrumento legítimo de control social que se perdería aceptando varios generadores de normas. El monismo es entendido en la lógica de que existe uno y sólo un sistema jurídico centralizado y jerarquizado por cada Estado-nación, que políticamente determina las categorías de soberanía, unidad política, ordenamiento jurídico y norma jurídica. De otra forma, la idea será que existe un solo individuo o grupo de individuos con poder creador de derecho y fuente única de poder político que garantice cohesión como nación. Dicho monismo defiende valores y principios centrales para el proyecto moderno de la Ilustración, el cual se entrelaza con el liberalismo y sus principios rectores tales como la igualdad, la unidad política, la seguridad jurídica y considera fundamental el valor de la libertad. Para el monismo los seres humanos iguales deben ser ciudadanos iguales, por eso las normas deben estar dirigidas a todos los ciudadanos y en tiempo indefinido, o sea, la norma general y abstracta y con vigencia en el tiempo hacia el futuro. Así los ciudadanos conocerán las normas que los controlan y sabrán cuál es el margen de acción para su autonomía de la voluntad. O sea, para el monismo jurídico liberal el orden y la unidad política de una nación sólo se garantiza si existe un único ordenamiento jurídico promulgado por un único soberano. Pluralidad de soberanos genera confusión, desorden y conflicto. Dicho monismo liberal presentó un horizonte mucho más civilizado para resolver los conflictos políticos y jurídicos generados por el feudalismo y el antiguo régimen. En suma, el monismo jurídico liberal justifica y promueve los valores mencionados atrás y relacionados con el pacto de Westfalia, expandidos por la Revolución francesa y el Imperio de Napoleón. En esa construcción participan Hobbes, Locke y Kelsen. Respecto del primero de los citados, por lo que sólo la voluntad de los individuos puede legitimar el poder político y por la separación radical entre la Iglesia y el Estado. Así en la materia civil el

soberano es el Leviatán, mientras que en materia religiosa, el soberano es la Iglesia; la ley civil es creación del soberano y su aplicación es un problema que le compete únicamente al Estado y a los súbditos. En nuestro tiempo el centro de gravedad del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma, por lo que los dos principios básicos del pluralismo jurídico son 1.- el traslado del estudio del derecho desde el Estado a la sociedad y 2.- la crítica a los postulados exclusividad, homogeneidad, unidad y coherencia del Derecho sobre los que se fundamenta el Estado-nación, por lo que dicho Derecho estatal sería uno de los muchos derechos que existen en la sociedad, y ni siquiera el más importante. (Merry, S. E.; Griffiths, J. & y Tamanaha, B. Z., 2007, pp. 11 y ss.).

La Nova Lex Mercatoria –NLM–, como expresión de un pluralismo jurídico, no se corresponde con la posibilidad de un “orden jurídico internacional”, que según Kelsen, no dependía del reconocimiento de los Estados, y su validez sería independiente de dicho reconocimiento. Kelsen cita a J. J. Rousseau, en El contrato social, lib. IIV, cap. II: “Todo hombre ha nacido libre y dueño de sí mismo y por ello no puede ser sojuzgado, bajo ningún pretexto, por nadie sin su consentimiento... Instituido el Estado, el consentimiento está en la residencia; habitar el territorio significa someterse a la soberanía”. Decía que había una doctrina del siglo XVIII según la cual un individuo no está sometido al derecho nacional más que si lo ha reconocido y en la medida de ese reconocimiento. Se trataba de una escuela individualista según la cual el hombre es libre y no puede ser obligado sino por su propia libertad. O sea, que la necesidad de un reconocimiento del derecho nacional no era extraída del derecho positivo sino de la naturaleza del hombre, o más exactamente, de una filosofía de los valores. La idea era entonces que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él, así como sucedía con los individuos respecto del Estado nación, lo cual no podía suceder entre los Estados. De lo que se trataba era que ninguna norma de derecho internacional positivo hace depender la validez de este derecho de su reconocimiento por los otros Estados, con la consecuencia de que ningún Estado estaría sometido al derecho internacional sino en el caso en que éste hubiera reconocido la validez. Así el “orden jurídico internacional” estaría basado en la idea de borrar la línea demarcatoria que separa el derecho internacional de los órdenes jurídicos de los Estados. (Kelsen, 1997, T. I., pp. 204 y ss.).

El futuro del Derecho en la era de la Globalización es incierto porque se haya amenazado en su concepción moderna de derecho regulador, dado que

la globalización permea las estructuras estatales, por las nuevas formas de producción jurídica. (De Julios- Campuzano, 2008, p. 53).

Sin lugar a dudas una de las nuevas formas de producción de derecho es la Nova Lex Mercatoria –NLM–, que en el sentido lato de sus fuentes tendría por “emisores” a la UNIDROIT, la UNCITRAL, Organizaciones Internacionales tales como la Organización Mundial del Comercio, OMC, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, OMPI, la Cámara de Comercio Internacional, ICC, los Gremios de hombres de negocios (Asobancaria, Anif, la Organización Internacional de Franquicias, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT, etc), las Oficinas de abogados internacionales, law-firms, Tribunales de Arbitramento, Holding, Estados integrados (Unión Europea, la CAN), y el Comité de Basilea, entre otros, que emiten o producen “instrumentos”, tales como, Ley Modelo, Guía Legislativa, Modelos de contratos, Incoterms, prácticas, usos y costumbres mercantiles internacionales, Acuerdos, Principios contractuales, Directivas, Decisiones, Recomendaciones, Laudos, Guías, Reglamentos, Tratados, Convenciones, entre otros, que han sido clasificados en instrumentos de derecho duro o derecho flexible y buscan la “unificación” o “armonización” del derecho mercantil a nivel global, fundamentados en los principios de la autonomía de la voluntad y en el de la seguridad jurídica.

Así, en este contexto los conceptos de “campo social”, “hábitos” y “capital”, serían los siguientes: 1.- el campo jurídico sería una parte del espacio social en la que los distintos agentes (para el caso, los hombres de negocios y en general los “emisores” en la Nova Lex Mercatoria –NLM–), pelean, luchan, compiten entre sí, para determinar cuál es la autoridad que permite decir qué es el derecho, por el monopolio. 2.- los hábitos fomentarían la producción reflexiva de las estructuras objetivas del espacio social y de los campos en forma de disposiciones perdurables (el principio de la autonomía privada de la voluntad conflictual –elección del derecho aplicable y juez competente- o cualquiera de los “instrumentos” de la Nova Lex Mercatoria –NLM–), y 3.- el capital que es la finalidad del juego, en forma de capital económico (las Holding resultan más poderosas que el mismo Estado–), social que incluiría el jurídico (la Nova Lex Mercatoria –NLM–) y cultural (nuevas clases sociales). (Bourdieu, 2000, pp. 62 y ss.).

f. Régimen de fuentes: pero ¿cómo se impacta el régimen de fuentes del derecho privado colombiano con dicho fenómeno de la Nova Lex Mercatoria –NLM– y cuál es su relación con las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–?

Vistas así las cosas, la afirmación es que la regulación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– a nivel internacional puede incrustarse en la Nova Lex Mercatoria –NLM–, dado que existen una serie de, en la terminología planteada, “emisores” e “instrumentos”, que las han reglamentado por fuera del ordenamiento jurídico colombiano, lo cual ha redundado que con el tiempo vayan siendo recepcionados en Colombia a.- dichos instrumentos, o b.- pactados como derecho aplicable en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad negocial o material o conflictual ó c.- por vía de las prácticas, los usos o las costumbres mercantiles, entre otros. A manera de ejemplo de dichos “emisores” e “instrumentos” tendríamos:

1.- la Unión Europea, mediante Directivas, Reglamentos, Recomendaciones y Comunicaciones, sobre TEF, por ejemplo:

a.- Recomendación de la Comisión (90/109/CEE), de 14 de febrero de 1990, sobre transparencia de las condiciones bancarias en las transacciones financieras transfronterizas;

b.- La Directiva 97/5/CE de 27 de enero de 1997, relativas a las transferencias transfronterizas;

c.- Reglamento (CE) 2560/2001 de 19 de diciembre de 2001, sobre los pagos transfronterizos en euros;

d.- Comunicación de la Comisión Europea del parlamento Europeo y al Consejo de 31 de enero de 2000, sobre pagos de poco valor;

e.- Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2000, sobre la Comunicación de la Comisión, y de 4 de julio de 2001, sobre medios para ayudar a los agentes económicos en el cambio del euro;

f.- Informes del Banco Central Europeo de septiembre de 1999 y 2000, sobre las mejoras de los servicios de pagos transfronterizos;

g.- La Comunicación de la Comisión Europea al parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de las Regiones y al Banco Central Europeo de 3 de abril de 2001, sobre los preparativos para la introducción de billetes y monedas en euros;

2.- CNUDMI o UNCITRAL y la Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito, del 25-XI-1992, correspondiente aquella en la cual sólo se recogen las transferencias internacionales de *crédito*, en las que el iniciador de la transferencia es quien pone en marcha los trámites bancarios, y no las de *débito* en las que el beneficiario inicia los trámites

bancarios, solicitando al banco el cobro de lo debido en la cuenta del banco destinatario o de su cliente. Fue preparada para atender el cambio que se había producido en los medios de realizar las transferencias internacionales como consecuencia del empleo creciente de los medios electrónicos para el envío de órdenes de pago y del paso del uso generalizado de transferencias débito a las de crédito por no ajustarse las débito a las nuevas técnicas de transferencia de fondos.

La “Nota explicativa de la CNUDMI sobre la ley modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito”, la Nota, la cual no es un comentario oficial sobre la Ley Modelo, dice que la misma fue preparada para atender un cambio fundamental que comprendía dos elementos, por un lado, a.- la creciente utilización de medios electrónicos, y no papel, para el envío de órdenes de pago, y de otro lado, b.- el paso de la utilización generalizada de las transferencias de débito a la utilización generalizada de las transferencias de crédito. Dice la Nota explicativa que la situación empezó a cambiar en 1975 cuando entró en servicio el primer sistema internacional de mensajes interbancarios de computadora a computadora, porque al no estar claro si las reglas que regían las transferencias de fondos mediante papel debían aplicarse a las transferencias de fondos por medios electrónicos, el primer esfuerzo de la CNUDMI consistió en preparar la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos. Menciona la Nota explicativa en el punto C. sobre el ÁMBITO DE APLICACIÓN, que a diferencia de la Guía Jurídica, la Ley Modelo es aplicable a las transferencias de crédito y no a las de débito, aun cuando se hagan por medios electrónicos. La Ley Modelo no se limita a las transferencias de crédito efectuadas de computadora a computadora o mediante otras técnicas electrónicas, porque muchas transferencias nacionales o internacionales, de crédito, se inician con una orden de pago sobre el papel dada por el iniciador a su banco, seguida de una orden de pago interbancaria por medios electrónicos.

La Guía Jurídica de la CNUDMI sobre “*transferencia electrónica de fondos*” TEF, preparada por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional entiende por transferencia electrónica de fondos TEF la transferencia de fondos en la que una o más de las operaciones del proceso que antes se desarrollaban sobre la base de técnicas documentales, se efectúan ahora mediante técnicas electrónicas. Destaca que la novedad consiste en la sustitución del traslado físico del documento que contiene la orden de transferencia de débito o de crédito de uno a otro de los bancos participantes en la transferencia, por la transmisión

entre ellos de un mensaje electrónico, y el proceso mediante computadoras de las órdenes de transferencia de crédito o de débito. De otra parte, dice la Guía que la transferencia de *crédito* es una operación en la que los fondos del transmitente pasan al adquirente por obra del primero y cuando ambos tienen cuentas bancarias el transmitente da orden a su banco para que debite su cuenta y acredite o haga acreditar la cuenta del adquirente, en ese mismo banco o en otro diferente. Por último, dice la Guía que la transferencia de *débito* es una operación en la que los fondos del transmitente pasan al adquirente por obra de éste último. En la transferencia *crédito* el adquirente ordena a su banco que cobre al transmitente un dinero⁷.

3.- La Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por su acrónimo en inglés). El Consejo de Comercio de Servicios supervisa el funcionamiento del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el cual constituye el marco jurídico necesario para que sus miembros puedan establecer los términos y condiciones de la liberalización del sector servicios. En materia de servicios financieros el Acuerdo implanta dos grupos, uno referido a pagos y transferencias y el artículo IX del GATS establece la libertad en los pagos y transferencias internacionales por transacciones corrientes referentes a sectores comprometidos;

4.- BANCO MUNDIAL, mediante el “Glosario de términos utilizados en los sistemas de pagos y liquidaciones” del Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos con la colaboración del Banco Mundial;

5.- COMITÉ DE BASILEA mediante el trabajo del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea creado en 1975 por las bancas centrales de los países del grupo G-11;

6.- La Unión Internacional de Telecomunicaciones que trata el tema.

7.- Estados Unidos de Norteamérica, USA, EFTA. La Comisión nacional sobre transferencias electrónicas de fondos, National Commission on Electronic Fund Transfers, –NCEFT–, de Estados Unidos de Norteamérica, la cual produjo un informe con base en el cual el Congreso sancionó el 10 de noviembre de 1978 una ley para la regulación de las TEF: la Electronic Fund Transfer Act (EFTA).

⁷ Algunas de estas ideas hacen parte del Proyecto de Tesis Doctoral del autor, actualmente en curso en la Universidad Nacional de Colombia.

g. Jerarquía de fuentes del Derecho: las fuentes del derecho han sido clasificadas en materiales y formales. Las materiales serían “... todos los datos y hechos de la vida social (todas las circunstancias socio-políticas-culturales y económicas) que determinan el contenido de la norma jurídica...”, y las formales “...son los procedimientos que tienen por objeto crear normas de derecho...”. La Jerarquía de Fuentes en técnica jurídica ha sido tratada por la teoría monista, la dualista y la pluralista. Esta última interesa por cuanto la legislación acepta que el derecho nazca de la costumbre, de la ley, de la doctrina, de la voluntad de las partes, los principios generales del derecho y de la jurisprudencia. (Cañón, 2002, pp. 15 y ss.).

Así, en el Derecho colombiano el régimen de fuentes comercial está consagrado en los artículos 1 al 9 del Código de Comercio, junto con la sentencia de Constitucionalidad de esas normas de la Corte Constitucional, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz. Dicho régimen reconoce la autonomía privada de la voluntad material en el Artículo 4° del C. de Co., la cual es la base de los contratos como ley de las partes (1602 del Código Civil). En los artículos 3°, 7°, 8° y 9° del C. de Co. se reconocen las costumbres locales, nacionales, internacionales y extranjeras, cumpliendo los requisitos que establece el artículo 3° como ya se dijo atrás. Por último, la cláusula de cierre del sistema jurídico colombiano consagrada en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, en la interpretación del Dr. Gaviria en C-083 de 1995. Excepto por la ley 1735 de 2014, sobre Depósitos y Pagos Electrónicos, las transferencias electrónicas de fondos –TEF– en Colombia están supeditadas a la autonomía privada de la voluntad, artículo 4° del C. de Co., o en su caso, a la aplicación de alguno de los instrumentos de *nova lex mercatoria* –NLM–, como expresión del pluralismo jurídico, en desarrollo de los artículos 7°, 8° y 9°, es decir, como costumbre internacional o extranjera.

h. Concepto de principio y ubicación en el régimen de fuentes: “...Ya mostré anteriormente cómo en nuestra ciencia el éxito estriba en la posesión de principios-guía, y es precisamente esta posesión la que caracteriza a la mayoría de los juristas romanos. Los conceptos y normas de su ciencia no parecen proceder de su discrecionalidad; son seres reales cuya existencia y genealogía les son familiares por haberlos tratado largamente, y ésa es la razón de que su proceder denote una seguridad que, a excepción de en las matemáticas, no se da en ninguna otra ciencia. Se puede decir sin exagerar que operaban con conceptos propios...” Es la cita que trae Hans Hattenhauer de Carlos Federico Von De Savigny cuando a él acude para explicar lo que denomina “De la Jurisprudencia a la Ciencia del Derecho”, justificando cómo

en la Alemania del siglo XIX, al carecer de un Código de Derecho autóctono fue necesario mantenerse fieles al *Corpus iuris civilis*, pero requiriendo una nueva razón de validez, debido a que con la Revolución francesa se propiciaron dos innovaciones en el Derecho Privado, que fueron: 1.- la separación del mismo del Derecho Público, con la expedición del Código de Napoleón en 1804, y del Código de Comercio de 1807, y 2.- con la caída del Imperio Romano, su Derecho perdió toda razón de validez. Así las cosas, en la Alemania de la época, no obstante la exposición de las teorías de Kant en 1787, existiendo el Sacro Imperio Romano Germánico, seguía vigente el Derecho Romano que era el Derecho común, y simultáneamente era también el Derecho constitucional y Derecho privado, por lo que dicha innovación se logra acudiendo a lo que se conoció con el nombre de la <<jurisprudencia conceptual>>. (Hattenhauer, 1987, pp. 203 y ss.).

La circunstancia del aporte de Savigny fue la división de sus clases dirigentes entre los partidarios de las escuelas “filosófica” e “histórica” según las cuales, para la primera, en el Derecho positivo sólo imperaban elementos racionales o absolutos, mientras que, para la segunda, dentro del Derecho positivo existía y había que tener en cuenta un elemento relativo e histórico. Es el mismo autor quien nos explica qué significa “escuela histórica”: “...es indudable que ni una facultad, ni un punto de vista determinado, son bastantes para satisfacer las exigencias científicas; antes por el contrario la ciencia necesita la acción combinada de muchas facultades y principios diferentes...para designar una de estas facultades y la dirección científica a que principalmente responde, ha sido empleada por mí y por otros la denominación de “escuela histórica”...solamente hemos creído que por haber sido descuidado... el elemento histórico, pedía desde luego ser rehabilitado y restablecido en sus derechos...(p. 3)... Al mismo tiempo que rechazo como injustificado el cargo que se dirige a la escuela histórica, de conceder al Derecho Romano una exagerada autoridad, afirmo también que conocimiento profundo de este Derecho es para el estudio del derecho actual de la más alta importancia, y más diré, es una necesidad.... (p. 5)... en la riqueza de la realidad viva, todas las relaciones de derecho forman un solo cuerpo orgánico: pero si nosotros queremos estudiarlas o enseñarlas a otro, estamos obligados a descomponer este cuerpo y a examinar sucesivamente sus diversas partes... la afinidad que juzgamos dominante, determina el orden que de seguir en ésta descomposición; pero las otras afinidades secundarias, aunque no menos reales, sólo más tarde pueden ser indicados. Una cierta tolerancia llega entonces a ser necesaria es preciso que el autor pueda

consultar la propia e individual dirección de su espíritu y adoptar el orden que la permita hacer la exposición más clara y fecunda en resultados... (p. 14)...”. (Salcedo, 2006, p. 252).

El tema del conceptualismo alemán, fruto de la escuela histórica del Derecho no es ajeno a nosotros y es por eso que una parte de la doctrina nacional, en la presentación de la Teoría Transnacional del Derecho –TTD–, y su impacto en el Derecho nacional, particularmente en la doctrina de autores colombianos desde finales del siglo XIX, sostiene que en Colombia el formalismo jurídico está compuesto por la exégesis, el conceptualismo y el kelsenianismo, entendido dicho formalismo como una comprensión del derecho que piensa que no existe al interior del mismo una dimensión independiente de justicia o equidad, que el derecho es básicamente una actividad destinada a examinar textos preexistentes, que la interpretación del derecho produce generalmente resultados correctos o definitivos y que en el sistema jurídico no hay vacíos porque hay formas cognitivamente razonables de llenarlos. Así, el positivismo es una especie de formalismo y el conceptualismo alemán es una iusteoría formalista de signo marcadamente antipositivista. Dicho formalismo está compuesto por la recepción de tres trasplantes iusteóricos que son 1.- la recepción del Código Civil francés y de la denominada escuela de la Exégesis, 2.- los métodos de los romanistas y privatistas alemanes del siglo XIX representados en las propuestas metodológicas de Savigny y Ihering y 3.- la recepción, transformación y asimilación de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. (López, 2004, pp. 129 y ss.).

La diferencia entre la exégesis francesa y el conceptualismo alemán, se resume de la siguiente forma: “...La polémica en derecho civil sobre el género literario de exposición tiene un trasfondo iusteórico básico...: se trata de saber si la unidad básica... para el análisis jurídico científico es el *artículo* establecido en la ley, o, por el contrario, si hay abstracciones normativas de orden superior,..., tales como los *conceptos* y *principios* que orientan el *derecho civil*. La interpretación estándar de la exégesis en Latinoamérica ha definido la *école* como una *teoría textualista de lectura y paráfrasis* más bien pasiva de artículos aislados en un código. Bajo este entendimiento textualista de la exégesis, el clasicismo local ha sido diagnosticado (y criticado) como una teoría jurídica excesivamente preocupada por reglas del derecho positivo, y excesivamente desentendida de los principios jurídicos y de los conceptos...”. El principio es definido en esta lógica así: “...es una idea jurídica que gravita sobre un número más o menos grande de disposiciones

legales, las organiza en una narrativa coherente, y, finalmente, les brinda una cierta clase de justificación legal y/o política...”. (López, 2004, pp. 169 y 170, respectivamente. Resaltados no incluidos).

La introducción al estudio del tema de los principios será la base de lo que contemporáneamente en Colombia algunos van a llamar el “nuevo derecho” y fundamento de las nuevas interpretaciones del derecho, todo lo cual se puede visualizar desde la siguiente pregunta: ¿para todo caso jurídico hay una única respuesta correcta? Dworkin responde la pregunta bajo el *sistema de reglas* al cual contrapone un *modelo de principios*, y establece la diferencia entre reglas y principios señalando que el criterio de distinción es el de la generalidad, es decir, es una distinción de grado. Dos argumentos lo explican. Uno 1.- dice que las reglas, en su interpretación, son aplicables en la forma todo o nada, es decir, hay exclusión, y existen reglas de interpretación de reglas a partir del artículo 25 del Código Civil colombiano, como por ejemplo, lo particular se prefiere frente a lo general, mientras que los principios no determinan necesariamente la decisión, sino que proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión. Otro 2.- dice que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, o sea, una dimensión de peso que se muestra en la colisión de principios, por ejemplo, libertad y propiedad privada contra la solidaridad o el bien común, como se verá. (Alexy, 1993, p. 10).

En la nueva teoría del derecho el “principio” no necesariamente deriva de la norma o de la regla, según el positivismo jurídico, sino que él tiene las características de optimización, elevación, trascendencia, generalidad, abstracción, servicio, unificación, síntesis, armonización, etc, y derivará su eficacia del respeto por su cumplimiento por parte del operador jurídico. De esta forma, el principio es un enunciado que, como las leyes científicas, hacen posible una descripción económica de una determinada realidad. (Urbina, 2011, citando a Atienza, p. 19).

2. LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS –TEF– SUPONEN UNA ASIMETRÍA ENTRE SUS OPERADORES

a. Sistema de pagos y negociación internacional: y es que en el estudio de la realización de los negocios internacionales existen por lo menos dos aspectos que interesan en relación con las Transferencias Electrónicas de Fondos TEF-, en el contexto del mundo globalizado, del pluralismo jurídico y de la Nova Lex Mercatoria –NLM–, que son 1.- las fases usuales de la

negociación internacional y 2.- los sistemas jurídicos a los que pertenecen a su vez los diferentes sistemas contractuales que corresponden a las partes del negocio internacional. (Bonivento & Lafont, 2011, pp. 190 y ss.).

1.- Respecto al primero, “fases usuales de la negociación internacional”, en las fases de negociación de importación, desde el exterior hacia Colombia, en la llamada “fase cambiaria” el pago del precio que hace el comprador importador en Colombia al vendedor exportador extranjero, se puede hacer por disposición directa o intermediación y la correspondiente actuación de pago desde Colombia. Al mismo tiempo en las fases de exportación, desde Colombia hacia el exterior, en la “fase cambiaria”, correspondiente al pago del comprador que se hace desde el extranjero al exportador vendedor colombiano, puede haber actuación de pago desde el extranjero por disposición directa o intermediación colombiana mediante el uso de Carta de Crédito, financiamiento, cuentas corrientes en el extranjero, tarjetas débito y crédito extranjero, Transferencia Electrónica de Fondos –TEF–, etc. (Bonivento & Lafont, 2011, pp. 192 y ss.).

En el Proyecto de Tesis doctoral del autor presentado en la Universidad Nacional de Colombia, se dijo que “...El tema de las *transferencias electrónicas de fondos* –TEF– se puede ubicar dentro de uno más amplio denominado el Sistema de Pagos, sin que por ello se quiera significar que cada vez que se haga una TEF se esté realizando un pago (Cubides, 2000, pp. 435 y ss.)⁸, como modo directo y voluntario de extinguir una obligación, en los términos del artículo 1626 del Código Civil Colombiano C.C., . De hecho se puede tratar de una TEF entre dos cuentas⁹ de un mismo sujeto jurídico titular en una misma institución financiera o en otra. Se hace la anotación porque la literatura sobre el tema regularmente lo ubica en razón de un pago. Dentro de un Sistema de Pagos (Ravassa, 2007), se pueden desprender tres temas que corresponden, al denominado 1º Medios de pago, otro 2º al de Técnicas de pago y 3º y último, al de Instrumentos de pago. El primero, esto es, los *Mecanismos de pago*, permiten satisfacer el pago de lo

⁸ La palabra pago viene del latín *pacare*, que indica apaciguar, hacer paz. Por su parte el vocablo “solución” equivale a desligar, soltar. Son términos sinónimos y complementarios, como lo son sus significados: el deudor se desliga a través de ponerse en paz con el acreedor”.

⁹ El término *cuenta* se toma en su significado a partir de los contratos de cuenta corriente bancaria regulado en el artículo 1382 del Código de Comercio colombiano o del contrato de cuenta de ahorros regulado en el artículo 126 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto Ley 663 de 1993.

debido, es decir, que corresponde a lo que nosotros llamamos los medios de extinción de las obligaciones según el artículo 1625 del C.C.. Aquí también se incluyen las formas internacionales de extinción de las obligaciones de Countertrade (Marzorati, 2003)¹⁰ (contracomercio o de permuta comercial o de intercambio compensado) en sus modalidades de Barter o mercancías en lugar de dinero, Ofset o acuerdos de compensación de saldos y Buy-back o acuerdo de recompra. El segundo, es decir, las *Técnicas de pago*, se refieren a los métodos o sistemas utilizados para realizar el pago de lo debido, los que a su vez se clasifican en pago Directo del deudor y pago mediante Intermediario, en este último caso como sucede con los pagos contra documentos donde interviene un banco para realizar el pago. Por ejemplo, las operaciones de crédito documentario tales como las cartas de crédito. Por último, existen los llamados *Instrumentos de pago* que se refieren a las formas Materiales o Inmateriales con las que se hace el pago. Dentro de las *materiales* se pueden ubicar el dinero como bien mueble, artículo 663 del C.C., y los documentos, artículos 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil, C. de P.C., representativos de dinero, como por ejemplo, los títulos valores de contenido crediticio, referidos en el artículo 619 del Código de Comercio, C. de Co. Las *inmateriales* comprenden los impulsos electrónicos en donde ubicamos a las TEF y los documentos electrónicos como, por ejemplo, el cheque electrónico y el conocimiento de embarque llamado BOLERO¹¹. Así, los Instrumentos de pago inmateriales, dentro de los cuales se ubican las TEF, se trataría de una de las formas de utilización del sistema de Transmisión Electrónica de Datos, denominado EDI (Electronic Data Interchange)...”¹².

2.- Respecto al segundo, esto es, “sistemas jurídicos a los que pertenecen a su vez los diferentes sistemas contractuales”, se entiende por sistemas jurídicos en general aquellas organizaciones que sustentan los ordenamientos jurídicos cuya fuente, contenido y organización son básicamente comunes.

¹⁰ El autor cita la definición de UNCITRAL: “Una transacción de countertrade es una operación económica en la que una parte (primera parte) suministra, o procura el suministro de mercaderías u otros valores a otra parte (segunda parte) y en cambio por ello la segunda parte conviene en comprar o procura comprar de la primera parte, o de otra parte designada por ésta, mercaderías u otros valores, de manera de lograr una relación de intercambio entre las prestaciones recíprocas”.

¹¹ Bill of lading electronic register operation.

¹² Hoy con el Código General del Proceso la prueba documental está regulada a partir del artículo 243.

Inicialmente el sistema de regulación humana fue sólo uno de carácter consuetudinario que combinaba aspectos sociales, mágicos y religiosos, que se desdobra en dos. Uno, en la península Itálica que da origen al derecho primitivo romano, del cual se formará el “sistema jurídico romano” con las vertientes del derecho civil –*ius civile*– y el derecho honorario –*ius honorarium*–, para consolidarse con el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (compuesto por las *Institutas*, los *Digestos* o *Pandectas* y el *Código*, al cual se le adicionó las *Novelas*). Después de la caída del Imperio Romano de Occidente la recepción de dicho *Corpus Iuris Civilis* de manera expresa o consuetudinaria, dará lugar al surgimiento de los llamados sistemas de Derecho Civil –*Civil law*– y sistema de Derecho Común –*Common law*–. (Bonivento y Lafont, 2011, pp. 200 y ss.).

b. Sistemas jurídicos. del derecho romano al derecho europeo: las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– tienen entonces una regulación en la *Nova Lex Mercatoria* –NLM–, a partir de los “instrumentos” mencionados supra, particularmente, la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL, la Nota y la Guía, como se expresó. Una de las máximas expresiones de integración de sistemas jurídicos mundiales, Derecho Civil –*Civil law*– y sistema de Derecho Común –*Common law*–, ha sido la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, la cual ha sido recogida o recepcionada, por más del 40% de los países del mundo. Dicha Convención, adoptada en Colombia mediante la ley 518 de 1999, con su correspondiente fallo de constitucionalidad favorable, no trata el tema del instrumento específico de pago del precio de la compraventa, por lo que se le ha dejado a la libertad de las partes en su regulación y así se constituye en uno de los campos abonados más importantes en donde operan los “sistemas de pagos internacionales”, particularmente las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, ya referidos.

Los problemas jurídicos surgidos de la aplicación de dicha Convención de Viena, las Directivas del Consejo de la Unión Europea, la Jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, entre otros, son factores que influyen cada vez más en los ordenamientos jurídicos nacionales, al punto que Max Kaser planteó que dichos ordenamientos jurídicos nacionales se deslizaron y concluyeron. Pero al mismo tiempo el Derecho privado de Europa está por readquirir un carácter transnacional, por lo que han surgido una serie de grupos internacionales de académicos que han redactado “enunciados” o “principios” del derecho europeo de contratos (Ole Lando en Europa, Ordiqué en Suramérica), de los actos ilícitos, del Trust, o sea un post-positivismo, en

el cual la estrechez y la seguridad de la codificación nacional o del common law, se supera hacia un nuevo *Ius Commune*. (Zimmermann, 2009, p. 133).

Con los “instrumentos” de los “emisores” mencionados en la *Nova Lex Mercatoria* –NLM–, se ha buscado la “unificación”, entendida como la aprobación por parte de los Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales o, la “armonización”, entendida como el proceso por el que pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad-seguridad de las operaciones comerciales transfronterizas. (Urbina, 2011, Anexo).

Es en este contexto en donde aparece el Derecho Europeo como una de las manifestaciones hegemónicas del Derecho actual en el mundo, junto con el Derecho Comercial y el Código de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica. Y es que respecto del Derecho Europeo se ha dicho que una ciencia del derecho privado europeo surge paulatinamente y no es difícil predecir que dominará el derecho privado del siglo XXI, por lo que al final un Código Civil europeo podría llegar a sustituir los códigos nacionales. (Zimmermann, 2009, p. 19).

Esos conceptos de “unificación” o de “armonización” se fundamentarían en la idea de que los juristas, particularmente los alemanes, fueron siempre conscientes de una unidad intelectual en lo esencial, derivada de una tradición común, la cual resulta fundamental para sustentar la “europeización” del derecho privado. Pasado, presente y futuro en el estudio del Derecho alemán explicado desde la historia, o en la “ciencia jurídica histórica”, adquiere la mayor importancia dada la “europeización” del derecho privado, y suministra la idea de que el derecho no se ha desarrollado en un aislamiento nacional, por lo que no puede ser entendido en términos solamente nacionales. De manera que la “ciencia jurídica histórica” constituye el fundamento para la ciencia del derecho comparado y abre el camino hacia el restablecimiento de la cultura jurídica europea. Un ejemplo de lo dicho serían las conexiones que existen entre el –Civil law– y el sistema de Derecho Común –Common law–, que aunque no son idénticos tampoco son tradiciones incomprensibles como se ha dicho de la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías. (Zimmermann, 2009, p. 219).

No obstante, la ambivalencia frente a la codificación del derecho privado en Alemania, que para algunos nunca se resolvió y que se origina en la llamada de Thibaut a Savigny, tomando como modelo el Código Civil francés, quien no sólo rechazó la idea de la codificación sino que la criticó, desde mediados

del siglo XIX muchos admitían que era inevitable. Es el caso de uno de los más fieles discípulos de Savigny en la universidad de Berlín, Bernard Windscheid, posteriormente profesor de la universidad de Leipzig, quien fue uno de los promotores más influyentes para una codificación alemana que habría dejado atrás el derecho romano pero al mismo tiempo habría completado su recepción. (Zimmermann, 2009, p. 36).

De las siete ediciones de la más grande obra de Windscheid titulada TRATADO DE DERECHO CIVIL ALEMÁN o Derecho de Pandectas, en la sexta edición prologa que su principal esfuerzo fue el de presentar principios jurídicos tal y como los entendía despojados de la forma romana específica, por lo que habiendo durado tanto tiempo el Imperio alemán debía adherir a dichos principios. La obra de dicho autor tiene el mérito de haber escrito la historia dogmática y haber concluido hacia 1887 la redacción del proyecto del Código Civil del Imperio alemán, aunque la expedición del BGB alemán de 1900 se hubiera apartado de sus concepciones. (Windscheid, 1976, p. XVIII).

No obstante como lo sostiene el maestro Fernando Hinestroza en el prólogo a la traducción del Derecho de Pandectas de Windscheid, su importancia y respeto radica en haber presentado el conocimiento concienzudo de las fuentes del derecho para la elaboración sistemática de un derecho nacional y presente. (Windscheid, 1976, p. XXII).

Lo que se designa con el nombre de Pandectas tiene un fundamento histórico porque se deriva de aquella época en que ese derecho era cultivado en la forma de una exégesis o de una recitación del ordenamiento de las Pandectas de Justiniano. Así, la fuente de las Pandectas es el derecho romano en la forma en que lo condensó la codificación de Justiniano, dividida en cuatro partes, como se comentó, en las Instituciones, las Pandectas, el Códex y las Novellas, en lo que en conjunto se denominó el Corpus Iuris Civilis. (Windscheid, 1976, p. 9).

Es así que en la obra existen principios jurídicos que corresponden al derecho como tal, haciendo abstracción de un determinado contenido, junto con principios a los cuales se refiere el derecho en sí, es decir, el llamado derecho objetivo u ordenamiento como materia suya. Estos últimos principios, dice el autor citado, no corresponden al derecho privado sino que pertenecen al derecho público, por lo que presenta en la obra un orden desde los principios en el derecho y posteriormente, los derechos con antelación a los derechos determinados, o sea, el derecho en general, los derechos en general, y los derechos determinados tales como de las cosas, las obligaciones, la familia y sucesiones. (Windscheid, 1976, p. 52).

Y es que a propósito de la historia dogmática, la misma haría parte de la historia del Derecho privado de la Edad Moderna, la cual se entiende como la historia del pensamiento jurídico y de los efectos de éste sobre la realidad de la sociedad moderna, como lo que es, historia a secas, contemplada desde el punto de vista suprahistórico de la idea del Derecho y de la experiencia jurídica. (Wieacker, 1957, p. 4).

Dicha historia del Derecho privado de la Edad Moderna tiene tres épocas en las cuales el método y la cultura de del Derecho privado fueron condicionados por la relación del pensamiento jurídico con la realidad y la creencia jurídica de la época, que corresponden: 1.- al tránsito de la especulación jurídica a la Ciencia, en donde se destacan las cuatro revoluciones del pensamiento jurídico posteriores al fin de la edad media, que son a.- el nacimiento de la ciencia del Derecho romano y su difusión territorial de los siglos XII al XVI; b.- la fundamentación espiritual y el dominio político del Derecho natural racionalista de los siglos XVII al XVIII y, c.- la escuela histórica y el positivismo del siglo XIX. La acogida de los libros del Derecho de justiniano y su plena transformación en el modo de pensar van a constituir la ciencia del Derecho por antonomasia, la ciencia del *Corpus iuris*, por que estaban dadas las condiciones previas expresadas en el nacimiento de Europa a la caída del Imperio de Occidente, la subsistencia de la fe cristiana, y en Alemania por la disolución del *Regnum*, el derrumbe del poder real, la ascensión de los señores territoriales y su administración burocrática, y la consolidación de las ciudades con una sociedad capitalista diferenciada. 2.- la recepción del Derecho romano desde 1350 a 1650 mediante la elaboración y difusión de las fuentes del Derecho alemán mediante el estudio sistemático del Derecho romano justiniano y su fusión con la ciencia jurídica europea. Y 3.- mediante el redescubrimiento del *Corpus iuris* tornándose en una de las fuerzas espirituales más importantes, dando lugar al Derecho natural racionalista, su decadencia con los procesos de codificación y la consolidación del Positivismo legal que determina la legitimidad del Derecho atendiendo al criterio formal de que su origen es constitucional. (Wieacker, 1957, pp. 10 y 540).

Si de la especulación el Derecho pasó a ser ciencia, entonces el tema central será la “metodología de la ciencia del Derecho”, particularmente del civil, porque una ciencia desarrolla métodos que apuntan a un conocimiento racionalmente comprobable. Su objeto es tanto lo general (el tipo, el instituto, la conexión con sentido, etc.), como lo especial (una sentencia), sin contemplar una norma individual de forma aislada, sino en su relación con su sentido y fin, y es allí en donde radica la importancia de Savigny, porque

es con él que principia la moderna ciencia del Derecho, época en la que para algunos todavía nos encontramos. (Larenz, 1994, p. 21).

La escuela histórica del Derecho tiene entre otros supuestos su elaboración sistemática, que tiene la misión de considerar lo múltiple dentro de la conexión que le es propia mediante el desarrollo de los “conceptos”, de la exposición de proposiciones conforme a su conexión interna y el empleo de la analogía. Al mismo tiempo, su sistema consagra los “institutos jurídicos”, que son como los nudos de la malla, que tienen por objeto las relaciones de la vida como el matrimonio, la propiedad inmueble, la compraventa, los cuales serán la naturaleza orgánica del sistema. Así, el sistema exige 1.- un número cerrado de conceptos fundamentales, “axiomas”, 2.- en el proceso de la jurisprudencia, del concepto más general al más particular y, 3.- los principios jurídicos rectores, ligados entre sí. (Larenz, 1994, p. 29 y 152).

Dicha conceptualización alemana, junto con la exégesis francesa y el positivismo jurídico kelseniano, serán las bases de lo que supra se comentó, como el formalismo jurídico colombiano, dentro del cual se movieron los principales autores del derecho privado colombiano a partir de finales del siglo XIX y por lo menos hasta la mitad del siglo XX, desde el maestro Fernando Vélez, hasta la primera obra del maestro Arturo Valencia Zea, pasando por la denominada “cuestión social”, que se recordará más adelante¹³.

c. Asimetría en la relación consumidor y establecimiento de crédito en el uso de las TEF: las leyes 1328 de 2009, 1480 de 2011 y 1735 de 2014 son las principales normas en donde el tema de las TEF se puede ubicar, esto es, el consumidor en general, el consumidor financiero en particular, y depósitos y pagos electrónicos. En la Exposición de motivos del proyecto de ley 18 de 2014, convertido en ley 1735 de 2014, sobre Depósitos y Pagos electrónicos se dijo que “...La inclusión financiera entendida como el acceso y el uso de servicios financieros formales por parte de la mayoría de la población, tiene una gran importancia ya que contribuye de manera decisiva al desarrollo económico del país pues permite el aumento de la capacidad de consumo de las familias y el aumento en el potencial de inversión¹. En efecto, como ilustra un estudio del Banco de Desarrollo de América Latina - CAF², el acceso y el uso de servicios financieros acercan la posibilidad de adquisición de bienes durables, adquisición de vivienda y acceso a la educación entre otros, puesto que permiten anticipar volúmenes importantes de recursos. De

¹³ Este es el tema de la tesis de Maestría en la Universidad Nacional de Colombia, del autor de este ensayo.

igual forma, la canalización de mayores volúmenes de ahorro a través del sistema financiero formal permite la disponibilidad de cantidades mayores de recursos para la financiación de la inversión de las actividades productivas de la economía...”.

A su vez la ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, conocida como la ley de “protección al consumidor financiero” no regula directamente las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, pero establece el deber de las instituciones financieras con el consumidor financiero que estén relacionadas con los temas electrónicos, como por ejemplo: 1- el artículo 7º en la letra q., al disponer de los medios electrónicos y controles idóneos para brindar eficiente seguridad a las transacciones, a la información confidencial de los consumidores financieros y a las redes que la contengan, y 2- el artículo 100 parágrafo, para los mandatarios corresponsales del manejo de divisas, los cuales deberán contar con la infraestructura tecnológica necesaria para la realización de su función.

La ley 1480 de 2011, por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, a partir del capítulo VI trata de la protección al “consumidor de comercio electrónico”, y establece los derechos de los consumidores en el comercio electrónico, procurando abordar aspectos tales como: 1.- suministro de información previa, 2.- calidad y garantía en el bien o servicio, 3.- protección a la información y 4.- la adopción de medidas de seguridad respecto de los medios de pago, lo cual incluiría las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–. (Gual & Villalba, 2013, p. 360).

Detrás de las relaciones nacionales o locales existe una labor de “armonización” internacional en la materia que se refleja en “instrumentos” tales como la Declaración Conjunta sobre comercio electrónico de 1997, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica, el Consejo de la Unión Europea mediante la Resolución de 1999, sobre principios que regulan las relaciones entre comerciantes y consumidor (B2C), y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico –OCDE–, mediante la Recomendación relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico, las cuales coinciden en reconocer una asimetría entre consumidor y productor o proveedor, que se mitiga mediante las normas sobre “protección al consumidor”, las cuales fueron tenidas en cuenta en la ley 1480 de 2011. (Gual & Villalba, 2013, pp. 362 y ss.).

Se pueden aplicar las normas de protección al consumidor en general y del consumidor financiero en particular, a los eventos en los cuales se empleen las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, como instrumento inmaterial de pago o cumplimiento, y al mismo tiempo extrapolar la idea del reconocimiento de la existencia de una asimetría entre el “consumidor financiero” y los “establecimientos de crédito”, entre ellos los “establecimientos bancarios”, dado que son estos últimos los que proveen la tecnología para la realización de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, ejemplo la red SWIFT, explicada supra.

A partir de las teorías de Hobbes, Locke y Rousseau, el origen como sociedad se lo debemos al contrato, desde la idea de la “autonomía privada”, basada en el falso supuesto de la “igualdad” de las partes, de su “libertad” y “fraternidad”. Dicha idea resulta remplazada por una nueva concepción del contrato llamada “socialización del contrato”, en donde el Estado está llamado a intervenir en su nuevo rol de Estado Social, altamente interviniente, preocupado por los débiles jurídicos, por aquellos que sólo pueden adherir o no, y a su vez por la protección, y el correcto y equitativo funcionamiento de la sociedad. (Gual & Villalba, 2013, pp. 289 y ss.).

Dicha intervención estatal en procura de defender al “débil” se puede visualizar desde las tres ramas del poder público, ejecutivo, legislativo y judicial implementando, respectivamente, mecanismo tales como políticas públicas adoptadas por el Compes (Consejo Nacional de Política Económica y Social), leyes y sentencias judiciales ordinarias o en sede constitucional. Por ejemplo, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –COMPES– y el Departamento Nacional de Planeación –DNP–, mediante documento número 3620, expidieron el 9 de noviembre de 2009, los Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia –, para la expedición de leyes dirigidas al uso de las TIC’s (Tecnología, Informática y Comunicaciones), concretamente la ley 1341 de 2009 “...en la cual se definen los principios y conceptos de la sociedad de la información como referente para la formulación de políticas...”, las leyes mencionadas de protección al consumidor y la labor por vía de jurisprudencia mediante sentencias de tutela en las cuales se ha favorecido a la parte débil de la asimetría.

La ley 1480 de 2011 claramente dice en su artículo cuarto que las disposiciones allí contenidas son de orden público, la validez de los arreglos sobre derechos patrimoniales, la interpretación de las mismas y las dudas deben resolverse a favor del consumidor. En el artículo quinto define al

consumidor como sinónimo del usuario, como aquella persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, disfrute, o utilice un producto (bien o servicio) de cualquier naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y, empresarial, cuando intrínsecamente no esté ligada a su actividad económica.

Claramente se incluye a la “familia” como destinataria de la necesidad suplida por el consumidor. Sobre el particular, el perfil de familia ha cambiado en Colombia y en concreto el papel de la mujer se destaca. Se sostiene que la globalización de la economía ha significado el cambio en las estructuras políticas y económicas para el futuro de las sociedades. El proceso de modernización ha tenido incidencia en la dinámica demográfica y revolucionado las estructuras sociales. Así el papel de la familia es el de acompañante de las transformaciones globales dando lugar al cambio en su estructura, es decir, la familia se ha ajustado a las nuevas condiciones económicas. Es claro su papel en la economía en cuanto unidad de consumo. Y allí la mujer ha sido el principal protagonista del proceso. Los ejemplos básicos de transformación económica y demográfica de la sociedad colombiana, respectivamente, serían: 1.- el piso y el techo en el que se mueve el producto interno bruto del Estado colombiano. No bajará del 2% y tampoco llegará a 9%, y el gasto público. Dentro de éste se ha incrementado el gasto social en temas de seguridad social y educación, exceptuando la vivienda, la reducción de la pobreza y el mejoramiento de las condiciones de infraestructura. 2.- en cuanto a las transformaciones demográficas tendríamos tres etapas, a.- una de crecimiento, b.- otra de explosión y c.- una última de descenso, lo cual implica a su vez, o el descenso o el aumento de los índices de natalidad y de mortalidad. El punto es que descendiendo el número de hijos se amplía la posibilidad de que la mujer tenga una participación diferente en la vida económica y ello implicará también que se replantee la relación de pareja al interior de la familia. Del mismo modo, la participación de la mujer en la educación y el trabajo aumentará gestándose de ese modo, diferentes tipos de familia en relación con la nuclear, pasando a la extensa –incluye ascendentes, etc.–, la compuesta –incluye extraños–. Así mismo, los patrones de formación de las uniones varían, del matrimonio a la unión libre y, la mujer como jefe de hogar. (Naciones Unidas, 1993, p. 231).

Pero quienes son los “menos aventajados”, y en donde se originan las “desigualdades”, son las preguntas que se formula Rawls en “Justicia como equidad”, la cual desarrolla una teoría de la justicia a partir de la idea de un contrato social. Como dice el autor citado es necesario desarrollar la idea

de los “bienes primarios”, porque decir que las desigualdades de ingreso y riqueza han de disponerse para el mayor beneficio de los menos aventajados significa que tenemos que comparar los esquemas de cooperación viendo cómo les va a los menos aventajados en cada esquema que desarrolla, y seleccionar el esquema en que los menos aventajados están mejor que en cualquier otro esquema. Los “bienes primarios” son entendidos como las diferentes condiciones sociales y los medios de uso universal necesarios para que los ciudadanos puedan desarrollarse adecuadamente y puedan desarrollar sus cualidades morales. Los “bienes primarios” son aquellas cosas que se necesitan para los ciudadanos miembros cooperativos de la sociedad y no sólo como seres humanos al margen de cualquier concepción normativa. Estos bienes son las cosas que se necesitan por los ciudadanos que viven un ciclo vital, no solamente cosas que se deseen o prefieran. Dichos bienes se basan en hechos y requisitos de la vida social, de la mano de una concepción política de la persona como ser libre e igual, dotada de facultades morales y capaces de ser un miembro cooperativo de la sociedad. El autor distingue cinco clases de “bienes primarios” que son: 1.- los derechos y libertades básicos, es decir, condiciones institucionales esenciales requeridas para el adecuado desarrollo y pleno e informado ejercicio de las facultades morales. 2.- la libertad de movimiento y la libre elección del empleo en un marco de oportunidades que permita perseguir diversos fines y que dejen revisarlos y cambiarlos. 3.- los poderes y prerrogativas que acompañan a cargos y posiciones de autoridad y responsabilidad. 4.- ingresos y riqueza, con valor de cambio, que se necesitan independientemente de la finalidad perseguida. Y 5.- las bases sociales del autorrespeto, no el autorrespeto, no en tanto que actitud hacia uno mismo. La descripción de los “bienes primarios” pertenece a la justicia como equidad como concepción política de la justicia, cuya razón de ser es dejar abierta la posibilidad de encontrar una base pública de justificación respaldada por un consenso entrecruzado. Los bienes primarios son los que las personas libres e iguales necesitan como ciudadanos. (Rawls, 2002, pp. 90 y ss.).

d. Constitucionalización del derecho privado: y cómo es que ese Estado Social de Derecho interviene en la protección de la parte débil de la asimetría existente entre el consumidor en general y el consumidor financiero en particular, frente a la hegemonía del sistema financiero basado en “establecimientos de crédito” que tienen el dinero para poder realizar los desarrollos tecnológicos en donde se imbrican las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, y de esa forma evitar toda clase abusos, sería la cuestión.

Dice Giovanni Sartori que el término griego de constitucionalismo era “politeia” que se traduce como “República” y que el latín “constitutio”, no tiene nada que ver con lo que llamamos Constitución, ya que dicho término y el de constitucionalismo sólo se acuñaron hacia el siglo XVIII después de la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Continúa diciendo que en Filadelfia tanto Madison como Hamilton se opusieron a que se incluyera una declaración de derechos en la Constitución con el argumento de que los derechos no se protegen con declaraciones, sino con las propias estructuras del gobierno constitucional. Luego se pregunta si la Constitución está incompleta sin una declaración de los derechos del ciudadano, para responder que estaría de acuerdo en que una declaración de derechos no es una condición necesaria para de las constituciones. A medida que las declaraciones de derecho se han ampliado en estas épocas para incluir los “derechos afirmativos”, los derechos sociales y materiales como la educación, al trabajo, etc., se duda de que la transformación de los derechos en derechos materiales pertenezca a la estructura constitucional. De otro modo, que una Constitución sin Declaración de Derechos siga siendo una Constitución, mientras que una Constitución cuyo núcleo y parte más importante no sea la estructura de gobierno, no es una Constitución. Para el constitucionalismo las constituciones son sólo las formas estatales en que se es libre por ser gobernados por las leyes y no por los otros hombres. (Sartori, 2005, p. 211).

Además del nuevo papel del Estado de Derecho como Estado Social de Derecho, una de las respuestas propuestas a la pregunta planteada es la “constitucionalización del derecho privado”, como el mecanismo mediante el cual se establecen límites a las posibilidades de intercambio libre, es decir, al principio constitucional de la “autonomía privada de la voluntad”, esto es, a la transferencia de intereses, matizado por otros principios que producen injerencia en dichas transferencias, lo cual constituye el problema central de dichas limitaciones. (Calderón, 2013, p. 72).

Esta perspectiva se puede incrustar a partir de la verificación de hechos que contradigan la Constitución por acción o por omisión o en forma mediata o inmediata. En la omisión se trataría del incumplimiento de una obligación y no de una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución. De manera mediata, en la violación de una ley, por lo que de forma inmediata se trataría de una institución para la defensa de la Constitución contra violaciones directas. Se trata de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento

de órganos del Estado y si se da prioridad a las garantías preventivas o represivas. De manera que la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, de forma que la garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos, como se espera lo realice la Corte Constitucional colombiana (Kelsen, 1995, p. 3).

En la distinción de los modelos constitucionales conservadores, liberales y radicales, habría que ubicar los límites a las posibilidades de intercambio libre, para precisar en cuál de esos campos o modelos se facilitarían dichas limitaciones o la “constitucionalización del derecho privado”. Así, parecería que en Colombia estuvimos en un modelo conservador con la Constitución de 1886 y estamos en tránsito a uno liberal con la Constitución Política CP de 1991. En los modelos conservadores se concentra el poder y fortalece el Ejecutivo, lo mismo que la concepción de los derechos en relación con la religión católica. Éramos un Estado confesional. En los modelos liberales se propone el equilibrio de poderes evitando riesgos de tiranía o de anarquía, poniendo especial acento en la protección de los derechos individuales, considerándolos inviolables e independientes de cualquier concepción de bien afirmada por uno u otro grupo. Antes de la CP de 1991 los grandes movimientos liberales considerados como antecedentes importantes de las concepciones liberales serían, entre otros: 1.- el “Acta Federal” de Camilo Torres, redactada a la luz de los “Artículos de Confederación” norteamericanos; 2.- la Constitución liberal de 1853, en la administración de José Hilario López y 3.- el trabajo del Dr. Alfonso López Pumarejo y las reformas a la C.P. de 1886, por la denominada “cuestión social”. (Gargarella, 2005, pp. 3 y 240).

Luego parecería que el campo abonado para la “constitucionalización del derecho privado”, serían los modelos constitucionales liberales. La carga argumentativa de los privados (aseguradoras, bancos, y empresas de medicina prepagada) en el estudio del Dr. Calderón, está basada en que la resolución de los problemas que a ellos se les plantea, 1.- se regula por la autonomía privada de la voluntad, y por ende en el contrato, que es ley para las partes (arts. 4° del C. de Co y 1602 del C.C.), y 2.- en sede de jurisdicción ordinaria, no constitucional. Así, el grado de “constitucionalización del derecho privado” o límites a dicho principio de la autonomía privada, como se dijo, depende de los cambios que produce la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia, en el comportamiento de los agentes comprometidos por ella. De manera que el soporte de dicha argumentación de los privados en contra de las limitaciones a su autonomía privada en el contexto de la “constitucionalización del derecho privado” sería: 1.- la inseguridad

jurídica que supone para ellos el alto nivel de indeterminación de las normas constitucionales, que impedirían derivar pautas de comportamiento con un grado razonable de predicibilidad, y 2.- la posibilidad de exigir actuaciones redistributivas que afectan sus negocios mediante la imposición de mandatos o prohibiciones específicos a quienes actúan en el mercado de los privados, dado el amplio carácter de apertura de las normas constitucionales que llevarían al rompimiento o incumplimiento de sus contratos. (Calderón, 2013, p. 129).

El amplio carácter de apertura de las normas constitucionales, en particular, se evidencia de manera clara y concreta en la historia del llamado “bloque de constitucionalidad”. Se define como un intento por sistematizar jurídicamente dicho fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales, es decir, con fuerza constitucional, son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales, esto es, aquellas que son mencionadas expresamente por el articulado constitucional. Hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. Las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios que, sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional, como por ejemplo, tratados de derechos humanos. Siendo su origen la práctica del Consejo Constitucional francés de la V República, el bloque de constitucionalidad favorece la adaptación histórica de las constituciones a las nuevas realidades sociales y políticas y, en esa medida, mantiene la dinámica de las constituciones por lo que de esa forma se convierten en documentos vivientes. Independiente de las ventajas o desventajas que el bloque de constitucionalidad acarrea en Colombia, desde el punto de vista dogmático, existe una sistematización conceptual y metódica, que ha llevado a establecer el bloque de constitucionalidad en “sentido estricto” que corresponde únicamente a las normas de jerarquía constitucional y “sentido lato”, que incorpora otras disposiciones, que al no tener el rango constitucional, representa un rango de constitucionalidad de las leyes, ya que pueden generar la invalidación de una norma legal sometida a control. Interesan dos antecedentes para efectos del tema. El primero corresponde a la sentencia C-225/95 en la que expresamente la Corte Constitucional hace mención al “bloque de constitucionalidad” y, la segunda, la sentencia T-426/92, cuando la Corte Constitucional tuvo en cuenta la Declaración

Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, para reconocer como fundamental un derecho a la subsistencia o derecho al mínimo vital, que juega un papel fundamental en materia de Derechos Sociales. (Uprimny, 1991, pp. 101 y ss.).

El tema debe ser complementado con las “Funciones del Derecho” ya que su estudio es la vía correcta para comprender a quienes acuden al Derecho, como instrumento social decisivo. La Función es definida como la tarea o conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuidas primariamente al elemento del que se predicen por el sujeto que actúa mediante él en el sistema. De otra forma, las funciones también son entendidas como objetivos primarios asignados al Derecho por los actores sociales, o bien, como finalidad respecto a la que se ordena el uso de aquella modalidad de acción social definida como jurídica, que consiste en la persuasión de los interlocutores a través de la influencia de mensajes normativos hipotéticos, institucionales y justiciables. Hay que hacer la distinción entre objetivos primarios y secundarios perseguidos por los sujetos a través de un instrumento de acción social. La función en sentido sociológico y no formal, de instituciones jurídicas determinadas, como por ejemplo, la propiedad o el contrato típico legalmente, es un elemento variable de tal forma que uno de los motivos recurrentes del análisis sociológico es precisamente la verificación permanente de la mayor o menor distancia que existe entre el modelo formal de cada conjunto normativo y su vida concreta. La idea simplemente es que sin que se den cambios desde el punto de vista de la regulación de la institución concreta, si se pueden producir modificaciones radicales en su función social. Básicamente las tres funciones que se le atribuyen al derecho corresponden a.- a la orientación social, b.- al tratamiento de conflictos declarados y c.- la legitimación del poder. (Ferrara, 1989, p. 15, 107).

Precisamente ese ha sido el caso de la institución de la propiedad que tiene una concepción en la lógica de una economía agraria en el Código Civil, ley 57 de 1887, a la que se puede plantear en un Estado Social de Derecho en la Constitución Política de 1991, a partir del artículo 58 o del 333, por lo que la propiedad entendida como libertad tiene unos límites en el bien común que no es otra cosa que la solidaridad, lo cual hace, respecto de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, que la carga argumentativa de los establecimientos de crédito no se corresponda con la realidad actual de las cosas.

Las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– en Colombia están regladas básicamente por el principio de la “autonomía privada de la voluntad”

y la realización de las mismas dentro del “sistema de pagos”, supone otro actor con quien se realizan las mismas que son los “establecimientos de crédito”, o “establecimientos bancarios”, por lo que los problemas que se sucedan en la realización de las mismas que lleguen a los jueces ordinarios en sede de instancia constitucional no se apartarán de la carga argumentativa y de las bases de desconfianza explicadas para los llamados privados en el estudio citado del Dr. Calderón. El tema tiene un telón de fondo que corresponde al debate teórico respecto del papel protagónico de la justicia que intenta responder, entre otras preguntas, la siguiente: ¿hasta qué punto la protección de los derechos de propiedad se encuentran en tensión con la protección de otros derechos y con la misma democracia? La respuesta tiene dos ejes distintos. 1.- teniendo en cuenta, las instituciones en general, y, la justicia, en particular, hay posturas 1.1- instrumentalistas y 1.2- constructivistas. 2.- Desde el punto de vista político, las respuestas pueden ser, 2.1- visiones libertarias e 2.2- igualitarias. Así, el problema de la defensa de los débiles, en sede constitucional, como por ejemplo, el consumidor general o financiero, que haga uso de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, y ante un abuso de la parte fuerte en la asimetría, se enfrenta a una carga argumentativa en donde la orientación es básicamente instrumentalista, según la cual las instituciones y los jueces, son instrumentos de intervención social. Es la visión que domina la ciencia económica de la cual no escapan los “establecimientos de crédito”, para promover el desarrollo económico con independencia del contexto social. Es un análisis económico del derecho en donde el Estado de Derecho y los jueces independientes, deben imponer sanciones en forma efectiva y disuasora, por lo que de esa manera se garantiza la seguridad en los derechos, particularmente los de propiedad, y la eficiencia del mercado que se requiere para el desarrollo. Esa posición instrumentalista va en contravía de la llamada constructivista, en donde se conectan las instituciones y las prácticas sociales, lejos de problemas técnicos, de ahí que la intervención del Estado debe tener en cuenta el proceso de construcción recíproca entre actores sociales y normas jurídicas. Allí radicaría el marco teórico de los límites al principio de la “autonomía privada de la voluntad”. Así mismo, desde el punto de vista valorativo y político, la visión liberal individualista, que concibe el mercado como instrumento de coordinación, cree que el Derecho debe permitir que el mercado cumpla con la función de coordinación, por lo que debe haber una mínima intervención del Estado y un respeto a los derechos de propiedad y la ejecución cumplida de los contratos. (García, Uprimny, y Rodríguez, 2006, p. 15).

Claramente estos son los planteamientos de los “establecimientos de crédito” que son severos críticos en la intromisión de los jueces en la economía, con argumentos, tales como, 1.- que su intervención produce malas políticas económicas, porque ellos no son expertos en esos temas, 2.- la realización de los derechos sociales es precaria y hay el riesgo de caer en un populismo judicial. Así mismo, se genera inseguridad jurídica porque 1.- se pone en peligro la certeza de los contratos, ya que en cualquier momento una ley puede ser anulada con efectos retroactivos, generando efectos desfavorables en el desarrollo del país y 2.- porque se desestimula la inversión extranjera al no conocerse con exactitud las leyes aplicables y se incrementan los costos de transacción. (García, Uprimny & Rodríguez, 2006, p. 147).

Este tema de los planteamientos teóricos de los “establecimientos de crédito” se encierra en las tensiones entre los programas de reforma judicial y de fortalecimiento del Estado de derecho, que revelan otro tipo de tensiones como, por ejemplo, la del ideal liberal del Estado de derecho, entre la protección igualitaria de las garantías democráticas, por un lado, y la protección de la propiedad privada y la libertad de mercado, por el otro. La idea es lograr el desarrollo económico desde la iniciativa privada en una economía de mercado, pero sin mayor igualdad y participación política, dado que la desigualdad se contrarrestará a partir del crecimiento económico. (García, Uprimny & Rodríguez, 2006, p. 405).

e. Relación derechos y mercado: la tensa relación entre la protección igualitaria de las garantías democráticas y la protección de la propiedad y libertad del mercado puede analizarse de la siguiente forma. La formulación de los derechos de libertad en los textos constitucionales se hace como normas categóricas, es decir, son normas sin condición, porque la condición de aplicación de la norma está dada por el contenido de la norma. Sin embargo, ello no quiere decir que las normas sean válidas, de forma que, todas las normas son normas hipotéticas. La validez está condicionada porque las normas regulan actos de los sujetos, los cuales dependen de sus posibilidades fácticas y jurídicas, y así mismo pasa con la problemática de la colisión de los derechos fundamentales, porque el contenido del derecho fundamental está condicionado porque los derechos fundamentales pueden entrar, en la práctica, en colisión con otros derechos fundamentales, y por ello pueden ser limitados según las circunstancias. La interpretación constitucional se ocupa de la disposición de derechos fundamentales en la Constitución, los cuales tienen que ser armonizados con otras normas, como por ejemplo, el orden

económico. En la relación entre derechos y mercado es posible distinguir una relación 1.- ideal de 2.- una real. La concepción 1.- ideal se basa en los supuestos de ideal de los derechos y de mercado y en la asimetría entre los derechos de libertad y los derechos sociales. Así, los derechos de propiedad se adquieren por vía del intercambio económico libre y la protección de los derechos adquiridos surge y se asume como una función obvia del Estado mínimo (limitado a las estrictas funciones contra la fuerza, el fraude y la ejecución de los contratos). El mercado, en la relación ideal funciona de manera natural y libre. La intervención del Estado es para controlar fallas previas en el tráfico de los negocios, por lo que debe mantener su neutralidad. En este mercado ideal los costos de transacción del intercambio son asumidos por todos los miembros de la comunidad, por el Estado a través de sus instituciones (la justicia, etc.), las cuales hacen posible el tráfico libre y seguro de los negocios. Por último, habría una asimetría entre derechos de libertad y derechos sociales fundamentales. Los derechos de libertad son naturales, son un presupuesto lógico del mercado. En cambio los derechos sociales deben ganarse en la lucha política y consagrarse en la ley, ya que ellos implican acceder a los recursos de la sociedad y la distribución de la riqueza. Así, los derechos liberales son reconocibles y ello permite su protección judicial. Los derechos sociales, por el contrario requieren recursos que deben ser asegurados para ponerlos en práctica, o sea, protegerlos judicialmente y ello implica su configuración legal previa. Si los derechos sociales deben ser determinados en la ley, no son derechos fundamentales, sino meros derechos sociales. 2.- La relación real entre derechos y mercado no acepta la asimetría entre derechos de libertad y derechos sociales fundamentales en lo relacionado con la protección judicial. La concepción realista muestra que los mercados no son naturales sino institucionales, es decir, se componen de instituciones (incluye las que garantizan el ejercicio de los derechos) que permiten su funcionamiento y limitan los intereses de las personas. Si los mercados no son naturales sino dirigidos y fomentados en gran parte por el Estado, no es posible que situaciones de necesidad individual se enfrenten en términos neutrales. El Estado, el social de derecho, debe garantizar que la igualdad de oportunidades sea real y efectiva, mediante su intervención a favor de marginados y discriminados, de los débiles, en las asimetrías –consumidor/“establecimientos de crédito”–. Si el Estado no asegura la igualdad y no toma medidas correctivas pone en peligro y vulnera, por omisión, los intereses del individuo. (ARANGO, 2005, pp. 137 y ss.).

Esta es la cuestión de fondo. Es por ello que contra la tesis que afirma que los derechos humanos sociales no son verdaderos derechos humanos,

se opone la tesis de que los derechos humanos sociales están incluidos en un concepto evolucionado de derechos subjetivos por lo que su protección exige la transformación de los mismos en derechos sociales fundamentales. (De Sousa, 2001, p. 13).

Planteado de otra forma, aparece nuevamente la “cuestión social”, entendida como la forma de asegurar los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, o sea, pensar de otra forma el modelo de sociedad y Estado que se requiere para dar solución a la pobreza, el hambre, el desempleo, la violencia y la debilidad política de las democracias en América Latina. (De Sousa, 2001, p. 62).

La cuestión social estuvo entendida en los años 30 del siglo XX, como: “...el rótulo en el que se resume la adquisición de conciencia política, por parte de reformadores políticos católicos, liberales y socialistas, de las injustas penurias que trabajadores, mujeres, niños y otros desposeídos sufrieron hacia finales del siglo XIX causados, ..., por los “excesos del capitalismo”. Esta forma de conceptuar el problema indujo a que los reformadores moderados (por oposición a los más radicales) llegaran a pensar que mecanismos meramente privados, sin necesidad de compulsión legal estatal, pudieran remediar la condición de aquellos sectores de la población. Esta manera de analizar el creciente proletariado urbano y los desafíos políticos que presentaba era diametralmente opuesta tanto al terco individualismo capitalista como al radicalismo comunista. De esta forma se constituye la tercera vía, la llamada “reforma social cristiana”, dirigida en contra de los excesos del individualismo capitalista y del colectivismo comunista...”. (López, 2004, p. 245).

Hoy se trata de que el modelo de desarrollo que el capitalismo implantó desde la segunda postguerra mundial está en crisis definitiva por la interdependencia de varios factores entre los cuales se destacan a.- la globalización económica, b.-la expansión de la democracia liberal, c.- el dominio de las fuerzas del mercado, d.- las transformaciones de los sistemas de producción del mercado y del mercado del trabajo, e.- el cambio tecnológico acelerado y f.- la revolución de los medios de comunicación en masa. La interacción de esos factores trae como consecuencia la modificación de las estructuras básicas del Estado y la restructuración del mismo con lo cual se amplían las desigualdades tradicionales, se generan nuevas formas de desigualdad, y se origina una sensación de malestar individual y colectivo

que se manifiesta en el aumento de la violencia, manifestaciones en contra de la Seguridad Social, huelgas en los servicios públicos, descontento de los estudiantes, desgaste acelerado de los gobiernos y creciente apatía hacia la política. La sociedad se vuelve “opaca” por la crisis de lo colectivo que está marcada por fuertes procesos de individualización, por el surgimiento de incertidumbres crecientes hacia el futuro y por la disolución del principio de igualdad que daba forma al orden colectivo. Es en este contexto de la sociedad “opaca”, sustentada en mecanismos de regulación económica que no funcionan bien y estructurada en una maquinaria económica que escapa al control de los individuos, por estar gobernadas por las fuerzas impersonales del mercado, que hacen que surjan las reflexiones sobre los derechos sociales como derechos fundamentales. (De Sousa, 2001, p. 1).

Las condiciones constitutivas del hombre establecen las capacidades de funcionamiento para la vida humana. Dichas capacidades serían: poder desarrollar la vida hasta su fin de forma plena, gozar de buena salud, alimentarse adecuadamente, tener una habitación adecuada, evitar el dolor no necesario y tener vivencias placenteras, poder representarse cosas, pensar y juzgar, sentir amor, tristeza, nostalgia y agradecimiento, representarse una visión del bien y reflexionar críticamente sobre la propia vida, poder desarrollar distintas formas de relaciones familiares y sociales, poder vivir en unión con la naturaleza, tratarla con cierto cuidado y sentir alegría con actividades placenteras. De estas capacidades se establece una teoría mínima del bien como presupuesto para determinar las tareas del Estado. De manera que la función del Estado consiste en asegurar que ningún ciudadano padezca por carencia de medios de vida. La idea del planteamiento de las necesidades básicas es que si no se satisfacen dichas necesidades y se proporcionan los recursos y las posibilidades, no se puede pretender que el Estado y la sociedad conserven y protejan los derechos e intereses todos. Así, las personas no serán libres ni autónomas si no se satisfacen las necesidades básicas y no poseen las habilidades y recursos para elegir la forma de vida que quieran vivir. (De Sousa, 2001, p. 60).

f. Principio de autonomía y democracia: para lograr un sistema de derechos desde el principio de la autonomía hay que fundar el sistema en la necesidad de reglar la convivencia a través del derecho. Así mismo, hay que fundarlo en el principio de la autonomía. Siendo necesarios el derecho y el aseguramiento de la autonomía del individuo, le corresponde al principio de la autonomía,

un derecho general a la autonomía, que representa los derechos humanos y fundamentales más generales. Este derecho general se puede llamar “derecho de libertad general”. Así, cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno, para obrar en consecuencia. El derecho a la autonomía puede ser limitado no sólo a causa de la autonomía de otro, sino también en favor de bienes colectivos. Un derecho concreto representa un caso especial de derecho a la autonomía y determinados derechos son medios para actuar autónomamente. (Alexy, 1995, p. 114).

La democracia cuenta con dos características fundamentales, según Tocqueville, que son, 1. el principio de soberanía del pueblo y, 2. el fenómeno del asociacionismo. En los Estados europeos el proceso de democratización se desarrolló en dos líneas que son: a.- la ampliación del derecho al voto hasta llegar al sufragio universal de ambos géneros y, b.- el avance del asociacionismo político hasta llegar a los partidos de masas y el reconocimiento de su función pública. La democracia directa ha sido contrapuesta, como forma propia de la futura democracia socialista, a la democracia representativa como forma imperfecta, reducida y engañosa de democracia y como la única forma de democracia posible en un estado de clase como es el estado burgués. Bajo el nombre de democracia directa se encuentran todas las formas de participación en el poder que no se resuelven en una u otra de representación (ni en la representación de intereses generales o política, ni en la de intereses particulares u orgánica). Esas formas son a.- el gobierno del pueblo a través de delegados investidos de mandato imperativo y por ello revocables, b.- el gobierno de asamblea, o sea, no sólo sin representantes irrevocables, sino también sin delegados y, c.- el referéndum. En cuanto a la primera, con la formación de los grandes partidos que imponen una disciplina férrea de voto a los representantes elegidos en sus listas (Centro Democrático, por ejemplo), la diferencia entre representación con mandato y representación sin mandato, se vuelve cada vez más tenue. La ampliación de la democracia sucede mediante la extensión de la democratización, entendida como institución y ejercicio de procedimientos que permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo en cuerpos diferentes de los cuerpos políticos. El desarrollo de la democracia no consiste en el remplazo de la democracia representativa por la democracia directa, sino en el paso de la democracia en la esfera política, o sea, en la esfera en la que el individuo es tomado en cuenta en la multiplicidad de sus status, como por ejemplo, en la de usuario o consumidor en las asimetrías como la

que existe con las instituciones financieras, o sea, en la ampliación de formas de poder ascendente, al campo de la sociedad civil. (BOBBIO, 1989, p. 240).

CONCLUSIONES

1. Las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– hacen parte de los denominados “instrumentos” de la NOVA LEX MERCATORIA –NLM–, en un proceso histórico llamado post-positivismo, que se desarrolla por oposición al monismo jurídico, lo cual supone la aceptación de un pluralismo jurídico.
2. El derecho comercial o LEX MERCATORIA –LM–, desde sus orígenes sigue siendo un derecho especial y hoy paralelo al derecho de los estados naciones, lo cual sucede en la denominada globalización económica que impacta el derecho nacional modificándolo por vía de las interpretaciones de los jueces al punto de suponer que ellos remplazan al legislador y que los contratos remplazan la ley.
3. La vía jurídica o el camino legal de dicho impacto para la modificación del derecho se hace por vía del régimen de fuentes y la jerarquía de fuentes del derecho, en términos kelsenianos, lo cual indica que la nueva realidad se mira desde concepciones jurídicas anteriores. En dicho régimen de fuentes el papel de los principios libertad y autonomía privada de la voluntad negocial conflictual, resultan jugar un papel fundamental porque desde su ubicación en el régimen de fuentes, trazan la base conceptual para lograr los cambios jurídicos según los intereses jurídicos económicos que se quieran privilegiar.
4. Es claro el impacto que en una economía globalizada tienen los llamados “sistema de pagos”, dentro del cual ubicamos a las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF– y los negocios internacionales que pertenecen a diferentes sistemas jurídicos los cuales se encuentran de manera no pacífica en la realización de las diferentes transacciones, defendiendo sus propios intereses. Es en este escenario que surge el pugilato entre los derechos hegemones tales como el de los Estados Unidos de Norte América y su Código de Comercio y el llamado derecho europeo, en donde particularmente el derecho alemán históricamente ha tenido y tiene una incidencia fundamental no sólo a nivel de ese continente sino vía exportación o emisión (conceptualismo alemán), en la llamada recepción de teoría del derecho y creación de nuestro propio derecho.

5. Existe una asimetría en la relación consumidor en general y consumidor financiero en particular y los establecimientos de crédito, particularmente los establecimientos bancarios, en el uso de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, por lo que el papel del Estado Social de Derecho es el de velar por la efectiva protección del débil en la asimetría, por la vía jurídica de la “constitucionalización del derecho privado”, o límites al principio de la autonomía privada de la voluntad negocial conflictual, en la relación derechos y mercado, en un contexto en donde el principio de autonomía y democracia se tienen que dar.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
- . (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Legis.
- Banco Mundial & Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos. (2002). *Glosario de Términos Utilizados en los Sistemas de Pago y Liquidaciones*. México: Banco Mundial & Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos.
- Beccaria, C. B. (2010). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Bernal, R. (2012). El arbitraje internacional dentro del nuevo Estatuto de Arbitraje en Colombia. En VV.AA., *XXXIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL* Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre.
- Bobbio, N. (1989). *Estado, gobierno y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bourdieu, P. & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Colombia: Uniandes Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores.
- Bonivento F., J. A. T Lafont P., P. (2011). *Negociación Internacional. V.I. Colección Gerardo Molina. 26*. Colombia: Universidad Nacional. SIJUS.
- Calderón, J. J. (2013). *Constitucionalización Del Derecho Privado*. Bogotá: Editorial Legis, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario.
- Cañon, P. A. (2002). *Derecho civil parte general y personas : legislación-doctrina-jurisprudencia, 1887-2001, tomo I, volumen I*. Bogotá: ABC.
- Cubides, J. (2000). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Cuéllar, M.; Sani, J. & Silvani, L. (Octubre 23 de 2009). *Avances y Desafíos para los Instrumentos Electrónicos en Colombia. ASOBANCARIA Semana Económica*.

- De Julios, A. (2008). "El paradigma jurídico de la globalización". En: d. J.-C. Belloso, N. *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos* (pp. 49-75). Madrid: Dykinson.
- De Sousa, B. (1998). *La globalización del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia e ILSA.
- . (2001). *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Bogotá: Escuela Nacional Sindical.
- Devis, H. (2009). *Nociones fundamentales de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis.
- Faria, J. E. (2001). *El derecho en la economía globalizada*. Madrid: Trotta.
- Ferrara, V. (1989). *Funciones del Derecho*. Madrid: Debate.
- Franz, W. (1957). *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Madrid: Aguilar.
- Galgano, F. (2005). *La globalización en el espejo del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Garay, L. J. (1999). *Globalización Y Crisis ¿Hegemonía O Responsabilidad?* Bogotá: Tercer Mundo.
- García, M., Uprimny, R., & Rodríguez, C. (2006). *¿Justicia para todos?. Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Gargarella, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. España: Siglo XXI.
- Giannantonio, E. (1990). *Transferencias Electrónicas de Fondos y Autonomía Privada*. Buenos Aires: Depalma.
- Gómez, E. (2006). *El Comercio y las Transferencias Electrónicas de Fondos en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gual A., J. M. & Villalba C., J. C. (2013). *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*. Colombia: Universidad Santo Tomás. Ibañez.
- Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico dogmática*. Madrid: Ariel derecho.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el guardián de una constitución?* Madrid: Tecnos.
- . (1997). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- Lafont, P. (2011). Introducción a la negociación y contratación internacional. En J. A. Bonivento Fernández, *Negociación internacional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. Bogotá: Ariel derecho.
- López, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis y Universidad Nacional de Colombia.

- Marquardt, B. (2009). *Historia Universal del Estado. Tomo I*. Bogotá: La Carreta Editores.
- . (2009). *Historia universal del Estado. Tomo II*. Bogotá: La Carreta Editores.
- . (2009). *Historia universal del Estado. Tomo III*. Bogotá: La Carreta Editores.
- Marzorati, O. (2003). *Derecho de los Negocios Internacionales*. Buenos Aires: Astrea.
- Merry, S. E., Griffiths, J., & y Tamanaha, B. Z. (2007). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: iglo del Hombre Editores y otros.
- Mihali, G., & Espinosa, R. (2005). “Medios de Cobro y Pago Internacionales”. En: C. Espigues, & D. Hergain, *Derecho Del Comercio Internacional Mercosur - Unión Europea REUS y B de F*.
- Moncayo, V. M. (2004). *El Leviatán derrotado. Reflexiones sobre la teoría del Estado y el caso colombiano*. Bogotá: Norma.
- Naciones Unidas. (1993). *El cambio social en Colombia y sus repercusiones en la familia*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile.
- Pérez Luño, A. (1998). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Posner, R. (2011). *Como deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- Ravassa Moreno, G. J. (1990). *Historia del comercio y el derecho mercantil*. 1990: Universidad Santo Tomás.
- . (2007). “Medios Internacionales de Pago”. En: F. López, *Derecho Comerical y Societario* (pág. 103 y ss.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Salcedo Segura, J. (2006). *Teoria General del Derecho Civi. Tomo I*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Sartori, G. (2005). *Ingenería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica.
- . (2005). *Ingeniería constitucional comparada*. México : FCE.
- Suescún, A. (1998). *Derecho y sociedad en la historia de Colombia: Tomo I*. Tunja: UPTC.
- . (2001). *Derecho y sociedad en la historia de Colombia: Tomo II*. Tunja: UPTC.
- Twiming, W. (2005). *Derecho y Globalización*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Uprimny, R. (1991). “El bloque de constitucionalidad”. En: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Vol. 1. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Urbina, E., Acosta, J., Durán, R. & Palomares, J. (2011). *Derecho de los contratos en Colombia. Tendencias globalizantes*. Bogotá: Editorial Ibañez y Universidad Santo Tomás.

- . (2012). *Los contratos en la era global*. Bogotá: Editorial Ibañez y Universidad Santo Tomás.
- Wieacker, F. (1957). *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*. Madrid: Aguilar.
- Windscheid, B. (1976). *Tratado de derecho civil alemán (derecho de pandectas): Tomo I volumen I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Zimmermann, R. (2009). *Europa y el Derecho romano, estudio introductorio*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2010). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo: la tradición del derecho civil en la actualidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DE LA DIFICULTAD PROBATORIA PARA EL TRABAJADOR EN CASOS DE ACOSO LABORAL¹

ANGÉLICA MARÍA PARRA BÁEZ²
LILIANA ANDREA VARGAS ESPITIA³

INTRODUCCIÓN

Dentro de la presentación de la propuesta investigativa relacionada con la carga de la prueba para el trabajador en los procesos laborales, nos encontramos con situaciones que a nuestro juicio requieren de una especial valoración, en contraste con el asunto planteado, ya que, se han convertido en reclamaciones de los trabajadores que no encuentran eco en los despachos administrativos y judiciales debido a su dificultad probatoria o las excesivas exigencias de los operadores para efectuar reconocimientos o impartir sanciones ante situaciones vulnerantes de los derechos de los trabajadores.

Así las cosas, en este escrito nos detenemos en la revisión de un tema que está íntimamente relacionado con la dignidad de la persona, su libertad, su intimidad, su honra y su salud mental, derechos que se ven amenazados ante la existencia de situaciones de acoso dentro del ámbito laboral, con el propósito de analizar tal temática y su desarrollo procedimental para lo cual

¹ Producción académica resultado del proyecto de investigación “El papel de la prueba para el trabajador en los procesos laborales y trámites administrativos para el reconocimiento de prestaciones sociales y económicas”. Línea de investigación: Derecho Laboral y Seguridad Social”. Centro de Investigación: Francisco de Vittoria. Universidad Santo Tomas de Aquino.

² Abogada de Universidad Santo Tomas. Especialista en Derecho de la empresa y derecho comercial de la Universidad del Rosario. Magister en Historia de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Docente Régimen Pensional Colombiano de la Universidad Santo Tomas. angelicaparra@usantotomas.edu.co

³ Abogada de Universidad Santo Tomas. Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesora de Derecho Laboral Individual, Derecho Colectivo y Técnicas de Negociación Colectiva de la Universidad Santo Tomas. lilianavargas@usantotomas.edu.co

partimos de *i)* el concepto y las distintas presentaciones, *ii)* el procedimiento administrativo y la carga probatoria en un proceso judicial de acoso laboral iniciado por el trabajador vulnerado.

Para lo anterior, utilizamos una metodología analítica de texto normativo, jurisprudencial y doctrinal con apoyo en la búsqueda de fuentes y revisiones realizadas por los alumnos de investigación asistida quienes colaboraron en alcanzar el objetivo propuesto.

1. ACOSO LABORAL - SUS PRESENTACIONES Y LA LEY 1010 DE 2006

Es bien sabido que el día a día en un mundo caracterizado por el capitalismo salvaje ha llevado a que los trabajadores pasen más horas en su lugar de trabajo que en sus propios hogares, convirtiéndose los espacios laborales en la fuente de desarrollos personales y profesionales en una dinámica permanente de empleador –trabajador; y trabajador– trabajador, razón por la que la preocupación de bienestar y humanización se torna cada vez más relevante con exigencias básicas de respeto, justicia, igualdad y confianza.

Este respeto implica la prohibición de agresiones físicas, verbales, psicológicas y morales entre los miembros de la comunidad que interrelaciona a empleadores y trabajadores ya sea en pequeñas empresas o grandes multinacionales, entidades públicas o privadas, empresas formales o informales con constitución legal o no; se trata de establecer relaciones cordiales en lugares de desarrollos laborales bajo las premisas de respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas en el lugar de trabajo.

Entonces, se parte de derechos inherentes a la naturaleza humana, base y sostén de cualquier institución, publicados y reconocidos desde la revolución francesa y para los trabajadores, recogidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– relativa a los principios y derechos fundamentales en su sede laboral.

Para Colombia, tales derechos se encuentran regulados en la Carta Política en su artículo 53 de la siguiente manera:

“(…) ARTÍCULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo;

irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.(...)”⁴.

Protecciones legales al trabajo que son el reflejo de una necesidad especial de repudio a expresiones que atentan contra los trabajadores, dado que ya está suficientemente decantado que no se protege al trabajador, únicamente velando por el pago de las prestaciones sociales y económicas a las que tiene derecho, sino por el respeto de su dignidad, reprochando hostigamientos y conductas abusivas de cualquier índole.

Se llega entonces al tema del acoso laboral, históricamente asociado a acoso sexual pero hoy extendido a una práctica mediante la cual de forma repetida se ejercen contra un trabajador actos de violencia (física o psicológica) que menguan su autoestima o su reputación. En otras palabras, el fenómeno se presenta cuando un victimario (jefe o compañero) agrede o ataca con conductas físicas o verbales recurrentemente a un subalterno o a un compañero (hombre o mujer - víctima) con la intención de doblegarlo, lo que desencadena la violencia laboral con consecuencias que inciden en la víctima produciendo renunciadas injustificadas o enfermedades laborales relacionadas con el estrés que pueden llevar incluso al suicidio de la persona y traspasan las barreras personales entorpeciendo el desarrollo productivo de las empresas.

La mayor preocupación se presenta en casos de acoso silencioso, esto es, cuando no se trata de agresiones físicas sino de acosos psicológicos en el trabajo conocido con el anglicismo de “mobbing” y pese a que éste puede presentarse privadamente, y es un comportamiento reprochable, es el

⁴ Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente 1991).

“mobbing” público el que ha sido regulado en Colombia bajo una presunción legal, tal como se desarrollará a continuación:

Se trata de una temática que se presenta históricamente en cualquier relación de poder o de competencia, pero solo hasta la inicios de los 80 suscitó especial interés en el ámbito laboral, siendo el pionero de estos estudios el psicólogo alemán nacionalizado sueco Heinz Leyman, quien analiza el “mobbing” señalando que *“el mobbing o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento y activamente mantenido en ella”*⁵, definición que es complementada por este científico de la siguiente forma: *“situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo (...)”*⁶, la cual arroja los elementos del abuso que se resumen en: asimetría de las partes, intención de causar daño, causación del daño y el carácter deliberado, complejo, continuo y sistemático de la agresión.

Así mismo, a inicios del siglo XXI el psicólogo español Iñaki Piñuel y Zabala, reconocido por sus estudios acerca del mobbing o acoso psicológico en el ámbito laboral, realiza las primeras publicaciones en español con una especial preocupación por la recuperación de las víctimas de acoso psicológico, definiéndolo como *“un continuado y deliberado maltrato verbal o modal que recibe una persona por parte de otro u otros, con vistas a reducirlo, someterlo, apocarlo, amilanarlo o destruirlo psicológicamente y que consiste en comportamientos de hostigamiento frecuentes, recurrentes y sistemáticos contra él”*⁷.

De igual forma, la OIT conceptualizó el término de acoso y lo incluyó entre las definiciones del Convenio colectivo sobre prevención y solución de reclamaciones en materia de acoso entre la Oficina Internacional del

⁵ Cita de Caballero, J. *Acoso Psicológico en el trabajo: Mobbing*. Revista Pacea de Medicina Familiar. (2005), pp.132-138. Disponible en: <http://www.mflapaz.com>

⁶ M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-282 (Corte Constitucional 18 de abril de 2007).

⁷ Acoso Laboral (en línea). Iñaki & Zabala. (Consulta: 15 diciembre de 2014). Disponible en: <http://www.acosopsicologico.com>

Trabajo y el sindicato de la OIT, suscrito en Ginebra en 26 de febrero de 2001, estableciendo en su numeral 2,9 que:

“(...) La expresión acoso abarca todo acto, conducta, declaración o solicitud que resulte inoportuno para una persona protegida y que pueda considerarse razonablemente en todas las circunstancias, como un comportamiento de acoso con carácter discriminatorio, ofensivo, humillante, intimidatorio o violento, o bien una intrusión en la vida privada. Incluye, pero no queda limitado a lo siguiente, que puede producirse aislada, simultánea o consecutivamente:

a) intimidación: agresión repetida o persistente, perpetrada por una o más personas, ya sea verbal, psicológica o física, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, que tiene como consecuencia la humillación, el menosprecio, el insulto, la coacción o la discriminación de una persona protegida. La intimidación puede manifestarse a través de:

i) medidas destinadas a excluir o aislar de la actividad profesional a una persona protegida;

ii) ataques persistentes y negativos al rendimiento personal o profesional, sin razón o autoridad legítima;

iii) la manipulación de la reputación personal o profesional de una persona protegida a través del rumor, la denigración y la ridiculización;

iv) el abuso de poder a través del menosprecio persistente de la labor de una persona protegida, o la fijación de objetivos con plazos poco razonables o inalcanzables, o la asignación de tareas imposibles;

v) el control desmedido o inapropiado del rendimiento de una persona protegida;

vi) la denegación inexplicable o infundada de períodos de licencia y formación.

b) acoso sexual: toda conducta no deseada o inoportuna de carácter sexual, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, que haga que una persona protegida se sienta humillada, coaccionada, discriminada o insultada. El sufrimiento causado por el acto o la serie de actos puede ser intencional o involuntario. Puede considerarse acoso sexual el comportamiento sexual coercitivo utilizado para controlar, influir o afectar al empleo, la carrera o la situación de una persona protegida. También puede manifestarse cuando una o más personas someten a una persona protegida, en cualquier plano, a un comportamiento ofensivo o humillante sobre la base del sexo o la sexualidad de dicha persona protegida, aun cuando pueda no existir una repercusión aparente sobre la carrera o el empleo de la persona protegida de que se trate. El acoso sexual puede manifestarse de diversas formas, entre las que cabe incluir:

- i) el contacto físico deliberado y no solicitado, o un acercamiento físico excesivo e innecesario;*
- ii) comentarios o gestos repetidos de carácter sexual acerca del cuerpo, la apariencia o el estilo de vida de una persona protegida;*
- iii) llamadas telefónicas, cartas o mensajes de correo electrónico de carácter ofensivo;*
- iv) la persecución;*
- v) la exposición o exhibición de gráficos, viñetas, dibujos, fotografías o imágenes de Internet de contenido sexualmente explícito;*
- vi) preguntas o insinuaciones acerca de la vida privada de una persona protegida;*
- vii) invitaciones persistentes para participar en actividades sociales pese a que la persona protegida haya dejado claro que resultan inoportunas; y*
- viii) bromas o proposiciones sexualmente explícitas.(...)”.*

La inclusión de estas conductas, a nuestro juicio, describen los casos de acoso laboral, infiriendo la afectación en la dignidad del trabajador agredido y las consecuencias en su salud, sobretodo mental, que pueden generar la permisión de estas conductas.

En atención a esta problemática y la visualización de sus consecuencias sociales, a medida que se realizaban estudios en el antiguo continente, éstas se fueron incorporando en el contexto laboral a través de las respuestas legislativas promulgadas alrededor del mundo como la adopción, en el año 2001 de la Resolución No. 2339 emitida por el parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo así como las soluciones por vías judiciales propuestas en países latinoamericanos ante la inexistencia de norma expresa sobre el tema del acoso laboral en la región.

Bajo la influencia de estas corrientes del pensamiento jurídico en el derecho laboral, en el año 2006, y después de grandes debates, el legislativo Colombiano promulgó la Ley 1010 de 2006, a través de la cual “*se adoptan medidas de prevención, corrección y sanción al acoso laboral en el marco de relaciones de trabajo*”.

Esfuerzo legislativo que reflejó la concientización del Congreso de turno de las nefastas consecuencias que a nivel social puede traer la permisión y expansión de un fenómeno que pone en riesgo la salud física y sobretodo psicológica de quien padece el maltrato, produciéndole trastornos de sueño, crisis nerviosas, depresiones, afectación en relaciones interpersonales e incluso como se señaló anteriormente hasta el suicidio.

Y es justamente esta norma, la Ley 1010 de 2006 que ya ha sido modificada por la Ley 1622 de 2013 la que llenó un vacío y propuso brindar protección a las víctimas de acoso laboral, no solo a partir de la toma de medidas correctivas y aplicación de sanciones, sino sobre todo de llamados a fijar medidas preventivas, partiendo de la idea que ninguno de nosotros está exento de ser víctima del acoso laboral, para lo cual en su artículo 2, acogiendo los antecedentes referidos en párrafos anteriores, definió y estableció genéricamente, las modalidades del acoso laboral, a saber:

“(…) Para efectos de la presente ley se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador; un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

En el contexto del inciso primero de este artículo, el acoso laboral puede darse, entre otras, bajo las siguientes modalidades generales:

1. Maltrato laboral. *Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.*

2. Persecución laboral: *toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador; mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.*

3. Discriminación laboral: *todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.*

4. Entorpecimiento laboral: *toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor; la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.*

5. Inequidad laboral: *Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.*

6. Desprotección laboral: *Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin*

el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.(...)”.

Así, es, de manera genérica, agrupó las conductas que constituyen acoso laboral de acuerdo con actuaciones desplegadas, señalando posteriormente en su artículo 7 la presunción de tales conductas que son un reflejo de los textos de la OIT al enumerar, aunque no de manera taxativa, 14 situaciones que desembocan en acoso y que desarrollan las modalidades generales, es decir, “todo acto de violencia”, “toda expresión” que genere daño, “todo comportamiento” que cause menoscabo y “toda acción” que obstaculice el cumplimiento de la labor, en aquellas relaciones de trabajo en las que exista dependencia y subordinación.

Como se puede observar recogiendo los elementos señalados por el profesor Leymann, se trató de censurar conductas dañinas y repetitivas encaminadas a causar miedo o intimidación con el fin de generar desmotivaciones laborales o renunciadas por parte del afectado, agresiones que se presentan en el plano físico o en síquis del individuo a través, por ejemplo, de insultos, humillación y descalificación pública, amenazas, desmejora en condiciones laborales sin razón alguna, actitudes y expresiones discriminatorias, críticas injustificadas, falsos rumores, acoso sexual, etc..

Finalmente, cabe aclarar como también lo realizó la Ley 1010 de 2006, que también existen conductas que no constituyen acoso laboral pese a que en principio así puedan parecerlo y se trata de un margen o una línea delgada difícil de separar, pero que resalta que, en relaciones de dependencia y subordinación per se, existen órdenes y exigencias necesarias para mantener el orden y el desarrollo de la labor, que pueden llevar a confusiones en tratándose de establecer situaciones de acoso laboral.

2. DEL PROCEDIMIENTO EN CASO DE ACOSO

Igualmente, y sin que se pretenda realizar un análisis exhaustivo de la Ley 1010 de 2006, es a partir de la misma, con aplicación tanto en el sector público como en el privado, que se establece un sus reglamentos internos, deben establecer procedimientos para superar estas situaciones, previo a alcanzar una instancia judicial.

No obstante y ante el fracaso de la prevención y/ o corrección en la utilización de la solución alternativa del conflicto, y posterior a la denuncia ante los inspectores de trabajo, se le otorgó la competencia judicial en la

definición de problemáticas que alcancen esta instancia, al juez laboral cuando se trate de trabajadores del sector privado, quienes deben adoptar las medidas sancionatorias que prevé la ley 1010 de 2006, o al Ministerio Público o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, cuando la víctima sea un servidor público.

Es decir, se aplican tratamientos distintos, así si se trata del sector público se aplica el Código Disciplinario único; en los casos del sector privado se aplica el código sustantivo del trabajo y las correspondientes indemnizaciones, si se hubiesen producido renunciaciones por este evento.

En este punto se considera importante revisar detalladamente los procedimientos que deben seguirse, en principio preventivamente y posteriormente, en un proceso judicial, para lo cual se parte de lo establecido en la ley 1010 de 2006, a saber:

2.1. POLÍTICAS DE PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN

Para hacer menos gravosa la situación de los acosados, debe lograrse un equilibrio entre el principio general que fija en cabeza del demandante la carga de la prueba y el establecimiento de mecanismos preventivos y correctivos simplificados que, de preferencia, se inicien y agoten dentro de las instancias administrativas internas de las empresas.

En este punto manifestamos nuestro desacuerdo con las medidas de que trata el artículo 9 de la ley 1010 de 2006, por cuanto, la primera de ellas, se limita a fijar, de manera hipotética y no obligatoria, la intervención del comité bipartito, en las empresas donde existan. En otras palabras, donde éstos no existan, este mecanismo resulta inoperante y, en consecuencia, su valor como factor disuasivo, resulta inocuo, con evidente desmedro de quienes se consideren acosados.

El punto dos (2) del precitado artículo, a nuestro juicio también resulta inoperante por cuanto la intervención de los inspectores del trabajo, de policía, personeros o defensores del pueblo en el trámite de estas situaciones, saca el problema del ámbito laboral de ocurrencia de los hechos y los somete a procedimientos administrativos ajenos a la vida laboral, fijando términos, condiciones y demás trámites procesales que, por sus mismas características, devienen en pequeños juicios, sujetos a su propia naturaleza, más de carácter burocrático que disciplinario.

Esta perspectiva de dilucidar los problemas de acoso en instancias ajenas a aquellas donde ocurrieron los hechos, se convertirá a la larga, en un factor de dilación que redundará en apatía de los perjudicados para hacer valer sus derechos y, con toda seguridad, se abstendrán de utilizar esta herramienta por considerarla ineficaz, tal y como sucede con la ocurrencia de otros conductas delictivas que no son denunciados por cuanto los interesados, de antemano, saben que no llegarán a ninguna decisión favorable a sus intereses y, en la mayoría de los casos suponen una ostensible pérdida de tiempo que afecta la productividad de la empresa y del trabajador.

De otra parte, deberíamos evitar al máximo activar los mecanismos policivos, administrativos o judiciales para atender esta clase de querellas por cuanto, a mayor saturación de estas instancias, más ineficiencia en la resolución de los problemas, lo que de contera, redundará en un mayor desprestigio de la administración de justicia que resulta lenta e inoperante para los ofendidos.

La tercera alternativa propuesta en la precitada norma, resulta en más de lo mismo. Se limita a sacar el problema de sus límites naturales y se deja su definición en manos de terceros que, por muy bien intencionados que sean, no dejan de ser ajenos a los hechos y sus circunstancias.

Nuestra prevención hacia la posibilidad de poner en conocimiento de terceros funcionarios del poder judicial las situaciones de acoso laboral, radica en la circunstancia de que en estos eventos los procesos que se instauren dejan de ser un medio para lograr la reparación del agravio causado, o prevenir su ocurrencia, y se convierten, por su propia dinámica, en fines en sí mismos, sujetos a sus propios tiempos, requisitos, plazos, recusaciones y toda clase de maniobras dilatorias, en su mayor parte puramente formales, cuya inobservancia, por minúscula que sea, puede acarrear la nulidad del proceso.

Lo anterior, sin contar con que estas querellas, puede ser susceptibles de segundas instancias, lo que resultaría en más demoras en su tramitación. No debemos convertir el ritualismo procesal en fuente de denegación de justicia, al pretender que todos los casos de controversias en los ambientes laborales, deban someterse al trámite procesal, más indicado para casos susceptibles de ser conocidos y juzgados en el seno de las empresas.

Esta alternativa judicial debe reservarse como última instancia y solo en aquellos casos en que aparezcan indicios o pruebas contraevidentes que pongan en peligro los derechos de las partes enfrentadas.

Por lo anterior, proponemos que en todas las empresas se conformen comités que podríamos denominar de garantías laborales, para estos casos específicos, que reciban las querellas y las tramiten de manera expedita, salvaguardando los principios básicos del debido proceso; nombrando un funcionario con la tarea básica de sustanciar la acusación y, si se considera que existen méritos para abrir una causa en este sentido, se cite a las partes para que expongan sus argumentos y se decida conforme a lo establecido en el reglamento interno de trabajo o en los manuales de convivencia que, de manera obligatoria, deberán implementar las empresas y cuya difusión deberá hacerse con una regularidad mínima de dos o más veces por año, dejando constancia expresa de aquellos trabajadores que han recibido esta clase de capacitación, lo cual resultará en una prueba categórica del compromiso de los empleadores de proteger los derechos básicos del trabajador. Lo anterior, sin perjuicio de que el trabajador inconforme con lo decidido, acuda a las instancias judiciales si lo estima procedente.

2.2. ACOSO LABORAL EN EL PROCESO JUDICIAL

Es evidente que para que se configuren aquellas conductas se requiere demostrarlas, haciéndose necesario partir de la realidad cotidiana y procesal en la cual se deben demostrar los hechos que se argumentan, para ello es indispensable recurrir a los medios de prueba establecidos en la legislación, los cuales sirven como herramienta al operador judicial para reconocer derechos a quien o quienes demuestren tenerlos dentro de un proceso judicial.

Desde el punto de vista procesal, para el autor Parra Quijano, “la carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos” (Parra, 2011, p. 233).

Al respecto, el autor Devis Echandía sostiene que “carga de la prueba es una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la

otra parte” (Devis, *Compendio de Derecho Procesal: Pruebas judiciales*, 2012, p. 138).

Por su parte, Gustavo y María Rodríguez definen la carga de la prueba como “la facultad discrecional de ofrecer y solicitar pruebas y de intervenir en su práctica a efecto de que el juez se forme una convicción sobre la existencia o circunstancias de los hechos del tema a probar, facultad que para las partes se ejerce en interés propio o con miras a obtener una decisión favorable, y para el juez como un deber funcional” (Rodríguez & Rodríguez, 1997, pp. 76-77).

Así las cosas, se hace necesario establecer de conformidad con las anteriores definiciones quien tiene la carga de la prueba en casos de acoso laboral y si en dichos procesos es viable aplicar la carga dinámica en los términos establecidos por el Código General del Proceso.

2.3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE ACOSO LABORAL

El artículo 13 de la Ley 1010 de 2006, establece: “*Procedimiento sancionatorio. Para la imposición de las sanciones de que trata la presente Ley se seguirá el siguiente procedimiento:*

Cuando la competencia para la sanción correspondiere al Ministerio Público se aplicará el procedimiento previsto en el Código Disciplinario único.

*Cuando la sanción fuere de competencia de los Jueces del Trabajo se citará a audiencia, la cual tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la solicitud o queja. De la iniciación del procedimiento se notificará personalmente al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud o queja. **Las pruebas se practicarán antes de la audiencia o dentro de ella. La decisión se proferirá al finalizar la audiencia, a la cual solo podrán asistir las partes y los testigos o peritos.** Contra la sentencia que ponga fin a esta actuación procederá el recurso de apelación, que se decidirá en los treinta (30) días siguientes a su interposición. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Procesal del Trabajo (...).”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior respecto del tema de las pruebas aceptables en los procesos de acoso laboral es menester remitirnos al Código Procesal del Trabajo y consecuencialmente al Código General del Proceso, el cual, respecto de la carga dinámica de la prueba, sostiene lo siguiente en el Art. 167:

*“(…) ...**CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.(…)”*

*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar; **exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.***

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba...”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta las múltiples quejas de acoso laboral por parte de los trabajadores “como parte débil de la relación” y el hecho de que la conducta casi siempre proviene del empleador o de sus representantes, se hace necesario un análisis detallado de la dificultad que reporta para el trabajador la consecución de los medios de prueba idóneos para demostrar la configuración de la causal de acoso, más si se tiene en cuenta que en muchos de los casos la conducta se realiza de manera verbal y sin testigos de ninguna naturaleza.

La dificultad probatoria obedece al hecho de que en el acto de acoso laboral en la mayoría de los casos participan solamente el acosador y el acosado, a menos que se haga uso de medios de pruebas no validas como es el caso de las grabaciones no consentidas, las cuales en nuestra legislación no son tenidas en cuenta por considerarse violatorias a derechos fundamentales de quien fue grabado sin consentimiento.

El Art. 7 de la ley 1010 de 2006, contempla: *“(…)Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y **pública** de cualquiera de las siguientes conductas (...) **Cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencias en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil.** (…)*”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Para el autor Devis Echandía “la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”. Continúa el autor diciendo que “cuando la presunción es creada por el legislador (...) se considera definitivamente cierto el hecho o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario; cuando es simple presunción judicial o de hombre, por lo general se considera ese hecho simplemente como probable, a menos que por basarse en una ley física inmodificable o por tratarse de varias deducidas de un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes, otorguen certeza sobre tal hecho; pero la prueba la constituyen el indicio necesario o los varios indicios contingentes o los demás medios de los cuales obtiene el juez los argumentos probatorios. (Devis. *Teoría General de la Prueba*, 2002, pp. 677-678).

De la norma en comento se puede evidenciar una dificultad probatoria ya que de ser público el acto de acoso, los testimonios o la prueba documental podrían llevar al juez al convencimiento de la existencia de la causal así no existiera la “presunción”, situación que no ocurre cuando los hechos se presentan en la intimidad o clandestinidad, por cuanto en este segundo evento será el acosado quien deba demostrar los hechos argumentados ante el juez de conocimiento.

Respecto de la “presunción” aludida, la H. Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-780 de 2007, en la que sostuvo: “(...) PRESUNCIÓN DE ACOSO LABORAL-No vulneración del principio de presunción de inocencia ni del derecho al debido proceso del denunciado/PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO-Aplicación en la inversión de la carga de la prueba en acoso laboral.

La presunción de acoso laboral objeto de análisis, no implica desde ningún punto de vista el desconocimiento del derecho al debido proceso del acusado. En efecto, quien es denunciado por haber desplegado presuntamente alguna de las conductas que configuran acoso laboral aún cuando lo haya hecho de manera reiterada y pública, tiene la posibilidad, dentro del proceso, ya sea judicial o disciplinario, de controvertir las pruebas en aras de demostrar que los hechos que dieron lugar a tal proceso no ocurrieron o que, en caso de haber tenido lugar, no configuran la conducta de acoso laboral. De esta manera, la presunción establecida en la disposición objeto de examen no contraría el principio de presunción de inocencia ni el derecho al debido

proceso, pues se trata de una redistribución de las cargas procesales que no hace nugatorio el derecho de defensa de quien debe desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida. Se trata, como se dijo en el acápite anterior, de una institución jurídica que permite al legislador invertir o desplazar el objeto de la prueba, con el propósito de corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba en favor de quien se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, en este caso concreto, como manifestación directa del principio *in dubio pro operario* y proteger así bienes jurídicos particularmente valiosos. (...)”.

Así las cosas, cuando se trata de conductas constitutivas de acoso laboral realizadas en público en presencia de terceros esta se presume verdadera hasta que esto sea desvirtuado por prueba en contra. No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo con los hechos constitutivos de acoso laboral realizados en privado, lo que, a nuestro modo de ver, genera una carga excesiva de la prueba sobre la víctima del acoso privado que, a la postre, podría derivar en el desconocimiento de derechos fundamentales tales como: la dignidad humana, la justicia, la honra, la salud (mental o física) y otros más; todo en razón de la enorme dificultad, y hasta imposibilidad, que tiene el acosado de probar lo que afirma⁸.

El principio general de la prueba enseña que en los procesos judiciales, se puede acudir a todos los medios probatorios para demostrar la validez de lo que se afirma o se niega en los hechos sujetos a controversia.

Su eficacia dependerá de que las pruebas aportadas lo hayan sido con arreglo a la ley, el valor que se les asigna y que hayan sido controvertidas dentro de los términos fijados para cada caso particular.

En el caso materia de estudio, las pruebas deben establecer que los hechos u omisiones que se debaten como típicas de conductas que se enmarquen dentro del concepto de acoso laboral deben ser reiterativas, de tal suerte que de ellas se pueda predicar que constituyen un patrón de conducta que apunta a la realización de un resultado contrario a derecho, tal como lo consagra la ley 1010 de 2006, al considerar que la actitud persistente ejercida contra un trabajador por parte de otro trabajador o el empleador o su representante, jefe directo, etc., es idónea para que, a través del miedo, intimidación o

⁸ Conclusión de Cristian Mora, Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás como resultado de la investigación asistida Dirigida por la Docente Liliana Andrea Vargas Espitia.

terror, el acosado se vea forzado a una de dos decisiones: 1). Dejar su cargo, con las consecuencias personales, familiares y sociales que ello supone, o 2). Lo haga incurrir en faltas que afecten su rendimiento y productividad, de suerte que pueda ser objeto de medidas disciplinarias que si bien, no se traducen en retiro de la empresa, incida en una pérdida de capacidad laboral que le haga perder oportunidades de ascenso, mejoras o capacitaciones que le representen ascensos, aumentos salariales, su inclusión en programas de capacitación, entre otras ventajas laborales.

La característica fundamental del acoso laboral, dentro del cual puede encajar el acoso sexual, es su carácter de reservada, normalmente ajena al escrutinio público y, siempre de por medio, la figura psicológicamente intimidante del superior o del compañero físicamente más fuerte.

Lo anterior representa una clara desventaja para la víctima que, en forma silenciosa, debe soportar esta situación como quiera que demostrar este tipo de agresiones resulta en ocasiones imposible, ya que todo se reduce a una confrontación de credibilidad entre las partes, que en nuestro sistema procesal se ve aún más agravada por la mentalidad penalista de pretender que, en todos los casos, la carga probatoria a cargo del ofendido debe reunir el requisito de prueba más allá de toda duda razonable.

Si bien este principio es de total validez en asuntos penales, ya que los bienes jurídicos protegidos son la vida y la libertad, en aquellos aspectos relacionados con derechos civiles o laborales, en los cuales los bienes jurídicos protegidos son, de índole pecuniaria, deben aplicarse los principios de la preponderancia de la prueba, es decir, basar el fallo por considerar que los hechos en controversia, revisten carácter de mayor o menor probabilidad de ser ciertos.

CONCLUSIONES

El acoso es un fenómeno que históricamente se ha presentado en las relaciones de poder y de competencia, siendo los espacios de trabajo idóneos para su proliferación, pese a que solo hasta la década de los 80, se iniciaron estudios que permitieran determinar, no solo las causas sino los efectos, al ser reconocidos como una problemática social que requiere atención, no obstante solo hasta inicios del siglo XXI las legislaciones europeas se preocuparon por normatizar las situaciones de acoso laboral y los estrados judiciales se constituyeron en fuentes primarias de atención y desarrollo de la temática.

Así, el acoso laboral no solo constituye un problema aislado en lo laboral, tiene impactos sociales importantes que afectan a los ciudadanos con destructivos efectos psicológicos sobre las víctimas, con alto impacto en sus relaciones interpersonales y en su salud, convirtiéndose en riesgos individuales que podrían incluso tener connotaciones de enfermedad pública.

La norma es el primer paso visible para atender el fenómeno aunque claro resulta la importancia de fortalecimiento educativo y concientización de los efectos tanto en víctimas como en victimarios, de allí la importancia de establecer medidas preventivas y de corregir efectos a partir de métodos alternativos de solución de conflictos, los cuales por sus bondades pueden llevar a controlar una situación antes de que tenga efectos realmente nocivos para la persona, su familia, la empresa y la sociedad.

Pese a lo anterior, no basta solo una promulgación normativa ya que se requiere de un compromiso para su cumplimiento y una real aplicación de las sanciones al fenómeno mediante el desarrollo de estructuras organizativas a nivel administrativo y judicial, que impidan hacer nugatorios los derechos debido a las excesivas exigencias probatorias a las víctimas del acoso laboral.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Betancourt, S. (julio-diciembre de 2010). *La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal*. Revista Ratio Juris, 25-24.
- Caballero, J. “Acoso Psicológico en el trabajo: Mobbing”. Revista Pacea de Medicina Familiar. (2005). P.132-138. Disponible en: <http://www.mflapaz.com>
- Devis, H. (2002). *Teoría General de la Prueba* (Sexta ed., Vol. II). Bogotá: Temis.
- . (2012). *Compendio de Derecho Procesal: Pruebas judiciales* (Onceava ed., Vol. II). Bogotá, Colombia: Temis.
- Parra, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio* (Decimaoctava ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Peralta, M. C. “El acoso laboral –Mobbing– Perspectiva psicológica. Revista Universidad de los Andes No. 18. Tema Psicología en Colombia. (2004), p. 111-122
- Pérez, J. (2009). *La Carga Dinámica de la Prueba en la Responsabilidad Administrativa Por La Actividad Médica –Decaimiento de su Aplicabilidad–*. Rastros de restos serie 11, 201-225.

Rodríguez, G. H., & Rodríguez, M. C. (1997). *Derecho Probatorio* (Séptima ed.). Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho.

LEGISLACIÓN

Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente 1991).

Código General del Proceso en Colombia, Diario Oficial XXX (Congreso de la República de Colombia 12 de julio de 2012)

Ley 1010, Diario Oficial No. 46.160 (El Congreso de Colombia 23 de enero de 2006).

Convenio OIT y Sindicato. (2001). Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/staffun/docs/harassment.htm>

JURISPRUDENCIA

M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-282 (Corte Constitucional 18 de abril de 2007).

M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-780 (Corte Constitucional 26 de septiembre de 2007).

M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-882 (Corte Constitucional 26 de octubre de 2006).

M.P. María Victoria Calle Correa, C-523 (Corte Constitucional 04 de agosto de 2009).

M.A. López Cabarcos, P. Vásquez Rodríguez. *Mobbing “Cómo prevenir, identificar y solucionar el acoso psicológico en el trabajo”*. Editorial. Piramide, 2005

WEB

Acoso Laboral (en línea). Iñaki Piñuel y Zabala. (Consulta: 15 diciembre de 2014). Disponible en: <http://www.acosopsicologico.com>

Esta obra se terminó de imprimir
en junio de 2016
con un tiraje de 500 ejemplares
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia