

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

**SISTEMA DE CONTRATACIÓN ATÍPICA ANTE EL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO TLC CON LA REPÚBLICA DE COREA DEL SUR**

LORENA PATRICIA ARANDA ORTIZ

TUTOR

GABRIEL FERNANDO BARRETO FERRO LL.M.

BOGOTÁ D.C.

2019

RESUMEN.....	iii
1. INTRODUCCIÓN.....	1
2.2 Leyes Comerciales Internacionales en Corea del Sur.....	23
2.2.1 Resolución de conflictos en Corea del Sur.....	25
2.2.2 Propiedad Intelectual en Corea del Sur	27
2.2.3 Obligaciones contractuales y estipulaciones del contrato de Know How con Corea del Sur	27
2.2.4 Problemas potenciales presentados frente a la negociación de propiedad intelectual en la República de Corea	31
2.2.5 Desventajas del know-how	32
2.2.6 La influencia del monismo impuro en la implementación de tratados de libre comercio. El caso Corea del Sur y Colombia.....	33
CONCLUSIONES	36
REFERENCIAS	41

RESUMEN

El Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Corea del Sur presenta una serie de retos desde el punto de vista contractual, toda vez que los contratos internacionales que el mencionado país maneja son principalmente los conocidos en la legislación colombiana como atípicos. Este aspecto advierte que el conocimiento para una nación avanzada tecnológicamente ocupa un renglón principal; mientras que en lo nacional se prioriza el intercambio de bienes, especialmente los derivados de la agricultura y la minería, lo que conlleva a que se deba realizar un esfuerzo en entregar reflexiones tanto teóricas, como metodológicas, que permitan comprender el alcance, bondades y obligaciones de las nuevas formas de contratación.

Por lo anterior, el presente artículo pretende evidenciar el estado de la cuestión existente en relación con la implementación de un contrato en particular, que en este caso tiene que ver con el “know how”, dentro del tratado de libre comercio en mención. Para este propósito se empleará una metodología de análisis documental de fuentes teóricas, reconociendo la ventaja estratégica de un contrato de esta naturaleza, dentro del marco de una teoría en concreto, desde la cual, se puedan proponer formas de solución de conflictos en la implementación de esta institución.

Palabras clave: Derecho comercial internacional, contratos atípicos, tratado de libre comercio, mercado asiático, corea del sur, “know how”.

ABSTRACT

The Free Trade Agreement between Colombia and South Korea presents a series of challenges from the contractual point of view, since the international contracts that the mentioned country handles are mainly those known in the Colombian legislation as atypical. This aspect warns that the knowledge for a technologically advanced nation occupies a main line; while at the national level, the exchange of goods is prioritized, especially those derived from agriculture and mining, which means that an effort must be made to deliver both theoretical and methodological reflections that allow understanding the scope, benefits and obligations of the new forms of contracting.

For the above, this article aims to show the status of the existing issue in relation to the implementation of a particular contract, which in this case has to do with the "know how", within the free trade agreement in question. For this purpose a documentary interpretative methodology of theoretical sources of international commercial law will be used, recognizing the strategic advantage of a contract of this nature, within the framework of a concrete theory, from which, ways of solving conflicts in the implementation of this institution.

Keywords: International Commercial Law, atypical contracts, Free Trade Agreement, Asian market, South Korea, "know how"

1. INTRODUCCIÓN

La reflexión teórica en relación con la implementación de tratados de libre comercio en América Latina, ha exigido estudios en diferentes aspectos. Por un lado, es posible advertir el análisis que ha suscitado la implementación de instituciones jurídicas del orden internacional y su tensión con respecto a la protección de derechos humanos¹.

Como se puede notar en este escenario, las relaciones comerciales propuestas dentro del marco de tratos de libre comercio, pueden poner en mayores grados de vulnerabilidad a personas o, grupos de personas que por sus condiciones particulares se encuentran en situaciones menos adecuadas para participar dentro de las exigencias comerciales y competitivas de un tratado de libre comercio. Esta razón explica el incremento de condiciones de mayor vulnerabilidad, cuando sus derechos se ven enfrentados a los intereses económicos y comerciales, que son propios de los acuerdos internacionales.

Por otro lado, la implementación de tratados de libre comercio ha exigido la evaluación de las condiciones internas de cada Estado. Este es el caso particular de Colombia, en el que poner en marcha acuerdos de comercio en el escenario internacional, exige la implementación de legislaciones, como las que se proponen en el marco de una justicia transicional, estimulando las condiciones necesarias para garantizar seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros².

¹ OLARTE BACARES, Carolina, *The articulation of international investment law and human rights: the Latin-American case*, Bogotá, Editorial Javeriana, 2017, pág. 8

² VELASQUEZ RUÍZ, Marco A., *The Colliding Vernacullars of Foreign Investment Protection And Transitional Justice In Colombia: a Challenge for the law in a global context*, a dissertation submitted to the Faculty of Graduate Studies in partial fulfillment of the requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Graduate Program in Law, York University Osgoode Hall Law School, Toronto, Ontario, may 2016, pág. 65

Igualmente, la implementación de tratados de libre comercio ha exigido la transformación de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, obligando a la superación de la formalidad y estimulando la posibilidad de que operadores judiciales interpreten acudiendo a fuentes jurídicas muy diferentes a las disposiciones normativas internas³.

En cuanto a este último aspecto, el presente artículo busca determinar la importancia que tiene el asumir una reglamentación formalista o antiformalista, dentro de un ordenamiento jurídico concreto, en este caso en el sistema jurídico colombiano. Con esto, no se pretende desconocer la existencia de diversas discusiones que hoy ocupan el escenario académico al respecto de la implementación de tratados de libre comercio, como se ha anotado en renglones previos.

No obstante lo anterior, por razones de delimitación teórica se hace necesario advertir qué tipo de teoría explica mejor la condición de solución de problemas que puedan presentarse en la implementación de un tratado de esta naturaleza. Dando a conocer las teorías que existen en cuanto a sistemas normativos formalistas y antiformalistas.

Así las cosas, sobre estas teorías en mención, en el caso particular de Colombia, el elemento a identificar tiene que ver con la transición que el ordenamiento jurídico constitucional ha tenido al pasar de una Constitución de 1886 a la Constitución de 1991. Siendo desde estos referentes desde los cuales

³ PERILLA, J. S. A., (2016). El monismo impuro desde el Bloque de Constitucionalidad colombiano. En W. Alvez de Souza y R. Rabinovich – Berkman (comps.) *Barajar y dar de nuevo: trabajos sobre temas de derecho, de sociología y de historia jurídicas, dedicados a la profesora Dra, Andrea Gaston*, (pp. 395 – 411) Salvador, Bahía (Brasil): Editoria Dois de Julho.

se hace posible distinguir la presencia de estas dos expresiones teóricas concretas, una inicialmente formalista y, otra, más dúctil⁴.

Primero, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en la que se propone un escenario abierto a la interpretación constitucional en cabeza de los operadores judiciales y, en la que se hace posible, además, advertir la presencia de nuevas fuentes del Derecho⁵.

Segundo, sobre esta transición constitucional, se puede decir que la misma implica dos teorías diferentes en el marco de la jurisdicción constitucional, de un lado la teoría dualista, haciendo alusión a las condiciones formales propias de un sistema jurídico diseñado a partir de reglas, mientras que por otro lado, la teoría monista, en la que las pretensiones de diseño del ordenamiento jurídico se basan en la apertura de nuevos elementos y fuentes de interpretación del Derecho⁶.

Ahora, no obstante, la doctrina ha propuesto dos referencias teóricas opuestas, la del dualismo y, la teoría monista, de igual manera, existen tesis intermedias que advierten matices de implementación de ambas en el ordenamiento jurídico colombiano. En cuanto a dichas expresiones intermedias, es posible poner de presente el debate propuesto por teóricos como Diego López Medina, en donde se advierte acerca de la implementación ajustada, no así de la implementación directa de paradigmas jurídicos de origen anglosajón o, de origen continental.

⁴ Al respecto de propuestas teóricas sobre el Nuevo Derecho, es posible encontrar las tesis de Gustavo Zagrebelsky, sobre una interpretación más abierta del Derecho Contemporáneo. Al respecto revisar: ZAGREBELSKY, Gustavo, *Justicia Constitucional. Historia, principios e interpretaciones*, volumen 1, traducción de César Moreno More, grupo editorial Zela, 2018, págs., 183 - 215

⁵ QUINCHE RAMÍREZ, M. El precedente judicial y sus reglas, Editorial Universidad del Rosario, legis, 2014, pág. 26

⁶ PERILLA, J. (2017). La agencia mercantil desde el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos, *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17 (33), 17-38, doi: 10.22518/16578953.911.

Por tal razón en diversos debates sobre la implementación del ordenamiento constitucional a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, es posible anotar que la transformación jurídica de jurisprudencia a precedente constitucional trajo consigo, la implementación de nuevas fuentes del Derecho distintas a las que desde la Constitución de 1886, ya eran conocidas por el ordenamiento constitucional⁷.

En este nuevo contexto la existencia y el reconocimiento de nuevas fuentes del Derecho, introduce la posibilidad de reconocer nuevos referentes de interpretación jurídica para la solución de casos concretos, como ocurre en el caso de los tratos de libre comercio, cuando se advierte que éstos, pueden incluso llegar a ocupar un espacio relevante como fuente vinculante del ordenamiento jurídico colombiano⁸.

Dicho lo anterior, el presente artículo propone resaltar que, si bien hay dos teorías reconocidas, de igual manera existe una que ha sido propuesta como la teoría monista impura, entendida ésta como aquella que existe, dentro de marco de la transición de un modelo formal a otro menos formal del ordenamiento constitucional colombiano. Dicha propuesta, advierte matices de implementación muy propias al poner a los tratados de libre comercio al mismo nivel de aquellos que existen en el nivel constitucional.

Este aspecto advierte una consideración especial de inclusión al ordenamiento constitucional de un tratado de naturaleza internacional, con efectos directos al ordenamiento interno y, en los cuales, el mismo aparece como fuente vinculante

⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, ediciones Uniandes, 2002, pág., 11

⁸ GRANADOS, J, La agencia mercantil desde el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos, cit, págs., 23 – 24.

para uso de los operadores judiciales en la eventual solución de problemas que puedan presentarse por la puesta en marcha de tratados de esta naturaleza.

Es por esto que el presente artículo se desarrolla, dentro de marco de la teoría monista impura, considerando que desde ella, no sólo se reconoce la manera especial que se tiene de resolver problemas que podrían no tener respuesta en el ordenamiento jurídico interno, sino además, estableciendo con éste fronteras de discusión teórica para el propósito de la presente investigación.

Ahora, establecido así el marco teórico desde el cual se adelanta la presente discusión, se hace necesario advertir cómo dicha teoría funciona, dentro del contexto de la implementación de un tratado de libre comercio en concreto suscrito, entre el Estado de Colombia y el Estado de Corea del Sur. Poniendo de presente además, los antecedentes y, las particularidades que se han planteado desde lo jurídico para ambos Estados, en este caso, sobre el uso de un tipo especial de contrato denominado Know How, para ser más precisos.

Concretamente para Colombia la suscripción de un tratado de libre comercio con el Estado de Corea del Sur, a partir de discusiones y acuerdos sostenidos desde el año 2013, se constituye históricamente como el primer instrumento de esta naturaleza con un Estado del Asia-Pacífico, el cual entró en vigencia tres años después, más exactamente el 15 de julio del año 2016.

Siendo importante resaltar tanto los aspectos de consideraciones negativas, como positivas que trae consigo la implementación de un tratado de esta naturaleza, para decir sobre las primeras lo siguiente: *“Corea es el país menos apropiado para realizar un acuerdo de libre comercio. En los últimos cuarenta años la productividad por trabajador en la industria creció 1,5% anual en Colombia y 7% en Corea. La productividad industrial en Corea en la actualidad*

es similar a la de Estados Unidos y el salario tres veces menor. Así las cosas, Colombia se vería desplazada en todas las actividades industriales de alguna complejidad; ni siquiera podría competir en las áreas de transporte y textiles. La estructura industrial se reduciría a alimentos, confecciones, agroquímicos y algunos productos metalmecánicos. El golpe sería peor que el de la apertura y el TLC con Estados Unidos. Significaría renunciar a otras dos décadas de industrialización⁹. (Sarmiento, 2012, párr. 5)

Sin embargo, llamó también la atención de muchos otros, quienes vieron en esta potencia asiática una inigualable oportunidad de negocio dada la relevancia de una sociedad que después de superar un cruento conflicto armado (1950-1953), tras el cual se recuperó de una forma asombrosa, por lo que decide firmar un tratado de libre comercio con Colombia, una vez firmado el acuerdo final para la terminación del conflicto y para la construcción de una paz estable y duradera con las FARC. Adicionando a esto el hecho de la característica propia del Estado colombiano de provenir de una tradición formalista en el marco jurídico y, el aún reciente fomento de tendencias antiformalistas, que puedan hacer posible la implementación adecuada y efectiva de un tratado de libre comercio que sea relevante para los intereses económicos del país.

Sumado a lo anterior, es importante igualmente aclarar, que el presente artículo sólo tiene propósitos de reflexión en relación con los retos de naturaleza jurídica que el tratado de libre comercio suscrito con Corea del Sur, trae para Colombia en cuanto a la implementación de un tipo específico de contrato atípico para el ordenamiento nacional y, no tiene más allá de esto, intereses de análisis económicos, políticos, sociales y culturales, que no obstante son relevantes

⁹ Sarmiento, E. (2012). *No al TLC con Corea*. Obtenido de El Espectador: <http://www.elespectador.com/opinion/no-al-tlc-corea>. Revisado el 29 de septiembre de 2018

para una comprensión mucho más amplia y compleja, pero que escapa a los intereses que se propone el presente documento.

Finalmente y, con fundamento en el marco teórico propuesto, el presente documento pretende dar respuesta a la pregunta en relación con la posibilidad de que la teoría del monismo impuro, pueda contribuir a la solución o, no de eventuales problemas en la implementación de contratos atípicos como el Know How, en el marco del acuerdo de libre comercio entre Colombia y Corea del Sur.

2. Formulación del Problema de Investigación

La presente investigación está orientada a difundir y promover el conocimiento de la contratación atípica en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Corea del Sur, particularmente de la implementación de un contrato atípico en especial denominado Know How, para lo cual se plantean los siguientes interrogantes:

- ¿Qué obligaciones tendría un contrato de “know how” que se suscriba en el marco del Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y Corea del Sur?
- ¿Qué aspectos de la teoría del monismo impuro podrían ser útiles, para llenar los posibles vacios normativos que pudieran surgir en los contratos Know How, suscritos en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Corea del Sur?

2.1 Preparación Nacional para brindar seguridad jurídica a la inversión extranjera esperada en el TLC con Corea del Sur

Respecto a los tratados de libre comercio, se hace necesario decir que éstos se han constituido en los últimos años en una herramienta de potenciación del intercambio de bienes y servicios entre Estados, permitiendo nuevas dinámicas y requiriendo un esfuerzo adicional de los Estados para generar instrumentos y estándares que faciliten la negociación, la comunicación y la solución de conflictos, generando de esta forma confianza entre los empresarios y entre gobiernos, en el entendido que estos últimos sacrifican una importante fuente de ingresos como son los aranceles de importación en pos de un bien superior.

Ahora, dentro del marco del tratado de libre comercio entre Colombia y Corea del Sur los contratos atípicos han tenido un desarrollo complejo, toda vez que en una tradición de derecho escrito, el advenimiento de figuras novedosas, que han demostrado su utilidad en el mercado internacional, por su capacidad de adecuarse a las necesidades de los clientes, han enfrentado a la realidad comercial con aparatos legislativos formalistas. Para el caso de la presente investigación se ha seleccionado el contrato de “know how” de cara al tratado de libre comercio en mención, como una herramienta que permite explotar el conocimiento tecnológico que posee un Estado determinado y las competencias que para su desarrollo se requieren concretamente.

Dentro de marco del presente artículo es relevante tratar este contrato, inicialmente por la novedad que significa en un tratado de libre comercio con un Estado como Corea del Sur, que además cuenta con una economía de importante influencia. Asimismo, estudiar un contrato atípico como el “know how” representa un reto académico, puesto que se trata de una figura insuficientemente reglamentada dentro del ordenamiento jurídico colombiano,

así que la solución de problemas que pueda representar su aplicación, obliga a que su estudio sea pertinente, en procura de saber cómo llenar los vacíos normativos que la institución representa¹⁰.

Este contexto de reflexión teórica propuesto permite advertir que desde la teoría del monismo impuro, sea posible proponer un camino más claro para atender los retos de solución de casos concretos, en los que la aprehensión de conocimientos específicos, información, competencias para la implementación de procesos, el saber cómo hacer manejos de procesos tecnológicos, entre otros, goce de tener márgenes de comprensión jurídica para ambas partes en el acuerdo.

Además, porque la reglamentación del acuerdo de libre comercio en concreto, dentro de su cuerpo normativo, no dedica una parte especial a la reglamentación de figuras como las que en este estudio se propone. Por el contrario, al revisar el contenido normativo del acuerdo de libre comercio, no se anota una implementación especial sobre el Know How. Sin embargo, el acuerdo sí reglamenta, en su capítulo veinte, la solución de controversias que se puedan presentar, aspecto de obligatorio estudio, a fin de precisar si éste aclara la solución de aspectos concretos con el Know How¹¹.

En este mismo orden de ideas, la apertura económica colombiana, como parte del ambiente de internacionalización comercial que marcó la época de los noventa, se debía adecuar el régimen legal con el fin de garantizar que este fuera atractivo a la inversión extranjera, lo cual inició con la modificación de la

¹⁰ LLAIN-ARENILLA, Shirley & INSIGNARES-CERA, Silvana, “Efectos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos en torno al contrato de franquicia internacional”, 132 *Vniversitas*, (2016).Págs.21-58

¹¹ Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Corea del Sur. Contexto normativo. Ley 1747 del 26 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/733/acuerdo_de_libre_comercio_entre_la_republica_de_colombia_y_la_republica_de_corea. Revisado el 10 de diciembre de 2018.

Carta Magna que en su momento contemplaba la posibilidad de realizar expropiaciones sin indemnizaciones. Lo anterior, estaba en oposición a la equidad social, situación que conociendo la reciente historia de Venezuela, se antoja bastante propicio para resquebrajar la confianza de cualquier empresa extranjera, a lo cual siguió el desmonte de las normas de carácter proteccionista, dejando el contexto propicio para los posteriores tratados de libre comercio, lo que eventualmente encontró en las políticas que tenía ya maduras Corea del Sur y las excelentes relaciones políticas, uno de los acuerdos más ambiciosos, como lo explicó Guerra (2011): *“Corea del Sur y Colombia incluyeron en sus agendas la creación de un ambiente favorable para la atracción de flujos de IED, por motivos distintos y en momentos históricos diferentes. Por la necesidad de actualizar la estructura industrial del país, Corea del Sur decidió promover sectores asociados a mayor tecnología; para lo cual resultó necesario liberalizar la IED, abrir la mayor parte de los sectores, eliminar requisitos de desempeño a los potenciales inversionistas y participar en las negociaciones multilaterales y plurilaterales. (...) Entre los años 1998-2002, la inversión, en términos generales, fue vista como motor fundamental para presentar a Colombia como una economía de mercado abierta al exterior. La experiencia colombiana en la creación de un clima de inversión atractivo produjo frutos de una manera más clara que lo alcanzado por los surcoreanos, en términos de flujos de IED del año 1990-2010. Analizando la coherencia y pertinencia de la aplicación de mecanismos para el logro de los objetivos de gobierno, Colombia y Corea del Sur se valieron de instrumentos similares. Así, el gobierno surcoreano emprendió una Hoja de Ruta (2003) para suscribir TLC con sus socios comerciales prioritarios; reformando y ajustando su lista de prioridades. Colombia partió de la necesidad de crear un ambiente de seguridad jurídica –y personal- para los extranjeros traducida en la negociación y suscripción de acuerdos internacionales de inversión; para luego fijarse una agenda de negociaciones comerciales a finales del año 2000. En ese sentido,*

es claro que la década de 2000 significó tanto para Corea del Sur (Hoja de Ruta, 2003) como para Colombia la implementación de una agenda de negociadora para la suscripción de AII –más o menos profundos”. (Guerra, 2011, p. 138)

Esta seguridad jurídica también propiciaría dos escenarios relacionados con el Know-How, en el primero se observa cómo por intermedio de este, el país más desarrollado garantiza el flujo de materia prima de calidad ayudando a la industria del menos desarrollado y en el segundo, el país con mayor poder económico pero necesitado de una tecnología en específico, invierte en áreas de interés de este segundo, tal como lo describió Won-Ho (2007): *“Por lo tanto, es preciso formular una estrategia «ganador-ganador» tanto para los países que exportan como para los que importan. Sería ideal que el país importador más competitivo en manufacturas pudiera cooperar con el país exportador en la modernización de sus industrias, mientras el segundo cooperar con asegurar las materias primas. Otro modelo sería el de cooperación entre China y Venezuela. China ofreció un crédito de 700 millones de dólares al gobierno venezolano para su utilización en programas para combatir la pobreza a cambio de tecnología para la refinación de petróleo. La mayor parte del petróleo que China explotará en Venezuela es del tipo brea, que requiere un proceso de refinación amplio y complejo, en circunstancias de que las refinerías venezolanas han sido adaptadas para tratar el petróleo crudo nacional pesado (NYT, 1 de marzo de 2005). Una de las claves de la cooperación entre Corea y América Latina radicarán en la eficacia con que se formule un modelo para el intercambio de capital y tecnología, y recursos”.* (pp. 25-26)

Estas son políticas similares de países asiáticos con importantes inversiones en países del Caribe y Sur América. También es común en Corea del Sur, tratados de menor envergadura, comparado con el suscrito con Colombia, ya que Corea del Sur ha hecho presencia en campos diversos al sector

económico, como lo es con intercambio de docentes, alumnos y maquiladoras de algunas de sus principales empresas, por lo que este aparte legal resulta indispensable para entender el nivel de éxito de un Tratado de Libre Comercio.

En relación con experiencias previas, el Estado asiático, ha logrado suscribir tratados de libre comercio con Estados como México, con quienes ha logrado generar un antecedente importante. Al respecto es posible advertir lo siguiente: *“La inversión coreana en México se ha intensificado también a partir de los noventa. Para profundizar aún más la relación, el 14 de noviembre de 2000 los dos países firmaron el “Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Corea para la promoción y protección recíproca de inversiones”. Bajo este acuerdo, cada país se compromete a promover y crear condiciones para que los inversionistas de los dos países realicen inversiones en su territorio, además de proveer un trato justo y equitativo y plena seguridad a la inversión. De 1994 a 2003 la inversión extranjera directa (IED) de Corea en México acumuló un monto de 646 millones de dólares, lo que representa 0.5 por ciento del total de la IED que México captó en esos nueve años y 6.4 por ciento de la IED procedente de la Cuenca del Pacífico; en esa región Corea se ubica en el tercer lugar en importancia, antecedida por Japón y Singapur”.* (Falck, 2004, pp. 76-77)

En el caso colombiano, dentro de muchas razones, una de gran importancia que se resalta como antecedente de suscripción de dicho tratado con Corea del Sur, es el interés que tiene el Estado colombiano de estimular un mayor grado de exportaciones. Este aspecto es importante, si se tiene en cuenta que Colombia en comparación a otros Estados de América Latina, como Perú y Chile ocupa un margen muy por debajo de lo que estos otros Estados dedican

de su Producto Interno Bruto a las actividades de exportaciones de bienes o, servicios¹².

Por tal razón, dentro del contexto legal del tratado de libre comercio, entre Colombia y Corea del Sur se dedica un capítulo a la Cooperación, buscando con ello fomentar particularmente la transmisión de conocimiento e información acerca de tecnología, lo que se enmarca dentro del manejo de contratos atípicos como el Know How.

En este aspecto, el tratado de libre comercio en su capítulo diecisiete, dedica una reglamentación especial a la transmisión de nuevo conocimiento, como ocurre en el caso de la innovación en asuntos de naturaleza agrícola entre las partes, al advertir lo siguiente: *“promover el intercambio de información sobre el comercio de bienes agrícolas entre las partes”*¹³.

Como bien se puede notar, si bien el texto legal del tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y Corea del Sur, no trata taxativamente el uso de contratos atípicos como el Know How, no excluye igualmente que éstos, deberán ser usados, buscando dar cumplimiento a propósitos, como los que se mencionan, en relación a la transferencias de información y nuevo conocimiento entre las partes, para efectos de un logro de innovación en asuntos como los agrícolas, entre otros.

Así las cosas, se hace importante empezar por analizar, qué contexto jurídico será necesario para resolver eventuales problemas que se puedan presentar,

¹² Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Corea del Sur. Contexto normativo. Ley 1747 del 26 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/733/acuerdo_de_libre_comercio_entre_la_republica_de_colombia_y_la_republica_de_corea. Revisado el 10 de diciembre de 2018.

¹³ *Ibíd.*

en relación con la implementación del tratado de libre comercio en mención y, de figuras atípicas como el Know How en concreto.

respecto al contexto de la normatividad internacional en la actualidad, el liderazgo internacional en la materia recae sobre la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, quien tiene como función principal *“modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional”* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, s.f., párr. 1), la cual tiene dentro de sus instrumentos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, La Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974 y La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.

De forma anticipada se logra evidenciar una primera dificultad, puesto que como su nombre lo indica el fuerte del instrumento es el comercio *de mercaderías*, como expresamente lo dice en su Artículo 3 numeral 2: *“La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios”* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1980, Art. 3).

No obstante, deja una normatividad básica para entender el comercio internacional, tal como la formación del contrato, la compraventa de mercaderías, las obligaciones del vendedor y del comprador, los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato, la transmisión del riesgo, el incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas, la indemnización

de daños y perjuicios, entre otros, de tal forma que existe una corriente que le da validez más allá de su concepción inicial.

En relación con la convención en concreto la doctrina advierte lo siguiente: *“La Convención de las Naciones Unidas para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, adoptada en la ciudad de Viena el 11 de abril de 1980, de la cual son parte a la fecha 65 estados, entre ellos Colombia, que la adoptó mediante la Ley 518 de 1999, es aplicable a las transacciones que caigan bajo los APLICABILIDAD DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS... 321 preceptos de carácter geográfico, material y temporal, que como según se verá, expresamente están determinados en la misma. No obstante lo anterior, un grupo de laudos arbitrales extranjeros, vienen adoptando la teoría de la aplicabilidad de la Convención como lex mercatoria, independientemente de que se den o no los factores indicados, al entender que en la medida en que la Convención es el reflejo de las principales reglas del contrato de compraventa, comunes a varios sistemas jurídicos, o de la costumbre internacional, resulta aplicable a los contratos internacionales. En este sentido, se abre camino a un concepto real de lex mercatoria, la cual, independientemente de su origen, legislado o no, contiene una serie de preceptos reguladores de dichos contratos”.* (Oviedo, 2005, p. 51)

Una estructurada política internacional fue uno de los factores de éxito, la cual no opera de una forma arbitraria, toda vez que existe un delicado balance entre la necesidad de importar y el cuidado a la industria nacional, así como la demanda interna de productos nacionales y la exportación de los mismos, de tal forma que el planeamiento de la apertura debe ser extremadamente cuidadoso, como en efecto Corea del Sur lo aplicó.

Con los avances tecnológicos que permiten que el conocimiento de determinadas fórmulas, secretos industriales y experiencias cobren relevancia, junto con el intercambio de mercancías empieza a surgir la necesidad de comercializar estos bienes “inmateriales”, por lo que se dinamizan las obligaciones, generando una serie de contratos como las franquicias y el know-how, el cual al ser una figura compartida entre varias legislaciones, presenta definiciones con elementos comunes; tales como la autora peruana Ursula María Corcuera Barcena, quien procura concentrar los elementos comunes de las diferentes legislaciones: *“El Contrato de Know How, es un contrato empresarial, por el cual la proveedora o dador transmite de modo temporal un conocimiento especializado no patentado o patentable, caracterizado por ser de índole confidencial, sustancial e individualizado, a un beneficiario, en mérito de lo cual el adquirente deberá efectuar el pago de un royalty calculado en virtud de la productividad y ventaja adquirida”*. (Corcuera, 2008, p. 35)

Es importante advertir que por su característica variable, el concepto de know-how puede ser dispendioso, toda vez que en la medida que van avanzando las necesidades de información y la forma en que se pueden emplear, un concepto puede verse revaluado por uno nuevo, sin mencionar que su carácter internacional hace que este pueda tener un desarrollo distinto según las diferentes realidades regionales.

Al respecto, la doctrina advierte el interés que cobra la discusión sobre la definición conceptual que el Know How puede tener. Sobre este particular se dice lo siguiente: *“El definir un concepto o una definición única del Know How que se acepte uniformemente por la doctrina no ha sido posible ya que no hay un acuerdo generalizado sobre cuáles son los conocimientos comprendidos por el Know How, el autor Farina, nos indica que es un concepto originado a partir del Derecho Anglosajón, el menciona: La expresión know how-elipsis de know how to do it- es de origen norteamericano, y circula desde hace varias décadas*

en el lenguaje corriente del comercio internacional. Se refiere, dentro de dicho ámbito a la pericia técnica y a la habilidad práctica necesaria para ejecutar fácil y eficientemente una operación complicada, destinada a producir bienes y servicios. Es claro entonces que si es claro el origen de la expresión más no así sobre lo que se entiende por Know How, algunos autores como indica Cabanellas identifican al Know How como conocimientos técnicos, el menciona: “En general, y salvo las aclaraciones que sean pertinentes, la expresión Know How, utilizada en la literatura jurídica en lenguas extranjeras, será traducida como conocimientos técnicos. Esta posición puede aparecer contradictoria con nuestro análisis del concepto de Know How, que tiende a demostrar que éste presenta frecuentemente denotaciones ajenas a la de conocimientos técnicos. Como bien lo indica Cabanellas no es correcto delimitar específicamente el Know How a conocimientos técnicos, ya que este término engloba otra serie de conocimientos que se ha determinado en algún momento pueden considerarse dentro del mismo y que no refieren específicamente a conocimientos técnicos, ya que se puede hablar de conocimientos de otra naturaleza como administrativos, financieros etc”. (Segura, 2012, p. 54)

A pesar de la discusión sobre una definición satisfactoria de esta forma contractual, las evidentes ventajas competitivas y la dinámica comercial le han otorgado un lugar especial entre las empresas que desean vender su conocimiento y las que están interesadas en adquirirlo. Sobre este aspecto es posible decir: *“Por otra parte, la tecnología actual hace que la competencia entre empresas se sitúe en pequeños avances que son a veces difícilmente patentables y que en todo caso, por su rápida obsolescencia no llegan a patentarse. La transmisión de estos conocimientos industriales conservados bajo el régimen de secreto se efectúa a través de los contratos de licencia de know-how. El know-how se define como un conjunto de informaciones técnicas secretas, sustanciales e identificadas de forma apropiada”.*

Siguiendo con esta descripción puntual sobre el contrato del Know How, la doctrina señala especificidades que sobre el mismo, deben ser tenidos en cuenta a la hora de su implementación. Sobre este particular, se dice: *“El término secreto significa que el conjunto del know-how no es generalmente conocido ni fácilmente accesible, por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al licenciatarlo. Por su parte el término sustancial viene a significar que conlleva información importante para un proceso de fabricación, un producto o servicio o el desarrollo de los mismos, y que excluye toda información intrascendente. Por último, el término identificado significa que el know-how ha de describirse o registrarse en un soporte material. El contrato de know-how se caracteriza porque se produce una transferencia de tecnología, de carácter secreta o confidencial, que el receptor se obliga a mantener como tal. El objeto del contrato, en consecuencia, se agota con la comunicación de la información secreta, es irreversible. Una vez llegado a un principio de acuerdo, las partes deben dejar muy claros los principios que han de guiar la redacción contractual. Básicamente estos principios serían:*

- *Expresar con toda claridad su voluntad en todos los aspectos del contrato, eludiendo ambigüedades para evitar posteriores interpretaciones.*
- *Búsqueda de un equilibrio entre las contraprestaciones de las partes.*
- *Describir lo más ampliamente posible el objeto del contrato.*
- *Tiempo de duración y prórrogas, y relación entre las partes transcurrido el contrato. Esto puede traer cierta incertidumbre puesto que a consecuencia de los progresos tecnológicos el know-how puede pasar a ser de dominio público y perder su valor.*

- *Describir las operaciones que el adquirente puede desarrollar con la técnica adquirida.*
- *Sector industrial en que el know-how puede ser explotado. (De la Fuente & Echarry, 1999, p. 141)*

Es así que se pueden deducir dos elementos básicos de este contrato, los cuales son: que esta información es secreta y su valor patrimonial, es decir su capacidad de transformarse en valor monetario al aplicarse en un proceso industrial generando ganancias a su poseedor, frente a la competencia que lo desconoce, tal cual lo indica Segura (2012) citando elementos de José Massaguer: *“Así mismo este conocimiento debe ser secreto no puede ser del conocimiento generalizado, esto está estrechamente relacionado con el interés de tutelar jurídicamente este conocimiento, solo se tutela aquel conocimiento que no es del acceso de toda la colectividad, el autor Massaguer sobre esta característica de secreto menciona: “En la sentencia Mayo, S.A..c. Thompson Brandt, S.A., el Tribunal Supremo ha exigido la concurrencia de dos requisitos: la información técnica, por un lado, ha de ser secreta y, por otro, ha de poseer valor patrimonial. Secreto tiene, en este contexto, un doble significado. Esta nota concurre cuando los terceros ignoran la información técnica, pero también cuando los terceros simplemente no tienen acceso a la misma. Ignorancia significa desconocimiento, bien referido a la totalidad de la información bien sólo a una parte esencial de la misma o al resultado de la interacción de sus partes. Consecuentemente no es necesario que los conocimientos técnicos secretos también sean nuevos. Como requisito de protección, la novedad queda superada por el secreto, el contenido de la información técnica puede ser ya conocido, lo definitivo es siempre su aplicación, que puede tener lugar en procedimientos distintos o en condiciones hasta el momento desconocidas”.* (Segura, 2012, p. 46)

Comprender las particularidades de este tipo de obligación es básico para la consecuente estructuración de los estudios previos a su firma, por lo tanto se citan en este artículo las que se consideran más relevantes en su contexto internacional; tales como las que Benavente (2008) explicó desde el punto de vista de la legislación peruana, el cual tiene una amplia relevancia por las similitudes que guarda con la nacional. Sin embargo, se destacan las más relevantes:

1. Es un contrato principal, porque su nacimiento no depende de la celebración de negocio jurídico alguno; sin embargo, es común que se transfiera acompañado de otras figuras jurídicas ...

2. Es un contrato atípico al no estar regulado en el ordenamiento jurídico...

3. Es un contrato complejo, porque su estructura y objeto pueden revestir distintos esquemas negociables...

4. Es un contrato consensual, porque se perfecciona con el consentimiento de las partes...

5. Es un contrato constitutivo, porque crea relaciones jurídicas entre los contratantes, aunque es factible la celebración de un contrato modificativo o regulatorio del mismo, tendiente a modificar, añadir o especificar algunos elementos del contrato primigenio.

6. Es un contrato de prestaciones recíprocas, debido que, cada parte debe realizar una prestación a favor de la otra...

7. Es un contrato conmutativo, porque las partes tienen la posibilidad de conocer por anticipado los sacrificios y beneficios que importa la celebración del contrato.

8. Es un contrato que por sus efectos es generalmente de ejecución inmediata...

9. Es un contrato que por el tiempo de ejecución de las prestaciones puede ser de ejecución única o por tracto sucesivo...

10. Es un contrato ya sea de cambio, cuando se estipula la venta del Know How, o de goce, cuando sólo se estipula el uso y disfrute del mismo.

11. Es un contrato que puede ser paritario, es decir, que exista una negociación previa; no obstante, el transmisor puede de antemano haber determinado las cláusulas y estipulaciones, en donde sólo el receptor le queda aceptarlas o rechazarlas, es decir, puede darse un contrato por adhesión (como usualmente se da en el Know How comercial en relación con otras figuras jurídicas como una franquicia).

12. *En lo que respecta a su valoración, este contrato puede ser oneroso o a título gratuito, es decir, la reciprocidad de prestaciones entre las partes puede significar un enriquecimiento o empobrecimiento correlativo o solamente una parte sufre el sacrificio. (pp. 12-13)*

A pesar que Corea del Sur en su ánimo de convertir su economía a un modelo internacional implementó en su ordenamiento las figuras de contratación occidentales, es pertinente resaltar la noción particular que se tiene del contrato del know-how, para este caso se tiene como base el desarrollo de propiedad intelectual: *“Know-how se refiere a la información relativa al conocimiento y experticia industrial, comercial o científica, y puede ser cualquier tipo de información técnica requerida para un proceso industrial que no está abierto al público, a pesar que puede ser patentable o no. Tal know-how debe existir de una forma objetiva, tal como documentación, etc., y debe ser susceptible de uso repetido, para ser tratada como objeto de licencia. Esto lo hace diferente al servicio personal, por el cual la tecnología es provista por una persona (...). Una licencia de know-how es una licencia cuyo objeto es el conocimiento. El licenciataria garantiza el permiso para el uso de este conocimiento para un propósito particular y recibe una compensación. Diferente a la patente de licencia, la cual usualmente confiere el uso de una patente, una licencia de know-how generalmente incluye la descripción, educación, entrenamiento, instrucción, etc., sobre el conocimiento proveído, y como es frecuente acompañado por un suministro de partes principales o materiales necesarios para producir el producto del contrato. El principal reto de una licencia de know-how es la dificultad de mantener confidencialidad. La característica del know-how es que el valor no recae solamente en la información, sino en que esta permanezca secreta. Por lo tanto, si la confidencialidad se pierde, el know-how pierde su valor”.* (Comisión Italiana de Comercio, s.f., pp. 36-37)

2.2 Leyes Comerciales Internacionales en Corea del Sur

El sistema legal de Corea del Sur está basado en leyes codificadas y sus decisiones judiciales se sustentan en estas, no necesariamente en su precedente judicial y en su carácter internacional, pues han tomado prestadas muchas figuras de las leyes occidentales.

A inicios de los años 60 y ante la necesidad de una apertura económica, se fueron dando los primeros esfuerzos legales para tener una política comercial internacional, así lo relató Nguyen (2014): *“Antes de 1962, Corea del Sur no tenía ninguna política comercial formal, excepto la limitación de la importación de sustitución. Entonces en 1962, Corea del Sur comenzó con un proceso de desarrollo masivo. Se llevó a cabo una estrategia dirigida a la exportación. Además, se promovió fuertemente la política de exportación de bienes manufacturados ligeros y de mano de obra. La política proviene de las ventajas comparativas de Corea puesto que cuenta con una gran cantidad de mano de obra calificada, altamente motivada y de bajos salarios. El esfuerzo dio resultados significativos, lo que se refleja en el espectacular aumento de las exportaciones y el PNB.* (p. 25)

En igual sentido, sus tratados internacionales ratificados tienen los mismos efectos que sus leyes nacionales, como se encuentra en su Constitución: *“Los tratados debidamente concertados y promulgados por la Constitución y las normas de derecho internacional debidamente reconocidas, tienen el mismo efecto que las leyes domésticas de la República de Corea”* (Yoo, 1948, Art. 6).

Al respecto, es importante resaltar cómo, dentro del marco de la teoría que ha sido escogida para la explicación y la solución de problemas, en el tratado de libre comercio entre Colombia y Corea del Sur, este último Estado pone al

mismo nivel de su ordenamiento constitucional los tratados de esta naturaleza suscritos con otros Estados. Elemento por demás importante, si se quiere entender que la transformación de fuentes que existe en Colombia, respecto a una apertura más allá de la referencia de la ley local, no termina siendo exclusiva de la realidad colombiana, sino que además se presenta en contextos constitucionales y legales de latitudes diferentes.

Como lo señala la teoría del monismo impuro en la doctrina colombiana, existe una manera especial de entender la inclusión de los tratados de libre comercio dentro del orden constitucional, diferente a la manera como el dualismo y, el monismo puro lo han previsto. Por un lado, el dualismo ha previsto que los tratados de libre comercio están por debajo de la ley, si se entiende que la ley es el único referente de mayor valor, dentro de la jerarquía del sistema normativo.

Por otro lado, está la teoría del monismo puro, que advierte que dichos tratados, estén por debajo de la ley o, por encima, pero no en un estado de equidad, como sí ocurre en la propuesta que hace la teoría del monismo impuro. Así las cosas, el advertir que existan categorías de esta teoría propuesta en la doctrina colombiana, sobre el monismo impuro, comunes tanto al sistema jurídico de Corea del Sur, como al correspondiente colombiano, es un aspecto de especial interés, que seguro advierte un primer paso de aproximación a la manera cómo en su momento, se tendrá de resolver problemas de aplicación de contratos como el Know How, entre las partes.

En el mismo sentido el que se pueda advertir la existencia de un elemento común, en materia de sistema judicial, entre los Estados que se encuentran suscribiendo el tratado de libre comercio, permite deducir denominadores

comunes de interpretación a partir de los textos constitucionales¹⁴. Así como en Colombia, a partir de la implementación de un paradigma en concreto como el monismo impuro, se hable de la existencia de un tratado de libre comercio como fuente vinculante del Derecho, de igual manera, en Corea del Sur, según lo previsto en su texto constitucional, tal consideración pueda ser igualmente posible¹⁵.

Este es un asunto de gran valor, si se entiende que en materia de doctrina sobre la implementación de contratos atípicos, en el marco de la suscripción de tratados de libre comercio en Colombia, no existe información lo suficientemente amplia, como para llenar todos los vacíos que en materia jurídica, se pueden presentar a la hora de resolver problemas que puedan existir, una vez se empiece a ejecutar el tratado.

2.2.1 Resolución de conflictos en Corea del Sur

Frente a este tema, siguiendo con el análisis hecho en los párrafos anteriores y, la consideración de que un tratado de libre comercio haga parte del ordenamiento constitucional, como fuente vinculante del Derecho, el ordenamiento legal de Corea del Sur al respecto, pretende poner esta herramienta en un rol más significativo. Lo anterior dado un reciente cambio de mentalidad, puesto que en el pasado, basado en sus costumbres, un gran número de disputas fueron solucionadas de facto, con la ayuda de mediadores informales como miembros ancianos de la comunidad o de la familia, los cuales

¹⁴ En cuanto a la naturaleza jurídica de los precedentes judiciales de otros Estados, el autor colombiano Carlos Bernal Pulido, ha realizado un importante estudio de compilación de referencias doctrinales en las que se evalúan, cómo funcionan los precedentes de diferentes latitudes, entre ellos, los que existen en Asia y, las coincidencias y diferencias que existen entre éstos y nuestro ordenamiento constitucional. Al respecto revisar: BERNAL PULIDO, Carlo, Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial, traducido por Rodrigo Camarena González, editorial Universidad Externado de Colombia, 2015, pág., 229

¹⁵ GRANADOS, J, La agencia mercantil desde el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos, cit, págs., 23 – 24.

lograron pactar arreglos sin necesidad de acudir a las cortes. Sin embargo, esta cultura se ha venido transformando, como se observa en la siguiente aseveración: *“Actualmente con el pensamiento occidental gradualmente ganando terreno en la sociedad Coreana y en el sistema legal como mecanismo central de resolución de disputas, más y más disputas se están resolviendo por la ley, en vez de la reconciliación informal. Los individuos se están mostrando más dispuestos a llevar sus problemas civiles a las cortes. Esto, ha generado un tremendo incremento en la carga legal”*. (Cho, 2010, p. 1)

Por lo anterior, se puede ver un fuerte componente de resolución de conflictos, el cual empleado de una forma adecuada puede ser una buena alternativa en los diferentes contratos que se puedan suscribir con Corea del Sur, puesto que evita la carga legal, facilitando las soluciones justas.

Este aspecto es posible si se entiende que a partir de la implementación de una teoría en concreto, en este caso el monismo impuro, se permita que los tratados de libre comercio, entre Estados como Colombia y Corea del Sur, sirvan como fuente directa del Derecho y, con ella, se llenen los vacíos que se puedan encontrar en los ordenamientos particularmente civiles y comerciales internos de cada Estado.

Así entonces, el punto de encuentro entre los dos ordenamientos jurídicos, por un lado el de Colombia y, por otro el de Corea del Sur, es el mismo tratado de libre comercio, con los retos, que por supuesto, puedan existir en asuntos de interpretación jurídica, a la hora de resolver los intereses de naturaleza económica que existen detrás del análisis jurídico al que se pueda llegar en el presente artículo.

2.2.2 Propiedad Intelectual en Corea del Sur

El gobierno de Corea del Sur tiene un especial cuidado sobre la propiedad intelectual y como tal insiste a sus socios comerciales que puedan conocer las formas en que pueden proteger y hacer cumplir los derechos sobre la misma. En igual sentido, advierte sobre los problemas que podría acarrear la violación a estos, de ahí que la Oficina de Propiedad Intelectual de Corea del Sur publicó un texto titulado Derechos de Propiedad Intelectual en la República de Corea, en la cual brinda insumos para conocer su sistema frente a esta materia: *“La propiedad Intelectual (IP) es un término referido a una marca, invención, diseño u otro tipo de creación, sobre el cual una persona o, negocio tiene derechos legales. Casi todas las empresas poseen algún tipo de propiedad intelectual, el cual puede ser considerado como un activo comercial. Los tipos comunes de propiedad intelectual incluyen:*

- *Derechos de autor: protegen obras escritas o publicadas tales como libros, canciones, películas, contenido web y trabajos artísticos.*
- *Patentes: protege las invenciones comerciales, por ejemplo, un nuevo producto o proceso comercial.*
- *Diseños: protege diseños tales como dibujos o modelos de computadora.*
- *Marcas comerciales: protege signos, símbolos, logos, palabras o sonidos que distinguen sus productos y servicios de los de sus competidores. (Government of Korea, s.f., p. 1)*

2.2.3 Obligaciones contractuales y estipulaciones del contrato de Know How con Corea del Sur

La legislación comercial de Corea del Sur contempla al contrato de “know-how”, en el “Enforcement Decree of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act”, como *“Contratos diseñados para introducir las licencias, o los derechos de uso,*

secretos comerciales u otras tecnologías similares a los mismos" ((Gobierno de Korea, 2010, Art. 47).

Antes de hacer una contratación de know-how, deben existir unos elementos claros que permitan lograr una negociación exitosa, tales como:

- Definir el objeto

En el caso de una licencia de patente, el objeto es claramente definido en el aparte de la patente. Sin embargo, el know-how no se encuentra tan claramente definido como la patente. Por lo tanto, se debe definir lo mejor posible, así como los objetivos de la licencia.

- Delimitación de la información, instrucción y educación

En caso de que sea necesario junto con la licencia relativa a la información técnica, brindar educación, entrenamiento, instrucción, consultorías, etc., junto con la licencia, es importante aclarar definir los términos y condiciones, tales como:

- Procedimientos y métodos para brindar información técnica, determinando quién costeará el reemplazo de la tecnología defectuosa, etc.
- Métodos de educación e instrucción del método técnico.
- Soporte técnico y gestión de calidad.

- Forma de suministrar las partes

En caso de que en la práctica esta licencia requiera el suministro de materia prima, partes, etc., es importante estipular claramente términos y servicios.

Estas estipulaciones pueden ser incluidas en un acuerdo de mercancías separado, si es necesario. Por ejemplo:

- Determinación de si se hará un suministro de materia prima, partes, etc.
- Determinación de las condiciones para el suministro, precios, fecha de entrega, etc.
- Determinar sí o no una provisión más favorable será empleada;
- Ingreso en un contrato de ventas separadas si es necesario.

- Intercambio de mejoras tecnológicas

En caso de que se puedan presentar mejoras tecnológicas durante el periodo del contrato, bien sea por parte del licenciado o el licenciante, se requieren estipulaciones concernientes a los siguientes aspectos:

- ¿A quién pertenecerían los derechos de propiedad y derechos sobre las patentes?
- ¿Podrá la contraparte disfrutar de derechos de uso de las mejoras tecnológicas?
- ¿Si es así, bajo qué condiciones se podrán usar las mejoras tecnológicas?

- Obligación de garantía sobre la tecnología proporcionada

Es la previsión sobre el protocolo a seguir frente a problemas tales como:

- ¿Cómo se solucionarán los problemas de la información técnica?

- ¿Si la información suministrada entra en conflicto con los derechos de un tercero?, como por ejemplo que pasaría si la tecnología es reclamada como suya por otra empresa.

Para esta última posibilidad, es importante verificar los aspectos de saneamiento del Know How disponibles en el ordenamiento comercial internacional, tales como: *“En cuarto lugar, está la cláusula de saneamiento sobre el Know How suministrado, la cual, se aplica en la venta o en la cesión del Know How; entre las modalidades de saneamiento tenemos: el saneamiento por evicción; el cual, se presenta cuando un tercero acredita que es el titular del Know How y el transmisor es una persona que ha conocido y transmitido los conocimientos técnicos indebidamente - espionaje, concurrencia desleal -, y aquel tercero que es el titular priva, mediante resolución judicial o administrativa firme, al receptor de aquel Know How transmitido, ya sea del derecho de propiedad o del uso de los conocimientos técnicos reservados. Asimismo, se puede presentar saneamiento por vicios ocultos, el cual Chuliá comenta: “Se puede presentar con bastante frecuencia al adquirente, por tratarse de vendedores pertenecientes a otros países y que la maquinaria o técnica adquirida difícilmente pueda examinarse in situ”; en estos casos se puede aplicar los efectos propios de cada tipo de saneamiento”.* (Benavente, 2008, p. 440)

- Acuerdo de confidencialidad

Ya que la confidencialidad es precisamente la que mantiene el valor económico del conocimiento como tal, un contrato de licencia de know-how debe incluir un acuerdo mutuo sobre lo siguiente:

- Alcance de la información técnica que ha de ser confidencial,

- Método y requisitos para el mantenimiento de la confidencialidad;
- Colocación de una obligación de no divulgación no autorizada y la prohibición del uso no autorizado
- Período de mantenimiento de la confidencialidad;
- Devolver información confidencial y que prohíbe el uso después de la finalización del contrato.

2.2.4 Problemas potenciales presentados frente a la negociación de propiedad intelectual en la República de Corea

De primera mano existen unas dificultades generales en la negociación, las cuales van desde los retos lingüísticos hasta las dificultades del orden legal que se puedan presentar entre las partes. No obstante, uno de los principales retos es la filtración de la propiedad intelectual por cuenta de la piratería, teniendo en cuenta que la República de Corea tiene una de las mejores conectividades de internet del mundo. Sobre este particular se dice: *“En países como Corea del Sur, Japón, Estados Unidos y algunos países europeos, se cuenta ya con la tecnología de FFTH, lo cual abre enormes posibilidades de interconexión y de accesos a datos e información rápidos y confiables, así como a un intercambio seguro de datos entre instituciones públicas o privadas, empresas comerciales y centros de investigación, entre otros. Con lo anterior no sólo se tienen ventajas de acceso e intercambio de datos e información, sino que se avanza en la adaptación a los cambios futuros de interconexión a través de fibra óptica y de las aplicaciones que sean incorporadas a la red a partir de su uso”*. (Zavaleta, 2009, p. 59)

De ahí que la lucha de las autoridades frente a este flagelo, aunado a una facilidad enorme de transferencia de la información, deba ser tenida en cuenta

en un contrato de know-how, puesto que la información podría perder vigencia si ya ha sido distribuida de forma ilegal, por lo que la Oficina de Propiedad Intelectual en Corea aconsejó:

- *Asesorarse de un experto en propiedad industrial en Corea.*
- *Consultar publicaciones y sitios web sobre los derechos de propiedad industrial y protección en general*
- *Adelantar una evaluación de riesgo y controles con la debida diligencia con las organizaciones e individuos con los que se esté negociando*
- *Tener asistencia profesional de otros expertos, por ejemplo abogados, diplomáticos locales, cámaras de comercio....*
- *Consultar a otros comerciantes que hayan desarrollado negocios similares en Corea del Sur*
- *Hablar con agentes, distribuidores y proveedores sobre la mejor forma de salvaguardar sus derechos*
- *Verificar con las oficinas de patentes y marcas registradas si se ha habido registros previos u otro tipo de derecho de propiedad intelectual en la República de Corea*
- *Apéguese a sus métodos tradicionales de negocios, no sea tentado a hacer cosas distintas porque esté comerciando en un país distinto. (Government of Korea, s.f., p. 63)*

2.2.5 Desventajas del know-how

Puesto que no todo son ventajas en la contratación del know-how, es importante determinar algunos aspectos que se deben tener en cuenta antes de ir por un contrato de este tipo, los cuales son resaltados por la Cámara coreana de Comercio, basado en algunas prácticas comunes al determinar este contrato con algunas cláusulas diseñadas para proteger en exceso el conocimiento y para limitar el uso que se haga de este hasta límites que hacen reconsiderar si es efectivo para el mercado.

En relación a este tema la Cámara Italiana de Comercio, advierte: *“Los siguientes criterios serán usados. Aunque determinar lo inconveniente no*

depende de solamente de los términos del contrato, también en los efectos en la competencia, el periodo del contrato, la situación de los mercados relacionados, etc. La limitación del lugar de compra de la materia prima, partes y equipo de fabricación. La licencia de propiedad industrial es injusta si requiere comprar la materia prima, equipo de fabricación, etc., necesario para el derecho de fabricación de un producto usando la tecnología, marca o diseño provisto por el dueño del derecho de propiedad". (Comisión Italiana de Comercio, s.f., p. 36)

También son citados en el texto obligaciones que podrían antojarse abusivas por el dueño del conocimiento, como la obligación de emplear una marca que es del dueño de modelo de utilidad, así como la limitación de territorio de exportación, que sería el equivalente a vender el know-how con restricción de los territorios a los que se puede vender o incluso a compañías a las que no se puede vender, otras restricciones son la limitación en la cantidad autorizada para elaborar incluso la limitación en el precio de venta.

Dentro de las cláusulas del know-how que se evidencian desventajosas, se citan la limitante de mejorar, o incluso de efectuar estudios de mejora del conocimiento, convirtiendo cualquier descubrimiento que mejore la tecnología en una violación al contrato.

2.2.6 La influencia del monismo impuro en la implementación de tratados de libre comercio. El caso Corea del Sur y Colombia

Siendo la figura del know-how de herencia anglosajona, se podría intuir que la teoría preponderante para llenar sus vacíos se encuentra en el monismo impuro, dado que desde finales del siglo XX la influencia del constitucionalismo americano es fácilmente rastreable tanto en Corea del Sur, como en Colombia.

En relación con la influencia que han tenido los paradigmas y las instituciones jurídicas anglosajonas en Corea del Sur, incluso, mucho antes de lo que ha sido para Colombia, es posible decir lo siguiente: *“El contacto oficial entre América y Corea data de finales del siglo XIX. Con la ejecución del Tratado de Paz, Comercio y Navegación de 1882, los dos países entraron en una larga historia de comunicación y cooperación. Referencias esporádicas al constitucionalismo americano se encuentran en publicaciones de finales del siglo XIX. En la Era de la Dinastía, los primeros intelectuales coreanos que viajaron a América publicaron sus observaciones sobre la Constitución Americana [...]”* (Whan, 1993, p. 71)

No obstante, al efectuar un análisis de la legislación de Corea del Sur, en materia internacional no se podría decir que dicha influencia anglosajona se encuentra totalmente excluida, antes bien se puede afirmar que durante el periodo de transición la idea fue limitar el margen de interpretación, codificando las normas consuetudinarias.

En este orden de ideas la influencia de la cultura jurídica anglosajona continuaría vigente, ya no como un simple antecedente, toda vez que sigue como figura relevante en el comercio internacional y en consecuencia, puede ser traído como referencia dentro de una solución de conflictos respecto a dos Estados. Como se ha anotado previamente, la naturaleza de la teoría de un monismo impuro en Colombia, se origina producto de la influencia que tiene el contexto jurídico anglosajón en el ordenamiento constitucional, lo que permite que disposiciones normativas de antaño, empiecen a ser valoradas dentro del escenario de los principios y valores constitucionales, elementos más abiertos a interpretaciones por parte de los operadores judiciales.

Este aspecto de importancia, coincide en contextos matizados, en la cultura jurídica y su transformación en el caso de Corea del Sur, que de igual manera

ha estado influenciada por los paradigmas jurídicos anglosajones. Razón por la cual el hablar de una teoría en particular, desde la cual se pretende en el presente trabajo dar respuesta a la posibilidad de solución de problemas en la implementación de contratos como el Know How, no resulta caprichosa.

Lo anterior, sobre todo, si se entiende que la razón de hablar de una teoría monista impura, en el marco de tratados de libre comercio, resulta de la incidencia de contextos anglosajones, lo que permite deducir que desde esta teoría la transformación de las fuentes del Derecho, es una consecuencia de su influencia tanto en escenarios jurídico latinoamericanos, como de otras latitudes.

Por tal razón, producto de dicha transformación de fuentes, la teoría monista impura reconoce que los tratados de libre comercio, se puedan considerar como fuentes vinculantes del ordenamiento constitucional. No obstante los cuidados, y la negativa a renunciar completamente a las formalidades propias de la implementación de un contrato atípico, que como el Know How, requiere de exigencias, garantías y seguridades mínimas para las partes.

Por ello es importante destacar cómo en trabajos de derecho comparado, la certeza de una serie de cláusulas que abarquen la mayoría de posibilidades, en especial la solución de conflictos y herramientas de interpretación, cierra las opciones de malas interpretaciones y abuso por una de las partes: *“En cualquier caso debe tenerse en cuenta que dado que el contrato de cesión y licencia de know-how es atípico, su régimen jurídico no deja de presentar un cierto grado de inseguridad. Por este motivo la cuidada redacción del clausulado que gobierne el negocio jurídico resultará esencial, siendo necesario que las partes prevean las discrepancias que puedan surgir y la solución que quepa aplicar a cada una de ellas, debiendo remitirse -especialmente cuando intervienen*

elementos internacionales en el contrato- al Derecho aplicable en cuanto al fondo, a los casos no regulados contractualmente; a estos efectos cobrará importancia la inclusión de una cláusula de solución de controversias en la cual se refleje claramente la vía que se empleará y la ley aplicable en los casos en que corresponda. A falta de disposición contractual sobre la ley aplicable al contrato de cesión y licencia de know-how, resultarán de aplicación los principios de Derecho internacional privado sobre conflictos de leyes en materia de contratos. La determinación de la ley aplicable a la forma del contrato se realizará de conformidad con el artículo 11 del CC, de modo que se regirá por la ley del país en que se otorguen, por la ley aplicable a su contenido, así como por la ley personal del país del cedente/licenciante y cesionario/licenciatario". (Chamorro, 2011, p. 9)

CONCLUSIONES

Las obligaciones entre las partes contractuales, gracias a su carácter consensuado pueden ser tan diversas como las que legalmente sean posibles, sin embargo, se puede identificar cómo para el contrato del Know How, la confidencialidad de la información es la obligación nuclear, de ahí que en una época donde las filtraciones, el espionaje industrial y la aparente facilidad de acceso a redes informáticas con fines delincuenciales abundan en la sociedad, la seguridad de los datos resulta vital para las partes.

Las obligaciones de un contrato de "know how" tienen elementos comunes con los demás contratos internacionales, sin embargo deben ser fuertes en resolver las características puntuales propias de este, tales como la implementación del conocimiento haciendo un acompañamiento de la información, su entrenamiento, retroalimentación, licencia, reemplazo,

actualización y soporte, entre otros necesarios para que el conocimiento se transforme en actividades específicas y sostenibles.

Algunos contratos, implican no solo la obligación de transmisión del conocimiento, además incluyen la tecnología e insumos ligados a su funcionamiento, puesto que la sola información sin el conjunto de elementos requeridos para ponerlo en ejecución, se convierte en impracticable, frustrando el objetivo de la contratación.

La obligación que puede resultar más delicada se constituye en la confidencialidad de la información, atendiendo a que es esta la que mantiene su valor, en consecuencia se deben planear los mecanismos idóneos de protección, antes, durante y después de la ejecución del contrato, garantizando con ello su integridad.

El contrato de know-how debe tener unas herramientas de solución de conflictos claras que se asemejen en lo posible a las acostumbradas en el derecho interno, puesto que por venir de un escenario diferente y, propio del sistema anglosajón, es posible que muchas figuras novedosas no sean del todo claras, en consecuencia una adecuada negociación y conocimiento de antecedentes comerciales es clave en acordar cláusulas convenientes y prácticas.

No siempre el conocimiento se otorga como parte de una transacción económica, los Estados pueden intercambiar conocimiento en las áreas de experticia, o eventualmente aportar sus conocimientos dentro de empresas conjuntas para beneficio mutuo, por lo que esta flexibilidad podría ser empleada para unir a los países en causas comunes y eventualmente atraer mayor inversión extranjera.

El contrato de know-how debe ser negociado en unos términos equilibrados, puesto que como se pudo evidenciar, este podría verse menoscabado por falta de estudios previos que contemplen las diferentes fases de la negociación de transferencia de propiedad intelectual y eventualmente conocer y evitar las cláusulas que vuelven inoperante el conocimiento, restringiéndolo de tal forma que su uso se vería abocado al mercado nacional o cuyo mantenimiento por sus condiciones de exclusividad de compra de materia prima, repuestos, maquinaria, etc.; además con precios abusivos, lo cual lo convierte en un uso de conocimiento ligado a condiciones de monopolio que no permiten el óptimo empleo de los medios y recursos disponibles para potenciar las ganancias.

Con el fin de llenar los posibles vacíos que se pudieren presentar en su implementación, dentro del marco del tratado de libre comercio entre Colombia y Corea del Sur, se requiere entre otras cosas un amplio conocimiento del derecho comercial internacional, en especial el que desarrolla Corea del Sur, el cual se encuentra altamente influenciado por las formas anglosajonas, dentro de las cuales los contratos atípicos son la regla, no la excepción como en el derecho comercial nacional, de ahí que su conocimiento es indispensable para la negociación entre Estados o particulares de estos.

Empero a pesar de los esfuerzos de hacer homogéneas algunas figuras y normas mínimas a nivel de la legislación comercial internacional, el conocimiento de las particularidades de cada país permite evitar inconvenientes provenientes de la inseparable concepción particular, producto de las políticas, la legislación y los usos y costumbres arraigados en cada nación.

Esta reflexión es posible, porque en el presente artículo se ha definido como marco teórico, el desarrollo de una teoría desde la cual, se puede explicar cómo

la implementación de contratos atípicos como el Know How, son susceptibles de control, a partir del reconocimiento que los tratados de libre comercio han ganado dentro de las jurisdicciones constitucionales.

El conocimiento de teorías como la monista impura, en el caso colombiano, facilitan la identificación de posibles salidas en la formulación de problemas que se puedan presentar en la aplicación de contratos que no se encuentran reglamentados en el ordenamiento jurídico interno. Porque si bien no existe en Colombia un ley que reglamente particularmente la figura del Know How, esto no quiere decir, que el mismo tratado de libre comercio, no pueda servir como fuente de interpretación de los principios necesarios para encontrar una salida a lo inevitablemente complejo que pueda ser su aplicación.

Así las cosas, el presente artículo propone una respuesta a los problemas jurídicos planteados, advirtiendo para ello que sí es posible, dentro de la mencionada teoría encontrar soluciones a los retos de implementación del Know How, usando para ello fuentes que sirven para llenar los vacíos del sistema jurídico. De igual manera, dejando en claro que no obstante, la existencia de obligaciones claras frente a la aplicación de la institución jurídica estudiada en el presente trabajo, sus implementaciones en el marco de un tratado de libre comercio, no dejan de representar retos para las partes en el uso de aspectos tan sensibles como la información, el conocimiento y en general en el cómo saber hacer las cosas. Aspectos estos últimos que no en todos los casos se encuentran necesariamente patentados, dentro de las reglas de la propiedad intelectual.

Finalmente, no obstante la reflexión anterior, es necesario igualmente concluir diciendo que el modelo internacional de Corea del Sur es digno de ser estudiado, dada la admirable recuperación económica de esta nación asiática,

lograda a través de políticas comerciales que consiguieron un equilibrio entre las importaciones, exportaciones y protección a la empresa nacional, puede ser compatible con la actualidad colombiana, por lo que aprovechar su experiencia y eventualmente por intermedio del contrato de know-how, presenta una oportunidad histórica para potenciar el desarrollo del país.

Colombia no puede limitar el Tratado de Libre Comercio con Corea del sur a la salida exclusiva de bienes de los sectores agropecuarios, mineros y similares, un adecuado estudio y promoción del gobierno colombiano en búsqueda de nuevas oportunidades de crecimiento de sectores como el automotriz, comunicaciones, electrodomésticos, etc. Esto puede convertir a Colombia en una potencia regional, como ya países con condiciones similares lo han hecho.

Un Tratado de Libre Comercio con estas dimensiones debe ser acompañado de un esfuerzo académico que permita advertir las oportunidades de negocio disponibles, las mejores herramientas contractuales, exponiendo de forma clara sus ventajas y desventajas, dado que el Estado renuncia a la generación de ingresos por concepto de aduanas e impuestos, en búsqueda de un bien mayor, como lo es el progreso de la nación, más que el beneficio particular enfocado en determinado sector comercial cercano al gobierno.

REFERENCIAS

1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1980). *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Obtenido de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/sales.html>
2. Benavente, H. (2008). El contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos: aspectos a ser considerados para su regulación normativa. *Ius et Praxis* 14 (2).
3. Calderón, S. (1994). *Contrato de Franchising*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
4. Celaya, R. (2014). *Noreste Asiático: Diplomacia y Comercio con América*. México: Editorial ITSON.
5. Chamorro, M. (2011). Aspectos Jurídicos de los Contratos de Cesión y Licencia de Know-How en Derecho Español. *Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Comercial. Revista Mercatoria*, 10 (1).
6. Cho, K. (2010). *Litigation in Korea, School of Law*. Korea: Seoul National University.
7. Claros, J. (s.f). *Bilateralismo Como Geo-estrategia para la Interacción de Colombia en las Naciones Asiáticas*. Obtenido de https://www.academia.edu/29810852/Colombia_Corea_del_Sur
8. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1970). *Desarrollo progresivo del Derecho Mercantil Internacional: informe del Secretario General*. New York: Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
9. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). *Sobre la CNUDMI*. Obtenido de http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html
10. Comisión Italiana de Comercio. (s.f.). *Licensing Agreements in the Republic of Korea, Italia*,. Italia.
11. Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1747 Diario Oficial No. 49.376 de 26 de diciembre de 2014. Bogotá, Colombia.
12. Corcuera, Ú. (2008). *El contrato de know how: análisis comparado y propuesta de regulación en el ordenamiento jurídico nacional*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

13. De la Fuente, M., & Echarry, A. (1999). *Modelos de contratos internacionales*. España: Editorial FC.
14. Díaz-Granados, S. (2013). *Firma de TLC con Corea, hecho histórico para profundizar relación con Asia*. Obtenido de Ministerio de Industria y Comercio:
http://www.mincit.gov.co/publicaciones/5664/firma_de_tlc_con_corea_hecho_historico_para_profundizar_relacion_con_asia
15. Falck, M. (2004). Corea del Sur: un importante socio para México, . *Revista México y la Cuenca del Pacífico*. 7 (22).
16. Fernández, J. (2014). Lex Mercatoria y Autonomía Conflictual en la Contratación Transnacional,. *Anuario Español de Derecho internacional Privado, T. IV*, 35-78.
17. Genzberger, C. (1994). *Korea Business*. USA: Editorial World Trade Press.
18. Gobierno de Korea. (2010). *Enforcement Decree of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act*. Obtenido de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/kr/kr121en.pdf>
19. Gómez, C. (2003). Comercio exterior y desarrollo económico, el caso de Corea del Sur. *Análisis Económico XVIII (37)*, 141-155.
20. Government of Korea. (s.f.). *Intellectual Property Office South Korea, Intellectual Property Rights in the Republic of Korea*. Obtenido de https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/456362/%20IP_rights_in_Korea.pdf
21. Guerra, A. (2011). Los acuerdos internacionales de inversión como una herramienta de relacionamiento internacional de Colombia con el Asia-Pacífico el caso de Colombia y Corea del Sur. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, N° 35*, 123-138.
22. Hermoza, J. P. (2012). Correlación entre el contrato de know how y el objeto física y jurídicamente posible como elemento del negocio jurídico. *Revista LEX n° 10 XI (II)*.
23. Korea Legislation Research Institute. (2013). *Introductio to Korean Law*. Seúl: Editorial Springer.
24. Ministerio de Industria y Comercio de Colombia. (2009). *Colombia y Corea acuerdan negociar un TLC*. Obtenido de Mincit: http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones/1282/colombia_y_corea_acuerdan_negociar_un_tlc
25. Ministerio de Industria y Turismo de Colombia. (2013). *100 preguntas del TLC con Corea*. Obtenido de Ministerio de Industria y Turismo de Colombia
26. Ministerio del Comercio, Industria y Turismo de Colombia. (2012). *Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea*. Obtenido de <http://www.mincit.gov.co/tlc/librerias/javascript/pdfjs/web/viewer.html?file=>

39. Teece, D. (2009). *The Transfer and Licensing of Know-How and Intellectual Property: Understanding the Multinational Enterprise in the Modern World*. Editorial World Scientific Publishing Company.
40. Urán, C. (1986). *Colombia y los Estados Unidos en la Guerra de Corea*. Obtenido de Kellogg Institute: <http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/069.pdf>
41. Whan, K. (1993). The Influence of American Constitutionalism on South Korea. *Southern Illinois University Law Journal*.
42. Won-Ho, K. (2007). La política coreana de seguridad energética e implicaciones para la cooperación con América del Sur, . *Estudios Internacionales*. Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, 9-28.
43. Yoo, C. O. (1948). *Constitución de la República de Corea del Sur*. Seúl.
44. Zavaleta, H. (2009). *Ventajas y desventajas del uso de la fibra en Internet ¿Una opción para el Sistema Mexicano de Información Legislativa?* México: Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa.