



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**Revista Científica**  
**CODEX**

Volumen 7 N° 12 - 2021

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031



# **Revista Científica CODEX**

## **Volumen 7 N° 12 Año 2021**

**CARLOS SOLARTE PORTILLA**  
Rector Universidad de Nariño

**MARTHA SOFÍA GONZÁLEZ INSUASTI**  
Vicerrectora Académica

### **DIRECTOR - EDITOR**

**LEONARDO A. ENRÍQUEZ MARTÍNEZ**  
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas

### **DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS - CIESJU**

**CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO**

### **DIRECTORA GRUPO DE JURE Derecho, Justicia y Región**

#### **ISABEL GOYES MORENO**

Doctora en Ciencias de la Educación, Universidad de Nariño-RudeColombia. Magister en Derecho Universidad Nacional, Magister en Dirección Universitaria, Universidad de los Andes, Magister en Educación, Universidad Pedagógica Nacional. Abogada y docente de tiempo completo de la Universidad de Nariño.

### **DIRECTOR GRUPO CEJA Centro de Estudios Jurídicos Avanzados**

#### **OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO**

Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad de Nariño.

### **COMITÉ EDITORIAL**

#### **MIEMBROS EXTERNOS:**

#### **EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO**

Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado. Doctor en Derecho Universidad Alfonso X el Sabio. Docente de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

#### **DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA**

Investigador, docente universitario en pregrado y posgrado, litigante en materia de derecho administrativo y constitucional. Director de la Revista Academia & Derecho, indexada por Colciencias. Miembro activo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP y el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional CCDPC.

#### **JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ**

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus (Universidad de Salamanca/Universidad de Coimbra) en Derecho y Premio Extraordinario de Grado y Doctorado.

#### **GAMAL MOHAMMAND ATSHAN RUBIANO**

Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Financiero, Cambiario y Bursátil; Derecho Procesal y Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

## MIEMBROS INTERNOS

### JUAN CARLOS LAGOS MORA

Doctor en Ciencias de la Educación. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

### MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

Magister en Derecho y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

### OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad de Nariño.

## COMITÉ CIENTÍFICO MIEMBROS EXTERNOS

### GUSTAVO GARCÍA BRITO

Director del área de comercio exterior del Bufete Corral Rosales y Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, Ecuador. Magister en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

### LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España). Premio extraordinario de licenciatura. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia), y por la Universidad de Valencia. Premio extraordinario de doctorado. Profesor especializado en Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional.

### ROBERTO MOLINA PALACIOS

Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

### ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ

Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado, Docente de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Público de la Universidad Paris II.

## MONITORA

### ISABEL RAMÍREZ VILLOTA

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

## APOYO

GRAFICOLOR PASTO SAS  
AURA C. TORRES B.

## FILIACIÓN INSTITUCIONAL

### Universidad de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela Universitaria  
Torobajo, Bloque D,  
Facultad de Derecho

<http://derecho.udenar.edu.co>  
email: [derecho@udenar.edu.co](mailto:derecho@udenar.edu.co)

Página web revista:  
<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>  
email revista: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)  
Teléfono: (+57) 602 7315438  
Vol. 7 N° 12. Año 2021

## Portada

Homenaje al Maestro

### LUCIO RODRÍGUEZ CABRERA

Fotografía: Archivo familiar

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
GRUPO DE INVESTIGACIÓN - CEJA  
CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO**

**DEFINICIÓN DE LA REVISTA**

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada SEMESTRAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558  
ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

**ENTIDAD EDITORA**

Universidad de Nariño  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Grupo CEJA - Centro de Estudios Jurídicos  
Avanzados

Página web: [www.udenar.edu.co](http://www.udenar.edu.co)  
[derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co)

**VERSIÓN ELECTRÓNICA**

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO  
ELECTRÓNICO**

Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico:

[rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

Nota sobre las direcciones: La dirección postal y el correo electrónico corresponden al contacto de la administración de la revista, pudiendo dirigirse a éstas para efectos de solicitud de suscripciones, canjes, envío de trabajos, acciones de seguimiento, entre otras

**SISTEMA DE ARBITRAJE**

Los artículos se someten al proceso de arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el Comité Editorial revisa la calidad científica, la pertinencia del artículo y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

**BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES**

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión.

Las directrices pueden consultarse en:  
[http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

**CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE**

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange.  
Email: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co) y en la dirección postal.



## CONTENIDO

EDITORIAL: HOMENAJE A LUCIO RODRÍGUEZ CABRERA . . . . .	9
APROXIMACIÓN A LOS EFECTOS PROCESALES Y SUSTANCIALES DE LA COLIGACIÓN CONTRACTUAL APLICADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO CON SEDE EN COLOMBIA, EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y COMPARADA. . . . .	13
<b>Juan Sebastián Egas Naranjo, Luisa María Melo Arias, Juan Francisco Rosero Henao</b>	
PROTECCIÓN DE LAS MARCAS TÁCTILES O DE TEXTURA EN LA COMUNIDAD ANDINA: ANÁLISIS DEL CASO 242-IP-2015 . . . . .	49
<b>Yenifer Marcela Muñoz Cerón</b>	
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ABUSO DE DERECHO AL VOTO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIÓN SIMPLIFICADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. . . . .	85
<b>Rodrigo Estupiñán, Gabriela Martínez, Astrid Lorena Casanova</b>	
MIGRACIÓN VENEZOLANA EN EL MUNICIPIO DE PASTO: CONDICIONES DE FORMALIDAD E INFORMALIDAD LABORAL A PARTIR DE ESTUDIOS DE CASO . . . . .	119
<b>Jesica Lizeth Delgado Solarte</b>	
LA DIMENSIÓN PRÁCTICA DE LA CONFESIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. . . . .	154
<b>Luis Hernán Bladimir Tobar Cortés</b>	
LOS ACUERDOS DE COEXISTENCIA MARCARIA EN UNA SOLICITUD DE REGISTRO MARCARIO: EL CASO COLOMBIANO . . . . .	198
<b>Laura Carolina Vela Moncayo</b>	
ÍNDICE DE AUTORES. . . . .	232
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO. . . . .	234
INSTRUCCIONES PARA AUTORES. . . . .	237
MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS . . . . .	243
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA. . . . .	249
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA. . . . .	250





## EDITORIAL

### HOMENAJE A LUCIO RODRÍGUEZ CABRERA

#### **Biografía doctor Lucio Rodríguez Cabrera**

Nacido un 28 de diciembre en el municipio de Santacruz, localidad enclavada en las montañas de Nariño y que se reconoce desde la época de la colonia como Guachavés. Disfrutó de una infancia feliz, llena de naturaleza y experiencias inspiradoras, como el oficio de su padre que, como hombre probo de la localidad, se desempeñó como “Abogado de Pobres” y Juez de la República. Discurrían los años 40 del siglo pasado, cuando inició sus estudios, primero, en la Escuela de varones y, después, en el Colegio San Luis Gonzaga de Túquerres, donde se graduó como el “Mejor Bachiller” en el año de 1965.

Épocas convulsas acompañaron su proceso formativo, en tanto corresponden a los tiempos de la posguerra (segunda Guerra Mundial), la violencia partidista en su apogeo (que tuvo que vivir en carne propia), el magnicidio de Jorge Eliecer Gaitán, la dictadura militar de Gustavo Rojas Pinilla, la Revolución Cubana, y muchos otros acontecimientos que fueron marcándolo.

Entre 1965 y 1970 cursó la carrera de derecho en la Universidad de Nariño, en donde se graduó con honores, y por disposición Presidencial de la época, además de abogado, fue merecedor del título de Doctor. Alumno de eximios Abogados como fueron Ignacio Rodríguez Guerrero, Eduardo Alvarado Hurtado, Sofonías Santacruz, Ernesto Vela Angulo, Manuel Antonio Coral, Rodrigo Nelson Estupiñán, Gonzalo Solarte Vaca, Luis Alfredo Fajardo Arturo, entre tantos, maestros que sembraron en el Doctor Lucio Enrique Rodríguez Cabrera, el amor por la justicia, las letras, la filosofía, el humanismo y, claro está, la docencia.

Siendo aún estudiante de Derecho, se desempeñó como Inspector de Policía, Oficial Mayor de la Oficina de Justicia y más adelante, Jefe de Justicia del Municipio de Pasto. Una vez graduado, fue designado como Juez Promiscuo Municipal en Pupiales (Nariño), cargo que desempeñó entre 1970 y 1973. En marzo de 1973 el Rector de la Universidad de Nariño, Doctor Eduardo Alvarado Hurtado, lo designó como Secretario General de la institución. El ejercicio docente lo inició en el año de 1974, cuando el Decano de ese entonces, Doctor Ignacio Coral Quintero, le informó sobre su nombramiento.

Desde 1974 y hasta 1999 se desempeñó como docente en la Universidad de Nariño, siendo así mismo representante de los profesores ante el Consejo de Facultad y Directivo, prácticamente durante todo su periplo en la academia. Paralelamente a ello, ejerció la profesión con la convicción plena de cumplir de esa forma la amalgama perfecta entre la formación y el servicio. Fue abogado de la Caja Agraria, Colpatria, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Transipiales y centenares de clientes que harían interminable este escrito, labor que aún hoy, aunque con menor afán de otros tiempos, sigue desempeñando.

Sus cabellos blancos, más que el simple paso del tiempo, dan fe de la serenidad, prudencia y sabiduría que siempre quiso transmitir en las aulas. Y precisamente, junto a una pléyade de profesores del alma mater, las enseñanzas impartidas por el Doctor Rodríguez Cabrera en el complejo derecho privado, del civil bienes, general, personas, obligaciones y contratos; o del comercial general, sociedades y sucesiones, son las que han dado lustre a la magna institución, por la que pasaron destacados magistrados, jueces, fiscales, parlamentarios y litigantes, pero por sobre todo, verdaderos abogados que desde todos los rincones de la Patria, le han servido a la sociedad y al país, y tuvieron el honor de ser discípulos del destacado profesional.

Su esposa, la señora María del Carmen Chaves Moncayo, una convencida educadora con quien formó su familia, ha acompañado cada instante de su vida profesional, de cuyo hogar, dos de sus hijos, son igualmente abogados graduados de la Universidad de Nariño y recibieron de él, como miles de nariñenses en estos largos años, sus enseñanzas en la vocación y el servicio que supone el ejercicio de la abogacía.

Tomando la frase de Benjamin Franklin que nos llama a “escribir cosas dignas de leerse, o hacer cosas dignas de escribirse”, la vida del Doctor Lucio Enrique Rodríguez Cabrera es muestra de ello. La mayor de las veces los libros los escriben los educadores a través de los educandos, son ellos quienes eternizan a sus maestros. Muchos han sido los discípulos que podría memorarse ocupando dignidades de todo tipo o realizando mil hazañas, el maestro sólo los recuerda y admira con absoluto cariño y sabe que él también aportó al tiempo de escribir en ese libro.

**Autores:**

**Sus hijos Lucio Enrique y Juan Alejandro Rodríguez Chaves**



# **APROXIMACIÓN A LOS EFECTOS PROCESALES Y SUSTANCIALES DE LA COLIGACIÓN CONTRACTUAL APLICADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO CON SEDE EN COLOMBIA, EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y COMPARADA**

**Juan Sebastián Egas Naranjo<sup>1</sup>**

**Luisa María Melo Arias<sup>2</sup>**

**Juan Francisco Rosero Henao<sup>3</sup>**

Fecha de recepción: 19 de enero de 2021.

Fecha de aceptación: 8 de abril de 2021.

Referencia: Egas, J., Melo, L., y Rosero, J. (2021). Aproximación a los efectos procesales y sustanciales de la coligación contractual aplicada por la Corte Suprema de Justicia y los tribunales de arbitramento con sede en Colombia, en perspectiva internacional y comparada. *Revista Científica Codex*, 7(12), 13-48.

## **RESUMEN**

El presente artículo expone los resultados obtenidos del estudio de derecho comparado del desarrollo dado a la coligación contractual, en especial de sus efectos jurídicamente relevantes, en el ordenamiento jurídico colombiano, en contraste con el desarrollo de la figura en países

- 
1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Correo: sebase-16@hotmail.com.
  2. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Correo: luisamelo9719@gmail.com.
  3. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Correo: juanroserohenao@gmail.com.

Europeos, latinoamericanos y en el derecho internacional. El texto parte de la caracterización de la figura dogmática, desarrollando los elementos mínimos para su configuración y los argumentos doctrinarios que justifican que de la misma se deriven particulares efectos jurídicos. Luego, se presenta el análisis de derecho comparado, para lo cual se empleó la técnica de línea jurisprudencial y el estudio de laudos nacionales e internacionales, encontrándose que si bien en los pronunciamientos de la corte suprema de justicia colombiana y en los laudos nacionales se reconoce la existencia de la coligación contractual como figura dogmática, no se han derivado efectos jurídicos de la misma, en contraste con los demás países estudiados, donde luego de un fuerte desarrollo jurisprudencial, se desemboca en la consagración legal de la figura. Finalmente, plantea una serie de propuestas que hacen viable que en el ordenamiento jurídico colombiano se apliquen los efectos jurídicos de la coligación contractual, reconocidos en otras latitudes.

**Palabras clave:** coligación contractual, operación económica, causa contractual, arbitraje, comercio internacional.

## ABSTRACT

This paper presents the results obtained from the study of comparative development law given to the contractual colligation, especially its legally relevant effects, in the Colombian legal system, in contrast to the development of the figure in European, Latin American countries and in international law. The text starts from the characterization of the dogmatic figure, developing the minimum elements for its configuration and the doctrinal arguments that justify that it derives particular legal effects. Then, the text presents an analysis of comparative law, for which the jurisprudential line technique and the study of national and international arbitration awards were used. Finding that, although in the pronouncements of the Colombian Supreme Court of Justice and in the national arbitration awards, the existence of contractual colligation is recognized, no legal effects have been derived from this dogmatic figure, in contrast to the other countries studied, where after a strong jurisprudential development, it leads to the legal sanction of the figure. Finally, the text presents a series of proposals that make it possible that

the legal effects of contractual colligation, recognized in other latitudes, be applied in the Colombian legal system.

**Keywords:** contractual colligation, economic operation, contractual cause, arbitration, international trade.

## INTRODUCCIÓN

En una era de flujo creciente de bienes y servicios como la presente, es necesario asegurar el éxito de operaciones comerciales cada vez más complejas. Esta dinámica precisa, en muchas oportunidades, de la celebración de más de un contrato que permita alcanzar el fin deseado; como consecuencia de esa trama, surgen los contratos coligados como figura dogmática.

Se trata de redes de contratos, en las que cada uno de ellos tiene una relación de dependencia, unidos bajo una causa común. Esto supone una disminución en la autonomía de cada uno de ellos, lo que conlleva a una ruptura de la concepción clásica de **contrato** como una entidad autónoma, completa, aislada y cerrada (López, 1992). Sin embargo, cada uno de los acuerdos de voluntades conserva su identidad y está sometido a la regulación que le es propia. Se trata pues, de una pluralidad de contratos en interrelación; sucesivos, imbricados o estrechamente vinculados (López, 1998).

Los efectos jurídicos que se generan con esta nueva forma de concebir las relaciones contractuales pueden ser diversos y dependen del desarrollo de la figura, que ha alcanzado altos niveles en el continente europeo, mientras que en Latinoamérica se ha optado por incorporar dichos modelos. Por lo tanto, resulta oportuno examinar la construcción doctrinaria de la figura, así como los avances jurisprudenciales y legales que ha tenido en estos países, de tal manera que sea posible confrontar estos procesos con el colombiano, que pareciese ser aún re-nuente a este fenómeno contractual. Dicha comparación, junto con el análisis de la figura, se constituyen en insumos que permitirán, finalmente, la formulación de una propuesta respecto de la aplicación de la coligación contractual en el ordenamiento jurídico nacional, tomando como punto de partida las normas contractuales existentes.

## 1. COLIGACIÓN CONTRACTUAL COMO CATEGORÍA DOGMÁTICA

### 2. Requisitos mínimos de configuración para la coligación contractual

Existe una coligación o conexión entre un grupo de contratos determinados solo si dicho conjunto presenta dos características fundamentales, esto es, en primer lugar, la **pluralidad contractual** y en segundo lugar un **nexo funcional** o jurídico de interdependencia entre los contratos coligados, consecuentemente, dentro de esta característica debe estar representada una causa común entre los contratos coligados (Álvarez, 2008). Una vez verificados estos requisitos podrá determinarse con certeza si dentro de un grupo de contratos existe una coligación o conexión concreta<sup>4</sup>.

Como primer requisito de configuración para la coligación, la **pluralidad contractual**<sup>5</sup>, entendida como la existencia de dos o más contratos, se presenta no solo como un presupuesto de determinación de los contratos coligados, sino que es una característica definatoria de los mismos, y solo cumplirá dicha función cuando su concurrencia requiera una respuesta jurídica concreta (Álvarez, 2008), de esta forma, para ser considerada como parte de un grupo de contratos, la pluralidad debe presentarse al momento de la ejecución del contrato, lo que no impide que la misma pueda configurarse desde su celebración, manteniéndose en su ejecución, en este caso, la pluralidad será originaria, ya que los contratos coexistirán simultáneamente (Schizzerotto como se citó en Álvarez, 2008).

- 
4. Uno ejemplo de coligación se puede encontrar en los contratos de leasing, según Arrubla Paucar (2015), su finalidad es servir como una forma de financiación, que le permite al usuario agregar otra línea de crédito a las que tiene a su disposición. El leasing se desarrolla a través de varios contratos, los cuales, tienen la misma causa y giran en torno de ella, es decir las utilidades del bien objeto de leasing, estos contratos son: (i) De venta, a plazos con reserva de dominio, y (ii) Contrato de arriendo, con algunos pactos accesorios para completar la operación de leasing como, alquiler – venta y alquiler con promesa de venta.
  5. Característica que puede evidenciarse de manera clara en el contrato de paquete turístico regulado en el Decreto 2438 de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y definido como la combinación previa de por lo menos dos o más servicios de carácter turístico; es así que, para realizar la operación económica perseguida por el contrato de paquete turístico se requiere la celebración de diversos contratos autónomos e independientes entre las agencias de viaje y los diferentes operadores turísticos, y entre los usuarios y las agencias de viajes, contratos que a su vez persiguen una causa común (Cataño Berrío & Wills Betancur, 2016).



No será suficiente para configurar una pluralidad contractual la sola existencia de un contrato con múltiples prestaciones<sup>6</sup>, ya que se estaría en presencia de un negocio jurídico complejo y no de un contrato coligado, anotando que esta pluralidad de contratos no exige necesariamente, una pluralidad de sujetos, por lo tanto, dentro de la **pluralidad contractual**, pueden ser los mismos sujetos que celebren diversos contratos para lograr una operación económica, y así, la pluralidad de sujetos se convierte en un simple indicio, mas no en un factor definitivo para identificar un grupo de contratos conexos (Mendoza y García, 2018).

Ahora bien, como segundo requisito de configuración para la coligación contractual, el **nexo funcional** ha sido considerado como un elemento “verdaderamente necesario” (Schizzerotto como se citó en Álvarez, 2008), que supone un vínculo o unión entre los contratos, cuya incidencia determina que el grupo de contratos coligados sea interpretado como una unidad, sin comprometer su autonomía individual (Álvarez, 2008). Al respecto, la Corte Suprema de Casación de Italia (2010) manifestó:

Il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non può essere identificato in base ad elementi formali quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali o la mera contestualità delle stipulazioni, madall'elemento sostanziale consistente nell'unicità o pluralità degli interessi conseguiti.<sup>7</sup>

Es necesario aclarar, que si bien la coligación exige la existencia de un nexo funcional entre los contratos, la pluralidad de negocios jurídicos coligados debe ser autónoma e independiente, por lo tanto, cada contrato está dotado de una **causa propia** (Di Nanni como se cita en Morales, 2002). De esta forma, los contratos serán conexos si su operatividad en conjunto genera un nexo funcional unitario, que es

---

6. Un ejemplo de este tipo de contratos, es el contrato de transferencia de tecnología, en donde una de las partes se obliga a transferir la tecnología en forma definitiva (venta) o temporal (licenciamiento) a favor de otro, a cambio de una contraprestación, este tipo de contrato implica distintas obligaciones o prestaciones a cargo de las partes que derivan de un solo contrato o acto jurídico, tales como licenciamientos, transferencias, seguros de exclusividad, derechos sobre mejoras, etc. (Arrubla Paucar, 2013).

7. Traducción libre: “El criterio distintivo entre un contrato único y un contrato coligado no puede identificarse sobre la base de elementos formales como la unidad o la pluralidad de documentos contractuales o la mera naturaleza contextual de las estipulaciones, mientras que el elemento sustancial consiste en la unicidad o pluralidad de los intereses alcanzados.”

necesario para alcanzar una operación económica global<sup>8</sup>, y a su vez, cada contrato tiene su propia razón de ser, su propia causa concreta y autónoma, aun cuando el conjunto de contratos genere un nexo de recíproca interdependencia<sup>9</sup>, mas no de subordinación (Morales, 2002).

En lo que refiere al nexo funcional en los contratos coligados, diversos autores aluden a la causa contractual para determinar dicho elemento esencial, afirmando que la conexidad implica la existencia de una causa contractual individual, pero a su vez, es necesaria una causa **supracontractual** que supera a cada negocio jurídico y hace posible desligar la conexión de otros elementos contractuales inmersos en ella, permitiendo que esta no sea determinada por factores como los sujetos, el objeto o el tiempo de celebración del contrato (Zapata, 2015).

Es importante mencionar que la teoría de la coligación contractual y su estructuración tal como fue planteada anteriormente, tiene su origen en la doctrina italiana bajo el concepto de *collegamento negoziale o negozi giuridici collegati* y la francesa bajo los *groupes de contrats*, que fueron las primeras en estudiar la configuración de los grupos de contratos, la importancia de determinar los efectos de esta figura jurí-

- 
8. A manera de ejemplo se puede traer a colación el contrato de *underwriting*, cuya función económica es servir de instrumento idóneo al que una sociedad anónima puede recurrir para negociar sus acciones y otros títulos emitidos en el mercado bursátil institucionalizado, así la sociedad logra que emisiones de capital no suscritas por sus accionistas originarios puedan ser adquiridas por terceras personas. Este tipo de operaciones se pueden catalogar como complejas pues no solo se configura con el contrato entre la sociedad emisora y el *underwriting*, sino que a su vez, este último tiene la obligación de colocación, para que terceras personas o suscriptores, adquieran los bonos u acciones ofrecidos como consecuencia del mismo. Por consiguiente, se puede evidenciar la existencia de dos contratos (*underwriting* y de adquisición de acciones o bonos), que si bien son independientes y tienen individualmente una causa concreta, persiguen y hacen parte de una operación económica global (Arrubla Paucar, 2013).
  9. Morales Hervias (2002) explica el nexo funcional o de reciproca interdependencia en los contratos coligados, a partir del contrato de leasing, con el siguiente ejemplo: Labeón Leasing S.A. celebra un contrato de compraventa de un inmueble con Aristón Ltda., posterior a la compraventa Labeón S.A. celebra contrato de leasing con Ariston Ltda. y le hace entrega formal del inmueble a esta empresa, sin embargo, cuando Labeón S.A. procede a perfeccionar la compraventa del inmueble en el Registro Público, encuentra que este no se puede realizar debido a que el representante legal de Aristón Ltda. no contaba con los poderes necesarios para vender dicho inmueble, razón por la que esta empresa procede a demandar a Aristón Ltda. para que le restituya el valor que pagó por el inmueble en el contrato de compraventa, y le pague los perjuicios derivados de la imposibilidad de ejecutar el contrato de arrendamiento financiero. En el ejemplo, se puede evidenciar la existencia de dos contratos (compraventa y arrendamiento) que son conexos en cuanto a sus estructuras y sus funciones, de hecho, ambos contratos son autónomos, pero hay una conexión que se explica cuando Ariston Ltda. recibe dinero como consecuencia de la compraventa sin perder el uso del bien pero en calidad de arrendamiento, la finalidad concreta unitaria de los contratos es el financiamiento sin perder el uso del bien necesario para el funcionamiento de la empresa, es decir que el dinero recibido por la compraventa tuvo la calidad de financiamiento más que el simple pago de una suma de dinero como contraprestación.

dica y la forma en como estos podrían eventualmente ser aplicados en las operaciones jurídicas que involucran más de un contrato conexo (Álvarez, 2008).

## 2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA COLIGACIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL

### 2.1 Justificación

Desde los albores de la coligación contractual como figura dogmática, la doctrina italiana advierte la importancia de estudiar las consecuencias jurídicas de la misma, a fin de establecer cuáles son los efectos predicables a los casos en que se configure, para Di Sabato como se citó en López (1992), el estudio de esta figura solo reviste interés en la medida que la conexión haga derivar particulares consecuencias jurídicas. Así “L'importanza del fenomeno collegamento emerge, dunque, nel momento in cui tale strumento consente di recuperare, da un punto di vista della disciplina dell'affare, quell'unità che non ha trovato riscontro nella sua essenza strutturale”<sup>10</sup> (Stefanelli, 2012, p. 158). En el mismo sentido, como lo han entendido autores franceses tales como Teyssié la coligación contractual constituye una excepción al principio de los efectos relativos de los contratos (Bozzo, 2015).

La justificación de estos efectos jurídicos varía en razón al grado de influencia que ejerce el nexo funcional sobre cada uno de los contratos vinculados: por un lado, cuando la influencia del nexo es mayor y de este surgen relaciones de dependencia entre los contratos conexos, bien sean de subordinación o de accesoriadad jurídica, se está frente a un grupo de contratos dependientes (Álvarez, 2008), en donde es predecible la aplicación del brocardo *simul stabunt, simul cadent*<sup>11</sup>, bajo

---

10. Traducción libre: “La importancia del fenómeno de coligación surge, por lo tanto, cuando esta herramienta hace posible recuperar, desde el punto de vista de la disciplina del negocio, esa unidad que no se ha reflejado en su esencia estructural.”

11. Al respecto, la jurisprudencia italiana ha manifestado: “Il collegamento comporta la ripercussione delle vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione) sull'altro, seppure non necessariamente in funzione di condizionamento reciproco (ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro e non viceversa) ed in rapporto di principale ed accessorio” Italia, Corte Suprema di Cassazione. (14 giugno 2007). Roma: Sentenza No. 13894. in Riv. dir. proc., 2008. Traducción libre. “la coligación implica la repercusión de los elementos que afectan un contrato (invalidez, ineficacia, resolución), en otro, aunque no necesariamente en función del condicionamiento recíproco (bien podría suceder que solo uno de los contratos esté subordinado al otro y no viceversa) y en relación con el principal y el accesorio.”

el cual los contratos que están unidos, unidos deben caer, por lo que la repercusión de las vicisitudes entre los contratos miembro, es una consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo el programa negocial originario ante la ausencia de alguno de los contratos del grupo (Colombo, como se citó en Álvarez, 2008).

Por su parte, cuando la influencia del nexo funcional es menor y ninguno de los contratos subordina su existencia al cumplimiento de otro, se consideran grupos de contratos autónomos; aquí los convenios podrían tener una vida independiente si las partes no hubieran decidido su coligación, razón por la cual la doctrina ha hecho uso de la teoría de las causas para explicar los efectos jurídicos de esta figura, según la cual, en un evento de conexión contractual, subsisten las causas individuales de cada contrato y una causa común a todos los contratos, las cuales interactúan entre sí (Álvarez, 2008). En este sentido, lo que determina la propagación de los efectos de un contrato a los demás, es la imposibilidad de lograr la operación económica global, producto de la frustración de alguna de las causas individuales, bien sea por una nulidad, ineficacia o incumplimiento de lo pactado.

La mayoría de efectos que se derivan de la coligación contractual, provienen principalmente del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de países europeos tales como Francia, Italia, Alemania y España (Vásquez, 2011), que posteriormente fueron introducidos a la legislación de estos países. Sin olvidar que en el ámbito comunitario también se dictó una disposición que reconoce la figura de la coligación contractual y que funge como marco regulatorio de las legislaciones europeas, tal como se verá enseguida.

## **2.2 Coligación contractual: Análisis de derecho comparado**

### ***2.2.1 La coligación contractual en Europa***

El desarrollo de la coligación contractual en el continente europeo no ha sido homogéneo, sin embargo, el reconocimiento de esta figura ha permitido la consolidación de algunos conceptos y efectos sobre la misma, incluso llegando al escenario comunitario. Lo anterior, puede evidenciarse en las disposiciones de la Directiva 2008/48 CE del Parlamento y Consejo Europeo, cuya finalidad es uniformar el mercado común del crédito de consumo, y en la cual se define, en su artículo 3, literal n, a los *contratos de crédito vinculados* como aquellos que constituyen una

unidad comercial desde un punto de vista objetivo, así, existirá una unidad comercial cuando el proveedor del bien o suministrador del servicio financian el crédito al consumo, o en el caso de que dicho crédito esté financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien y el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes o prestaciones de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito. La normativa en mención ordena a los países miembros de la Unión Europea armonizar sus legislaciones frente a los contratos de crédito al consumo, sin la posibilidad de mantener o introducir normas contrarias a la Directiva 2008/48 CE.

En el caso de Francia, dentro de su legislación se dictaron las leyes No. 78-22 de 1978 y 79-596 de 1979, referente a la protección al consumidor y los prestatarios inmobiliarios, respectivamente, en donde se manifiesta que la nulidad o incumplimiento del contrato de venta financiada, apareja la nulidad o incumplimiento, o resolución del contrato de crédito, estableciendo de forma concreta un efecto de la coligación contractual (Bórquez, 2015). La reforma al Código Civil Francés sobre el régimen de los contratos y el régimen general y de la prueba de las obligaciones, Ordenanza No. 2016-131 de 2016, reguló los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales frente a la coligación contractual en el artículo 1186 del *Code Civil*, estableciendo que en un grupo de contratos, cuando uno de ellos desaparece y este es necesario para la ejecución de los demás, caducan los contratos cuya ejecución se hace imposible por esa desaparición y aquellos para los cuales la ejecución del contrato desaparecido era condición determinante del consentimiento de una parte. Incluso antes de la mencionada reforma, a través de la jurisprudencia, se podía evidenciar las conexiones existentes entre varios contratos, determinando que la anulación, resolución o resciliación de uno de ellos, rebotaba a los demás contratos que son indisociables (Stefanelli, 2012).

La jurisprudencia italiana, en diversas ocasiones ha resuelto casuísticamente situaciones de coligación contractual, determinando que:

Le conseguenze del collegamento sono quelle per cui la rescissione o la risoluzione di un contratto comportano l'annullamento, la rescissione o la risoluzione dell'altro contratto, perché lo scopo pratico perseguito dal-

le parti può essere realizzato soltanto con l'esecuzione di tutti i contratti e non di uno solo (Corte d'appello di Napoli, 1966).<sup>12</sup>

Por contra partida, la doctrina ha analizado la posibilidad de que un deudor invoque la excepción de contrato no cumplido cuando se lo ha demandado por el incumplimiento de un contrato coligado, aun cuando la obligación incumplida, sustento de la excepción, conste en un contrato diferente al objeto de la demanda. El criterio generalizado ha sido la posibilidad de interponer esta excepción en los casos de coligación contractual, por ejemplo, para Giorgianni “un volta dichiarata giudizialmente la risoluzione di uno dei negozi tra loro collegati, deve venir meno automaticamente la efficacia anche degli altri”<sup>13</sup> (1937, p. 350), así lo ha realizado la Corte Di Cassazione italiana desde la década de 1950, bajo el argumento de la dependencia recíproca entre los contratos celebrados y la necesaria repercusión de un convenio sobre otro en el ámbito de su cumplimiento. Adicionalmente, según el profesor Massimo Bianca (2000), a los contratos coligados se les aplican las reglas de nulidad parcial, imposibilidad parcial sobrevenida, las de incumplimiento imparcial y la de excepción de incumplimiento.

Por último, dentro de la doctrina italiana es preciso referirse a la manera en que deben ser interpretados los contratos miembros del grupo, pues en este punto también se impone una visión supracontractual que atienda al sistema de negocio en su totalidad (Esborraz, 2012), a la luz de la cual se deben leer las normas de hermenéutica contractual. En orden de lo anterior, es viable utilizar la información de un contrato conexo o del conjunto de contratos a fin de interpretar otro convenio del grupo, esta interpretación supracontractual permite respetar la voluntad de las partes que de común acuerdo convinieron que los contratos funcionarían como un todo con una causa común, y en tanto resulta insuficiente interpretar cada uno de los contratos como un ente aislado a la operación económica global.

---

12. Traducción libre: “Las consecuencias de la coligación son aquellas para las cuales la rescisión o terminación de un contrato implica la cancelación, rescisión o terminación del otro contrato, porque el propósito práctico perseguido por las partes solo puede lograrse con la ejecución de todos los contratos y no solo uno”. Véase también. Italia, Corte Suprema di Cassazione. Cass., 14.06.2007, n. 13894, in Riv. dir. proc., 2008; Cass., 08.02.2012, n. 1875, in Giust. civ. Mass., 2012.

13. Traducción libre: “una vez que se declara judicialmente la resolución de uno de los negocios conexos, la eficacia de los demás también debe desaparecer automáticamente”.

En Alemania, los Tribunales Nacionales han consolidado una doctrina jurisprudencial de protección a los consumidores en operaciones de compraventa financiadas, que involucran la presencia de contratos coligados; así, en la primera sentencia del 29 de octubre de 1956, se reconoció la posibilidad de oponer frente al prestamista las excepciones que pueden derivar del contrato de compraventa, lo que tiene como consecuencia la suspensión de los pagos pendientes a la entidad financiera (Bozzo, 2015). Posteriormente, en las sentencias del 5 de abril de 1962 y del 20 de febrero de 1967 se concedió una protección aun mayor al consumidor, estableciendo que cuando el vendedor no cumple sus obligaciones derivadas del contrato de compra y la entrega del bien o su reparación es imposible, el consumidor puede oponer ante el cobro del prestamista, la excepción de ejercicio abusivo de un derecho con base en el artículo 242 del Código Civil Alemán, lo que se fundamenta en la unidad económica que los contratos conforman (Bozzo, 2015).

La consolidación de la figura de coligación contractual realizada por los tribunales alemanes, fue más adelante objeto de regulación a través de la reforma al capítulo “el Derecho de la Obligaciones” del Código Civil Alemán (BGB) en el año 2002, en donde se definió a los contratos coligados en su artículo 358, como aquellos que constituyen una unidad económica, es decir cuando el comerciante financia la consideración del consumidor, o en el caso de que la financie un tercero, si el prestamista para suscribir el contrato utiliza al comerciante. La unidad económica, se presume cuando existe identidad de sujetos en ambos contratos; adicionalmente, el mencionado artículo determina los efectos de la revocación de un contrato de suministro de mercancía o de la obtención de cualquier otra prestación sobre otros contratos conexos, que constituyen una unidad económica (Bórquez, 2015).

Finalmente, la doctrina y legislación española se asimilan a la teoría francesa de los contratos coligados, de esta forma, según López (1992) los contratos se encuentran coligados cuando dos o más sujetos celebran distintos actos que presentan una estrecha vinculación funcional, en razón de su naturaleza o de la finalidad global que los une, dicha vinculación es o puede ser jurídicamente relevante, lo que hace viable que se invoque la excepción de contrato no cumplido en el marco de contratos coligados siempre que las obligaciones incumplidas por ambas partes sean de carácter bilateral, sinalagmático o recíproco.

Aunado a lo anterior, en el seno de los contratos conexos, cobra relevancia el criterio de interpretación contextual o sistemático, según el cual las cláusulas de un contrato deberán interpretarse unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, lo que puede ser aplicado para la interpretación de la voluntad de las partes en los eventos de coligación contractual, pues si bien este criterio se refiere inequívocamente a cláusulas contenidas en un mismo contrato, puede ser utilizado, por analogía, a los supuestos de coligación contractual (López, 1992).

La legislación española adoptó una definición de los contratos coligados a través de la ley 16 del 24 de junio de 2011, sobre contratos de crédito al consumo, en cuyo artículo 29.1, se estableció que para que existan contratos conexos deben concurrir dos requisitos obligatorios: el primero, que el crédito contratado sirva exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes o la prestación de servicios específicos; y el segundo, que los dos contratos constituyan una unidad comercial desde el punto de vista objetivo (Bozzo, 2015). Al respecto, Marín (2012) explica que debe entenderse configurada a unidad económica cuando el proveedor participa en la preparación o celebración del contrato de crédito, en este caso, los contratos pueden considerarse como parte de una única operación económica, ya que el proveedor colabora con el prestamista para permitir al consumidor el acceso financiado a los bienes o servicios que ofrece.

### ***2.2.2 La coligación contractual en Latinoamérica***

En Latinoamérica el desarrollo de la vinculación contractual es incipiente, paulatinamente se han acogido e incorporado los esquemas conceptuales europeos a los ordenamientos jurídicos locales (Vásquez, 2012). El país que más ha avanzado en la codificación del tema es **Argentina**, que en su Código Civil y Comercial, promulgado en 2014, dedica un capítulo a la materia; así entonces, el artículo 1073 define la conexidad contractual, señalando que existe cuando dos o más contratos se vinculan por una finalidad económica común preestablecida (Congreso de la Nación Argentina, 2014).

Esta finalidad puede tener un origen legal, ser pactada de forma expresa o emanar de la interpretación conforme a lo consagrado en el artículo subsiguiente, el cual dispone que debe hacerse atribuyéndole



el sentido apropiado que surge “del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido” (Congreso de la Nación Argentina, 2014).

Finalmente, el artículo 1075 menciona los efectos que pueden ser atribuidos a estos contratos, estableciendo que un contratante puede oponer las excepciones de “incumplimiento total, parcial o defectuoso” frente a la falta de ejecución de las obligaciones incluso ajenas a su contrato. Esta regla se aplica también cuando la extinción de uno de los contratos frustra la finalidad económica común. Para ello, debe probarse la conexidad (Congreso de la Nación Argentina, 2014).

En **Perú** es posible identificar algunos escenarios de coligación dentro del ordenamiento jurídico nacional; dentro del Código Civil peruano el artículo 1875, precisa el carácter accesorio de la fianza (De la Puente y Lavalle, 2004) al determinar que no puede existir sin una “obligación válida”, por lo que resulta claro que las afecciones patológicas que recaigan sobre tal obligación repercutirán en la fianza (Vásquez, 2012). Asimismo, el artículo 1694 del mismo cuerpo normativo<sup>14</sup> estipula la extinción del subarrendamiento (contrato accesorio), aun encontrándose en vigencia, como consecuencia de la terminación del contrato de arrendamiento.

Por su parte, en el Decreto Legislativo No. 299, que regula el contrato de arrendamiento financiero, en su artículo tercero<sup>15</sup> reconoce la vinculación contractual existente entre el contrato de compraventa y el contrato de arrendamiento financiero de tal forma que la ejecución del primero implica el inicio de vigencia del segundo (Presidencia de la República del Perú, 1984). Además, el Decreto Legislativo No. 1071, que reglamenta el arbitraje, en su artículo décimo cuarto<sup>16</sup> posibilita la extensión del pacto arbitral a terceros que se encuentren en estrecha

---

14. Artículo 1694 (Código Civil peruano): “A la conclusión del arrendamiento se extinguen los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente”.

15. Artículo 3 (Decreto Legislativo No. 299): “Las obligaciones y derechos de la locadora y de la arrendataria, y por lo tanto la vigencia del contrato, se inician desde el momento en que la locadora efectúe el desembolso total o parcial para la adquisición de los bienes especificados por la arrendataria o a partir de la entrega total o parcial de dichos bienes a la arrendataria, lo que ocurra primero”.

16. Artículo 14 (Decreto Legislativo No. 1071): “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

relación, según la buena fe, con la negociación, formación, ejecución o terminación del contrato; se extiende, además, a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos (Presidencia de la República del Perú, 2008).

Finalmente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo 49.2, al momento de evaluar si una cláusula es abusiva o no, establece que se deben tener en cuenta, entre otras, los contratos del que este dependa (Presidencia de la República del Perú, 2010); sin duda se trata de un reconocimiento legislativo de los contratos conexos como categoría (Vásquez Rebaza, 2012).

En **Brasil**, la legislación civil no realiza una mención expresa de los contratos conexos, por lo que han sido la doctrina y la jurisprudencia las que se han encargado de abordar el tema, a través de la denominada teoría de “redes de contratos” que tiene como sustento el principio de “función social de los contratos” (Prata de Carvalho, 2019) consagrado en el artículo 421 del Código Civil (Congreso Nacional, 2002). Por su parte, la jurisprudencia brasilera se ha referido a la responsabilidad derivada de las “redes de contratos” en situaciones concretas; por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia (2004) al evaluar la responsabilidad del agente financiero en el Sistema de Financiamiento de Vivienda, determinó la existencia de coligación contractual entre el contrato de financiamiento (entre comprador y la entidad financiera) y el contrato de compraventa (entre el comprador y la constructora). De igual modo, el Tribunal de Justicia de Sao Paulo, reconociendo la existencia del fenómeno bajo estudio, estableció el deber de responder solidariamente a aquellas compañías que actúan como titulares de la misma cadena de producción, siendo socios comerciales vinculados por una relación de reciprocidad económica (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2015).

## 2.3 Coligación contractual en el derecho internacional

### 2.3.1 *Coligación contractual en instrumentos internacionales. Principios Unidroit y Principios Landó*

Tanto los Principios Unidroit como los Principios Landó son un importante referente a la hora de interpretar los distintos contratos internacionales que pueden desarrollarse en el mundo del comercio y las disputas o controversias que puedan derivar de los mismos. Bajo este entendido, es preciso resaltar que ni los Principios Unidroit ni los

Principios Landó hacen, dentro de su cuerpo normativo, una mención expresa a la figura de la coligación contractual en contratos internacionales, sin embargo, de la lectura de éstos se evidencia que no hay ninguna disposición que prohíba la figura, por lo tanto, la coligación contractual puede perfectamente configurarse dentro de un grupo de contratos internacionales, sin que estos contravenga los principios que los regulan.

Para Mario de La Madrid (2005), si bien las disposiciones de los Principios Unidroit están estructuradas en atención al contrato desde una perspectiva singular, estas pueden ser útiles para resolver controversias derivadas de una relación compleja en donde hay varios contratos vinculados entre sí. Lo que permite esta interpretación es la lectura del artículo 1.1 de los Principios Unidroit que establece que las partes tienen “*libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido*”, en el mismo sentido, se expresa el artículo 1.102 de los Principios Landó. Así, La libertad de contratación de las partes, es entendida como un principio básico en el contexto del comercio internacional, que necesariamente implica el derecho de los empresarios de acordar libremente los términos de las transacciones individuales, tal como lo explica el Instituto Unidroit (2016) en su interpretación de los Principios:

The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade. The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order<sup>17</sup> (Unidroit Institute, 2016, p 8).

La libertad contractual de las partes se configura, entonces, en el eje central bajo el cual se pueden celebrar contratos que tengan, en atención a la voluntad expresa o implícita manifestada, efectos conexos entre ellos de manera unilateral o recíproca. Por lo tanto, es factible prever que los efectos de un contrato están sujetos a otro negocio jurídico, lo que se conoce como *unión subjetiva de contratos*, que se da

---

17. Traducción libre: “El principio de libertad contractual es de suma importancia en el contexto del comercio internacional. El derecho de las personas de negocios a decidir libremente a quién ofrecerán sus bienes o servicios y por quién desean que se les suministre, así como la posibilidad de que puedan acordar libremente los términos de las transacciones individuales, son las piedras angulares de un orden económico internacional abierto, orientado al mercado y competitivo.”

dependiendo de la voluntad de las partes o de la naturaleza misma del contrato en ocasión de la finalidad común que el conjunto contractual persigue. (De La Madrid, 2005).

Uno de los principios fundamentales de interpretación de los contratos internacionales, dispuestos en los Principios Unidroit se encuentra en su artículo 4.4<sup>18</sup>, que establece que el contenido del contrato se deberá interpretar conforme a la totalidad del mismo, en el igual tenor, el artículo 5.105 de los Principios Landó, dispone “*Los términos de un contrato deben interpretarse a la luz de dicho contrato en su conjunto*”. Si bien, estas normas están contempladas para la interpretación de contratos singulares, son un referente para comprender a su vez contratos coligados, así, la forma de entender una cláusula contractual deberá considerar los datos que se desprenden de los demás contratos coligados, con el fin de que dicha interpretación sea acorde al contexto general en el que se desarrolla el contrato (De La Madrid, 2005).

### ***2.3.2 Coligación contractual en laudos sobre contratos internacionales***

El principal efecto que la coligación genera dentro de un grupo de contratos internacionales es la extensión de la cláusula arbitral contenida en uno de los contratos a los negocios jurídicos conexos, esta extensión del pacto arbitral se puede manifestar según Ortega (2018) en tres eventos distintos, así:

En el ***primer evento***, el pacto arbitral contenido en uno de los contratos coligados, se extiende a otro contrato del grupo, a pesar de que en este no se haya pactado. A manera de ejemplo, se tiene el caso *Sea Spray vs Buyers United* y *Pail Financial Group*, en donde las partes celebraron tres contratos: de préstamo –único contrato que contenía cláusula arbitral–, de seguro y de cesión de pagaré; posteriormente, se invocó la competencia del Tribunal Arbitral como una excepción, dentro de un litigio interpuesto en la jurisdicción ordinaria por una de las partes del contrato de cesión –que no contenía cláusula arbitral–, así, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer la controversia aduciendo que los tres contratos constituían un negocio único, al

---

18. El comentario frente a este artículo en específico, expresa que los términos y expresiones utilizados por una o ambas partes no pueden pretender operar de forma aislada, ya que debe tenerse en consideración su contexto general. Por consiguiente, se deben interpretar a la luz de todo el contrato o declaración en la que aparecen (Unidroit Institute, 2016).

ejecutarse el mismo día, por las mismas partes y sobre un único tema, extendiendo la cláusula arbitral a los demás contratos (Hanotiau como se citó en Ortega, 2018).

En concordancia, en el laudo arbitral del Caso CCI No. 8708, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer de un litigio surgido en relación con un contrato que no contenía acuerdo arbitral<sup>19</sup>, aduciendo que existía un acuerdo marco, del que se derivaron seis contratos de implementación que trataban aspectos distintos de la operación pero que se definían por el acuerdo marco, por lo que la cláusula arbitral de dicho contrato se debía extender a todas las disputas derivadas del esquema contractual, al ser esta la clara voluntad de las partes (Ortega, 2018)<sup>20</sup>.

En el **segundo evento**, se presentan contratos con cláusulas arbitrales independientes pero compatibles, en donde las partes pueden incoar un litigio con base en cualquiera de los pactos arbitrales. De esta forma, se tiene que un Tribunal Arbitral en el marco de la CCI, en el caso No. 5989, se declaró competente para conocer un asunto derivado de dos contratos distintos con cláusulas arbitrales similares y compatibles; las partes en disputa celebraron un “contrato base” del cual se desprendieron una serie de “acuerdos de aplicación”, en el contrato base, se estableció una cláusula arbitral que le otorgaba competencia a la CCI para dirimir los conflictos que surgieran de ese contrato, y en uno de los contratos de aplicación, del que posteriormente surgió el litigio, se pactó una cláusula arbitral en donde se acordó que todo conflicto sería dirimido por un árbitro único y en caso de desacuerdo entre las partes para elegirlo, la competencia la tendría un tribunal en el marco de la CCI. La parte que suscitó la disputa se dirigió directamente a un tribunal de la CCI aduciendo las dos cláusulas arbitrales (del contrato base y del contrato de aplicación), sin acudir primero al árbitro único, el Tribunal se declaró competente justificando su decisión en la evidente voluntad de las partes de someter su litigio a arbitraje, la identidad de las cláusulas, la conexión de las pretensiones, y en que el contrato de aplicación se concluyó en desarrollo del contrato base. Adicionalmente, manifestó que, el que se haya pactado arbitraje en el contrato de aplicación, no muestra la intención de las partes de

19. Véase también los casos CCI No. 8910 y CCI No. 8342.

20. En similar sentido se fallaron los caso No. 2273/95 de la Cámara de Comercio de Zurich y Fletamentos Marítimos S.A. vs Effjohn Internacional BV. (Hanotiau como se citó en Ortega Abad, 2018).

descartar el arbitraje previsto en el acuerdo base, ya que el contrato de aplicación cae directamente dentro de las disposiciones del contrato base<sup>21</sup> Ortega (2018).

Finalmente, para el **tercer evento**, se analiza la posibilidad de extender el pacto arbitral de un contrato a otro en el que existe una cláusula de sometimiento expreso a la justicia ordinaria. Esta situación se presentó en el caso No. 2273/95 de la Cámara de Comercio de Zúrich, en donde se estableció que era factible la aplicación de un convenio arbitral a otro contrato en el que este no se fijó, siempre que no se constate la presencia de una cláusula de sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria, pues no constataría la voluntad de las partes como fundamento esencial para aplicar un arbitraje. Sin embargo, no se descarta la posibilidad de que bajo el supuesto de interrelación contractual, el silencio respecto a la forma de solución de conflictos se pueda entender como una aceptación a la forma de resolución de controversias pactada en otros contratos dentro del grupo, debido a que el silencio también constituye una manifestación de la voluntad (Ortega, 2018). Al respecto, Ortega (2018) enfatiza en la necesidad de analizar cada caso en concreto, pues si la cláusula de sometimiento a la justicia ordinaria no abarca todos los escenarios que derivan del contrato, los asuntos que queden fuera de esta cláusula pueden ser objeto del arbitraje pactado en los demás contratos del grupo.

### **3. LA COLIGACIÓN EN CONTRATOS INTERNACIONALES Y EN EL DERECHO COMPARADO FRENTE A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y DE TRIBUNALES ARBITRALES COLOMBIANOS**

#### **3.1 Coligación contractual en Colombia. Efectos sustanciales y procesales.**

##### ***3.1.1 La coligación contractual en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.***

La Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena al fenómeno bajo estudio, refiriéndose al tema en varias oportunidades. El honorable Tribunal en el año 1999 definió aquello que entiende por coligación contractual,

---

21. En el mismo sentido se pueden referenciar los casos *Kiabi vs JDA Software y JDA Worlwide y Lucky – Goldstar Internacional (H.K.) Ltd. Vs Ng Moo Kee Engineering Ltd.*

señalando que se presenta cuando, en presencia de varios contratos, deba entenderse que jurídicamente estos “no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión”. (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, sentencia del 06 de octubre de 1999). No obstante, en aquella oportunidad se abstuvo de declarar la existencia de conexidad para el caso concreto.

Por otra parte, el alto Tribunal ha reconocido la existencia de vinculación contractual en los casos de *leasing financiero* (contrato de compraventa y de arrendamiento financiero), recurriendo para su justificación a la teoría causalista francesa, pues en su consideración proporciona mayor seguridad jurídica, por tratarse de un elemento objetivo, que si se acude a un elemento subjetivo como lo es la voluntad de las partes; la **causa supra contractual** es el elemento determinante de la existencia de coligación. El Tribunal ha sido claro en señalar que la coligación se descarta en presencia de negocios jurídicos únicos, que se pueden confundir, por ejemplo, un contrato que contenga características propias de contratos diferentes como los contratos mixtos (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia del 01 de junio 2009).

Pese a estos pronunciamientos, la Corte no se ha atrevido a irradiar los efectos de la coligación a los contratos vinculados, para cada caso objeto de estudio, pues se ha limitado a reconocer la existencia del fenómeno y a buscar una definición del mismo.

### ***3.1.2 La coligación contractual en los Tribunales de arbitramento nacionales.***

Como se ha visto previamente, el efecto más notorio en la contratación internacional, en materia de arbitraje, es la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios de la misma. Sin embargo, el escenario nacional es distinto. En Colombia, el marco normativo regulatorio del arbitraje se encuentra contenido en la Ley 1563 de 2012 –Estatuto Arbitral–, el cual en el artículo 36 regula la integración del contradictorio dentro del proceso arbitral señalando que, en el caso de los **litisconsortes necesarios**, cuando un laudo “haya de generar efectos de cosa

juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto”. En caso de adherirse al pacto arbitral, las decisiones de éste le serán oponibles; caso contrario, o de no poder notificar a los citados, “el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia”, incluso para las partes que si son signatarias. Esta disposición encuentra su justificación en el respeto a la naturaleza contractual del pacto arbitral y la imposibilidad de obligar a alguna persona a suscribir un contrato o pacto sin su voluntad manifiesta (Gómez, 2013). Lo anterior implica una clara restricción normativa frente a los efectos que podría irradiar una cláusula compromisoria a los no signantes, por cuanto sería su decisión acoger o no a las decisiones del Tribunal.

Frente a los **terceros** y otros **intervenientes**, su participación dentro del proceso arbitral se da en virtud de la ley, que les permite actuar dentro del litigio sin que hayan suscrito el pacto arbitral. El artículo 37 de la referida Ley de arbitraje realiza una remisión expresa a las normas procesales, señalando que la participación de éstos dentro del litigio, se hará conforme a lo estipulado en el Código General del Proceso.

Como consecuencia de lo anterior, la coligación ha sido usada como un instrumento interpretativo de la operación comercial en conjunto cuyos efectos se limitan únicamente a las partes que suscriben el pacto arbitral; tal interpretación se venía dando incluso desde antes de la expedición del Estatuto de Arbitraje. Un claro ejemplo de ello es el caso “Química Vulcano S.A., Alberto Quijano Duque, José Gabriel Saaibi Serrano vs Rotadyne Latin America LLC y Esperanza Medina”<sup>22</sup>, en donde el Tribunal (2008) discutía si la cláusula compromisoria contenida en un contrato de *Joint Venture* podía extenderse y aplicarse a un *contrato societario* que había nacido en virtud del primero; el Tribunal consideró que, si bien existían varios contratos coligados, cada uno tenía su propia forma de resolver controversias, y su competencia era otorgada sólo por el pacto arbitral estipulado en el *Joint Venture*, razón

---

22. Entre las partes se suscribió un contrato de *Joint Venture*; por un lado, “la parte Colombiana” (integrada por varias personas naturales) y del otro lado el inversionista (una persona jurídica). Allí se incluye la cláusula compromisoria que faculta al Tribunal para conocer exclusivamente de los conflictos suscitados por el incumplimiento de este contrato. Además, las mismas partes suscriben otro contrato (este societario) por medio del que se crea una Sociedad Anónima; en este caso, las personas que integran “la parte colombiana” actúan individualmente como socios de la S.A. y no como grupo.



por la que carecía de las facultades necesarias para pronunciarse respecto de los demás contratos.

Un criterio uniforme ha sido utilizado por los Tribunales de arbitramento nacionales<sup>23</sup>, en el entendido de que la coligación contractual no implica que las reglas de una relación negocial se “transmitan de manera directa e inmediata a la otra relación contractual con la cual existe un nexo de interdependencia (...) pues lo cierto es que cada una de dichas relaciones tiene independencia en todos sus elementos” (Tribunal Arbitral de Information Technologies de Colombia S.A.S. – IN-TEK de Colombia S.A.S. y Cybershield S.A.S. vs Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (ETB), 2017).

Se puede concluir que, en virtud del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, no es posible adelantar un procedimiento arbitral sin que medie consentimiento expreso por parte del tercero no signatario (Gómez, 2013), por lo que son inusuales los casos en los que se presente la propagación de efectos, como consecuencia de la coligación contractual, a terceros no suscriptores del pacto arbitral.

### **3.2 Análisis comparativo entre el manejo internacional y comparado de la coligación contractual y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los laudos de tribunales de arbitramento con sede en Colombia**

#### ***3.2.1 Comparativo de la coligación contractual empleada por los jueces nacionales con su manejo a nivel internacional***

Como se pudo evidenciar anteriormente, la teoría de la coligación contractual tiene un amplio desarrollo en diversos países europeos como Francia, Italia, Alemania y España, que pueden considerarse pioneros en la estructuración de la figura jurídica y sus efectos prácticos, resaltando que dichos efectos son desarrollados en primera medida a través de la jurisprudencia y posteriormente recogidos en las legislaciones nacionales. El desarrollo europeo en torno a este fenómeno jurídico es

---

23. Véanse también los casos “QUIRURGIL S.A. contra Promotora Bocagrande S.A. (Proboca)” p. 48; “Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P. (LIME) contra Centro Único de Procesamiento de la Información Comercial del Servicio de Aseo S.A. (Cupic)” pp. 31-32; “Gómez Estrada Construcciones S.A. (Gecsa) contra Fiduciaria de Occidente S.A. (Fiduoccidente)” p. 40; “Alfonso José Álvarez Rivera, Carolina Tramontini Jens, Diana Patricia Leal Contreras, Miguel Rodríguez Cifuentes, Patricia Villa Maldonado, Aydeé Báez Guzmán y la sociedad Tecmedi Ltda. contra Fiduciaria Andino, Fiduandino S.A. y Vision Technology y Group S.A.” p. 21; entre otros.

tal, que hoy en día existe regulación comunitaria en la materia<sup>24</sup>, obligatoria para todos los países miembros de la Unión Europea.

En contraste con el avance jurisprudencial y normativo europeo, en Latinoamérica, diversos países han reconocido el fenómeno de la coligación contractual como una realidad latente dentro de ciertas operaciones comerciales, sin embargo, su tratamiento práctico y teorización se ha limitado a la importación de conceptos europeos. La teoría de los contratos coligados ha tenido un desarrollo disímil en los distintos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, ya que determinados países tales como Argentina y Perú, han incluido regulaciones legislativas de la figura, dando algunos efectos a la misma, mientras que en países como Brasil se han limitado a un desarrollo doctrinal y jurisprudencial, anotando que en este último país, la jurisprudencia no solo ha generado un avance conceptual sino también práctico del fenómeno.

Ahora bien, para el caso colombiano, dentro del ordenamiento jurídico, la coligación contractual ha sido desarrollada principalmente por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, la cual maneja una línea teórica similar o idéntica a la mayoría de Cortes Europeas, pioneras en el desarrollo de los contratos conexos, respecto a los requisitos de configuración de los mismos. Es así como la Corte Suprema emplea la teoría causalista para identificar o determinar de forma concreta en que situaciones se está ante la presencia de negocios jurídicos coligados, empleando criterios previamente establecidos por cortes francesas e italianas para encontrar certeza en esta determinación.

A pesar de que la Corte Suprema ha establecido dentro de su jurisprudencia una definición sobre los contratos coligados y ha determinado criterios para el reconocimiento de este fenómeno, la puesta en práctica de la teoría ha sido nula, en comparación con el desarrollo que se le ha dado en otras legislaciones, ya que hasta el momento, esta alta corte no ha definido ningún efecto sustancial o procesal concreto aplicable dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto no significa que los efectos de la coligación contractual no puedan ser empleados a la hora de resolver un litigio que envuelva diversos negocios jurídicos conexos, pues es necesario aclarar, que en la mayoría de casos analizados por la Corte Suprema, las partes de los contratos coligados han sido

---

24. Parlamento de la Unión Europea, Consejo de la Unión Europea. (2008). Directiva 2008/48 CE.

las mismas, y es poco frecuente que se solicite aplicar las vicisitudes de los contratos principales a los contratos coligados o la presencia en el proceso de un tercero no signatario del contrato coligado del cual deriva el litigio.

### ***3.2.2 Comparativo de la coligación contractual entre el arbitraje nacional e internacional***

Es posible afirmar que, en Colombia es poco probable que se aplique el efecto procesal de extensión del pacto arbitral a terceros no signatarios en los arbitrajes nacionales en eventos de coligación contractual, pues tras analizar las disposiciones del artículo 36 del Estatuto Arbitral colombiano se puede concluir que, si eventualmente un Tribunal Arbitral cita a un tercero al arbitraje y este no expresa su consentimiento para hacer parte del mismo, se derivarían consecuencias altamente perjudiciales, ya que la renuencia del tercero no solo significaría su exclusión del arbitraje, sino la extinción de los efectos de la cláusula arbitral para las partes signatarias del contrato. Bajo este panorama, el hecho de que un tribunal arbitral intente incluir en el litigio a un tercero no signatario, acarrea la alta posibilidad de que su competencia se pierda y que el litigio necesariamente tenga que dirigirse a jueces nacionales, lo que sería a todas luces, contrario a la voluntad de las partes.

Es preciso recalcar que, si en un arbitraje nacional, eventualmente se emplea la coligación contractual para vincular a un tercero no signatario del pacto arbitral, sin que necesariamente exprese su consentimiento, el laudo producto de dicho arbitraje puede ser objeto de recurso de anulación, ya que la primera causal dispuesta en el artículo 41 del Estatuto Arbitral para solicitar la anulabilidad de un laudo, es que el pacto arbitral no sea oponible a las personas relacionadas en el mismo.

Caso contrario se presenta con los arbitrajes internacionales con sede en Colombia, ya que el Estatuto Arbitral en su artículo 79 otorga amplias facultades al tribunal para decidir sobre todas las cuestiones relativas al arbitraje, incluso para determinar su propia competencia, al punto de que todas las excepciones relativas a la misma serán resueltas por el tribunal y solo pueden ser debatidas posteriormente a través del recurso de anulación según las causales determinadas en el artículo 108 del Estatuto. Es necesario mencionar que en los arbitrajes inter-

nacionales con sede en Colombia no se presenta la restricción frente a la vinculación de terceros no signatarios de la cláusula arbitral como si sucede con los arbitrajes nacionales, por lo tanto, es factible que en este tipo de arbitrajes se apliquen las consecuencias procesales de la coligación contractual para los arbitrajes internacionales, esto es, la extensión de la cláusula arbitral a una parte que no suscribió el acuerdo en el cual se estructura el litigio, y por consiguiente, todas las consecuencias sustanciales que el tribunal considere, deban recaer sobre estos terceros.

### **3.3 Propuesta sobre el manejo de la coligación contractual para Colombia, armonizada con el derecho mercantil internacional**

#### ***3.3.1 Una propuesta armonizada sobre la coligación contractual***

Como se ha establecido, el desarrollo normativo y jurisprudencial de la coligación contractual en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido incipiente, ya que dada la marcada concepción individualista de los contratos que impera, el legislador no se ha preocupado por desarrollar esta figura en los cuerpos normativos nacionales, como si ha sucedido en otras latitudes, como es el caso de Francia y Alemania a nivel europeo, y ya dentro de Latinoamérica el caso Argentino con la expedición de su nuevo código civil y comercial en el año 2014.

Por su parte, el desarrollo jurisprudencial se ha limitado a contemplar la existencia de dicha figura y a acoger desarrollos doctrinarios extranjeros respecto de la teoría de la causa supra contractual sin derivar, hasta la fecha, efectos jurídicos de esta figura en los casos que ha conocido; situación que se torna preocupante pues el estudio de derecho comparado arrojó que previo a la consagración normativa, las altas cortes de los países estudiados, desarrollaron considerablemente la figura a través de sus pronunciamientos, a través de la reinterpretación de las normas en materia contractual a la luz de la coligación, lo que les permitió derivar de la misma particulares consecuencias jurídicas aplicables a los casos a resolver, sin vulnerar el ordenamiento jurídico vigente; esto tuvo lugar desde inicios de la segunda década del siglo XX en países como Italia o Francia, por lo que se constata que en materia del funcionamiento de los contratos coligados, la jurisprudencia de la

Corte Suprema de Justicia colombiana está muy por detrás de las de sus homólogas europeas.

No obstante el incipiente desarrollo de la figura, es plausible afirmar que dentro del ordenamiento jurídico colombiano hay condiciones para que de la coligación se deriven verdaderos efectos jurídicos por la vía de la interpretación normativa y contractual, aun sin que exista mención expresa en la legislación, por lo que es perfectamente viable que los jueces en sus providencias resuelvan los casos atendiendo al funcionamiento de los grupos de contratos y los efectos jurídicos que se predicán de esta figura sin ir en contravía de la normatividad vigente. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia (2017), tímidamente señaló en un argumento *obiter dictum*, que, en presencia de contratos conexos, a las partes vinculadas les asiste la obligación de celebrarlos de manera coordinada, de atender las obligaciones propias de las convenciones y aquellas derivadas de su integración; aclarando que estas obligaciones dimanán del principio contractual de buena fe, el cual está consagrado en los artículos 1603 del Código Civil<sup>25</sup> y 871 del Código de Comercio<sup>26</sup>, por el que las partes no sólo se obligan al tenor literal del convenio, sino a aquello que emana de la naturaleza de los mismos, de la costumbre o de la equidad.

Esta interpretación ha ido más allá en otras latitudes, en el escenario Latinoamericano el profesor Sebastián Bozzo (2015) plantea que si el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 1546 del código civil chileno<sup>27</sup>, permite ampliar los efectos que las partes expresamente pactaron en un contrato, en razón a la naturaleza de la obligación y al principio de la buena fe, también se puede sostener que en ciertas circunstancias los efectos de un contrato pueden alcanzar a terceros que no lo suscribieron, pero que si tienen un interés en el mismo y han colaborado o participado en el desarrollo del contrato.

---

25. Artículo 1603 (Código Civil colombiano): “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente no solo obligan a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

26. Artículo 871 (Código de Comercio): “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado en ellos, sino todo a lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

27. Código Civil Chileno. Artículo 1546. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

En primer lugar, se propone que la anterior interpretación es plenamente aplicable en Colombia, pues la consagración legal del principio de buena fe en el artículo 1603 del Código Civil es idéntica a la de su homónimo chileno; sin embargo, *ab initio*, entraría a reñir con lo dispuesto en el artículo 1602 del mismo cuerpo normativo, el cual consagra el principio **res iter alios acta** bajo el siguiente tenor “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”, en este punto es importante lo señalado por Gilberto Mendoza (2018), el cual no considera que este principio se rompa en aplicación de la coligación contractual, sino que exige un replanteamiento del mismo, entendiendo que ante un evento de contratos conexos, el principio de relatividad de los contratos se ve extendido a terceros que hayan brindado su consentimiento; el cual se evidencia en el acuerdo explícito o tácito al que llegan las partes de cooperar en la consecución de la causa global del grupo de contratos, la cual responde a un interés económico común (Márquez, 2007).

Consecuentemente, en la escena europea, la Corte de Casación francesa reinterpreto en 1963, el artículo 1165 del código civil de ese país<sup>28</sup>, a la luz de la coligación contractual admitiendo la extensión de los efectos de un contrato a terceros partes del grupo (López Santa María, 1998). Bajo esta línea argumentativa, se observa que en el caso colombiano no existe un obstáculo legal que impida la ampliación por vía jurisprudencial del principio **res iter alios acta**, pues la consagración de este principio en el código civil, es a todas luces menos rígido que en su homólogo francés, ya que éste señala expresamente que las convenciones no perjudican ni aprovechan a terceros y, a pesar de ser una norma tan categórica, la Corte de Casación Francesa lo reinterpreto atendiendo el principio de la buena fe y a la voluntad de las partes.

En este entendido, los jueces nacionales tendrían vía libre para derivar de la coligación contractual verdaderas consecuencias jurídicas en aplicación del principio de la buena fe, por lo que se propone, como un primer paso en el desarrollo de la coligación contractual dentro del ordenamiento jurídico interno, que los juzgadores reinterpreten, al

---

28. Código Civil Francés. Artículo 1165. “*Las convenciones sólo producen efecto entre las partes contratantes: no perjudican a terceros, ni les aprovechan, salvo en el caso de la estipulación por otro*” (énfasis fuera del texto original) (traducción libre).

igual que sus homólogos en otras latitudes, las normas en materia contractual de manera que se respete la verdadera voluntad de las partes, que no es otra que la consecución de la operación económica global, que demanda el perfecto funcionamiento de cada uno de los contratos que forman parte del grupo, pues las partes han querido que funcionen de manera conjunta, y bajo esa premisa deben ser interpretados las cláusulas contractuales y las normas jurídicas que regulan la materia.

Bajo esta perspectiva, el juez nacional se encuentra plenamente facultado para extender los efectos y/o vicisitudes de un contrato parte del grupo a los demás, incluso cuando éstos no se hayan suscrito por las mismas partes; empero, en este último evento se debe resolver lo relacionado con la legitimidad en la causa por activa, pues se debe justificar que un tercero que hace parte de la operación económica global pueda demandar un contrato específico que no suscribió; ante esto y refiriéndose particularmente a la nulidad, en el escenario europeo afirma Rapazzo, como se citó en Márquez (2007), que quien ha sido extraño en alguno de los contratos que forman el negocio, pero que es miembro de la operación global, debe ser considerado como parte, ya que tiene interés personal y directo, y por ello legitimación para impugnar el contrato por nulidad.

Por su parte, en Latinoamérica la doctrina argentina, ha resuelto este interrogante en igual sentido sin recurrir a reevaluar el concepto de parte del contrato, haciendo énfasis en la noción del interés en el negocio, pues reinterpretando el artículo 1048 del anterior código civil argentino<sup>29</sup> de manera que la nulidad relativa solo podría ser declarada a solicitud de aquel en cuyo beneficio la estableció la ley, sean o no partes del contrato en cuestión (Bueres y Highton como se citó en Márquez, 2007); en otras palabras, si un miembro del programa global, aunque sea ajeno al contrato viciado, demuestra un interés tutelable, estará legitimado para solicitar la nulidad de este contrato. Esta argumentación, es válidamente aplicable al ordenamiento jurídico colom-

---

29 Código Civil Argentino. Artículo 1048. *“La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el sólo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.*

biano, toda vez que el artículo 1743 del código civil<sup>30</sup> reproduce la totalidad de la norma consagrada en su homónimo argentino.

De esta forma, se afirma que en Colombia es válido ampliar la legitimidad en la causa por activa para solicitar la nulidad de un contrato a un miembro de la operación global que no lo suscribió, siempre y cuando pruebe el interés afectado. El caso de la nulidad absoluta reviste de menor complejidad, pues el artículo 1742 del código civil colombiano otorga legitimidad para solicitarla a todos los que tengan interés en ello y además impone el deber al juez de declararla de oficio<sup>31</sup>.

De igual manera, como ya se señaló, la propuesta incluye que las cláusulas de los contratos miembros del grupo sean interpretadas a la luz de la coligación contractual pues en este punto se impone una visión supracontractual que atiende al sistema de negocio en su totalidad (Esborraz, 2012). El artículo 1618 del código civil colombiano, dispone que cuando se conozca claramente la intención de las partes se deberá atender más a ella que a la literalidad de las palabras, y al ser primordial para el intérprete la voluntad de las partes, no hay motivos que impida usar la información derivada de otro contrato conexo o del conjunto de contratos a fin de determinarla, ya que precisamente es la voluntad de las partes la que vincula estos contratos.

Aunado a lo anterior, el criterio de interpretación contextual o sistemático, recogido en el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 1622 del código civil<sup>32</sup>, fija una regla de interpretación bajo la cual las cláusulas de un contrato deben interpretarse unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad;

---

30. Código Civil colombiano. **Artículo 1743. Declaración de nulidad relativa.** “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”.

31. Código Civil colombiano. **Artículo 1742. Acción de nulidad absoluta.** “Nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

32. Código Civil colombiano. **Artículo 1622.** “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. (...) Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. (...) O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.



si bien se refiere inequívocamente a cláusulas contenidas en un mismo contrato, debe ser utilizado, por analogía, a los supuestos de coligación contractual (López, 1992). En ese caso, la interpretación sistemática no solo recae sobre las cláusulas de un mismo contrato, sino sobre todos los contratos que se hayan celebrado para conseguir una única finalidad económica (Diez Picazo como se citó en López, 1992).

Por último, este criterio de interpretación es plenamente aplicable en materia de derecho del consumo en Colombia, específicamente en lo referente a las cláusulas abusivas, pues el artículo 42 del estatuto del consumidor<sup>33</sup>, al referirse a la manera en que se determina la naturaleza y la magnitud de las mismas, indica que serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción que se analiza, prescindiendo del concepto de contrato individualmente considerado, esto permite que en un escenario de coligación contractual, a la hora de determinar si alguna de las cláusulas de uno de los contratos miembros del grupo es abusiva, sea relevante el contenido de los demás convenios coligados.

Ahora bien, contrario a lo que sucede en el escenario nacional con las normas del Código Civil, Código de Comercio y el Estatuto del Consumidor, que tienen la posibilidad de ser reinterpretadas a favor de la coligación contractual, una situación completamente distinta se presenta en materia de arbitraje nacional, esto debido a que el artículo 36 del Estatuto de Arbitraje colombiano, como se pudo evidenciar con anterioridad, es una norma absolutamente cerrada a la intervención de terceros en el arbitraje sin que antes medie el consentimiento expreso de los mismos, por lo que no hay cabida a que esta norma se interprete en favor del principal efecto que la coligación contractual trae en materia de arbitraje, que es la extensión del pacto a los terceros no signatarios.

Bajo este entendido, la única alternativa viable para que en materia de arbitraje nacional el efecto de extensión del pacto arbitral a terceros

---

33. Estatuto del Consumidor. **Artículo 42. Concepto y prohibición.** “Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho”.

no signatarios que deriva de la coligación de contratos sea aplicable, es una reforma legislativa al Estatuto de Arbitraje en mención, en donde la disposición consagrada en el artículo 36 de la norma sea modificada permitiendo que los tribunales arbitrales vinculen al proceso a terceros que si bien no firmaron el pacto arbitral, tienen relación con contratos coligados a este, sin que media previamente una autorización expresa de los mismos. De esta forma, el Estatuto Arbitral se convertiría en una norma menos hostil frente a los efectos de la coligación contractual y permitiría que los arbitrajes nacionales tengan la libertad y amplitud que el mismo Estatuto Arbitral colombiano permite para los arbitrajes internacionales.

## CONCLUSIONES

La coligación contractual ha sido desarrollada principalmente a través de la jurisprudencia de las altas cortes de los países bajo estudio, las cuales se encargaron de conceptualizar la figura y dotarla de efectos jurídicos reinterpretando las normas preexistentes. Con posterioridad, estos avances jurisprudenciales fueron recogidos por el legislador nacional y en el caso europeo incluso han llegado a generar regulaciones comunitarias. Los procesos más notorios de este tipo de desarrollo han sido los seguidos por países europeos particularmente Alemania, Italia y Francia.

El desarrollo de la coligación contractual en los países latinoamericanos ha estado marcado por una fuerte importación de conceptos europeos, principalmente de las altas cortes francesas e italianas; sin embargo, este no ha sido uniforme, ya que países como Argentina han tenido un desarrollo tal, que ha llevado a incluir una regulación expresa de la figura en su código civil, mientras que en países como Perú y Brasil solo han regulado escenarios concretos de coligación, determinando efectos a través de legislación y jurisprudencia respectivamente.

En comparación con los países estudiados, en Colombia el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se ha limitado a la conceptualización de la coligación contractual, sin determinar concretamente efectos de esta figura; por otro lado, el legislador ni siquiera ha contemplado la existencia del fenómeno bajo estudio. Por lo que se puede afirmar, que el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra en mora de actualización en materia de coligación contractual.

En materia de arbitraje, la coligación contractual ha tenido amplio desarrollo a nivel internacional, destacando como principal efecto procesal de esta figura la extensión del pacto arbitral a terceros no signatarios del mismo, se evidenció que tal efecto es altamente empleado por los tribunales de arbitramento internacionales, que no dudan que es posible extender las vicisitudes de un contrato a miembros del grupo, atendiendo a la causa común que emerge de los contratos coligados.

A nivel internacional ningún instrumento legal consagra la existencia de la coligación contractual, sin embargo, este hecho no impide que la figura se presente en contratos internacionales, ya que a través de una interpretación más amplia de los instrumentos que regulan estos contratos como los Principios Unidroit o Landó, se puede dar pleno desarrollo a los efectos de la coligación sin infringir normas de derecho internacional.

En cuanto a arbitraje nacional se refiere, ciertas regulaciones del Estatuto Arbitral colombiano se convierten en un obstáculo para aplicar plenamente el principal efecto de la coligación contractual en el arbitraje, esto es la extensión del pacto arbitral a terceros no signatarios, por lo que se evidencia la necesidad de modificar ciertas disposiciones del Estatuto, con el fin de convertir a Colombia en una sede amigable con el arbitraje, lo que haría posible aplicar plenamente la teoría y práctica de los contratos coligados en armonía con el desarrollo del arbitraje internacional.

En el ordenamiento jurídico colombiano existen normas del Código Civil, de Comercio y del Estatuto del Consumidor, cuya redacción permite la reinterpretación de las mismas en favor de la aplicación de los efectos de la coligación contractual, relativas, entre otras, a las que regulan nulidades y cláusulas abusivas. Por tal motivo, se propone la reinterpretación normativa como una alternativa para que la coligación contractual tenga relevancia jurídica dentro de las relaciones negociales que se desarrollen en Colombia.

En tal sentido, las normas que regulan la interpretación de los contratos en el ordenamiento jurídico colombiano, se deben utilizar en atención a la operación económica global que une a un grupo de contratos, pues esta surge precisamente de la voluntad de las partes y según el artículo 1618 del código Civil, en caso de que dicha voluntad se

conozca debe prevalecer está por encima de literalidad de las cláusulas en cada contrato.

Aunado a lo anterior, la interpretación sistemática de los contratos, consagrada en el artículo 1622 del Código Civil, bajo la cual las cláusulas de un contrato deben interpretarse unas por otras, dándole a cada uno el sentido que mejor le convenga al contrato en su totalidad, debe aplicarse no solo entre las cláusulas de un contrato individualmente considerado, sino también entre la totalidad de las cláusulas de los contratos parte del grupo coligado.

La reinterpretación normativa que se propone, permite que los jueces puedan aplicar plenamente los efectos de la coligación contractual a la hora de resolver un litigio que involucre contratos conexos, aunque no exista una consagración legal expresa y sin que esto represente una violación al ordenamiento jurídico, sino por el contrario, el juez estaría atendiendo a la voluntad de las partes y confiando en la buena fe con la que estas están obligadas a ejecutar los actos jurídicos que han decidido celebrar.

## REFERENCIAS

- Álvarez, G. (2008). *Los grupos de contratos en el crédito de consumo* (tesis doctoral). Universidad de la Coruña, La Coruña, España.
- Apelación Civil 00257930520128260071, Rel. Ferreira da Cruz, São Paulo. (2015, 27 de julio). Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasil.
- Apello di 31 de ottobre de 1996. (31 ottobre 1966). Corte d'appello di Napoli. in Dir. Giur.
- Arrubla, J. (2013). *Contratos Mercantiles. Contratos contemporáneos*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Arrubla, J. A. (2015). *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Bianca, M. (2000). *Diritto Civile, Il Contratto (Vol. 3)*. Milán, Italia: Giuffrè.
- Bórquez, D. A. (2015). *La extensión de la responsabilidad en los contratos conexos: El caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad* (tesis de pregrado). Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.
- Bozzo, S. (2015). Incumplimiento de contratos coligados en función de consumo y mecanismos de protección en el ordenamiento chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 45, 39-66.
- Cataño, S., y Wills, L. (2016). La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia. *Vniversitas*, (132), 59-88.
- Congreso de la Nación Argentina. (2014). *Ley 26.994 del 7 de octubre de 2014 Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina.
- Congreso de la República de Colombia. (1873). *Ley 84 del 26 de mayo de 1873 "Código Civil"*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). *Ley 1563 del 12 de julio de 2012 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso Nacional de Chile. (1855). *Ley 14 del 14 de diciembre de 1855 "Código Civil"*. Santiago de Chile: Congreso Nacional de Chile.
- Congreso Nacional do Brasil. (1997). *Lei 9472 do 16 de julho do 1997. "Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais,*

- nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*". Brasília: Congresso Nacional do Brasil.
- Congresso Nacional do Brasil. (2002). *Lei No 10.406 do 10 de janeiro do 2002 "Código Civil"*. Brasília: Congresso Nacional do Brasil.
- De la Madrid, M. (2005). *La conexidad contractual en los Principios*. Ciudad de México: Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.
- De la Puente, y Lavalle, M. (2004). El contrato de garantía. *Themis Revista de Derecho*, (49), 205-208.
- Esborraz, D. (2012). El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla res inter alios acta. *Revista de Derecho privado*, edición especial, 111-163.
- Giorgianni, M. (1937). *Negozi giuridici collegati*. Roma: Società editrice del Foro italiano.
- Gómez Londoño, J. (2013). Intervención de terceros en el arbitraje nacional colombiano a la luz de las experiencias del arbitraje comercial internacional. *Revista de Derecho Privado*, (49), 1-40.
- Internacional Institute for the Unification of Private Law (2016). *Principles of Internacional Comercial Contracts, Integral*. Rome: Unidroit.
- Kluwer Law Internacional (2000). *Principles of European Contract Law*. Suiza: Landó y Beale.
- Laudo caso Information Technologies de Colombia S.A.S. - Intek de Colombia S.A.S. y Cybershield S.A.S. vs Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (ETB) (2017, 4 de julio).
- Laudo caso Química Vulcano S.A., Alberto Quijano Duque, José Gabriel Saabi Serrano vs Con Rotadyne Latin America LLC y Esperanza Medina. (2008, 5 de junio). Tribunal Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá.
- López, A. (1992). *Los contratos conexos: estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal* (tesis doctoral). Universidad de Granada, Granada, España.
- López, J. (1998). Las cadenas de contratos o contratos coligados. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 19, 159-166.
- Marín, M. (2012). Contratos vinculados y cierre del negocio. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, (4), 160-184.
- Márquez, J. F. (2007). Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa. *Revista de derecho privado y comunitario*, 2, 151-173.

- Mendoza del Maestro, G., y García Rivas, A. (2018). Erosión o extensión del res inter alios acta a propósito de la coligación contractual inmobiliaria. *IUS ET VERITAS*, (56), 258-271.
- Morales, R. (2002). Contribución a la Teoría de los Contratos Conexos. *Derecho & Sociedad*, (19), 119-138.
- Ortega, G. (2018). *El alcance y la eficacia del convenio arbitral para solventar las controversias complejas derivadas del contrato de fideicomiso mercantil: una perspectiva desde el Complex Arbitration* (tesis de pregrado). Universidad del Azuay, Cuenca, Ecuador.
- Parlamento y Consejo Europeo. (2008). *Directiva 2008/48/CE del 23 abril del 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo*. Bruselas: Parlamento y Consejo Europeo.
- Prata de Carvalho, A. G. (2019). As redes contratuais como formas de organização da atividade econômica e a responsabilização de seus agentes. En G. Tepedino, J. Bezerra de Menezes, V. Correia Mendes, y A. P. De Castro, *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum.
- Presidencia de la República del Perú. (1984). *Decreto Legislativo 295 del 24 de julio de 1984 "Código Civil"*. Lima: Presidencia de la República del Perú.
- Presidencia de la República del Perú. (1984). *Decreto Legislativo 299 del 26 de julio de 1984 "Del arrendamiento financiero, del régimen tributario y disposiciones transitorias"*. Lima: Presidencia de la República del Perú.
- Presidencia de la República del Perú. (2008). *Decreto Legislativo 1071 del 01 de septiembre de 2008 "Decreto Legislativo que norma el arbitraje"*. Lima: Presidencia de la República del Perú.
- Presidencia de la República. (2010). *Ley 29571 del 01 de septiembre de 2010 "Código de protección y defensa del consumidor"*. Lima: Presidencia de la República del Perú.
- Sentencia Número 05001-3103-009-2002-000099-01. (2009, 1 de junio). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (William Nemes Vargas M.P).
- Sentencia Número 11001-31-03-027-2000-00528-01. (2007, 25 de septiembre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo M.P).
- Sentencia Número 5224. (1999, 6 de octubre). Corte Suprema de Justicia de Colombia (Silvio Fernando Trejos Bueno M.P).

- Sentencia Número 68001-31-03-001-1998-00181-02 (2017, 15 de noviembre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Álvaro Fernando García Restrepo M.P.).
- Sentenza No. 7305 (26 marzo 2010). Corte Suprema di Cassazione Italia.
- Stefanelli, N. (2010-2012). *Il Problema del Collegamento Negoziale* (tesi di dottorato). Università degli Studi di Firenze, Italia.
- Superior Tribunal de Justiça, 4ª T. (2004, 2 de diciembre). Resp 331340 / DF. Brasil: Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.
- Vásquez, W. (2011). Los financiamientos trilaterales en el marco de las operaciones de crédito al consumo y la teoría de la coligación contractual. *Revista de Derecho Administrativo*, 10(2), 18-198.
- Vásquez, W. (2012). La (visible) presencia de los contratos coligados en el sistema jurídico peruano. *Análisis jurídico* (140), 157-173.
- Zapata, J. (2015). La causa como elemento estructural de la contratación conexa. *Revista de Derecho Privado*, (54), 4-20.



# PROTECCIÓN DE LAS MARCAS TÁCTILES O DE TEXTURA EN LA COMUNIDAD ANDINA: ANÁLISIS DEL CASO 242-IP-2015

Yenifer Marcela Muñoz Cerón<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2021.

Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2021.

Referencia: Muñoz, Y. (2021). Protección de las marcas táctiles o de textura en la Comunidad Andina: Análisis del caso 242-ip-2015. *Revista Científica Codex*, 7(12), 49-84.

## RESUMEN

Los constantes cambios del comercio internacional han hecho necesaria la creación de nuevas formas de marcas destinadas a diferenciar los productos y servicios existentes en el mercado, claro ejemplo de esto es la interpretación prejudicial 242-IP-2015 emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la que se estudió el primer registro de una marca táctil o de textura, ampliando el concepto de las marcas no convencionales. Sin embargo, de la misma manera que el otorgamiento de esta nueva clase de marcas representa un creciente desarrollo en la protección marcaria que otorga la Comunidad Andina, también representa nuevos retos en el proceso de solicitud y trámite de registro, debido a las características propias de este tipo de representaciones, que hacen necesario replantear la taxatividad de los criterios de registrabilidad, susceptibilidad de representación gráfica, distintividad, forma de publicación de la marca y formas de uso común; para efectivizar su aplicación en las oficinas encargadas de tramitar las solicitudes en los países miembros de la Comunidad Andina, garantizando nuevos

---

1. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.

registros de marca táctil, con lo que se busca ampliar la protección de comerciantes y consumidores, según los argumentos que se exponen en el presente artículo.

**Palabras clave:** Marcas táctiles, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Registro de marcas, Criterios de distintividad, Unión Europea.

## ABSTRACT

The constant international trade changes have made it necessary to create new forms of trademarks designed to differentiate existing products and services in the market. A clear example of this is the pretrial interpretation 242-IP-2015 issued by the Court of Justice of the Andean Community where the first registration of a tactile or texture trademark was studied expanding the concept of unconventional signs. However, in the same way this new class of brands represents a growing development in the trademark protection granted by the Andean Community, it also represents new challenges in its application and registration process due to the characteristics of this type of representations, which make it necessary to rethink the exhaustiveness of the registrability criteria, susceptibility of graphic representation, distinctiveness, the publishing ways of the trademark and the common use texture; to make more effective their application in the offices in charge of processing applications in the member countries of the Andean Community, guaranteeing new tactile trademark registrations seeking to expand the protection of merchants and consumers according to the arguments presented in this article.

**Keywords:** Tactile trademarks, Court of Justice of the Andean Community, Trademarks registration, Distinctiveness criteria, European Union.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo, tiene como objetivo estudiar cuales fueron los parámetros planteados en el análisis del primer registro de una marca táctil en la Comunidad Andina, comprendiendo la importancia del desarrollo marcario en la región y los requisitos que se deben considerar al solicitar un registro de este tipo de signos.

Para ello en la primera parte del artículo, se realizará una aproximación a la regulación de marcas en la Comunidad Andina y en la Unión

Europea, en la cual se estudiará como desde la Decisión 486 del 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina y hasta antes de la Directiva 2008/95/CE de la Unión Europea, se conservaba una noción de marca limitada a signos susceptibles de representación gráfica; no obstante, las nuevas tendencias jurídicas deben atender a las necesidades que se presentan en el desarrollo de la materia<sup>2</sup>. En ese sentido, la propiedad industrial no es excepción, y el derecho de marcario debe evolucionar de acuerdo con los avances que se producen a nivel comercial y social (Indacochea, 2016). Muchos autores alrededor del mundo han tratado este asunto, como el tratadista Boyle (2003), quien en su obra ha dejado en claro que:

The expansion of intellectual property rights has been remarkable from business method patents, to the Digital Millennium Copyright Act, to trademark antidilution rulings, to the European Database Protection Directive. The old limits to intellectual property rights the ant erosion walls around the public domain are also under attack of protection, specially about trademarks<sup>3</sup> (p. 38).

Es por ello que, debido a la necesidad de desarrollo en materia comercial, en el siglo XX se crearon nuevas clases de marcas apoyándose en el uso de *Secondary Meaning*<sup>4</sup>, tales como, el color violeta de Libertel, el rugido del león de la Goldwyn Mayer y la forma de ciertas botellas de marcas notorias como Coca-Cola (Shao, 2005), denotando la importancia del desarrollo marcario en el mundo.

- 
2. Según lo explica Calvo (2010): Tanto el impacto de la evolución jurídica como el carácter constructivo de los fenómenos jurídicos y del concepto de derecho exigen introducir correcciones epistemológicas y, en particular, una perspectiva socio-jurídica para afrontar el análisis jurídico si no se quiere anclar al derecho en una perspectiva que adolezca de una pérdida de referencia con la praxis y el contexto institucional en el que se desenvuelve (p. 1).
  3. Traducción no oficial: la expansión de los derechos de propiedad intelectual ha sido notable: de las patentes de métodos comerciales, a la Ley de Derechos de Autor del Milenio Digital, a las resoluciones de anti-dilución de marcas registradas, a la Directiva Europea de Protección de Bases de Datos. El dominio público también está bajo ataque de protección, especialmente si se trata del registro de marcas.
  4. Según Giraldo (2001): La figura del *Secondary Meaning* tiene su origen en el derecho anglosajón, y por su traducción al español se entiende como “Significado Secundario”, se refiere aquella marca o signo que nació como no distintiva, pero que, con la inversión de recursos por parte de los productores o prestadores de servicios, ha logrado ser tan, o más distintiva que las marcas que cumplían con el requisito de distintividad ab initio (p. 115).

Con estas consideraciones, en la segunda parte del artículo, se estudiará que, entre las nuevas clases de marcas que han surgido a través de las diferentes interpretaciones que ha emitido la Comunidad Andina, una de las más controversiales es la marca táctil o de textura. Esta fue desarrollada por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA) en el proceso 242-IP-2015, el cual analiza la solicitud de registro de la marca táctil correspondiente a la textura de la botella de Old Parr y en virtud de la cual se realiza una interpretación prejudicial del artículo 135<sup>5</sup> de la Decisión 486, poniendo de presente cinco asuntos principales a ser interpretados:

(i) La legitimidad activa de la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC), (ii) los requisitos de registrabilidad de la marca táctil o de textura, el requisito de susceptibilidad de representación gráfica y el requisito de distintividad, (iii) la forma de publicación de una marca táctil o de textura, (iv) la textura de uso común y (v) la textura impuesta por una función técnica o por la naturaleza del producto (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015).

Estos puntos serán objeto de análisis en este artículo, pues bajo los resultados de esta interpretación prejudicial se evidencia que a consecuencia de la creación y características propias de las marcas táctiles, se derivan importantes retos jurídicos, teóricos y prácticos para satisfacer los requisitos que exige el TJCA para su solicitud y registro, lo cual implica el deber de ampliar los márgenes de protección marcaria existentes en la Comunidad Andina.

La metodología de la presente investigación es histórico hermenéutica, en la cual, a partir del análisis de la jurisprudencia andina y europea, se busca determinar el avance en materia de protección de marcas no convencionales, específicamente sobre los requisitos de representación gráfica, registrabilidad y distintividad, los cuales son objeto de discusión primordial para el registro de marcas táctiles, así como su forma de publicación.

De esta manera, al final del artículo, se propondrán posibles soluciones a los planteamientos que ha puesto de presente el TJCA en su jurisprudencia, respecto a los criterios de registro que deben tener en

---

5. Este artículo contiene las causales de irregistrabilidad absoluta los signos (Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486 del 14 de septiembre del 2000).

cuenta las oficinas encargadas del trámite en los países miembros de la Comunidad Andina al momento de estudiar las solicitudes de registro de una nueva marca táctil, con el objeto proteger de manera efectiva a los comerciantes dentro de la Comunidad respecto de los registros que estos tengan bajo su titularidad.

## 1. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE MARCAS EN LA COMUNIDAD ANDINA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

En esta primera parte del artículo, se realizará una introducción sobre la Comunidad Andina y la Unión Europea, con el objetivo de comprender la organización y funciones de estos dos organismos de integración, y el trabajo que realizan en sus regiones, haciendo énfasis en las regulaciones de marcas que han desarrollado, esto con el objeto de comprender como actúan estas organizaciones, su alcance e importancia.

### 1.1 En la Comunidad Andina

La Comunidad Andina es un mecanismo de integración subregional<sup>6</sup>, el cual ha establecido como su principal objetivo incrementar los niveles de desarrollo integral, equilibrado y autónomo en Latinoamérica, a través de sus órganos e instituciones, los cuales se articulan en el Sistema Andino de Integración<sup>7</sup> (Cancillería de Colombia, 2019). Uno de los órganos más importantes es el TJCA<sup>8</sup>, el cual es el encargado de realizar interpretaciones prejudiciales de las normas de la Comunidad Andina,

- 
6. La Comunidad Andina se creó a partir de la firma del Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, Colombia es uno de los miembros fundadores junto a Bolivia, Ecuador, Perú y Chile, sin embargo, Chile dejó de ser miembro en 1976, convirtiéndose en estado observador hasta el 2006 fecha desde la cual es un miembro asociado hasta el momento de publicación de este artículo. También son estados asociados Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; son estados observadores, España, Marruecos y Türkiye. Venezuela ingresó a la Comunidad Andina en 1973 sin embargo se retiró en 2006 (Comunidad Andina, 2022).
  7. Los órganos que conforman el Sistema son: Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión Andina, Secretaría General, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Parlamento Andino, Instancias de participación y consultivas de la Sociedad Civil (Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral, Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, Mesa Afrodescendiente, Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor, y Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales), Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Andina de Fomento (CAF) y el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) (Cancillería de Colombia, 2019, p. 1).
  8. Este órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina nació el 28 de mayo de 1979, mediante la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Posteriormente, mediante el Protocolo de Cochabamba suscrito el 28 de mayo de 1996, cambió su nombre a “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

previa solicitud de las autoridades nacionales de los países miembros, para garantizar que la aplicación e interpretación del derecho andino se realice de manera uniforme y armónica (Comunidad Andina, 2022).

Uno de los temas desarrollados en estas interpretaciones prejudiciales es la propiedad industrial, la cual se encuentra regulada en el Régimen Común Andino de Propiedad Industrial, aprobado por medio de la Decisión 486 del 2000, en sustitución de la 344 de 1993<sup>9</sup>. Esta norma, adecúa el régimen común bajo los parámetros estipulados en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994, aprobado en el marco de la Ronda Uruguay de la Organización Mundial del Comercio, donde se regula la protección y trámites específicos para las naciones (Giraldo, 2001). A continuación, se expondrá cual es la regulación de marcas que la Comunidad Andina ha establecido de manera puntual.

### ***1.1.1 Regulación de marcas en la Comunidad Andina***

Para comprender cual ha sido la regulación establecida en torno a la protección marcaria, en primer lugar, es necesario determinar el concepto de marca, cuya definición se encuentra en el artículo 134 de la Decisión 486, según el cual marca es “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica” (Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486 del 14 de septiembre del 2000), es decir, a nivel normativo se consigna como elemento esencial, la aptitud de distintividad y como elemento adicional, la representación gráfica.

En un análisis más detallado del concepto de marca y su regulación, a nivel doctrinario, se evidencia que existen categorías de los ordenamientos legales marcarios, que permiten realizar una clasificación más detallada de los mismos, según el nivel de protección y alcance que le brindan al concepto de marca como tal, para autores como Kresalja (2001) “la Decisión 486 califica dentro de la segunda categoría de ordenamientos legales, pues reconoce un concepto amplio de marca supeditando el registro a que sea susceptible de representación gráfica” (p. 183), distinto de aquellos ordenamientos tipo 1, que establecen una

---

9. “Las disposiciones de la presente Decisión [486] se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes” (Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486 del 14 de septiembre del 2000).

definición amplia y flexible de marca al conferir tal calidad a cualquier signo en tanto sea suficientemente distintivo, como en el caso de leyes canadienses, estadounidenses y suecas; o de aquellos tipo 3 que limitan la definición de marca a los signos perceptibles por el sentido de la vista, como sucede en leyes de Brasil y Chile (OMPI, 1998).

Según su distinción:

En la tercera categoría de ordenamientos no sería posible considerarlos como tales, debido a que la noción de marca se restringe a signos visibles. (...) Ahora bien, lo cierto es que la Decisión 486 reconoce expresamente que los olores y sonidos pueden ser registrados como marcas, así como admite por vez primera el registro de colores únicos (Kresalja, 2001, p. 165-166).

En ese sentido, el mismo autor explica que dentro de esta distinción del concepto de marca, existen unos signos considerados atípicos, esta conceptualización es importante, pues se debe tener en cuenta que, en la regulación marcaria existe una diferenciación entre signos convencionales (típicos) y signos no convencionales (atípicos), y es respecto al registro de signos atípicos que se presentan dificultades, principalmente al momento de acreditar el cumplimiento del requisito de representación gráfica y en la verificación de su aptitud distintiva, originaria o sobrevenida y, del análisis del riesgo de confusión (Kresalja, 2001); temas que serán revisados a fondo más adelante, a través del estudio del objeto de este artículo.

Con estos conceptos claros, tenemos que, en el ámbito de la Comunidad Andina, el artículo 134 de la Decisión 486<sup>10</sup>, a diferencia del artículo 81 de la Decisión 334 (Comisión de la Comunidad Andina, 1993), que rigió hasta el 2000, además de brindar un concepto de marca e indicar los requisitos que debe reunir un signo para ser registrado

10. El artículo 134 de la Decisión 486 se encuentra en el título VI, De las Marcas, Capítulo I: De los Requisitos para el Registro de Marcas. El cual dispone a título literal que:

A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro. Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos: a) las palabras o combinación de palabras; b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; c) los sonidos y los olores; d) las letras y los números; e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; f) la forma de los productos, sus envases o envolturas; g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores (Comisión de la Comunidad Andina, 1993, p.33).

como marca, también enuncia varios ejemplos de los signos registrables, entre los cuales destacan aquellos conformados por:

Palabras o combinación de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos, sonidos, olores, letras, números, colores determinados por su forma o combinación de colores, forma de los productos, sus envases o envolturas y otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie, seleccione y adquiera sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio (TJCA, Sentencia del 20 de marzo de 2014).

Sin embargo, esta lista no puede concebirse de manera restrictiva, pues de conformidad con el TJCA, esta enumeración no solo cubre los signos denominativos, mixtos y figurativos, sino también los tridimensionales, táctiles, sonoros y olfativos (TJCA, Sentencia del 1 de septiembre de 2004), lo cual revela el propósito de extender la noción de marca a otros signos no tradicionales. Por lo tanto, se evidencia que, el concepto de marca en la Comunidad Andina incluye tanto signos visibles, como no visibles, siempre que sean susceptibles de representación gráfica, y de no tradicionales cuando estos cumplan con unos requisitos adicionales que aún deben ser desarrollados a profundidad, como se ha manifestado en la jurisprudencia objeto de estudio de este artículo.

## 1.2 En la Unión Europea

Por su lado, en el continente europeo también se ha regulado el tema de marcas de forma amplia, en este caso, la encargada de tratar estos asuntos es la Unión Europea, la cual es “una asociación económica y política única en su género y compuesta por 28 países que abarcan juntos gran parte del continente”<sup>11</sup> (Unión Europea, 2019, p. 1), su principal objetivo es promover un desarrollo económico, social, equilibra-

---

11. La Unión Europea fue establecida con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE) el 1 de noviembre de 1993. Sin embargo, con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, asumió la estructura con la que es conocida hoy en día. Actualmente son países miembros Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia (Unión Europea, 2019, p. 2).



do y sostenible, mediante la creación de instrumentos como un mercado único y normas que regulen integralmente los aspectos económicos de la región, los cuales son supervisados por sus diferentes órganos<sup>12</sup>.

El Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, son los encargados de ejercer la potestad legislativa, tomando decisiones conjuntas, estos órganos se encargan de proferir Directivas y Reglamentos en los que se regulan aspectos de importancia para la Unión. En materia marcas, lo han hecho bajo las disposiciones que se verán a continuación.

### **1.2.1 Regulación de marcas en la Unión Europea**

La Unión Europea ha regulado aspectos concernientes a la propiedad industrial, en su Directiva (UE) 2015/2436 y Reglamento 2015/2424, relativos a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de marcas y en su Directiva 2008/95/CE<sup>13</sup>, en la cual trata disposiciones sustantivas esenciales del derecho de marcas, pues al interior de la Unión se considera que el tema afecta directamente el funcionamiento del mercado interior, de manera que la protección de marcas en los estados miembros, se realiza de manera especial al coexistir con la protección a escala de la Unión (Unión Europea, 2019). En ese sentido también se ha definido cuál es el objetivo que tienen las marcas, pues con un concepto claro, se hace posible establecer sus requisitos, un ejemplo de ello se evidencia en el siguiente apartado:

Trademark law also has other objectives, set out in particular by the European Court of Justice: the function of the trademark is to guarantee the origin and the quality of the products and services to the consumer and to prevent competitors from wrongfully using it to sell their products. Of course, where the trademark is regarded as an essential element of an undistorted system of competition, the general public interest is not very

12. Para lograr sus objetivos, la Unión Europea se compone de múltiples órganos que integran un régimen de democracia representativa, sus órganos son: Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Consejo de la Unión Europea, Tribunal de Justicia de Unión Europea, Tribunal de Cuentas y el Banco Central Europeo, además de otras instituciones y organismos interinstitucionales que desempeñan funciones especializadas (Unión Europea, 2019, p. 3).

13. Relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de marcas.

far away (if the starting point is the principle that a competitive market permits the best allocation of resources)<sup>14</sup> (Geiger, 2013, p. 13).

Esto ha configurado un avance legislativo muy importante al interior de la Unión Europea, gracias al cual en la Directiva 2015/2436 y en el Reglamento 2015/2424, se flexibilizó el requisito de representación gráfica, pues en ellos se permite el registro de marcas en un tipo de soporte diferente a una representación visual (Serrano, 2016). A pesar de los cambios legislativos, si se ha mantenido el aspecto funcional de la marca, que es el de distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras, pero también se ha modificado el aspecto formal, pues ya no se supedita a una representación meramente gráfica, sino que debe permitir a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a sus titulares<sup>15</sup>, admitiendo otro tipo de representaciones a través de “cualquier forma que se considere adecuada, usando la tecnología disponible, siempre que la representación sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva” (Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, 2017, p. 3).

Según los lineamientos generales anteriormente mencionados, ambas comunidades han regulado el tema de marcas en sus regiones, estableciendo diferentes parámetros, clases de marcas, formas de registro y los procesos de solicitud que se realizan en cada organización, dejando el paso abierto a la creación y registro de marcas consideradas no convencionales, lo cual ha permitido el apareamiento de nuevas marcas como la táctil.

A continuación, se analizará la regulación aplicable a marcas convencionales y no convencionales y sus diferencias. A partir de ello se propondrán diferentes parámetros que se deberían emplear al momento de evaluar solicitudes de nuevos registros de marcas táctiles, objeto de este estudio.

---

14. Traducción no oficial: el derecho de marcas también tiene otros objetivos, establecidos en particular por el TJUE: la función de la marca es garantizar el origen y la calidad de los productos y servicios para el consumidor y evitar que los competidores la utilicen erróneamente para vender sus productos. Por supuesto, cuando la marca se considera un elemento esencial de un sistema de competencia sin distorsiones, el interés general y público no está muy lejos (si el punto de partida es el principio de que un mercado competitivo permite la mejor asignación de recursos).

15. Estas disposiciones se encuentran en el literal b, artículo 3 de la Directiva (UE) 2015/2436 y en el literal a, artículo 4 del Reglamento (UE) 2015/2424.

### 1.3 Distinción en la regulación de marcas convencionales y no convencionales

Como se mencionó anteriormente, dentro de la regulación marcaria, existe una distinción entre marcas convencionales y no convencionales, por lo tanto, en este acápite, se estudiará cuáles son sus diferencias y disposiciones particulares, mencionando también algunos ejemplos, de esta forma se explicará en cual distinción de marcas se encuentran los signos táctiles y cuáles son los retos que se enfrenta para factibilizar su registro, dentro de esta clasificación.

A nivel internacional se han entendido como marcas convencionales aquellas que corresponden principalmente a representaciones gráficas y conjuntos de palabras, que incluyen a “cualquier signo capaz de distinguir los productos o servicios de un empresario, de los productos o servicios de sus competidores; es decir, son signos que diferencian las ofertas en el mercado” (Toledo, 2018, p. 3).

De manera que una marca convencional es todo signo que ejerza una función de distinción, lo que pueden ser palabras, números, letras, dibujos, entre otros; y las marcas no convencionales corresponden a aquellas que “son menos usuales pero que están desarrollándose muy intensamente en los últimos años, tales como marcas de color per se, de sonido, marcas en movimiento u olores, por ejemplo” (Toledo, 2018, p. 4).

Con esa conceptualización de marca no tradicional, surgen cuestionamientos y dificultades, los cuales inician desde la fase de creación, desarrollo comercial y protección legal, pues al ser signos que contienen elementos únicos por sus características de no convencionales, estos van a exigir consideraciones diferentes en todo el proceso de registro para lograr que su protección sea efectiva, por ello desde la creación, debe tenerse en cuenta que:

Este tipo de recursos requieren una gestión estratégica específica y compleja para ganar el estatus de marca, estrategia que necesariamente debe integrar una planificación en la comunicación con la utilización de otros recursos que vengán a apoyar y reforzar los atributos y conceptos que integra la marca de carácter verbal (Toledo, 2018, p. 5).

Esta conceptualización de marca no tradicional ha sido desarrollada y ampliada con el tiempo, pues hasta hace años atrás, en la Unión Europea al igual que en la Comunidad Andina, se limitaba el concepto de marca a signos susceptibles de representación gráfica<sup>16</sup>, situación que con el tiempo y a través de diferentes pronunciamientos e interpretaciones ha sido ampliada, otorgando la categoría de marca fuera del esquema convencional<sup>17</sup>, por lo que ahora no se exige la representación gráfica si hay medios más convenientes para individualizar el centro de la protección, por ello bastaría con que el signo pueda representarse permitiendo a las autoridades competentes y al público evidenciar el objeto de la protección conferida (Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486 del 14 de septiembre del 2000). Esta interpretación ha permitido la creación de nuevos tipos de marcas a nivel global tales como la tridimensional<sup>18</sup>, sonora<sup>19</sup>, olfativa<sup>20</sup> y de color<sup>21</sup>.

En el contexto internacional se ha considerado paulatinamente la posibilidad de validar nuevos tipos de marcas, entre las que se puede hacer referencia a las marcas táctiles o de textura. En el ámbito de la Unión Europea, con ocasión de la decisión del caso Shield Mark BV, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) señaló que la lista de signos contenida en el artículo 2 de la Directiva 2008/95/EC no era exhaustiva y que los signos que no pueden ser percibidos visualmente, no están expresamente excluidos de la Directiva (TJUE, Sentencia del 27 de noviembre de 2003).

Otro ejemplo del avance a nivel internacional, frente a la inclusión de nuevos tipos de marcas, lo explica el profesor Pradeep (2007), quien manifiesta que:

---

16. Esto fue suprimido por la Directiva 2008/95/CE (actual artículo 3 de la Directiva (UE) 2015/2436) y del Reglamento (CE) 297/2009 (artículo 4) de la Marca Europea.

17. Los nuevos tipos de marcas son también denominadas marcas atípicas, no convencionales o no tradicionales. La doctrina suele dividirlos en signos visibles y signos no visibles. En el caso particular de las marcas táctiles, éstas pertenecen al grupo de los signos no visibles (OMPI, 2006, p. 3).

18. Claro ejemplo se evidencia en el Proceso 195-IP-2007, relativo a la marca “tridimensional de diseño de botella”, y en el mismo sentido el Proceso 61-IP-2006, signo tridimensional: “envase”, los cuales desarrollan el concepto y trámite de la marca tridimensional.

19. “Entre las marcas sonoras inscritas en Estados Unidos de América, se encuentran: el sonido del rugido del león de la empresa Goldwyn Mayer y el sonido del motor de la moto Harley Davidson” (Mandakovic, 2009, p. 10).

20. El caso más representativo de este tipo de marca es el Caso Sieckmann c. German Patent Office (caso C-273/00), el cual otorga por primera vez el registro de marca olfativa.

21. Marca desarrollada en el Proceso 23-IP-1998, relativo a marca de “una cache de machete y una denominación y colores”. Referido en el Proceso 92-IP-2004, marca: “Universidad Virtual”.

The Singapore Treaty<sup>22</sup> explicitly recognizes that trademarks are no longer limited to two-dimensional labels on products. The Treaty is applicable to a new set of marks which includes hologram marks, motion marks, color marks, and marks consisting of non-visible signs such as sound, olfactory or taste and feel marks. Most significantly, it is the first time that non-traditional marks are explicitly recognized in an international instrument dealing with trademark law<sup>23</sup> (p. 3).

Sin embargo, se evidencia que aún existen problemas al momento de otorgar registros de marcas no convencionales, por las características propias de estas representaciones y por el escaso desarrollo que se ha brindado hasta la actualidad frente al registro de estas marcas. Por ello, su efectiva protección aún plantea problemas normativos y logísticos, lo cual, en el caso de Colombia, se refleja en el escaso otorgamiento de este tipo de marcas por parte de la SIC, como se verá en el capítulo a continuación.

## 2. REGULACIÓN DE MARCAS NO CONVENCIONALES: EL CASO DE LAS MARCAS TÁCTILES O DE TEXTURA

Como se estudió anteriormente, las marcas convencionales y no convencionales poseen características diferentes y exigen requisitos propios para su trámite de registro; en el caso de las convencionales, para solicitar su registro en la Comunidad Andina basta con el cumplimiento de los requisitos normativos que exige la Decisión 486 del 2000<sup>24</sup> y realizar el proceso de registro en la entidad encargada en el país en que

22. El Tratado de Singapur crea un marco internacional moderno y dinámico para la armonización de los trámites administrativos de registro de marcas, sobre la base del Tratado sobre el Derecho de Marcas de 1994, el nuevo Tratado de Singapur posee un alcance más amplio y tiene en cuenta la evolución más reciente en el ámbito de las tecnologías de la comunicación. Actualmente 48 países se han adherido a este tratado, de los países de la Comunidad Andina, Perú es el único miembro desde el 27 de diciembre de 2018, los demás países CAN no se han adherido, sin embargo, la mayoría de los países de la Unión Europea lo han ratificado en sus legislaciones (Pradeep, 2007, p. 23).

23. Traducción no oficial: el Tratado de Singapur reconoce explícitamente que las marcas comerciales ya no están limitadas a etiquetas bidimensionales en los productos. El Tratado se aplica a un nuevo conjunto de marcas que incluye marcas de hologramas, marcas de movimiento, marcas de color y marcas que consisten en signos no visibles, como marcas de sonido, olfativas o de gusto y tacto. Lo más importante es que es la primera vez que las marcas no tradicionales se reconocen explícitamente en un instrumento internacional que trata el derecho de marcas.

24. Los requisitos que exige la Comunidad Andina para el registro de una marca son: que se trate de un signo apto para distinguir productos o servicios del mercado, que sea susceptible de representación gráfica, que tenga distintividad, que no sean formas usuales en el producto o su envase, que no sean nombres genéricos o comunes al producto y que no afecte derechos de terceros (Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486 del 14 de septiembre del 2000).

se inicie la solicitud, en cambio, las no convencionales van a requerir acreditar unas características particulares según la clase de signo que se pretenda registrar, el cual podría ser tridimensional, de olor, de color, táctil, entre otros. Por esta situación el registro de marcas no convencionales aun no es muy elevado, pues su solicitud de registro parece ser muy complicada, sin embargo, esto poco a poco se ha ido cambiando y hoy en día se presentan más solicitudes de marcas no convencionales, en ese sentido la World Intellectual Property Organization (en adelante, WIPO) (2009), ha manifestado que:

For the time being, the number of registered non-traditional trademarks remains very low, with 3D trademarks being the most common. Non-visible signs especially taste, and smell are still far from being commonly accepted. But keeping in mind the rapid evolution of creative marketing techniques, it is only a question of time before we see an increase in the registrations of those signs<sup>25</sup> (p. 6).

Pero, aún con un panorama favorable frente a la aceptación de nuevos tipos de signos registrables, todavía persisten problemas cuando se pretende registrar una marca no convencional, pues los criterios exigidos a marcas convencionales no resultan ser eficaces para determinar si la marca no convencional pretendida es lo suficientemente representativa para ser susceptible de protección por parte del Tribunal. Debido a esta situación, a continuación, se analizará cuáles han sido los problemas que ha planteado el TJCA específicamente frente al registro de marcas táctiles, proponiendo soluciones a cada aspecto en cuestión.

## 2.1. Conceptualización

Antes de adentrarse a analizar los elementos que se deben considerar al momento de realizar un registro de marca táctil, es importante dejar en claro que las marcas tridimensional y táctil corresponden a signos diferentes y lo que buscan proteger mediante su registro son elementos diferentes del producto, pues la marca tridimensional corresponde a los envases o envolturas, que pueden estar compuestos de fondo, an-

---

25. Traducción no oficial: por el momento, el número de marcas no tradicionales registradas sigue siendo muy bajo, siendo las marcas en 3D las más comunes. Señales no visibles: especialmente las marcas de sabor y olor aún están lejos de ser aceptadas comúnmente. Pero teniendo en cuenta la rápida evolución de las técnicas de marketing creativo, es solo una cuestión de tiempo antes de que se vea un aumento en los registros de esos signos.

cho y altura (TJCA, Sentencia del 23 de junio de 2016), entre algunos ejemplos de marcas tridimensionales concedidas en Colombia, están la forma de los zapatos Vans, la forma de la botella del yogurt Alpina, y la forma de la botella del whisky Chivas Regal<sup>26</sup>, entre otros, por cuanto fueron considerados por la oficina de marcas como diseños diferentes, los cuales podían ser identificados por los consumidores únicamente por su apariencia, sin necesidad de tener estampada ninguna marca.

Por otro lado, respecto de la marca táctil, el TJCA ha manifestado que, la textura es lo que da lugar a su reconocimiento y protección, por tener una textura reconocible y particular, de modo que su representación gráfica puede reproducirse con impresiones en relieve.

El primer pronunciamiento que el TJCA realizó respecto de una marca táctil, fue en el proceso 242-IP-2015<sup>27</sup>. El caso inició el 27 de febrero de 2015, cuando Diageo Brands B.V. presentó la solicitud 15045738 para el registro de la marca táctil *Textura Superficie “Old Parr”* para distinguir productos de la Clase 33 del Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas<sup>28</sup> (en adelante, Clasificación Internacional de Niza) (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015). La solicitud fue realizada en los siguientes términos:

Consiste en una textura (superficie) dura craquelada arrugada, es decir, estriada o rayada en forma de una aglomeración de formas geométricas irregulares que incluyen en su mayoría, pentágonos, romboides y hexágonos, cuyas paredes compartidas miden de longitud entre 3 y 6 milímetros, de altura entre 0,08 y 0,5 milímetros y de grosor entre 0,1 y 1 milímetro. Las paredes y las áreas contenidas dentro de las paredes son lisas. El material en el que se use esta textura normalmente será vidrio y se usará en distintos tamaños (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015).

26. Las marcas tridimensionales mencionadas cuentan con los certificados de registro 418524, 307591 y 308797, respectivamente. Los cuales pueden ser consultados en la página de la SIC: <http://serviciospub.sic.gov.co/Sic/ConsultaEnLinea/2013/index.php>

27. Mediante este proceso la botella de licor Old Parr obtuvo el registro colombiano 544828 del 2 de junio de 2016, para textura de la superficie, fue publicado en la gaceta de la SIC 753 del 9 de marzo de 2015 y el cual estará vigente hasta el 2 de junio de 2026. El registro puede ser consultado en la página de la SIC: <https://sipi.sic.gov.co/sipi/Extra/IP/Mutual/Browse.aspx?sid=637240394657988616>

28. La Clasificación de Niza, establecida por el Arreglo de Niza de 1957, es una clasificación internacional de productos y servicios que se aplica para el registro de marcas. La undécima edición entró en vigor el 1 de enero de 2019 y es la vigente a la fecha de esta publicación. A la fecha de la solicitud mencionada, la clasificación 33 correspondía a bebidas alcohólicas excepto cervezas (WIPO, 2019, p. 1).

Este pronunciamiento es hito en la jurisprudencia relativa a este tipo de signos, la interpretación, entre otros varios trata dos temas principales. El primero sobre la legitimidad para solicitar la interpretación prejudicial, pues la consulta ante el Tribunal no la elevó una autoridad judicial, sino la Dirección de Signos Distintivos de la SIC<sup>29</sup>, y el segundo, sobre la registrabilidad de signos perceptibles por el sentido del tacto (Indacochea, 2016). El primer tema fue resuelto de manera favorable, aceptando la solicitud y procediendo al estudio del segundo punto del cual se desprende el objeto análisis de este artículo.

En el estudio de marcas táctiles, como primera medida el TJCA, expone la importancia de los signos perceptibles por el sentido del tacto en el marketing moderno al sostener:

Los investigadores en estrategias de mercadotecnia han comprendido el impacto que genera atraer los sentidos en el comportamiento del consumidor. En lo que respecta al tacto, los estudios de la nueva rama científica denominada háptica<sup>30</sup>, la ciencia del tacto, guían los esfuerzos en este sentido. Las marcas táctiles o de textura son aquellos nuevos tipos de marcas que justamente permiten que el consumidor identifique la textura de un producto, de su envase o envoltura con un origen empresarial determinado (TJCA, Sentencia del 27 de mayo de 2015).

Es aquí cuando el Tribunal establece una comparación con el caso Sieckmann de la Unión Europea que, aunque trata la posibilidad de registrar marcas olfativas, establece que:

La representación gráfica por sí misma no es suficiente: debe cumplir con dos criterios. En primer lugar, debe ser completa, clara y precisa, de manera que el objeto del derecho de exclusividad sea inmediatamente claro y en segundo lugar, debe ser inteligible para aquellas personas que

---

29. A pesar de que esta dirección solo ejerce funciones administrativas, el Tribunal ya ha admitido solicitudes provenientes no solamente de jueces, en el sentido estricto, sino también por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia - Grupo de Trabajo de Competencia Desleal (130-IP-2007), la Corte Constitucional de la República de Colombia (60-IP-2012), la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (149-IP-2011), y en los últimos años, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (67-IP-2014), Tribunales Arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá (14-IP-2014), Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (79-IP-2014), Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriana ( 262-IP-2013), entre otros. Por lo cual respecto de este punto se resolvió aceptar la solicitud y proceder a su estudio.

30. "La palabra proviene del griego hápt" (tocar, relativo al tacto). Algunos teóricos han extendido el significado de la palabra háptica, refiriéndose por exclusión a todo el conjunto de sensaciones no visuales y no auditivas que experimenta un individuo". (Van Swol, 2003, p.11).



tengan interés en conocer el registro, vale decir, otros fabricantes y consumidores (TJUE, Sentencia del 12 de diciembre de 2002).

Igualmente trata las decisiones Shield Mark BV, del TJUE de 2003, y Qualitex, de la Corte Suprema de Estados Unidos de América de 1995<sup>31</sup>. Las cuales reafirman la viabilidad de este tipo de marcas dentro del ordenamiento jurídico (Indacochea, 2016).

Habiendo aceptado la posibilidad del registro de marcas táctiles, entra en discusión la forma en cómo se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para marcas convencionales por el TJCA, adaptados a las marcas táctiles y cuáles serían los requisitos adicionales que deberán acreditarse en la solicitud; así se pasa al estudio de cómo debería solicitarse el registro y cuál sería su consecuente protección.

## **2.2 Puntos de discusión sobre el registro y protección de marcas táctiles**

En el siguiente apartado se analizarán y explicarán los elementos de registro y protección, que el TJCA estableció para el caso particular de las marcas táctiles; para realizar un análisis de los puntos de discusión sobre el registro de estos signos, primero cabe recordar que en la Comunidad Andina, todo signo para poder ser considerado marca debe acreditar los requisitos exigidos en el artículo 134 de la Decisión 486, según el cual, el signo debe ser apto para distinguir productos o servicios y ser susceptible de representación gráfica.

Para el registro de una marca no convencional, los requisitos de distintividad, susceptibilidad de representación gráfica y perceptibilidad, adquieren mayor obligatoriedad gracias a lo consignado en el literal a) del artículo 135 de la Decisión 486, que establece como causal absoluta de irregistrabilidad la ausencia de cualquier elemento que configure una marca según el artículo 134, salvo el caso de la distintividad intrínseca que se consagra como causal independiente de nulidad

---

31. Al respecto:

En la primera decisión, el TJUE estableció que la lista de signos contenida en el artículo 2 de la Directiva 2008/95/EC no era exhaustiva y que los signos no visibles no están expresamente excluidos de la Directiva. Por su parte, la decisión norteamericana dispuso que las disposiciones contenidas en el Lanham Act no pueden ser interpretadas de manera restrictiva y que un signo es todo aquello capaz de transmitir un significado usado por seres humanos (Indacochea, 2016, p. 8).

absoluta en el literal b) del artículo 135 (Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486 del 14 de septiembre del 2000).

De esta manera, para constituir marca, deben reunirse los requisitos del artículo 134, sin encontrarse afectado por una de las causales de irregistrabilidad señaladas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, además de lo dispuesto en las interpretaciones prejudiciales hechas por el Tribunal.

Con esas consideraciones, en el caso específico del registro de marcas táctiles, el problema del cumplimiento de los requisitos gira principalmente en torno a los siguientes puntos:

- i) Cómo opera la susceptibilidad de representación gráfica de la marca táctil,
- ii) cómo se cumple el requisito de distintividad de una marca táctil,
- iii) las formas de publicación de la marca táctil y
- iv) la textura de uso común o impuesta por una función técnica del producto (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015).

En este orden, a continuación, se analizará cómo puede garantizarse el cumplimiento de estos requisitos, a partir de soluciones propuestas para hacer efectivo el registro de marcas táctiles basándose en la jurisprudencia, en la doctrina y en los puntos propuestos por el TJCA en la 242-IP-15.

### ***2.2.1 Requisito de susceptibilidad de representación gráfica***

El primero de los requisitos analizados en la interpretación del Tribunal es la susceptibilidad de representación gráfica, este es un requisito formal que permite aportar una descripción material para conocer las características del signo, lo cual implica que este pueda ser “descrito o reproducido en palabras, imágenes, fórmulas u otros soportes, es decir, en algo perceptible para ser captado por el público” (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015). Así mismo, posibilita la publicación y archivo de las marcas solicitadas en la respectiva oficina de propiedad industrial.

Esta característica del signo también facilita la transmisión en forma material del contenido, la forma, las dimensiones y características del signo, lo cual permitirá, con el requisito de la publicación que la norma exige, que los competidores puedan conocer y apreciar el signo para establecer las diferencias o semejanzas con el ya registrado o ya solicitado y poder impugnarlos si fuera el caso (TJCA, Sentencia del 22 de julio de 1999).

En los últimos años el TJCA ha interpretado de manera más extensa lo que se concibe por representación gráfica, y para establecerla se estimó la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, (i) la descripción clara, precisa y completa del signo, incluyendo un dibujo tridimensional o fotografía; y en segundo lugar, (ii) la presentación de una muestra física de la marca táctil.

Para cumplir con estos requisitos dispone que, ante la oficina nacional competente se debe presentar una muestra física del objeto que contiene la textura en sí, para este propósito las oficinas deben facilitar el acceso a dichas muestras cuando sea solicitado, de modo que el signo que se pretenda registrar primero deberá cumplir con los requisitos solicitados a las marcas tradicionales, y luego cumplir con este punto.

Por ejemplo, en el caso de la botella *Old Parr*, además de acreditar el cumplimiento de los requisitos del artículo 136 de la Decisión 486, también se debe aportar la descripción precisa de la textura, que incluya medidas exactas, forma y estilo en la que se aplicaría y el material en el cual sería implementado en su producto, incluyendo dibujos y fotografías del mismo y una muestra física de la botella con la textura aplicada.

Dadas estas condiciones la susceptibilidad de representación gráfica se convierte en uno de los mayores desafíos que plantea este tipo de marcas, pues la presentación de una muestra física del objeto tiene implicaciones, tanto en lo atinente a aspectos jurídicos, como prácticos y logísticos (OMPI, 2006).

Los problemas atinentes a la parte práctica y logística, parten de que según el material en que se aplique la textura, esta puede cambiar con el paso del tiempo, afectando la muestra que se dejó en la oficina encargada, tal como ocurriría en el caso de materiales susceptibles de variación por las condiciones de almacenamiento, como telas, papel y derivados; y porque su reproducción para dar a conocer la textura al

público implica un proceso más complicado, pues a diferencia de la facilidad que tiene la simple reproducción de imágenes, la reproducción y publicitación de la textura solo sería posible a través de la comercialización del producto, pues el reconocimiento de una textura requiere de una experiencia material directa, que implica el contacto con el producto. Y al igual que sucede con otros sentidos, las perspectivas e impresiones que se tienen de determinados objetos cambian de persona a persona, siendo el tacto uno de los sentidos más sensibles, por lo que la representación y descripción brindada por el solicitante de la marca, puede llegar a ser entendida de manera diferente, pues aspectos como la edad y la cultura van a alterar esa impresión, por ejemplo el sentido del tacto de un guitarrista y un niño va a tener percepciones diferentes, al igual que lo suave o lo rugoso va a ser percibido más fácilmente por algunas personas que por otras.

La presentación física de la marca igualmente plantea dificultades logísticas y operativas para las oficinas nacionales que deberán disponer de medios para la recolección y distribución de las muestras allegadas (Indacochea, 2016).

En cuanto a los aspectos jurídicos, el TJCA sostiene que solo una descripción no es suficiente para que el examinador y la sociedad en general determinen lo que se va a registrar, pues la revisión visual de la marca según el caso no sirve para manifestar exactitud o seguridad en el caso de signos no visibles<sup>32</sup>: “para asegurar que el registro de la marca reproduzca adecuadamente los signos protegidos, puede atenderse a una serie de criterios, tales como la claridad, precisión, accesibilidad, inteligibilidad, duración y objetividad de la representación gráfica” (Indacochea, 2016, p. 6).

Para lograr el cumplimiento de este requisito y lograr obtener un registro se propone que lo ideal es contar con múltiples representaciones del signo, en múltiples perspectivas, con diversos métodos y modalidades, puesto que, en relación al procedimiento de representación que debe efectuarse en la práctica, los nuevos tipos de signos ofrecen comúnmente múltiples opciones. Adicionalmente, la descripción simple permite evidenciar algunas particularidades de la marca que no se pueden apreciar en los gráficos que la representan. Esto es muy impor-

---

32. Sin embargo, este razonamiento podría también aplicarse a una marca olfativa, tal como se realizó en el caso Sieckmann.

tante en el caso específico de las marcas táctiles por que ciertos tipos de textura son casi imposibles de reproducir mediante simples gráficos (Indacochea, 2016).

Se concluye entonces que el requisito de susceptibilidad de representación gráfica de cada marca que se pretenda registrar debe ser estudiado en cada caso, primero demostrando si la marca cumple con los requisitos mínimos exigidos por el Tribunal, tales como distintividad y representación clara de lo que se busca proteger y posteriormente se determinará si cumple con las condiciones necesarias para ser una marca táctil caracterizada. Una vez atendidos estos criterios mínimos debe realizarse el depósito de las muestras exigidas buscando garantizar su conservación a lo largo del tiempo, esto es necesario, pues en este tipo de marcas, su forma de representación es física y con la muestra en cuestión, se podrá garantizar mayor protección evitando litigios a futuro por posibles problemas que puedan surgir sobre el registro de esa u otras marcas. Es necesario tener en cuenta que esta es una marca novedosa y única, por lo tanto, su registro debe atender a parámetros diferentes para garantizar el éxito de todo el proceso, atendiendo al criterio de representación gráfica, con lo que se solucionaría este punto y se permitiría la correcta protección del signo por ser susceptible de representación gráfica.

### ***2.2.2 Requisito de distintividad***

El segundo requisito analizado por el Tribunal es la distintividad, el TJCA lo ha definido como aquella “capacidad intrínseca que debe tener el signo para distinguir unos productos o servicios de otros” (TJCA, Sentencia del 20 de noviembre de 2014). Este elemento facilita que el consumidor realice una elección más clara de los bienes y servicios, y facilita que el titular de la marca diferencie sus productos y servicios de otros similares que se ofrecen en el mercado. Bajo esta idea, se ha desarrollado este requisito desde dos aspectos:

- i) Distintividad intrínseca o en abstracto: el signo debe ser apto para identificar productos o servicios, independientemente de la clase a la que pertenezca.
- ii) Distintividad extrínseca o en concreto: además de exigir la distintividad intrínseca, requiere que el signo sea capaz de diferenciar el producto o servicio de otros de la misma clase (TJCA, Sentencia del 27 de mayo de 2015).

En ese sentido:

Es preciso recordar que un signo puede ser inherentemente distintivo. Es decir, puede gozar de distintividad *ab initio*, o puede haberla adquirido mediante el uso, de manera sobrevenida, desarrollando una distintividad adquirida. La razón por la que ciertos nuevos tipos de marcas resultan difíciles de proteger es porque generalmente incorporan características que cumplen una función técnica en lugar de servir para indicar la procedencia empresarial de un producto (TJCA, Sentencia del 25 de febrero de 2016).

El TJUE trató este requisito en el Asunto T-88/00, en el cual realizó una valoración del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento N° 40/94, que estima la denegación del registro de las marcas que no tengan carácter distintivo. En esta sentencia se destacó el carácter distintivo de una marca, también desde dos posiciones: “(i) en relación con los productos o servicios para los que se ha solicitado el registro y (ii) en relación con la percepción del público al que va dirigida” (TJUE, Sentencia del 7 de febrero de 2002). En este último punto, el Tribunal aclaró que:

No es necesario, por ejemplo, que la marca lleve a la identificación precisa del fabricante del producto o del prestador del servicio, pues la función esencial de la marca consiste en garantizar al consumidor o al usuario último el origen del producto o del servicio designado por la marca (TJUE, Sentencia del 7 de febrero de 2002).

Es decir que, en ambas comunidades en la solicitud de registro debe dejarse en claro la forma en como el signo identifica productos o servicios y como los diferencia de otros productos de la misma clase, esto permite que el requisito de distintividad no sea un problema al momento de registrar marcas táctiles.

Acreditar la distintividad de la marca es de vital importancia y en el caso de marcas táctiles supone el reto de demostrar como una textura en verdad es capaz de diferenciar a un producto de otro en el mercado, pues el elemento táctil es el que dota a estas representaciones de autenticidad, las vuelve únicas y permite cumplir el objetivo que tiene el otorgamiento de registros de este tipo de signos, en tanto es el sentido del tacto el que brinda una experiencia sensorial que contaría con protección dentro del mercado.

Por su parte, “el análisis de la distintividad intrínseca se encuentra ligado al tipo de producto o servicio que el signo identifica. En ese sentido, la oficina nacional competente deberá analizar si el signo solicitado tiene aptitud distintiva en abstracto” (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015), lo cual en el caso de marcas táctiles, va a estar ligado a que la textura sea distintiva por sí misma, para identificar los productos relacionados y que no corresponda a texturas o formas comunes en la clase de productos que va a proteger, pues las texturas de uso común no son susceptibles de ser protegidas mediante el registro de marcas, tal como se estudiará más adelante.

### **2.2.3 Forma de publicación**

El tercer requisito analizado por el Tribunal es la forma de publicación, que también tendrá un proceso diferenciado, considerando que su reproducción es más complicada por ser una representación física. Para efectivizar la protección en el proceso de publicación, entre más formas de la marca se publiquen mayor será la protección, debido al reconocimiento que le será otorgado en la sociedad, además, esto garantizará que se obtenga el resultado que desde el momento de la solicitud del registro se pretende conseguir (Indacochea, 2016).

Por lo tanto, al solicitar el registro de una marca táctil, para lograr una publicación adecuada, adicional a la muestra que se debe enviar de forma obligatoria al momento de solicitar el registro, el solicitante debe implementar estrategias de mercado que brinden como atractivo primordial la textura registrada para lograr impacto en el mercado y que ese elemento en cuestión, sea el que permita lograr la identificación del producto por sí mismo, pues en este caso no basta con la mera impresión visual de la marca, sino que debe enfocarse en la reproducción de muestras físicas.

Adicional a lo anterior, el TJCA manifestó que:

Ataño a la Oficina Nacional Competente exigir documentación o cualquier otro soporte material necesario para determinar con exactitud el alcance de la protección que se reivindica. En definitiva, la problemática de la representación gráfica del signo a los fines de su publicación (y posibles oposiciones) ataño a la Oficina de marcas y no al titular. En este sentido la Oficina Nacional Competente deberá identificar los medios adecuados para hacer factible la publicación en los casos particulares

de las marcas táctiles o de textura (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015).

Es decir, que la oficina nacional competente<sup>33</sup> deberá garantizar la publicación adecuada de la marca táctil, mientras que el titular debe encargarse de estructurar estrategias de mercado que le permitan dar a conocer su marca en virtud a la textura registrada.

Por lo tanto, según el TJCA:

De esta manera, sería responsabilidad de la oficina nacional competente permitir el acceso de los usuarios a la muestra física del signo solicitado para que puedan conocer y verificar si el mismo vulnera o no sus derechos. Con ello, se lograría una publicación efectiva. Adicionalmente, los países miembros podrían considerar la posibilidad de implementar mecanismos que faciliten el acceso virtual a los dibujos o fotografías presentados por los solicitantes a registro. Dichos mecanismos permitirían, por ejemplo, magnificar las imágenes para que el público pueda identificar adecuadamente los colores y apreciar las texturas de la marca en tercera dimensión, a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015).

En conclusión, la forma de publicación y el reconocimiento que la marca llegue a tener por la textura aplicada, dependerá principalmente del trabajo que desarrolle el titular de la marca, con el apoyo de las oficinas nacionales competentes, quienes garantizarán el acceso físico a las muestras para los interesados; siendo lo ideal, que a futuro se implementen mecanismos tecnológicos, para permitir el acceso a muestras de forma virtual.

#### ***2.2.4 La textura de uso común o impuesta por una función técnica o por la naturaleza del producto.***

La textura de uso común o impuesta por una función técnica o por la naturaleza del producto, es el cuarto y último requisito analizado por el Tribunal, este es uno de los requisitos de mayor importancia en el análisis del registro de marcas táctiles, pues el registro de una textura

---

33. Las entidades encargadas de tramitar las solicitudes de registro de marcas en los países miembros de la Comunidad Andina son: el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI), en Bolivia; la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en Colombia; el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), en Ecuador y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en Perú (Comunidad Andina, 2019, p. 1).



de uso común constituiría competencia desleal y se encuentra prohibido en la Unión Europea y en la Comunidad Andina.

Según Indacochea (2016):

La regulación de este requisito en la Unión Europea está presente en el literal e) del primer inciso del artículo 3 de la Directiva 2008/95/CE y el literal e) del primer inciso del artículo 7 del Reglamento (CE) 207/2009, los cuales establecen como causal de irregistrabilidad absoluta que el signo se encuentre constituido exclusivamente por una forma impuesta por la naturaleza del propio producto, por una forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por una forma que le dé un valor sustancial al producto o que afecte su valor intrínseco, disposiciones inicialmente pensadas para marcas tridimensionales pero que también deben adoptarse al analizar una textura que pretenda ser registrada (p.11).

Por su parte, el TJCA en la 242-IP-2015 analizó la causal de irregistrabilidad absoluta del literal c) del artículo 135 de la Decisión 486, la cual consigna, que el signo a registrar consista en formas habituales de los productos o de sus envases. Si se trata de marcas táctiles, se refiere a que las texturas de uso común en un grupo de productos o servicios no sean relacionadas con una procedencia empresarial, o de uso común, en consecuencia, estas formas deben apreciarse en relación con los productos o servicios que ampare el signo a registrar, no con un género de productos (Indacochea, 2016). En ese sentido, “las formas impuestas por la naturaleza son aquellas que se desprenden de los elementos esenciales del producto.” (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015).

En consecuencia, el TJCA afirmó que:

Al igual que la causal que impide el registro de signos denominativos calificados como genéricos o de uso común, la causal de irregistrabilidad comentada se encamina a evitar que un competidor determinado pueda, mediante el registro, llegar a monopolizar una forma o textura necesaria para comercializar cierta clase de productos. En suma, el otorgamiento de signos genéricos o de uso común, sean denominaciones, formas o texturas, puede ocasionar una barrera de acceso al mercado relevante, al limitar el uso de denominaciones, formas o texturas necesarias o indispensables por parte de otros empresarios en el mercado relevante (TJCA, Sentencia del 24 de agosto de 2015).

Por ejemplo, en el caso de la comercialización de bolsos, permitir el registro de la textura del cuero sin elementos adicionales que lo caractericen, constituiría competencia desleal, pues monopolizaría el uso de esta textura a un titular en concreto, cuando el cuero es común para comercializar este tipo de productos, en cambio, si sería susceptible de registro una textura con letras en relieve o formas adicionales en el cuero con características particulares, pues no es usual en el mercado y no afectaría a esta industria, sino que cumpliría con el propósito de los signos no convencionales, al proteger elementos adicionales de los productos existentes en el mercado.

Sin embargo, cada oficina nacional competente debe estudiar cada solicitud que le sea presentada en el futuro, garantizando la protección y el desarrollo de las marcas táctiles, sin limitar su implementación por los problemas que se plantean. Es un importante reto para la Comunidad Andina al ser su deber regular de manera más clara todo el proceso concerniente a estas marcas, y al ser pionera en el otorgamiento de estos registros, de la misma manera también debe brindar acompañamiento a los prestadores de bienes y servicios para que conozcan e innoven el mercado a través de la creación de nuevas marcas táctiles, igualmente, quien solicite el registro, de forma primordial debe demostrar que la textura solicitada no es común entre la clase que representa, sino que brinda características propias al producto lo cual le otorga distintividad conforme a lo planteado en los puntos anteriores.

### **2.2.5 Otros requisitos**

Adicional a los requisitos que fueron puestos en discusión por el Tribunal en la 242-IP-2015, relativa a marcas táctiles, en el derecho comunitario andino también se han tratado otros requisitos adicionales, los cuales deben analizarse en sentido complementario a los anteriormente estudiados, pues con su efectivo cumplimiento, se evitarían litigios a futuro relacionados al cumplimiento del requisito de perceptibilidad y el riesgo de confusión o asociación de marcas.

#### **2.2.5.1 Requisito de perceptibilidad**

El primer requisito adicional que debe ser considerado, es el de la perceptibilidad, este es un elemento que forma parte de la esencia de la marca, pues se desprende de la misma distintividad. Varios pronunciamientos del TJCA han indicado que “la distintividad del signo pre-

supone su perceptibilidad por cualquiera de los sentidos” (TJCA, Sentencia del 26 de octubre de 2006). Tal requisito “hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, la marca penetre en la mente del público, el cual la asimila con facilidad” (TJCA, Sentencia del 26 de octubre del 2004).

Se entiende que la marca, “al ser una creación intelectual, tiene una naturaleza inmaterial, por lo que no puede tocarse o percibirse, por lo tanto, debe manifestarse por indicaciones perceptibles que la representan, de modo que los consumidores puedan advertirla” (TJCA, Sentencia del 18 de septiembre de 2002). Para caracterizarla se han usado preferentemente aquellos elementos perceptibles a través de la vista, elementos que generalmente hacen referencia a una denominación, a un conjunto de palabras, a una figura, a un dibujo, o a un conjunto de dibujos, lo cual cambiaría con las marcas táctiles, debido a que en este caso el elemento de perceptibilidad que le brindará reconocimiento al producto será la textura.

Por lo tanto, en este tipo de signos este elemento se vería satisfecho a cabalidad, pues cumple con la exigencia impuesta por el Tribunal. El sentido del tacto es uno de los más sensibles y todas las representaciones que se protejan serían perceptibles de manera material por el público consumidor, el cual tendrá una experiencia visual y táctil, toda vez que además de ver la representación en tercera dimensión del producto, también advertirá su textura, la cual, mediante los métodos de publicidad adecuados, será un elemento central al seleccionar el producto asociándolo a un determinado origen empresarial.

#### *2.2.5.2 Riesgo de confusión o asociación*

El segundo requisito adicional objeto de consideración, es el riesgo de confusión o asociación, el TJCA ha manifestado que basta la existencia del riesgo de confusión o de asociación para que la marca no pueda ser registrada, por lo cual no serán registrables los signos que sean similares o se parezcan a una marca registrada de forma tal, que su uso pueda inducir al consumidor en error, perdiendo su función distintiva (TJCA, Sentencia del 18 de septiembre de 2002).

El riesgo de confusión en materia marcaria ha sido tratado por el Tribunal desde dos perspectivas, riesgo directo e indirecto, al respecto se ha señalado que:

El primero, riesgo de confusión directo, está caracterizado por la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto o servicio determinado crea que está adquiriendo otro. Y el segundo, riesgo de confusión indirecto, se presenta cuando el consumidor atribuye a dicho producto, en contra de la realidad de los hechos, un origen empresarial diferente al que realmente posee (TJCA, Sentencia del 21 de julio de 2016).

A su vez, sobre el riesgo de asociación, el TJCA ha dicho que se trata de:

La posibilidad de que el consumidor, aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica. En ese sentido, se busca evitar que el consumidor asocie el origen de un producto o servicio a otro origen empresarial distinto, pues con la sola posibilidad del surgimiento de dicho riesgo, los empresarios se beneficiarían sobre la base de la actividad ajena (TJCA, Sentencia del 20 de noviembre de 2014).

Por lo tanto, las marcas táctiles, en su proceso de solicitud, deberán prestar atención especial a lo estimado por el artículo 136 literal a) de la Decisión 486, según el cual no se pueden registrar signos que puedan llegar a afectar derechos de terceros por ser idénticos o asemejarse a una marca en proceso registro o ya registrada en una misma clase, igualmente si se trata de productos o servicios que puedan generar un riesgo de confusión o de asociación<sup>34</sup>.

De manera que no debe llegar al punto de que el signo solicitado induzca a error o a confusión a los consumidores, sino que basta la existencia del riesgo de confusión para que se configure la prohibición de registro (TJCA, Sentencia del 26 de febrero de 2014), lo cual, en el caso de marcas táctiles, podrá ser verificado por el comerciante antes de enviar su solicitud de registro realizando una comparación con los

---

34. En el mismo sentido las interpretaciones prejudiciales expedidas en los procesos 470-IP-2015, 466-IP-2015 y 473-IP-2015.

signos ya registrados de los cuales disponga muestras la oficina nacional competente.

### **2.3 Impacto de la inclusión de nuevas marcas no convencionales a nivel económico y comercial**

Habiendo analizado los requisitos que se deben tener en cuenta para registrar una marca táctil de manera efectiva y de conformidad con lo establecido por el Tribunal, a continuación, se analizará como este nuevo tipo de registros, puede llegar a tener un buen impacto a nivel económico y comercial, debido a la innovación que representa dentro del mercado.

Respecto a este tema tenemos que en la actualidad:

“Hay un fenómeno en el que las compañías buscan proteger olores, tipos de letras, colores, calados y cualquier aspecto que se pueda percibir con los sentidos y que genere recordación (Correa, 2016)”<sup>35</sup>, esto ha sido un cambio de paradigma en torno al registro de las marcas no tradicionales, que tenían dificultad al lograr cumplir el requisito de representación gráfica (Cubillos, 2016, p. 1).

Este fenómeno del registro de marcas no convencionales implica que la Comunidad Andina y los países miembros deberán adoptar en sus legislaciones normativas relativas a derecho marcario, que incluyan estrategias a través de las cuales se pueda cumplir con los requisitos de registro sin afectar el mercado nacional e internacional, verificando que se otorgue protección a los comerciantes y consumidores. En la Unión Europea, este proceso de protección generalizada se ha realizado de manera conjunta entre sus países miembros brindando un ejemplo de implantación para nuestro modelo de registro marcario, en palabras de Pozen y Hirsch (2009):

The EU has adopted minimum standards for trademarks that are applicable in every EU nation. These standards do not allow for the type of subjective evaluations that have facilitated the expansion of US trademark law. Indeed, some marks that are eligible for protection in the US -such as smells- are not covered by UE standards. Moreover, each EU nation

---

35. Al respecto se pronunció Álvaro Correa, socio de Baker & McKenzie y apoderado de Diageo, solicitantes del registro de la marca táctil de Old Parr. Tomado de: Artículo de actualidad de asuntos legales, véase en referencias.

also has its own national trademark laws which, particularly in countries that use “civil law” judicial systems, can further restrict the scope of trademark protection<sup>36</sup> (p. 1).

Las marcas cumplen múltiples funciones, puesto que no solo permiten a los titulares identificar bienes y servicios, sino que también impiden que el público en general resulte perjudicado por actos de competencia desleal (Mogollón, 1997). Como medio de protección al consumidor los beneficios son mayores pues, brinda la posibilidad de obtener bienes con garantía en la calidad del producto y facilitan la difusión de la marca a través de medios publicitarios novedosos. A criterio del TJUE (1998):

La función esencial de la marca se trata de garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto o del servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia (TJUE, Sentencia del 29 de septiembre de 1998).

El amparo de la marca táctil, como marca no convencional, al interior de la Comunidad Andina generaría mayor protección y estabilidad a empresarios regionales, quienes beneficiados por una protección marcaria internacional encontrarían en ello motivación y facilidades económicas para iniciar procesos de exportación de sus productos, lo cual sin lugar a dudas traería grandes mejoras económicas a la región andina, este tema ha sido ampliamente tratado a nivel internacional y fue una de las motivaciones que se tuvo al interior de la Unión Europea para crear marcos de protección marcaria más amplios, sustento de esta idea son los pronunciamientos que ha emitido la WIPO (2008), organización que desde hace años ha sostenido que:

In developing countries, the protection of intellectual property rights is often insufficient. For example, developing countries often limit protection to a very narrow subject area, or provide protection for only a short

---

36. Traducción no oficial: la UE ha adoptado estándares mínimos para las marcas registradas que son aplicables en cada país de la UE. Estas normas no permiten el tipo de evaluaciones subjetivas que han facilitado la expansión de la ley de marcas de EE.UU. De hecho, algunas marcas que son elegibles para la protección en los EE.UU. –como los olores– no están cubiertas por las normas de la UE. Además, cada nación de la UE también tiene sus propias leyes nacionales de marcas que, particularmente en países que utilizan sistemas judiciales de “ley civil”, pueden restringir aún más el alcance de la protección de marcas.

period of time, or lack strict enforcement. Some developed countries also have problematic intellectual property regimes that, for example, openly discriminate against foreign nations, provide excessive protection, or otherwise have regimes so different from those employed by the rest of the world that its administration is discriminatory<sup>37</sup> (p. 347).

Por lo tanto, se concluye que en una región de integración como la andina, en la cual sus miembros tienen economías en desarrollo, incluir nuevos tipos de marcas no convencionales tales como la táctil sería un gran atractivo para inversionistas extranjeros, motivaría el crecimiento de comerciantes locales quienes tendrían facilidades en el registro, acelerando el desarrollo económico y comercial, frente a eso también se debe considerar que el tacto incrementa el sentido de pertenencia del consumidor con el producto y el precio que éste está dispuesto a pagar por el mismo, lo cual sin duda representaría ventajas para los comerciantes.

## CONCLUSIONES

Con el tiempo se ha ampliado la noción de marca a otros signos no tradicionales que sean susceptibles de representación gráfica y cumplan con unos requisitos específicos según el tipo de signo del que se trate, en el caso de las marcas táctiles, constituyen un signo no visible, en el cual se consigna como elemento esencial, la aptitud de distintividad y como elemento adicional, la representación gráfica. Para su registro, es de gran importancia comprobar la distintividad del signo, pues conlleva el reto de demostrar como una textura es capaz de diferenciar a un producto de otro, dotando a estas representaciones de autenticidad, permitiendo cumplir el objetivo del otorgamiento de signos táctiles no convencionales, en tanto el sentido del tacto es el que brinda una experiencia sensorial que contaría con protección dentro del mercado.

El otorgamiento de esta nueva clase de marcas permite incrementar el desarrollo de la protección marcaria que confiere la Comunidad

---

37. Traducción no oficial: en los países en desarrollo, la protección de los derechos de propiedad intelectual es a menudo insuficiente. Por ejemplo, los países en desarrollo a menudo limitan la protección a un área temática muy limitada, o brindan protección solo por un corto período de tiempo, o carecen de una aplicación estricta. Algunos países desarrollados también tienen regímenes de propiedad intelectual problemáticos que, por ejemplo, discriminan abiertamente a naciones extranjeras, brindan una protección excesiva o tienen regímenes tan diferentes a los empleados por el resto del mundo que su administración es discriminatoria.

Andina, representando nuevos retos en el proceso de solicitud y trámite de registro, debido a las características propias de una marca táctil, que hacen necesario replantear la taxatividad de los criterios de registrabilidad, susceptibilidad de representación gráfica, distintividad, forma de publicación de la marca y formas de uso común; para efectivizar su estudio en las oficinas encargadas de tramitar las solicitudes en los países miembros de la Comunidad Andina, garantizando nuevos registros de marca táctil, ampliando la protección de comerciantes y consumidores.

El requisito de susceptibilidad de representación gráfica de toda marca táctil que se pretenda registrar debe ser estudiado en cada caso, demostrando si el signo cumple con los requisitos mínimos exigidos por la Decisión 486 y posteriormente se determinará si cumple con las condiciones necesarias para ser una marca táctil caracterizada. Cuando estos criterios sean aprobados debe efectuarse el depósito de las muestras exigidas para garantizar su conservación, esto es necesario, pues en este tipo de marcas, su representación es física y con la muestra en cuestión, se podrá garantizar mayor protección evitando litigios a futuro. Se debe tener en cuenta que esta es una marca única, por lo tanto, su registro debe atender a parámetros diferentes para garantizar el éxito de todo el proceso.

Es de gran importancia actuar en favor de la libre competencia evitando restringir el dominio público con el registro de ciertos signos, pues lo más importante al valorar el registro de una marca táctil es que esta sea distintiva, que no sea funcional, que no represente una ventaja técnica para el producto y que permita brindar individualización en el mercado respecto a su origen empresarial, garantizando la disponibilidad de signos para todos los actores del comercio. Por lo tanto, al solicitar el registro de una marca táctil, el solicitante debe implementar estrategias de mercado que brinden como atractivo primordial la textura registrada para lograr impacto en el consumidor y que ese elemento sea el que permita lograr la identificación del producto por sí mismo, pues en este caso no basta con la impresión visual de la marca, sino que debe enfocarse en la reproducción del producto.

El otorgamiento del registro de nuevos signos no convencionales fomenta el crecimiento del comercio regional, el cual debe avanzar según los parámetros globales que se van modernizando, favoreciendo la



economía de los países miembros y posicionándolos favorablemente para permitir la ampliación del mercado a nivel internacional. Esto constituye un importante reto para la Comunidad Andina al ser su deber regular de manera más clara todo el proceso concerniente a estas marcas, pues es pionera en el estudio de estos registros, de la misma manera también debe brindar acompañamiento a los prestadores de bienes y servicios para que conozcan e innoven el mercado a través de la creación de nuevas marcas táctiles.

## REFERENCIAS

- Boyle, J. (2003). The Second Enclosure Movement and the construction of the Public Domain. *Law And Contemporary Problems*, 66(1), 33-74.
- García, M. (2012). Transformaciones jurídicas y teoría del derecho. *Anuario de Filosofía del derecho*, 33-53.
- Cancillería de Colombia. (2019). *Comunidad Andina*. Recuperado de: <https://www.cancilleria.gov.co/international/regional/can>
- Comisión de la Comunidad Andina. (1993). *Decisión 344 del 21 de octubre de 1993 "Régimen Común sobre Propiedad Industrial"*. Bogotá: Comunidad Andina.
- Comisión de la Comunidad Andina. (2000). *Decisión 486 del 14 de septiembre del 2000 "Régimen Común sobre Propiedad Industrial"*. Lima: Comunidad Andina.
- Comunidad Andina. (2022). *Somos Comunidad Andina*. Recuperado de: <https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/>
- Cubillos, N. (2016). Old Parr se quedó con la primera marca táctil ante la Superindustria. *Asuntos legales: actualidad*. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/old-parr-se-queda-con-la-primer-marca-tactil-ante-la-superindustria-2386841>
- Geiger, C. (2013). The social function of intellectual property rights, or how ethics can influence the shape and use of IP law. In *Methods and perspectives in intellectual property*. Edward Elgar Publishing.
- Giraldo, J. (2001). *El régimen marcario y su procedimiento*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

- Indacochea, J. (2016). La marca táctil o de textura en el ámbito de la Comunidad Andina: A propósito de la interpretación prejudicial 242-IP-2015 del Tribunal Andino. *EAFIT Journal of International Law*, 7(1), 114-129.
- Kresalja, B. (2001). La Registrabilidad de las Marcas Auditivas, Olfativas y Las Constituidas por Color Único en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones. *Revista de Derecho Themis*, (42).163-184.
- Mandakovic, S. (2009). *La protección de sonido, olor y movimiento como marcas no tradicionales*. Quito, Ecuador: Publicaciones Faconi-Puig.
- Mogollón, I. (1997). *Propiedad Intelectual*. Venezuela: Editores Vadell Hermanos.
- Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (2017). *Representación gráfica - Tipos de marca*. Recuperado de: <https://euipo.europa.eu/ohim-portal/es/elimination-of-graphical-representation-requirement>
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2008). *Directiva 2008/95/CE Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas*. Estrasburgo: Unión Europea.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2015). *Reglamento 2015/2424 Por el que se modifican el Reglamento (CE) no 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria, y el Reglamento (CE) no 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) no 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) no 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos)*. Estrasburgo: Unión Europea.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2015). *Directiva 2015/2436 Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas*. Estrasburgo: Unión Europea.
- Pozen, R. Y Hirsch, J. (2008). US and EU Trademark Protection.
- Pradeep, P. (2007). *Singapore Treaty: Towards a new Trademark Regime*. Recuperado de: <http://www.intelproplaw.com/Articles/cgi/download.cgi>.
- Serrano, J. (2016). *Eliminado requisito de representación gráfica en el Reglamento Europeo para el registro de marca*. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/ruta-pi/eliminado-requisito-de-representacion-grafica-en-el-reglamento-europeo-para-el-registro-de-marca>
- Shao, K. (2005). Look at my Sign – Trademarks in China from Antiquity to the Early Modern Times. *Journal of the Patent and Trademark Office Society*. 87, 664.

- Toledo, E. (2018). *Marcas no convencionales la evolución de la comunicación*. Recuperado de: <http://innova.dircom.org/opinion/marcas-no-convencionales/>
- Proceso 1-IP-99 (1999, 22 de julio). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Rubén Herdoíza Mera M.P).
- Proceso 58-IP-2002 (2002, 18 de septiembre). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Ricardo Vigil Toledo M.P).
- Proceso 92-IP-2004 (2004, 1 de septiembre). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Walter (Kaune Arteaga M.P).
- Proceso 132-IP-2004 (2004, 26 de octubre). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Rubén Herdoíza Mera M.P).
- Proceso 133-IP-2006 (2006, 26 de octubre). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Olga Inés Navarrete Barrero M.P).
- Proceso 5-IP-2014 (2014, 26 de febrero). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Luis (José Diez Canseco Núñez M.P).
- Proceso 04-IP-2014 (2014, 20 de marzo). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Cecilia Luisa Ayllón Quinteros M.P).
- Proceso 129-IP-2014 (2014, 20 de noviembre). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (M.P. Leonor Perdomo Vigila M.P).
- Proceso 64-IP-2015 (2015, 27 de mayo). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Luis José Diez Canseco Núñez M.P).
- Proceso 242-IP-2015 (2015, 24 de agosto). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Luis José Diez Canseco Núñez M.P).
- Proceso 388-IP-2015 (2016, 25 de febrero). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Cecilia Luisa Ayllón Quinteros M.P).
- Proceso 330-IP-2015 (2016, 23 de junio). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Hernán Romero Zambrano M.P).
- Proceso 691-IP-2015 (2016, 21 de julio). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Hugo Ramiro Gómez Apac M.P).
- Asunto C-39/97 (1998, 29 de septiembre). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C. Gulmann M.P).
- Asunto T-88/00 (2002, 7 de febrero). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (P. Mengozzi M.P).

Asunto C-273/02 (2002, 12 de diciembre). Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( F. Macken M.P).

Asunto C-283/01 (2003, 27 de noviembre). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (F. Macken M.P).

Unión Europea (2019). *Que es la Unión Europea*. Recuperado de: [https://europa.eu/european-union/index\\_es](https://europa.eu/european-union/index_es)

Van Swol, L. (2003). The effects of nonverbal mirroring on perceived persuasiveness, agreement with an imitator, and reciprocity in a group discussion. *Communication Research*, 30(4), 461-480.

World Intellectual Property Organization (1998). *Conversatorio sobre Marcas, signos que pueden constituir marcas: visibles, sonoras, olfativas*. Recuperado de: [http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI\\_TM\\_CCS\\_98/OMPI\\_TM\\_CCS\\_98\\_2\\_S.pdf](http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_TM_CCS_98/OMPI_TM_CCS_98_2_S.pdf)

World Intellectual Property Organization (2006). Nuevos Tipos de Marcas. *Decimosexta sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas*. Ginebra (Documento SCT/16/2).

World Intellectual Property Organization (2008). Protection of Intellectual Property. *WIPO Intellectual Property Handbook. Número (489)*. Recuperado de: <https://www.meti.go.jp/english/report/downloadfiles/gCT0332e.pdf>

World Intellectual Property Organization (2009). Non-traditional marks. Singapore treaty enters into force. *WIPO Magazine. Número (1)*, Ginebra, Suiza. Recuperado de: [www/wipo\\_magazine/en/pdf/2009/wipo\\_pub\\_121\\_2009\\_01.pdf](http://www/wipo_magazine/en/pdf/2009/wipo_pub_121_2009_01.pdf)

# CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ABUSO DE DERECHO AL VOTO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIÓN SIMPLIFICADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Rodrigo Estupiñán<sup>1</sup>  
Gabriela Martínez<sup>2</sup>  
Astrid Lorena Casanova<sup>3</sup>

Fecha de recepción: 27 de enero de 2021.

Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2021.

Referencia: Casanova, A., Estupiñán, R., y Martínez, G. (2021). Criterios jurisprudenciales sobre el abuso de derecho al voto en las Sociedades por Acción Simplificada por la Superintendencia de Sociedades. *Revista Científica Codex*, 7(12), 85-118.

## RESUMEN

Con la expedición de la Ley 1258 de 2008, además de establecerse la figura del abuso de derecho de voto, se le otorga competencia a la Superintendencia de Sociedades para conocer sobre los conflictos societarios que de ella se deriven, generando así, una serie de decisiones judiciales de las cuales se establecieron los criterios jurisprudenciales necesarios para definir en qué casos se configura el ejercicio abusivo del voto. El objeto del presente artículo, es dar a conocer dichas subreglas jurisprudenciales en el caso específico de las sociedades por acciones simplificadas, dado que este es el tipo societario predilecto de los comerciantes y empresarios colombianos. Para tal fin, se abordará en primer lugar,

- 
1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.
  2. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.
  3. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.

los antecedentes y teoría del principio del abuso del derecho, su incorporación en sentencias y legislaciones internas, hasta su llegada a Colombia. Seguidamente, se estudia el concepto específico de abuso de derecho de voto en sociedades, teniendo en cuenta tanto el desarrollo legal como doctrinal. Finalmente, tras un análisis de las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Sociedades, se dan a conocer cuáles son los criterios esenciales y necesarios para que una decisión societaria pueda considerarse abusiva y contraria a lo establecido en la Ley y la Constitución.

**Palabras clave:** Abuso del derecho de voto, Superintendencia de Sociedades, accionista mayoritario y accionista minoritario.

## ABSTRACT

With the issuance of Law 1258 of 2008, in addition to establishing the figure of abuse of voting rights, it gives to Superintendency of Companies the competence to know about the corporate conflicts that arise from it, giving as a result, a serie of judicial decisions of which the necessary jurisprudential criteria were established to define in which cases the abusive exercise of the vote is configured. The purpose of this article, is to present various jurisprudential sub-rules in the specific case of companies by simplified actions, because this is the type of society preferred by Colombian businessmen. Therefore, at first is necessary talk about the background and theory of the rule of abuse of the law, its incorporation in sentences and internal laws, until its arrival in Colombia. Afterwards, the specific concept of abuse of voting rights in societies is studied, both legal and doctrinal development. Finally, after an analysis of the decisions adopted by the Superintendency of Companies, the essential and necessary criteria for a corporate decision to be considered abusive and contrary to the provisions of the Law and the Constitution are disclosed. Finally, after analyzing the decisions submitted by the Superintendency of Companies, are disclosed, the essential and necessary criteries to consider a decision of the company abusive and contrary to what is established in the Law and the Constitution.

**Keywords:** Abuse of the right to vote, Superintendence of Companies, majority shareholder and minority shareholder.

## INTRODUCCIÓN

El origen y evolución de la teoría del abuso de los derechos en los ordenamientos jurídicos continentales representó un gran avance respecto al límite al ejercicio de los mismos, los cuales perdieron su carácter absoluto, evitando que se usen en función de ocasionar perjuicios malintencionados. Si bien los primeros casos se dieron en el marco del derecho de propiedad, poco a poco esta teoría fue siendo aplicada por los jueces en diferentes esferas legales, tomando tal relevancia, que fue necesaria la incorporación del abuso del derecho en las legislaciones internas de los países. Colombia no fue ajena a este principio, la Corte Suprema de Justicia se atrevió a incorporar límites a la hora de utilizar derechos para causar un daño y justificarlo en el contenido de la ley, en sus decisiones respecto a temas como el abuso en el ejercicio del litigio, embargos de bienes excesivos y denuncias temerarias. Actualmente el abuso del derecho permea todas las ramas del derecho, al punto en que se crearon subcategorías de dicho principio, reguladas en extenso y con su propio camino procesal.

Es así como, en el contexto del derecho societario colombiano, con la promulgación de la ley 1258 de 2008, por la cual se crean y regulan las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.), la ley brinda a los socios herramientas que permiten proteger sus intereses y evitar perjuicios en sus derechos. Una de esas herramientas se encuentra en la acción de abuso del derecho de voto, la cual, en el marco de las S.A.S., busca la nulidad de decisiones adoptadas con el fin de perjudicar determinados socios o conseguir ventajas injustificadas que no obedecen a los objetivos sociales. Esta regulación del abuso del derecho de voto, busca evitar que las mínimas restricciones impuestas a las sociedades por acciones simplificadas, sean sinónimo de inobservancia de las actividades llevadas a cabo por los empresarios y comerciantes.

Es por ello, que constitucional y legalmente se dotó a la Superintendencia de Sociedades con competencias jurisdiccionales para conocer de diversos conflictos societarios, entre ellos, los derivados del ejercicio abusivo del derecho de voto, esto con el objetivo de agilizar el desarrollo de los procesos mercantiles y permitir un mejor acceso de los socios a la justicia. Actualmente, se encuentra una serie de fallos de la Superintendencia de Sociedades en los que desarrolla a fondo los elementos necesarios para que efectivamente se configure abuso de

derecho de voto en sociedades, en su mayoría, sociedades por acciones simplificadas, dichos fallos deben ser conocidos por los comerciantes y empresarios colombianos, para que logren identificar si en sus sociedades se toman decisiones ejerciendo de manera abusiva el derecho de voto, y de ser así, para conocer qué medidas tomar y cómo actuar al respecto.

En el presente artículo, mediante un estudio hermenéutico interpretativo de la figura del abuso del derecho de voto en las sentencias relevantes de la Superintendencia de Sociedades, se consolidarán una serie de criterios aplicados a la hora de solucionar conflictos societarios originados en el abuso del derecho de voto, con miras a definir la posición de la Superintendencia de Sociedades al respecto del problema jurídico en cuestión, de lo cual se puede ofrecer un resultado significativo e importante dentro del campo académico.

## 1. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Los primeros antecedentes sobre el principio del abuso de derecho se encuentran en la antigua Roma. En primer lugar, la existencia de reglas como *malee nim nostro iure uti non debemus* que traduce “no debemos usar el mal de nuestros derechos” (Gayo, como se citó en Rengifo, 2002, p. 5) y, en segundo lugar, la vigilancia realizada por la comunidad romana sobre el uso de los propios derechos (Iglesias, 1982). Siguiendo esta línea, Josserand (1999) considera que la teoría del abuso del derecho desde la perspectiva del derecho romano, encuentra su fuente generadora en la relatividad en los derechos subjetivos y se limita a la concepción de dolo y fraude, por tal motivo, el abuso del derecho solo era aquel que cumplía con la intención nociva de causar daño. De esta manera el autor concluye, que la figura del abuso del derecho romana evolucionó en el derecho moderno, al cambiar de un criterio intencional a un criterio social, pues lo que se castiga es el hecho de separar al derecho subjetivo de su espíritu, su finalidad, es decir de su misión social.

Sin embargo, frente a esta posición, existen autores como Giuseppe Grosso (1965), que defienden la teoría de la ausencia del principio de abuso del derecho de voto en la antigua Roma, puesto que, si bien se limitaba el ejercicio de algunos derechos, los romanos no se caracterizaban por “recoger en conceptos o categorías generales toda la riqueza



y los matices que ofrece la vida práctica” (p. 161-163). Adicionalmente, se debe recordar que las leyes romanas tenían una noción de los derechos objetiva, por lo cual, cada quien recibía lo que le correspondía, sin conceder facultad o potestad a su titular. Los Hermanos Mazeaud y André Tunc consideraban que no se estaba frente a una nueva fuente de responsabilidad, si no que el abuso del derecho es una culpa cometida en ejercicio de determinado derecho; finalmente, Boris Starck no comparte lo planteado por Josserand, pues considera que el derecho objetivo suministra la base del derecho objetivo, con lo cual el derecho termina donde el abuso inicia, no obstante, pese a las críticas planteadas, la teoría del abuso de derecho se impuso en fallos judiciales y la legislación de las naciones (Rengifo, 2002).

En la jurisprudencia francesa, el abuso del derecho se implementó para combatir el formalismo jurídico y el carácter absoluto de los derechos que trajo consigo el Código de Napoleón. Rengifo (2002) destaca fallos como el de la Corte de Colmar del 2 de mayo de 1855, en el cual se afirma que “el ejercicio del derecho de propiedad debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo” (p. 43), ello haciendo alusión a la construcción de una chimenea inútil con el fin de obstruir el paso de luz a un vecino. Más adelante, Clement Bayard, un ciudadano francés dedicado a la construcción de globos, es perjudicado por su vecino, quien ordena la construcción de altas empalizadas de madera con puntas de metal y alambres de púa al frente y a los lados de su hangar, con el fin de estropear los globos (León, 1931). Bayard acude a la justicia y en 1913, el Tribunal de Compiègne concluye que los derechos no pueden ser ejercidos para un objetivo distinto de aquel asignado por el legislador. De estos fallos se puede evidenciar como el abuso del derecho nace gracias al tránsito de una interpretación exegética de la norma, a una interpretación funcional que valora la finalidad para la cual fueron concebidos los derechos (Rengifo, 2002).

En el sistema del Common Law, el abuso del derecho se abordó desde un punto de vista diferente, sin llegar a ser aceptado como una regla general, pues dicha teoría se planteó en el marco de derecho abstracto, partiendo de la noción de derecho subjetivo, ideas originarias en el sistema continental, incluso el uso del precedente jurisprudencial como fuente del sistema legal inglés, dificultó la acogida de esta teoría (Ianello, s.f.). Incluso algunos autores ingleses consideraban la teoría

del abuso de derechos riesgosa, en palabras del catedrático Gutteridge (como se citó en Robilant, 2014), dice:

The conversations I have had with continental lawyers left me with the impression that abus de droit is regarded as a dangerous expedient which should only be utilized to prevent manifest injustice [...] It [abuse of rights] resembles a drug which at first appears to be innocuous, but may be followed by very disagreeable after effects. Like all indefinite expressions of an ethical principle it is capable of being put to an infinite variety of uses, and it may be employed to invade almost any sphere of human activity for the purpose of subordinating the individual to the demands of the State. [...]. But it is clear that the theories of abuse and of relativity of rights, in general, have no place in our law as it now stands (p. 2).

Muestra clara de esta renuencia a limitar el ejercicio de los derechos se encuentra en el precedente inglés “Allen V. Flood”, caso en el cual, cuarenta caldereros sindicalizados trabajaban para la compañía Glengall Iron reparando un barco. Dos de los trabajadores sindicalizados, adicionalmente realizaban labores de herrería para otra empresa, lo que causó un desacuerdo entre los caldereros, pues consideraban que esta actividad era de jurisdicción exclusiva de la organización sindical. En represalia, el líder sindical, Allen, amenazó a la compañía Glengall con iniciar una huelga sindical a menos de que se despidiera a los dos trabajadores antes mencionados, la compañía decidió despedirlos para evitar el cese de actividades laborales, los trabajadores entonces decidieron emprender acción contra el representante sindical por interferencia perjudicial en sus contratos de trabajo (Perillo, 1995). La cámara de Lores en pocas palabras manifestó que un contrato puede ser licencia para la crueldad y la maldad, uno de los argumentos para afirmar esto, se encuentra en las palabras de Lord Wills quien dijo:

Any right given by contract may be exercised as against the giver by the person to whom it is granted, no matter how wicked, cruel or mean the motive may be which determines the enforcement of the right. It is hardly too much to say that some of the most cruel things that come under the notice of a judge are mere exercises of a right given by contract (Perillo, 1995, p. 42).

Al final, como expresa La Fayette (1902), la mayoría de lores en Allen V. Flood encontraron que:

defendant had infringed no right of the plaintiffs; had done nothing which he had no legal right to do; and that the fact that he acted maliciously and with intent to injure the plaintiff did not, without more, entitle the plaintiffs to maintain an action (p. 53).

En EE.UU., la teoría de abuso de los derechos se vio reflejada en fallos como *Burke v. Smith*, en el año 1888, en el cual se acusaba al demandado de construir una cerca solo con el único propósito de privar al demandante de luz y aire a las ventanas de la planta baja. El Tribunal de Michigan concedió la facultad al demandante de abatir la cerca, para tomar esta decisión se tuvo en cuenta un enfoque moralista, en palabras del Tribunal:

the civil law furnishes redress, because the injury is malicious and unjustifiable. The moral law imposes upon every man the duty of doing unto others as he would that they should do unto him; and the common law ought to, and in my opinion does, require him to so use his own privileges and property as not to injure the rights of others maliciously, and without necessity (Perillo, 1995, p. 45).

Incluso, se presentaron casos con supuestos fácticos similares al del fallo *Allen v. Flood*, en los cuales los jueces estadounidenses llegaron a conclusiones contrarias a las dadas por la Cámara de Lores, pues consideraron que “...Both in the context of labor union organization and outside that context, at-will employees have been granted causes of action for malicious interference with their employment” (Perillo, 1995, p. 47).

Ahora bien, el abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, ha evolucionado desde la década del treinta en el siglo XX, partiendo de la jurisprudencia de la Corte Suprema que reconoció el abuso como un principio para fundamentar las decisiones judiciales, buscando actualizar el derecho civil a los nuevos escenarios, las formas más tradicionales del abuso del derecho se encontraban en: i) exceso en embargo de bienes (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de agosto 1937), ii) denuncias penales temerarias (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de agosto 1938), iii) insistencia en secuestro de bienes que no son de propiedad del ejecutado (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de mayo 1941) y iv) abuso del derecho a litigar

(Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de junio 1943).

Con la llegada del Código de Comercio, en su artículo 830 se materializa en la legislación esta teoría, al estipularse la obligación de indemnización por los perjuicios causados, en concordancia con el artículo 95 numeral 1 de la Constitución, que impone la carga de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

La inclusión del abuso del derecho en Colombia, se respalda en el desarrollo doctrinal de autores como el español Atienza (como se citó en Rengifo, 2002) quien cataloga al abuso del derecho como un “ilícito atípico”. Para el autor, los ordenamientos jurídicos están compuestos de principios y reglas, lo primero es la base para lo segundo. El abuso del derecho se da entonces, cuando un comportamiento trasgrede un principio, aunque dicha conducta no esté en contravía de una regla determinada, siendo así una manera de limitar el alcance de las reglas jurídicas permisivas. Para que una conducta sea abusiva debe darse en el ejercicio de un derecho subjetivo, dicha conducta debe dañar un interés que no se encuentra protegido por una norma específica y determinada y finalmente la acción fue movida con el interés de causar un perjuicio o por el exceso o anormal ejercicio del derecho. La teoría del abuso de derecho busca determinar si se incurre en responsabilidad al lesionar un interés ajeno en razón del ejercicio de un derecho propio, quebrantando la idea de que no habría lugar a indemnización cuando quien causó un perjuicio, no hubiese actuado con dolo o con culpa grave (Monroy, 1996).

Actualmente, para establecer si hay abuso del derecho o no, se debe acudir a los criterios: (i) intencional, (ii) económico, (iii) balance de intereses y (iv) funcional (Monroy, 1996). De igual manera, la Corte Constitucional ha planteado que se incurre en responsabilidad cuando un derecho se ejerce contrariando bases de estricta justicia, sin atender el fin social para el cual está destinado, por tanto, se incurre en abuso del derecho siempre que, quien es titular del derecho se aprovecha de la interpretación de las normas jurídicas o lo ejerce con fines inconciliables con las mismas, lo usa de manera inapropiada e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines o invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue (Corte Constitucional, T-511/93). Más adelante, desde el

marco constitucional, se plantea que se incurre en abuso cuando el titular de un derecho da uso inapropiado e irrazonable del mismo, a la luz de su contenido esencial y de sus fines (Corte Constitucional, T-280/17).

Con el paso del tiempo la Corte Suprema en concordancia con lo estipulado en el artículo 1280 del Código de Comercio, plantea que el abuso del derecho puede recaer sobre derechos de crédito y contractuales, cuando este se produce en el cumplimiento, en la interpretación o en la rescisión de un contrato; posteriormente se ha aplicado a todos los derechos subjetivos, pues se entiende como un instrumento de control del contenido negocial y como una forma de control de derechos, ya que puede presentarse cuando el ordenamiento otorga poder, prerrogativas o facultades a los particulares. En consecuencia, existe responsabilidad de quien causa perjuicio a un tercero, tanto al ejercer su derecho, por la omisión, abstención o no ejercicio del mismo, entendiendo que el daño se configura como un presupuesto para efectivizar las medidas compensatorias a las que hubiese lugar y no como elemento constitutivo del abuso (Rengifo, 2002).

Con el fin de aterrizar la figura del abuso del derecho en el tema materia del presente artículo, se abordará el desarrollo que ha tenido esta figura en el marco de las sociedades comerciales en Colombia, en específico, en las sociedades por acciones simplificadas.

## **2. MARCO LEGAL Y DOCTRINARIO DEL ABUSO DE DERECHO DE VOTO EN LAS S.A.S.**

La regla general establece que las decisiones que se tomen en asamblea perseguirán el interés de la sociedad, esto permite a su vez, determinar lo que se considera decisiones abusivas dentro de la compañía, pues si bien el artículo 830 del Código de Comercio ha planteado una obligación de indemnización por los perjuicios resultantes del ejercicio abusivo de un derecho (Colombia, Código de Comercio), en el ámbito societario este planteamiento resulta insuficiente para resolver los conflictos que puedan suscitarse, según manifiesta Reyes (2009) por dos razones:

- (i) los conocidos problemas de jurisdicción ordinaria y de los tribunales de arbitraje, cuya usual lentitud entorpece la aplicación de la teoría del

abuso, en especial por las dificultades en la apreciación de pruebas, y; (ii) por la consideración según la cual el abuso del derecho tan sólo da lugar a una indemnización de perjuicios, de acuerdo con el artículo 830 citado (p. 64).

En consecuencia, se expidió la Ley 1258 de 2008, en la cual se regula el abuso del derecho de voto en sociedades, sin que la existencia de este régimen especial de responsabilidad implique la exclusión de la aplicación de normas generales, como la contenida en el artículo 830 del Código de Comercio. De esta manera, la Ley 1258 de 2008 además de regular el concepto de abuso de derecho de voto, establece situaciones en las que puede presentarse y hace una distinción del mismo bajo tres modalidades: el de minorías, mayorías y de paridad (Ley 1250 de 2008, Colombia).

Respecto al abuso de mayorías, Dominique Vidal (como se citó en Amézquita y González, 2012) ha manifestado que es una consecuencia del quebrantamiento del equilibrio jurídico entre los accionistas, que puede darse porque se ha vulnerado la igualdad de los derechos que les han sido reconocidos a los asociados, a través de los estatutos, o porque se fractura la igualdad externa frente a la calidad de asociado, por ejemplo, cuando el accionista minoritario es privado de una ventaja que en su lugar, le es concedida a un mayoritario, sin embargo dicha prerrogativa es recibida a causa de una relación externa al pacto social, no en su calidad de accionista (Reyes, 2013). Esta modalidad de abuso de derecho de voto, tendrá lugar siempre que la decisión tomada por la asamblea esté dirigida a obtener beneficios para los accionistas mayoritarios o para terceros, y no en aras del interés de la sociedad, por ejemplo, cuando se aprueba un aumento innecesario de capital, que tiene por fin perjudicar a los accionistas minoritarios, cuando el mismo no podría ser cumplido por dichos accionistas (González, 2012).

Al respecto, la Corte Constitucional planteó que las decisiones de la sociedad se adoptan de acuerdo a los intereses de los socios que ostenten control de la compañía y por ende, tienen la posibilidad de ejercer subordinación sobre la asamblea, es decir, ejercen su poder para obtener beneficios, sin atender a los intereses de la compañía o a los derechos del resto de los socios, caso en el cual resulta razonable que la ley proteja al accionista minoritario (Corte Constitucional, C-707-2005).

Por otro lado, se constituye abuso de minoría, también conocida como derecho de veto, cuando los accionistas minoritarios impiden de manera consciente la aprobación de decisiones cruciales para el correcto funcionamiento de la sociedad, sin que ello implique obtener beneficios para sí o ventajas económicas, pues su poder para lograr prerrogativas para sí, es muy limitado (Reyes, 2013). El abuso de minoría puede presentarse cuando las decisiones a tomar en asamblea estén sujetas a la voluntad de mayorías calificadas, en las cuales resulte crucial la concurrencia de algunos accionistas minoritarios, sin embargo, pese a que los intereses de la sociedad estén en riesgo, los accionistas minoritarios votan persiguiendo un fin egoísta (Reyes, 2013).

Sobre el abuso de paridad, se ha manifestado que se asemeja al abuso por minoría, puesto que en ambas situaciones se evidencia que la postura de los accionistas es abstenerse de votar de tal manera que resulte favorable para la sociedad, sin embargo, la diferencia de estas dos modalidades radica en que para que se constituya abuso por paridad, es necesario que el capital de la sociedad se encuentre distribuido en igual porcentaje entre dos bloques de accionistas, y uno de ellos vote en dirección contraria al interés de la sociedad, de esta manera, existe una situación de igualdad de derechos en la sociedad que representa una facultad mutua de bloqueo (González, 2012).

En conclusión, la ley 1258 de 2008 en concordancia con la ley 1450 de 2011, ha establecido que siempre que el voto emitido se realice con el propósito de causarle daño a la sociedad o a otros accionistas, con el propósito de obtener prerrogativas injustificadas para sí o para un tercero, existe abuso de derecho de voto, y por ende prevé como posibles sanciones ante esta conducta, la indemnización por los perjuicios ocasionados y la nulidad absoluta de la decisión adoptada por la asamblea, siendo competente para dirimir estos conflictos la Superintendencia de Sociedades.

En España, a diferencia del ordenamiento colombiano, se establece que la figura del abuso del derecho al voto tendrá lugar siempre que los accionistas mayoritarios tomen decisiones egoístas, que causen perjuicio a los accionistas minoritarios, es decir, no se requiere que el socio procure un beneficio para sí, sino que es suficiente la mera intención de vulnerar o desmejorar los derechos de socios minoritarios, puesto

que se considera que de esta manera dicho socio desatiende su obligación de procurar el bienestar de la sociedad (Henao, 2014).

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico francés, se ha planteado que existirá abuso de minoría en aquellas situaciones en las que un socio bloquee una operación social, es decir, pone en riesgo el interés social con el fin de obtener una prerrogativa económica para sí. Sin embargo, para que se pueda determinar de manera efectiva la existencia de abuso de derecho por parte de la minoría, es necesario que tal operación que ha sido obstaculizada sea de trascendencia tal, que impida el normal funcionamiento y gestión de la sociedad (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 7 de mayo 2013).

## **2.1 Aspectos procesales de la acción de abuso del derecho de voto: competencia, requisitos formales y medidas cautelares**

Actualmente, el ordenamiento jurídico colombiano ha planteado la posibilidad de que los conflictos que se susciten en el desarrollo del contrato social, entre los accionistas o los administradores y la sociedad, pueden someterse al conocimiento de tribunal de arbitramento o de amigable composición, siempre que así haya sido previsto en los estatutos de la sociedad. Sin embargo, cuando ello no ocurra, se entiende que la Superintendencia de Sociedades será la competente para dirimir los conflictos mencionados, puesto que en cumplimiento del artículo 116 de la Constitución Política, la ley 1258 de 2008 atribuye facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en lo que respecta a las sociedades por acciones simplificadas. Posteriormente en la ley 1450 de 2011 que contiene el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014, específicamente en su artículo 252, se amplían las facultades de la Superintendencia de Sociedades, para conocer y resolver los conflictos societarios de todas las sociedades que estén bajo su supervisión (Colombia, Ley 1450 de 2011).

De esta manera, la Superintendencia de Sociedades es competente para conocer la acción de abuso de derecho al voto, a través de un proceso verbal sumario, precisando que, contra la sentencia que del mismo se profiera, no procede el recurso de apelación, puesto que se trata de un proceso de única instancia al cual la Superintendencia de Sociedades le dará trámite en una sola audiencia, en la cual podrá declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada por el máximo



órgano social y si tiene cabida, la indemnización de los perjuicios que hayan resultado de la misma.

Bajo este entendido, siempre que un asociado en ejercicio abusivo de su derecho al voto, cause un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas, podrá ejercerse la acción de abuso del derecho al voto, sin importar si se presenta en abuso de mayoría, minoría o paridad. Sin embargo, para obtener una respuesta favorable en el proceso, se requiere acreditar dicho perjuicio y, además, probar el propósito ilegítimo de causarlo o de obtener algún beneficio injustificado.

Debido a las facultades jurisdiccionales que tiene la Superintendencia de Sociedades, siempre que sea necesario salvaguardar el derecho objeto de litigio y en aras de evitar un perjuicio irreparable mediante indemnización pecuniaria, le es posible decretar medidas cautelares nominadas o innominadas. Para que las medidas cautelares sean decretadas es necesario que la delegatura de la Superintendencia realice un análisis concienzudo de los elementos de juicio disponibles, con el objetivo de determinar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico de la demandante (Superintendencia de Sociedades, 2017).

El primero de los presupuestos mencionados es analizar las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda, el cual consiste en realizar una evaluación preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para así determinar si las pretensiones formuladas en la demanda están llamadas a prosperar. Este presupuesto obedece a la apariencia de buen derecho a la que el Código General del Proceso se refiere como “la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión principal presenta visos de poder prosperar” (Colombia, Código General del Proceso). Sin embargo, es necesario aclarar que dicho análisis preliminar no conlleva a un prejuzgamiento que en posteriores etapas procesales le impida al juez pronunciarse acerca del fondo del asunto, pues al ser una valoración previa de las pruebas aportadas, es posible que la decisión dictada en sentencia sea diferente a la conclusión expresada en el auto de medidas cautelares. En ese sentido, Bejarano (2011) ha manifestado que:

no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso...

si el juez no decreta la suspensión provisional... en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia (p. 167).

Por otra parte, para decretar la medida cautelar, el juez debe estudiar la legitimación y el interés económico de las partes para iniciar el proceso, de igual manera, debe determinar la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Es necesario establecer que el interés del demandante incluye elementos para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada (Superintendencia de Sociedades, Auto de 2012). Por ello el juez debe determinar si en el proceso se compromete el patrimonio de las partes, y si existe interés económico legítimo para actuar. Algunas de las medidas cautelares que se decretan en los conflictos respecto a abuso de derecho al voto son : orden de no celebrar negocios jurídicos por fuera del giro ordinario de los negocios; orden de no celebrar una reunión de la asamblea general de accionistas; orden de entregar copias de los libros de comercio de una compañía, orden de reconstituir el patrimonio de una sociedad; suspensión de la elección de miembros de la junta directiva y del representante legal; suspensión de la venta de los principales activos de una compañía (Superintendencia de Sociedades, 2017).

Por último, es necesario mencionar que antes de ser decretada la medida cautelar, se requiere presentar una caución, pues se contempla la posibilidad de indemnización de perjuicios causados a la compañía o asociados, consecuencia de la práctica de la medida cautelar. Por ello en el ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido que la caución debe ser “equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda” (Colombia, Ley 1564 de 2012). Sin embargo, también se ha otorgado la facultad al juez para que de oficio o a petición de parte, pueda modificar el monto de la caución siempre que lo considere necesario.

### **3. SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES QUE ABORDAN EL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO EN LAS S.A.S.**

Una vez abordada la figura del abuso del derecho del voto en las sociedades por acciones simplificadas en la legislación colombiana y

entendida la labor jurisdiccional que cumple la Superintendencia de Sociedades, a continuación se presenta una revisión jurisprudencial de los fallos más relevantes emitidos por esta corporación respecto de la temática mencionada con el fin de extraer los criterios que reflejan la postura frente a los conflictos societarios derivados del presunto ejercicio abusivo del derecho.

### **3.1 Remoción del accionista minoritario de la junta directiva de la sociedad como posible ejercicio abusivo del derecho de voto por parte del accionista mayoritario.**

La Superintendencia de Sociedades en principio tiene una posición clara de no interferencia en las decisiones adoptadas por accionistas y administradores sobre el manejo interno de la compañía, como nombramiento de administradores, decisiones de negocios, etc.; situación que encuentra excepción en aquellos casos que existan actuaciones ilegales, abusivas o viciadas de conflicto de interés. Ante la posibilidad de la existencia de abuso del derecho al voto por parte de un accionista mayoritario, se justifica la intervención judicial, por lo cual es necesario establecer si la finalidad con la que se ejercieron los derechos de voto excedió el ámbito de lo permisible dentro del ordenamiento jurídico.

El despacho conoció del conflicto societario entre Edwin Tobón y Mauricio Vélez cuyo problema jurídico a resolver fue determinar si existió o no ejercicio abusivo del derecho al voto por parte del accionista mayoritario en la decisión de remover de la junta directiva de la sociedad al accionista minoritario y demandante dentro del proceso. Al respecto, dejó claro que a tenor del artículo 198 del Código de Comercio, se entiende que los administradores son removibles libremente y se deben respetar los mecanismos por el cual fueron elegidos, pero también se tiene claro que la presencia de un accionista minoritario en la junta directiva de una sociedad es una buena forma de proteger sus intereses respecto de los intereses de la controlante y es una buena forma de detectar de forma temprana si hay anomalías en el manejo de la sociedad (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

Por otra parte, en situaciones de diferencias entre accionistas, se suele encontrar que la votación de los accionistas mayoritarios está

motivada en lesionar al accionista minoritario mediante la aprobación de determinadas decisiones. Una diferencia entre mayoritarios y minoritarios genera contraposición clara de intereses económicos entre estos y rompe la confianza que pudo haber entre controlante y la minoría. Así entonces, siempre que se observe la existencia de un conflicto intrasocietario, el despacho observará las decisiones de la sociedad en las que se afecte a las minorías (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

En el caso concreto y dando desarrollo al criterio en cuestión, la remoción de Serviucis S.A., accionista minoritario, de la junta directiva de la sociedad demandada, se produjo de manera clandestina, en medio de un conflicto intrasocietario, dicho socio minoritario fue reemplazado por un director parte del bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez. Esto muestra un patrón de conducta que indica la intención de afectar a Serviucis S.A. y que el bloque mayoritario pueda ejercer control sin límite alguno sobre NCSC S.A.S. (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

Además, en el acervo probatorio no se encontró sustento para justificar la remoción de Serviucis S.A. y es así como el despacho concluye que la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S., no sólo despojó efectivamente a aquella compañía de una importante prerrogativa, sino que le permitió al bloque mayoritario controlar el flujo de información acerca de la actividad de la Clínica Sagrado Corazón. Lo anterior es tanto más grave en cuanto ocurrió con ocasión de un pronunciado conflicto intrasocietario y antes de pactarse la venta de la sociedad NCSC S.A.S. Es por ello por lo que el Despacho encuentra que, en efecto, se ejerció el derecho de voto en forma abusiva, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente aclarar que la presente decisión debe interpretarse en forma restrictiva. Lo expresado en esta sentencia no puede entenderse en el sentido de que los accionistas minoritarios cuentan con un derecho intrínseco a participar en los órganos de administración de

una compañía, ni mucho menos que, una vez tales asociados formen parte de la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles. En este pronunciamiento simplemente se censura, por abusivo, el voto ejercido con la finalidad, a todas luces ilícitas, de ocasionar perjuicios y obtener ventajas indebidas, particularmente en hipótesis de conflicto y en el curso de un proceso de venta sobre el control de una compañía (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

### **3.2 Retención de utilidades que signifiquen afectación al accionista minoritario en ejercicio abusivo de derecho al voto.**

En esta oportunidad, la Superintendencia de Sociedades conoció del conflicto societario entre Isabel Cristina Sánchez contra Jeny y Juan Carlos Cardona como accionistas mayoritarios de la Sociedad Centro Integral de Atención (CIA) del Infractor de Tránsito S.A.S, en cuyo caso por disposición estatutaria, los tres socios fueron nombrados miembros de la junta directiva y la primera, como representante legal. Lo anterior cobra importancia toda vez que tiempo después, la accionista minoritaria y representante legal, fue retirada del cargo, e inclusive dejó de ser suplente en el mismo, situación que la motivó a abrir un nuevo centro de atención denominado Cenintra, lo que, adicional a otras circunstancias, deterioraron la relación entre los accionistas mayoritarios y la señora Sánchez (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014).

En virtud de lo anterior, mediante reunión ordinaria, los accionistas demandados determinaron no realizar el reparto de utilidades generadas en el determinado año contable con fundamento en “diferentes proyectos de crecimiento, expansión, planes de inversión y exploración de nuevos negocios para la empresa” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014), retención que se volvió a hacer en el siguiente año contable, pues se decide retener las utilidades repartibles de la sociedad por los mismos motivos.

Dada la situación, la accionista minoritaria demanda a la sociedad y a los accionistas mayoritarios con el fin de que se declare la nulidad sobre la decisión sobre el reparto de utilidades de la sociedad, consecuentemente se ordene hacer el reparto de utilidades teniendo en cuenta el porcentaje de capital suscrito que tenía cada accionista de

la sociedad, además de los perjuicios causados (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014).

Para dar desarrollo al criterio en cuestión, la Superintendencia de Sociedades encontró que el problema jurídico a resolver consistía en averiguar si la retención de utilidades de la sociedad se hizo con fines de inversión y expansión de la misma o con el propósito de afectar a la accionista minoritaria y demandante dentro del caso concreto. Para ello, el despacho abordó el tema de la retención de utilidades en las sociedades cerradas. Al respecto se dijo que usualmente los asociados ocupan cargos de administración o prestan servicios a la sociedad, por lo cual reciben una remuneración que les permite percibir sumas dinerarias generadas por la empresa social sin necesidad de decretar dividendos, sin embargo, si un socio minoritario no ostenta ningún cargo remunerado en la compañía, el reparto de utilidades es la única vía para recibir un retorno de su inversión a la sociedad, es por eso que la retención de utilidades podría privar a este socio minoritario de manera continua de la plusvalía generada en desarrollo de los negocios sociales, estrategia conocida exclusión inducida. En estos casos de abuso, existe consenso en torno a la necesidad de que las decisiones de no decretar dividendos sean examinadas por un juez si la retención no persigue un propósito de fortalecer la empresa si no que busca perjudicar al socio minoritario (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014).

El despacho deja claro, que, para el caso específico de las sociedades por acciones simplificadas, a su régimen de repartición de utilidades no le son aplicables las prohibiciones del Código de Comercio a menos que en los estatutos se disponga lo contrario, es decir no existe un porcentaje mínimo de utilidades que deba repartirse. Es por eso que para que la retención de utilidades realizada sea considerada abusiva se deben cumplir los siguientes presupuestos:

(i). Dicha retención debe causar un perjuicio a la demandante. De los hechos se conoce que la sociedad genera una cuantiosa suma de utilidades, sin embargo, no paga una remuneración a la señora Sánchez a título de salario u otro concepto, por lo cual la demandante no ha recibido un retorno por su inversión, con lo cual es claro que las decisiones controvertidas en este proceso le han generado un perjuicio e impidieron que se materialice al ánimo de lucro subjetivo que la llevó

a participar en la constituci3n de la compa1a (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 18 de julio 2014).

(ii). No es suficiente que los efectos de las decisiones sean perjudiciales para la demandante, sino que se debe probar que el derecho de voto fue ejercido con el prop3sito de provocar un perjuicio o de obtener una ventaja injustificada (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 18 de julio 2014). En este punto la Superintendencia de Sociedades considera esencial determinar si existe un conflicto intrasocietario que motive actuar a las partes, pues este ser3a un indicio importante de una posible intenci3n da1ina tras la toma de decisiones.

En el caso concreto, debido a un compromiso de exclusividad entre los socios, se originaron varias discusiones que deterioraron la relaci3n entre demandante y demandados y finalmente dio lugar al proceso en cuesti3n. Queda evidenciado entonces que la toma de decisiones controvertidas se dio en medio de varias diferencias y conflictos entre las partes, lo cual para el despacho constituyen un primer indicio de la intenci3n de perjudicar a la se1ora Isabel S1nchez con la retenci3n de utilidades (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 18 de julio 2014).

(iii) Para que el ejercicio abusivo del derecho de voto quede consolidado, no es suficiente la mera existencia del perjuicio sufrido por la demandante y un conflicto entre las partes subsistente en el periodo de tiempo en que se tomaron las decisiones controvertidas (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014). Al respecto, bien se pudo aprobar la retenci3n de utilidades de la sociedad con una finalidad leg3tima, es por eso que, en tercer lugar, la Superintendencia de Sociedades entr3 a analizar si efectivamente dicha retenci3n ten3a como prop3sito “diferentes proyectos de crecimiento, expansi3n e inversi3n” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014) y si estos se llevaron a cabo. Pues cuando se busca fortalecer la empresa social y cumplir su objeto, esta retenci3n es plenamente v1lida. Sin embargo, los demandados no lograron acreditar que efectivamente existiera un verdadero proyecto de expansi3n de negocios de la sociedad, pues en ninguna de las reuniones de los 3rganos de CIA del Infractor de Tr1nsito S.A.S. se discutieron los detalles de los proyectos antes mencionados, no hay dise1o de planes de expansi3n o inversi3n, solo se encontraron afirmaciones difusas sin proyecci3n

financiera ni cálculo de costos (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014).

En conclusión, debido a que no existen prohibiciones respecto al reparto de utilidades en las S.A.S. es posible que los socios mayoritarios intenten privar de forma permanente a los minoritarios del retorno de su inversión, en casos como el que es analizado en esta sentencia, el socio perjudicado puede acudir a la figura del abuso del derecho de voto para que el juez determine si la retención de utilidades tiene un fin legítimo de negocios o si solo busca lesionar a los minoritarios o persigue la obtención de una ventaja injustificada para el controlante, encontrando el despacho en el caso concreto, suficientes indicios y evidencia para concluir que en efecto se hizo un ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los socios mayoritarios con el único propósito de privar a la demandante de las utilidades generadas por la sociedad debido a diferencias existentes entre las partes (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 18 de julio 2014)

### **3.3 Decisión de ceder gratuitamente activos y pasivos de la sociedad en presunto ejercicio abusivo del derecho al voto por parte del accionista mayoritario**

La Superintendencia de sociedades dio desarrollo a este problema jurídico cuando conoció del caso de Martha Cecilia López accionista minoritaria vs Luis Enrique Gil accionista mayoritario y representante legal de Sociedad Comercializadora GL S.A.S.; conociendo así de los problemas financieros que llevaron a la posibilidad de que la señora López adquiriera las acciones del socio mayoritario como única alternativa para el saneamiento contable de la empresa, además de asumir la condición de deudora solidaria de los pasivos dinerarios a cargo de la sociedad. Lo anterior, siempre que se realice una revisión minuciosa de los estados financieros de la compañía (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

Sin embargo, dicha revisión arrojó demasiadas irregularidades en las cuentas atribuidas a préstamos que el accionista mayoritario se habría realizado a sí mismo valiéndose de su cargo como representante legal y logrando adueñarse de dineros de la empresa. Todo esto significó el retracto de la señora López de comprar las acciones en venta y que el accionista mayoritario decidiera ceder de manera gratuita tanto



activos como pasivos de la sociedad a Distribuidora del Kamino S.A.S. Atendiendo las circunstancias la señora López decide ejercer su derecho de retiro, petición que le fue respondida negativamente, pues la sociedad no contaba con activos para cubrir los pasivos y además de ello, se adujo que ella realizó aportes de industria y por lo tanto solamente aportó trabajo pero no recursos a la sociedad (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

En palabras de la Superintendencia de Sociedades y para atender el caso concreto “La exclusión forzosa (freeze-out o squeeze-out) busca eliminar la participación que detenta un asociado minoritario en el capital de una compañía” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-119 del 17 de septiembre 2015). Esta exclusión forzosa puede derivarse de múltiples negocios jurídicos, entre ellos la enajenación global de activos, pues el accionista mayoritario puede disponer que se realice la cesión total de activos a una sociedad de la cual él sea propietario del 100% de las acciones en circulación y fijar unilateralmente el precio del negocio jurídico. Así, el socio minoritario pasa a ser titular únicamente de un porcentaje de la suma dineraria recibida como contraprestación de la venta y una vez entregado el dinero se procede a realizar la disolución de la sociedad. Se trata de una práctica permitida en la normatividad societaria, aunque represente un riesgo a los intereses de los accionistas minoritarios, pues al ser el socio mayoritario quien fija el precio al que habrá de retornar la participación de los socios excluidos, quedando expuestos a recibir un valor irrisorio por sus acciones en la empresa social (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015). Ante este perjuicio, los socios afectados podrán acudir al juez, que, tratándose específicamente de enajenaciones globales, la Ley 1258 de 2008 en su artículo 32 dispone que los accionistas ausentes o disidentes pueden ejercer el derecho de retiro que regula la ley 222 de 1995 (Colombia, Código General del Proceso). Otra alternativa que encuentra el Despacho, es ejercer la acción de abuso de derecho de voto, teniendo en cuenta que quien invoque esta figura deberá acreditar que dicho ejercicio del derecho de voto buscaba una ventaja injustificada o causar un perjuicio y que efectivamente, el daño se ocasionó (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

La Superintendencia de Sociedades estudia entonces, si efectivamente se cumplen en el caso concreto los presupuestos para que se declare la existencia del abuso del derecho de voto en la exclusión forzosa de la señora López por parte del accionista mayoritario y de la sociedad. Para ello, el despacho estudia la forma en que se valoró la sociedad, en específico la estación de servicio que la sociedad administra. Dicha valoración se realizó teniendo en cuenta únicamente la información registrada en los libros contables, donde evidentemente se consigna que los pasivos de la sociedad son mucho mayores a los activos de la misma, razón por la cual se determinó la cesión de los mismos a título gratuito. Sin embargo, al tenerse en cuenta los libros de liquidación para fijar el precio, se usó un valor de liquidación de la sociedad, lo cual significaría que la compañía va a cesar sus actividades, situación que no ocurría en el caso concreto, pues la sociedad que adquirió la estación de servicio siguió administrando dicho establecimiento con normalidad, sin haber recibido inyección de capital o préstamos para mejorar su situación financiera. En esta oportunidad, la Superintendencia considera que la forma idónea de fijar el precio de la enajenación global, era valorando los flujos de caja y estudiar su capacidad para generar flujos de caja hacia futuro y no solo con base a los libros de contabilidad. Aunado a lo anterior, en la etapa de negociación llevada a cabo entre las partes para finiquitar los vínculos sociales, los dos socios tuvieron en cuenta el valor de la sociedad como una empresa que continuaría operando, para fijar un valor de venta a sus acciones. Por lo cual se concluyó por parte de la Superintendencia que, de realizarse el cálculo del valor de Comercializadora GL S.A.S. como debió hacerse, su valor resultaría positivo, es por eso que la cesión gratuita de activos y pasivos de la sociedad si generó perjuicios para la demandante (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

Tal y como ha reiterado la Superintendencia de Sociedades, no es suficiente acreditar la generación de perjuicios para que se configure el abuso de derecho, sino que adicionalmente, se debe probar que la decisión tomada tenía la finalidad de ocasionar ese perjuicio. Para este propósito, el despacho analiza la existencia de conflicto entre los socios, pues sería un indicio de que efectivamente se adoptó la decisión con fines lesivos y en efecto, la Corporación determinó que existía un agudo conflicto entre los socios provocado por la supuesta apropiación

de dinero por parte del accionista mayoritario y por la supuesta incompetencia en el trabajo por parte de la accionista minoritaria. Esto da origen a un importante indicio de que la enajenación global pudo estar dirigida a expropiar de su participación a la señora López (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

No obstante, debe existir certeza frente a la teoría de que el accionista mayoritario buscaba causar perjuicio, no es suficiente por sí solo el indicio dado por el conflicto entre los socios. Para eso, la Superintendencia analizó finalmente los móviles del accionista mayoritario para realizar la enajenación global de activos y pasivos de la sociedad, pues se adujo por parte de la parte demandada que se realizó la cesión a Distribuidora del Kamino S.A.S. para que encuentre la forma más eficiente de continuar con la explotación de la estación de servicio que era de propiedad de la sociedad. Sin embargo, no se pudo encontrar pruebas que demuestren el cumplimiento de lo afirmado, pues desde la cesión, la estación de servicio siguió operando de igual forma, no se obtuvieron nuevos recursos para refinanciar el negocio y solucionar sus problemas financieros y en segundo lugar, la enajenación global favoreció a una sociedad que está controlada por el demandado, lo que demuestra que la enajenación sólo sirvió para permitir que el señor Gil continuará explotando la estación de servicio sin tener que repartir las utilidades a la señora López, incurriendo así en ejercicio abusivo de su derecho al voto (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

### **3.4 Abuso de paridad como ejercicio abusivo del derecho de voto**

La Superintendencia de Sociedades conoció del caso Martha Omaira Cárdenas Castelblanco contra Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco, ambos accionistas propietarios del cincuenta por ciento de las acciones, en donde el conflicto a desarrollar parte de la imposibilidad de disolver la sociedad Pradera Group S.A.S. y la remoción de su representante legal. Lo anterior dado el negativo y presunto ejercicio abusivo del derecho al voto en las decisiones de las Asambleas por parte de los demandados, situación que le habrían ocasionado perjuicios no solo a la parte demandante sino también a la sociedad; toda vez que el representante legal de la sociedad podría haber beneficiado al accionista demandado a través de la constitución de obligaciones a cargo

de la sociedad y disposición de bienes sociales (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero de 2016).

Por su parte el demandado, manifestó que dejó de ser accionista de la sociedad en el momento en el que se tomaron las decisiones en Asamblea de accionistas, pues vendió sus acciones a un tercero, y por esta razón, no pudo haber abusado de un derecho del que no es titular. Por otro lado, los demandados sostienen que la remoción del representante legal y la disolución de la compañía nunca fueron asuntos propuestos o votados en las reuniones señaladas, y resaltaron que la vía para controvertir las actuaciones del representante legal no es la acción judicial por abuso del derecho de voto, sino la acción social de responsabilidad (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero de 2016).

La Superintendencia de Sociedades ya ha señalado que quien inicia una acción judicial por abuso del derecho de voto debe satisfacer una altísima carga probatoria, pues se requiere que este derecho haya sido ejercido con el propósito de generar efectos ilegítimos. Sin embargo, al estar el capital distribuido en dos bloques accionarios, no existe una mayoría decisoria en el máximo órgano social, pero si habrá actuación abusiva cuando un asociado impide que se toman decisiones con el fin de obtener un beneficio injustificado o causar un perjuicio, por ello, se deberá demostrar que el asociado se valió de su derecho de voto para causar un daño u obtener una ventaja injustificada.

Al respecto el despacho, analizó el abuso de paridad en función del ejercicio del derecho de veto, en donde ninguno de los grupos contará con votos suficientes para que se configure mayoría decisoria en las asambleas, lo que implica que cada bloque tiene un derecho de veto respecto de las propuestas sometidas a consideración dentro de la sociedad. Así entonces, la actuación abusiva se configura cuando el socio se vale de la posibilidad de obstruir la toma de decisiones, con el único propósito de obtener una ventaja injustificada o causar un daño. Es por ello que el abuso de paridad tiene similitud con el abuso de minoría, en el entendido que, en ambas situaciones, el socio emplea de forma malintencionada su derecho de veto (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero de 2016).

Por último, el despacho señaló que si bien la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009, establecen diversas consecuencias jurídicas por la violación del deber de lealtad que se produce cuando un administrador participa en actos o contratos en los que media un conflicto de la naturaleza indicada, probatoriamente no se configuraron los supuestos del abuso del derecho de voto pues las acciones podrían haberse encuadrado más en la infracción de los deberes de los administradores (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero de 2016).

### **3.5 El abuso de mayoría en ejercicio del derecho al voto**

Para abordar el criterio de la Superintendencia de Sociedades respecto del abuso de la mayoría, es menester consolidar los aspectos que la configuran y que ya se han estudiado en otras sentencias. De tal manera, se estableció la elevada carga probatoria sobre los demandantes para demostrar que el accionista mayoritario se valió de su derecho de voto para obtener una ventaja injustificada, o para causar perjuicio a los demás socios o a la sociedad. Al respecto, el despacho conoció de la demanda presentada por dos accionistas minoritarias dentro de la sociedad Cristal 2010 SAS en un presunto abuso de la mayoría por parte del socio mayoritario en reuniones extraordinarias de la Asamblea de accionistas en diferentes años contables, en las que se aprobaron los estados financieros, la repartición de utilidades y se lo designó como representante legal. Así entonces debía el despacho determinar si se violan en algún momento los derechos de los socios demandantes quienes solicitaron aplazar las reuniones, recibiendo respuesta negativa y si, debido a su ausencia, fue que se logró aprobar las decisiones que para los demandantes resultaban autoritarias y dictatoriales (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 04 de abril 2016).

La Superintendencia de Sociedades, al respecto, dejó por sentado que el derecho de voto no puede considerarse un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique beneficios y prerrogativas a expensas de los demás asociados (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero 2016). Sin embargo, no debe entenderse que los accionistas minoritarios gozan de un derecho específico a participar en los órganos de administración de la sociedad en los términos ya señalados en la sentencia No. 800-73 del año 2013 emitida por este despacho.

A la luz de lo anteriormente planteado, la Superintendencia determina que, en el caso concreto, las pretensiones de las demandantes no prosperan, toda vez que las pruebas recaudadas son insuficientes para evidenciar el perjuicio sufrido por las demandantes como consecuencia de nombrar al demandado como administrador. Además, no se evidencia que el demandado se valió de su cargo para obtener beneficios propios, ni tampoco que tenga el control de toda la sociedad. Por ello, el despacho consideró que el actuar del accionista mayoritario se ciñe al ejercicio legítimo de los derechos que goza al ser accionista mayoritario del capital de la sociedad, y por tanto, la Superintendencia no puede limitar la potestad de la controlante de asumir personalmente la representación legal de la compañía (Superintendencia de Sociedades, 2016).

### **3.6 El ejercicio abusivo del derecho al voto a través de capitalizaciones abusivas**

En esta oportunidad la Superintendencia de Sociedades conoció del conflicto intrasocietario entre Sforza Emprendimientos S.A.S. y Proyecto Calle 100 S.A.S. hoy liquidada y otros, asunto en el que la parte demandante aducía un posible ejercicio abusivo del derecho de voto en la toma de decisiones durante la Asamblea de Accionistas pues podría haberse aprobado emisión de acciones en reserva junto con su reglamento de emisión y colocación respectiva con el propósito de afectar al accionista minoritario (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 08 de agosto de 2019).

Al tanto, la Superintendencia de Sociedades se ocupó en analizar el posible ejercicio abusivo del derecho al voto respecto de la figura de las capitalizaciones abusivas que, sin más, la definió como una figura que consiste en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito primordial de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones que se encuentran circulando. Así entonces, se configuraría abusiva, la emisión primaria de acciones que se aprueban para minimizar la participación de un asociado en el capital de una compañía; pues el objetivo principal de esta emisión de acciones no es conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en una maniobra para perjudicar a un accionista. Teniendo en cuenta lo anterior, la Superintendencia de Sociedades en el caso concreto no concedió las pretensiones de nulidad reclamadas por

la parte demandante, pues no cumplió con la ardua carga probatoria en cuanto a probar el perjuicio injustificado y que el mismo se haya producido por la actuación de los accionistas en su ejercicio del derecho al voto en la asamblea de accionistas (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 08 de agosto de 2019).

#### **4. ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RESPECTO A LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO AL VOTO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS**

Luego de haber realizado un análisis frente a los fallos de la Superintendencia de Sociedades en los asuntos en el que se encuentra presente la figura del abuso del derecho de voto en Sociedades por Acciones Simplificadas, se encuentra que el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los socios puede darse en diferentes modalidades tales como: la remoción de un administrador, la retención de la totalidad de las utilidades, la cesión gratuita de los activos de la sociedad, abuso de paridad, abuso del accionista mayoritario y capitalizaciones abusivas. A pesar de que, cada una de estas modalidades hayan sido tratadas desde diferente perspectiva toda vez que la forma en que se configura el abuso del derecho de voto es distinta, no se puede dejar de lado que la Superintendencia de Sociedades en sus fallos, ha dado por sentado algunos aspectos que permitirían inferir a los socios si se está o no frente a un posible ejercicio abusivo del derecho de voto y en todo caso entablar la acción judicial tendiente a determinar que las decisiones tomadas dentro de la sociedad, son abusivas y por lo tanto deben anularse.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que, para que una decisión societaria sea considerada abusiva, según la Superintendencia de Sociedades, debe cumplir con los siguientes criterios: i) La decisión tomada debe causar un perjuicio real al socio demandante. Por ello, es que el accionante debe cumplir una extensa carga probatoria, la cual inicia con la evidencia irremediable de un daño a su patrimonio o una violación a sus derechos societarios. ii) Los perjuicios causados con la toma de la decisión cuestionada no obedecen un fin legítimo social. Una vez más, el demandante debe aportar pruebas que evidencien que la decisión tomada no persigue el cumplimiento del objeto de la socie-

dad, ni mucho menos busque el crecimiento, mejoramiento u progreso de la empresa, pues de ser este el objetivo de la decisión demandada, esta no puede ser considerada abusiva y se desestimaría la acción. iii) Finalmente el accionante debe acreditar un elemento subjetivo, que consiste en probar que la decisión tomada tenía como único propósito causar un perjuicio o daño al socio demandante.

Es aquí en donde se torna relevante la existencia de un conflicto entre los socios partes del proceso que pudiera ser el motivo para la toma de decisiones controvertidas, lo que motivaría a la Superintendencia de Sociedades a analizar el comportamiento de los demandados y determinar si su proceder mediante el ejercicio de su derecho al voto puede catalogarse con el propósito de causar un perjuicio al socio demandante.

La Superintendencia de Sociedades ha manifestado que determinar si existe un conflicto intra societario que motive a actuar a las partes, sería un indicio importante de una posible intención dañina tras la toma de decisiones, sin embargo, la existencia de conflicto entre socios no implica que ella intervenga o realice una valoración, toda vez que para que el ejercicio abusivo del derecho de voto quede consolidado, no es suficiente la mera existencia del perjuicio sufrido por la demandante y un conflicto entre las partes subsistente en el periodo de tiempo en que se tomaron las decisiones controvertidas, de igual manera se ha establecido que cuando hay certeza frente a la teoría de que el accionista mayoritario buscaba causar perjuicio, no es suficiente por sí solo el indicio dado por el conflicto entre los socios sin embargo, siempre que se observe la existencia de un conflicto intra societario, la Superintendencia de Sociedades observará las decisiones de la sociedad en las que se afecte a las minorías.

Atendiendo a que las decisiones en la sociedad pueden estar al servicio de los intereses de quien ejerce el control sobre la misma y por tanto, puede aplicar su poder, en aras de obtener unos resultados específicos, desconociendo los intereses de los socios, el ordenamiento societario ha optado por proteger especialmente al accionista minoritario. Sin embargo, dicha protección no debe entenderse como un derecho adquirido a participar en los órganos de administración de la sociedad, ni tampoco como si una vez los socios minoritarios formen parte de la junta directiva, se convierten en funcionarios inamovibles, pues como



bien ha manifestado la Superintendencia de Sociedades, la presencia de un accionista minoritario en la junta directiva es una buena forma de proteger, velar y supervisar el actuar de la sociedad en aras de sus intereses respecto de los intereses del controlante, y de igual manera, es una buena forma de detectar de forma temprana si hay anomalías en el manejo de la sociedad. Para los accionistas minoritarios estar dentro de la junta de socios es una forma de ejercer supervisión respecto del estado de la sociedad.

La Superintendencia de Sociedades ha señalado que sobre la persona que inicie una acción judicial en razón al abuso del derecho de voto, recae el deber de satisfacer una altísima carga probatoria que debe respaldar que los hechos por los que se da inicio a la reclamación, se hayan ejercido con el propósito de generar efectos ilegítimos. Bajo este entendido, el demandante debe demostrar que el accionista mayoritario se valió de su derecho de voto para obtener una ventaja injustificada, para causar perjuicio a los demás socios o a la sociedad, puesto que no es suficiente alegar que las decisiones tomadas en una reunión son contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario. Así como tampoco basta probar la generación de perjuicios causados a la parte demandante para que se configure el abuso de derecho, sino que se debe probar que la decisión tomada tenía la finalidad de ocasionar ese perjuicio, pues si el demandado acredita que su actuar estaba regido por el objeto social o era plenamente razonada, no hay lugar a un ejercicio abusivo del voto y, de no probarse las pretensiones propuestas por el demandante, deberán desestimarse.

Al establecer estos criterios, la Superintendencia de Sociedades limita de manera adecuada los escenarios en los cuales se puede intervenir excepcionalmente, en la toma de decisiones de los socios, para determinar si se encuentra en cada caso concreto frente a un ejercicio abusivo del derecho al voto y en consecuencia declarar la nulidad de las mismas. El carácter excepcional de la intervención de la Superintendencia de Sociedades obedece a lineamientos constitucionales como los son el artículo 38 de la Constitución Nacional de 1991, a cuyo tenor: “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” (Colombia, Constitución Política) y el artículo 333, que establece el deber del estado de velar por la libertad de la actividad económica y

la iniciativa privada, así como el fortalecimiento y estímulo al desarrollo empresarial (Colombia, Constitución Política). Dichos fundamentos constitucionales son la base de la creación de modelo de sociedad por acción simplificada que busca incentivar el crecimiento y desarrollo empresarial de los colombianos, mediante un proceso sencillo de constitución, mayor acceso a la formalidad y crédito.

Consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008, las Sociedades por Acción Simplificada son el resultado de las disposiciones constitucionales antes mencionadas que significaron la creación de un tipo de sociedad cuyo modelo y reglamentación permite a los socios asumir el mercado de manera flexible y autónoma en cuanto a la administración de la empresa. Así las cosas, es acertada la ardua carga probatoria que se ha impuesto por parte de la Superintendencia de Sociedades al socio que decida acudir a la instancia judicial porque considera que en su empresa hay un presunto ejercicio abusivo del derecho al voto, toda vez que la intervención de la Superintendencia de Sociedades en las decisiones de una sociedad no se puede convertir en la regla general. Por el contrario, en cada caso concreto en el que sí se decida intervenir, debe haber indicios que ciertamente justifiquen dicha acción y que de encontrar un ejercicio abusivo del derecho de voto en las decisiones internas de la sociedad, se tomen las medidas que se consideren adecuadas para equilibrar las condiciones entre los socios y se hagan cumplir los lineamientos constitucionales, legales y estatutarios y los derechos societarios que se derivan de estos.

## CONCLUSIONES

La disposición contenida en el artículo 830 del Código de Comercio, que plantea la obligación de indemnizar los perjuicios que puedan ser causados por quien ejerza de manera abusiva sus derechos, en concordancia con las disposiciones de Ley 1258 de 2008, por la cual se regula de manera específica el abuso del derecho de voto en sociedades por acciones simplificada, dejan en evidencia una evolución que ha permitido que se establezca a la figura del abuso del derecho al voto como una herramienta necesaria para lograr que los asociados encaucen el ejercicio de sus derechos, más allá de sus intereses personales, a velar por el beneficio de la sociedad y en consecuencia, de todas las personas que resulten afectadas de la actividad económica de la compañía.

Sin embargo, es necesario reconocer que la doctrina del abuso de derecho que consideraba como elemento esencial la culpa grave para que este se configure, fue insuficiente para dirimir los conflictos que se suscitaban en la vida societaria, por ello se afirma que la disposición contenida en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en concordancia con el artículo 252 de la ley 1450 de 2011, permiten un gran avance en el derecho societario colombiano, puesto que introdujeron al ordenamiento jurídico una medida eficaz, que se contrapone al abuso del derecho de voto ejercido en inobservancia de la finalidad social y el bienestar de la compañía, razón por la cual, le fue otorgada a la Superintendencia de Sociedades la competencia para conocer de diversos conflictos societarios, con el fin de efectivizar el acceso a la justicia.

Si bien la regla general es la no interferencia en las decisiones de los socios, respecto a la organización y manejo interno de la sociedad, la Superintendencia de Sociedades podría inaplicarla, en razón a la acción del abuso del derecho de voto. Sin embargo, el solo hecho de interponer dicha acción no garantiza que se declare la nulidad de la decisión tomada por asamblea, que a consideración del accionante se considere abusiva, puesto que la nulidad solo será declarada siempre que se determine:

1. La existencia de un conflicto entre los socios que figuran como partes del proceso. Determinar si se presenta un conflicto intrasocietario subsistente en el periodo de tiempo en que se tomaron las decisiones controvertidas, que motive a actuar a las partes, será un indicio importante de una posible intención dañina tras la toma de decisiones sociales. Si bien, no es suficiente por sí solo el indicio dado por el conflicto entre los socios para confirmar la existencia de una decisión abusiva, servirá como advertencia con el fin de que La Superintendencia de Sociedades observe las decisiones sociales en las que se afecte a las minorías.
2. Que la decisión controvertida causó un perjuicio al socio demandante y dicha decisión en realidad no tenía como objeto cumplir el fin legítimo aparente que la justificaba, sino que solo se usó como un medio para afectar a la parte demandante u obtener algún beneficio e infringir la ley, por tanto, se tendrá por decisión abusiva y se procederá a declararse su nulidad.
3. Que la decisión revisada perjudicó de manera intencionada al demandante, la parte interesada deberá acreditar cuáles fueron las

consecuencias negativas que se derivan exclusivamente de la actuación social cuestionada y demostrar cómo dicha decisión se tomó con el exclusivo objetivo de vulnerar sus derechos, infringir la ley u obtener ventajas particulares exorbitantes e infundadas.

Pese a lo anteriormente mencionado, se aclara que si bien la ley ha reconocido que los socios pueden dar inicio a una acción judicial, el accionante tiene el deber de satisfacer una altísima carga probatoria, puesto que no basta argumentar que la decisión alegada le sea desfavorable al demandante, pues si la misma se tomó bajo el rigor del objeto social de la compañía, se considera una medida justificada y válida, por lo cual no se configuraría abuso del derecho de voto.

Por último, se debe señalar la trascendencia de la Ley 1258 de 2008, pues pese a ser considerada una normatividad especial, en la medida que se expidió en aras de regular el abuso del derecho de voto en las sociedades por acción simplificada, su ámbito de aplicabilidad, se extendió a los demás tipos societarios desde la entrada en vigencia del Código General del Proceso, generando así, la implementación de medidas de seguridad que propenden por salvaguardar el interés de la compañía y por el cumplimiento de los objetivos que en los estatutos de la misma se hayan planteado.

## REFERENCIAS

Amézquita, J. y González, D. (2012). *La figura de abuso del derecho, como mecanismo de protección de los socios minoritarios en las decisiones de capitalización* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Auto Rad: 2012-01-312242 (2012). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Bejarano, R. (2011). *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*. Bogotá, Colombia: Temis.

Congreso de la República (2008), *Ley 1258 de 2008 por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

- Congreso de la República (2011), *Ley 1450 de 2011 por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República (2012). *Ley 1564 de 2012 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Di Robilant, A. (2009). Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law. *Boston University School of Law Working Paper*, (14-28), 1-99.
- González, O. (2012). *Sociedad por Acciones Simplificada, Innovaciones legislativas, doctrinales y desarrollo jurisprudencial*. Medellín, Colombia. Ediciones Unaula.
- Grosso, G. (1965). Abuso del diritto, Milano.
- Henao, L. (2014). El abuso de la posición jurídica del socio. *Revista E-Mercatoria*, 13(2), 97-129.
- Ianello, P. (s.f.). Algunas notas sobre el concepto de abuso del derecho en el nuevo código civil y comercial. Recuperado de: [https://www.academia.edu/311338956/ALGUNAS\\_NOTAS\\_SOBRE\\_EL\\_CONCEPTO\\_DE\\_ABUSO\\_DEL\\_DERECHO\\_EN\\_EL?email\\_work\\_card=interaction\\_paper](https://www.academia.edu/311338956/ALGUNAS_NOTAS_SOBRE_EL_CONCEPTO_DE_ABUSO_DEL_DERECHO_EN_EL?email_work_card=interaction_paper)
- Iglesias, J. (1982). *Instituciones de Derecho Romano*. Barcelona, España: Ariel.
- Josserand, L. (1936). *Evolutions at actualités, Conférences de droit civil*. París, Francia: Recueil Sirey
- Josserand, L. (1999). *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- LaFayette, H. (1902). Authority of Allen v. Flood. *The University of Michigan Law School Scholarship Repository*. 28-58.
- León, P. (1931) Teoría del Abuso del Derecho en la Doctrina Nacional. *Revista De La Universidad Nacional De Córdoba*, (5-6), 29-40.
- Monroy, M. (1996). *Introducción al derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Perillo, J. (1995). Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept. Fordham University School of Law. *Pacific Law Journal*, 27, 37-97.
- Rengifo, E. (2002). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, F. (2009). *Sociedades por acciones simplificadas S.A.S.*, Bogotá, Colombia: Legis.

Reyes, F. (2013). *Nuevo Derecho Societario. S.A.S. La Sociedad por Acciones simplificada*, Bogotá, Colombia: Legis.

Sentencia 2019-01-299090 (8 de agosto de 2019). Superintendencia de Sociedades (Francisco Hernando Ochoa Liévano Superintendente).

Sentencia 800-119 (17 de septiembre 2015). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Sentencia 800-14 (22 de febrero 2016). Superintendencia de Sociedades (Nicolás Polanía Tello Superintendente).

Sentencia 800-25 (4 de abril 2016). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Sentencia 800-44 (2014, 18 de julio). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Sentencia C-707-05 (2005, 06 de julio). Corte Constitucional (Jaime Córdoba Triviño M.P).

Sentencia Casación LI, 283 (1941, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia (Liborio Escallón M.P).

Sentencia Casación LIII (1942, 09 de abril). Corte Suprema de Justicia (Ricardo Hinestrosa Daz M.P).

Sentencia Casación LV, 550 (1943, 22 de junio). Corte Suprema de Justicia (Ricardo Hinestrosa Daza M.P).

Sentencia Casación XLV, 418 (1937, 05 de agosto). Corte Suprema de Justicia (Juan Francisco Mujica M.P).

Sentencia Casación XLVII, 54 (1938, 19 de agosto). Corte Suprema de Justicia (Hernán Salamanca M.P).

Sentencia No. 800-73 (2013, 19 de diciembre). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Sentencia T-280/17 (2017, 28 de abril). Corte Constitucional (José Antonio Cepeda Amarís M.P).

Sentencia T-511/93 (1993, 08 de noviembre). Corte Constitucional (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P).

Superintendencia de Sociedades (2017). *Preguntas frecuentes de los usuarios de la Delegatura para procedimientos mercantiles*. Recuperado de: [https://www.supersociedades.gov.co/Servicio\\_Ciudadano/Documents/Forms/AllItems.aspx](https://www.supersociedades.gov.co/Servicio_Ciudadano/Documents/Forms/AllItems.aspx)

# MIGRACIÓN VENEZOLANA EN EL MUNICIPIO DE PASTO: CONDICIONES DE FORMALIDAD E INFORMALIDAD LABORAL A PARTIR DE ESTUDIOS DE CASO

Jesica Lizeth Delgado Solarte<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2021.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2021.

Referencia: Delgado, J. (2021). Migración venezolana en el municipio de Pasto: condiciones de formalidad e informalidad laboral a partir de estudios de caso. *Revista Científica Codex*, 7(12), 119-153.

## RESUMEN

La crisis económica, social y política de la República Bolivariana de Venezuela, ha forzado la migración de sus habitantes hacia distintas ciudades de países fronterizos como la República de Colombia, en búsqueda de suministros, asistencia local o cualquier fuente de ingresos, que, si bien permite la satisfacción de sus necesidades más básicas, también los expone a situaciones de riesgo, abuso y explotación laboral. Es por ello que, a través de un estudio instrumental de casos, este artículo determinará si en el municipio de Pasto, al sur de Colombia, las condiciones de trabajo de la población venezolana vinculada en el sector formal e informal del mercado laboral, cumplen con las prerrogativas legales consagradas en instrumentos internacionales y normas nacionales que autorizan, protegen y regulan el trabajo de los migrantes en Colombia.

**Palabras clave:** Migración venezolana, condiciones laborales, formalidad, informalidad, Municipio de Pasto.

---

1. Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: jds14399@gmail.com. Celular: 3007177984.

## ABSTRACT

The economic, social and political crisis of the Bolivarian Republic of Venezuela has forced the migration of its inhabitants to different cities in frontier countries such as the Republic of Colombia, in search of supplies, local assistance or any source of income, which, while allowing the satisfaction of their most basic needs, also exposes them to risk, abuse and exploitation of work situations. That is why, through an instrumental case study, this article will determine whether in the municipality of Pasto, southern Colombia, the working conditions of the Venezuelan population linked in the formal and informal sector of labour market, comply with the legal prerogatives enshrined in international instruments and national standards that authorize, protect and regulate the work of migrants in Colombia.

**Key words:** Venezuelan migration, working conditions, formality, informality, Pasto Municipality.

## INTRODUCCIÓN

Durante el período 2005-2016, la inmigración en Colombia se caracterizó por concentrar principalmente ciudadanos/as procedentes de Venezuela, España, Estados Unidos y Ecuador (Migración Colombia, 2017). A partir de 2013, la contracción económica de Venezuela<sup>2</sup> afectó negativamente el bienestar material de sus habitantes, forzando a muchos de ellos/as a migrar hacia otros países cercanos. En Colombia, las cifras anuales de personas venezolanas que ingresaron a través de los Puestos de Control Migratorio aumentaron de forma exponencial, pues pasaron de registrar 251.475 ingresos durante el año 2012 (Migración Colombia, 2012) a reportar 1.359.815 en 2018 (Migración Colombia, 2018), incrementando las cifras en más del 500% en tan solo 6 años.

Del total de ingresos registrados en 2018, el 34,7% manifestó dirigirse a las ciudades de Ipiales y Pasto en el Departamento de Nariño (Migración Colombia, 2018). Estas ciudades colindantes con la frontera ecuatoriana han recibido una gran cantidad de personas inmigrantes del vecino país con intenciones de acceder a cualquier fuente generadora de ingresos con el objetivo de suplir sus necesidades o con el pro-

---

2. Contracción económica entendida como la reducción de la economía venezolana en -33.7%, medida por el PIB real, entre el año 2013 y 2017 (Santo Domingo, 2018).



pósito de transitar hacia los demás países de América del Sur. Para el año 2019, las cifras de ingreso hacia estas dos ciudades nariñenses siguen siendo elevadas (30,5%) (Migración Colombia, 2019a). Ante tales circunstancias, el presente artículo tiene como propósito verificar si la capital nariñense (Pasto), receptora de población venezolana con vocación de permanencia, ha logrado garantizar las prerrogativas laborales que el ordenamiento jurídico vigente exige. A tal efecto, se analizará el marco normativo nacional e internacional que regula las relaciones de trabajo en Colombia, en particular las referentes a extranjeros/as. Posteriormente, y a partir de un estudio instrumental de casos, se identificarán condiciones laborales de inmigrantes venezolanos/as residentes en la ciudad de Pasto, para finalmente establecer si en la práctica, han logrado acceder a una actividad legal en situación de formalidad con las garantías, requisitos y obligaciones previstos en normatividad vigente, o si, por el contrario, las limitaciones de acceso a los permisos de trabajo, su situación de irregularidad o las circunstancias económicas de la región como el desempleo generalizado, lo han impedido.

## **METODOLOGÍA**

El presente artículo se enmarca en un tipo de investigación cualitativa, toda vez que busca comprender una situación de coyuntura social y jurídica a partir de la experiencia de individuos en una zona específica, “explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto” (Hernández, Fernández, y Baptista, 2014, p. 358). Para ello, se realizará un estudio instrumental de casos, a partir de entrevistas semiestructuradas aplicadas a población migrante en el municipio de Pasto durante los años 2018, 2019 y 2020.

El estudio de casos se caracteriza por orientar la comprensión a profundidad del objeto o acontecimiento en su contexto natural (Ruiz, Borboa y Rodríguez, 2013, p. 12). La tipología “instrumental”, se refiere al análisis de múltiples casos replicables para la construcción de una teoría o formulación de afirmaciones sobre el objeto de estudio (Stake, como se citó en Álvarez y San Fabián, 2012, p. 6). Esto no solo facilita la profundización de un tema relevante, sino también la clarificación, ampliación y contraste de la teoría obtenida con el hecho examinado (Merriam, como se citó en Ruiz, Borboa y Rodríguez, 2013, p. 12).

Para la identificación de los casos, se adoptaron conceptos de la Organización Internacional del Trabajo [OIT], en tanto es la máxima autoridad internacional en materia laboral. Así pues, la OIT asocia el término de formalidad con la denominación “decent work”<sup>3</sup> (International Labour Organization [ILO], 2008, p. 6), entendida como “un trabajo productivo para mujeres y hombres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana” (ILO, 2008, p. 6). Este concepto incluye elementos como un salario justo, seguridad en el trabajo, protección social, desarrollo e integración social, libertad de expresión, organización e igualdad de oportunidades<sup>4</sup> (ILO, 2008, p. 6), componentes también inmersos en la definición del Banco Interamericano de Desarrollo sobre “Employment Conditions”<sup>5</sup> (Inter American Development Bank, 2017, p. 6).

Por su parte, el sector informal ha sido definido como “un conjunto de unidades dedicadas a la producción de bienes o la prestación de servicios con la finalidad primordial de crear empleos y generar ingresos para las personas que participan en esa actividad”<sup>6</sup> (ILO, 1993, p. 2), noción construida tras las primeras descripciones y estudios del fenómeno de informalidad en el mundo, desarrolladas en Kenya (International Labour Office, 1972) y Ghana (Hart, 1973); y ahora asociada con unidades dedicadas a la producción de bienes o prestación de servicios que se caracterizan por operar en bajos niveles de organización, escasa división entre trabajo y capital y en pequeña escala (ILO, 1993).

Esta última postura se relaciona con la adoptada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2009) en Colombia, según el cual, la escala de informalidad se mide con los empleados particulares de establecimientos que ocupan hasta cinco personas, trabajadores sin remuneración, empleados domésticos, jornaleros o peones y trabajadores por cuenta propia, con excepción de los independientes

---

3. Traducción libre: Trabajo Decente.

4. Texto original: “Decent work involves opportunities for work that: is productive and delivers a fair income; provides security in the workplace and social protection for workers and their families; offers prospects for personal development and encourages social integration; gives people the freedom to express their concerns, to organize and to participate in decisions that affect their lives; and guarantees equal opportunities and equal treatment for all” (ILO, 2008, p. 6).

5. Traducción libre. Condiciones de Trabajo.

6. Texto original: “units engaged in the production of goods or services with the primary objective of generating employment and incomes to the persons concerned” (ILO, 1993, p. 2).

profesionales; distinción que resultará útil para categorizar con mayor precisión los casos elegidos en esta investigación.

## 1. MARCO NORMATIVO

### 1.1 Instrumentos internacionales en materia laboral

El marco jurídico internacional sobre derechos laborales que vincula y obliga al Estado colombiano, se desprende, en primera medida, de aquellos convenios o tratados ratificados por el Congreso de la República que versan sobre derechos humanos, y que por disposición del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), prevalecen en el orden interno.

Los sistemas de derecho internacional, como el Universal de las Naciones Unidas o el Interamericano de la Organización de Estados Americanos, han adoptado medidas generales de protección y promoción de derechos humanos fundamentales, tendientes a reducir o eliminar no sólo las prácticas de abuso laboral sobre los trabajadores migratorios, sino también su tránsito clandestino.

Del Sistema Universal de Naciones Unidas, destacan garantías en materia laboral consagradas en instrumentos fundamentales sobre derechos humanos, tales como:

- 1) La Declaración Universal de Derechos Humanos, que garantiza el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, la protección contra el desempleo, salario igual por trabajo igual, remuneración equitativa y satisfactoria, la posibilidad de fundar sindicatos y sindicarse para la defensa de sus intereses; el derecho al descanso, a una limitación razonable de la duración del trabajo, al disfrute del tiempo libre y de vacaciones periódicas pagadas (Naciones Unidas, 1948).
- 2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968, prohíbe la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso u obligatorio y garantiza el derecho de asociación libre, fundación de sindicatos y afiliación a ellos para la protección de sus intereses (Naciones Unidas, 1966a).

- 3) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante Ley 74 de 1968, reconoce el derecho al trabajo “libremente escogido o aceptado” (Naciones Unidas, 1966b); asegura el goce de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, salario igual por trabajo igual, condiciones de existencia dignas, seguridad e higiene en el trabajo, iguales oportunidades de ser promovidos, descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de horas de trabajo, vacaciones periódicas pagadas y remuneración en días festivos; dispone el compromiso de los estados parte en garantizar los derechos de sindicación y de huelga; y reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social (Naciones Unidas, 1966b).
- 4) La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en Colombia por la Ley 22 de 1981, establece el compromiso de los Estados en prohibir y eliminar la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, garantizando el derecho de toda persona a la igualdad, particularmente en el goce de derechos civiles, económicos sociales y culturales, entre los cuales resaltan: el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactoria, protección contra el desempleo, igual salario por trabajo igual, remuneración equitativa y satisfactoria, fundación y afiliación sindical (Naciones Unidas, 1965).
- 5) La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW, aprobada en Colombia por la Ley 984 de 2005, expresa la obligación de todos los estados en asegurar para las mujeres los mismos derechos que poseen los hombres, entre estos, el derecho al trabajo, igualdad de oportunidades de empleo y ascenso, elección libre de la profesión, estabilidad laboral, remuneración equitativa, igualdad de trato en trabajos de igual valor, seguridad social, vacaciones pagadas, protección de la salud y seguridad en las condiciones de trabajo (Naciones Unidas, 1979).
- 6) La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Colombia gracias a la Ley 12 de 1991, reconoce el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su edu-

cación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social; también establece como obligación de los estados, fijar una edad o edades mínimas para trabajar, así como disponer la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo y estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas (Naciones Unidas, 1989).

- 7) La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por Colombia a través de la Ley 146 de 1994, establece garantías y derechos para todos los trabajadores migratorios y sus familiares. En tal instrumento, destacan el derecho a la vida, la seguridad personal, un trato “no menos favorable que el que reciben los nacionales del estado de empleo” (Naciones Unidas, 1990) en lo relacionado a remuneración o condiciones de trabajo como horas extra, horarios de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, condiciones de empleo, incluso cuando concurren condiciones de irregularidad de permanencia o empleo, pues tales, no eximen ni limitan de ninguna manera las obligaciones jurídicas contractuales que poseen los empleadores. De hecho, el artículo 54 numeral 2, faculta a los trabajadores migratorios para recurrir ante las autoridades competentes del Estado de empleo en casos de vulneración a sus condiciones de trabajo (Naciones Unidas, 1990). También reconoce el derecho de asociarse y hacer parte de los sindicatos, igualdad de condiciones de seguridad social, en la medida que cumplan con los requisitos de la ley del Estado de empleo; prestaciones y acceso a programas para combatir el desempleo; e igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo, siempre que los trabajadores porten el permiso para ejercer actividad remunerada (Naciones Unidas, 1990).

En igual medida, es necesario resaltar los compromisos laborales específicos que Colombia ha adquirido y ratificado mediante los ocho Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo

[OIT]<sup>7</sup>, pues los derechos allí contenidos son “condición previa para el desarrollo de los demás, por cuanto proporcionan el marco necesario para esforzarse en mejorar libremente las condiciones de trabajo individuales y colectivas” (Oficina Internacional del Trabajo, 2003). En cualquier caso, todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los ocho convenios aludidos, por el solo hecho de pertenecer a la Organización, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo, esto es:

1. La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
2. La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
3. La abolición efectiva del trabajo infantil; y
4. La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (OIT, 1998).

Ahora bien, frente al Sistema Interamericano, del cual Colombia es parte desde 1948, cuando se firmó la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos [OEA], concurren instrumentos similares a los de Naciones Unidas que establecen y desarrollan derechos humanos, fijando lineamientos mínimos para los derechos de trabajadores, entre los cuales destacan:

- 1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972, dispone el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y prohíbe cualquier situación de esclavitud, servidumbre, o trabajo forzoso u obligatorio (OEA, 1969).

---

7. Los Convenios fundamentales son: C029 de 1930, relativo al trabajo forzoso u obligatorio; C105 de 1975, relativo a la abolición del trabajo forzoso; C100 de 1951, sobre igualdad de remuneración; C111 de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación); C087 de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; C098 de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; C138 de 1973, sobre la edad mínima; y C182 de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil (Oficina Internacional del Trabajo, 2003, p. 8).

- 2) El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado por Colombia mediante Ley 319 de 1996, establece el derecho de toda persona al trabajo, como una oportunidad para obtener medios suficientes que garanticen una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada; condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo, tales como remuneración para una subsistencia digna, salario equitativo e igual por trabajo igual, derecho a seguir una vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, oportunidad de promoción o ascenso, estabilidad laboral, seguridad e higiene en el trabajo, limitación razonable de las horas de trabajo, descanso, disfrute del tiempo libre, vacaciones pagadas, remuneración de los días feriados nacionales; derechos sindicales y de huelga (OEA, 1988).

Como se observa, Colombia ostenta una pluralidad de obligaciones laborales que guardan semejanza entre los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados, los cuales, por consagración constitucional y ratificación legal, resultan vinculantes para el Estado colombiano, de tal suerte que, un eventual incumplimiento, por acción u omisión, de estos deberes implicaría una responsabilidad estatal internacional que conllevaría el deber de reparar el daño en forma debida (Monroy Cabra, 2002).

## **1.2 Normatividad colombiana sobre derechos laborales de extranjeros**

Además de las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia ya mencionados, también deben considerarse los mandatos constitucionales y legales nacionales que regulan las condiciones laborales tanto de nacionales, como de extranjeros en Colombia.

En primera medida, la Constitución Política de Colombia dispone el deber de nacionales y extranjeros de “acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Como contrapartida, consagra el derecho a la igualdad ante la ley para todas las personas (no ciudadanos/as únicamente), por lo cual recibirán “la misma protección y trato de las autoridades”

(Asamblea Nacional Constituyente, 1991) y gozarán “de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Sobre la naturaleza jurídica del derecho al trabajo, la máxima autoridad judicial en Colombia la ha desarrollado desde una triple dimensión constitucional: primero, como un **valor fundante** del Estado Social de Derecho, en tanto es concebido como una directriz para adoptar políticas públicas y medidas legislativas que garanticen condiciones dignas y justas en el empleo; segundo, como un **principio rector** del ordenamiento jurídico que limita la libertad de configuración normativa del legislador al imponer un conjunto de reglas mínimas laborales a ser respetadas, entre ellas: igualdad de oportunidades, 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; primacía de la realidad sobre formalidades, seguridad social, descanso y protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad; por último, como un **derecho y un deber** (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) con carácter fundamental gracias a su núcleo de protección subjetiva e inmediata, y de desarrollo progresivo al ser un derecho económico y social (Corte Constitucional, Sentencia C-593-15).

Frente al disfrute de derechos de extranjeros/as, el artículo 100 constitucional garantiza el acceso a los mismos derechos civiles y garantías concedidas para nacionales colombianos/as, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En materia legal, las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que regulan los derechos individuales del trabajo en el sector privado y los derechos colectivos en el sector público y privado, “rigen en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración de su nacionalidad” (Presidencia de la República, 1950), por lo cual, toda persona (extranjera o colombiana) tendrá los mismos derechos derivados de un contrato laboral, esto es: pago de un salario, remuneración por trabajo extra, nocturno o en días de descanso y festivos; reconocimiento de prestaciones sociales, tales como vacaciones cesantías, prima de servicios, dotación, pensión de jubila-



ción, protección a la maternidad, protección ante accidentes de trabajo y enfermedades de origen laboral y afiliación a una asociación y/o una organización sindical (Presidencia de la República, 1950).

De otra parte, en materia migratoria, el gobierno colombiano además de regular el ingreso de extranjeros/as al territorio nacional, ha fijado una serie de requisitos y documentos para su permanencia y desarrollo de actividades legales en el país. Las condiciones de acceso varían de acuerdo con la nacionalidad de quien ingresa o solicita el permiso respectivo (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015). Existen casos especiales, como los de la Comunidad Andina<sup>8</sup>, donde, además del pasaporte vigente, se puede presentar el documento de identificación del país emisor o cédula de ciudadanía para permanecer hasta por 180 días en Colombia (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, 2001); o como el caso de los visitantes extranjeros sin ánimo de permanencia, provenientes de los 97 países contemplados en la Resolución 10535 de 2017 (entre ellos Venezuela), para quienes no es necesaria la visa para ingresar al país. A ellos se les otorga un Permiso de Ingreso y Permanencia o Permiso Temporal de Permanencia, que les permite transitar por un periodo no superior a 180 días (Migración Colombia, 2016). Si el deseo de estas personas extranjeras es permanecer por un tiempo mayor, es necesario tramitar la visa correspondiente: de visitante, de migrante o de residente (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017). No obstante, los requisitos para su obtención son numerosos y complicados, especialmente para los nacionales de Venezuela, pues implican la presentación del pasaporte o de documentos apostillados y legalizados<sup>9</sup>. La expedición de visas para población venezolana es tan escasa, que, en todo el departamento de Nariño, durante 2017 y 2018, apenas fueron expedidas 42 (la mayoría para personas entre los 18 y 29

---

8. En la actualidad los países miembros de la CAN son: Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia.

9. En una visita realizada el 14 de diciembre 2018, a las filas de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en la frontera con el Ecuador, se observó que algunas personas provenientes de Venezuela, portaban registros de nacimiento deteriorados o consignados en hojas de cuaderno con solamente una firma o un sello oficial. Las dificultades para la expedición del pasaporte desde Venezuela o desde el consulado venezolano en Colombia, fueron frecuentes. La mayoría de personas portaban solamente sus documentos nacionales de identidad, algunos de ellos ya se encontraban vencidos.

años de edad), de las cuales, 32 corresponden a clase temporal, 13 de residentes y 1 de negocios (R.D.P. 1, 2019)<sup>10</sup>.

Adicionalmente, si la intención específica de la persona extranjera es trabajar en el territorio colombiano, el/la empleador/a debe exigirle, además de la visa que permita dicha actividad, la Cédula de Extranjería cuando el/la trabajador/a esté obligado a tramitarla. De igual manera, deberá informar a Migración Colombia por escrito o por medios electrónicos, sobre la vinculación, contratación o admisión y su desvinculación o terminación del contrato, y deberá sufragar los gastos de regreso al país de origen, a la terminación de la vinculación o cuando proceda la cancelación de la visa, la deportación o expulsión (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015).

Por último, para hacer válida la formación académica desarrollada en su país de origen, el inmigrante deberá convalidar sus títulos profesionales en Colombia, solicitando a la cancillería respectiva, la apostilla o legalización de estos, siguiendo un exhaustivo procedimiento administrativo para el efecto (Ministerio de Educación Nacional, 2017).

### **1.3 Requisitos especiales para la permanencia y el trabajo de inmigrantes provenientes de Venezuela**

Para el caso de inmigrantes provenientes de Venezuela, los documentos exigidos para su ingreso y permanencia son diferentes, pues, si bien están exentos de tramitar visa (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2018c), no lo están de presentar el pasaporte, cuya obtención representa un verdadero desafío en tanto los gastos son elevados y el Estado venezolano ha sido renuente en su entrega y renovación. Es por ello que el gobierno colombiano ha adoptado diversas medidas para garantizar, entre otros, su ingreso al territorio y su regularización transitoria para el acceso a servicios básicos, la provisión de insumos y el ejercicio de actividades económicas.

Es así como en un primer momento se creó la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF) para aquellos/as venezolanos/as con intenciones de ingreso a Colombia transitoriamente, sin vocación de permanencia,

---

10. En adelante, entiéndase “R.D.P.” como “Respuesta a derecho de petición”. La numeración subsiguiente corresponde a una forma de identificación de los documentos emitidos por las entidades y el año es la fecha de recepción de la respuesta.

con el único interés de suplir necesidades básicas, como abastecerse de productos de la canasta familiar, medicinas, entre otros (Migración Colombia, 2017). Sin embargo, este documento, por sí solo, no garantiza la permanencia ni el ejercicio de actividades laborales al interior del país. Por tal razón y buscando preservar el orden interno y social, evitar la explotación laboral y velar por su permanencia en condiciones dignas al interior del país (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017), el gobierno colombiano adoptó el Permiso Especial de Permanencia (PEP): un documento administrativo de control, autorización y registro de personas nacionales de Venezuela que no pueden tramitar visa, pero desean permanecer y ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017). Según la normatividad señalada, este documento sólo es válido por un término de noventa (90) días, prorrogables por períodos iguales, hasta por dos (2) años (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017).

El primer PEP fue otorgado a aquellos/as que cumplieran los siguientes requisitos:

1. Encontrarse en territorio colombiano a 28 de julio de 2017.
2. Haber ingresado por Puesto de Control Migratorio habilitado con pasaporte.
3. No tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional.
4. No tener una medida de expulsión o deportación vigente (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, Resolución 5797, artículo 1).

En la misma Resolución se fijó la obligación para todas las personas naturales o jurídicas que vinculan, contratan o admiten a un titular del PEP, de reportar a través de la plataforma Sistema de Información Para el Registro de Extranjeros (SIRE), la actividad que el extranjero desarrolla en territorio colombiano (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017).

El segundo PEP mantuvo los requisitos mencionados, pero extendió la fecha de ingreso al país, hasta el 2 de febrero de 2018 (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2018a). Después, un tercer PEP se otorgó a aquellos que, en situación de irregularidad, fueron censados en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos RAMV (Ministerio

de Relaciones Exteriores, 2018b), sin necesidad de pasaporte y con los mismos beneficios que los anteriores PEP.

Posteriormente, el requisito de fecha de ingreso al país para la obtención de un cuarto PEP se modificó al 17 de diciembre de 2018 (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015). El quinto PEP se creó especialmente para los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales de la República Bolivariana de Venezuela (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2019). El sexto, denominado Permiso Especial Complementario de Permanencia [PECP], se entregó específicamente para la población venezolana que había solicitado refugio en Colombia y deseaba trabajar en el país (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2019).

Con la Resolución 240 de 2020, el requisito de ingreso para obtener el PEP fue extendido hasta el 29 de noviembre de 2019. Por último, el Decreto 117 de 2020, creó el Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF), “como un mecanismo excepcional y transitorio dirigido a facilitar la regularidad migratoria de los nacionales venezolanos en territorio colombiano, mediante el acceso, de manera alternativa según corresponde en cada caso, a contratos laborales o a contratos de prestación de servicios” (Presidencia de la República, 2020, Decreto 117). Este Permiso solicitado por el empleador o contratante mediante formulario web, por el periodo de duración del contrato ofertado (ni inferior a 2 meses ni superior a 2 años, siendo posible renovarlo hasta por un máximo de 4 años), es entregado a aquellos nacionales venezolanos que cumplan con las siguientes condiciones:

1. Ser ciudadano venezolano; 2. Ser mayor de edad conforme al ordenamiento jurídico colombiano; 3. Presentar la cédula de identidad venezolana y/o el pasaporte de la República Bolivariana de Venezuela aun cuando éstos se encuentren vencidos (...); 4. No tener antecedentes judiciales en Colombia o en el exterior; 5. No ser sujeto de una medida administrativa de expulsión o deportación vigente; 6. Ser titular según corresponda en cada caso, de: 6.1. Una oferta de contratación laboral en el territorio nacional por parte de un empleador, o 6.2. Una oferta de contratación de prestación de servicios en el territorio nacional, por parte de un contratante (Presidencia de la República, Decreto 117 de 2020)..

De esta manera, confluyen ocho tipos de permisos especiales que, si bien poseen similares efectos y beneficios, se diferencian en las calidades y términos requeridos para su obtención. En Nariño, hasta marzo

de 2019, fueron emitidos y entregados por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia 2414 PEP: 260 corresponden al PEP I, 559 al PEP II, 936 al PEP III y 659 al PEP IV (Migración Colombia, 2019b). La mayor parte de esta población se encuentra entre 18 y 29 años de edad (R.D.P. 4, 2019).

## 2. RESULTADOS

### 2.1 Caracterización de la ciudad de Pasto

Para entender mejor el fenómeno bajo estudio, es menester realizar algunas precisiones geopolíticas, económicas y laborales de la zona elegida para la presente investigación.

El municipio de Pasto, capital del departamento de Nariño, contiene una extensión total de 1.131 km<sup>2</sup> (el 3,4% del área departamental), de los cuales el 2,3 % (26,4 km<sup>2</sup>), corresponden al área urbana y el porcentaje restante (1.104,6 km<sup>2</sup>) al área rural; cuenta con doce comunas en su zona urbana y 17 corregimientos en la zona rural (Alcaldía de Pasto, 2016), no obstante, la distribución espacial muestra que el 83 % de la población prefiere el casco urbano y solo el 17% se asienta en la zona rural (Alcaldía de Pasto, 2020). Entre las actividades económicas de la ciudad, destaca principalmente la tercerización de la economía: comercio, hoteles, restaurantes y bares con mayores porcentajes (Alcaldía de Pasto, 2016). Según lo manifiesta la Secretaría de Desarrollo Económico y Competitividad Municipal “en el municipio existen 45 mil familias que viven de la informalidad y a la fecha, como consecuencia de la crisis<sup>11</sup>, hay un crecimiento sustancial en estos índices, debido a que muchas empresas han tenido que liquidarse” (como se citó en Alcaldía de Pasto, 2020).

En el área urbana, se identifica una ocupación indebida del espacio público, en gran parte generada por el sector informal de la economía, como consecuencia del crecimiento del desempleo, la escasez de ingresos, crecimiento de la desigualdad y la pobreza (Alcaldía de Pasto, 2020). Según los reportes oficiales, “El trabajo informal afecta al 81,8 por ciento de los hogares del municipio” (Alcaldía de Pasto, 2020). Finalmente, según las cifras del DANE (2019; 2020), la Tasa de Desem-

---

11. Refiriéndose a la crisis económica y sanitaria ocasionada por la propagación del COVID-19.

pleo en la ciudad de Pasto aumentó drásticamente con una variación de 2,6 puntos porcentuales entre 2018 y 2019 y 9,9 puntos entre 2019 y 2020.

## 2.2 Casos de Informalidad laboral de población venezolana en la ciudad de Pasto

Los casos tipo en el sector informal fueron identificados a través de entrevistas aplicadas a población venezolana con vocación de permanencia en la ciudad de Pasto. Dos de las personas entrevistadas, se dedican a las ventas ambulantes, una más ofrece artesanías en redes sociales y en sectores concurridos de la ciudad, y una cuarta trabaja en un pequeño establecimiento comercial que ocupa menos de 5 empleados.

La primera persona entrevistada es una mujer de 35 años de edad, quien, a pesar de ser licenciada en educación, se dedica a la venta de dulces sobre la avenida Panamericana de la ciudad de Pasto, junto a su hijo de dos años de edad. Tras su ingreso a Colombia en 2018, arribó a la ciudad de Cúcuta, posteriormente a Cali, para asentarse finalmente en Pasto; manifiesta intenciones de permanencia en la ciudad, pues en su criterio, es más accesible, económica y “la gente es más colaboradora” (E.P.1, 2019)<sup>12</sup>. Gracias a su actividad laboral en las calles, los ingresos obtenidos le permiten vivir en condiciones “medianamente dignas” (E.P.1, 2019) pues cubren vivienda y alimentación, y la alejan de empleos “explotadores” (E.P.1, 2019) donde los pagos no superan los 15.000<sup>13</sup> pesos por un día de trabajo. En todo caso, su expectativa es obtener un empleo donde devengue por lo menos un salario mínimo, “porque así no le quitaríamos el trabajo a ningún colombiano, ni ellos se sentirían mal por recibir un trabajo donde le paguen menos a uno para no darles a ellos”. (E.P.1, 2019). Sobre la documentación para trabajar, la entrevistada señala que gracias al “censo”<sup>14</sup>, logró tramitar su PEP, pero hasta el momento no lo ha utilizado para nada más que para obtener el Sisben<sup>15</sup> y aunque ella intentó el “apostillaje”<sup>16</sup> de su título,

---

12. En adelante, entiéndase “E.P.” como “Entrevista Participante”. La numeración subsiguiente corresponde a una forma de identificación de las personas entrevistadas y el año es la fecha de realización de la entrevista.

13. Aproximadamente 4 dólares estadounidenses en 2019.

14. Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos.

15. Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales.

16. Trámite de convalidación y legalización de su título en Colombia.

el trámite fue imposible, por lo cual no ha conseguido ningún trabajo relacionado con su profesión, ni ha tenido que presentar el PEP para alguna labor.

La segunda persona entrevistada es un hombre de 34 años de edad que, ante sus limitaciones de movilidad, requiere de una silla de ruedas para su desplazamiento. Junto a su esposa y sus dos hijos menores de edad, venden comestibles en las calles de la ciudad de Pasto, todos los días en un horario comprendido entre las 4 p.m. y las 9 p.m. Según manifiesta, ya llevan un año en Colombia, unos meses estuvieron en Pereira, otros en Bogotá, otros en Cali, para asentarse finalmente en Pasto, donde el panorama ha sido más prometedor. En su opinión, Pasto “es lo mejor de Colombia (...) es más económica que Bogotá y más segura que Cali” (E.P.2, 2019). Gracias al SENA<sup>17</sup> están recibiendo un curso destinado a la obtención de materiales para su propio negocio, uno semejante al restaurante que debieron abandonar en razón de la crisis venezolana. Dice que su esposa, por su experiencia laboral, ha trabajado en una panadería y en un restaurante de la ciudad, pero en ningún empleo perduró pues debía cumplir jornadas laborales extenuantes por salarios bajos,

en la panadería fue explotador, explotador... desde las 7 de la mañana hasta las 8 de la noche, le pagaban 16.000 el día, ella tenía que venirse de noche, a veces agarraba mototaxi, pero la mayoría de veces tenía que venirse a pie para poder rendir los riales. Eso es lo malo de aquí de Pasto, que para conseguir trabajo es muy poco el sueldo (E.P.2, 2019).

El tercer entrevistado es un joven venezolano de 25 años de edad, que se dedica a fabricar, y vender pulseras artesanales a través de redes sociales y por las calles de la ciudad con el propósito de mantener a su esposa y a su hijo recién nacido. A la fecha de la entrevista (2019) revela haber ingresado hace casi dos años a Colombia, pasando por más de 10 ciudades en búsqueda de mejores condiciones de vida. Hace unos meses llegó al departamento y permanece en la ciudad de Pasto tras el nacimiento de su hijo. Tanto él como su esposa, son universitarios que interrumpieron sus estudios debido a la crisis de su país. Hasta el momento no han logrado validar sus materias, y aunque a su ingreso

---

17. Servicio Nacional de Aprendizaje SENA: establecimiento público del orden nacional que ofrece formación gratuita en programas técnicos, tecnológicos y complementarios.

ambos sellaron sus pasaportes, el entrevistado extravió tal documento, por lo cual no ha podido tramitar su PEP. Sin embargo, no es algo que le preocupe pues ninguna autoridad le ha exigido estos documentos, y en temas laborales, si bien le han ofrecido varios trabajos, siempre ha preferido trabajar por su cuenta, pues “le va mejor” (E.P.3, 2019). Según menciona:

acá a nosotros los venezolanos desafortunadamente no nos dan el salario que es y a veces nos explotan con horas de más (...) tengo muchas amistades que les están pagando mal de hecho, en estos momentos trabajan 12 horas, 11 horas al día y les pagan 600 - 700 mil pesos, pues algo injusto (E.P.3, 2019).

El cuarto entrevistado es un trabajador venezolano de 28 años que ingresó a Colombia hace dos años, con su pasaporte, por el cual debió esperar un año y pagar 200 dólares. Obtuvo su título de bachiller, posee cinco años de experiencia como “barbero” (E.P.4, 2019) y gracias a las amistades que formó en Pasto durante los carnavales, logró encontrar trabajo en un salón de belleza. Una parte de sus ingresos es enviada a su madre que vive en Venezuela. Lleva tres meses en Pasto, pero su intención es regresar a Bogotá, pues según su previa experiencia, las ganancias económicas allá son mayores. No se encuentra afiliado a salud y tampoco sabe qué es un Permiso Especial de Permanencia, no obstante, no le preocupa pues hasta el momento, ningún empleador o autoridad nacional se lo ha exigido.

Además de la precaria situación laboral a la cual se ven sometidos los inmigrantes venezolanos/as, las mujeres, por su género, se ven adicionalmente expuestas a humillaciones y conductas de acoso sexual. En las entrevistas realizadas por la consultora de Acnur para el Observatorio de Género, Zulma Izquierdo (2019), se mencionan casos de mujeres con ingresos insuficientes y desproporcionados para las horas de trabajo realizado, jornadas laborales excesivas de 12 y 14 horas, descansos obligatorios no reconocidos y periodos de prueba no pagados, obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, entre otras formas de explotación laboral. En muchos casos manifiestan haber sufrido maltratos, insultos, tocamientos, y circunstancias que afectan la dignidad e integridad personal, no teniendo más remedio que soportar tales tratos para mantener su trabajo, y así conservar la visa o el permiso para no ser deportadas:



Fue frecuente recibir referencias de casos en Pasto e Ipiales donde se relata situaciones de mujeres que logran ser contratadas como meseras en bares, pero en el desarrollo de su trabajo deben permitir tocamientos sobre sus cuerpos por parte de los clientes del establecimiento si desean mantenerse contratadas (Izquierdo, 2019).

### **2.3 Casos de Formalidad laboral de población venezolana en la ciudad de Pasto**

Para analizar los casos de formalidad laboral, se aplicaron cuatro entrevistas a personas vinculadas laboralmente con empresas de la ciudad, registradas en cámara de comercio y con más de cinco empleados en sus instalaciones o sucursales.

El primero, es a la fecha de la entrevista, administrador de una franquicia colombiana. A su llegada al país en 2017, manifiesta haber presentado su pasaporte y un pasaje de bus como documentos exigidos por la autoridad migratoria para su ingreso en la frontera. Gracias a la promesa de algunos amigos en recibirlo, se dirigió a la capital nariñense con el único propósito de conseguir trabajo. Con 23 años, una carrera profesional interrumpida por la crisis y tras varias entrevistas, logró vincularse verbalmente como mesero en un restaurante, por un salario inicial de 820.000 pesos mensuales<sup>18</sup> en una jornada de 8 de la mañana a 8 de la noche, sin bonificaciones, ni prestaciones sociales. Posteriormente, fue asignado como administrador del mismo establecimiento, por una contraprestación apenas superior a su salario anterior. Tras el cierre del lugar por problemas financieros, el entrevistado pasó dos meses en el desempleo, hasta ser contratado en un nuevo negocio, esta vez con una jornada de 8 de la mañana a 3 de la tarde, por un salario de 600 mil pesos, el cual, a pesar de ser inferior al mínimo legal, era proporcional a las necesidades del entrevistado, en tanto “era un horario respecto al otro bastante flexible, por 600 mil pesos a mí me parecía bastante bien, me daban desayuno y almuerzo, y a veces cuando llegaba comida también llevaba para la casa y podía cenar” (E.P.5, 2019). A los dos meses, aceptó un segundo trabajo como mesero en un establecimiento comercial, trabajando en dos lugares al tiempo:

entonces empecé a trabajar en los dos lados, en el uno trabajaba en la mañana y en el otro en la tarde, entrábamos a las 3 de la tarde y salíamos

---

18. Aproximadamente 235 dólares estadounidenses en 2019.

entre semana a las 10:30 - 11 y los fines de semana 11 - 11:30, dependiendo de cómo estuviera (...) en ese momento cuando llegué pagaban 660,000 pesos de los cuales los \$60.000, eran un auxilio de transporte y los otros 600 el sueldo básico (E.P.5, 2019).

Finalmente, el 31 de diciembre de 2018 fue llamado por la empresa en la que actualmente labora, para trabajar en temporada de carnavales. Su buen rendimiento, le brindó la posibilidad de ser contratado formalmente, una oportunidad novedosa desde su llegada al país: “el administrador a cargo en ese momento me dice que me iba a firmar contrato, era la primera vez desde que había llegado a Colombia, que me hablaban en términos legales” (E.P.5, 2019).

Para ser contratado tuvo que aportar su Permiso Especial de Permanencia, obtenido algunos meses atrás gracias al Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, y no en virtud de su pasaporte, como se hubiese pensado, pues su ingreso (en octubre) fue posterior a la expedición del primer PEP (en junio), y para el segundo permiso, había excedido los 90 días autorizados para estar en Colombia.

Gracias a su rendimiento, logró ascender a un cargo de administración, por un salario mayor al millón de pesos, con reconocimiento de propinas, auxilio de transporte, prestaciones sociales y aportes a seguridad social. Por ahora, se siente cómodo en su empleo, resalta las bondades de la ciudad, pues la considera “muy tranquila, muy económica, aunque desde que llegué al presente me he percatado un poco de los arriendos, han aumentado, pero nada, me parece bien para vivir, el único ‘pero’ que le veo a Pasto es el volcán” (E.P.5, 2019).

También resalta la importancia de un trabajo formal y explica por qué, en su concepto, muchos venezolanos/as, prefieren pedir dinero en las calles, apelando a la solidaridad de la gente y a las ganancias obtenidas,

lo que pasa con las personas que están pidiendo en la calle es que en un día se pueden hacer 100 mil pesos, quizás más, quizás menos dependiendo el lugar, cómo le vaya (...) si tú te pones a sacar la cuenta una persona que se haga 100 mil pesos diarios si trabaja los 30 días del mes, hace 3 millones y una persona trabajando en un trabajo estable con un sueldo mínimo ganamos 920-940 mil pesos (...) pero sí creo que es una cuestión de pensamiento, porque si vas a estar en un trabajo vas a estar con algo

fijo, seguro, porque el día que la gente se moleste con ellos pidiendo en la calle, ya no te vas a hacer los 3 millones, no vas a tener que comer ni nada (E.P.5, 2019).

La segunda persona entrevistada en condiciones de formalidad, es una mujer que manifiesta haber ingresado a Colombia en 2017, trabajó en varios restaurantes de la ciudad, sin reconocimiento de horas extra o prestaciones sociales, ni afiliaciones a seguridad social. Solo en un lugar le fueron reconocidas vacaciones y liquidación y en dos le exigieron el PEP, el cual obtuvo gracias al Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos. En 2019, ingresó como mesera en un establecimiento comercial de la ciudad, donde le exigieron todos sus documentos legales (cédula, pasaporte, PEP, antecedentes). Allí la han afiliado a seguridad social, le han reconocido trabajo suplementario, prima de servicios entre otras prestaciones sociales y en razón a sus aptitudes, ha sido ascendida a administradora, con las mismas garantías contractuales y un mayor sueldo. Tal vez las mayores complicaciones que ha presenciado ella en la ciudad, son las limitaciones para solicitar un préstamo o crédito bancario, ya que el Permiso Especial de Permanencia no lo autoriza ni garantiza su estabilidad en el país.

En condiciones semejantes a estas dos personas, el “Diagnóstico regional de la migración en el sur de Colombia” (Goyes, Torres y Delgado, 2019), encontró en la ciudad de Pasto casos de personas venezolanas con vínculos contractuales a término fijo y en la modalidad de prestación de servicios, que cumplen con todos los requisitos laborales señalados por la ley. El estudio desarrollado mediante entrevistas a empleadores de restaurantes, almacenes ubicados en centros comerciales, bares y centros de servicios médicos de la ciudad de Pasto durante el 2018, identificó empleados extranjeros de Venezuela que lograron vincularse formalmente gracias a la documentación necesaria para esos casos<sup>19</sup> y en razón a sus niveles de escolaridad, que van desde bachilleres y técnicos hasta profesionales especializados.

Sin embargo, no todos los vínculos laborales formales resultan siempre garantes de todos los derechos laborales, especialmente en casos donde las condiciones de salud o calidades especiales, impiden al empleado o empleada cumplir siempre con su horario.

---

19. Cédula de identidad, Pasaporte y Permiso Especial de Permanencia.

Este es el caso de la tercera entrevistada, una mujer gestante de 30 años de edad, vinculada mediante un contrato inicial de 3 meses con una empresa propietaria de varios establecimientos comerciales en la ciudad. Comenta que fue afiliada a seguridad social y le han reconocido prestaciones sociales, sin embargo, su estado de embarazo, le ha traído algunas complicaciones en su trabajo. Explica que sus empleadoras “lo vieron mal”<sup>20</sup> (E.P.8, 2020), tanto así que, tras un par de meses, una de las dueñas del establecimiento, le entregó un preaviso que debía firmar para dar por terminado su contrato laboral, sin permiso del Ministerio del Trabajo que lo autorizara. Adicionalmente y aun cuando su estado de salud era vulnerable, fue obligada a trabajar más de lo convenido:

en enero yo estaba fatal, me sentía súper cansada y se suponía que yo tenía que descansar si habían 3 compañeros (...) igual tuve que atender, tuve que agacharme, tuve que correr, igual tuve que cumplir horario, con decirte que el 31 de diciembre me dio una fiebre terrible, me sentía fatal y le comuniqué a una de las dueñas que me sentía mal y que en verdad no podía con mi cuerpo y me dijo que lo sentía mucho que me tomara algo y que no podía dejar al otro chico porque era nuevo (...) hace una semana les pedí que me dieran los domingos libres porque aquí en el local no se trabaja los domingos pero si hay que trabajar allá en la tienda de arriba (E.P.8, 2020).

Otros, a pesar de estar vinculados en establecimientos comerciales registrados en cámara de comercio, no devengan el salario mínimo legal mensual vigente. Así lo relata el cuarto entrevistado, un joven de 21 años de edad que ingresó al país en diciembre de 2017 junto con su grupo familiar y pese a haber culminado el bachillerato, actualmente atiende clientes en un local comercial de la ciudad, por turnos de 8 a 10 horas diarias, 6 días a la semana, con un salario inferior al mínimo y sin prestaciones sociales o protección en seguridad social. Si bien todos en su hogar tramitaron el PEP en el 2018, hasta ahora no lo han usado y tampoco se lo han exigido en su trabajo. Su padre, a pesar de tener título como licenciado en educación, se dedica a vender golosinas en las calles. Sin embargo, explica que su proceso de adaptación ha sido positivo en tanto ha encontrado mejores oportunidades de trabajo que las obtenidas en otras ciudades, como Ipiales, Cartagena o Bogotá, donde las oportunidades fueron escasas y mal remuneradas y si bien al

---

20. Refiriéndose a su estado de embarazo.

llegar a Pasto no tenían ninguna expectativa específica, se han encontrado con una ciudad donde, a su parecer, “si quiere y puede, consigue trabajo” (E.P.4, 2019). Pasto, en su percepción, es “más económico que otras partes de Colombia (...) una manera de empezar de cero” (E.P.4, 2019).

### 3. DISCUSIÓN

#### 3.1 Análisis de los casos de informalidad laboral

Por las características propias de la ciudad pastusa y el alto número de población venezolana en busca de oportunidades laborales, la mayoría de los casos desembocan en escenarios de trabajo informal o relaciones laborales ausentes de requisitos, condiciones, prerrogativas y derechos consagrados en la legislación.

Para la líder del Colonia Venezolana en Colombia Regional Nariño, Colvenz, Carmen Moncada (como se citó en Diario del Sur, 2018), los principales problemas que han enfrentado al llegar a Pasto, han sido la falta de empleo y la regularización. Las dificultades con la expedición de documentos como la visa o el pasaporte (que el país venezolano difícilmente tramita), han limitado su acceso a empleos formales que exigen tales requisitos (Moncada, como se citó en Diario del Sur, 2018). Es por ello que, en ciudades del departamento como la capital Pasto o el municipio fronterizo de Ipiales, a diario se visualizan en calles y semáforos, venezolanos/as dedicados a vender dulces o intercambiar billetes para poder generar algún ingreso económico que les permita sobrevivir (Diario del Sur, 2018).

Los casos tipo de informalidad analizados en el capítulo precedente, demuestran una necesidad urgente de obtención de ingresos económicos para suplir necesidades básicas, que, a su vez, les presiona a desempeñar actividades desprovistas de garantías, derechos y protecciones mínimas universales. Varias de las ocupaciones experimentadas o relacionadas, implican salarios o ingresos menores a los legalmente establecidos, prestaciones sociales nulas y aportes a seguridad social inexistentes, incluso refieren una exposición a conductas constitutivas de tipos penales, como el acoso sexual ejercido sobre mujeres trabajadoras procedentes de Venezuela. Preocupa aún más el desconocimien-

to de las personas entrevistadas en temas normativos que aseguren su dignidad, seguridad, integridad, movilidad y trabajo.

Tres de los entrevistados coincidieron en haber optado por el trabajo en las calles, en razón a su facilidad de acceso y a las mayores utilidades que la labor les representa respecto de trabajos “formales”, donde, a su parecer no les pagan lo que corresponde. Esto denota escasas garantías en el reconocimiento de una contraprestación digna y equivalente al trabajo realizado. Las tres personas entrevistadas con experiencia laboral previa con empleadores o establecimientos de comercio, indicaron que sus anteriores salarios apenas cubrían gastos de alimentación o sustento e implicaban mayores cargas físicas que las invertidas en sus labores actuales, y aun cuando realizaron estudios en su país de origen, lastimosamente ninguna de las ofertas laborales ha coincidido con su campo de conocimiento profesional y su título en Colombia no tiene validez en tanto no tramiten la convalidación correspondiente, proceso que se dificulta por los requisitos y papeleo exigidos.

Experiencias como estas, aunadas a la gran cantidad de inmigrantes del vecino país y sus condiciones de constante movilidad e insuficiente oferta laboral para ellos, sin duda han repercutido en el aumento de la informalidad laboral, tal como lo predijo en 2017 el investigador del Observatorio Laboral del Rosario Juan Carlos Guataquí (citado por Noticias Laborales, 2017)

La población venezolana puede llegar a ofrecerse a actividades o servicios con salarios o ingresos menores que los colombianos que los están desempeñando. Entonces, si la actividad económica se mantiene estable es posible que el desempleo no se incremente, pero con seguridad la informalidad sí (párr. 8).

En Pasto, por ejemplo, los índices de población ocupada en informalidad pasaron de 55,5% durante el trimestre enero - marzo de 2019, a 56,3% en marzo y mayo, para llegar a 57, 4% en abril - junio del mismo año (DANE, 2019d).

Tampoco se materializa un acceso real y efectivo a la administración de justicia indispensable para la materialización de derechos fundamentales. En el caso de la Ciudad de Pasto, las audiencias de conciliación solicitadas por empleados de nacionalidad venezolana ante

la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, han sido escasas, reportando apenas seis casos, de los cuales, tan solo uno prosperó, dos fueron aplazados, dos fracasados por no comparecencia del empleador y uno no conciliado por no existir acuerdo entre las partes (R.D.P.2, 2019). Casi todas las solicitudes nacieron de contratos verbales con pequeñas empresas como hoteles y restaurantes o con personas naturales en sectores terciarios de servicios sociales, comunales y personales, o de distribución (comercio al por mayor y al por menor, transporte y almacenamiento) que, tienen relación directa con los altos niveles de empleo informal registrados en la ciudad de Pasto (R.D.P.2, 2019).

### **3.2 Análisis de los casos de formalidad laboral**

Las entrevistas a empleadores aplicadas en el “Diagnóstico regional de la migración en el sur de Colombia” (Goyes, Torres y Delgado, 2019), además de encontrar trabajadores regularizados que han accedido a un trabajo formal, comprobaron plena satisfacción de los empleadores con el rendimiento laboral del personal venezolano, destacando sus cualidades extrovertidas y su compromiso para conservar el trabajo otorgado, demostrando altas calidades profesionales pues, en sectores como el de servicios médicos especializados (40% de los entrevistados), resultaron idóneos para la labor, en razón a su excelente trato hacia los usuarios, incrementando la satisfacción y número de clientes en los centros de salud especializados (Goyes, Burbano y Delgado, 2019). Este tipo de aptitudes han sido concebidas y resaltadas por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2019) para impulsar el trabajo de migrantes y alentar a las empresas colombianas para tener mano de obra extranjera, especialmente de Venezuela, con la cual llenar sus plazas de empleo.

Los empleadores entrevistados aseguraron que todo el personal venezolano contratado gozaba de las prerrogativas que otorgan la ley y la Constitución Nacional en igualdad de condiciones que los demás empleados. Este hecho, se corrobora con las dos primeras entrevistas en la sección de formalidad laboral, toda vez que su situación, a pesar de exponer temporadas previas de gran dificultad, denota hoy más estabilidad en tanto sus derechos laborales se encuentran amparados y sus ingresos son suficientes para vivir, comer, vestir y enviar dinero a sus familiares en Venezuela. No obstante, nada de eso habría sido posible

sin su dedicación, ánimo y esfuerzo, cualidades que resaltan a la hora de obtener un empleo.

Según la normatividad previamente expuesta, la situación laboral de los inmigrantes de Venezuela en Colombia, depende en gran medida de su estatus migratorio, pues de no tener la documentación en regla, además de no ser contratados o afiliados a seguridad social, corren el riesgo de ser deportados o expulsados del país (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015). Incluso sus empleadores pueden ser sancionados con multas, si vinculan, contratan o permiten el desarrollo de una labor, trabajo u oficio a un extranjero sin el cumplimiento de los requisitos migratorios (Migración Colombia, 2018). Según los registros de Migración Colombia (2019c), a marzo de 2019, 196 personas jurídicas en Colombia fueron sancionadas por contratar irregularmente a extranjeros, 9 de ellas con sede en el Departamento de Nariño.

Pero, si bien el uso del PEP ayudaría “normalizar el estatus de trabajo de los venezolanos que ya vienen trabajando con distintos empresarios colombianos” (Guzmán Rodríguez, como se cita en Portafolio, 2017, párr. 22), su simple uso o presentación, no garantiza la protección integral de sus derechos laborales o de seguridad social, como lo reflejan las dos últimas personas entrevistadas. Lo cierto es que hasta para las instituciones competentes, el control sobre los vínculos laborales de extranjeros es difuso. Por ejemplo, aun cuando existe la obligación de reportar la novedad de vinculación o terminación del contrato laboral del inmigrante en el Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros SIRE, en Nariño, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia a través de respuesta a petición escrita, expresó carecer de competencia para brindar dicha información (R.D.P.3, 2019), invitando a realizar la consulta ante el Ministerio de Trabajo, quienes a su turno, manifestaron que la responsabilidad de informar acerca de la vinculación en el SIRE recae en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (R.D.P.4, 2019).

Lo innegable de las entrevistas realizadas, es que la situación laboral de los extranjeros (y de cualquier trabajador) responde en gran medida a la solidez económica de la empresa, en tanto las prerrogativas laborales podrán ser garantizadas si su productividad es rentable, lo cual dependerá también a factores propios del mercado. Para la misma



OIT (2015), la productividad económica de las empresas determina el tamaño de la formalidad.

De igual manera y desde cualquier empresa, es esencial un conocimiento exhaustivo de los requisitos legales consagrados en la normatividad vigente para la contratación de sus trabajadores. Así pues, el reconocimiento de una remuneración justa, una jornada regular, aportes a seguridad social, protección contra riesgos laborales, e incluso afiliación a sindicatos, requerirá organización institucional, claridad normativa y liquidez económica empresarial, panorama que se oscurece a nivel internacional ante el confinamiento inminente para mitigar la propagación del covid-19, medida que ha limitado la productividad y solidez empresarial y ha aumentado significativamente las tasas de desempleo. Sin duda “un alza en la productividad mejora la capacidad económica y, en consecuencia, la respuesta del mercado laboral para generar empleo formal” (Fasecolda, 2018, p. 21), a contrario sensu, sin productividad ni capacidad económica, el mercado laboral decae y con ello, el empleo formal con sus garantías legales.

No obstante, debe precisarse que el crecimiento económico en sí mismo, no asegura un aumento en la formalización, pues confluyen otros aspectos importantes de índole económico como un ambiente macroeconómico favorable, la modernización del Estado, la eficiencia y simplificación administrativa de las empresas y del gobierno, los beneficios tributarios, la eliminación de rigideces en el mercado laboral mediante flexibilización de costos salariales y no salariales (ANIF, Arango y Flórez, Fernández et al, OIT, como se citó en Fasecolda, 2018, p. 21); y otros de carácter jurídico como las políticas públicas en el campo del empleo y de la empresa, el fomento de normas que obligan a los empleadores y garantizan los derechos de los trabajadores, la adecuación o simplificación de regulaciones o procedimientos a través de incentivos o sanciones (OIT, 2015). La confluencia de todos elementos resultará determinante en la recuperación económica internacional y la formalización de las prácticas laborales de cualquier país.

## CONCLUSIONES

Las entrevistas de población venezolana en la ciudad de Pasto que experimentaron una relación laboral informal con pequeñas empresas, establecimientos de comercio o personas naturales del sector tercia-

rio, aseguraron haber trabajado en condiciones ausentes de garantías laborales, con ingresos irregulares e insuficientes, cargas adicionales a las previstas inicialmente, jornadas excesivas, desconocimiento de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social, e incluso, exposición a situaciones de maltrato verbal, violencia psicológica y acoso sexual.

Varios de los entrevistados optaron por trabajos en las calles pues, aprovechando la solidaridad y voluntad de los nariñenses, consiguieron un sustento económico mayor que el obtenido en empleos informales. De hecho, se pudo constatar en algunos casos, que el dinero obtenido en las calles llegó a superar el salario mínimo legal mensual vigente.

Si bien su decisión de laborar en las calles favoreció la distribución de su tiempo de forma libre y autónoma, y en su percepción, los alejó de posibles condiciones de maltrato y explotación laboral, su situación mantiene un estatus de vulnerabilidad en tanto carece de estabilidad laboral y de garantías consagradas en la constitución y la ley, escenario que se agrava aún más al tratarse de inmigrantes en situación de irregularidad o no documentados, quienes se encuentran expuestos a ser deportados, expulsados o sancionados.

Las mujeres son un grupo poblacional que presenta mayores riesgos, en tanto su situación migratoria confluye con su condición de género, exponiéndolas no solo a ingresos insuficientes y desproporcionados, jornadas laborales excesivas, descansos obligatorios y periodos de prueba no reconocidos, sino también a maltratos, insultos, tocamientos y prácticas discriminatorias con ocasión de su embarazo, circunstancias que afectan gravemente la dignidad e integridad personal.

Los casos de formalidad evaluados, denotan vínculos laborales con garantías legales y constitucionales para el sector privado. Esta contratación formal fue posible en gran medida, gracias al nivel de productividad de la entidad contratante, a la presencia de documentación migratoria exigida, a la experiencia del personal vinculado, su profesionalismo y aptitudes demostradas en la oferta de servicios, con las cuales, lograron incrementos en las ventas, utilidades en la empresa, y satisfacción para los clientes y empleadores.

La formalización del mercado laboral si bien tiene relación directa con la productividad económica de las empresas, también requiere de elementos como crecimiento económico del país, modernización

del Estado, un modelo macroeconómico favorable para la creación de empleos, eficiencia administrativa de las empresas y del gobierno, beneficios tributarios para el fomento del trabajo, adecuación o simplificación de regulaciones a través de incentivos o sanciones, así como difusión de normas que vinculen a los empleadores y garanticen los derechos de los trabajadores.

Aun cuando la proliferación normativa para regular el estatus migratorio de la población venezolana en Colombia y autorizar sus actividades legales en el país, ha sido bastante amplia, su materialización es ciertamente deficiente, toda vez que la cantidad de inmigrantes receptionada excede la capacidad institucional y representa un verdadero reto para las autoridades encargadas del control migratorio y laboral del país. El panorama empeora ante la emergencia sanitaria decretada para mitigar los contagios por covid-19.

La situación de vulnerabilidad económica y social que padece la población venezolana al llegar a Colombia, la ausencia de los documentos migratorios requeridos, el desconocimiento normativo, los niveles bajos de productividad económica en la región de acogida, son elementos que afectan aún más los derechos laborales de extranjeros y que truncan los compromisos estatales e internacionales para atender y proteger a los trabajadores migratorios y sus familiares.

La persistencia de una informalidad laboral extendida, independientemente de quienes incluya, resulta incompatible con la materialización y efectividad de los postulados jurídicos nacionales e internacionales suscritos por Colombia sobre protección y promoción de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, es por ello que las políticas a adoptarse al interior del territorio en materia migratoria y principalmente laboral, deberán responder no solo a la realidad actual del país, sino también a la precaria situación de la población venezolana en Colombia.

## REFERENCIAS

- Alcaldía de Pasto (2016). *Plan de Desarrollo Municipal “Pasto Educado Constructor de Paz” 2016-2019*. Pasto, Colombia: Concejo Municipal de Pasto.
- Alcaldía de Pasto (2020). *Plan de Desarrollo Municipal “Pasto la Gran Capital” 2020-2023*. Pasto, Colombia: Concejo Municipal de Pasto.
- Álvarez, C. y San Fabián, J. (2012). La elección del estudio de caso en investigación educativa. *Gazeta de Antropología*, 2012, 28 (1). Recuperado de [https://www.ugr.es/~pwlac/G28\\_14Carmen\\_Alvarez-JoseLuis\\_SanFabian.pdf](https://www.ugr.es/~pwlac/G28_14Carmen_Alvarez-JoseLuis_SanFabian.pdf)
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (2001). Decisión 503. *Reconocimiento de documentos nacionales de identificación*. Valencia, Venezuela: Comunidad Andina.
- Sentencia C-593-14* (2014, 20 de agosto). Corte Constitucional (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub M.P).
- DANE (2009). *Metodología Informalidad Gran Encuesta integrada de Hogares - GEIH*. Bogotá, D.C. Recuperado de [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech\\_informalidad/metodologia\\_informalidad.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/metodologia_informalidad.pdf)
- DANE (2019). Mercado Laboral, Pasto, Octubre - diciembre 2019). Bogotá, D.C. Recuperado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo#2019>
- DANE (2020). *Principales indicadores del mercado laboral - Julio 2020*. Bogotá, D.C. Recuperado de [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol\\_empleo\\_jul\\_20.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_jul_20.pdf)
- Diario del Sur (29 de agosto de 2018). El drama de venezolanos que pasan por Nariño. *Diario del Sur*. Recuperado de <http://diariodelsur.com.co/noticias/local/el-drama-de-venezolanos-que-pasan-por-narino-453516>
- Fasecolda (2018). *Trabajo formal en Colombia Realidad y Retos*. Bogotá, D.C. Recuperado de [https://fasecolda.com/files/3615/4160/2393/DOC\\_-\\_Trabajo\\_Formal\\_en\\_Colombia.pdf](https://fasecolda.com/files/3615/4160/2393/DOC_-_Trabajo_Formal_en_Colombia.pdf)
- Goyes Moreno, I., Torres Burbano, A. C., & Delgado Solarte, J. L. (2019). Diagnóstico regional de la migración en el sur de Colombia. En *Diagnóstico Regional de la Migración en Colombia con enfoque de DDHH (2014-2018)*. Bogotá, D.C.: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

- Hart, K. (1973). Informal income opportunities and urban employment in Ghana. *The Journal of Modern African Studies*, 11(1), 61-89. Recuperado de [https://www.jstor.org/stable/159873?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/159873?seq=1#page_scan_tab_contents)
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill / Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Inter-american Development Bank (2017). *Better Jobs Index: An employment conditions index for Latin America*. Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Better-Jobs-Index-An-employment-conditions-index-for-Latin-America.pdf>
- International Labour Office (1972). *Employment, incomes and equality. A strategy for increasing productive employment in Kenya*. Ginebra: International Labour Office.
- International Labour Organization (1993). *Resolution concerning statistics of employment in the informal sector*. Adopted by the Fifteenth International Conference of Labour Statistician. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms\\_087484.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087484.pdf)
- International Labour Organization (2008). *Toolkit for Mainstreaming Employment and Decent Work*. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---exrel/documents/publication/wcms\\_172612.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---exrel/documents/publication/wcms_172612.pdf)
- Izquierdo, Z. (2019). *Situación de las Mujeres Migrantes Venezolanas en el Departamento de Nariño. Informe elaborado con el apoyo del ACNUR en el marco del Proyecto Fortalecimiento del Observatorio de Género de Nariño*. Pasto. Recuperado de <http://observatoriogenero.udenar.edu.co/wp-content/uploads/2019/04/Informe-Sit-mujeres-ven.pdf>
- Ministerio de Educación Nacional (2017). Resolución 20797 de 2017. *Por medio de la cual se regula la convalidación de títulos de educación superior otorgados en el exterior y se deroga la Resolución 6950 de 2015*. Bogotá, D.C.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (2015). Decreto 1067 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 49.523 del 26 de mayo de 2015.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (2017). Resolución 5797 de 2017. *Por medio de la cual se crea un Permiso Especial de Permanencia*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 50307 del 27 de julio de 2017.

Ministerio de Relaciones Exteriores (2017). Resolución 6045 de 2017. *Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y deroga la Resolución 5512 del 4 de septiembre de 2015*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 50313 del 2 de agosto de 2017.

Ministerio de Relaciones Exteriores (2018a). Resolución 740 de 2018. *Por la cual se establece un nuevo término para acceder al permiso especial de permanencia (PEP), creado mediante Resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 50498 del 5 de febrero de 2018

Ministerio de Relaciones Exteriores (2018b). Resolución 6370 de 2018. *Por la cual se reglamenta la expedición del Permiso Especial de Permanencia - PEP para su otorgamiento a las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes*. Bogotá, D.C.

Ministerio de Relaciones Exteriores (2018c). Resolución 10535 de 2018. *Por la cual se establecen disposiciones de exención de Visas y se derogan las Resoluciones 1128 y 6397 de 2018*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 50811 del 18 de diciembre de 2018.

Ministerio de Relaciones Exteriores (2019). Resolución 2540 de 2019. *Por la cual se reglamenta la expedición del Permiso Especial de Permanencia (PEP) creado mediante Resolución 5797 de 2017, en virtud del Memorando de Entendimiento suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 13 de mayo de 2019*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 50.960 de 21 de mayo 2019

Monroy Cabra, M. G. (2002). *Derecho Internacional Público*. Bogotá, D.C.: Temis.

Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París: proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Naciones Unidas (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Naciones Unidas (1966a). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

- Naciones Unidas (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York: Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Naciones Unidas (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
- Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Naciones Unidas (1990). *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- Noticias Laborales (2017, 29 de noviembre). Siguen llegando venezolanos al país: ¿Ahora es más difícil encontrar trabajo? *empleo*. Recuperado de <https://www.empleo.com/co/noticias/noticias-laborales/siguen-llegando-venezolanos-al-pais-ahora-es-mas-dificil-encontrar>
- Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Organización de Estados Americanos (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. San Salvador: 18 período ordinario de sesiones de la Asamblea General.
- Oficina Internacional del Trabajo (2003). *Los Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*. Dinamarca. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@declaration/documents/publication/wcms\\_095897.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_095897.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo (1998). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión celebrada el 18 de junio de 1998.
- Organización Internacional del Trabajo (2015). *Panorama temático laboral. Transición de la formalidad en América Latina y el Caribe*. Lima. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_315054.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_315054.pdf)

Portafolio (19 de diciembre de 2017). Siguen llegando venezolanos al país: ¿ahora es más difícil encontrar trabajo? *Portafolio*. Recuperado de <https://www.portafolio.co/economia/empleo/llegada-de-venezolanos-al-pais-complica-la-busqueda-de-trabajo-512741>

Presidencia de la República (1950). Decreto Ley 2663. *Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá, D.C.: l Diario Oficial No 27407 del 9 de septiembre de 1950.

Presidencia de la República (2020). Decreto 117 de 2020. *Por el cual se desarrolla parcialmente el artículo 140 de la ley 1873 de 2017 y se adoptan medidas para la creación de un registro administrativo de migrantes venezolanos en Colombia que sirva como insumo para el diseño de una política integral de atención humanitaria*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 50.960 de 21 de mayo 2019.

Ruiz Medina, M. I., Borboa Quintero, M. del S., Rodríguez Valdez, J. C. (2013). El enfoque mixto de investigación en los estudios fiscales. *TLATEMOANI, Revista Académica de Investigación*. No. 13. España. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/tlatemoani/13/estudios-fiscales.pdf>

Santo Domingo (8 de marzo de 2018). Crees: Consecuencias del modelo económico de Venezuela. *elDinero*. Recuperado de <https://www.eldinero.com.do/56231/consecuencias-del-modelo-economico-venezolano/>

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2012). *Estadísticas flujos con uso de pasaporte. Flujos Migratorios de Extranjeros 2012*. Bogotá, D.C. Recuperado de <https://public.tableau.com/profile/migraci.n.colombia#!/vizhome/TablasdeSalidas2012/FlujosMigratoriosdeColombianos2017>

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2016). Resolución 1220 de 2016. *Por la cual se establecen los Permisos de Ingreso y Permanencia, Permisos Temporales de Permanencia, y se reglamenta el Tránsito Fronterizo en el territorio nacional*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 49.963 de 12 de agosto de 2016.

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2017). Resolución 1845 de 2017. *Por la cual se prorroga la vigencia del Prerregistro (sic) para la expedición de la Tarjeta de Movilidad Fronteriza*. Bogotá, D.C.: Diario Oficial No. 50396 del 24 de octubre de 2017

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2018). *Estadísticas flujos con uso de pasaporte. Flujos Migratorios de Extranjeros 2018*. Bogotá, D.C. Recuperado de <https://public.tableau.com/profile/migraci.n.colombia#!/vizhome/TablasdeSalidas2018/FlujosMigratoriosdeExtranjeros2018>



colombia#!/vizhome/TablasdeSalidas2018/FlujosMigratoriosdeColombianos2017

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2019a). *Estadísticas flujos con uso de pasaporte. Flujos Migratorios de Extranjeros 2019*. Bogotá, D.C. Recuperado de <https://public.tableau.com/profile/migraci.n.colombia#!/vizhome/FlujosMigratorios-2019/FlujosMigratoriosdeColombianos2017>

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2019b). *Permiso Especial de Permanencia - PEP. Venezolanos beneficiarios del PEP que han declarado como departamento de residencia Nariño*. Bogotá, D.C. Recuperado de <https://public.tableau.com/profile/migraci.n.colombia#!/vizhome/PermisoEspecialdePermanencia-PEP/Inicio>

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2019c). *Total de venezolanos en Colombia, corte a 31 de marzo de 2019*. Bogotá, D.C. Recuperado de <https://migracioncolombia.gov.co/infografias/231-infografias-2019/total-de-venezolanos-en-colombia-corte-a-31-de-marzo-de-2019>

# LA DIMENSIÓN PRÁCTICA DE LA CONFESIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Luis Hernán Bladimir Tobar Cortés<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 5 de marzo de 2021.

Fecha de aceptación: 17 de mayo de 2021.

Referencia: Tobar, L. (2021). La dimensión práctica de la confesión en el Código General del Proceso. *Revista Científica Codex*, 7(12), 154-197.

## RESUMEN

El presente trabajo pretende dar respuesta a la pregunta sobre ¿cómo prueba la prueba de confesión? la cual se abordará desde la perspectiva del razonamiento probatorio entendido en el paradigma de la concepción racionalista de la prueba. Para ello se definirán algunos elementos claves de esta concepción y luego se concretará el análisis a la prueba de confesión. Se concluye que la confesión “prueba” en sentido no epistémico, sino valorativo como criterio de negociación para reducir el caudal probatorio y como regla de decisión en supuestos de insuficiencia probatoria.

**Palabras clave:** confesión. Declaración de Parte. Valoración racional de la prueba. Código General del Proceso.

## ABSTRACT

This paper pretends to answer the question about, how does the confession prove? which will be approached from the perspective of pro-

---

1. Abogado de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Nariño, correo: luhe36682@hotmail.com.

bative reasoning understood in the paradigm of the rationalist conception of evidence. For this, some key elements of this conception will be defined and then the analysis to the confession test will be specified. It is concluded that the confession “proves” in a non-epistemic sense, but an evaluative one as a criterion for negotiation to reduce the amount of evidence and as a rule of decision in cases of insufficient evidence.

**Keywords:** confession. Parties declaration. Rational conception of evidence.

## INTRODUCCIÓN

El derecho probatorio, aunque con visos de una reciente renovación, sigue profundamente permeado por la fuerza de la tradición -falacia *ad antiquitatem* (Nieva, 2017), que, aunque venerable, usualmente termina anquilosando los dispositivos creativos de aplicación del derecho sustancial a los que responden naturalmente las reglamentaciones procesales. Ya, en el contexto latino, Piero Calamandrei y Vitorio Denti (Aramburo, 2020, p. 75-91), reclamaban algo más que estudios puramente históricos o conceptuales: estudios del derecho –sobre todo procesal– desde una visión multidisciplinar que permita descubrir los requerimientos del contexto social en el que pretende regir el derecho.

En el campo del derecho probatorio, aunque sin una base conceptual claramente identificable (Accatino, 2019), se ha venido produciendo literatura, más o menos durante los últimos 20 años, que, preocupada por el necesario objetivo de la búsqueda de la verdad en el proceso jurisdiccional, ha formado el paradigma que se ha reconocido como la *teoría racionalista de la prueba* que comparte al menos las tesis de la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica y la especialidad de la justificación probatoria (Accatino, 2019). Su importancia radica en que permite alejarse de una concepción persuasiva<sup>2</sup> de la prueba en la que los criterios de valoración probatoria sean subjetivos y casi incommunicables, y en cambio permite justificar elementos objetivos de valoración que reduzcan el ámbito librado al arbitrio del juez en esta tarea. Ello se logra mediante la asunción de 1) relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que la verdad es objetivo

2. Aunque no será abordado en esta investigación, no sobra exponer que, en síntesis, implica que la prueba más que aportar elementos de corroboración de hipótesis lo que hace es llevar *certeza* al decisor, *convenciéndolo* subjetivamente de la ocurrencia de los hechos (López, 2019, p. 74).

institucional de la prueba; 2) el concepto de verdad que da cuenta de esa relación es la verdad como correspondencia; 3) en todo caso las decisiones se adoptarán en contextos de incertidumbre, ante lo que cabe utilizar las metodologías y análisis propios de la epistemología general; 4) el razonamiento probatorio es necesariamente probabilístico (Ferrer, 2018, p. 401).

Aunque esta sea la concepción que ha venido prevaleciendo en los estudios de la prueba, al revisar los manuales de relevantes tratadistas del derecho procesal en Colombia, tales como Nattan Nisimblat (2014), Hernán López Blanco (2019), Jaime Azula Camacho (2015) o Jairo Parra Quijano (2006), no parece encontrarse una interpretación que vincule la prueba de confesión como medio de prueba con una concepción racionalista de la prueba. Y, a excepción de Nisimblat (2014, p. 97-99) que parece partir de una visión escéptica al respecto, las actuales corrientes teóricas parten de algún modo de la noción de que

la recta administración de justicia solo se obtiene en la medida que se aplique la norma adecuada a los hechos realmente ocurridos. Para lograr esto es indispensable que el conocimiento que el juez obtenga de los hechos sea lo más aproximado posible a la realidad, lo cual depende de los medios probatorios empleados, y de su veracidad (Azula, 2015, p. 10).

En este contexto lo que se pretende con el presente escrito es precisamente interpretar la prueba de confesión a la luz de una concepción racionalista de la prueba, que permita establecer el rendimiento epistémico que puede tener este medio de prueba y cómo contribuye a la formación de la premisa fáctica del silogismo judicial.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La pregunta que se busca responder en este artículo es ¿cómo aporta la prueba de confesión a la consecución de la verdad de los hechos y a la formación de la premisa fáctica del silogismo judicial en el marco de la Ley 1564 de 2012?

Al respecto la respuesta generalmente aceptada es que la confesión, cuando cumple los requisitos legales, hace prueba del hecho que se confiesa siempre que no haya sido demostrada en contrario, lo cual se considera especialmente difícil (López, 2019, p. 244). Sin embargo, en el actual Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) -en adelante CGP- no se estipula consideración alguna que corresponda a la anterior

afirmación, tan solo indica en el inciso final del artículo 191 que “la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas” (Ley 1564, 2012), lo que parece dar a entender que la confesión no se valoraría conforme a las reglas generales de apreciación de las pruebas pero no indica cuál es esta forma.

Para responder la pregunta planteada, se acude a la revisión de textos y tratados académicos de autores nacionales e internacionales y al contraste de los postulados que elaboren esos autores con lo que al respecto ha establecido la ley y la jurisprudencia colombiana para, a partir de ellos, inducir una respuesta a la cuestión de la que se ocupa este escrito. Con tal fin, se han establecido como objetivos de trabajo, en un primer momento el establecer la distinción teórica entre prueba y verdad, luego se expondrá la valoración que debe tener la confesión desde una concepción racionalista, y en un tercer momento se analizará la forma en que prueba la prueba de confesión.

Para desarrollar los objetivos en mención se estudiará la relación de la prueba y la verdad con la garantía de justicia que propende el proceso judicial, la función, uso y momentos de la actividad probatoria; también, expondrá las diferencias y similitudes entre la prueba de confesión y la declaración de parte, así como su utilidad a la finalidad del proceso; además se analizará los conceptos de presunciones y la carga de la prueba, y a partir de ellos se elaborará una respuesta en un doble sentido, según el momento de la actividad probatoria en que pueda influir la prueba de confesión, lo que permite establecer si la confesión *prueba* como lo haría cualquier otro medio o lo hace de una forma distinta.

Finalmente, se expondrá en un acápite las conclusiones del ejercicio inductivo, y reflexivo, que se realice a lo largo de este documento, pero de entrada se invita al lector, a construir su propio criterio a partir de lo que se expone en las siguientes líneas.

## **1. Verdad y prueba: La concepción racionalista de la prueba**

### **1.1 Simplemente la verdad**

La verdad ha sido parte de infinitas discusiones filosóficas desde los albores del raciocinio humano; quizás no haya otro concepto más elusivo, pero a la vez tan trascendente para el desarrollo de la humanidad.

El concepto de *posverdad* derivado de la “ebriedad posmodernista” (Taruffo, 2020, p. 228) no ha hecho sino alejarnos de la realidad y la verdad, y siendo que “la realidad y verdad siempre han sido la tutela de los débiles contra las prepotencias de los fuertes” (2020, p. 207) se nos ha alejado también de la posibilidad de actuar contra estas prepotencias. De modo que, antes que distinguir entre tipos de verdades, como si ella pudiera ser fragmentaria, debe asumirse la existencia simplemente de la verdad y reconocer las dificultades epistemológicas de conocerla, y solo a partir de ahí desarrollar el conocimiento (Taruffo, 2011, p. 24). De modo que puede rechazarse la tradicional distinción jurídica entre *verdad material* y *verdad formal*<sup>3</sup> como si existiera una verdad externa y una verdad creada.

En el proceso jurisdiccional, en especial en el proceso civil, ha llegado a considerarse que la verdad no podría o no debería ser perseguida; sin embargo, tal perspectiva debe ser rechazada. Así lo hizo con gran acierto Michelle Taruffo quien rechaza la imposibilidad teórica, ideológica y práctica de la verdad (2011, pp. 27-40) negando los fundamentos de cada una. La verdad, entonces, es teóricamente posible, si no partimos de un indeseable escepticismo radical, pero siempre que, a su vez, no se caiga en un realismo ingenuo<sup>4</sup> o acrítico (Taruffo, 2011, p. 57) que parta sólo del sentido común para conocer la verdad sino de un realismo crítico que llevaría a una concepción semántica de la verdad, en el que un enunciado es verdadero si y sólo si se corresponde con la realidad (Gascón, 2010, p. 64).

La verdad también es ideológicamente oportuna y necesaria, pues el objetivo del proceso de producir decisiones justas así lo demanda; si el derecho implica la aplicación de las consecuencias jurídicas a los

- 
3. Como defensor de esta tesis se suele citar a Carnelutti por su repercusión en la dogmática procesal “italiana, y también en la española y latinoamericana” (Ferrer, 2007, p. 24-25), quien sostenía que, dado que la verdad o es pura o no es verdad, el único resultado posible en el proceso no es la “búsqueda de la verdad material sino de un proceso de fijación formal de los hechos” (p. 24-25). Taruffo (2011) considera inaceptable esta distinción, principalmente, porque la relatividad producida en el proceso jurisdiccional por las reglas jurídicas y límites de otro tipo (recursos humanos y materiales) tan solo sustenta la imposibilidad de una verdad absoluta, lo que no implica una distinción de verdades distintas, sino que la verdad del proceso tiene algunas peculiaridades relevantes que derivan de una situación y contexto específicos y jurídicamente determinados que no bastan para fundamentar un concepto autónomo de verdad formal, es decir, “el problema de la verdad de los hechos en el proceso no es más que una variante específica de ese problema más general [de la verdad]” (2011, p. 24-5).
  4. González Lagier (2013) llama a esta concepción, con algunos matices en cuanto a los autores tratados, *objetivismo ingenuo*.

hechos previstos en ella, solo podría ser justa la decisión que parta de hechos que efectivamente se verificaron en la realidad<sup>5</sup>.

Finalmente, la verdad puede obtenerse mediante instrumentos dispuestos en el proceso jurisdiccional a pesar de que algunas reglas que lo regulan pueden ser “contraepistémicas” en el sentido de que, por razones distintas a la averiguación de la verdad que se consideran deseables en los ordenamientos jurídicos, alejen el proceso de ese objetivo (Gascón, 2012, p. 93). Esta situación tan solo autoriza hablar de una verdad relativa al marco de referencia que implica el proceso, pero de ello “no se deriva ninguna diferencia de fondo entre la verdad que se forma en el proceso y aquella que se forma fuera del mismo” (Taruffo, 2011, p. 74).

En suma, resulta posible alcanzar la verdad<sup>6</sup> en el proceso civil regulado por el CGP<sup>7</sup> y no podría ser de otro modo pues si la verdad no es posible, el proceso jurisdiccional sería innecesario ya que este parte, o debe partir, de que puede y debe encontrarse la verdad de los hechos a los que aplicará la consecuencia jurídica prevista en las normas sustanciales; y la teoría de la verdad que mejor lo permite es la de verdad como correspondencia semántica, es decir, el criterio según el cual el enunciado fáctico en debate será verdadero si y solo si el contenido semántico del enunciado ha sido verificado en la realidad: la proposición de que hubo entrega tardía de los productos comprados será cierta si y solo si en realidad hubo tal tardanza.

De esta manera, no solo es posible alcanzar la verdad en el proceso judicial, sino que también es necesario hacerlo; mientras que el hecho

- 
5. Taruffo sostiene que una decisión “nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos” (2011, p. 64). Si el derecho pretende regular la conducta de los individuos no podría hacerlo sino por medio de la aplicación de la norma a los hechos que realmente ocurrieron, de lo contrario se defraudaría a los administrados al aplicarles consecuencias jurídicas a conductas que nunca cometieron, debilitando así el poder regulatorio que pretende tener el derecho.
  6. En este sentido, “La verdad no depende de lo que nosotros creemos o aceptamos, no es relativa a la cultura, a la comunidad, a una teoría o a un individuo; y no es una cuestión gradual, ni una conglomeración de propiedades que pueden estar total o parcialmente satisfechas. Sin embargo, algunas verdades son tales en virtud de algo que nosotros hacemos; otras en virtud de lo que creemos; y algunas verdades sólo tienen sentido relativizadas a un tiempo, a un lugar o a una cultura” (Haack, 2012, p. 573). Es decir, debe encontrarse “Simplemente la verdad que puede ser descubierta en el mundo incierto y frágil de las cosas humanas” (Taruffo, 2008, p. 134).
  7. Vivares Porras (2014) señala que en el proceso civil colombiano no puede entenderse de forma distinta, la verdad debe ser el fin que debe alcanzarse con la prueba. La propensión que se encuentra también como la finalidad última, o una de las razones principales, que la academia ha reconocido con la expedición de la Ley 1564 de 2012; papel que no fue resaltado suficientemente en la exposición de motivos de los proyectos de ley que derivaron en dicha normativa (Vivares Porras citada en Semillero de Derecho Procesal, 2014, p. 322-323).

de que las posibilidades de alcanzar la verdad se encuentren limitadas por algunas reglas, el tiempo y los recursos humanos y técnicos disponibles, tan solo debe llevar a hablar de verdades relativas al conjunto de elementos probatorios y de valores en juego, y no a la imposibilidad de la verdad<sup>8</sup> en el proceso. Esto por cuanto, aún si la decisión es válida respecto de un determinado contexto procesal, igualmente puede seguir siendo falsa en términos de la correspondencia con la realidad, cosa que no permiten las tesis de la *verdad formal* en las que esta se  *fija* por autoridad del juez.

## 1.2 Las condiciones necesarias y suficientes de una decisión justa: La tutela jurisdiccional efectiva.

La jurisdicción, en un sistema democrático de tutela de los derechos, se configura como una “garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos” (Taruffo, 2020, p. 93). El Estado Social de Derecho demanda que los conflictos sean resueltos bajo un estándar de justicia que impone el modelo mismo<sup>9</sup>: no la simple resolución de conflictos sino la resolución justa de ellos. Es decir, se trata de un estado fuertemente activista que no pretende ser un simple árbitro en la resolución del conflicto sino un impulsor de la política moral plasmada en la constitución y las leyes<sup>10</sup>; de modo que esos fines político-morales deben impulsar al juzgador a la hora de resolver un conflicto, no de la mejor manera para el conflicto mismo, sino de la mejor manera para implementar esos fines político-morales.

En este sentido, la función garantista del proceso jurisdiccional, o tutela jurisdiccional efectiva, se cumple, siguiendo a Taruffo, si se satisfacen tres condiciones necesarias y en conjunto suficientes para

- 
8. En todo caso, se destaca que se habla de una verdad objetiva y no de algo “aceptado” como verdad, o de la “creencia”, aún justificada, en que algo es verdadero (Haack, 2012, p. 574).
  9. Siguiendo a Damaska (2000) el fin del proceso –del que depende la importancia de la búsqueda de la verdad (Taruffo, 2011, p. 26-27)– depende del papel del estado y la justicia en la sociedad. El modelo del Estado Social de Derecho impone una justicia de tendencia al ideal jerárquico –alejándose por tanto del ideal paritario– en presencia de un estado activista –alejado así del modelo de estado reactivo–.
  10. Ruiz Jaramillo (2014, p. 92) señala que la administración de justicia actual en Colombia se ejerce desde un órgano que centraliza la jurisdicción en el Estado y la ejerce con exclusividad; el juez, una figura ideal que administra justicia sobre los ciudadanos. De ello no queda duda si tenemos en cuenta también la concepción del juez como director del proceso con amplias facultades y poderes de ordenación (Sanabria & Jiménez, 2018, p. 73), la regla del artículo 317 de la Ley 1564 de 2012 que permite al juez la terminación del proceso ante el incumplimiento de ciertas cargas de las partes, puede verse también como parte de este ideal activista e intervencionista reduce el control del proceso que tienen las partes.



que la decisión sea justa: “la corrección del procedimiento, la justa interpretación y aplicación de la ley sustancial; y la veracidad de la determinación de los hechos” (Taruffo, 2008, p. 136).

La corrección del procedimiento es indispensable pues es a través de él que se forma la decisión final (Taruffo, 2020); aquí resulta necesario garantizar los principios de contradicción, imparcialidad, inmediatez cuando sea necesaria, o, en conjunto, el debido proceso. Dado que ello no es suficiente para producir una decisión justa, es necesaria la elección e interpretación correcta de la regla jurídica aplicable pues si la decisión sobre la *quaestio iuris* es errónea, se producirá un resultado injusto, pero esto tampoco es suficiente, por lo que es igualmente necesaria la atendible comprobación de los hechos de la causa, de modo que los hechos deben resultar comprobados de manera racional y verdadera, de forma que se pueda motivar racionalmente la selección que se haga en la *quaestio facti*, aunque esta condición tampoco es suficiente por sí sola (Taruffo, 2020, p. 510).

En conjunto, no obstante, si las tres condiciones se cumplen a un nivel mínimo -en este sentido, “gradual”, podemos hablar de que puede producirse una decisión realmente justa. Estos criterios pueden permitir imaginar un modelo relativamente ideal que sirva de “punto de referencia óptimo para la identificación de la corrección del proceso, mientras que otros modelos, y en especial los concretamente existentes en la normativa y en la praxis, podrían ser valorados según su “distancia” o aproximación a este ideal” (Taruffo, 2020)<sup>11</sup>, es decir, se plantearía un nivel mínimo para cada uno de los tres valores: serán justas solo las decisiones en que los tres valores se cumplan a nivel mínimo. A partir de ahí las decisiones serán más o menos justas, pero siempre justas (p. 515).

Cómo establecer esos límites mínimos dependerá del contexto normativo-cultural al que se refiera. Pero puede decirse, respecto de la adecuada verificación de los hechos, que los criterios versarán en el razonamiento probatorio y por tanto en los grados de confirmación de las hipótesis en juego, así como el estándar de suficiencia que se tenga respecto del grado de confirmación necesaria para aceptar determinada proposición fáctica (Taruffo, 2020, p. 517).

11. Método análogo al “experimento mental” que propone Larry Laudan (2013, p. 25).

### 1.3 La función institucional de la prueba como apoyo epistémico a las proposiciones fácticas

En primer lugar, debe distinguirse la polisemia que ofrece el término “prueba” que puede usarse en tres sentidos: i) para referirse a los medios de prueba, ii) para indicar la actividad probatoria o aportación de evidencias a favor de determinada conclusión y iii) para referirse al resultado –parcial o conjunto– de la actividad probatoria, es decir la confirmación o falsación de una determinada hipótesis (Ferrer, 2010, p. 129).

La confirmación o falsación de una hipótesis es la función de las pruebas en el proceso, es decir, otorgar elementos de juicio epistémicamente relevantes de apoyo a una hipótesis o su negación. De modo que, por la importancia que tiene la verdad en el proceso, éste debe garantizar que “la declaración de hechos probados obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad” (Gascón, 2012, p. 16), pues la actividad probatoria es una actividad “fundada en el saber y no en el poder” (2012, p. 17). Estas garantías serán aquellas que permitan la contrastación empírica (2012, p. 19) de los enunciados fácticos mediante elementos de prueba que se aporten adecuadamente al proceso y de los que pueda extraerse inferencias –probables<sup>12</sup> en todo caso (2012, p. 21)– que permitan esa corroboración de forma objetiva y justificada. Las reglas o garantías que maximicen la cantidad y calidad de la información que será valorada en el proceso incrementarán la probabilidad de acierto de la decisión sobre los hechos y en este sentido pueden considerarse epistémico-favorables, mientras que aquellas que reduzcan esa probabilidad pueden considerarse contraepistémicas (Gascón, 2010, p.110).

De otro lado debe considerarse lo que hace el juez cuando declara que *está probado que p*, esto es la fuerza del enunciado probatorio. De acuerdo con Diego Dei Vecchi (2014) el significado del enunciado probatorio (tesis semántica) equivale a *hay elementos de juicio epistémicamente relevantes y axiológicamente suficientes en favor de p*, que implica una actitud proposicional (tesis de la actitud proposicional) de

---

12. Por un lado, porque el razonamiento probatorio se construye con inferencias inductivas que solo son probables, y de otro lado porque la actividad probatoria es reglada lo que puede limitar la posibilidad de conseguir la verdad de los hechos.

aceptación del enunciado y su fuerza (tesis pragmática) normativa (en sentido amplio) o normativa<sup>13</sup>. Según esta postura el enunciado que se acepta como cierto para utilizarlo en la configuración de la premisa fáctica (enunciado probatorio) no puede expresarse descriptivamente como verdadero o falso<sup>14</sup> sino como adecuado o inadecuado a la luz de los elementos de prueba disponibles, los razonamientos realizados con ellos y la suficiencia del conjunto respecto de los intereses/valores enfrentados, es decir desde un punto de vista normativo.

Tal concepción resulta más adecuada porque, cuando el juez acepta que *p*, lo hace no solo considerando el grado de corroboración que otorgan los elementos de prueba a la hipótesis sino también su suficiencia a la luz de los valores en juego en la disputa, criterio que puede provenir de una regla que impone la aceptación de un resultado de la prueba, como cuando se aplica una presunción *iuris* absoluta, o de la consideración del estándar de prueba que, con contenido valorativo, permite o no al juez aceptar una u otra conclusión. De este modo, en ciertos casos, podría considerarse como probado un hecho, aunque no haya suficientes elementos de juicio epistémicamente relevantes, siempre que así lo imponga una regla con buenos fundamentos axiológicos para decidir de tal modo.

### 1.3.1 Esquema de razonamiento probatorio

Un modelo útil para captar el esquema del razonamiento probatorio –aunque también, con una variación para el razonamiento jurídico–, es el propuesto por Toulmin (citado en Gonzáles, 2013, pp. 20-23)<sup>15</sup>, el cual permite expresar la “estructura inferencial de la prueba” (Taruffo, 2020, p. 305). El esquema parte de que toda argumentación implica una pretensión, o proposición fáctica en el sentido de ser una proposición sobre los hechos que se pretende verdadera, o aquello que se

13. Jordi Ferrer (2010, p. 143) considera que el enunciado probatorio tiene un significado (tesis semántica) equivalente a *hay elementos de juicio suficientes a favor de p*, tiene una actitud proposicional (tesis de la actitud proposicional) de aceptación del enunciado probatorio y con fuerza (tesis pragmática) descriptiva.

14. Que el enunciado probatorio no sea descriptivo no implica, como critica Jordi Ferrer (2010, p. 121-126), que el enunciado del decisor sea infalible, pues el acto constitutivo (o normativo) puede ser incorrecto desde el punto de vista epistémico o desde el axiológico. De manera que, contra la decisión del decisor de aceptar el enunciado probatorio, se podrá criticar los elementos epistémicos (presencia o ausencia) y un desacuerdo valorativo sobre la suficiencia/insuficiencia de estos.

15. Posición compartida por Taruffo (2020) y por Dei Vecchi (2019, p. 3).

quiere fundamentar; pretensión que se apoya en razones o elementos de prueba que incrementen la probabilidad de que la proposición sea verdadera. El vínculo entre las razones y la pretensión puede ser encontrado en una garantía, es decir, una regla de inferencia que vincula las razones y las pretensiones mediante un enunciado que exprese una regularidad, lo que en cierto lenguaje jurídico se trataría de las máximas de la experiencia en sentido amplio (Ferrer, 2007). La garantía, a su vez, puede ser apoyada en un respaldo que soporta la corrección de esa regla inferencial o de esa regularidad. En pocas palabras, las proposiciones sobre hechos se apoyan en razones a las que se vinculan por regularidades que tienen algún respaldo atendible<sup>16</sup>.

De esta forma puede comprenderse que no podría distinguirse entre prueba directa e indirecta en función de la necesidad o no de inferencias por parte del juez<sup>17</sup> pues éste siempre debe realizarlas (Gascón, 2010) incluso en la inspección judicial en la que deberá inferir lo que implica aquello que sus ojos observan. En últimas, una mejor forma de conservar la distinción entre prueba directa e indirecta consiste en considerar prueba directa aquella referida a un hecho principal (o jurídicamente relevante) y la indirecta referida a un hecho secundario (lógicamente relevante) (Taruffo, 2011, p. 458).

De otro lado, siendo que los elementos de prueba son *razones* que apoyan las proposiciones en el sentido de incrementar su probabilidad de verdad<sup>18</sup>, todos los elementos de prueba son indicios. Esto pugna con la distinción que hace el CGP entre pruebas e indicios, en la que se conserva la lectura tradicional de la prueba indiciaria (Ley 1564, 2012, art. 240-242); lectura que puede mantenerse solo si se entiende que

---

16. Un ejemplo: la proposición del demandante de que el demandado desvió la clientela de forma desleal (pretensión), como un elemento de la norma que castiga la competencia desleal, puede apoyarse en elementos de prueba (razones), por ejemplo, extraídos de testimonios como medio de prueba que indican que clientes del demandante dejaron de buscar servicios de éste para empezar a recibirlos del demandado luego de ofrecerles mejores condiciones que aquél y que son económicamente insostenibles; estas razones apoyarían la proposición con base en la regla de experiencia (garantía) de que ofrecer servicios en condiciones económicas desfavorables al vendedor solo las realizaría quien tenga una intención desleal en el comercio. Finalmente, la regla de la experiencia podría apoyarse, tentativamente, en una descripción económica de los efectos de ofrecer servicios por menos del coste de producción -por decirlo de algún modo- lo que apoyaría que, en efecto, ningún competidor leal realizaría tal actitud (respaldo).

17. Así lo sostiene Parra (2006, p. 184) respecto de la prueba de inspección judicial, en la cual bastaría la simple percepción del juez. Y en el mismo sentido Azula Camacho (2015, p. 83).

18. En este sentido se utilizará también el adjetivo “epistémico”.

la diferencia entre unas y otras es de grado y no de estructura<sup>19</sup>. Sea como fuere, los requisitos de la “apreciación de los indicios” de que trata el artículo 242 del CGP (Ley 1564, 2012), gravedad, concordancia, convergencia y su relación con las demás pruebas, resultan útiles para apreciar cualquier conjunto de elementos de prueba que pretendan apoyar una hipótesis sobre los hechos.

### ***1.3.2 Probabilidad lógica o grados de corroboración de las proposiciones fácticas***

Asumiendo que el razonamiento probatorio no puede derivar en una certeza lógica (Lagier, 2013), se ha discutido sobre la mejor forma de dar cuenta de la manera en que un elemento de prueba apoya una hipótesis. Al respecto existen concepciones cuantitativas probabilísticas que pretenden dar cuenta de ello pero que se descartan incluso en la forma de probabilidad subjetiva (Taruffo, 2011). En cambio, se conciben como más adecuado, para los fines del proceso, la noción de probabilidad lógica o inductiva (Gascón, 2012) entendida esta, no en términos de frecuencia relativa (matemáticamente calculable) sino de grados de confirmación o apoyo inductivo a una hipótesis (Taruffo, 2011), es decir, el grado de soporte inductivo que los elementos de prueba aporten a las proposiciones fácticas, o a otros elementos de prueba, midiendo la fiabilidad de éstos (Ferrer, 2007). De manera que el énfasis se encuentra en “los distintos tipos de situaciones inferenciales y sobre las inferencias que se realizan en el ámbito del esquema general constituido por la relación entre hipótesis y elementos de prueba” (Taruffo, 2011, p. 239).

Esto se logra mediante una metodología de corroboración (Ferrer, 2007) o falsación de hipótesis<sup>20</sup>, donde el grado de corroboración se

19. Si alguna distinción se quiere trazar entre “prueba” e indicio, tan solo será en el grado de apoyo epistémico que uno y otro pueden aportar (Taruffo, 2011, p. 480). Así, un documento completo puede ser “prueba” mientras que uno deteriorado puede considerarse “indicio”. En todo caso, funcionan igual en el razonamiento probatorio y se distinguen solo en el grado de corroboración que podrían aportar.

20. Metodología que se remonta principalmente al planteamiento de Jhonatan Cohen (Gascón, 2010, p. 155): un “procedimiento lógico de eliminación de hipótesis que responde a algunas intuiciones muy próximas a los juristas” (2010, p. 157). En suma, se considera que “la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis” (2010, p. 155). “Más exactamente, una hipótesis puede aceptarse si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos” (Gascón, 2010, p. 159).

dará en función del nexo causal o lógico entre la hipótesis y la prueba que hace que esta sea una razón para aceptar la primera. El grado de confirmación aumentará de acuerdo con:

- a) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones (regularidades o «máximas de experiencia») usadas,
- b) la «calidad» epistemológica de las pruebas que la confirman, c) el «número de pasos inferenciales» que componen la cadena de confirmación, y d) la «cantidad» y «variedad» de pruebas o confirmaciones (Gascón, 2010, pp. 159-160).

Así, la probabilidad de la hipótesis aumenta según el fundamento/probabilidad de las máximas de la experiencia utilizadas, de la cantidad y variedad de las pruebas y es tendencialmente mayor si viene confirmada por conclusiones antes que por otras hipótesis. A su vez, será inversamente proporcional al número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación probatoria respectiva, aunque esto último no anule por completo su valor probatorio (Gascón, 2010).

### ***1.3.3 Los momentos de la actividad probatoria***

Jordi Ferrer (2007) distingue tres momentos del proceso de toma de decisiones sobre los hechos, “lógicamente distintos y sucesivos” (pp. 41-48). El primero sería el momento de la conformación<sup>21</sup> del conjunto de elementos de juicio donde se tiene en cuenta la proposición y práctica de las pruebas que permite “conformar el conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso” (Ferrer, 2007, p. 41-48). Aquí puede aceptarse, junto con Ferrer (2007), un principio general de admisión de toda prueba relevante, lo que actuaría como regla epistémico-favorable, pues entre más elementos de prueba relevantes se admitan menor será la probabilidad de riesgo de error de la decisión; no obstante, también entran en juego otros intereses, como la protección de derechos fundamentales o la

---

21. Carmen Vázquez (2015), al referirse a los criterios de admisibilidad de las pruebas periciales y destaca que pueden existir argumentos de economía procesal y epistémicos en este momento decisorio. En el primero se considerarían pruebas que resulten costosas (económica y cognitivamente) para excluirlas, el segundo tendría en cuenta los recursos cognitivos con que se cuenta para evitar un desborde de información y, además, sobre todo en el caso de las pruebas periciales, que sea posible controlar la existencia de información sobre la calidad de la prueba.

economía de recursos económicos y cognitivos, que permiten excluir pruebas aun siendo relevantes como la licitud de la obtención de la prueba<sup>22</sup> o la economía procesal<sup>23</sup>.

El segundo momento será el de la valoración de los elementos de juicio (Ferrer, 2007). Esta etapa depende del sistema de valoración escogido por la legislación; en un sistema de libre valoración racional<sup>24</sup>, este es el momento estelar de la racionalidad, pues, una vez el conjunto es definido por las reglas de admisibilidad y otras limitaciones (temporales, de recursos) la valoración es estrictamente racional y “no difiere en nada de la que se puede realizar en cualquier otro ámbito de la experiencia y está sometida a los controles de la racionalidad general” (Ferrer, 2007, p. 46); de manera que este será el “momento pertinente en el que reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad es el de la valoración de la prueba, mientras que los demás valores u objetivos rigen en el primero y en el tercer momentos” (Ferrer, 2007, p. 46).

El tercer momento será el de la adopción de los hechos probados en el que tiene aplicación el estándar de prueba; es el momento en que, teniendo en cuenta la valoración realizada, el decisor determina qué enunciados probatorios acepta para fundar su decisión, de manera que “el resultado de la valoración de la prueba que se obtenga en el segundo momento no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar” (Ferrer, 2007, p. 48). O sea, los criterios epistémicos que se analizan en el segundo momento tan solo definen grados de corroboración, pero debe determinarse si los mismos son o no son suficientes para dar por probado el hecho (aceptar que *está probado que p*), lo que es un acto valorativo.

Ahora bien, en el tercer momento entran en juego los estándares de prueba o estándares de suficiencia, por lo que conviene hacer una alusión muy breve a ellos sin entrar en la discusión sobre si los mismos pueden o no ser definidos de manera previa por el legislador.

---

22. El artículo 168 del C.G.P. impone el rechazo de la prueba ilícita.

23. Como la limitación, en el proceso verbal sumario, a dos testimonios por cada hecho del artículo 392 del C.G.P.

24. Cabe tener presente que la libertad de que se trata implica ausencia de valoraciones preconstituidas (principio metodológico negativo) pero no una valoración arbitraria e incontrolable del juez (Gascón, 2010, p. 141-142)

### **1.3.4 Estándares de suficiencia probatoria**

Debe considerarse lo siguiente: 1) *A* quiere llegar a su trabajo y se le hace tarde, tiene una reunión muy importante y quiere llegar lo más rápido posible. Busca una emisora en la que se indique la situación de tráfico en la ciudad y le indica que tal ruta está más congestionada que otra, no se siente seguro de que sea así pues en la emisora no se indica qué fuente de información utilizan para hacer tal información; busca entonces una aplicación en su teléfono que le indica el estado del tráfico, la cual se sabe que se mide de acuerdo con la cantidad de teléfonos móviles conectados en un área determinada. Sigue sin sentirse seguro y llama a un amigo que usa una ruta similar para llegar a su trabajo para preguntarle si ella está o no congestionada. 2) *B* quiere llegar a una reunión familiar en la que nadie le espera a una hora específica, pero quiere tardar lo menos posible en el tráfico; busca entonces una emisora que le indique la situación de tráfico en la ciudad y sigue esas recomendaciones.

¿Por qué, en una situación la sola información de la emisora parece suficiente, mientras que en la otra se buscó otras dos fuentes de información para tomar la decisión de qué ruta escoger? La respuesta es el estándar de suficiencia: en una situación la necesidad de llegar rápido era más vital que en la otra, tardar en llegar a la reunión laboral podría implicar un contratiempo altamente indeseable en el trabajo, tardar en llegar a la reunión familiar no comportaba una consecuencia adversa. El riesgo de equivocarse en la ruta al trabajo era grave, el riesgo de equivocarse en la ruta a la reunión familiar era muy bajo, por lo tanto, en la primera situación la información de la emisora no era suficiente, en el segundo sí era suficiente.

Ésta es también la situación ante la que se afronta el juez al tomar una decisión sobre los hechos, donde se enfrenta a una determinada cantidad de datos que corroboran o desvirtúan una serie de hipótesis y debe decidir cuándo es suficiente esa cantidad de datos para decidir en uno u otro sentido. Esa decisión, evidentemente valorativa, puede estar mediada por reglas o por consideraciones axiológicas del propio juez respecto de los valores en juego y el riesgo de vulnerarlos con una decisión incorrecta; la valoración depende, como puede verse, de lo que



se considere más riesgoso, de forma que en un sistema de valoración racional de la prueba serían indispensables los estándares de prueba y su adecuada formulación<sup>25</sup>. Al respecto Laudan (2005) señala que los estándares de prueba subjetivos no son realmente estándares en tanto hacen depender la decisión de la suficiencia en la subjetividad del decisor lo que haría imposible el indispensable control intersubjetivo de las decisiones judiciales.

En todo caso, sea o no posible definir los estándares de prueba de manera previa por el legislador –como propone Ferrer<sup>26</sup>–, o que solo lo pueda hacer el juez en su decisión o la jurisprudencia para un grupo de casos, lo cierto es que la decisión de los hechos depende, necesariamente, de la definición de un estándar de suficiencia de las pruebas. Más aún, la aplicación de la carga de la prueba o de las presunciones *iuris tantum* depende de ese estándar de suficiencia pues sin este tales reglas no serían operativas al no saberse cuándo hay insuficiencia probatoria como para aplicarlas (Ferrer, 2018, p. 418).

## 2. La valoración de la confesión y declaración de parte: una distinción sospechosa

Una vez analizados los fundamentos anteriores, debe establecerse una forma racional de valoración de las pruebas compatible con aquellos postulados, partiendo de una definición de declaración de parte y de confesión, seguido de un breve estudio de los sistemas de valoración de la prueba, la valoración racional de las declaraciones de testigos (en general declaraciones de personas) y cómo puede entrar, en ese modelo, la prueba de confesión.

25. Por su parte, Jairo Parra Quijano (2019) considera que en el CGP no existe un estándar de prueba, pues bastan las reglas de la sana crítica, las cuales indicarán al juez cuando sí o cuando no puede aceptar un enunciado como verdadero.

26. Para Jordi Ferrer (2018), el estándar de prueba debe ser formulado adecuadamente desde el punto de vista epistémico (primer requisito) y el nivel de exigencia probatoria del estándar debe estar fundamentado en criterios político-morales (segundo requisito) que establezca el legislador de acuerdo con la elección de la más adecuada distribución del riesgo para el tipo de litigio de que se trate. Los ejemplos de estándar de prueba que propone tienen una adecuada formulación metodológica –en función de la corroboración epistémica que aporten los elementos de juicio y no del grado de convencimiento subjetivo del juez– y el nivel de exigencia dependerá de esa decisión político-moral de la distribución de errores. En contra, Diego Dei Vecchi (2014) considera que la formulación de Ferrer corresponde a un sistema “estandarizado”, distinto por tanto del de la libre convicción racional, y más cercano a un sistema de prueba legal.

## 2.1 Declaración de parte y confesión

La Ley 1564 de 2012 introdujo un cambio en la regulación tradicional<sup>27</sup> que se había otorgado a estos medios de prueba, de forma que ahora: “la declaración de parte goza de autonomía e independencia respecto de la confesión y, en consecuencia, es posible valorar en sana crítica el dicho de las partes que no alcance a configurar confesión” (Sanabria y Jiménez, 2018). La tendencia no es nueva, se encuentra ya en algunos códigos de Iberoamérica y se contempla en el Código Procesal Civil para Iberoamérica (Sanabria y Jiménez, 2018, p. 77); además, doctrina foránea (Cappelletti, 2002) y nacional (Devis, 1981, p. 562) dan cuenta de la necesidad de que, en un sistema de oralidad, sea tomado en cuenta el dicho de la parte como prueba y no únicamente las manifestaciones de la parte que resulten adversas.

Así, aunque la declaración de parte es una especie del testimonio como fuente de pruebas (Devis, 1981), la confesión no es una especie de declaración de parte o una forma de *declaración de ciencia*, como lo sostiene Devis Echandía<sup>28</sup> (1981). Ello resulta claro: es la declaración de parte la que contiene, completa, la declaración de ciencia o conocimiento que puede aportar ella al juicio; la confesión, en cambio, tiene una naturaleza de acto normativo más que informativo (Cappelletti, 2002, p. 383). En efecto, la confesión se extrae de la verdadera declaración de ciencia de la parte y se le califica jurídicamente mediante los requisitos de existencia, validez y eficacia. Necesariamente, de tal operación, debe surgir un acto normativo-dispositivo de la parte; de ahí que se exija capacidad, poder dispositivo sobre el hecho confesado, que sea expresa, consciente y libre (Ley 1564, 2012, art. 191); todos ellos requisitos de un acto jurídico y no de una declaración de ciencia.

---

27 Aunque, recientemente la Corte Suprema de Justicia consideró que la declaración de parte, que no comporte confesión, “no produce prueba a favor ni en contra del declarante o de su contraparte, hay que concluir necesariamente que no es un medio probatorio sino un hecho operativo” (Sala de Casación Civil, SC780, 2020). La lectura que hace la Corte en este caso es inverosímil pues el artículo 165 del CGP no podría ser más claro en enlistar como medio de prueba a la declaración de parte y de ello da cuenta el salvamento de voto del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona.

28. Ese podría ser el caso en el Código de Procedimiento Civil que no traía la distinción que hace ahora el CGP, en tal sentido la lectura que hacía Devis –de legislación anterior pero idéntica– resultaba la más racional posible de acuerdo con la legislación existente.

En todo caso, el avance hacia la oralidad, que ya reclamaba Devis Echandía (1981) hace varias décadas y se concretó apenas en C.G.P, lo que favoreció el fin institucional de la prueba de búsqueda de la verdad, lo que sí es claro es que fue en los sistemas de la oralidad<sup>29</sup>, con sus caracteres asociados –tal vez de forma sobrevalorada– de inmediatez, libertad de medios de prueba y de libre valoración (Nieva, 2009, p. 102), que se favoreció la incorporación del saber de las partes como elementos de prueba valorables por el juez<sup>30</sup>.

Ahora bien, tradicionalmente se ha descartado el valor probatorio de la declaración de parte por la gran desconfianza que se tenía en esta prueba, fundada por un lado, en la máxima de que “nadie puede tener la calidad procesal de testigo en favor de su propia causa” (Sanabria y Jiménez, 2018, p. 71) y de otro lado, solo tenía importancia cuando de él se obtenía una confesión, cuya credibilidad<sup>31</sup> radica en que dada “la repugnancia que cada cual tiene de pronunciar su propia condenación, la declaración afirmativa del confesante no puede ser sino la expresión de la verdad” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC21575, 2017).

Pero la supuesta superioridad probatoria de la confesión carece de una justificación racional. En efecto, el reconocimiento de un hecho adverso no necesariamente implica su verdad y resulta dudoso incluso que incremente la probabilidad de verdad de la proposición confesada (Nieva, 2010). Asignar acriticamente un valor privilegiado a la confesión puede llevar fácilmente al incremento del riesgo de error del decisor que puede ver nublado su juicio cuando detecta una confesión, alejando su raciocinio de otros elementos de prueba, cayendo en un

29. Cappelletti sostiene que “no puede haber una efectiva realización de la concepción de la oralidad en un proceso en el cual no se haya valorizado plenamente el interrogatorio libre de parte” (2002, p.14) y por tanto debe ser al menos uno de los institutos principales de la instrucción probatoria (2002, p. 16)

30. Se destaca, por ejemplo, el viraje de los sistemas orales de Inglaterra y Austria en el reconocimiento del saber de las partes como medio de prueba legítimo (García, 2012).

31. Aunque Jordi Nieva Fenoll la califica de *dudosa* por cuanto: “Socialmente, y hasta jurídicamente, se ha estimado que aquel que reconoce algo negativo para su persona está diciendo la verdad, dado que se supone que nadie es tan estúpido como para perjudicarse a sí mismo. Y aunque ello pueda ser cierto en muchas ocasiones, tal afirmación no sólo prescinde de la evidente existencia de la autoinculpación (...) sino de la simple comisión de errores que reconoce la psicología del testimonio (...) Es decir, no tiene sentido disponer como prueba legal algo que está tan científicamente refutado, por muy introducido que esté sociológicamente en el imaginario colectivo. Por tanto, la declaración de partes, ateniéndonos a ello, en absoluto habría de tener en ningún caso valoración legal” (2010, pp. 261-262).

sesgo cognitivo de representatividad<sup>32</sup>. La posibilidad de infirmar la confesión puede resultar insuficiente para superar este sesgo, pues ese valor privilegiado hace casi imposible desvirtuarla, más si se tiene en cuenta la facilidad que otorga al decisor la fijación de hechos por estar confesados: tan solo verificará los criterios referidos, sin que tenga que realizar una compleja labor cognitiva para distinguir la contextualización y corroboración de las manifestaciones del declarante<sup>33</sup>. Entonces no está justificado dar más valor a una que a otra desde el punto de vista del apoyo epistémico a las hipótesis en conflicto.

Lo que no consideran quienes asignan ese valor privilegiado a la confesión es la falibilidad de la memoria humana, que es un proceso reconstructivo que incluye una fuerte dosis de imaginación, y no un proceso reproductivo –como si de una cámara fotográfica se tratara– (Mazzoni, 2019); es decir, con más frecuencia de lo que se cree, las personas hacen declaraciones falsas, aun perjudiciales a sus intereses, que de buena fe consideran verdaderas (De Paula, 2019). Si no se tiene en cuenta ese particular funcionamiento de la memoria, precisamente, puede llegarse a graves equívocos.

En conclusión, considerar las manifestaciones adversas como mucho más altamente probables que las demás manifestaciones que haga la parte, es sumamente riesgoso en términos de búsqueda de la verdad y, por lo tanto, esa interpretación debe excluirse si se acepta que el fin institucional de la prueba es ese.

## 2.2 Sistemas de valoración de la prueba

Tradicionalmente se han concebido dos sistemas de valoración: el de libre valoración y el sistema de tarifa legal (López, 2019), pero no debe descartarse que el de libre valoración puede, a su vez, concebirse como

---

32. Desde una perspectiva psicológica, puede considerarse que la tradicional concepción de la confesión como un medio de prueba especialmente fuerte llevaría al juez a actuar bajo el sesgo de la representatividad (*representativeness*) pues éste actuaría bajo una ilusión de validez (*illusion of validity*) que persistiría incluso cuando el juez es consciente del límite de la predicción realizada en función de la confianza que tienen en el resultado de esa predicción (Tversky & Kahneman, 1974, p. 1126). En otras palabras, las personas “toman sus decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir” (Nieva, 2010, p. 121). De esta forma el juez, al estar previamente convencido (*prior knowledge*) de que la confesión tiene un alto valor probatorio puede entrar a decidir condicionado por esa percepción de representatividad y desatender otras pruebas que, sin la existencia de esa confesión, le habrían llevado a decidir de un modo distinto.

33. La complejidad surge, en su lugar, al momento de determinar, según la confusa categorización en compleja, calificada, simple, a qué categoría pertenece y cuál es el hecho confesado realmente.

de íntima convicción, de un lado, y como de sana crítica racional, por otro<sup>34</sup>. No es conveniente, como hace López Blanco (2019), simplemente excluir el primero considerando, *a priori*, que “no tiene aplicación en la mayoría de las legislaciones” (p. 124) pues bien puede detectarse en la práctica que muchos jueces proceden valorando en la intimidad de sus razonamientos dejando, en la práctica, huérfana de motivación la decisión de los hechos. Sea como fuere, en un breve análisis histórico de los sistemas de valoración puede considerarse que el primero tuvo que ser, sin duda alguna, el de libre valoración o *prima facie* (Nieva, 2010, p. 39) pues es la forma espontánea de valorar. Las reglas de prueba tasada, por su parte, debieron ser reacciones<sup>35</sup> a lo que se consideró entonces como excesos de esa libre valoración (Nieva, 2010, p. 40).

Dicho lo anterior, conviene reseñar al menos tres sistemas teóricamente definibles: (i) el de prueba legal en sentido fuerte, en el que la valoración se hace *a priori* por el legislador asignando el valor a otorgar a cada medio de prueba<sup>36</sup>; (ii) el sistema de íntima convicción en el que, aunque exista libertad de apreciación, el estándar de suficiencia estará en el estado subjetivo de creencia del juez; y (iii) el sistema de libre convicción o sana crítica racional<sup>37</sup> en el que “la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo a las reglas de la [sana crítica racional]” (Dei Vecchi, 2014, p. 245-247).

Es interesante verificar que, en una gran mayoría de países de diversas tradiciones, se parte de sistemas de valoración libre excepto en algunos casos, y por diversas razones, en relación con algunos tipos de prueba, reminiscencia de formas tasadas de valoración: el documento público, la confesión, el juramento decisorio, el documento privado

34. La Corte Constitucional hace eco de la doctrina que distingue los tres sistemas (Sala Plena, Sentencia C-202, 2005).

35. El antecedente más remoto puede hallarse en el Código de Hammurabi, en donde puede encontrarse, más que pruebas perfectamente tasadas, una forma de orientación de la valoración probatoria del Juez (Nieva, 2010, p. 49). Es decir, convivía un sistema de libre valoración con admoniciones respecto de determinados medios de prueba y pruebas realmente tasadas (2010, p. 50). Por su parte, en las Partidas de Alfonso X el Sabio ni siquiera la confesión tenía valor legal (2010, p. 52-65). Siendo así, solo “los usos forenses debieron hacer que sucediera lo contrario (2010, p. 63).

36. Diego Dei Vecchi distingue aquí un taxativo clásico y uno “estandarizado” en el que estarían los estándares de prueba predefinidos que defiende Jordi Ferrer.

37. Este es, sin lugar a duda, el sistema escogido por el Código General del Proceso, como se desprende del artículo 176, en el que se exige además la exposición razonada del mérito de cada prueba.

no impugnado, y la sentencia (Nieva, 2016); entre estos remanentes de normas de valoración legal:

hay normas que la orientan [la valoración] y otras que simplemente prescinden de la orientación y la anulan. Ambas son normas de valoración legal de la prueba, pero, como se ve, las primeras no son completamente incompatibles con las normas de valoración libre, lo que nos lleva a la conclusión de que no estamos siempre ante dos terrenos contrapuestos, el de la valoración libre y el de la legal. A veces lo son, ciertamente, pero en ocasiones solo se trata de orientaciones, que es lo que fueron originariamente, en la jurisprudencia, todas las actuales normas de prueba legal (Nieva, 2016, p. 279).

Desde esta perspectiva, la confesión es una de esas formas en que el legislador podría pretender orientar la valoración del juez, pero lo único que logra, se reitera, es sesgar el juicio del juez asignando, sin un fundamento claro, valor privilegiado a la manifestación contraria a los intereses de quien la hace. De esta forma, más que orientar se desorienta, por lo que debe hallarse una manera de seguir usando esa regla –ya que de todas formas existe en nuestra legislación procesal– de forma tal que se evite esta desorientación.

### **2.3 La valoración racional de las declaraciones de personas<sup>38</sup>**

Siendo que la valoración en sana crítica racional debe partir de criterios objetivos, debe decirse que la valoración racional debe partir de un sistema interdisciplinar de integración de conocimientos, de manera que puedan utilizarse distintos enfoques o perspectivas que permitan dejar de confiar en la simple experiencia personal del juez y lograr una forma de “estandarizarla y objetivarla, para alejarla en la mayor medida posible de los comunes errores de la falibilidad humana” (Nieva, 2010, p. 95). En tal sentido Jordi Nieva propone tener en cuenta los enfoques de la epistemología, la psicología y la sociología, al menos de forma general, aceptando la insuficiencia de cada una de ellas por separado y sin dejar de lado las ciencias específicas que producen el contenido de

---

38. Se abordan solo los criterios de valoración de la prueba de declaración de personas y no la forma en que el interrogatorio deba practicarse, que, por descontado debe ser no formal (Devis, 1981, p. 566; Cappelletti, 2002, p. 17). Para un análisis de las formas del interrogatorio de parte que se han implantado en los sistemas procesales civiles de Iberoamérica, véase el trabajo de Sanabria & Jiménez (2018).

las máximas de la experiencia para la valoración de proposiciones de carácter científico o que se pretendan respaldar en ese conocimiento.

Siguiendo esta línea de enfoque, el profesor Nieva (2010) propone 4 circunstancias realmente controlables por el juez en la credibilidad de la declaración de personas (de manera amplia): la coherencia del relato, la contextualización del relato, las llamadas corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas del declarante. Es de notar el énfasis en el análisis del relato y no del testigo, precisamente porque de acuerdo con los estudios que cita en su obra, y aceptados ampliamente hoy en día, es muy difícil -incluso para profesionales expertos en el tema- extraer inferencias a partir del comportamiento o la personalidad del declarante; más bien son fuente de sesgos cognitivos que conviene evitar al momento de valorar una declaración.

### *La coherencia*

Elemento que resulta ambivalente por cuanto las personas generalmente tienen contradicciones en sus declaraciones, aunque sea mínimas, debido al defectuoso funcionamiento de la memoria humana; por lo que ni la coherencia ni la falta de ella pueden fundar, mecánicamente, la credibilidad o no del testimonio pero puede ser un dato útil, en conjunto con otros: la falta de coherencia implica la necesidad de evaluar las causas de la inconsistencia, y la coherencia puede indicar una buena memoria o preparación del testimonio (Nieva, 2010).

### *La contextualización*

Este elemento implica que el declarante ofrezca detalles del contexto vital, espacial o temporal, en el que se habrían desarrollado los hechos, puesto que estos pueden indicar la verosimilitud del recuerdo de la persona; a la vez que la cantidad y calidad de detalles, y la relevancia de estos, permiten al juez realizar inferencias sobre la credibilidad de este y además viabilizan su contrastación con otras pruebas (Mazzoni, 2010). No obstante, debe tenerse en cuenta que los detalles recordados dependen, entre otras cosas, del grado de atención del declarante al momento de la percepción de los hechos y de la calidad de esa percepción.

### *Corroboraciones periféricas*

Es quizás uno de los datos más fiables y más tenido en cuenta, por cuanto la corroboración del relato, mediante otras pruebas, acredita la veracidad de la declaración. Sin embargo, resultan aceptables manifestaciones no corroboradas pues las mismas no significan necesariamente el ánimo de mentir del declarante sino la debilidad de su memoria o de su percepción y a pesar de ello pueden encontrarse elementos atendibles en la declaración. A su vez, la corroboración entre testigos puede ser útil, pero debe tenerse en cuenta que el hecho de compartir una misma declaración puede no ser indicativo de verosimilitud, por lo que se debe estar atento a la forma en que cada uno ha reproducido su recuerdo: una mala técnica de interrogación puede generar este escenario si se ha “alimentado de hechos” a los deponentes (Nieva, 2010 pp. 226-228).

### *Detalles oportunistas a favor del declarante*

Cuando el declarante hace referencia a datos innecesarios que pretenden beneficiar una de las opciones en debate o manifestaciones “sobre el carácter o intencionalidad de una de las partes, o bien de justificaciones de las propias actuaciones” (Nieva, 2010, p. 229), aquellos pueden ser indicativos de falsedad o pérdida de objetividad del testigo, lo que puede afectar su declaración aún sin que la intención del testigo sea mentir.

Ahora bien, la declaración de parte como especie de la declaración de personas, puede valorarse de la misma forma, pero sin dejar de lado que, aparte de ser una de las mejores fuentes de prueba, también puede ser la menos confiable por el interés personal que tiene en el litigio (Cappelletti, 2020) lo que, como ya se explicó, no debe llevar a desestimar el valor probatorio de la declaración de parte sino a una más cuidadosa valoración.

Para ello, en primer lugar, debe escucharse al declarante sin tener en cuenta que es un litigante con interés, precisamente para evitar el sesgo de representatividad mencionado y que puede llevar a desconfiar excesivamente de la parte sin haberla escuchado. La coherencia, por su parte debe dejarse de lado en este tipo de declarantes pues lo más seguro es que ella se deba a la preparación que diligentemente realizó



su abogado previamente; a lo sumo servirá de carácter subsidiario para explicar alguna inconsistencia con otras pruebas, pero de suyo poco aporta a la credibilidad o no del declarante. La contextualización, en cambio, sí resulta relevante por cuanto es más difícil preparar una declaración con detalles concretos del hecho y recordarlos todos; por tanto, debe indagarse –y con interrogación abierta no formal por demás– sobre esos datos de contexto que permitan determinar su credibilidad.

La absoluta precisión en los detalles, por demás, bien puede verse como un elemento de refutación de esa credibilidad aunque todo dependerá del tipo de detalles que se suministren y la consideración de cuán recordables son los mismos según las circunstancias del caso. Las corroboraciones periféricas también resultan relevantes para confirmar las manifestaciones del declarante, aunque alguna inconsistencia es aceptable si puede reconducirse a entendibles fallos de la memoria. Finalmente, deben dejarse de lado los detalles oportunistas por ser casi seguro que el declarante los va a realizar dado que tiene el interés en ser visto de manera favorable por el decisor (Nieva, 2010), es decir,

lo único que cabe valorar de la declaración de un litigante es que su relato esté espontáneamente contextualizado y que se vea acreditado por otros medios de prueba. De lo contrario, la declaración es sospechosa de falsedad, o al menos su fuerza probatoria es tan débil que no tiene por qué ser tenida en cuenta (Nieva, 2010, p. 241)<sup>39</sup>.

## 2.4 La valoración (i)racional de la confesión

Hasta el momento se ha demostrado que, desde una perspectiva racionalista de la prueba, solo la declaración de parte, que seguramente conoce mejor que nadie los hechos pero que también puede ser la más interesada en mentir, debería ser el medio a través del cual se allegue el

---

39. Esto sin dejar de lado que debe abandonarse el “presuntivismo” en la valoración de declaraciones, que no implica sino el prejuicio contra el testigo, y avanzarse solo en la valoración del testimonio. Por otra parte, en el análisis individual del testigo, debe tenerse en cuenta los problemas de percepción y memoria de los deponentes que, solo tendrá un valor “negativo”, en el sentido de que reduce la credibilidad del testimonio si se determina que no percibió adecuadamente los hechos o que pudo cometer errores sinceros en la recuperación de su memoria. En la percepción se pueden tener en cuenta aspectos visuales básicos, dificultad determinar por observación la velocidad y distancia, el tiempo de exposición al suceso, la edad, el estrés, el sometimiento a sustancias alcohólicas o similares. En la recuperación de la memoria puede tenerse en cuenta el tiempo entre el suceso y la recuperación, la información que el testigo haya recibido posterior al suceso sobre el mismo suceso, la forma de haberse realizado las preguntas (De Paula, 2019).

saber de las partes al juicio<sup>40</sup>, sin ninguna regla de prueba legal para las manifestaciones adversas que solo puede llevar a confusión y sesgos al juez.

No obstante, eso no pasa en la legislación procesal pues la Ley 1564 (2012) en su artículo 165 establece la confesión como medio de prueba, a la vez que el artículo 191 estipula los requisitos que la doctrina entiende como de existencia, validez y eficacia –cual si se tratara de un acto jurídico–. De modo que, a menos que quisiéramos simplemente pasar por alto esos artículos, algún efecto probatorio debe tener la confesión.

El valor probatorio, empero, no queda específicamente determinado en el CGP. Si se lee el artículo 191 el mismo solo expresa los requisitos, no el valor que debe darle a la misma, en cambio sí establece el valor que debe darse a la simple declaración de parte: el que tenga de acuerdo “con las reglas generales de apreciación de las pruebas” (2012, art. 191), las que no son otras, si se lee la norma en conjunto con el artículo 176 (Ley 1564, 2012), que las de la sana crítica racional. Hasta aquí la lectura es perfectamente compatible con la valoración racional de la declaración de parte que ha sido expuesta en el capítulo anterior. En cambio, si se continúa la lectura de las normas referidas a la confesión y el resto de las pruebas, en ninguna parte se indica cómo se realiza dicha valoración; lo que sí es claro es que no será la misma que la de las reglas generales de apreciación de las pruebas, pues el inciso final del artículo 191 al establecer tal forma solo para la ‘simple declaración de parte’ excluye que se apliquen a la confesión<sup>41</sup>. Y si las reglas de la ‘sana crítica’ de que trata el artículo 176 son las reglas del correcto en-

---

40. Esta es la regulación del Código Orgánico General de Procesos de Ecuador (Sanabria & Jiménez, 2018, p. 88-95).

41. La Ley 1564, en su artículo 196, indica que ‘la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe’ mientras que ‘cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente’, refiriendo a la llamada indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte. A juicio del autor, esta regla no tiene ningún sentido ¿cómo puede realizarse tal separación? ¿cómo puede valorarse una declaración de parte cercenada en una parte? ¿cómo se distingue la “íntima conexión” con el hecho confesado? Parte de la confusión que crea la regla de la confesión se encuentra en la dificultad práctica de realizar tal separación. Ello llevaría a que el Juez, de manera artificial y poco clara, casi con pinzas, separe de la declaración de parte algunas de esas manifestaciones que son adversas al declarante y valore las demás con las “reglas generales de apreciación”. El relato resultante será, evidentemente, incoherente. Es difícil pensar en una declaración en que las diversas manifestaciones no tengan ninguna relación con las demás, cercenar algunas de ellas implicará dejar un relato incompleto.

tendimiento humano, es decir las reglas de la lógica, la epistemología y la ciencia<sup>42</sup>, no cabe sino concluir que la confesión tiene de algún modo un valor irracional<sup>43</sup>, por lo que pareciera que el CGP parte de que la valoración de la confesión tiene un valor tan obvio que ni siquiera era necesario explicitarlo en él, pero en realidad no es así.

Una posible salida a este vacío, desde una lectura de la norma, es remitirse al artículo 205 de la Ley 1564 de 2012 que indica que la confesión presunta implica “presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión”. Siendo la reglamentación más análoga, puede inferirse entonces que la confesión del artículo 191 es también una regla que hace presumir ciertos los hechos, lectura que se ve corroborada por el artículo 197 al indicar que “toda confesión admite prueba en contrario” (2012). Se trata, en definitiva, de una especie de presunción legal o *iuris tantum*.

De esta manera, aceptada como presunción legal, la confesión no proporcionaría ninguna información empírica que haga más o menos probable una hipótesis (Gascón, 2020, p.140), por el contrario, se trata de una norma jurídica que, en aras de proteger ciertos valores y en correcta aplicación de la norma, permite aceptar el enunciado probatorio respectivo.

### 3. Valor probatorio de la confesión: ¿cómo prueba la confesión?

#### 3.1 Presunciones *iuris tantum e iuris et de iure*

Como es común en cuestiones jurídicas, y más en cuestiones probatorias, los términos que tradicionalmente se han utilizado para definir los conceptos involucrados pueden adolecer de considerables ambigüedades, y un ejemplo de ello es el término *presunción* que puede utilizarse para describir el proceso o argumento que justifica un enunciado fáctico y el resultado, es decir el enunciado mismo (Dei Vecchi, 2019, p. 2). Sin embargo, de forma general, pueden concebirse como un “argumento que tiene por premisa menor o razón a un hecho base, por premisa mayor o garantía a una norma presuntiva y por pretensión al enuncia-

42. En suma, el razonamiento según el cual los elementos de prueba incrementan la probabilidad de verdad de los enunciados fácticos que apoyan.

43. Irracional solo desde el punto de vista del apoyo epistémico a las hipótesis en discusión; desde una perspectiva de la racionalidad práctica podría sostenerse lo contrario.

do presumido” (Dei Vecchi, 2019, p. 4)<sup>44</sup>. De esta forma, la presunción simple sería lo mismo que una inferencia probatoria en el que una proposición se apoya en una razón –o elemento de prueba– mediante una regla de inferencia –máxima de la experiencia o garantía– cuya validez dependerá de la justificación –respaldo– de la generalización que contiene la regla de inferencia; si el fundamento de la regla de inferencia es una generalización epistémicamente relevante, o máxima de la experiencia, hablaríamos de un tipo de presunción denominada presunción *hominis* o simple.

Pero si el fundamento principal de la regla de inferencia que vincula el hecho base con el enunciado presumido es una regla jurídica, estamos ante una presunción legal. Dentro de éstas cabe distinguir entre presunciones *iuris et de iure* o absolutas y presunciones *iuris tantum* o relativas; estas últimas a su vez pueden distinguirse entre presunciones relativas propiamente dichas y presunciones aparentes o verdades interinas siendo estas últimas aquellos hechos dados por ciertos por el legislador sin la necesidad de que quien se beneficie de ellas pruebe siquiera un hecho base (Hunter, 2015, p. 224); entre ellas puede mencionarse la presunción de inocencia o la buena fe. En cambio, las presunciones relativas propiamente dichas requieren de la demostración de ese hecho base.

Ahora bien, entre las presunciones absolutas y las presunciones relativas propiamente dichas (en adelante relativas) existe una similitud estructural: ambas vinculan, mediante una regla jurídica, un hecho base con un hecho indicado, de manera que podríamos decir que

en el fondo, las presunciones no son más que un esquema de razonamiento de la lógica formal que guía la valoración del juez en supuestos dudosos, y que es comparable con cualquier otro esquema mental que han creado los filósofos de la Lógica, o incluso los psicólogos. (Nieva, 2016, p. 262)

---

44. Las presunciones legales –entre otras posibles soluciones– suelen utilizarse en el derecho, desde la óptica legislativa, para supuestos de hechos de difícil prueba de forma que se produzca una “facilitación probatoria” con el fin de proteger algún bien o valor que el ordenamiento jurídico considera digno de tal protección (Hunter, 2015).

La validez de esta regla jurídica de inferencia no dependerá necesariamente de la justificación epistémica de la generalización<sup>45</sup>, sino de la validez de la regla que la contiene: si resulta válida desde el punto de vista formal y material de esta, ella deberá aplicarse. De esta manera “las presunciones *iuris* vienen a reemplazar la tarea de la inferencia probatoria determinando que ciertas proposiciones fácticas deben ser tenidas por verdaderas” (Dei Vecchi, 2019, p.3). Siendo, entonces, normas jurídicas, podemos estar de acuerdo con Marina Gascón (2010), al señalar que:

las presunciones legales no proporcionan información empírica; no son procedimientos de prueba sino normas jurídicas que, para proteger ciertos valores, establecen legalmente la verdad de un hecho sin posibilidad de prueba en contrario (si son presunciones *iuris et de iure*) o con posibilidad de prueba en contrario, regulando la carga de la prueba (si son presunciones *iuris tantum*). Esta constatación es importante, porque significa que allí donde funcionan las presunciones se establece procesalmente como verdadera una situación que puede ser falsa, y por ello es preciso reforzar las garantías procesales tendentes a la búsqueda de la verdad antes de que ésta se convierta en verdad “final” a través del efecto de cosa juzgada” (p. 140).

Ambas presunciones son, en un sentido, derrotables; Diego Dei Vecchi (2019) plantea dos estrategias de ataque: el bloqueo que consistiría en demostrar la falsedad del hecho base, y la destrucción que consistiría en la falsedad del enunciado presumido aún en presencia del hecho base. Esto último, descrito por el autor como “derrotabilidad empírica” solo sería posible en el caso de las presunciones *iuris tantum*, mientras que en las absolutas, por su propia estructura, se impide con base en otro estándar normativo que se haga cualquier indagación adicional<sup>46</sup>.

---

45. Aunque esa justificación puede discutirse en el plano de *lege ferenda* al criticar las reglas de presunción del derecho positivo (Hunter, 2015).

46. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que siendo la presunción absoluta una regla jurídica puede discutirse su fundamento jurídico –político moral– de modo que, si la misma no resulta aplicable por contradecir otra norma o principio de rango superior, la regla no se aplicaría. Con esta argumentación Diego Dei Vecchi rechaza las tesis “reduccionistas” de la presunción absoluta que le niegan autonomía a este tipo de reglas al considerar que son ficciones o formas de establecer prohibiciones primarias de forma innecesaria. En cambio, sostiene el autor, las presunciones absolutas son genuinas presunciones que se dirigen siempre a la judicatura (2019).

Según lo expuesto, las presunciones *iuris* absolutas contienen un criterio axiológico que prevalece al contenido epistémico que pueda o no tener el hecho base en que se fundan. Y el criterio axiológico no serían sino las razones político-morales que tenga el legislador para imponer un enunciado fáctico a la luz de un hecho base sin posibilidad de indagación posterior. Pero esta presunción afecta –recordando los momentos de la actividad probatoria– el momento de la decisión del hecho. Es decir, es en sí mismo un estándar de suficiencia pues lo que indica es que es suficiente, para aceptar un enunciado probatorio, la demostración del hecho base<sup>47</sup>.

Pero es distinto el caso de las presunciones *iuris tantum*, pues siendo derrotables empíricamente admiten prueba en contrario por lo que, antes de que se apliquen, debe verificarse si han sido o no demostradas en contrario convirtiéndose en reglas de carga de la prueba (Gascón, 2010; Dei Vecchi, 2014) que le indican al juez qué decisión debe tomar cuando no exista prueba suficiente para dar por demostrado un determinado enunciado probatorio según los elementos epistémicos de corroboración. De esta forma la funcionalidad de la presunción *iuris tantum* llega a desplegarse en el momento de la decisión del hecho porque, de todos modos, en el momento de la valoración probatoria se despliegan los criterios de valoración racional, donde uno de tales criterios puede ser, en verdad, el hecho base que permite llegar al enunciado presumido a partir de la presunción relativa. A pesar de lo anterior, dentro de la actividad probatoria no se le da ningún valor privilegiado a esa inferencia; será una más de las que el juez debe considerar y sopesar.

Una vez se ha desplegado la valoración de la prueba debe pasarse a la decisión del hecho, donde pueden suceder tres situaciones: 1) que la prueba haya sido suficiente para demostrar que el enunciado fáctico es verdadero, en cuyo caso la presunción relativa ni siquiera se activa o resulta redundante; 2) que la prueba haya sido suficiente para demostrar que el enunciado fáctico presunto no es verdadero, en cuyo caso la presunción relativa tampoco se activa y puede decirse que ha sido “derrotada”; y 3) que la prueba no haya sido suficiente ni para demostrar el enunciado fáctico respectivo ni para improbarlo, en cuyo caso, y solo

---

47. Éste, no sobra aclarar, se demostraría mediante elementos de corroboración epistémica.

entonces, la presunción relativa se activará y permitirá al juez, como última *ratio* ante el fracaso de la valoración probatoria, aceptar como enunciado probatorio (de un hecho principal o secundario valga decir) el enunciado presunto de la presunción relativa.

Ahora bien, lo relevante de esta argumentación es que precisamente la confesión es una regla jurídica que pretende tener como sustento una máxima de la experiencia que se eleva a esa categoría de regla jurídica, y del que “cualquiera que sea la apariencia de las cosas, ellas deben ser aquí calificadas por lo que significan jurídicamente y por ende su naturaleza (función, correspondiente a la eficacia) jurídica, que emerge del dato normativo” (Cappelletti, 2002, p. 54). Este punto se retomará al final del presente escrito.

### 3.2 Regla de Carga de la Prueba

Tradicionalmente se ha concebido la institución de la carga de la prueba como una “figura que sirve para resolver casos de vacío probatorio en la sentencia, de ahí que se suele catalogar como una norma de cierre del sistema probatorio o un sucedáneo de prueba” (Sanabria, 2020), es decir, es una regla jurídica que proporciona al juez un criterio de decisión que impida que éste resuelva no decidir (*non liquet*) la controversia sometida a su conocimiento. Esta figura se concibe en una doble dimensión: una subjetiva, como regla de conducta de las partes que les indica los presupuestos fácticos que debe acreditar; y una objetiva, como regla de juicio dirigida al juez en supuestos en que la prueba no ha sido suficiente para disipar la incertidumbre sobre la ocurrencia o no de un hecho.

Ahora bien, la concepción tradicional de la carga de la prueba ha sido puesta en duda recientemente, de un lado, considerando la tesis de la carga dinámica de la prueba según la cual correspondería al juez determinar quién está en mejor posición para demostrar determinado hecho y de otro lado, por quienes consideran esta institución más bien como una “reliquia histórica que debiera ser abolida” (Nieva, 2019).

Para este trabajo basta reseñar que existen buenas razones para, por lo menos, prescindir del aspecto subjetivo de la carga de la prueba.

Por un lado, la necesidad y el principio de comunidad<sup>48</sup> de la prueba, contenidos en el presupuesto fáctico (prótasis) de la norma aplicable al asunto, ya indicaría a la parte los hechos que debe demostrar para obtener el éxito de su pretensión o excepción, lo que hace inútil una regla ulterior; por otra parte, el deber de colaboración con la justicia que asiste a la parte<sup>49</sup> ya le impone la obligación de producir o allegar las pruebas que estén a su disposición, llegando a hacer innecesaria la inversión de la carga de la prueba<sup>50</sup> a la parte que tenga más facilidad de aportar el medio probatorio.

La finalidad epistémica que persigue la carga dinámica de la prueba deberá ser, entonces, abordada mediante otros mecanismos que permitan, realmente, maximizar la aportación de pruebas relevantes pero sin una obligación de resultado (que se demuestre o infirme determinado hecho) sino solo de producción de prueba (Ferrer, 2019; de Paula, 2015). De esta manera el aspecto subjetivo de la carga de la prueba puede ser desechado por no aportar nada al desarrollo del juicio, manteniendo la regla de decisión dirigida al juez<sup>51</sup> que le indica, y solo en supuestos de fracaso de la actividad probatoria, un sentido para su decisión<sup>52</sup>.

Lo relevante de esta discusión recae en que al menos algunas de las presunciones *iuris tantum*, dentro de las que se puede categorizar la confesión, pueden ser redefinidas como reglas de carga de la prueba; por ende, ellas solo probarían subsidiariamente el hecho a que se refieren cuando haya insuficiencia de las pruebas valoradas racionalmente. Esta “prueba” tiene aquí una función jurídica y no propiamente epistémica: hace aceptable para el juez el enunciado probatorio respectivo,

---

48. “De este modo, el grado de exigencia probatoria previsto para considerar como probado un hecho se satisface, o no, en función de lo que se infiera del conjunto de las pruebas aportadas al procedimiento (por todas las partes y por el juez, si tiene poderes para allegar pruebas no solicitadas por las partes)” (Ferrer, 2019, p. 72).

49. Que se establece en el Código General del Proceso en el numeral 8 del artículo 78. La obstrucción en la práctica de pruebas, por su lado se considera actitud temeraria según el numeral 4 del artículo 79 de la misma codificación.

50. Giannini (2019) sostiene que no debería llegarse hasta establecer una dudosa carga dinámica de la prueba sino simplemente establecer claramente el deber de colaboración de las partes en la producción de pruebas, y en caso de no hacerlo extraer indicios de esa conducta si ello es racionalmente posible.

51. Regla que puede tener indirectamente el efecto de incentivar a las partes a producir prueba.

52. Esta noción resulta relevante pues indica, como lo hace el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso, quién pierde el pleito cuando no se ha logrado suficiencia de pruebas del “supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Ley 1564, 2012).



para ser usado en la fundamentación de su decisión sí, y solo sí, la valoración epistémicamente adecuada ha resultado infructuosa (Nieva, 2016, p. 274).

### 3.3 La confesión como requisito de “negociabilidad” del objeto de prueba: la raíz eficientista del C.G.P.

Aunque pueda ser discutible el énfasis dogmático del Código General del Proceso, resulta indudable que la raíz del proyecto fue la búsqueda de la eficiencia procesal (Rueda, 2015). En efecto, aun dejando de lado la pobre metodología de construcción de la Ley 1564 de 2012<sup>53</sup> construida “bajo una pluma inspiradora alejada del estado del arte social y de sujetos excluidos del sistema judicial; [en la que] el protagonista central en la reforma fue la norma procesal en sí misma” (Rueda, 2015, p. 22), debe resaltarse que gran parte del eje de la reforma procesal fue el desarrollo del principio de oralidad en el proceso civil, la introducción fuerte de las tecnologías de la información y comunicación, y el cumplimiento de estándares internacionales, más que resolver necesidades sociales inmediatas<sup>54</sup> (Rueda, 2015). Este último objetivo llevó a imponer la duración del proceso (Ley 1564, 2012, art. 121) que, precisamente por esa falta de metodologías adecuadas, terminó siendo matizado por la Corte Constitucional (Sala Plena, Sentencia C-023, 2020).

La celeridad<sup>55</sup> de las soluciones judiciales, de la mano de la oralidad, es uno de los ejes importantes de esta normativa procesal cuyo fin era modernizar las instituciones procesales para “brindarle confianza a la inversión extranjera en Colombia” (Rueda, 2015, p. 48), entre otras razones. En suma, se pretendía que la oralidad contribuya a la disminución de la congestión judicial (Rueda y Velazco, 2015), favoreciendo

53. Rueda Fonseca destaca que las reformas del proceso civil después de 1970 no explican “cómo y por qué se han dado regularmente propuestas parecidas o similares sin acudir a otras metodologías de investigación”, de forma que las respuestas en la elaboración del CGP “no son más que reelaboraciones teóricas expresadas de la experiencia individual y otras provienen de discursos centrados en mejorar la redacción del código procesal” (2015, p. 20).

54. Incluso, se partió de dudosas estadísticas de duración de los procesos del *Doing business nacional* cuya metodología consistía en encuestas de percepción, antes que en estudios de la realidad del retraso de los procesos de la justicia civil (Rueda, 2015, p. 28).

55. El énfasis “eficientista” puede ser visto como una contraposición a la búsqueda de la verdad en el proceso, de forma que puede resultar criticable la posible desproporción de la eficiencia “en desmedro de las garantías como la necesidad de la prueba, contradicción, inmediación, la doble instancia, la valoración racional de la prueba y el tiempo prudencial para la práctica de las pruebas necesarias” (Semillero de Derecho Procesal, 2014).

también la inmediatez, la dirección judicial del proceso y el acceso a la justicia entendidas como rapidez y calidad de la decisión.

Es en esta línea de consideración que resulta útil una institución procesal que no es nueva, pero que cumple o debe cumplir la garantía del principio de acceso a la justicia en la dimensión de celeridad, se trata de la fijación del litigio prevista en el numeral 7 del artículo 372 del Código General del Proceso, etapa en la cual

el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que quieran ser probados (Ley 1564, 2012).

Al respecto, Ramiro Bejarano (2016) advierte que fijar el litigio “no es reproducir la cómoda e inútil forma que se abrió camino en el sistema del proceso escrito, consistente en que el juez exhorte a las partes para que manifiesten si se ratifican o no en sus escritos de demanda o contestación”, se trata más bien de “provocar de las partes que acepten hechos que sean susceptibles de ser probados mediante confesión, de manera que se concrete el objeto del litigio” (p. 37).

En verdad, bien leído el citado inciso de la Ley 1564 de 2012, resulta evidente que se trata de una etapa dialógica<sup>56</sup> pues serán las partes, por requerimiento del juez, las que determinarán hechos en los que están de acuerdo, y no un simple requisito procedimental; en efecto, si se quiere celeridad en el proceso conviene reducir al mínimo los asuntos controvertidos y enfocar la práctica probatoria a los aspectos de fondo del litigio. Se trata así, como ha entendido también la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, SC780, 2020), de una fase del proceso en el que las partes realizan una depuración, con intervención del juez, para concretar con exhaustividad y cautela los hechos que realmente se discutirán en juicio y serán objeto de prueba, resultando en una auténtica “fijación formal” de los hechos en el sentido carneltiano. Es decir, se dan por “probadas” - en un sentido jurídico de conve-

---

56. En este sentido puede verse como una etapa en que se debe desarrollar el sentido “dialógico” (Ramírez, 2020), pues debe garantizarse a las partes que expresen “dialécticamente las diversas posturas en un ejercicio legítimo de contradicción” (2020, p. 138). Claro que este aspecto dialógico debe desarrollarse, como sostiene Diana Ramírez (2020) en todas las etapas procesales, pero creo conveniente el énfasis en esta etapa pues permite desarrollar, por la formulación legal, de mejor manera este aspecto del proceso.

niciencia- aquellas proposiciones fácticas y el juez podrá utilizarlas para formular su sentencia, pero sin que interese si realmente existen o no elementos relevantes que permitan inferir ese resultado.

Pero conviene resaltar que la fijación del litigio como proceso dialógico involucra la conjunción de facultades de las partes y el juez<sup>57</sup> en la dirección del proceso. En efecto, si bien el juez toma la decisión de precisar los hechos demostrados y los que requieran ser probados, ello solo es posible si concurre la voluntad de las partes al determinar los hechos en los que están de acuerdo. Lo cual implica una manifestación del principio dispositivo de las partes, quienes pueden limitar el objeto del juicio y del “principio inquisitivo”, si se quiere, según el cual el juez califica qué hechos pueden o no “fijarse” de esta forma.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia concibe la fijación del objeto de la litis fuera de la “liberalidad del funcionario judicial”, de manera que toda determinación por fuera de los límites trazados en la fijación del objeto del litigio, resulta en “una alteración indebida de esos contornos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC780, 2020) que tomaría por sorpresa a las partes y vulneraría su derecho de defensa y contradicción por cuanto tal fijación corresponde únicamente “al ejercicio del principio dispositivo que rige el proceso civil”, “de ahí que no es admisible que el funcionario judicial suplante la voluntad de las partes por lo que según su parecer debería ser el objeto del litigio, pues ello comporta una extralimitación de su potestad de dirección” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC780, 2020). No obstante, debe matizarse esta consideración pues la Corte parece entender que solo pueden fijarse *hechos operativos* que dan contexto al litigio y no *hechos probatorios* que deben demostrarse; la distinción carece de sentido pues, siempre que los hechos sean confesables, bien puede un hecho principal –jurídicamente relevante– fijarse en esta etapa, y, si es un hecho principal, difícilmente puede sostenerse que simplemente dan “contexto” al litigio o que resulten de alguna forma datos “irrelevantes”.

57. En los conceptos que usa López Blanco (2017, p. 127-133) podría hablarse de la conjunción de la “técnica dispositiva” y la “técnica inquisitiva”, no obstante, volviendo a la terminología de Damaska, creo más conveniente hablar de poder control sobre el juicio distribuido entre las partes del juez bajo una concepción publicista del proceso civil que, de todos modos, respeta el margen de autonomía de las partes.

Desde esta perspectiva, debe entenderse que la fijación del litigio es una etapa que necesariamente requiere de la presencia de ambas partes, sin embargo, es claro que ello podría no suceder. En este caso el juez se vería tentado a aplicar las presunciones de verdad como consecuencia de la inasistencia de una de las partes –no de ambas pues en tal caso debe declarar terminado el litigio– aunque, atendiendo la característica dialógica de esta etapa y al carácter dispositivo que involucra, tal interpretación no es aceptable. En tal caso lo único que cabe hacer es determinar que todos los hechos deben demostrarse, solo que en este caso la falta de suficiencia probatoria de los medios de prueba respectivos pesará en contra de la parte ausente. Lo contrario sería facultar al juez para suponer los contornos del litigio, cercenando las facultades “dispositivas” de las partes. No obstante, ello sería posible si hay contestación a la demanda en que algunos hechos se admiten sin matices; estos podrán fijarse entendiendo que la parte ejerció ya su poder dispositivo en el acto de la contestación<sup>58</sup>.

Esta forma de entender la fijación del litigio protege adecuadamente el derecho de contradicción de las partes y además enfrenta una posible crítica teórica. En efecto, Taruffo (2020) critica una concepción “negocial” derivada de la consideración de tener por cierto un hecho cuando se alega por una parte y no se refuta por la otra, sobre la base de que la no refutación de un hecho no equivale a su admisión ni aporta elementos epistémicos de valoración para fundar la decisión. En verdad, no refutar un hecho alegado por una parte no agrega nada al estatus epistémico que éste tenga; simplemente excluye situaciones hipotéticas que podrían alegarse por la otra parte que también conoce los hechos de primera mano, pero no puede convertir en verdad lo que en sí no ha sido demostrado como verdadero.

No obstante, Taruffo no descarta el efecto útil de simplificación y eficiencia del proceso que puede tener el “fijar” hechos en una etapa anterior al juicio. Pero esa consecuencia eficientista no puede provenir del arbitrio del juez, sino de la discusión libre de las partes para ponerse de acuerdo en los hechos que no pretenden discutir. Esta actitud

---

58. Sin embargo, ello puede hacerse siempre que sin lugar a duda se comprenda que no hay intención de discutir ese hecho, pues de lo contrario, y ante la falta de la posibilidad de solicitar a la parte -por no asistir a audiencia- la aclaración de la existencia de esa intención deberá dejarse como hecho a probar y aplicar, en sede de decisión del juicio de hecho, las consecuencias jurídicas por inasistencia, pero sólo en esa etapa decisoria, no antes.

de las partes no otorga tampoco evidencia epistémica sobre el hecho, pero lo hace aceptable para que el juez funde en ellos su decisión, ya no por considerarlo epistémicamente demostrado sino jurídicamente aceptable a la luz de esas reglas de simplificación. Tampoco es que se negocie la verdad del hecho, sino solo la conveniencia de no desplegar actividad probatoria al respecto para lograr una resolución más expedita del juicio.

En suma, en este sentido la confesión tendría incidencia sólo en el momento de la conformación de los elementos de juicio como un criterio que, a disposición de las partes, les permite excluir<sup>59</sup> actividad probatoria sobre determinados hechos con el fin de lograr la efectividad y economía del juicio.

### 3.4 La confesión como regla de carga de la prueba

Sin entrar en la discusión más amplia sobre el valor que conservan las “pruebas legales” en un sistema prevaleciente de valoración libre según reglas de la sana crítica racional, puede decirse que es posible concebirlas como reglas de presunción legal *iuris tantum* (Hunter, 2017) siempre que se parta de la búsqueda de la verdad como objetivo primordial de la prueba y del proceso. En todo caso no cabe otra interpretación para la regla legal de la confesión en tanto en nuestro ordenamiento (Ley, 1564, art. 197) toda confesión admite prueba en contrario, es decir su aplicación depende de que la valoración de los elementos epistémicamente relevantes no justifique una decisión del hecho contraria al sentido de la confesión.

En otras palabras, aún en un sistema “mixto” en que perviven algunas reglas de valoración legal allende a la libre valoración racional,

---

59. Esta exclusión de pruebas puede resultar contraepistémica en el sentido de reducir la cantidad de elementos de prueba con los que el decisor fundará su decisión, pero también epistémico-favorable en tanto permite el enfoque de los recursos cognitivos a cuestiones más específicas evitando la distracción cognitiva que puede conllevar el estudio de proposiciones fácticas poco relevantes. Que la regla funciona de uno u otro modo dependerá del uso que le dé el juez; si las partes están de acuerdo en un hecho jurídicamente relevante la fijación formal implica darle efectos jurídicos sin que el presupuesto fáctico se haya realmente verificado; si el acuerdo es sobre hechos lógicamente relevantes que solo permitan realizar algunas inferencias sobre el acaecimiento del hecho jurídicamente relevante la exclusión puede permitir dirigir los recursos cognitivos y económicos del proceso a la determinación de otros hechos con peso más decisivo y evitar el gasto de esos recursos en la determinación de aquellos menos relevantes.

Sobre la posibilidad de que reglas de exclusión promuevan el surgimiento de la verdad Susan Haack (2016, p. 327).

el momento de la valoración de la prueba se hace con base en los elementos de prueba que permitan inferir hechos jurídica o lógicamente relevantes para el litigio. La regla incide, en cambio, en el momento de la decisión sobre el hecho (principal o secundario), siempre que se den los requisitos legales de aplicación: que se haga una manifestación adversa de un hecho que conlleva consecuencias adversas a quien la hace y del cual surja una relación jurídica disponible por ella.

De acuerdo con Gascón (2010) las presunciones son medios técnicos que pueden garantizar algunos valores del ordenamiento jurídico mediante la modificación de la regla de decisión sobre el hecho (o carga de la prueba). En el caso de la confesión, descartada la función orientativa de la regla en cuanto a la débil regla de inferencia que ya se ha analizado, puede entenderse que se protege el valor de la lealtad procesal. En efecto, resulta más conveniente interpretar que si un sujeto, con sus manifestaciones, da lugar a entender que un hecho ha sucedido de cierto modo adverso a sus intereses, se le haga responsable de ellas. Y en tal caso, imponer la modificación de la regla de decisión respectiva, no como una regla que impone sin lugar a duda una consecuencia probatoria, pues ello implicaría volver a un sistema tasado de la prueba que no parece acorde la actual legislación procesal, sino como una regla subsidiaria cuya aplicación depende de que el juez se encuentre en la situación de no poder establecer el acaecimiento de un hecho de manera suficiente según el estándar de prueba aplicable.

Y si esto debe ser así, la naturaleza jurídica de la confesión, en este segundo sentido de prueba, puede concebirse eficientemente como una regla de carga de la prueba, o regla de decisión que se dirige al juez, para que sea aplicada, de forma subsidiaria, cuando el resultado de la valoración de la prueba no le indique de forma suficiente el juicio de hecho adecuado; en tal caso será adecuado o aceptable el juicio que deriva de la aplicación de la regla de decisión. Es decir, si una vez valorados todos los elementos de prueba que fueron admitidos no es posible superar el respectivo estándar de suficiencia, se dará paso a la aplicación de la carga de la prueba<sup>60</sup>.

---

60. En este caso la carga de la prueba puede cumplir el papel de materializar “el compromiso epistémico que asume quien alega un hecho con pretensión de verdad” (Aramburo, 2020, p. 428).

Por esto conviene resaltar una vez más el papel de los estándares de prueba en el juicio de hecho. Si no hay claridad sobre en qué momento un conjunto de elementos de prueba es suficiente para demostrar o descartar una determinada hipótesis resulta difícil determinar cuándo sería o no aplicable la regla de decisión; que en este caso impondría la aceptación como cierto del hecho confesado.

Esta interpretación deja en verdadera libertad al juez en el momento de la valoración de las pruebas, pues en este el juez no deberá prestar atención a la confesión. Es decir, si existe una declaración de parte, en este momento el juez valorará los criterios que se expusieron antes y determinará si la hipótesis que indica esa declaración resulta o no suficientemente demostrada a la luz de esa declaración y los demás elementos de prueba existentes en el juicio; aún si existieran declaraciones adversas, el juez no deberá darles un valor privilegiado so pena de incurrir en un indeseable sesgo de representatividad que incremente los riesgos de error de la decisión. Pero si una vez ha realizado la operación racional con los elementos de prueba y el decisor aún conserva dudas sobre si la hipótesis ha sido demostrada o falseada, deberá aplicar la regla de decisión. Y en este momento, sí, determinará las manifestaciones adversas que haya hecho la parte declarante, establecerá si se cumplen los requisitos del artículo 191 y, de ser así, aplicará, sin más, la regla.

## CONCLUSIONES

El análisis de las reglas jurídicas que informan el procedimiento probatorio en el proceso civil debe realizarse a la luz del fin institucional de la prueba consistente en la búsqueda de la verdad. Finalidad que es congruente con el propósito del proceso civil consistente en la solución de conflictos mediante una decisión justa. De modo que, sin dejar de lado la corrección del procedimiento y la correcta selección y aplicación de la norma sustantiva, el proceso debe ser orientado tendencialmente hacia la búsqueda de la verdad, finalidad que solo puede ser impedida o reducida ante la existencia de otro interés jurídico suficientemente importante.

De todos modos, otros valores, intereses o fines que también persigue el derecho pueden imponer normas que afecten el fin de la búsqueda de la verdad, dificultándola o impidiéndola. Normas que deben

establecerse e interpretarse con cuidado, de forma tal que la afectación al fin de la búsqueda de la verdad sea el mínimo posible.

Las pruebas de confesión y declaración de parte deben separarse definitivamente en los distintos momentos de la actividad probatoria. La declaración de parte, verdadera declaración de conocimiento de quien la hace, debe evaluarse en el momento de valoración de la prueba según criterios epistémicos objetivos que permitan determinar el grado de corroboración que otorgan a las proposiciones fácticas que apoyan, es decir, con criterios de la sana crítica racional que puedan ser objetivados y fundamentados en la decisión judicial dejando de lado criterios que solo sean subjetivos como la conducta de la parte al realizar la declaración. La confesión, por su lado, debe entenderse como una regla jurídica que impone sus efectos en el momento de la conformación del material probatorio y en el momento de la decisión del hecho respectivo.

De esta forma, la confesión sirve, en el momento de conformación de los elementos de prueba, para reducir y concretar el material probatorio que será objeto de valoración funcionando como criterio de negociabilidad de los hechos objeto de litigio de forma que permita dejarlos por fuera de discusión en el proceso, fijándolos en etapa de fijación del litigio, y por consiguiente prescindiendo del material probatorio que se refiera a tales hechos.

De otro lado sirve en el momento de decisión del hecho, como una regla subsidiaria que determina el sentido en que debe decidirse el hecho si no hay elementos de juicio suficientes para aceptar como probada una u otra hipótesis relativa al mismo; es decir, como regla de carga de la prueba que se activa únicamente cuando los elementos de juicio, epistémicamente valorados, no ofrecen suficiente corroboración de las proposiciones fácticas debatidas a la luz del estándar de prueba aplicable.

En ambos sentidos puede prescindirse de cualquier contenido epistémico que tenga la confesión –aunque este autor comparte la opinión de que no la tiene– y aplicarlas como reglas jurídicas que imponen las consecuencias antes descritas: excluir elementos de prueba para concretar el objeto del juicio y evitar el desperdicio de recursos económicos y cognitivos; e imponer una regla de decisión en supuestos de



insuficiencia del material probatorio admitido a juicio y en contra de quien realiza la manifestación de ser cierto un hecho que le perjudica y del que deriva un derecho disponible por aquel. En estas dos formas de aplicación de la confesión como regla jurídica es que puede decirse que ella “prueba”: no mediante la corroboración epistémica de una proposición fáctica, sino mediante el establecimiento de una regla jurídica que hace aceptable la proposición fáctica en las circunstancias que la norma prevé para su aplicación.

## REFERENCIAS

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿Somos todos “racionalistas” ahora? *Revus* (39). doi:10.4000/revus.5559
- Azula, J. (2015). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Cappelletti, M. (2002). *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la Teoría de la utilización del saber de las partes en el proceso civil. Parte primera*. (T. Banzhaf, Trad.) La Plata: Librería Editora Platense.
- Congreso de la República de Colombia (12 de julio de 2012) Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- De Paula Ramos, V. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología* (L. Criado Sánchez, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- De Paula, V. (2015). Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo proceso civil. En Cavani, R & Paula, V (coods), *Prueba y proceso judicial* (p. 363-382). Breña: Instituto Pacífico S.A.C.
- Dei Vecchi, D. (2014). Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (34), 237-261.
- Dei Vecchi, D. (2019). El carácter presuntivo de las presunciones absolutas. *Revus* (38). doi:10.4000/revus.5333

Devis Echandía, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zabalía Editor.

Ferrer Beltrán, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En Varios, *Contra la carga de la prueba* (p. 53-88). Madrid: Marcial Pons.

Ferrer, J. (2007). *La valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer, J. (2010). “Está probado que *p*”. En P. Bonorino, *El derecho en acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho* (p. 119-148). Lima: Ara Editores.

Ferrer, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea. En D. Papayannis, & E. Pereira Fredes, *Filosofía del derecho privado* (p. 401-430). Madrid: Marcial Pons.

### Fuentes Institucionales

García Odgers, R. (2012). El testimonio de las partes en juicio propio. Análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria. *Ius et Praxis*, 18(2), 147-187.

Gascón, M. (2010). *Los Hechos en el Derecho - Bases Argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Gascón, M. (2012). *Cuestiones Probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Giannini, L. J. (2019). Revisitando la doctrina de la “Carga dinámica de la prueba”. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En Varios, *Contra la Carga de la Prueba* (p. 89-114). Madrid: Marcial Pons.

González Lagier, D. (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México DF: Fontamara.

Haack, S. (2012). Toda la verdad y nada más que la verdad. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 571-587.

Haack, S. (2016). La verdad y la prueba: No tan simple después de todo. En Ferrer, J & Vázquez, M. (coords), *Debatiendo con Taruffo* (p. 311-337). Madrid: Marcial Pons.

Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 95-113.

- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- López Blanco, H. F. (2019). *Código General del Proceso. Pruebas*. Bogotá: Dupre Editores Ltda.
- Marín Verdugo, F. (2010). Declaración de la Parte como medio de prueba. *Ius Et Práxis*, 16(1), 125-170.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Trotta.
- Mazzoni, G. (2019). *Psicología del testimonio*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Nieva, J. (2009). Los problemas de la oralidad. En J. Nieva, *Jurisdicción y Proceso*. (p. 91-110). Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2010). *La Valoración de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2016). Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión. En J. Nieva Fenoll, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición* (p. 261-280). Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2019). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. En Varios, *Contra la carga de la prueba* (p. 23-52). Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (junio de 2017). La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba. *Ars Iuris Salmanticensis*, 5, 57-76.
- Nisimblat, N. (2014). *Derecho Probatorio. Introducción a los medios de prueba en particular. Principios y técnicas de oralidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Parra Quijano, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Edición del Profesional Ltda.
- Parra Quijano, J. (2019, 19 de julio). *El Estándar Probatorio en materia civil*. [video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=jWxCsQhBLOW&t=3s>
- Ramírez, D. (2020). La decisión judicial dialógica: Un mandato de los principios procesales constitucionales. En Guerra, D. (coord.), *Constitución y principios procesales* (p. 134-156). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Libre.
- Rueda Fonseca, M. D. (2015). Los contrafuegos del Código General del Proceso. En M. d. Fonseca, *La Raíz del Código General del Proceso* (p. 14-59). Bogotá: Ediciones Uniandes.

- Rueda, M., & Velazco, C. J. (2015). Las bases del Código General del Proceso. En M. d. Rueda Fonseca, *La Raíz del Código General del Proceso* (p. 68-73). Bogotá: Editorial Uniandes.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2014). La verdad y la prueba judicial: la epistemología jurídica y las prácticas judiciales. En G. d. Derecho, *Derecho Procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (p. 85-116). Bogotá: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Sanabria Villamizar, R. (2020). Reflexiones en torno al funcionamiento de la carga dinámica de la prueba en el código general del proceso. En D. Guerrero Moreno, *Constitución y principios procesales* (p. 306-340). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Sanabria Villamizar, R., & Jiménez Escalante, J. (2018). La declaración de parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su estudio en el Código General del Proceso colombiano. *Academia y Derecho*, 9(16), 67-102.
- Semillero de Derecho Procesal (2014). La verdad en tiempos de eficientísimo procesal. En G. d. Derecho, *Derecho Procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (p. 315-246). Bogotá: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Sentencia Número C-023 (2020, 29 de enero). Corte Constitucional, Sala Plena (Antonio José Lizarazo Ocampo. M.P).
- Sentencia Número C-202 (2005, 8 de marzo). Corte Constitucional, Sala Plena. (Jaime Araujo Rentería M.P).
- Sentencia Número SC780 (2020, 10 de marzo). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (Ariel Salazar Ramírez M.P).
- Sentencia Número STC21575 (2017, 15 de diciembre). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Luis Armando Tolosa Villabona M.P).
- Taruffo, M. (2008). Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 383-392.
- Taruffo, M. (2011). *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trotta SA.
- Taruffo, M. (2019). Casi una introducción. En Varios, *Contra la Carga de la Prueba* (p. 11-22). Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2020). *Hacia la Decisión Justa*. Lima: Zela Grupo Editorial.
- Taruffo, M. (Julio de 2008). ¿Verdad Negociada? *Revista de Derecho*, XXI(1), 129-151.

- Tversky, A., & Kahneman, D. (27 de septiembre de 1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty. *Science, New Series*, 185(4157), 1124-1131. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/1738360>
- Vázquez, C. (2015). La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 101-130.
- Vivares Porras, L. F. (2014). Sobre las medidas contraepistémicas en el proceso civil colombiano. En G. d. Derecho, *Derecho Procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (p. 225-246). Bogotá: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

# LOS ACUERDOS DE COEXISTENCIA MARCARIA EN UNA SOLICITUD DE REGISTRO MARCARIO: EL CASO COLOMBIANO

Laura Carolina Vela Moncayo<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2021.

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2021.

Referencia: Vela, L. (2021). Los acuerdos de coexistencia marcaria en una solicitud de registro marcario: El caso colombiano. *Revista Científica Codex*, 7(12), 198-231.

## RESUMEN

En este trabajo se identifican las causas por las que en Colombia los Acuerdos de Coexistencia Marcaria han tenido problemas en su aplicación. Mediante el análisis de los instrumentos jurídicos con que la Comunidad Andina, la Superintendencia de Industria y Comercio y la máxima autoridad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo interpretan estos acuerdos, se evidencian los problemas y las limitaciones que impiden su registro. Se propone la actualización del marco jurídico para los Acuerdos de Coexistencia y algunas recomendaciones de interpretación normativa que responden a las posiciones adoptadas en la doctrina y el derecho comparado.

**Palabras clave:** acuerdos de Coexistencia Marcaria, Decisión 486 del 2000, registro marcario, distintividad, riesgo de confusión.

## ABSTRACT

In this work, the reasons why the Trademark Coexistence Agreements in Colombia have had problems in their application are identified.

---

1. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. E-mail: lauracvela@hotmail.com.

Through the analysis of the legal instruments with which the Andean Community, the Superintendency of Industry and Commerce and the highest authority of the Administrative Litigation Jurisdiction interpret these contracts, it was possible to highlight the problems and limitations that caused their registration to be rejected. The updating of the legal framework for the Coexistence Agreements and some recommendations for normative interpretation that took into account the positions adopted in doctrine and comparative law are proposed.

**Keywords:** Trademark Coexistence Agreements, Decision 486 of 2000, trademark registration, distinctiveness, risk of confusion.

## INTRODUCCIÓN

Winston Churchill, además de ser un político prominente, se destacó por ser estadista, historiador y escritor. En una ocasión comentó que había recibido felicitaciones de muchos sectores por sus obras narrativas de ficción. Debido a estos halagos, el político se enteró de que compartía su nombre con un reconocido escritor americano. Para evitar más confusiones, el primer ministro se contactó con su homónimo y le propuso celebrar un acuerdo para firmar diferente y así lograr distinguirse. El estrategia inglés debía agregar a su firma su segundo nombre *Spencer* y el escritor tenía que firmar como *Winston Churchill, el americano*. Independientemente de lo que aconteció después, su actuar contribuyó con uno de los planteamientos del Derecho de Propiedad Industrial, los Acuerdos de Coexistencia Marcaría<sup>2</sup> (American Bar Association, 2020).

Es necesario entender a los signos como aquellos fenómenos capaces de representar algo. Los *signos distintivos* se usan en el mundo comercial para identificar y diferenciar a las empresas, generan singularidad y le otorgan valor a una compañía<sup>3</sup>, algunos de los signos distintivos son: los nombres, lemas o marcas. Las marcas son todo signo

- 
2. “Indeed, Churchill was a pioneer and one of the first proponents of trademark coexistence agreements” [De hecho, Churchill fue pionero y uno de los primeros defensores de los Acuerdos de Coexistencia de Marcas.] (American Bar Association, 2020, s.p.).
  3. La Propiedad Industrial se divide en 2 ramas principales siendo estas, *las nuevas creaciones* que determinan novedades en la industria y el comercio y *los signos distintivos*.

capaz de distinguir un producto y/o servicio en el mercado y se componen de figuras, vocablos o expresiones<sup>4</sup>.

El signo que no sea distintivo, individual y singular carecería de objeto (Tribunal de Justicia de la CAN, 2010, Proceso 004-IP) puesto que induciría a error a los consumidores sobre el producto o servicio que están consumiendo al no poder ser distinguidos de los otros. Por lo tanto, la distinción es la característica principal a la hora de obtener un registro marcario, mismo que genera derechos sobre la marca, de ahí que no podrá registrarse como marca los signos que carezcan de distintividad<sup>5</sup> o sean idénticos y se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro (CAN, 2000, Decisión 486, art. 136, lit. a.).

En la actualidad, la solución a la existencia de marcas similares en un mismo territorio son los Acuerdos de Coexistencia Marcaria. Cuando los titulares se percatan que entre sus marcas puede haber confusión deciden realizar un contrato que les permita hacer identificable su producto para eliminar el riesgo y de esta manera, poder coexistir en un mismo mercado, por ejemplo, mediante la inclusión de cláusulas de exclusividad para el uso de determinados productos. Estos acuerdos buscan que dos marcas similares convivan en un mercado, pero sin arriesgar la identidad entre sus marcas.

Respondiendo a estas prácticas y necesidades comerciales, la Comunidad Andina<sup>6</sup> (CAN), organismo del que Colombia hace parte<sup>7</sup> y cuyas directrices son de cumplimiento obligatorio, en su Decisión 486 artículo 159, dio aval para suscribir Acuerdos de Coexistencia Marcaria siempre y cuando se adopten medidas para evitar la confusión del consumidor y se respeten las normas sobre prácticas comerciales y promoción de la competencia<sup>8</sup>.

---

4. Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos: las palabras; las imágenes figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; los sonidos u olores; las letras y los números; los colores delimitados por la forma; la forma de los productos. (CAN, 2000, Decisión 486, art. 134)

5. Artículo 135 de la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina.

6. La Comunidad Andina (CAN) tiene un esquema jurídico denominado “supranacional”, que significa que la normativa comunitaria emitida tiene efectos jurídicos directos y vinculantes en sus Países Miembros (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2018).

7. A partir del Acuerdo de Cartagena suscrito el 26 de mayo del año 1969.

8. Al respecto, el Artículo 159 de la Decisión 486 establece: “Cuando en la Subregión existan registros sobre una marca idéntica o similar a nombre de titulares diferentes, para distinguir los mismos productos o servicios, se prohíbe la comercialización de las mercancías o servicios identificados con esa marca en el territorio del respectivo País Miembro, salvo que los titulares de dichas marcas suscriban acuerdos que permitan dicha comercialización. (CAN, 2000). (Subrayado fuera del texto original)



De acuerdo con la disposición normativa comunitaria debería existir, en principio, un juicio a favor de estos instrumentos. Sin embargo, en Colombia los Acuerdos de Coexistencia Marcaria no llegan a ser eficaces, con frecuencia, su registro es rechazado por las autoridades, una negativa que genera, entre otras cosas, altos costos para las empresas, quienes se ven obligadas a cambiar su identidad para comercializar sus productos. Por lo cual, existe la necesidad de crear un criterio que dote de seguridad jurídica la aplicación de los Acuerdos de Coexistencia Marcaria.

El presente artículo responderá en cuatro partes a la siguiente pregunta: ¿cuáles son las causas por las que los Acuerdos de Coexistencia Marcaria no han tenido eficacia en una solicitud de registro marcario en Colombia? La primera parte estudiará el concepto de marca y sus principales características, en especial la función distintiva y el fenómeno del riesgo de confusión; la segunda, se encargará de exponer el concepto de coexistencia marcaria y los Acuerdos de Coexistencia, su contexto normativo y la posición que ha tenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina frente a estos contratos; en el tercer capítulo se observará la jurisprudencia del Consejo de Estado en los casos en que los *Acuerdos de Coexistencia* han estado involucrados en una solicitud marcaria, para pasar a contrastarlo con la perspectiva que se les ha dado en el derecho comparado. El artículo terminará con la discusión de estos acuerdos y la posición de algunos doctrinantes, evidenciando cuáles han sido las razones por las que en Colombia no han llegado a tener validez y se plantearán algunas recomendaciones.

## 1. LA MARCA

### 1.1 La marca y su función distintiva: Identificadora y diferenciadora

“Los productos se crean en las fábricas, pero las marcas se crean y viven en la mente” - Walter Landon

Etimológicamente la marca proviene del lexema germánico *mark* que en su sustantivo singular indefinido traduce marco, límite o frontera. La marca es definida por Fernández Novoa (1984) como la percepción de unidad entre signo y producto por los consumidores y tiene como propósito, identificar y hacer distinguible para el público unos productos y servicios.

Las marcas tienen identidad propia y generan una imagen en la sociedad. Los empresarios buscan atribuirles a sus marcas ciertos atributos para ser reconocidas en el mercado, sin embargo, la marca termina siendo lo que los consumidores dicen que es, es decir, lo que el público logra percibir. Mantener el buen posicionamiento de la marca requiere de esfuerzo, ya que estos signos distintivos al meterse en el imaginario común, logran adquirir características propias y dotar de significado a una organización. Así es como sus productos y/o servicios llevan consigo el ofrecimiento de una experiencia u expectativa. En el 2018 un tribunal de los Estados Unidos condenó a Johnson y Johnson por 550 millones de dólares debido a que su talco para bebés fue acusado de producir cáncer en las mujeres, además de la millonaria suma, el hecho le ha costado a la marca su *Good Will*<sup>9</sup> o buen nombre, ya que para sus clientes ahora es difícil desvincular un producto de Johnson y Johnson con el riesgo de contraer cáncer.

Los signos buscan ofrecer productos con virtudes como: calidad, prestigio o seguridad. Piense el lector, en lo que representan marcas como Apple en tecnología, Louis Vuitton en industria textil o Ferrari en el mundo automotriz. Debido a lo anterior, los empresarios buscan proteger el valor de esos signos mediante el registro marcario.

El efecto principal de registrar una marca es adquirir su derecho a la exclusividad. En ese sentido, el titular puede impedir que se registren marcas similares o idénticas a la suya para identificar los mismos productos o servicios. La única forma de adquirir este derecho es por medio del registro<sup>10</sup>.

La Comunidad Andina, de la cual Colombia hace parte, estableció en la Decisión 486 el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. En esta norma comunitaria se fijaron los requisitos para que se pueda registrar una marca: la distintividad<sup>11</sup>, susceptibilidad de representación

---

9. "Goodwill refers to the value a company gets from its brand, customer base and reputation associated with its intellectual property. Goodwill is a long-term asset that generates value for a company over a number of years." [El Goodwill se refiere al valor que una compañía obtiene de su marca, a base de sus clientes y de la reputación asociada con propiedad intelectual. El Good Will es un activo a largo plazo que genera valor a una empresa durante varios años] (Business Development Bank of Canada, s.f.).

10. Le permite a su titular ejercer el ius prohibendi para impedir que terceros utilicen su marca, sin su expreso consentimiento, en bienes o servicios idénticos o similares. (Tribunal de Justicia de la CAN, 2000, Caso 33 IP).

11. Es considerada como la característica esencial que debe reunir todo signo para ser registrado como marca y constituye el presupuesto indispensable para que cumpla su función principal de identificar e indicar el origen empresarial y la calidad del producto o servicio, sin riesgo de confusión. (Tribunal de Justicia de la CAN, 2010, Proceso 004-IP)

gráfica<sup>12</sup> y perceptibilidad<sup>13</sup> (CAN, 2000, Decisión 486, art.134). Igualmente se determinó como causal de irregistrabilidad la falta de alguno de estos requisitos y de nulidad absoluta, en específico, la ausencia de distintividad.

El elemento jurídico esencial de la marca es su distinción, es la característica infaltable para ser considerada como tal. La distinción se encarga de identificar e indicar el origen empresarial y la calidad de lo que se esté consumiendo (Tribunal de Justicia de la CAN, 2010, Proceso 004-IP) y tiene como objetivo, que:

- i) el signo sea capaz de distinguir productos en el mercado y
- ii) que pueda diferenciarse de otros signos<sup>14</sup>.

Cómo lo dice Riofrío Martínez (2003) “si una marca no se diferencia de otra (confusión marcaría) entonces no hay marca, pues, para que exista, debe tener «fuerza distintiva»”(s.p.). Pretender evadir esta característica sería dejar a las marcas en un absurdo, puesto que la carencia de distintividad implicaría incapacidad identificatoria, lo que genera *per se* un riesgo de confusión, el cual afecta tanto a los intereses de los consumidores<sup>15</sup> como de los titulares marcaríos.

## 1.2 Sobre el Riesgo de Confusión

La Decisión 486 del 2000, en su artículo 136 establece la prohibición de registrar como marca aquellos signos que sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro. Esta prohibición tiene dos fundamentos:

- i) Se prohíbe porque existe colisión de derechos donde el derecho que prevalece es el del que registró la marca con anterioridad; y, ii) También se prohíbe porque al ser idéntico o similar a la marca, el signo que se pretende registrar carece de fuerza distintiva (Riofrío Martínez, 2003, s.p).

---

12. “Es la posibilidad de que el signo a registrar como marca sea descrito mediante palabras, gráficos, signos, colores, figuras etc., de tal manera que sus componentes puedan ser apreciados por quien lo observe” (Tribunal de Justicia de la CAN, 2018, Proceso 736- IP)

13. “Hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de estos, la marca penetre en la mente del público” (Tribunal de Justicia de la CAN, 2018, Proceso 736- IP)

14. Se entienden como la capacidad extrínseca e intrínseca de la marca.

15. Por ejemplo, si existe confusión entre dos productos médicos, se podrían generar consecuencias adversas a los intereses de los particulares. Motivo por el cual, se deberá ser más estricto con cierto tipo de bienes y servicios.

Es decir, se prohíbe para proteger los derechos de exclusividad y para evitar la confusión de los consumidores frente a la marca.

Cuando el público crea que dos productos tienen un origen empresarial común o están vinculados de alguna manera, sin que la realidad concuerde, nos estamos enfrentando a un riesgo de confusión. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2002, Proceso 109 IP). Riesgo que se puede ver expresado de dos formas, las cuales se diferencian en su alcance:

- i. *El riesgo de asociación o confusión indirecta* es cuando los consumidores asumen que una y otra marca, debido a su similitud, tienen una relación o vinculación empresarial sin que la realidad concuerde; y,
- ii. *El riesgo de confusión o confusión directa* es cuando el consumidor compra un producto o servicio pensando que está adquiriendo uno diferente.

El Tribunal de Justicia de la CAN ha estimado<sup>16</sup> que para que proceda la irregistrabilidad, no es necesario que el signo induzca a error a los consumidores, sino que basta con la existencia del riesgo. Según Otamendi (como se citó en el Tribunal de Justicia de la CAN, 2013, Proceso 05 - IP), los consumidores son sujetos pasivos que se encuentran en un territorio, por lo cual los efectos jurídicos que emanan de una marca siempre están limitados a un territorio determinado y no son derechos que puedan ser oponibles en cualquier parte del mundo.

Si las autoridades identifican que una marca que pretende ser registrada tiene la potencialidad de generar riesgo de confusión, están en la obligación de hacer un estudio de *confundibilidad* entre los signos involucrados. Para lo cual, se basan en tres diferentes clases de revisión, según Ramírez Vallecilla y Vernaza Gómez (2016) “Las primeras son las reglas de cotejo marcario, las segundas son los tipos de similitud y las terceras son los criterios que pueden conducir a establecer o fijar la conexión competitiva entre los productos” (p. 25).

---

16. En Procesos tales como: 26 IP, 2004 –109 IP, 2002 –06 IP, 2004.

### 1.2.1 *Las Reglas de Cotejo Marcarío*<sup>17</sup>

Se basan en hacer un análisis de las características de las marcas, especialmente de su componente visual, auditivo, ideológico y fonético. En este particular, cobra especial importancia la regla de evitar la “diseción de las denominaciones comparadas en sus diferentes elementos integrantes” (Tribunal de Justicia de la CAN, 2010, Proceso 22 IP). Es decir, al momento de realizar un análisis entre los diferentes signos, se deberá partir de una visión en conjunto de todos los elementos que componen su unidad.

### 1.2.2 *Los Tipos de Similitud*

Por medio de un análisis que evidencie la cercanía de semejanza en sus signos, referente a la similitud ortográfica<sup>18</sup>, fonética<sup>19</sup>, e ideológica<sup>20</sup>.

### 1.2.3 *Los Criterios que Conducen a Establecer la Conexión Competitiva entre los Productos*

El Tribunal de Justicia en Interpretación Prejudicial 100 IP (2018) estableció los criterios sustanciales para determinar si existe conexión competitiva entre los productos:

*Intercambiabilidad:* Los productos son sustituibles entre sí.

*Complementariedad:* El uso de uno causa la necesidad de adquirir el otro.

---

17. **Regla 1.-** La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas. Así tenemos entonces que no se debe descomponer la integridad gráfica y fonética, considerando por tanto todos los elementos que componen a estos signos distintivos.

**Regla 2.-** Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente. Esto debido a que el análisis simultáneo no lo realiza el consumidor o usuario común.

**Regla 3.-** Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas. Ya que el riesgo de confusión se desprende de la similitud de los elementos que aparecen en conjunto integrantes de la marca.

**Regla 4.-** Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos. (Moreno, 1946, s.p.)

18. **La similitud ortográfica** que emerge de la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud de la o las palabras, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor grado a que la confusión sea más palpable u obvia.

19. **La similitud fonética** se presenta entre signos que al ser pronunciados tienen un sonido similar. La determinación de tal similitud depende, entre otros elementos, de la identidad en la sílaba tónica o de la coincidencia en las raíces o terminaciones; sin embargo, también deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso, con el fin de determinar si existe la posibilidad real de confusión entre los signos confrontados.

20. **La similitud ideológica** se produce entre signos que evocan la misma o similar idea, que deriva del contenido o del parecido conceptual de los signos. Por tanto, cuando los signos representan o evocan una misma cosa, característica o idea, se estaría impidiendo al consumidor distinguir una de otra.

*Razonabilidad*: Cuando se piensa que los productos son ofrecidos por el mismo empresario<sup>21</sup>.

El principio de especialidad permite la coexistencia pacífica en un mercado si los productos o servicios que ofrecen las marcas son diferentes. Tal es el caso de la marca *Corona*, donde una cerveza, una empresa chocolatera y una de vajillas, coexisten en un mercado sin que haya confusión entre ellas.

Con base en lo anterior, puede entenderse que el riesgo de confusión varía teniendo en cuenta: la similitud o identidad de las marcas, aunado a la similitud o identidad de los productos o servicios, así también al tipo de consumidor al que va dirigido, y por último al ámbito geográfico en donde se ofrezcan (López-Castro, 2011).

Por lo tanto, si se verifica que su identidad no afecta a terceros, por ser lo suficientemente distintiva, y, además, cumple con los requisitos fijados de representación gráfica y perceptibilidad, las autoridades procederán a conceder el registro.

Tomando en consideración las vicisitudes que se pueden presentar por las semejanzas entre marcas, que eventualmente pueden conducir a su irregistrabilidad, por su precaria distintividad, es procedente estudiar la posibilidad de que titulares de diferentes marcas que presenten características similares realicen acuerdos para restringir su uso y, de esta forma, asegurar que sus signos puedan tener un registro simultáneo, siempre y cuando no se confunda al consumidor respecto del origen de las prestaciones.

## 2. LA COEXISTENCIA DE MARCAS

Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2006) “la expresión ‘coexistencia de marcas’ describe una situación en la que dos empresas diferentes usan una marca igual o similar para comercializar un producto o servicio sin que por ello interfiera necesariamente la una en los negocios de la otra”. La doctrina y la jurisprudencia han

---

21. Ramírez Vallecilla y Vernaza Gómez (2016) citan al Tribunal de Justicia en su proceso 8 IP del 2005 que sugiere evaluar: “a) La inclusión de los productos en una misma clase del nomenclátor b) Canales de comercialización c) Mismos medios de publicidad d) Relación o vinculación de productos e) Uso conjunto o complementario de productos f) Partes y accesorios g) Mismo Género de Productos h) Misma finalidad i) Intercambiabilidad de los Productos. (p.22)”.

identificado dos tipos de coexistencia en el mercado, la coexistencia de hecho y la de derecho.

La Coexistencia de Hecho, o también denominada *coexistencia pacífica*, hace referencia a aquella convivencia en la que dos signos similares han estado presentes en el mercado por un período sin presentarse confusión entre ellos (Tribunal de Justicia de la CAN, 2016, Proceso 438 IP). Esta coexistencia no evita que se haga un examen de confundibilidad entre las marcas involucradas. Simplemente es un hecho del mercado<sup>22</sup>.

Por su parte, la Coexistencia de Derecho encuentra su materialización en los Acuerdos de Coexistencia Marcaria. Debido a que estos contratos son el objeto de estudio del presente artículo se les dará una descripción más detallada.

## 2.1 Los Acuerdos de Coexistencia Marcaria

En la Europa central del siglo XX las empresas se expandieron y se empezaron a encontrar con marcas similares en varios países del mundo.<sup>23</sup> “At the end of the 40’s, many companies widened their field of activities considerably, no longer selling their goods in their own countries, or in their traditional territories but in all countries where it was possible”<sup>24</sup> (Storkebaum, 1978, s.p.). Esto generó conflictos entre las marcas en aquellos lugares donde planeaban ser registradas, por lo que los comerciantes europeos empezaron a suscribir acuerdos unilaterales de voluntad denominados *pre - right declarations*, con la finalidad de evitar las constantes oposiciones al registro que se presentaban en la época, y así permitir la coexistencia entre sus marcas, convenios que luego dieron paso al acuerdo de voluntades<sup>25</sup>.

La Comunidad Andina<sup>26</sup> contempla en el artículo 159 de la Decisión 486 del 2000 la posibilidad que titulares de marcas idénticas o

---

22. El problema surge cuando van a registrar la marca, bien sea, por descuido por parte de los empresarios o por la intención de llegar a un nuevo país, y se presenta oposición a su registro o negación de las autoridades o futura nulidad, viéndose obligadas a cambiar su identidad marcaria.

23. Como ejemplo: Compañías del Reino Unido en la mancomunidad de naciones, en inglés “Commonwealth of Nation”.

24. [A finales de los años 40 muchas empresas ampliaron considerablemente su campo de actividad, ya no vendiendo sus bienes en sus propios países, ni en sus territorios tradicionales, sino en todos los países donde fue posible].

25. No fue hasta que la Ley Alemana de Marcas hizo su renovación en 1967, que fueron considerados por el derecho marcario.

26. Organismo de integración económica, social y cultural de carácter supranacional.

similares suscriban acuerdos que permitan la comercialización de sus productos en un mismo territorio<sup>27</sup>. Dichos acuerdos se han denominado *Acuerdos de Coexistencia Marcaria* y permiten que dos marcas puedan coexistir en un mismo mercado sin que el hecho dé lugar a confusiones. Algunos beneficios de los Acuerdos de Coexistencia Marcaria son, que:

- i) Impulsan la oferta. Ya que permiten el ingreso de nuevos bienes y servicios a un país.
- ii) Son incentivos para que los comerciantes mejoren la calidad de sus productos. Debido a que el consumidor tiene más productos y servicios por elegir.
- iii) Facultan a las marcas conservar su identidad en el mercado. Al permitir que una marca sea reconocida en diferentes territorios, logran que su *Good Will* traspase fronteras.
- iv) Son mecanismos preventivos ante posibles conflictos. Evitan las oposiciones ante peticiones de registros así como la activación del aparato jurisdiccional,<sup>28</sup> por transgredir derechos de exclusividad por parte de las marcas registradas, tal cómo lo manifiesta Moss (2005): “In order to coexist in the market “peacefully,” companies with potentially infringing trademarks sometimes enter into coexistence agreements, which allow them to continue marketing their products to the public without the fear of defending a trademark infringement lawsuit” (p. 4).

De acuerdo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 37 - IP (2013) los Acuerdos de Coexistencia Marcaria deben cumplir unos requisitos para que sean eficaces:

- (i) la existencia en la subregión de registros de marcas idénticas o similares; (ii) la existencia de un acuerdo entre las partes; (iii) la adopción por parte de estas de las previsiones necesarias para evitar la confusión

---

27. Es preciso aclarar que los supuestos consagrados en el artículo 159 de la Decisión 486 del 2000 contemplan la posibilidad de que esa coexistencia se presente en un territorio de la subregión, y no consideran la posibilidad de que dos marcas connacionales quieran suscribir estos contratos, por lo tanto, se entiende que dicha disposición quedará a consideración de cada nación.

28. De hecho, en los Acuerdos de Coexistencia Marcaria, se suele incluir cláusulas compromisorias para someter a un procedimiento arbitral las diferencias que provienen de una relación jurídica.



del público, así como proporcionar la debida información sobre el origen de los productos o servicios; (iv) el respeto de las normas sobre prácticas comerciales y promoción de la competencia; y, (v) la inscripción del acuerdo en la oficina nacional competente (p.11).

En estos acuerdos privados, los titulares ceden parte de su derecho al uso exclusivo de la marca a partir de restricciones mutuas. La imposición de medidas restrictivas busca evitar que el uso de una marca pueda causar algún tipo de riesgo de confusión o asociación con la marca semejante entre los consumidores. Medidas tales como la imposición de etiquetas que informen sobre su origen o la restricción en el uso de productos y/o servicios, ayudan a generar mayor distinción.

Para ilustrar lo anterior, en 1991 Apple Computers y Apple Corps (el sello discográfico de los Beatles) hicieron un Acuerdo de Coexistencia Marcaría. En dicho acuerdo se pactó que la empresa americana tendría el derecho exclusivo sobre productos electrónicos, informáticos y de procesamiento, mientras que la empresa de los Beatles podría usar las marcas de Apple en toda obra creativa cuyo contenido principal sea la música (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2006). Al restringir su uso se logró que cada marca continuase en el mercado sin interferir en los derechos de la otra. No obstante, cuando Apple Computers lanzó al aire su explorador de contenido musical iTunes, los músicos se sintieron transgredidos en sus derechos y se demandó el incumplimiento por la extralimitación del uso de la marca. En el caso se concluyó que:

The primary reason there is no breach is because there is no use of the logo in connection with recorded music for the purposes of the TMA - there is no association by way of trade within that agreement. It is a use which permissibly associates the logo with the service, and it does not go beyond what is reasonable and fair in order to achieve that<sup>29</sup> (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, 2006, Apple Corps. Limited vs Apple Computer, Inc.).

Se ha recalcado que las autoridades competentes deben dejar a salvo el interés general de los consumidores a través de la eliminación

---

29. [La razón principal por la que no hay incumplimiento es porque no se usa el logotipo en relación con la música grabada para los fines del Acuerdo de Coexistencia; no hay asociación comercial dentro de ese acuerdo. Es un uso que asocia permisiblemente el logo con el servicio, y no va más allá de lo razonable y justo para lograrlo.]

del riesgo que pueda generar la semejanza entre las marcas (Tribunal de Justicia de la CAN, 2003, Caso BSCH mixta). Motivo por el cual, la mera disposición de los derechos exclusivos por parte de los comerciantes, a través de la suscripción de los acuerdos, no genera que estos contratos sean válidos ya que se podrían afectar intereses públicos.

La suscripción de acuerdos privados no constituye un presupuesto automático para que se admita la coexistencia marcaria, puesto que la autoridad administrativa o judicial deberá en todo momento salvaguardar el interés general evitando que el consumidor se vea inducido a error (Tribunal de Justicia de la CAN, 2003, Proceso 50 IP).

Debido a que estos contratos están sometidos a la aprobación de una autoridad, bien sea administrativa o judicial, que evidencie si se han tomado las medidas necesarias para prevenir la confusión marcaria, el hecho de que los titulares suscriban un Acuerdo de Coexistencia no asegura que se pueda actuar en un mismo mercado.

### **3. LOS ACUERDOS DE COEXISTENCIA EN COLOMBIA**

Debido a que las marcas tienden a encontrarse en diferentes partes del mundo, sus titulares suelen realizar este tipo de acuerdos con la intención de funcionar de manera global, no obstante, su eficacia se ve restringida a la concepción que se tenga de ellos en cada país. En la subregión, cada país miembro de la Comunidad Andina (CAN) tiene diferentes interpretaciones frente a los Acuerdos de Coexistencia, esto debido a que la CAN no estableció una regulación expresa para dichos contratos y solo se limitó a permitir su realización. Con esta problemática en mente, se procederá a estudiar el caso colombiano e identificar cuál ha sido el análisis que se le ha dado a los Acuerdos de Coexistencia Marcaría.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es la autoridad competente de administrar el sistema nacional de propiedad industrial y darle trámite a los asuntos relacionados (Decreto 2153, 1992). Teniendo en cuenta que la marca hace parte de los signos distintivos, la SIC es la encargada del registro de marcas y, a su vez, de los Acuerdos de Coexistencia. Una vez los titulares han seguido el proceso administrativo y ejercido los recursos que la ley dispone<sup>30</sup>, queda

---

30. Recursos de reposición y apelación para controvertir los Actos Administrativos.

agotada la vía gubernativa. Paso a seguir, el Consejo de Estado es la autoridad judicial competente de desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (Contitución Política, 1991, art. 237), y es a quien se acude en última instancia para hacer valer un derecho que se cree, ha sido desconocido, esto mediante acción de nulidad y restablecimiento de derecho.

Frente a los Acuerdos de Coexistencia Marcaría, la jurisprudencia en Colombia ha tenido una postura bastante paternalista ya que ha entendido a los Acuerdos de Coexistencia como un fenómeno tendiente a vulnerar a los consumidores. En los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la sentencia No. 11001-03-24-000-2001-00159-01(7062) emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2004), afirma que: “El convenio es un indicio indiscutible del riesgo de confusión, pues, si no fuera así, las empresas dueñas de las respectivas marcas no suscribirían un acuerdo como el celebrado” (como se citó en López-Castro, 2011, s.p.).

Uno de los casos en los que se falló de tal forma fue en el de Starbucks Corporation y Mars Incorporated, titulares de las marcas *STARBUCKS* y *STARBUST*<sup>31</sup>. Ambas empresas se comprometieron a restringir el uso de sus marcas a nivel mundial para evitar la confusión. Starbucks Corp. aceptó no usar la marca para comercializar dulces de mascar, por su parte, Mars Inc. se abstendría de comercializar productos relacionados con café, té, cocoa, sustitutos de café y bebidas a base de los mismos. Dicho convenio tenía como propósito ser aplicado de manera global, pero en Colombia se entendió que “El Acuerdo de Coexistencia connota la percepción sobre el riesgo de confusión de quienes lo suscriben”<sup>32</sup> (CE, Sala Contenciosa Administrativa, 2004, No. 11001-03-24-000-2001-00160-01) por lo cual se negó su registro. Según el Consejo de Estado tan clara es la similitud y el riesgo de confusión entre *STARBUCKS*

---

31. Los dos productos se encuentran en la clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza, en la que se ubican productos tales como: Café, té, cacao y sucedáneos del café; arroz, pastas alimenticias y fideos; tapioca y sagú; harinas y preparaciones a base de cereales; pan, productos de pastelería y confitería; chocolate; helados cremosos, sorbetes y otros helados; azúcar, miel, jarabe de melaza; levadura, polvos de hornear; sal, productos para sazonar, especias, hierbas en conserva; vinagre, salsas; hielo. (Arreglo de Niza, 1957, s.p.)

32. Manifestó además que “*STARBUCKS* carece de la distintividad requerida para que procediese su registro en la Clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza, pues el riesgo de confusión indirecta entre los productos de la Clase 30 Internacional, por su conexión competitiva, es manifiesto” (CE, Sala Contenciosa Administrativa, 2004, No. 11001-03-24-000-2001-00160-01).

y STARBUST, que las marcas hicieron un acuerdo para permitir su coexistencia.

Colombia ha entendido que la suscripción de los Acuerdos de Coexistencia es una actitud tendiente a afectar al consumidor, pues se cree que implica un riesgo de confusión. Se puede evidenciar esta misma línea argumentativa en el caso *WEGA y VEGA* (2004), donde el Consejo de Estado respaldó la negativa que, frente al caso, tuvo la Superintendencia de Industria y Comercio afirmando lo siguiente “la similitud entre las marcas ‘Wega’ y ‘Vega’ no es discutible, tan es así que la actora y la sociedad Vega Grieshaber kg, suscribieron un acuerdo para posibilitar la coexistencia de las mismas en el mercado” (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, 2004, No. 223715 11001-03-24-000-2001-00087-016903).

Más adelante, el Consejo de Estado consideró irrelevantes los Acuerdos de Coexistencia Marcaria en la solicitud de registro marcario de BSCH, hoy Banco de Santander, y BOSCH, empresa de seguros, que fueron suscritos para convivir a nivel mundial. En primera instancia la SIC negó su registro, por lo que acudieron al Consejo de Estado para amparar su derecho de autonomía a la voluntad privada. Aunque sus peticiones fueron aceptadas, los motivos del tribunal se basaron en que las marcas se diferenciaban fonéticamente por lo que alcanzaban un grado de importante distinción. Para tomar la decisión y realizar el análisis marcario no se tuvo en cuenta el Acuerdo de Coexistencia. A pesar de que las dos marcas limitaron sus servicios, el Consejo de Estado siguió la línea argumentativa de las primeras sentencias y los consideró completamente irrelevantes (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, 2005, No. 217276 11001-03-24-000-2001-00264-01 264).

La anterior interpretación también fue utilizada en el caso de *UNIVERSAL y CAFÉ UNIVERSAL*. Los titulares de las marcas se pusieron de acuerdo para limitar el uso de los productos ofrecidos por cada una. No obstante, el acuerdo no fue adjuntado en la demanda. El tribunal afirmó que de existir no tendría ninguna relevancia y connotaría riesgo de confusión, y decidió negar el registro porque se ofrecían bienes comestibles con la misma marca en un mismo territorio, que podían inducir al público a error (CE, Sala Contenciosa Administrativa, 2005, No. 17281-11001-03-24-000-2001-00275-01(275)). De manera persistente el Consejo de Estado ha ignorado los Acuerdos de Coexistencia al considerarlos irrelevantes, y se ha limitado a hacer un examen de confundibilidad marcaria.

En ese mismo sentido se fallaron casos como: *ALLEGRA* y *ALLERGAN* (2003), *BON BON BUM* (2005), *GENFAR* (2009), *BODY GEAR* (2010), *PIXMANIA* (2018) y *CAFAM* (2018). Considerando a los acuerdos irrelevantes y un riesgo *per se* de su existencia.

En un caso anómalo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo le dio mayor importancia a la autonomía de la voluntad privada, pero con un argumento diferente. El Consejo de Estado aplicó el literal f) del artículo 136 de la Decisión 486 que dice que en caso de que el titular de una marca registrada dé su consentimiento expreso para permitir que una marca similar a la suya sea registrada, se permitiría el registro.

A propósito, Continental Tire North American Inc. titular de la marca *GENERAL* y General Motors Corporation titular de la marca *GENERAL MOTORS* hicieron un Acuerdo de Coexistencia mundial, en el que General Motors Corporation presentó renuncia parcial de su marca al despojarse de los derechos sobre neumáticos y llantas. Al solicitar el registro de la marca *GENERAL*, la Superintendencia de Industria y Comercio negó la petición. Motivo por el que los titulares acudieron al Consejo de Estado, quien determinó en la Sentencia No. 226187-11001-03-24-000-2002-00237-01 (237), emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado (2007), que la SIC carecía de competencia para negar el registro, pues mediaba el consentimiento explícito de General Motors y expresó “La Administración no puede desatender el claro tenor de la norma comunitaria” refiriéndose a la causal relativa del artículo 136 literal f).<sup>33</sup> En dicha sentencia, el Consejo de Estado cito al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los siguientes términos:

Cuando el artículo 136, literal f), se refiere al consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial, debemos entender que los Acuerdos de Coexistencia Marcaria son una manera idónea para expresar dicho consentimiento y, por lo tanto, es la forma pertinente para permitir la coexistencia de dos marcas potencialmente confundibles sin infringir los derechos de propiedad industrial (Tribunal de Justicia de la CAN, 2011, Proceso 58 IP).

---

33. El tribunal indicó que: El artículo 159 de la Decisión 486 no es aplicable en estos casos, pues rige las condiciones para la comercialización en la subregión de productos o mercancías con marcas idénticas o similares. No así los supuestos bajo los cuales un signo, que pudiese llegar a afectar derechos de terceros, es registrable que es la regulación normativa contemplada en el artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2013, No. 2007-00202, s.p.).

La anterior sentencia es la única, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha tenido en cuenta los Acuerdos de Coexistencia para otorgar un registro marcario. El tribunal se basó en que el caso presenta una *causal de irregistrabilidad relativa*, ya que el literal f) del artículo 136 se constituye como una excepción a la protección de los derechos de los terceros, cuando permite el registro al existir un consentimiento de quienes pudiesen verse afectados con el registro.

En la actualidad, generalmente los Acuerdos de Coexistencia Marcaria no son aceptados por las autoridades, quienes se fundamentan en la falta de medidas necesarias para evitar la potencial confusión por parte de los titulares marcarios.

A propósito, en el caso *STRADA* (2013) dos marcas con el mismo nombre, pero de diferente propietario y producto, decidieron realizar un Acuerdo de Coexistencia para convivir en un mismo mercado. Cuando MATSUSHITA propietaria de la marca *STRADA* solicitó su registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio, se negó su registro debido a la existencia de la marca *STRADA* de propiedad de FIAT, por lo anterior MATSUCHITA acudió al Consejo de Estado presentando el contrato entre las marcas, quien afirmó que “aunque estos acuerdos son actos de la autonomía de la voluntad privada, tienen ciertos requisitos de orden público, de los cuales depende su eficacia” (CE, Sala Contenciosa Administrativa, 2013, No. 2016471 11001-03-24-000-2009-00009-00) y reiteró los requisitos establecidos: i) Adoptar las medidas y previsiones necesarias para evitar la confusión del público; ii) respetar las normas sobre prácticas desleales y promoción de la competencia y iii) ser inscritos en las oficinas nacionales. Sin embargo, a pesar de que los titulares limitaron su mercado para no meterse en el campo de la otra<sup>34</sup>, se negó el registro. La corte afirmó que no se adoptaron las medidas tendientes a evitar la confusión sobre el origen de los productos.

En el caso de la marca *LUCKY CHARMS* cuyo titular es Nestlé, la SIC negó su registro afirmando la existencia de la marca *CHARMS* por lo que su convivencia podría causarle confusión al público. El Consejo

---

34. La marca *STRADA* cuyo titular sea FIAT acogerá productos relacionados para vehículos y accesorios para estos comprendidos en la clase 12 de la Clasificación Internacional. Asimismo, se estipuló que cuando el titular de la marca sea la sociedad MATSUSHITA, esta amparará sistemas de navegación para vehículos y cámaras retrovisoras, productos comprendidos en la clase 9 de la Clasificación Internacional (CE, Sala Contenciosa Administrativa, 2013, No. 2016471 11001-03-24-000-2009-00009-00).

de Estado negó el registro por falta de adopción de medidas necesarias para evitar la confusión entre los consumidores y porque el Acuerdo de Coexistencia firmado entre los titulares no fue inscrito en la oficina nacional competente (CE, Sala Contenciosa Administrativa, 2020, No. 11001-03-24-000-2009-00216-00).

El hecho de que el Acuerdo no haya sido inscrito en la oficina nacional competente, también fue argumento para negar la solicitud de registro marcarío en los casos *RENEGADE*<sup>35</sup> (2020) y *ELT ESPECIALIDADES*<sup>36</sup> (2013); y el argumento “la ausencia de medidas necesarias que eviten la confusión del consumidor” se presentó, además de los citados, en casos como *GRANTRECK*<sup>37</sup> (2015) y *SCORPION*<sup>38</sup> (2016).

De aproximadamente 20 sentencias, proferidas por el Consejo de Estado entre los años 2003 y 2020 en las que se invocaba un Acuerdo de Coexistencia Marcaría, solo 2 accedieron a las pretensiones de la demanda. Los casos en cuestión son los de las marcas *GENERAL MOTORS*<sup>39</sup> (2007) y *BSCH* y *BOSCH*<sup>40</sup> (2005). Hay que recalcar que en el último caso no se tuvo en cuenta el Acuerdo, sino que la corte se basó en un cotejo marcarío para tomar la decisión. Situación que indica que durante más de 10 años el Consejo de Estado se ha negado a registrar a todas las marcas que han solicitado su registro por intermedio de dichos contratos.

Si bien en Colombia la celebración de los Acuerdos de Coexistencia no ha sido efectiva, la SIC ha hecho un esfuerzo para superar el obstáculo del registro de las marcas acordantes en Colombia. Mediante la Resolución 21447 del 2012 se crearon las “Audiencias de Facilitación” con el propósito de resolver los conflictos que se evidencian a

---

35. Caso que se encuentra en el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de junio de 2020, C.P.: Hernando Sánchez Sánchez, núm. único de radicación: 11001032400020160002300.

36. Caso que se encuentra en el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 4 de abril de 2013, C.P.: Guillermo Vargas Ayala, núm. único de radicación: 11001-03-24-000-2008-00116-00.

37. Caso que se encuentra en el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), C.P.: Guillermo Vargas Ayala, núm. único de radicación: 11001-03-24-000-2009-00330-00

38. Caso que se encuentra en el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016), C.P.: María Claudia Rojas Lasso, núm. único de radicación: 11001-03-24-000-2008-00343-00

39. Caso que se encuentra en el pronunciamiento del C.E., Sala Plena, No. 11001-03-24-000-2002-00237-01, 2007. GENERAL y GENERAL MOTORS.

40. Caso que se encuentra en el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. Primera, No. 11001-03-24-000-2001-00264-01, 2005. Caso BSCH y BOSCH.

la hora de registrar marcas que hayan celebrado estos acuerdos. Esta resolución le dio la facultad al Director de Signos Distintivos<sup>41</sup>, además de hacer el examen de registrabilidad, de avalar acuerdos que superen las diferencias entre las marcas.

Las Audiencias de Facilitación procederán en (i) el caso de que no se hubiesen presentado oposiciones a la marca, pero se necesite de la participación del titular de la marca registrada para superar las diferencias y (ii) cuando habiéndose presentado oposiciones, las causales de irregistrabilidad estén situadas en los artículos 135, 136 y 137 de la Decisión 486. Se puede realizar una audiencia de este tipo se haya o no presentado alguna oposición, sin embargo, se establece que solo será viable antes de proferirse una decisión de primera instancia (SIC, Resolución 21447, 2012, Art. 1.2.1.13, Lit. i, j y k.).

Las Audiencias de Facilitación se han convertido en una opción viable y acertada para enfrentar los problemas de tener dos marcas similares. Considerando la gran probabilidad de rechazo de los Acuerdos de Coexistencia marcaria en nuestro país, estas audiencias se han vuelto la oportunidad procesal más adecuada para tener un acuerdo eficaz entre las partes.

#### **4. LOS ACUERDOS DE COEXISTENCIA MARCARIA EN EL DERECHO COMPARADO**

En orden a superar los obstáculos de aplicación que han tenido estos acuerdos es conveniente ver cómo han sido las distintas aplicaciones de dichos contratos en otros países. En esta investigación se citarán a Perú, Estados Unidos y China. Perú por cuanto hace parte de la Comunidad Andina y se regula con la misma legislación de marcas que Colombia; Estados Unidos se hace presente porque en este país se analiza los acuerdos a partir del producto que ofrezca la marca y su impacto en el consumidor; y China por que tiene un desarrollo más objetivo en la materia.

---

41. Algunas de sus funciones esenciales son: Decidir las solicitudes que se relacionen con el registro de marcas y lemas comerciales y adelantar audiencia de facilitación entre los solicitantes de registros de signos distintivos y los terceros que hayan presentado oposiciones al registro. (SIC, 2012, Resolución 21447)



## 4.1 Perú

Perú es uno de los países que resalta por el aporte en la materia dentro de la Comunidad Andina, por lo cual se explicarán dos aspectos fundamentales:

### 4.1.1 *Concepción frente a los consumidores*

Por ser las personas que se buscan proteger al momento de registrar una nueva marca, los consumidores tienen un papel primordial en la aplicación de los Acuerdos de Coexistencia. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina los ha clasificado según su conocimiento entre consumidor medio y calificado, entendiendo a este último como aquel que tiene un conocimiento más amplio sobre los productos ofrecidos y mayor posibilidad de distinguir un bien; y al consumidor medio, como aquel que “hace una lectura superficial de la información que se encuentra a simple vista” (Perrilla Granados, 2015, s.p.).

La Comunidad Andina recomienda que al momento de realizar el análisis sobre la existencia del riesgo de confusión y validar los Acuerdos de Coexistencia, se piense en los consumidores de conocimiento medio. El Indecopi<sup>42</sup>, organismo público autónomo especializado del Estado peruano, manifiesta que, en caso de algunos productos, como los de lujo, la interpretación que deberá aplicarse será la que es suscitada en los consumidores calificados, quienes podrán diferenciar con mayor facilidad si se trata de una marca y no de otra.

Cuando se interpreta la confusión marcaria bajo la óptica del consumidor calificado, la posibilidad de registrar marcas similares aumenta. La razón es que hay menos razones objetivas que demuestren que los consumidores puedan confundirse por lo que consumen, ya que se interpreta que estos realizan compras informadas y razonables.

### 4.1.2 *La fijación de condiciones que deben cumplir los Acuerdos de Coexistencia*

En Perú, el Indecopi precisó las siguientes condiciones que deben cumplir los Acuerdos de Coexistencia: i) la información sobre los signos y sus elementos denominativos y figurativos; ii) delimitación territorial; iii) delimitación en sus productos y servicios; iv) delimitación en el uso y presentación de los signos; v) señalar las consecuencias en

---

42. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

caso de incumplimiento; vi) establecer mecanismos de resolución de controversias en caso de presentarse alguna materia litigiosa (Indecopi, 2014, Resolución No. 4665).

El establecimiento de requisitos más concretos, genera que los titulares conozcan las expectativas que tienen las autoridades para otorgarle validez a estos contratos y por tanto elevan la posibilidad de ser tenidos en cuenta en una solicitud de registro marcario.

## 4.2 Estados Unidos

“Court’s interpretations vary from validating an agreement based solely on its terms without considering public interest to invalidating an otherwise legitimate agreement because it violates public policy. The proposed explanation for this difference is that courts consider the type of products subject to a coexistence agreement”<sup>43</sup> (Moss, 2005, s.p).

Las cortes norteamericanas consideran el tipo de productos involucrados en un Acuerdo de Coexistencia y su impacto en el consumidor. En el caso de artículos de moda, las cortes no estudian la confusión del público, incluso si las marcas son bastantes similares, tal es el caso del Acuerdo de Coexistencia realizado entre las marcas Gucci, Coach y Chanel, donde a pesar de que sus logos y productos tienen potencialidad para confundir al público<sup>44</sup>, estas marcas cuentan con un Acuerdo de Coexistencia, por lo que pueden convivir pacíficamente; caso contrario se presenta en productos fármacos, en donde la afectación al consumidor puede ser mayor y, por lo tanto, las autoridades estudian con más ahínco el riesgo de confusión entre las marcas.

## 4.3 China

En China la generalidad es darle validez a los Acuerdos de Coexistencia dentro de una solicitud de registro marcario. Sin embargo, al igual que en Colombia, este país considera que estos contratos no pueden superar al examen que hagan las autoridades sobre el análisis de una posible confusión. Por lo que su existencia no es razón suficiente para registrar una marca.

---

43. [Las interpretaciones de la corte varían desde validar un acuerdo basado únicamente en sus términos, sin considerar el interés público, hasta invalidar un acuerdo legítimo porque viola los intereses públicos. La explicación propuesta para esta diferencia es que los tribunales le dan especial relevancia al tipo de productos sujetos a un Acuerdo de Coexistencia.]

44. Las tres empresas fabrican productos de moda como bolsos, ropa, zapatos y cosméticos.

Sus autoridades deben considerar los siguientes factores al momento de tomar una decisión: el Acuerdo de Coexistencia Marcaría, el grado de similitud entre las marcas, la cercanía de sus bienes y servicios, así como la popularidad de estos signos (analizan si se trata de marcas reconocidas, que puedan mitigar el riesgo). Adicionalmente, en este país se acostumbra a establecer una cláusula de arbitraje, para que, en caso de disputa, se ahorren tiempos y costos procesales.

In 2016, more than 80 trademarks were approved for registration by courts of first or second instance based on the acceptance of trademark coexistence agreements. In 2017, more than 90 trademarks were approved by the courts based on trademark coexistence agreements<sup>45</sup>. (Xie, 2019, s.p.)

Una de las razones por las que en China ha aumentado la acogida de estos acuerdos, es que las autoridades no se apegan a la existencia de un riesgo de confusión incierto. Desde el Caso Google y Shimano (2016) el Tribunal Supremo Popular, amplió la perspectiva, manifestando que de no existir pruebas objetivas de que el registro de la marca solicitada perjudique el interés público, no es apropiado apoyarse en la existencia de un “riesgo de confusión” para rechazar un Acuerdo de Coexistencia.

## 5. DISCUSIÓN

Se evidenció que en Colombia las autoridades judiciales se han basado principalmente en dos argumentos para negar la validez de los Acuerdos de Coexistencia: i) Que el acuerdo entre las partes es muestra evidente del inminente riesgo de confusión entre las marcas; y ii) La falta de medidas suficientes tomadas por el acuerdo para proteger al público. El punto de partida de la interpretación de las autoridades es que la norma tiene como objeto proteger al consumidor, motivo por el cual, si se evidencia que pueda haber cualquier tipo de riesgo, su registro será rechazado.

Debido a lo anterior “La aceptación de estos acuerdos debe pasar por un proceso de modificación a la norma comunitaria (CAN, 2000, Decisión 486) con el fin de adaptar la legislación a las nuevas realidades de la subregión”. (Londoño y Lamus, 2015, p. 191), esto debido a

---

45. [En 2016, más de 80 marcas fueron aprobadas para su registro por tribunales de primera o segunda instancia con base en la aceptación de Acuerdos de Coexistencia de Marcas. En 2017, los tribunales aprobaron más de 90 marcas en base a Acuerdos de Coexistencia de Marcas.]

que: i) la protección del público consumidor es el argumento para desconocer la autonomía de la voluntad privada y ii) la ausencia normativa no permite darle viabilidad a los Acuerdos de Coexistencia.

### 5.1 La Protección del Público Consumidor

A través de la casuística, se observa que las autoridades realizan una interpretación restrictiva de la norma tendiente a rechazar estos contratos. Presumen mala fe por parte de las empresas cuando realizan Acuerdos de Coexistencia y temen que los derechos de los consumidores puedan ser afectados. En la actualidad, el estudio que hacen las autoridades se suele basar en un cotejo marcario más que en un análisis del acuerdo. Lo que, a consideración de los titulares marcarios, constituye una “restricción a sus libertades comerciales porque limita sus posibilidades de expansión” (Londoño y Lamus, 2015, p. 181).

Esto se da debido a que aceptar el registro de marcas idénticas o similares podría generar confusión entre los consumidores. Sin embargo, esta razón es el precepto base para realizar estos acuerdos, pues los titulares se sienten motivados a crearlos cuando identifican que existe confusión entre sus marcas.

Un fallo del TPI - Indecopi, Tribunal Administrativo de Perú (como se citó en Mujica San Martín, 2010, s.p.) concluyó “Se determina que es posible su coexistencia en el mercado sin riesgo de inducir a confusión al público consumidor; más aún si se tiene en cuenta que existe un Acuerdo de Coexistencia celebrado entre los titulares de los signos”<sup>46</sup>. Posición que se contrapone al análisis que, de los mismos, ha hecho Colombia, considerándolos un riesgo *per se* de su existencia y no como señal de que se han tomado medidas para prevenir que se caiga en confusión<sup>47</sup>.

Al acordar que dos marcas coexistan en un mismo mercado, no se pretende eliminar su capacidad distintiva o confundir a los consumidores, por el contrario, se desea salvaguardar y hacer subsistir la identidad marcaria que cada marca posee, pues a causa de que las marcas

---

46. Esta posición también fue tomada en la Resolución 4665, TPI - Indecopi, 2014.

47. Los acuerdos de coexistencia no se celebran a la ligera. Por el contrario, como sostuvo la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito Federal en el caso *In re Four Season Hotel Limited* “...en ausencia de evidencia en contrario, un acuerdo de coexistencia en sí mismo puede constituir evidencia de que no existe riesgo de confusión...” (Rodríguez García, 2012, s.p.).

van adquiriendo posicionamiento al pasar del tiempo, a los titulares no les conviene que su identificación no sea clara.

Si bien no se deben desconocer los derechos del público, el análisis de un Acuerdo de Coexistencia debe trascender el paternalismo y ser más objetivo, buscando amparar al consumidor sin desconocer la voluntad privada. Los Acuerdos de Coexistencia no buscan perjudicar los derechos de los consumidores o perpetuar actos de competencia desleal, sino que son herramientas que usan los titulares de marcas similares para buscar soluciones que permitan su coexistencia en el mercado. Como dijo la Corte de apelaciones de los Estados Unidos, en el caso *Bongrain International (American) Corporation Vs Delice de France Inc.* (Como se citó en Rodríguez, 2014):

(...) en casos de marcas involucrando acuerdos que reflejan la visión de las partes sobre la posibilidad de confusión en el mercado, los empresarios están en mucho mejor posición de conocer la situación de la vida real que los burócratas o jueces y, por tanto, tales acuerdos pueden, de acuerdo a las circunstancias, tener un gran peso (...) (s.p.).

Se propone tener en cuenta la posición que ha tomado el Tribunal de Justicia de la CAN en casos tales como Proceso 58 IP - 2011 y Proceso 37 IP - 2013, donde se afirma que la causal de irregistrabilidad marcaría debe ser tomada como relativa y no como absoluta, ya que el artículo 136 de la Decisión 486, en su literal f) admite el registro de un signo cuando media el consentimiento del titular que tiene registrada una marca similar<sup>48</sup>. Tal como lo expone Yira López Castro (2011):

Indicar que la autonomía privada permite el registro simultáneo de signos distintivos sitúa a los Acuerdos de Coexistencia en el ámbito de irregistrabilidad relativa y no en el de la causal de irregistrabilidad absoluta por falta de distintividad, ubicación que cambia sustancialmente la perspectiva del análisis (s.p.).

## 5.2 La Ausencia Normativa

### 5.2.1 Una Necesidad de Fijar Parámetros Claros de Realización

La norma no dispone de una fórmula clara para permitir la viabilidad de los Acuerdos de Coexistencia, lo que genera, por un lado, des-

---

48. De conformidad con el artículo 136: "No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: (...) f) consistan en un signo que infrinja el derecho de propiedad industrial o el derecho de autor de un tercero, salvo que medie el consentimiento de éste". (CAN, 2000, Decisión 486)

conocimiento por parte de los titulares para realizar contratos que se ajusten a las exigencias de las autoridades y, por el otro, un apego por parte de las autoridades hacia el riesgo de confusión entre las marcas.

La falta de regulación conlleva a que los titulares elaboren de forma escueta los acuerdos, ya que no toman las previsiones necesarias para que sus marcas sean distinguibles, por tanto, no suplen las medidas esperadas por las autoridades. Como se evidenció en la jurisprudencia, algunos de los errores típicos se suelen dar por no inscribir el acuerdo en las oficinas nacionales competentes, no adjuntar el acuerdo en la demanda o no tomar las suficientes medidas para mitigar el riesgo. Actuar que se sustenta en i) el desconocimiento de estos contratos atípicos y ii) en la ausencia propositiva de los empresarios y sus representantes legales.

El Consejo de Estado ha venido argumentando sus fallos en que el acuerdo “carece de las medidas necesarias para evitar que los consumidores caigan en confusión” sin embargo, no se sabe cuáles son dichas medidas. Por lo que, si bien a cada caso se le debe hacer un análisis particular, tener unas medidas determinadas serviría como guía para aumentar las probabilidades de que estos contratos sean válidos y facilitar la coexistencia entre marcas.

### **5.2.2 *No se tuvo en cuenta otros países***

La norma actual limita la convivencia a la existencia de dos marcas existentes en la subregión. La CAN hace esta aclaración con la finalidad de impulsar la comercialización entre sus países miembros, pero no contempla la posibilidad de que marcas extranjeras que no hayan nacido en alguno de los 4 países de la subregión quieran entrar al país o que dos marcas connacionales, siendo similares, traten de solucionar sus diferencias por medio de esta figura. Situaciones frecuentes que también necesitan regulación.

## **5.3 Otras recomendaciones**

### **5.3.1 *Las Warning Labels***

Estos acuerdos deben buscar disminuir el riesgo de confusión mediante la imposición de previsiones que otorguen la suficiente información sobre el origen de los productos y/o servicios. Beltrán, A. y Daza, A. (2020) han recomendado la aplicación de *Warning Labels*. Etiquetas que reafirman el origen empresarial de los productos sometidos a Acuerdos de Coexistencia. Una señalización en el empaque, le otorga al consu-

midor seguridad para elegir los productos y facilidad para superar los riesgos que se puedan presentar por marcas similares. Esta es una opinión compartida, pues diferentes investigaciones<sup>49</sup> han arrojado que la inclusión de etiquetas en los productos ayuda a los consumidores a tomar decisiones más conscientes a la hora de elegir un bien o servicio. Se puede citar el caso de las etiquetas en empaques de tabaco o las incluidas en productos alimenticios que se hacen en diferentes países<sup>50</sup> para controlar la obesidad y la salud de los ciudadanos. Etiquetas que indican, de forma clara y de fácil percepción, si el producto es alto en azúcares, en grasas saturadas, en calorías o en sodio (Figura 1).



**Figura 1.** Tomado de *Nuevo etiquetado de alimentos en México, de los mejores del mundo: Unicef*, por Códigoqro, 2020.

Esta información ha ayudado en gran medida a la elección consciente al momento de hacer una compra. Por lo cual, hacer una inclusión de este tipo de categorías, adaptadas al caso en concreto de los Acuerdos de Coexistencia, ayudaría a los consumidores a hacer una elección acertada.

### **5.3.2 La Escala Móvil**

In evaluating the validity of coexistence agreements, courts should consider public interest based on a sliding scale. The more vital the public

49. Investigaciones tales como: Morais Sato P, Mais LA, Khandpur N, Ulian MD, Bortoletto Martins AP, Garcia MT, et al. (2019) Consumers' opinions on warning labels on food packages: A qualitative study in Brazil. PLoS ONE 14(6): e0218813. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0218813> - VanEpps EM, Roberto CA. (2016). The Influence of Sugar-Sweetened Beverage Warnings: A Randomized Trial of Adolescents' Choices and Beliefs. American Journal of preventive medicine, volume (51), 664–672. doi: 10.1016/j.amepre.2016.07.010. 61)

50. Tal es el caso de Ecuador, Chile o México, donde los alimentos advierten sobre su peligro.

interest implicated by the agreement (such as public health) the more strictly should the court scrutinize it<sup>51</sup> (Moss, 2005, s.p.).

Las autoridades tienen la obligación de estudiar estos contratos, sin embargo, su rigurosidad no puede ser la misma para toda clase de productos. Se recomienda que, a mayor interés del público, las autoridades le den menos peso a la iniciativa de la voluntad privada, y a menor peso del interés del público mayor peso a la voluntad privada. Esto traería como consecuencia una mayor aceptación de los Acuerdos de Coexistencia y, por lo tanto, un aumento en el registro de aquellas marcas similares que buscan entrar al mercado.

Se debe buscar que la generalidad sea que los Acuerdos de Coexistencia tengan validez. El hecho de otorgarle peso a estos contratos, no significaría que en un futuro el registro de la marca pueda ser cancelado si se demuestra que ha causado perjuicio a los consumidores. Por lo que las autoridades deberán brindar herramientas jurídicas para que los consumidores puedan solicitar la cancelación del registro, en caso dado de que la coexistencia marcaría esté afectando el interés general del público consumidor.

Por otro lado, debe haber más rigurosidad en el análisis en los casos donde las marcas involucradas distinguen productos que puedan afectar derechos fundamentales como la salud de los consumidores. El camino para un registro de marca en estos casos es más estrecho, pues se dispone de un interés vital del público, por lo que las autoridades deben evaluar con mayor rigurosidad estos contratos.

## CONCLUSIONES

Los Acuerdos de Coexistencia Marcaria nacen de una necesidad del mercado y son instrumentos diseñados con el propósito de evitar la infracción a derechos marcarios. El lenguaje tiene limitaciones, lo que conduce a las marcas a elegir nombres similares, los Acuerdos de Coexistencia se presentan como solución donde normalmente existiría conflicto. Pragmáticamente, sirven para restringir el uso de las marcas, mejorar su identificación y, por lo tanto, afianzar la comercialización en diferentes mercados.

---

51. [Al evaluar la validez de los acuerdos de convivencia, los tribunales deben considerar el interés público con base en una escala móvil. Cuanto más vital sea el interés público implicado por el acuerdo (como la salud pública), más estrictamente debería examinarlo el tribunal.]



Los Acuerdos de Coexistencia deben procurar disminuir el riesgo de confusión por lo que su creación no es motivo suficiente para ser aceptados o convivir en un mercado, pues, “aunque son actos que nacen de la voluntad privada tienen requisitos de orden público de los cuales depende su eficacia” (Tribunal de Justicia de la CAN, 2011, Proceso 58 IP).

En el caso de Colombia, los Acuerdos de Coexistencia han sido vistos como una conducta tendiente a afectar al consumidor. En algunas ocasiones han llegado a ser entendidos como un indicio indiscutible del riesgo y se ha pensado que su concesión está destinada a confundir al público. En otros momentos, han sido ignorados al momento de hacer el análisis correspondiente y en la actualidad, a pesar de que son tenidos en cuenta al momento del estudio, su interpretación atenta contra los derechos de empresa por no llegar a ser efectivos, pues tanto los titulares, como los consumidores y el mercado suelen tener ventajas en la realización de estos contratos.

Se argumenta la prohibición del registro de dos marcas similares o iguales, no obstante, no se considera que esta causal debe ser tomada como relativa y no como absoluta. De acuerdo al Tribunal de Justicia de la CAN en su artículo 136 literal f), los Acuerdos de Coexistencia son una manera idónea para expresar el consentimiento del titular que ya tenga una marca registrada en el mercado.

En el artículo se identificó que las dos razones principales por las cuales las autoridades rechazan estos acuerdos son: i) Que el acuerdo entre las partes es muestra evidente del inminente riesgo de confusión entre las marcas; y ii) La falta de medidas suficientes tomadas por el acuerdo para proteger al público. Los obstáculos que hacen que su registro no sea válido parten de que la norma comunitaria tiene como propósito salvaguardar los derechos de los consumidores y se consolidan en i) Una ausencia normativa y ii) La prevalencia del interés general.

La ausencia de una fuente normativa clara, se fundamenta en que no existe un artículo en la Decisión 486, o en norma posterior, que regule expresamente los Acuerdos de Coexistencia. La falta de previsión del legislador ha generado que los particulares no tengan seguridad a la hora de realizar estos acuerdos. Algunos contratos carecen de medidas para prevenir el riesgo de confusión que pueda afectar a los consumidores y otros tantos, aunque con buena previsión, no tienen forma de

exigir su registro ante las autoridades debido a la ausencia de regulación.

Se requiere que Colombia precise unas condiciones normativas específicas que permitan hacer posible la aplicación de estos acuerdos<sup>52</sup>. Requisitos que deben remitirse a las previsiones necesarias para evitar la confusión de los consumidores, tales como: la delimitación del uso de la marca en el territorio, en los productos y en la forma de los signos.

Es necesario que la Comunidad Andina, modifique la Decisión 486 del 2000 en relación a los Acuerdos de Coexistencia Marcaria y establezca parámetros claros para su validez. Debido a que la norma comunitaria presenta un vacío, al tiempo que no responde a las necesidades de la subregión.

La prevalencia del interés general sobre el particular ha tenido gran impacto. A diferencia de Estados Unidos, donde prima la autonomía de la voluntad privada, en nuestro país se le ha dado prioridad a la protección de los consumidores. Haciendo que las autoridades analicen los acuerdos regidos por esta regla general, sin considerar que los Acuerdos de Coexistencia son una excepción a la prohibición de registrar marcas idénticas o similares. Al respecto, la solución que han dado las cortes en China es buscar que la confusión se base en pruebas objetivas y no en un posible riesgo de confusión, hecho que ha generado un aumento en el registro de marcas que se soportan en Acuerdos de Coexistencia, por lo que se recomienda analizar esta posibilidad en el caso colombiano. Se precisa, que no se busca eliminar el examen de confusión marcario o disminuir la importancia de que el consumidor caiga en confusión, sino de hacer un adecuado análisis de ponderación, que no desconozca los derechos de libertad empresarial.

El hecho de que se suscriba un Acuerdo no genera una obligación para ser registrado, pero tampoco debe significar que los mismos no tengan alguna validez. El estado no debe tomar como pretexto el hecho de la protección al derecho del público para olvidar la iniciativa privada, que permite el desarrollo de actividades económicas y que responde a fines constitucionales.

Las autoridades deberán analizar estos acuerdos basándose en una escala móvil, donde a mayor el interés del consumidor, más fuerte de-

---

52. Mientras la norma comunitaria lo regula con mayor precisión.

berá ser el estudio y menor el peso de la voluntad privada y cuando menor sea el interés del consumidor, mayor será el peso que se le debe dar a estos acuerdos.

Debido a las necesidades de comercialización, el derecho de marcas está en constante evolución y la figura de los Acuerdos de Coexistencia responde a una práctica muy utilizada a nivel mundial que responde a una voluntad razonable: el coexistir en un mismo mercado sin buscar afectar a terceros. Por lo que “Aún más, en esta institución que protege el ingenio se puede constatar cómo sociedad y derecho son causa y efecto, y cómo los cambios en la humanidad exigen, y normalmente logran, cambios jurídicos” (Llinares, 2007, s.p.).

## REFERENCIAS

- American Bar Association (2020). Winston Churchill Versus Winston Churchill: The True Story of a Trademark Coexistence Agreement. *Landslide Magazine*, 12 (4). Recuperado de <https://toputitbluntly.com/2020/04/28/winston-churchill-the-last-lion-and-one-of-the-first-proponents-of-trademark-coexistence-agreements/>
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional N° 116. Recuperado de <http://bit.ly/2NA2BRg>
- Beltrán, A., y Daza, A. (2020). *El riesgo de confusión como limitante de los acuerdos de coexistencia marcaría en Colombia*. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/50545>
- Breuer Moreno, P. (1946). *Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio*. Michigan: Editorial Robis.
- Business Development Bank of Canada [bdc] (s.f.). *Goodwill*. Recuperado de <https://www.bdc.ca/en/articles-tools/entrepreneur-toolkit/templates-business-guides/glossary/good-will>
- Clasificación de Niza (1957). *Arreglo de Niza*. Recuperado de [https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/en/fr/?basic\\_numbers=show&class\\_](https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/en/fr/?basic_numbers=show&class_)

number=30&explanatory\_notes=show&lang=en&menulang=en&mode=flat&notion=&pagination=no&version=20210101

Comunidad Andina de Naciones (2000). *Decisión 486 “Por la cual se define Régimen Común sobre Propiedad Industrial”*. La Comisión de la Comunidad Andina. Recuperado de <http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/Decisiones/dec486si.asp>.

Costa, J. (2004). *La imagen de marca: Un fenómeno social*. Madrid: Paidós Ibérica.

Fernández Novoa, C. (1984). *Tratado Sobre Derecho de Marcas*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Llinares, F. (2007). El futuro de la Propiedad Intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet. *Revista de la facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, pp. 103-155.

Londoño, J., Lamus, M. (2015). La aceptación de los acuerdos de coexistencia en el Derecho Comunitario Andino. *Simposio sobre el Régimen de Propiedad Industrial Comunidad Andina - 15 años de la Decisión 486* (53), pp. 181 - 193.

Ministerio de Desarrollo Economico (1992, 31 de diciembre). *Decreto 2153. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 40.704. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2153\\_1992.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html)

Moss, M. (2005). Trademark coexistence agreements: Legitimate contracts or tools of consumer deception?”. *Loyola Consumer Law Review*, pp. 194-221. Recuperado de <https://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1198&context=lclr>

Mujica San Martin, M. (2010). El Concierto de Voluntades en el Plano Marcario: Los Acuerdos de Coexistencia de Marcas sí Importan. *Derecho & Sociedad* (35) 273–279. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13307>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2006, noviembre). La P.I. y las empresas: La coexistencia de marcas. *Revista de la OMPI*, 6. Recuperado de [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2006/06/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2006/06/article_0007.html)

Otamendi, J. (2003). *Derecho de Marcas*. LexisNexis - Abeledo-Perrot (ed.).

- Perilla Granados, J. S. A. (2015, diciembre). Construcción antiformalista del consumidor medio. *Revista de Derecho Privado*, 54.
- Ramírez Vallecilla, N. M., & Vernaza Gómez, P. R. (2016). La Idoneidad de los Acuerdos de Coexistencia Marcaria como medios para evitar el riesgo de confusión en los consumidores. *Repositorio Institucional*.
- Riofrío Martínez, J. C. (2003). Principios del Derecho de Marcas. *Dominus Intelectualis No. 1*. Recuperado de [https://works.bepress.com/juan\\_carlos\\_riofrio/12/](https://works.bepress.com/juan_carlos_riofrio/12/)
- Rodríguez García, G. (2012). Superando los absurdos reparos a los acuerdos de coexistencia de marcas. *Advocatus*, (027), pp. 403-409. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4171>
- Secretaría General de la Comunidad Andina (2018, mayo). *Normativa Andina y herramientas de interés para la población afrodescendiente de la Comunidad Andina*. Recuperado de <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2019326145523Normativaafrodescendientes.pdf>
- Sentencia Número 11001-03-24-000-2001-00160-01 (2004, 26 de agosto). Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa (C. Arciniegas Andrade M.P).
- Sentencia Número Sentencia No. 223715 11001-03-24-000-2001-00087-01 (6903) (2004). Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera. *Caso "WEGA"*, (G.E. Mendoza Martelo. M.P).
- Sentencia Número 11001-03-24-000-2001-00264-01 (2005). Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera. *Caso BSCH y BOSCH*, (C. Arciniegas Andrade. M.P).
- Sentencia Número 11001-03-24-000-2008-00343-00 (2016). Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera. (Rojas Lasso. M.P).
- Sentencia Número 11001-03-24-000-2001-00275-01 (2005, 17 de febrero). Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera. (Rojas Lasso. M.P).
- Sentencia Número 217249 - 11001-03-24-000-1999-06004-01 (6004). (2005, 28 de marzo). Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera. (C. Arciniegas Andrade M.P).
- Sentencia Número 226187 - 11001-03-24-000-2002-00237-01 (237). (2007, 8 de diciembre). Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera. (C. Arciniegas Andrade M.P).

Sentencia Número 11001-03-24-000-2009-00417-00 (2018, 8 de marzo). Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Primera. *Marca Deloitte*. (E. García González M.P.).

Storkebaum, R. (1978). The Evolution of the Concept of “Pre-Right Declarations” Into Co-existence Agreements. *Trademark Reporter* 68 (1), 8. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/thetmr68&div=14&id=&page=>

Superintendencia de Industria y Comercio (2015, 29 de diciembre). *Resolución 102829 “Por medio de la cual se decide una solicitud de registro marcario”*. Recuperado de <http://sipi.sic.gov.co/sipi/Common/Utils/GetFile.aspx?&id=090000028036f88a>

Superintendente de Industria y Comercio (2012, 11 de abril). *Resolución 21447. Por la cual se modifican los Títulos X y XI de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Diario Oficial. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=4039563>

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Propiedad Intelectual (2014, 15 de diciembre). *Resolución 4665. (Perú)*. Recuperado de [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4511/1378\\_SPI\\_SD\\_Resolucion\\_4665-2014-TPI.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4511/1378_SPI_SD_Resolucion_4665-2014-TPI.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2001, 31 de octubre). *Proceso 50 IP-2001*. Recuperado de <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace739.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2003, 6 de marzo). *Proceso 109 IP-2002*. Recuperado de <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace914.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2003, 9 de octubre). *Proceso 104 IP-2003, Caso “BSCH mixta.”* Recuperado de <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/104-IP-2003.doc>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2010, 10 de mayo). *Proceso 22 IP-2010*. Recuperado de <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/22-IP-2010.doc>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2010, 4 de marzo). *Proceso 004-IP (p. 15)*. Recuperado de <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/4-IP-.doc>

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2011, 22 de septiembre). *Proceso 58-IP* (p.13). Recuperado de <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/58-IP-2011.doc>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2013, 25 de abril). *Proceso 37-IP* (p. 19). Recuperado de <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/37-IP-2013.doc>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2016, 28 de noviembre). *Proceso 438-IP* (p. 13). Recuperado de [http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/438\\_IP\\_2016.pdf](http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/438_IP_2016.pdf)
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2018, 31 de julio). *Proceso 736-IP*. Recuperado de <http://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/736-IP-2018.pdf>
- Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (2006, 8 de abril). *Apple Corps. Limited vs Apple Computer, Inc.* (England). Recuperado de <https://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/Apple-Corps-Ltd-v-Apple-Computer-Inc-ChD-8-May-2006.pdf>
- Xie, J. (2019). *How effective are trademark coexistence agreements in China?* Managing IP Correspondent. Recuperado de <https://www.managingip.com/article/b1kblzl33kch90/how-effective-are-trademark-coexistence-agreements-in-china>
- Yira López-Castro (2011, 17 de noviembre). La autonomía contractual como sustento para la coexistencia de registros marcarios en Colombia. *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, 13 (2). DOI: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1774>

## INDICE DE AUTORES

### **LUISA MARÍA MELO ARIAS**

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Correo: luisamelo9719@gmail.com.

### **JUAN SEBASTIÁN EGAS NARANJO**

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Correo: sebase-16@hotmail.com.

### **JUAN FRANCISCO ROSERO HENAO**

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Correo: juanroserohenao@gmail.com

### **YENIFER MARCELA MUÑOZ CERÓN**

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.

### **RODRIGO HERNÁN ESTUPIÑÁN INSUASTI**

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.

### **DEISSY GABRIELA MARTÍNEZ CUARÁN**

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.



**ASTRID LORENA CASANOVA**

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.

**JESICA LIZETH DELGADO SOLARTE**

Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Celular: 3007177984. Correo electrónico: jds14399@gmail.com

**LUIS HERNÁN BLADIMIR TOBAR CORTÉS**

Abogado de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Nariño, correo: luhe36682@hotmail.com

**LAURA CAROLINA VELA MONCAYO**

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. E-mail: lauracvela@hotmail.com

## COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

### MIEMBROS EXTERNOS

#### **MARIANA BERNAL FANDIÑO**

Abogada y Doctora en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Máster en Derecho Comercial y en Derecho Internacional Privado de la Universidad de París II. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

#### **DIEGO ANDRÉS SOLANO OSORIO**

Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; curso de perfeccionamiento en Derecho de la Competencia de la Universidad Externado de Colombia; Máster en American Law con énfasis en Propiedad Intelectual y Negocios Internacionales de Boston University. Docente investigador vinculado a la Línea de Investigación de Propiedad Intelectual, Derecho de Consumo y Derecho de la Competencia. Docente de pregrado de la Facultad de Administración; profesor de pregrado módulo Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho, y profesor de Derecho de la Competencia en la especialización y maestría de Derecho Comercial. Se ha desempeñado como abogado en Chemás Roldán, Machado & Asociados y Sotomonte & Sotomonte Abogados, y en el Departamento Legal de British American Tobacco Colombia. Abogado de la Delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

#### **LAURA CATHERINE IBARRA**

Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor de la Universidad Sergio Arboleda. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Contratista del Grupo de Trabajo de Defensa del Consumidor adscrito a

la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

### **JORGE LUIS SÁNCHEZ MEZA**

Universidad del Rosario, Magister en Derecho de la Empresa y de los Negocios y candidato a doctor en Derecho y Ciencia Política de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Director del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación San Juan de Capistrano y docente de pregrado del componente académico de Derecho Privado de la Universidad Cesmag; docente investigador de la Maestría en Derecho de la Universidad Mariana y abogado asociado de la empresa Sánchez Firma de Abogados S.A.S., ubicada en la ciudad de Pasto.

### **JUAN PABLO ROSERO GOMAJOA**

Abogado litigante, Magister en Gerencia Social y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño.

### **LORENZO-MATEO BUJOSA VADELL**

Catedrático (*Full Professor*) de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Investigador Principal del Grupo de Investigación “Iudicium: Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca”. Coordinador del Programa de Doctorado de la Universidad de Salamanca “Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social”.

### **JORGE OVIEDO ALBÁN**

Doctor en Derecho y Magister en Derecho Privado por la Universidad de los Andes de Santiago de Chile. Abogado y Especialista en Derecho Comercial por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Jefe del departamento de Derecho Privado de la Universidad de La Sabana. Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Árbitro.

### **ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO**

Abogado de la Universidad del Rosario. Tiene un posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana. Es Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Summa Cum Laude de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). Fue

abogado del Departamento Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá y redactor de Legis. Fue miembro de la Comisión Redactora de la Ley 527 de 1999 “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Árbitro de la Superintendencia de Sociedades. Representante por Colombia en el 31er periodo de sesiones de Uncitral. Es miembro del Comité de Costumbre y Presidente del Subcomité de Prácticas Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá. Es miembro del Colegio de Abogados Comercialistas de Bogotá. Integró el Task Force de Franquicia Maestra de la Cámara de Comercio Internacional. Socio de KMJ Legal & Tax. Ha sido profesor de las universidades del Rosario, la Sabana, Santo Tomás, Medellín y de los Andes. Actualmente es profesor de la Universidad Sergio Arboleda y director de la Especialización en Derecho Privado de la misma institución.

### **ELIZABETH RAMÍREZ LLERENA**

Abogada. Especialista en Docencia Universitaria. Especialista en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social. Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas.

## **MIEMBROS INTERNOS**

### **OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO**

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de pregrado y postgrado de la Universidad de Nariño.

### **JIMI BENAVIDES CORRALES**

Abogado. Especialista en Docencia Universitaria. Magister en Derecho Administrativo. Docente Universidad de Nariño, Universidad Cesmag, Colegio Nacional de Abogados seccional Nariño, conciliador en Derecho, integrante fundador del capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Se ha desempeñado en diferentes cargos administrativos como jefe de Control Interno, jefe de la oficina Jurídica, jefe de almacén, jefe de archivo y secretario general de la Universidad de Nariño, jefe de contratación establecimiento de sanidad militar BASPC 26, asesor de municipios, personero municipal La Llanada, Nariño.

## INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

### 1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

- **Artículo de reflexión:** El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.
- **Artículo de revisión:** El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

## **2. RESERVA DE DERECHOS**

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN).

## **3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS**

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.
- 3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. NOMBRE DEL AUTOR: Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. RESUMEN: Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. PALABRAS CLAVES: Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el Thesaurus de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. EXTENSIÓN: El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (letter) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. TIPO DE LETRA: Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. MÁRGENES: 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. SANGRÍA: Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. ESTRUCTURA: El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3....), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. IMÁGENES: El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto, deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.
- 3.13. PALABRAS EN LATÍN: Las palabras en latín deben ir en cursiva.

- 3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.
- 3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

#### **4. FORMA DE ENVÍO**

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

El autor deberá enviar:

Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)

- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada (Disponible en: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co), y en [rcodex.udenar.edu.co](http://rcodex.udenar.edu.co))
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co), y en [rcodex.udenar.edu.co](http://rcodex.udenar.edu.co))

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

#### **5. PROCESO DE ARBITRAJE**

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:

- Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.



- **Pertinencia del tema:** El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
- **Originalidad:** El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.

Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:

- **Evaluación de estructura:** Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
- **Rigor científico y académico:** Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
- **Estado del arte:** Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
- **Fuentes bibliográficas:** Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.

Los árbitros brindarán la siguiente calificación:

- **No publicable.** El artículo no se publicará.
- **Publicable sin correcciones:** El artículo pasa directamente a fase de publicación
- **Publicable con correcciones:** En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.

La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

## **6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX**

- La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros

aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.

- La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.
- Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

## **7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES**

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: [http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

## **8. RECIPROCIDAD**

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

## **9. DATOS DE CONTACTO**

- Página web: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co)
- Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- Correo electrónico: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)
- Teléfono: 57 (602) 7315438

## MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- <http://www.apa.org/>
- <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

### 1. CITAS

#### 1.1. Cita textual de menos de 40 palabras

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

--

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por

Muñoz (2007) permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos”. (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

## 1.2. Cita textual de más de 40 palabras

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p. 22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p. 22)

## 1.3. Cita de parafraseo

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica. (Muñoz, 2007)

----

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

#### **1.4. Citas de textos con varios autores**

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que....

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005).

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....

De esta forma Pérez et al. (2010), afirma....

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010). Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010).

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde la primera citación.

#### **1.5. Cita de textos de autor corporativo**

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012)...., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012).

## 1.6. Cita de textos anónimos

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

## 1.7. Cita de cita

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

## 1.8. Notas

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

## 1.9. Sentencias

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92).

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014).

## 1.10. Leyes

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001).

(Colombia, Código Civil).

## 2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

### 2.1. Libros

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

## 2.2 Libros de varios autores

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis Editores.

## 2.3 Libro con editor (los capítulos son escritos por varios autores)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

## 2.4 Libro en versión electrónica

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

## 2.5. Capítulo de libro

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En: A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. xx - xx). Ciudad, País: Editorial.

Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

## 2.6. Artículo de revista

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

## 2.7. Artículo de periódico

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp. Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

## 2.8. Autor corporativo - informe gubernamental

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de: <http://www.xxx.xxx>

## **2.9. Tesis y trabajos de grado**

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

## **2.10. Sentencias**

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

## **2.11. Leyes**

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual...”



## **SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA**

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

## **CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA**

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón *on line* disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

**REVISTA CIENTÍFICA CODEX**  
**CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA**

Nombre y/o Institución:

\_\_\_\_\_

Cédula/NIT/DNI \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

Depto/Estado: \_\_\_\_\_ País: \_\_\_\_\_

A.A. \_\_\_\_\_ Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_

Pertenencia Institucional: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

Esta obra se imprimió en  
GRAFICOLOR PASTO SAS  
Calle 18 No. 29-67 - Tel. 602 731 06 52  
[graficolorpasto@hotmail.com](mailto:graficolorpasto@hotmail.com)  
San Juan de Pasto - Nariño