

Análisis de la autonomía privada en la transnacionalización de capitales*

*Sandra Eliana Cataño Berrío***

* El presente artículo contiene los resultados de la investigación *Ejercicio de la autonomía privada en el contexto de la transnacionalización de capitales*, realizada para optar al título de Magíster en Derecho, modalidad investigativa, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

** Abogada y Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Profesora de tiempo completo, perteneciente al área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. sandraelianaca@gmail.com

Resumen

En la contratación comercial internacional, celebrada por algunas empresas colombianas con compañías transnacionales, es posible observar la configuración de relaciones que obedecen a un esquema centro-periferia a través de estructuras dominantes con respecto a estructuras dominadas, reflejada en la organización y funcionamiento que tienen las compañías transnacionales y su relación con la empresa nacional, como también con el empleo de algunas cláusulas y prácticas contractuales. Se presenta, además, una complejidad de factores que intervienen en la negociación comercial internacional, con una pluralidad de campos sociojurídicos, gozando de mayor predominio e influencia el campo transnacional.

Palabras clave

Globalización económica, transnacionalización de capitales, empresas transnacionales, autonomía privada, contratación comercial internacional, centro-periferia, cláusulas contractuales, prácticas contractuales.

Abstract

In international commercial contracts, formed by some Colombian corporations with multinational corporations, it is possible to see how relationships are built around a center-periphery model. This is done through dominant and dominated institutions, and it is evidenced by the organization and operation of multinational corporations, by their relationship with national corporations, and also by the use of certain contractual terms and practices. Furthermore, a series of different elements play a part in international commercial contracts, where one can find a diverse array of sociolegal fields, among which the transnational field is dominant and most influential.

Keywords

Economic globalization, transnational capitals, multinational corporations, freedom of contract, international commercial contracts, center and periphery, contractual terms, contractual practices.



1. Introducción

En el presente artículo se exponen algunos análisis sobre las transformaciones que el ejercicio de la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración negocial¹, está teniendo en el contexto del proceso de la transnacionalización de capitales², a partir de las cláusulas y prácticas contractuales presentes en algunos contratos comerciales internacionales, celebrados por empresas colombianas de diversos sectores de la economía nacional.

Se trata, por tanto, de establecer la relación de los desarrollos conceptuales de las categorías *transnacionalización de capitales* y *autonomía privada* con los hallazgos en algunos contratos comerciales internacionales consultados, en entrevistas realizadas y en normas consultadas, con el fin de identificar las transformaciones de la autonomía privada, en términos del fortalecimiento o consolidación de esta potestad de autorregulación de los particulares o, por el contrario, el deterioro de dicha autonomía o, simplemente, un replanteamiento del ejercicio de esta. Para lo cual se emplean los enfoques teóricos de la pluralidad de campos sociojurídicos, de la interpenetración cualitativa³

¹ Se entiende por autonomía privada, de acuerdo con algunos autores (Ferri, 1957; Bigliuzzi-Geri et al., 1995; Ballesteros, 1999), el reconocimiento a la libertad individual, como potestad normativa, como poder de autorregulación de las relaciones jurídicas de los particulares y como principio general del derecho privado. Una de sus principales manifestaciones es la libertad de configuración negocial o autonomía material, que consiste en la facultad que tienen los particulares de fijar el contenido de las cláusulas que regirán el negocio y los efectos jurídicos de este.

² El proceso de transnacionalización de capitales, que hace parte del fenómeno de la globalización económica, se manifiesta en una organización de la producción, la distribución y la comercialización de bienes y servicios a escala planetaria, con la dispersión geográfica de esas diversas operaciones, con el fin de aprovechar las ventajas comparativas que cada mercado local, nacional y regional ofrece. Su principal representante es la empresa transnacional.

³ De acuerdo con la investigación realizada, el campo jurídico no se restringe a un único ámbito, sino a múltiples espacios donde se desarrolla éste, con la pluralidad de ordenamientos jurídicos: local, nacional y transnacional, donde más de un sistema opera en una misma unidad política (De Sousa, 2002: 23) presentándose, además, una lucha constante por definir qué es el derecho y quién da el derecho. En esos tres

(De Sousa, 1991; De Sousa, 2002) y de centro-periferia⁴ (Filippo, 1998).

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

El fenómeno de la globalización económica⁵ ha generado algunos cambios en el contexto socioeconómico con influencia, sin lugar a dudas, en la configuración y el desarrollo de las relaciones contractuales originadas en el comercio internacional, produciendo ciertas transformaciones en el ejercicio de la libertad de configuración negocial, como manifestación de la autonomía privada, a través de la interacción de algunos aspectos, tales como el empleo de contratos estandarizados con presencia, en ocasiones, de cláusulas abusivas; la asimetría contractual; la incorporación, cada vez más creciente, de usos y prácticas en el contenido y ejecución de los negocios jurídicos; el surgimiento de un derecho de tipo corporativo originado en las casas matrices de las empresas transnacionales y en agencias privadas financiadas por éstas⁶. Dichas interacciones generan dos cuestionamientos específicos frente a la celebración de contratos

tiempos y espacios (local, nacional y transnacional) se presenta la dominación de uno de ellos (transnacional), que traza el perfil general de acción de los demás (De Sousa, 2002: 20), lo que permite hablar, también desde Boaventura de Sousa (1991: 128; 2002: 22), de una articulación de esos diferentes campos jurídicos a través de una interpenetración cualitativa que “consiste en la presencia de una determinada estructura (dominante) dentro de otra estructura (dominada)”.

⁴ La teoría centro-periferia, expuesta por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, a partir de los años cincuenta, se traduce en la presencia de posiciones centrales (activas y hegemónicas) y periféricas (pasivas, subordinadas) en la división internacional del trabajo (Filippo, 1998: 184). La primera posición se refleja en las empresas transnacionales que dominan el mercado global y establecen los estándares de calidad y de contratación. La segunda está en las empresas nacionales que deben acogerse a esos parámetros transnacionales o que deben integrarse a complejas redes de acuerdos y operación para hacer parte de la economía globalizada.

⁵ Se entiende por globalización económica el proceso que busca la conformación de un mercado común a nivel planetario, para lo cual se requiere generar procesos de movilidad de capitales y de intercambio de bienes y servicios con la más absoluta libertad, la mayor agilidad y los menores costos posibles (Martin y Shumann, 2000; Faria, 2001; Galgano, 2005; Gélinas, 2006; Estévez, 2006).

⁶ Esta caracterización fue expuesta en Cataño (2009: 148).

comerciales internacionales: ¿quién(es) define(n) el contenido de esas relaciones contractuales? ¿Y cuáles son los factores que se toman en cuenta para configurar dicho contenido?

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

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

La procedimentalización “privatizadora” supone la transferencia en mayor o menor grado de la facultad de determinar el contenido de las normas jurídicas a los representantes de los grupos de interés afectados [...]. Por el contrario, la procedimentalización “democratizadora” supone un incremento del poder de participación en el proceso de producción de las normas jurídicas de las personas en cuanto a ciudadanos [...]. (Estévez, 2006: 104)

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

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

[...] Los sujetos privados, especialmente las grandes empresas, han adquirido un gran poder a la hora de determinar el contenido de las normas jurídicas. La privatización se puede reconducir a la pérdida de soberanía del Estado respecto de los agentes económicos y a la consiguiente crisis de la separación Estado/sociedad. El poder económico ha “colonizado” el poder político y puede transmutarse en poder normativo sin pasar por los filtros y controles democráticos. (Estévez, 2006: 105)

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

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

Las actuaciones del principal agente de la transnacionalización de capitales, la empresa transnacional, obedecen al esquema centro-periferia y a unas relaciones que se entretajan influenciadas por la interpenetración cualitativa, con el control por parte de unas estructuras dominantes sobre unas dominadas. Como bien lo señala De Sousa (2006: 40), al referirse a las principales características del sistema de la economía globalizada, con la:

[...] obtención de recursos alrededor del mundo; sistemas de producción flexibles y costos de transporte bajos que permiten la producción de componentes industriales en la periferia y la exportación hacia el centro; [se presenta el] surgimiento de tres grandes bloques comerciales: los Estados Unidos, basado en relaciones privilegiadas con Canadá, México y América Latina; Japón, basado en

relaciones privilegiadas con los cuatro pequeños tigres y el resto de Asia Oriental; y Europa, basado en la Unión Europea y en relaciones privilegiadas con Europa Central y Oriental y África Septentrional.

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

Asimismo, en el dominio de las tecnologías de la comunicación e información, que tienen una incidencia fundamental en este proceso de interconexión de los mercados financieros y en la eliminación de las barreras en el movimiento de bienes, servicios y, principalmente, capitales, también se observa una distribución que obedece al esquema centro-periferia y a las relaciones de estructuras dominadas dentro de unas dominantes, como lo indica Estévez (2006: 23):

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

En tal sentido, este mismo autor propone que se presenta toda una desigualdad en la estructura de este sistema: “[...] la nueva economía global es profundamente *asimétrica*. La mayor parte de la tecnología, el capital y la producción se concentran en tres regiones del mundo: Norteamérica, la Unión Europea y el Pacífico asiático [...]” (Estévez, 2006: 45).

Lo anterior permite establecer que la globalización económica y específicamente el proceso de la transnacionalización de capitales, del que se ocupa la investigación, se basan en una reproducción del esquema centro-periferia con unas estructuras complejas de operación e inversión que manejan las empresas transnacionales, las cuales conservan su centro de dirección en las casas matrices (como estructuras dominantes) y dispersan sus unidades de actuación por todo el planeta, a través de las filiales o subsidiarias (como estructuras dominadas), “[...] convirtiendo a las grandes compañías en el centro de gravedad de una multitud de pequeñas empresas proveedoras y distribuidoras que configuran una auténtica ‘red’ en torno a ellas” (Estévez, 2006: 38).

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

Así lo señalaron dos de los entrevistados⁷, ambos desde posiciones diversas, uno como abogado de una empresa colombiana del sector servicios y el otro como abogado de una filial de una empresa transnacional que tiene operaciones en Colombia.

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

[...] empresas o compañías multinacionales, en donde tú empiezas a negociar con la del país más cerquita, que no necesariamente es la matriz, entonces eso hace difícil la negociación, lenta y la sociedad que a nosotros nos toca del país vecino [más cercano] no es la matriz entonces no tiene fuerza adentro, muchas veces, como para decir oiga

⁷ En cumplimiento del compromiso de confidencialidad y de la reserva en el manejo de algunas fuentes de información, no se revelan los nombres de los abogados entrevistados ni el de las empresas a las cuales pertenecen.

es mi cliente más grande o cosas así, somos un pedacito, venimos siendo un cliente pequeñito de una sociedad [compleja en su estructura, en sus redes], pero no somos un cliente grande para la sociedad matriz.

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

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

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

Coincide lo anterior con lo que Galgano (2005: 107) señala como la forma de operación que tienen las empresas transnacionales, donde “las casas matrices de las transnacionales transmiten a las sociedades hijas operantes en seis continentes las condiciones generales predispuestas para los contratos a concluir, acompañadas por una taxativa recomendación”.

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

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

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

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

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

En segundo lugar, se encuentran en el centro las empresas transnacionales (con toda su estructura compleja de matriz y subsidiarias), que actúan de la mano de organizaciones supranacionales como la Cámara de Comercio Internacional y de agencias privadas financiadas por éstas, y en la periferia se encuentran las empresas

nacionales. En esta relación son las primeras las que tienen diseñados los modelos de contratos, las condiciones generales de contratación y las prácticas que deben seguirse en la celebración y ejecución de los contratos comerciales internacionales.

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

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

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

En este punto entra en juego la lucha por definir el contenido de las relaciones contractuales y por ostentar el monopolio de los factores que determinan la configuración negocial. En el centro del sistema se encuentran aquellos agentes que, además de tener el poder económico y tecnológico y el conocimiento especializado, tienen el direccionamiento

de las negociaciones comerciales en el ámbito planetario. Ellos definen los parámetros jurídicos que deben estar presentes en la celebración de los contratos y, adicionalmente, crean y difunden, a través de sus redes, los contratos estandarizados que determinan las transacciones en el contexto planetario.

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

Ellos [se refiere a los procesos de privatización y desregulación generados por la globalización económica] se traducen en una **mayor fuerza reguladora reconocida a la “autonomía privada”** [negrilla fuera de texto], desembarazada de muchos de los límites que una economía prescindente o un Derecho invasor habían venido creando. Es mucho menor “lo creado” por el legislador y mayor lo reconocido como ámbito exclusivo de los particulares.

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

Al mismo tiempo, en este ámbito de la contratación comercial internacional, también se presenta un replanteamiento del ejercicio de la potestad de autorregulación privada y de la estructura misma de las relaciones contractuales. En primer lugar, se atenúa el peso de la intencionalidad de los sujetos y de una intrincada etapa de negociación y discusión de los asuntos jurídicos que configuran los contratos, para dar paso a un conjunto de estipulaciones predispuestas y uniformemente establecidas por una de las partes (estructura dominante), a la cual los demás partícipes del sistema se adhieren (estructuras dominadas), en un

ámbito de igualdad jurídica aunque no económica, como bien lo señala Ferri (1957: 67): “en este caso, a través de la adhesión o la aceptación la parte que no lo ha predispuesto hace propio el esquema que se convierte así en el resultado de una colaboración de varias voluntades en un plano de paridad jurídica, aunque no sea de paridad económica”.

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

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

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

económico, como un elemento objetivo y funcional en la operación de los mercados”.

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

De la misma forma, otro de los entrevistados, un abogado de una firma que asesora empresas colombianas en la contratación de *web hosting* o nombres de dominio en Internet, en la comercialización de flores al exterior y en contratos de colaboración empresarial, aseveró que:

En contratación internacional como en muchos aspectos paralelos a los jurídicos, el poder económico de las partes influye en la regulación del contrato. Normalmente a la parte nacional no le importa aceptar algunos condicionamientos que rayan con la ilegalidad o el abuso impuestos por la parte extranjera con tal de obtener la contraprestación. Esta situación se presenta normalmente en los negocios de intermediación y distribución de productos, en donde la parte nacional conociendo el éxito asegurado del producto que comercializará, acepta las condiciones impuestas por el productor internacional [...] en ocasiones en la que el producto o servicio objeto del contrato tiene un beneficio económico asegurado a la parte débil, ésta se acoge a las estipulaciones propuestas por la parte fuerte, ya que compensa dichas estipulaciones con los beneficios económicos que obtiene, o que sus competidores dejan de obtener

Con fundamento en todo lo anterior se plantea que en el contexto de la transnacionalización de capitales se está presentando una tensión en el ejercicio de la autonomía privada, en su aspecto de la libertad de

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

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

En el escenario de la transnacionalización de capitales también se presenta una diversidad de factores que inciden en la configuración del contenido negocial y hacen complejo el ejercicio de la potestad de autorregulación privada.

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

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

aspectos que entran a jugar en la configuración del contenido contractual:

- En ejercicio de la llamada autonomía conflictual, se posibilita a las partes la elección de la ley aplicable, que corresponda a la regulación de uno de los Estados contratantes o de otro Estado neutral.
- También se encuentra alguna normativa internacional existente que procura la uniformidad de las relaciones contractuales, que están incluidas dentro de la normativa interna de algunos Estados. Algunos ejemplos son la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, las reglas sobre créditos documentarios y la Convención de Nueva York sobre la Prescripción del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Igualmente, aparecen en este escenario los criterios orientadores de la contratación internacional, que, aunque no tienen un carácter imperativo, cada vez con mayor frecuencia las partes libremente optan por incluirlos en los contratos y los árbitros internacionales los toman en cuenta en sus laudos, como ocurre con los Principios Unidroit sobre los contratos internacionales.
- En este cuadro complejo de la contratación comercial internacional, también aparecen las prácticas y los criterios de contratación determinados por organismos supranacionales como la Cámara de Comercio Internacional con los Incoterms (*International Commerce Terms* o términos de negociación en comercio exterior), que son términos de transporte y riesgo en la compraventa de mercaderías internacionales, que los contratantes libremente incluyen en sus contratos. Asimismo, las normas técnicas establecidas por agencias privadas en materia de salud, medio ambiente, almacenamiento de mercancías y producción, como ocurre, por ejemplo, con el Global Standard Internacional (GS1), que corresponde a algunas prácticas logísticas para la comercialización y bodegaje de productos, y con los parámetros de gerenciamiento de la relación con el cliente, Customer Relationship Management, o CRM en su sigla.
- Resulta también fundamental, en esa intervención y dominación que ejerce uno de los agentes en el contexto transnacional, la

influencia de las condiciones generales de contratación fijadas por las casas matrices de las empresas transnacionales y los contratos estandarizados. Frente a lo cual se propone el auge de un derecho de origen eminentemente contractual y de carácter corporativo.

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

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

La realidad del comercio global está desbordando la normativa existente y los textos de los contratos y el derecho está quedando corto ante las necesidades y las lógicas del mercado transnacional, donde se empieza a observar el predominio de unos criterios uniformes, que no están consagrados en ninguna norma, pero que son incorporados en las negociaciones, y también la creación de una normativa y unas reglas que tienen origen en las empresas transnacionales y en las agencias privadas, a través de las condiciones de contratación, los estándares contractuales, los usos y las prácticas que se van incorporando a todas las relaciones contractuales.

En la contratación comercial internacional se están presentando algunas normas que no tienen un origen democrático, sino que surgen de organismos y agencias privadas, financiadas por las empresas transnacionales, a las cuales se les asigna una potestad de diseñar y

crear algunos parámetros que deben tomarse en cuenta en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos.

Estévez (2006: 107) se refiere a esas agencias independientes y a la normativa que crean por fuera del proceso legislativo:

[...] consiste en que se atribuyen facultades normativas a agencias independientes (a veces con el estatuto de personas jurídicas privadas) especialmente en materia de normas técnicas: por ejemplo las relativas a la seguridad de los productos para el medio ambiente y para la salud. Esta “delegación” del poder normativo a entidades privadas que suelen estar fuertemente influidas por las empresas y por los grupos de interés tiene difícil cabida y legitimación en el marco de los principios del llamado Estado democrático de derecho.

Lo anterior también fue confirmado por uno de los entrevistados, quien manifestó la existencia de unos parámetros y estándares de calidad y competitividad global que determinan la celebración y ejecución de las relaciones contractuales internacionales, correspondiendo a una serie de prácticas documentadas por organizaciones privadas con presencia en el ámbito planetario⁸.

Asimismo, en uno de los contratos de *software*, sistematizado y analizado en la investigación, se encontró esa importancia asignada a los estándares aceptados por la industria del ramo, que hacen parte de la regulación de los contratos y se integran a sus textos, al señalar que: “[...] (a) XXX⁹ garantiza que los Servicios serán prestados conforme los estándares generalmente aceptados por la industria [...]” (Contrato

⁸ El entrevistado hizo referencia, específicamente, al Global Standard International (GSI) y al Customer Relationship Management (CRM) como parámetros de calidad y competitividad internacional, diseñados por agencias y consultoras privadas, que las empresas incorporan a los contratos y a la ejecución de los mismos con el ánimo de alcanzar la excelencia global.

⁹ Igualmente, en cumplimiento del compromiso de confidencialidad adquirido para el acceso a algunas fuentes de información, los nombres de las partes contratantes fueron omitidos.

para la prestación de servicios de asesoría y consultoría, N.º 3, p. 4, cláusula 4.2.)

De modo que el ejercicio de la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración negocial, debe tomar en cuenta estos factores vinculados con los lineamientos de la producción e información, de la competitividad y el mercado internacional. Parámetros que están modelando y dirigiendo la actuación de las partes contractuales en el contexto global.

Adicionalmente, si bien estas prácticas no se encuentran reguladas en normas de carácter imperativo, su observancia se hace necesaria para poder contratar a nivel transnacional, operando también en este plano una interpenetración cualitativa del dominio de estructuras dominantes en su relación con estructuras dominadas.

Por otra parte, tomando en cuenta la adaptación de las empresas al sistema económico generado por la globalización, se viene presentando un incremento del poder regulador de las compañías transnacionales, donde converge la forma de producción y comercialización a nivel planetario, con la interconexión y comunicación de los mercados, generándose una producción normativa con origen principalmente en un derecho contractual y corporativo.

Así lo señala Faria (2001:121) al referirse a las organizaciones financieras y a las empresas transnacionales, “estas organizaciones han ampliado exponencialmente la producción de sus propias reglas en forma de sistemas de organización y métodos, manuales de producción, reglamentos disciplinarios, códigos deonticos de conducta y, principalmente, contratos homogeneizados de alcance mundial”.

En consecuencia, en la contratación comercial internacional también es necesario tener en cuenta la fuerza normativa de las propias compañías transnacionales, representada en la producción de marcos generales de actuación para sus filiales, en las condiciones generales de contratación, en la fijación de contratos estandarizados, en los usos y en las prácticas que implementan en las relaciones contractuales en que intervienen.

De acuerdo con De Sousa (2002:107), se trata de un “derecho consuetudinario instantáneo y efímero, como por ejemplo un nuevo tipo de contrato diseñado por una ETN [Empresa Transnacional] líder y sus abogados, que debe ser aceptado por el socio débil tal como fue diseñado, con independencia de que dicho contrato tipo puede no ser usado en su integridad”.

Asimismo, en la entrevista realizada a un abogado de la filial en Colombia de una empresa transnacional de telecomunicaciones se estableció que en la contratación comercial internacional se está generando una fuente nueva de derecho que trasciende a las tradicionales, correspondiendo a “contratos digamos más marco que atienden empresas de otros países [...] la fuente de derecho ya es un poquito más externa y está pactada en condiciones que incluso son, diría yo, como supraorganizacional”.

Relacionado con lo que se acaba de mencionar, se está presentando una práctica muy frecuente en la celebración de los contratos comerciales internacionales, propia del derecho anglosajón, con una regulación minuciosa y detallada de todos los aspectos del contrato, que terminan siendo textos amplios, extensos y complejos, que buscan regular y contemplar todos los factores de la relación contractual.

Así lo confirma Mosset (1996: 91-92) al referirse a las características de la contratación comercial internacional en el contexto del sistema de economía mundial, presentándose:

[...] una fuerte influencia de la “contratación americana”: como no hay ley, como fuente de derechos y deberes, no existe una regulación de la parte general, las [sic] contratantes “lo prevén todo” [...] Es esa, pensamos, la tendencia fuerte en una “economía de mercado”, ajustada al capitalismo americano. Se trata de otorgar a los agentes del mercado la posibilidad de crear un sistema de Derecho objetivo [...] los contratos se convierten en “pequeños códigos privados”, que quieren preverlo todo, self regulatory agreements.

Igualmente, esta práctica pudo ser corroborada a través de la consulta de los textos de los contratos recogidos y analizados en la investigación, principalmente los de *software* y el de crédito internacional, como también en lo que afirmó otro de los entrevistados, abogado de una compañía colombiana del sector servicios, al referirse a las particularidades de los contratos celebrados con las empresas transnacionales, como la uniformidad, complejidad y extensión, con el ánimo de regularlo todo.

Este derecho fuertemente contractual y con origen en las empresas transnacionales, que algunos autores denominan el resurgimiento de la *lex mercatoria* o la ley del capital global (Mosset, 1996: 103-123; Faria, 2001: 127-177; De Sousa, 2002: 69-115; Galgano, 2005: 51-85; Estévez, 2006: 125 y ss.), puede ser interpretado como un fortalecimiento del ejercicio de la libertad de configuración negocial a través de la determinación e incidencia que estas empresas tienen en la formulación de los negocios y en las prácticas contractuales, que terminan extendiéndose a los demás espacios (local y nacional) con la operación que realizan sus filiales y con la contratación que celebran con compañías nacionales.

Finalmente, el derecho corporativo y el resurgimiento de la *lex mercatoria* implican un fortalecimiento de la autonomía privada, en la manifestación de la libertad de configuración negocial, para uno de los agentes de las relaciones comerciales internacionales, como son las empresas transnacionales. Al tiempo, se puede hablar de un replanteamiento del ejercicio de esta potestad de autorregulación, debido a la presencia de modelos y parámetros contractuales y a la incidencia de una variedad de factores, como la competitividad global; los aspectos fácticos, técnicos y operativos; y los estándares de calidad que conducen a adoptar ciertos usos y prácticas que deben ser tenidos en cuenta al momento de la celebración y ejecución de los contratos.

Se concluye entonces que la autonomía privada continúa siendo el fundamento o soporte que posibilita el desarrollo de las relaciones contractuales. Pero su ejercicio está siendo replanteado en el ámbito del comercio global, a través del proceso de la transnacionalización de capitales, donde se desarrollan relaciones contractuales influenciadas

por la visión centro-periferia, con la presencia de unas estructuras dominantes dentro de unas dominadas y, además, atendiendo a una diversidad de factores que sobrepasan el ámbito estrictamente normativo, encontrando nuevos límites determinados por la competitividad, la productividad y la excelencia global.

Bibliografía

- Ballesteros Garrido, José Antonio. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J. M. Bosch Editor (1999).
- Bigliazzi-Geri, Lina et al. (1995). *Derecho civil* (T. I, vol. 2). *Hechos y actos jurídicos*. Trad. Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (1995).
- Cataño Berrío, Sandra Eliana. “Caracterización del ejercicio de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales.” *Revista Estudios de Derecho* 67 (diciembre de 2009), pp. 145-164.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (1991).
- De Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Trad. César Rodríguez. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (2002).
- Di Filippo, Armando. “La visión centro-periferia hoy.” *Revista de la Cepal* (número extraordinario, octubre de 1998), pp. 175-185.
- Estévez Araújo, José Antonio. *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2006).
- Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Trad. Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta (2001).
- Ferri, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (1957).
- Galgano, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Trad. Horacio Roitman y María de la Colina. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni (2005).
- Gélinas, Jacques B. *El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas*. Trad. Jorge Parra. Medellín: Hombre Nuevo (2006).
- Martin, Hans-Peter y Harald Shumann (2000). *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*. Trad. Carlos Fortea. España: Taurus (2000).
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni (1996).