



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

ANÁLISIS JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LA LEY 2024 DE 2020 O LEY DE
PAGOS A PLAZOS JUSTOS

RAISA DANIELA VALDÉS GARCÉS

PONTIFICA UNIVERSIDAD JAVERIANA – CALI

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

MAESTRÍA DE DERECHO EMPRESARIAL

2020

ANÁLISIS JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LA LEY 2024 DE 2020 O LEY DE
PAGOS A PLAZOS JUSTOS

RAISA DANIELA VALDÉS GARCÉS

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR
POR EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

DIRECTOR:

SANTIAGO DUSSAN LAVERDE

PONTIFICA UNIVERSIDAD JAVERIANA – CALI

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

MAESTRÍA DE DERECHO EMPRESARIAL

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

- I. CAPÍTULO PRIMERO – CONTEXTO DE LA LEY 2024 DE 2020 Y LA INTERVENCIÓN ESTATAL.
 - a. Contexto de la Ley 2024 de 2020.
 - b. Marco constitucional de la intervención del Estado en la economía.

- II. CAPITULO SEGUNDO – LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL OBJETO DE LA LEY 2024 DE 2020.

- III. CAPÍTULO TERCERO – LA POSICIÓN DE DOMINIO Y SU ABUSO.
 - a. Sobre la posición de dominio y su abuso.

- IV. CAPÍTULO CUARTO – CONSIDERACIONES ECONÓMICAS.
 - a. Los pagos a plazo entendidos desde el punto de vista financiero y las conductas adaptativas.

- V. CAPÍTULO QUINTO - CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Introducción.

El 23 de julio de 2020, después de varios intentos de ser aprobada, finalmente entró en vigor la Ley 2024 de 2020, o ley de pago a plazos justos, como nemotécnicamente se le ha denominado. De forma muy general, podría decirse que se trata de una normatividad copiada en el contexto de una tendencia similar en los sistemas jurídicos extranjeros, como los de la Unión Europea o el chileno, por citar dos ejemplos. Su objeto consiste en la disminución forzosa de los plazos de pago para los contratos que involucran intercambios de mercaderías por dinero, cuando se ejecutan entre comerciantes en la que una de las partes es una compañía grande o el Estado y la otra no.

En la exposición de motivos que sustentó el proyecto de ley, se acusa que la ley de pago a plazos justos no solo ecualiza las relaciones entre pequeñas y grandes compañías, sino que también se proyecta como una extensión del principio de la buena fe, como un control al posible abuso de la figura de la posición dominante y como una institución que promueve el crecimiento económico. Desde un punto de vista financiero, sostuvo el legislador, asimismo, que las grandes compañías se estaban artificialmente financiando a costa de las pequeñas mediante la dilación de los pagos a plazos de noventa días o superiores, lo que podría interpretarse como la ocurrencia de un

traslado forzoso del riesgo de iliquidez desde las grandes sociedades hacia las pequeñas.

Con el presente trabajo se pretende: primero, demostrar el uso inadecuado que ha hecho el legislador del principio de la buena fe para soportar la intervención estatal en la disminución de los plazos de pago entre comerciantes; segundo, hacer ver que no existen razones ni teóricas, ni empíricas para asumir que existe una posición dominante y, por último, mostrar que es esperable que en el mediano y largo plazos los comerciantes minimicen los perjuicios la espera de los pagos pueda traerles a través de ajustes espontáneos o, incluso, por medio de la participación de terceros.

Se prescindirá aquí de estudios empíricos por no considerarse necesarios, en su lugar, se acudirá a la valoración normativa, en el entendido que estas reflejan algo de la realidad de las relaciones entre comerciantes, y al análisis económico del derecho. Más concretamente, para nuestro primer objetivo, que consiste en tratar de responder a la pregunta de si el legislador está haciendo un uso adecuado del principio de la buena fe, se hará una revisión normativa y teórica sobre dicho principio a la luz de lo que, en nuestra opinión, se consideran los avances académicos y jurisprudenciales más importantes; para el segundo, que consiste en dar respuesta a si existe un abuso de la

posición dominante, según lo afirmó el legislador, se evaluará, a la luz de las normas vigentes y de los criterios de la autoridad administrativa correspondiente, si hay razones para asumir que existe una posición dominante como presupuesto de la existencia de una compañía de gran tamaño; y para nuestro último propósito, que intenta responder cuáles son las adaptaciones espontáneas de los comerciantes referentes a la pérdida o ganancia de los excedentes de intercambio, se utilizará el análisis económico.

I. Capítulo primero – Contexto de la Ley 2024 de 2020 y la justificación de la intervención estatal.

a. Contexto de la Ley 2024 de 2020.

La ley 2024 de 2020 o *ley de pago a plazos justos* es una normativa corta, pero de profundas consecuencias económicas. Principalmente, se trata de una regulación que pretende, en desarrollo del principio de la buena fe¹ contractual (art. 1º), establecer pagos inferiores a sesenta días durante el año 2021 y de cuarenta y cinco para el 2022 en adelante (art. 3º) entre personas que realicen actos de comercio (art. 2º). Estos plazos deben contarse desde la recepción de las mercancías, desde la finalización de la prestación de

¹ El concepto de buena fe del que hace uso el legislador en la normativa es equiparable, según se desprende de la exposición de motivos del proyecto de ley, a la abstención del abuso de la posición dominante que, de alguna forma, podría retrotraerse a la equidad enunciada por el art. 871 del Código de Comercio.

servicios o desde la aceptación de la factura (art. 3°). La ley es de carácter imperativo (art. 7°), sin embargo, no opera para las transacciones comerciales realizadas entre grandes compañías (art. 3°). Adicionalmente, también opera para los pagos que provengan de entidades estatales, salvo contadas excepciones (art. 11°).

Según se desprende de la exposición de motivos², pretendió el legislador usar de referencia a los países miembros de la OCDE para emular las regulaciones sobre los pagos que se dan en las ventas a plazo. En la Unión Europea, por ejemplo, el plazo máximo permitido para los pagos es de sesenta días si se trata de particulares, y de treinta días para los pagos entre el Estado y los privados. En Chile, el plazo máximo permitido para los pagos entre particulares es de treinta días, sin embargo, los contratantes pueden ampliar el plazo, si así lo convienen. En el caso colombiano, el legislador previó que, de conservarse esta última prerrogativa como se hizo en Chile, la ley quedaría sin efectos prácticos, por tal motivo, se estampó en su texto el carácter imperativo.

Afirmó el legislador que uno de los mayores problemas de las pequeñas y medianas empresas -PYMES- es la carencia de liquidez y que esta se debe,

² Gaceta del Congreso 304 del 9 de junio de 2020.

principalmente, a que los pagos que las grandes compañías les hacen, en promedio, se realizan en un periodo comprendido entre sesenta y noventa días. Así mismo, se argumentó por los ponentes del proyecto que la manera en que se vienen dando los plazos para los pagos en Colombia solo es posible a causa de fallas en los mercados³ que ponen a los grandes empresarios en una posición dominante de la cual se puede sacar provecho.

Por otra parte, hay en el legislador una preocupación macroeconómica relacionada con el impacto que podrían tener las extensiones de los pagos a sesenta y noventa días, pues, según lo afirma, esta circunstancia se traduce en la pérdida de la posibilidad de un crecimiento económico equivalente al 0,3 % del Producto Interno Bruto. Desde este último punto de vista, es importante aclarar que los pagos a plazos son un tipo de financiación que el deudor consigue de su acreedor y que, por este motivo, en palabras de los ponentes del proyecto, las grandes compañías estarían encontrando una fuente de crédito en las PYMES, pero con el inconveniente de ser de forma abusiva o casi forzosa debido a la posición dominante de las grandes compañías. Valga aclarar que el criterio de gran empresa obedece a la clasificación sectorizada

³ Sin embargo, a pesar de que las fallas del mercado están ampliamente delimitadas en la literatura económica, especialmente en lo que tiene que ver con las externalidades, las asimetrías de la información, los monopolios, los bienes públicos y los costos de transacción como un fenómeno transversal a todas, no se especificó en la exposición de motivos del proyecto de ley a cuál se hacía referencia. No obstante, no es difícil identificar que el legislador estaba pensando en un problema de monopolios que llevan a la posición dominante y a su consecuente abuso.

para las compañías dada por el Decreto 957 de 2019, el que adicionó el capítulo 13 al Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015.

Dicho lo anterior, la solución ofrecida por el legislador para favorecer la liquidez de las PYMES y generar crecimiento económico consistió, a través de la potestad interventora que tiene sobre los mercados⁴, en la imitación de normativas extranjeras que disminuyeron los plazos de pagos entre los particulares y entre el Estado y los particulares, a excepción de los pagos realizados entre los grandes empresarios cuando son estos contratantes entre sí.

b. Marco constitucional de la intervención del Estado en la economía

La dupla correspondiente a los artículos 333 y 334 de la Constitución Política constituyen el marco general que regula, por un lado, la libertad de empresa y, por otro, la intervención del Estado en los mercados y en la dirección de la economía⁵. La forma abierta en que están redactadas estas disposiciones ha

⁴ Los artículos 333 y 334 de la Constitución Política garantizan la libertad de empresa, sin embargo, limitada a que sobre los mercados debe prevalecer el interés público. A menos, así lo ha sostenido en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional.

⁵ El artículo 333 de la Constitución Política, sobre la libertad de empresa prescribe “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

sido objeto de revisión por la Corte Constitucional, quien otorgó un marco interpretativo y una guía para la justificación de la intervención en una sentencia hito, la C-228 de 2010, véase:

“La Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica al interés general y a la responsabilidad social, de forma que la hagan compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado. Esta limitación se comprende, entonces, desde una doble

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

Por su parte, el artículo 334 preceptúa: *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.”

perspectiva. En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impida el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado está habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.”.

*Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales. Por ende, dicha actividad estatal se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores. **No obstante, tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas.** En contrario, la jurisprudencia de esta*

Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad". (Subrayado y resaltado propios).

Una de las preguntas que se hacen los economistas consiste en el intento de averiguar si el Estado es una herramienta útil en la corrección de los problemas de coordinación que presentan los mercados. Ciertamente, los criterios que presentan los jueces, tal como se anotó más arriba, no son de mucha utilidad, pues más que obedecer a consideraciones económicas, se trata de criterios políticos y por esto, muchas veces quedan dependiendo del contenido semántico que se le den. Sin embargo, la ciencia económica sí ha devenido en un fructífero campo teórico desde el cual realizar una aproximación más acertada a estos campos de investigación⁶.

⁶ Desde este punto de vista, han sido sobresalientes los trabajos de George Akerlof, sobre la preocupación de la reducción del tamaño de los mercados a causa de las asimetrías de la información (Akerlof, 1970), y de Ronald Coase, en relación con la forma en cómo deben entenderse las externalidades (Coase, 1960).

El presente trabajo tiene como trasfondo la misma pregunta: *¿es posible incrementar la eficiencia de los intercambios entre las PYMES y las grandes compañías con el pretexto de aumentar la liquidez de las primeras a través de la regulación de los plazos para los pagos?* No se pretende aquí dar una respuesta definitiva, empero, sí una aproximación a través del marco teórico dado por el análisis económico. En este mismo sentido, se aclara que se prescindirá de la utilización de criterios de justicia sobre la intervención estatal, pues se consideran aquellos más bien poco útiles para los puntos que quisiéramos aclarar.

II. Capítulo segundo - La buena fe contractual en el objeto de la Ley 2024 de 2020.

Como ya se anotó más arriba, la Ley 2024 de 2020 estableció, de forma imperativa, la disminución de los plazos para el pago de las obligaciones dinerarias en los contratos de carácter comercial que se celebren entre las personas naturales, las PYMES⁷ y las grandes compañías con el propósito de favorecer los flujos de efectivo de las primeras. El principio más relevante sobre el que se asienta esta ley es el principio de la buena fe, de modo que su parte introductoria reza así: *“ARTÍCULO 1°. Objeto. La presente ley tiene como objeto desarrollar el principio de buena fe contractual, mediante la adopción de una serie de medidas que protejan a las personas naturales y jurídicas que sean sometidas a condiciones contractuales gravosas en relación con los procedimientos y plazos de pago y facturación de sus operaciones comerciales, incorporando la obligación de pago en plazos justos.”*

La buena fe es un principio del derecho transversal a todo el andamiaje legal que se itera y se refuerza una y otra vez en casi todas las disposiciones contenidas en las distintas ramas del derecho. Pero, a pesar de su amplia difusión en la legislación, así como en la jurisprudencia y en los tratados académicos nacionales, no es fácil obtener un significado que permita y, al

⁷ Si bien nuestro texto redundará en los efectos sobre las PYMES, el mismo análisis sería válido para las personas naturales, pues operan con un criterio económico idéntico al que utilizan los administradores de las sociedades.

tiempo, limite al juez en su aplicación⁸, pues, más que una definición del principio de la buena fe, lo que tiende a encontrarse en dichas fuentes son asimilaciones de este a conceptos como el de la lealtad, el del cumplimiento de los contratos y la ley o la acción sin intención dolosa.

Por ejemplo, el artículo 83 de la Constitución Política dice que las actuaciones de los particulares y de la administración deben ceñirse a los postulados de la buena fe, adicionalmente, declara su presunción, presunción que también se encuentra consagrada, en el artículo 769 del Código Civil, pero, como puede observarse, no nos da una definición. Por su parte, el artículo 1603 del Código Civil equipara la buena fe al cumplimiento de los contratos y a las de las disposiciones que la ley les adicione, pero tampoco resulta de mucha utilidad, pues pueden existir cláusulas cuyo cumplimiento cause perjuicios a alguna de las partes, como ocurre en el caso que da pie a la lesión enorme (art. 1947). El mismo estatuto, en su artículo 768, equipara la buena fe a la adquisición de la posesión por medio legítimos, pero tampoco existe aquí una definición. Por ejemplo, el artículo 7° de la Ley 256 de 1996 equipara la buena fe al comportamiento fiel, lo que tampoco resulta muy ilustrativo, y el artículo 871 del estatuto comercial es una reiteración del artículo 1603 de la ley civil.

⁸ Es conocido que la amplitud de las normas, si bien permite el sano desarrollo de la jurisprudencia, pues los jueces encuentran un campo para la adaptación de las decisiones a los cambios de las circunstancias, también entraña el riesgo de que entre la ideología y el activismo judicial por la puerta trasera.

En lo atinente a la doctrina, pueden encontrarse opiniones como la del profesor Nicolás Pájaro Moreno, quien afirma que la buena fe es aquel principio por el que se prohíbe actuar según representaciones subjetivas de la realidad, en sus palabras: *“no se permite actuar de acuerdo con cualquier representación que se haga el sujeto de la realidad, sino solo cuando para llegar a tal conocimiento haya mediado diligencia y corrección”* (Castro de Cifuentes, 2015), pero el problema tampoco se resuelve aquí.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, de vieja data, se ha hablado del principio de la buena fe, por ejemplo, en 1958 la Corte Suprema de Justicia manifestó que *“La expresión buena fe (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir con sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal.”* Continúa así... *“la lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en*

que los demás obren con nosotros."⁹ Pero lo anterior tampoco deja una explicación satisfactoria sobre el principio de la buena fe.

A pesar de que parece existir una confusión aparente entre la buena fe, la honestidad y la justicia, que, se sostiene aquí, se asemejan más a los resultados de la conducta inspirada por el principio de la buena fe objetiva, existe en parte de la doctrina extranjera una especie de consenso sobre la buena fe objetiva que nos resulta pertinente para la resolución de uno de los objetivos de nuestro trabajo.

Para Mackaay, la buena fe consiste en una institución legal que limita el comportamiento oportunista y que tiende a eliminar ventajas de la posición contractual (Mackaay, 2012, pp. 154). En este sentido, la buena fe es un principio rector que obliga a los contratantes a revelar cualquier información en su poder relevante para entrar en el negocio jurídico. Las actuaciones de buena fe conllevan la asignación eficiente de los riesgos involucrados en los contratos y conocerlos, pues conocerlos permite a las partes estimar la conveniencia o no de contratar. En el caso que aquí interesa, el del pago de las obligaciones pecuniarias, la buena fe se manifiesta revelando al acreedor

⁹ En relación con los límites que puedan encontrarse al principio de la buena fe, puede consultarse la Sentencia es explicada de forma similar en la Sentencia C.E., 2011-00609 de septiembre 1° de 2014. (M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

el monto, la forma y el plazo para el pago. De permanecer esta información oculta, ambigua, adulterada o dejada al arbitrio del pagador, posiblemente el contratante beneficiario del pago no entraría en la relación contractual, pero, una vez en conocimiento de este, es esperable que acepte las condiciones propuestas y se aprovechen las oportunidades según el análisis costo-beneficio correspondiente a las circunstancias particulares de su situación financiera.

Otros autores, han encontrado la definición de la buena fe acudiendo a su antípoda, la mala fe. De manera que, siendo la mala fe un comportamiento oportunista (Burton, 2017), la buena fe se percibe como un comportamiento limitante del oportunismo en la formación y en la ejecución de los contratos¹⁰. Con esta definición, la labor judicial encuentra una guía para determinar las conductas que deben realizarse en contraposición a las que no (Summers, 1968).

La buena fe sirve como marco de referencia para interpretar, crear, modificar, corregir o extinguir relaciones negociales y para reconocer o prohibir circunstancias en las que los contratos, parcial o totalmente, quedan relegados

¹⁰ Igual definición se encuentra en *Opportunistic Behavior and The Law of Contracts* escrita por Muris en 1980.

por la sobreposición de una disposición legal o judicial en aplicación de este principio.

Constituyen conductas oportunistas el comportamiento de gorreros¹¹, es decir, la percepción de beneficios sin la asunción de los costos, la elusión al cumplimiento de los deberes contractuales y legales, la conducta que se realiza en aprovechamiento de la información conocida que se oculta o no se revela a quien tenga interés contractual en ello¹², el fraude y la colusión¹³ y la acción temeraria y/o negligente en aprovechamiento de que existe una cobertura ajena sobre la propia responsabilidad¹⁴.

Si se regresa al punto de partida, la aproximación que se hizo de la buena fe permite concluir que, siempre que el plazo para el pago del precio en las relaciones contractuales, sin importar el tamaño de las compañías contratantes, sea conocido y corresponda a las expectativas de los contratantes, puede presumirse que estas actúan de buena fe y que la posesión de dicha información servirá como directriz que ayude a los

¹¹ En la literatura anglosajona se conocen como *free riders*.

¹² Este caso hace referencia al típico caso de lo que en economía se denominan problemas de agencia.

¹³ Este es un aspecto importante correlacionado con el problema de los monopolios. Pues puede suceder que entre los gobernantes y los particulares se gesten relaciones que beneficien a estos en perjuicio de la sociedad y que traiga como resultado una posición privilegiada de los empresarios en los mercados.

¹⁴ Es este el típico caso del riesgo moral.

comerciantes a decidir si es conveniente o inconveniente participar en un negocio jurídico concreto. De manera que es dable concluir que el legislador no está haciendo un desarrollo del principio de la buena fe, según consta, no solo en las declaraciones justificativas del proyecto de ley, sino también en el artículo primero de la Ley 2024 de 2020.

Otro asunto distinto es plantearse el problema sobre cómo pueden mejorarse las condiciones financieras de un contratante en específico, o de un grupo de ellos. En este caso, cualquier intervención estatal podría mejorar la situación de alguno de los contratantes involucrados en una transacción, como ocurre, por ejemplo, cuando al arrendador no le es viable desahuciar al arrendatario si este ha ocupado el inmueble por un periodo ininterrumpido superior a dos años (art. 518 C. Co.), o cuando se establece un precio máximo sobre un bien que se considera de primera necesidad. En uno u otro caso la mayoría de las veces no se trata del desarrollo del principio de la buena fe, sino que el fenómeno económico subyacente corresponde a un traslado de las cargas de los contratantes entre sí y frente a terceros, es decir, una distorsión de los mercados.

III. Capítulo tercero - La posición de dominio y su abuso.

a. Sobre la posición de dominio y su abuso.

El segundo de los aspectos centrales que se contempla en este trabajo consiste en verificar si al legislador le asiste razón cuando ha expresado que las grandes compañías se encuentran en una posición de dominio y que, por estas circunstancias, las grandes compañías abusan de las pequeñas y medianas a través de la fijación unilateral de formas de pago a plazos excesivos cuando se pactan ventas a plazo o contratos de suministro.

En Colombia, el estudio de la posición de dominio y de su abuso hace parte de lo que se conoce como el derecho de la competencia. A grandes rasgos y sin perjuicio del tratamiento más específico que se le va a dar a continuación, se anticipa que la posición de dominio puede entenderse como las circunstancias en las que una compañía determina las condiciones de un mercado y, su abuso, como aquella conducta que afecta negativamente a sus competidores o a los mismos consumidores.

La lógica que subyace, desde el punto de vista económico, corresponde a lo que tradicionalmente se ha conocido en la literatura como el problema de los monopolios. Es decir, aquella situación en la que, por carencia de

competencia, una compañía podría aprovechar la inelasticidad de la demanda de sus consumidores sobre los bienes producidos para subir los precios y tomar una porción más grande sobre los excedentes del intercambio, mucho mayor a los que correspondería en un mercado competido.

La respuesta jurídica tradicional al problema de los monopolios ha sido doble: por una parte, prohibirlos expresamente y, por otra, la penalización pecuniaria cuando se configuren conductas que probadamente atenten contra la competencia. Sobre este último aspecto, ha habido un marcado abandono de la *regla per se* hacia la aplicación de la *regla de la razón*.

Otra aproximación hacia el problema de los monopolios más enfocada hacia los costos de transacción nos advierte que, en la medida que los monopolios crezcan, empezarán los problemas de coordinación que exige el autocontrol de las firmas, es decir, que, hacia el interior de estas, entre más grandes, más difícil será su administración debido al incremento de los costos de transacción. Por otra parte, ocurrirá que, en la medida de que un monopolio tenga éxito, el incremento de las utilidades de la compañía monopolística será un aliciente para que entren más competidores al mercado, situación que les permitiría a los consumidores, percibir un incremento de sus excedentes del intercambio (Heyne, Prychitko, Boettke, 2006). Lo interesante de la

aproximación enfocada hacia los costos de transacción es que nos lleva a la conclusión de que los monopolios no tienen vocación de permanencia, siempre y cuando se garantice la libre entrada de la competencia a los mercados¹⁵. Hechas las anteriores aclaraciones, obsérvese la legislación colombiana cómo enmarca el problema de la posición dominante.

El numeral 5° del artículo 45° del Decreto 2153 de 1992 la define como aquella en la cual se tiene la posibilidad de “*determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*”. El poder de configuración de los mercados se traduce, especialmente, en la posibilidad real de fijar los precios y de estipular unilateralmente las condiciones del intercambio, o sea, de transformar los acuerdos consensuados en contratos de adhesión o, en el menor de los casos, en cláusulas de adhesión¹⁶.

¹⁵ En realidad, esta conclusión es capital para los hacedores de políticas públicas, pues constituye un argumento muy sólido en favor de las políticas tendientes al desarrollo institucional que proponga la apertura de los mercados.

¹⁶ Para Algunos autores, como Suescún Melo, Restrepo Salazar, y Miranda Londoño, el abuso de la posición de dominio, según los parámetros legales, se entiende como la posibilidad de fijar los precios. De otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio, hacia 1994, sostuvo que la posición dominante estaba dada por la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones contractuales sin consideración a los competidores o a los clientes. Por último, vale la pena resaltar que la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-240 de 1993, sostuvo que la posición dominante consistía en la posibilidad de “*ejercer un comportamiento independiente respecto de los precios, de las condiciones de venta, de los volúmenes de producción y de los sistemas de distribución (..)*”

La Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- ha sostenido que en Colombia

“la posición de dominio es una cualidad legítima de las empresas que se da como resultado de un proceso de sana competencia, en la cual la empresa tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado en el que participa. Sin embargo, si dicha posición se emplea de manera abusiva con el fin de excluir a sus competidores y/o explotar al consumidor, se configura un comportamiento anticompetitivo que se denomina abuso de posición de dominio, sujeto a investigación por parte de la Autoridad de Competencia.”¹⁷

En el mismo sentido ha dicho que

“En Colombia la posición de dominio es una cualidad legítima de las empresas que se da como resultado de un proceso de sana competencia, en la cual la empresa tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado en el que participa. Sin

¹⁷ <https://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>.

embargo, si dicha posición se emplea de manera abusiva con el fin de excluir a sus competidores y/o explotar al consumidor, se configura un comportamiento anticompetitivo que se denomina abuso de posición de domino, sujeto a investigación por parte de la Autoridad de Competencia.”¹⁸

En términos legales y jurisprudenciales, para el establecimiento de la existencia de la posición de dominio, previo debe definirse el concepto de *mercado relevante*. Lo que debe entenderse por mercado relevante no ha estado exento de problemas, sin embargo, debe decirse que ha girado en torno a la correlación existente entre el lugar de influencia de la actividad empresarial y la posibilidad de sustituir los productos ofrecidos por el presunto beneficiario de la posición de dominio. Para ejemplificar el problema, varios autores han dicho que, si se define el mercado relevante de manera muy estrecha, podría convertirse a cualquier productor en monopolista; pero si se hace de forma muy amplia, desaparecería cualquier situación de dominio (Rodríguez Artigas, Fernando, 1996). Al respecto, el tratadista Rengifo García, esboza que *“la doctrina ha elaborado tres criterios para la delimitación del*

¹⁸ www.sic.gov.co.

mercado relevante: criterio geográfico, criterio temporal y criterio objetivo”
(Rengifo García, Ernesto, 2004, pp. 412).

Sobre la determinación del mercado relevante, la Corte Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia T-375 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, dijo:

“Aunque el tamaño de la empresa y su alto porcentaje de control sobre un porcentaje importante del mercado, normalmente se asocian a una posición dominante, no pueden ser ellos los únicos elementos para efectuar dicha calificación. En un mercado pueden incidir muchos otros criterios y coyunturas que, en un momento dado, no son ajenos a la entronización de un poder material de control. Desde el punto de vista geográfico, no es necesario que la posición dominante se extienda a todo el mercado nacional. De lo contrario, empresas dominantes en una determinada zona geográfica, sólo por la menor escala territorial de su poder, quedarían habilitadas para cometer abusos en el mercado, lo que carece de toda justificación. La determinación del mercado, para los efectos de

calificar la existencia de una posición dominante, no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios, calidades y demás características, intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. En este último caso, se tratará de un mercado separado; en el primero, de un mismo mercado.”

Resumiendo, para que se configure de la posición de dominio deben confluír dos tipos de circunstancias, unas sustanciales o económicas y otras más formales. En relación con las primeras, la posición de dominio es el resultado de un mercado caracterizado por una oferta reducida como resultado de la tendencia a la existencia de los elevados costos de ingreso al mercado, si bien podrían existir otras circunstancias accidentales, sumado a una demanda de tipo inelástica o de carencia de bienes sustitutos. En relación con las segundas, debe darse, primero, la definición de la existencia de un mercado relevante y, segundo, la determinación unilateral de las condiciones contractuales por parte de una compañía o de un grupo reducido de ellas. Por último, si quiere determinarse el abuso de la posición de dominio, debe

constatarse el establecimiento de la ilegalidad de la conducta por medio del uso de la *regla per se* o de la *regla de la razón*¹⁹, a criterio de Superintendencia de Industria y Comercio²⁰. Satisfechos los requisitos, puede hablarse de que una compañía se encuentra en una posición de dominio.

Debido a que ha habido consenso entre la jurisprudencia y la doctrina en que a la posición de dominio puede llegarse por mérito o por azar, se ha establecido en la legislación la tipificación²¹ de las conductas de abuso de la posición de dominio, sin perjuicio de que diversos autores sostengan que dicho abuso también puede presentarse como despotismo en la libertad negocial, en la omisión del ejercicio de un derecho y en la responsabilidad contractual (Almonacid Sierra, 1998). Véase lo que dice el artículo 50° del decreto 2153 de 1992 la ley:

“ARTICULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. *Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:*

¹⁹ La aplicación de la regla de la razón exige la verificación de tres puntos para determinar la ilegalidad de la conducta: 1. El propósito. 2. La naturaleza; y 3. Los efectos en los mercados.

²⁰ La posición adoptada en esta investigación advierte que es imposible determinar si una conducta es violatoria de la competencia sino es mediante el análisis empírico de las circunstancias. Por tal motivo, cualquier afirmación a priori al respecto sin que proceda una verificación empírica es equivocada.

²¹Esta tipificación no es de tipo taxativo.

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio

colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

*6. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:>
Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.*

El hecho de que el legislador haya establecido la presunción que las grandes compañías se encuentran en una posición dominante y que de ello se deriva su abuso en la forma de plazos exagerados para el pago a sus proveedores, a la luz de las aclaraciones que se han hecho, es desafortunada.

Un primer problema que se resalta consiste en la discordancia entre el fenómeno jurídico cuya ocurrencia preocupa al legislador y la intencionalidad del derecho de la competencia. A grandes rasgos, esta rama del derecho de lo que trata es de la disuasión de las conductas que dirijan a las compañías a posicionarse en circunstancias que le permitan lesionar bien, a su competencia, para erigirse como un monopolio, o bien a sus consumidores,

para apropiarse de una mayor porción de sus excedentes en el intercambio por la vía de acuerdos de aceptación cuasi obligatoria. Lo cierto es que el pacto y, si se quiere, la imposición de plazos muy extendidos para los pagos no solo puede, en el corto plazo, favorecer los intereses de una firma, sino que también lo hace respecto de su competencia, pues allí donde las ganancias son cuantiosas, se abre una brecha para que los competidores participen de esta. Por otra parte, la posición contractual entre la gran empresa y la PYME en las ventas a plazo y/o contratos de suministro es, para primera, la del consumidor y, para la segunda, la del proveedor de bienes y servicios, de tal modo que mal podría sostenerse que hay una afectación de los consumidores, tal como busca evitarse por el derecho de la competencia, en razón a que los considera la parte débil de los cabos contractuales.

Más apropiado hubiera sido enmarcar el problema de liquidez de las PYMES, si se persistiera por el legislador en ver a las grandes compañías como las culpables de la insolvencia de las primeras a causa de los extendidos plazos de pago que presuntamente se les impone, dentro del marco teórico de los monopsonios, pues la posición de las grandes compañías frente a las demás es la del demandante. Adicionalmente, se sostiene que un enfoque más apropiado sería el de los costos de transacción y no el de la posición dominante y su abuso.

Un segundo problema, al que se enfrenta el legislador es el de la imposibilidad de presumir que las grandes compañías se encuentran en una posición dominante de la que puedan abusar. En primer lugar, la envergadura de una firma no es el criterio determinante para la configuración de la posición de dominio, (piénsese, por ejemplo, el caso de una pequeña embotelladora de agua en un pueblo en el que no hay agua potable ni más embotelladoras), sino la posibilidad de determinar las condiciones de su mercado. En segundo lugar, cualquier afirmación apriorística sobre la posición dominante debe ser verificada empíricamente, pues no es dable establecerla sin la determinación de un mercado relevante, trabajo que es, sobre todo, casuístico, así como lo son la verificación a través de las reglas *per se* o de la razón, especialmente está última, la comisión de una conducta anticompetitiva.

Un tercer problema al que se enfrenta el legislador consistiría en demostrar que los mercados en los que participan las grandes compañías son del tipo demanda elástica versus oferta inelástica, pues es esta caracterización la que cerraría la baraja de posibilidades de acción de los proveedores en la negociación de las cláusulas contractuales o, dicho de otra forma, la que les daría la posibilidad a los demandantes de instituirse en monopsonios.

Llegada la investigación a este punto, se considera que se han resuelto dos de los interrogantes propuestos: la primera respuesta hizo referencia a la verificación de que, cuando el legislador acudió al principio de la buena fe para sustentar la disminución forzosa de los pagos entre grandes compañías y

PYMES, este no solo tenía una teoría defectuosa de la buena fe, sino que, ante el hecho de que entre las firmas hay una revelación completa de los montos, los tiempos y las condiciones de los pagos, a las sociedades de mayor tamaño no se las podía endilgar un comportamiento oportunista. La segunda respuesta también tiene que ver con la mala elección que el legislador hizo del abuso de la posición dominante como marco para la interpretación del problema de liquidez de las PYMES, pues, como acabamos de ver, la confirmación de la existencia de la posición dominante y de su abuso es un problema de mera casuística y, por tanto, de carácter particular, mas no general.

IV. Capítulo cuarto – Consideraciones económicas.

El análisis económico del derecho afirma que es posible anticipar que cualquier modificación que se haga de las reglas que rigen las conductas de las personas traerá como resultado un sinnúmero de acciones adaptativas en respuesta a las condiciones que se modificaron por los legisladores y que esto, a su vez, traerá consecuencias que impactarán la institucionalidad y la forma en que se conformarán y desarrollarán los órdenes sociales. Sin embargo, este tipo de análisis no logra, si bien nos advierte sobre los cambios que sucederán, predecir el contenido concreto de las reacciones que las personas

tendrán, pues, a lo sumo, solo se anticiparán algunas tendencias²². Esta de las consecuencias hace especialmente difícil la función de los legisladores, pues, cada norma por ellos diseñada, si bien pudiera encaminar a las personas hacia los senderos por ellos trazados, conlleva el riesgo de causar desviaciones imprevistas en relación con los mandatos en ellas contenidos, es decir, siempre existirá la posibilidad de que las personas dirijan sus acciones a la evasión de las prescripciones contenidas en las normas, como ocurre, por ejemplo, con los mercados negros, o, inclusive, a que estas se pongan en franca rebeldía en contra de lo diseñado por el legislador.²³

En relación con el objeto de investigación de este trabajo, desde los puntos de vista aquí esgrimidos, se comparte la preocupación por la situación de iliquidez que enfrentan las PYMES y se piensa que el problema se reconoció acertada, pero parcialmente. No obstante, no se está de acuerdo con las causas que el legislador atribuyó al problema de liquidez aquí estudiado, tal y como se explicó en los capítulos precedentes, pues, según lo veremos, no parece viable

²² Esta conclusión puede no ser compartida dependiendo del paradigma epistemológico en el que se encuentre su lector.

²³ La impredecibilidad de las conductas frente a las legislaciones nuevas refuerza en el legislador la idea de la corrección de la norma malhadadamente diseñada, en consecuencia, lo lleva a promover nuevos cambios legislativos con el propósito de que las personas ajusten sus conductas a los criterios por él requeridos. Sin embargo, en un segundo momento, las reacciones de los individuos pueden ser igual o más impredecibles, lo que refuerza, nuevamente, en el hacedor de las normas, el deseo de regular aún de manera más novedosa, e inclusive, so pena de sanciones más fuertes. Al final de este proceso, que se asemeja a un espiral vicioso, lo que llega como resultado es el fenómeno legislativo conocido como hiperinflación legislativa, es decir, el incremento exponencial de los costos de transacción que dificultan la forma de relacionarse entre los individuos de una sociedad y la coordinación de los mercados.

radicar en cabeza de las grandes compañías las cuitas financieras de las firmas medianas y pequeñas al trasluz de una hipotética, pero mal asumida, posición de dominio y el correspondiente abuso presuntamente ejecutado por las primeras. En cambio, la hipótesis que aquí se sostendría, de haber sido el motivo de la investigación de este proyecto establecer el nexo causal de los problemas de liquidez de las PYMES, habría sido que no hay razones para presuponer que exista una relación sistemática de inferioridad en los negocios jurídicos que puedan celebrarse entre las grandes compañías y las primeras²⁴ en la que las últimas se encuentren en desventaja. Sin embargo sí puede decirse, sucintamente, que lo anterior se afirma, principalmente, debido a estas dos razones: a que, por una parte, el crecimiento de una compañía conlleva consigo el aumento de los costos de transacción en su administración y la aparición de la rigidez y anquilosamiento de su estructura y, por otra, a que la ausencia de esas mismas condiciones en las compañías de menor tamaño las coloca en una situación en la que pueden adaptarse más fácilmente a las exigencias cambiantes de los mercados²⁵.

²⁴ Gisela Brühl sostiene que hay tres tipos de relaciones contractuales típicas en las que se asume que una de las partes es sistemáticamente débil: en los contratos de consumo, en los contratos laborales y en los contratos de seguros. Al respecto, no se avizó ningún conato por parte del legislador de establecer este tipo de desigualdad como una condición connatural de los mercados ni tampoco se ve tratamiento semejante en la doctrina.

²⁵ El desarrollo de esta afirmación se enmarcaría mejor en un proyecto de investigación relacionado con la *teoría de la firma*, sin embargo, excedería los límites del presente trabajo.

Por otra parte, pero en la misma línea argumentativa, se sostendría, a manera de hipótesis, que los problemas de liquidez no son exclusivos de las compañías medianas y pequeñas, sino generalizado, y que estos se atribuirían a los altos grados de intervencionismo gubernamental ejecutado por simultáneamente por dos vías: de un lado, debido a la ingente cantidad de barreras al mercado²⁶, lo que ha podido favorecer, en ciertos mercados, dadas las condiciones ya explicadas, la formación de monopsonios que han traído como consecuencia ventajas negociales para las grandes compañías en detrimento de las nuevas compañías, que naturalmente, tienden a ser de menor tamaño²⁷. De otro lado, la existencia de una compleja y pesada carga tributaria que ha llevado a las empresas a una situación de iliquidez, no solo debido a las erogaciones periódicas e inaplazables que deben realizar los contribuyentes, sino también debido a las planeaciones tributarias que deben realizar los empresarios, quienes, como estrategia financiera para disminuir el pago de los impuestos, se ponen a sí mismos en una situación patrimonial que les permita eludir cargas fiscales. A continuación, una pequeña digresión al respecto.

Las compañías en Colombia enfrentan grandes dificultades desde el momento de su nacimiento a la vida jurídica. Incrustadas en la cultura del papeleo, de

²⁶ Estas barreras al mercado vienen en todos los tipos y de todas las formas, a manera de licencias, de registros, de permisos, de impuestos, de inflexibilidades laborales, de aranceles, entre otros.

²⁷ Para consultar las características básicas de los monopsonios, remitirse al capítulo segundo.

los registros y de la burocracia, la constitución de sociedades no solo necesita de notarías, de oficinas de impuestos (DIAN), de cámaras de comercio, de abogados, de contadores y de bancos para su operación, sino que también enfrentan una oleada de declaraciones de impuestos una vez empiezan a funcionar que se complejiza aún más si hay operaciones de comercio exterior (Plazas, 2015). Los impuestos que las compañías pagan son de todo tipo, pero, especialmente, se ven ampliamente afectadas por la aplicación generalizada del principio de causación, según el cual las compañías adquieren responsabilidad fiscal desde el momento en que surgen los derechos y obligaciones del negocio jurídico, sin importar el momento en que se hagan efectivos, por ejemplo, como ocurre con la declaración bimensual del IVA²⁸, cuyo importe debe pagarse sin importar si ha habido percepción de los dineros prometidos en pago en el contrato respectivo que ocasionó la obligación de la retención.

²⁸ Según el artículo 600 del Estatuto Tributario el periodo gravable del impuesto sobre las ventas será así:

“1. Declaración y pago bimestral para aquellos responsables de este impuesto, grandes contribuyentes y aquellas personas jurídicas y naturales cuyos ingresos brutos a 31 de diciembre del año gravable anterior sean iguales o superiores a noventa y dos mil (92.000) UVT y para los responsables de que tratan los artículos [477](#) y [481](#) de este Estatuto. Los periodos bimestrales son: enero-febrero; marzo-abril; mayo-junio; julio-agosto; septiembre-octubre; y noviembre-diciembre.

2. Declaración y pago cuatrimestral para aquellos responsables de este impuesto, personas jurídicas y naturales cuyos ingresos brutos a 31 de diciembre del año gravable anterior sean inferiores a noventa y dos mil (92.000) UVT. Los periodos cuatrimestrales serán enero-abril; mayo-agosto; y septiembre-diciembre.”

Otros ejemplos de impuestos que afectan a las firmas son: el que les cobran los municipios por ejercer sus actividades comerciales dentro de sus territorios, o ICA, el que puede llegar a pagarse bimensualmente, dependiendo del régimen²⁹; el anticipo del impuesto a la renta³⁰; el impuesto a la renta y complementarios³¹; el impuesto al consumo en los casos en que aplique³², y

²⁹ Para el pago del ICA, por ejemplo, en Bogotá, se puede consultar aquí: <https://www.shd.gov.co/shd/ica-plazos>.

³⁰ **ARTICULO 807. CÁLCULO Y APLICACIÓN DEL ANTICIPO.** <Fuente original compilada: Arts. 16 y 17 L.38/69> Los contribuyentes del impuesto sobre la renta están obligados a pagar un setenta y cinco por ciento (75%) del impuesto de renta y *del complementario de patrimonio**, determinado en su liquidación privada, a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravable.

³¹ **ARTICULO 5o. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y SUS COMPLEMENTARIOS CONSTITUYEN UN SOLO IMPUESTO.** <Fuente original compilada: D. 2053/74 Art. 1o.> El impuesto sobre la renta y complementarios se considera como un solo tributo y comprende:

1. Para las personas naturales, sucesiones ilíquidas, y bienes destinados a fines especiales en virtud de donaciones o asignaciones modales contemplados en el artículo [11](#), los que se liquidan con base en la renta, en las ganancias ocasionales, en el patrimonio* y en la transferencia de rentas y ganancias ocasionales al exterior**.

2. Para los demás contribuyentes, los que se liquidan con base en la renta, en las ganancias ocasionales y en la transferencia* al exterior de rentas y ganancias ocasionales, así como sobre las utilidades comerciales en el caso de sucursales de sociedades y entidades extranjeras.

³² **ARTÍCULO 512-1. IMPUESTO NACIONAL AL CONSUMO.** <Artículo modificado por el artículo [200](#) de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El impuesto nacional al consumo tiene como hecho generador la prestación o la venta al consumidor final o la importación por parte del consumidor final, de los siguientes servicios y bienes:1. La prestación de los servicios de telefonía móvil, internet y navegación móvil, y servicio de datos según lo dispuesto en el artículo [512-2](#) de este Estatuto.2. Las ventas de algunos bienes corporales muebles, de producción doméstica o importados, según lo dispuesto en los artículos [512-3](#), [512-4](#) y [512-5](#) de este Estatuto. El impuesto al consumo no se aplicará a las ventas de los bienes mencionados en los artículos [512-3](#) y [512-4](#) si son activos fijos para el vendedor, salvo de que se trate de los automotores y demás activos fijos que se vendan a nombre y por cuenta de terceros y para los aerodinos.

3. El servicio de expendio de comidas y bebidas preparadas en restaurantes, cafeterías, autoservicios, heladerías, fruterías, pastelerías y panaderías para consumo en el lugar, para ser llevadas por el comprador o entregadas a domicilio, los servicios de alimentación bajo contrato, incluyendo el servicio de catering, y el servicio de expendio de comidas y bebidas alcohólicas para consumo dentro de bares, tabernas y discotecas, según lo dispuesto en los artículos [426](#), [512-8](#), [512-9](#), [512-10](#), [512-11](#), [512-](#)

otros varios que, aunque no tengan formalmente un tratamiento fiscal ni se les otorgue el carácter de tributario, tienen los mismos efectos de los impuestos y su incumplimiento se sanciona de la misma forma, tal como ocurre en la mora de los pagos parafiscales y de alguna tasas. Como agravante, existen penalidades por no presentar las declaraciones tributarias tempestivamente, así como el cobro de los más altos intereses moratorios permitidos por la ley y, en el peor de los casos, tanto los administradores como los propietarios de las compañías pueden ser procesados penalmente si sus conductas caen en la tipificación de algunos delitos cuyo propósito es tutelar el bien jurídico correspondiente al orden económico y social. Adicionalmente, es pertinente anotar que las sociedades también pueden ser controladas, sancionadas, intervenidas y multadas por las superintendencias y por la UGPP.

Si se tienen en cuenta las consideraciones previas, es viable abordar la problemática de la liquidez desde la perspectiva tributaria y afirmar que dicha problemática es extensible, no solo a las empresas pequeñas y medianas, sino también a las de gran tamaño. Lo anterior parece más ajustado a las realidades económicas que la mera suposición que hizo el legislador, la que se contempló en la exposición de motivos del proyecto de la ley de pago a

[12](#) y [512-13](#) de este Estatuto. Este impuesto no es aplicable a las actividades de expendio de bebidas y comidas bajo franquicias.

plazos justos, relativa a que los problemas de liquidez de las PYMES se deben, sobre todo, a la imposición de cláusulas desventajosas por parte de las grandes compañías.

Las conclusiones que de la anterior proposición se derivarían consistirían, en primer lugar, en advertir que los problemas económicos deben estudiarse de forma integral, o sea, desde todas las aristas posibles y, en segundo lugar, que si lo que se quiere es dársele liquidez a las compañías, sin importar su tamaño, una de las recomendaciones principales consistiría en reducir el pesado fardo fiscal que los empresarios arrastran. De manera que se advierte que uno de los problemas más graves, para el caso investigado y circunscrito a las delimitaciones tributarias aquí hechas, en lugar de ser atribuibles a situaciones de abuso presuntas en las dinámicas de los mercados que deben ser corregidas, consiste en el exceso de intervención estatal que debe ser desescalada.

4.1 Los pagos a plazo entendidos desde el punto de vista financiero y las conductas adaptativas

Tanto en contabilidad como en finanzas, la información objeto de su ámbito de investigación puede ser de dos tipos: o de un instante, como si se tratara

de una fotografía, o de un periodo, como si se tratara de una película, (Romero López, Álvaro Javier, 2013). Si bien ambas satisfacen el propósito según el cual se las mire, usualmente las del segundo tipo cargan más información y revelan la realidad económica de forma más confiable (O'Driscoll, Jr., 2009). Atendiendo a la importancia del tiempo, las siguientes las siguientes observaciones se harán desde la segunda perspectiva.

En su tratado de economía de 1949, Ludwig von Mises, por medio de lo que se denominó *la ley de la preferencia temporal*, explicaba las implicaciones y la importancia del tiempo en las valoraciones subjetivas y en los planes de acción de los individuos. Esta ley de aparente simplicidad, cuyo postulado consistió en indicar que las personas prefieren disponer de las cosas en el presente en lugar de trasladar su uso o consumo al futuro, o sea, que se valoran más los bienes en el presente que en momentos más alejados del tiempo, trajo importantísimas aplicaciones al entendimiento de las acciones individuales y sentó las bases de una de las más consistentes teorías de la formación del capital y del interés.³³

³³ No es esta idea original de Mises, más bien fue recolectada de los trabajos de Eugen von Böhm-Bawer, sobre todo de su trabajo denominado *Kapital und Kapitalzins*.

Si se profundiza un poco más en la idea, la ley de la preferencia temporal permite dar cuenta de cómo la rentabilidad de los empresarios está dada por intercambios intertemporales sobre los factores de producción, en otras palabras, de cómo las ganancias nacen de los diferenciales de las ventas de los bienes de primer orden y los precios descontados que se pagaron por los bienes de orden superior en la cadena productiva. Si se refiere esta idea al ámbito monetario, tenemos, entonces, que la tasa de interés consiste en la recompensa que se cobra, o que se paga, depende de la perspectiva, por la renuncia a gastarlo en el presente, es decir, a posponer la satisfacción de necesidades en el tiempo por parte de quien se desprende de él para recuperarlo en el futuro.

De modo que, cuando una compañía pospone la recepción del pago de sus mercaderías, está retrasando, asimismo, la posibilidad de satisfacer sus necesidades presentes, como el abono de su nómina, el cubrimiento de las rentas del alquiler, la satisfacción de sus créditos, la adquisición de materias primas, entre otros. Es por esto por lo que, debido a la imposibilidad presente de satisfacer necesidades ocasionada por las ventas a plazo o financiadas, es esperable que las compañías tiendan a incrementar los precios de sus mercancías como medida de compensación por la espera, dicho en otras palabras, que cobren una tasa de interés implícita en los precios. Esta es la razón que explica que los precios tiendan a ser más bajos si los pagos son al

contado y más altos si son diferidos, en proporción al tiempo de espera³⁴. Visto lo anterior, se concluye que el mecanismo de los precios permite ámbitos para el desarrollo de conductas adaptativas aprovechables por las compañías, sin importar su tamaño, para maximizar la eficiencia de los mercados en el que participan o, dicho de otra forma, para minimizar el impacto de las desventajas que puedan tener en sus negociaciones. De modo que no hay razones para pensar que se necesita una interferencia estatal directa que module, ineludiblemente, los pagos que se pactan entre los comerciantes.

La aplicación de la teoría de juegos a nuestro caso de estudio puede reforzar las conclusiones a la que hemos llegado previamente sobre la importancia de la adaptación de las conductas y la expectativa de que a través de ellas se llegue a la situación más eficiente posible. Los actores que a nuestro problema de liquidez atañen son dos: las grandes compañías, que constituyen una parte, y las PYMES y pequeños comerciantes, que constituyen la otra. Ambas en un contexto en el que los precios de los intercambios pueden ser pactados o bien, de forma desfavorable para uno, o bien para el otro. Los resultados pueden ser dos: o la expansión del mercado al que pertenecen, o bien su contracción e, inclusive, su desaparición, que es lo que el legislador quisiera evitar. Véase cómo se pueden desarrollar las posibilidades en el corto plazo, que

³⁴ Hay circunstancias excepcionales en las que esta lógica parece invertirse. El interesado puede consultar la inversión de la curva de rendimientos de los bonos de deuda.

llamaremos t_1 , y en el largo plazo, que llamaremos t_2 , cuando uno u otro tiene la potestad de fijar las condiciones del intercambio.

En t_1 , si las grandes compañías tienen un poder mayor de negociación, por ejemplo, por encontrarse en una situación de monopsonio o por cualquier otra circunstancia particular desfavorable a las compañías de menor tamaño, pactar un plazo excesivo para el pago, que es lo que más les beneficiaría as primeras, pondría podría poner en riesgo de insolvencia a las compañías de menor tamaño, al punto que realizar el intercambio las llevaría a la ruina o, simplemente, el intercambio se presentaría tan gravoso que no se realizaría, lo que sería el peor resultado para las partes. Si ocurriera lo contrario, es decir, si las PYMES tuvieran el mayor poder de negociación, por ejemplo, por ser un monopolio, pactar un pago como anticipo a la entrega de las mercancías sería lo que más les convendría, pero entre más temprano el anticipo, mayor riesgo de que las grandes compañías se pongan en riesgo de iliquidez o que, en el peor de los casos no decidan realizar el intercambio. Se observa, entonces, que, si es potestad de cualquiera de las partes pactar unilateralmente los plazos para el pago, acudir a la imposición que más los beneficie entrañaría riesgos de contracción para el mercado e, inclusive, su desaparición, por ello, adoptar la posición estratégicamente más beneficiosa para uno (juego de suma cero), implica el mayor perjuicio para el otro y, por contera, para el mercado.

Si se tiene en cuenta el paso del tiempo y que con este se ha recabado una información mucho mayor que la que se tenía en t_1 y que, adicionalmente, es del mayor interés para las partes la existencia del mercado, en t_2 las partes habrán reconocido que la pretensión permanente de sacar los mayores provechos de sus posiciones podría llevarlos a la contracción o, en el peor de los casos, a la desaparición del mercado en el que participan, por tal motivo, entrarán en un tipo de comportamiento contractual que les permita sacar a ambos beneficios sin que se ponga en riesgo la participación en el mercado de su contraparte. A esta situación de equilibrio se le denomina *equilibrio del miedo o de Nash*. En el caso en el que la estrategia de las partes o de una de ellas se aleje del equilibrio y perjudique a la otra, la corrección podría venir con la participación de terceros, por ejemplo, con la integración en el mercado de compañías de *factoring* o de compra de créditos a descuento, por citar un ejemplo (Rolin, Serge, 1975).

Como t_2 requiere un ajuste de las estrategias de las partes involucradas en el contrato de suministro y al legislador le impacienta el transcurso del tiempo³⁵, la tentación de intervenir lo lleva a establecer una tasa de interés, es decir, un plazo para los pagos que puede coincidir, o no, con el interés descubierto por las partes con el que maximizan sus posibilidades de ganancia. Si el legislador

³⁵ Para expandir el entendimiento sobre la miopía legislativa de la que sufre el político pueden consultarse los hallazgos de la *Public Choice*.

atina, su mandato, a lo sumo, ecualizará las tendencias a los desequilibrios en el corto y mediano plazos, pero, en el largo plazo, aniquilará las posibilidades de adaptación de las partes cuando las condiciones del mercado varíen. Por el contrario, si el legislador decreta plazos por fuera del equilibrio, lo que ocurrirá es que habrá una redistribución injustificada de riqueza entre grandes y pequeñas y medianas compañías, es decir, justo lo contrario a lo que pretendía lograr.

V. Capítulo quinto – Conclusiones.

Se comenzó este trabajo con tres pretensiones principales: demostrar que el legislador no estaba haciendo un uso adecuado del principio de la buena fe contractual a la luz de la teoría más actual; constatar que tampoco era metodológicamente adecuado presumir la asunción del abuso de la posición dominante como criterio de comportamiento de las grande compañías y; por último, que tampoco existían criterios económicos que avalaran la disminución legal de los plazos de pago para los intercambios entre compañías de tamaños asimétricos.

En relación con lo primero, huelga decir que la aproximación que se hizo de la buena fe permite concluir que, siempre que el plazo para el pago del precio en

las relaciones contractuales, sin importar el tamaño de las compañías contratantes, sea conocido y corresponda a las expectativas de los contratantes, puede presumirse que estas actúan de buena fe y que la posesión de dicha información servirá como directriz que ayude a los comerciantes a decidir si es conveniente o inconveniente participar en un negocio jurídico concreto. De manera que la justificación para modificar el pacto libre y voluntario que hagan las PYMES con las grandes compañías sobre los plazos de pago por parte del legislador, no debería estar fundamentado en el desarrollo del principio de la buena fe.

Por otra parte, un segundo problema, al que se enfrenta el legislador es el de la imposibilidad de presumir que las grandes compañías se encuentran en una posición dominante de la que puedan abusar. En primer lugar, la envergadura de una firma no es el criterio determinante para la configuración de la posición de dominio de acuerdo con el derecho de la competencia, sino la posibilidad de determinar las condiciones de su mercado. En segundo lugar, cualquier afirmación apriorística sobre la posición dominante debe ser verificada empíricamente, pues no es dable establecerla sin la determinación de un mercado relevante, trabajo que es, sobre todo, casuístico, así como lo son la verificación a través de las reglas *per se* o de la razón, especialmente está última, la comisión de una conducta anticompetitiva.

Como tercera conclusión se tiene que es posible afirmar que, en relación con los plazos para los pagos entre las compañías, con el tiempo, este se ubicará en un equilibrio de Nash (que podrá ser fuerte o débil) en el que siempre hay cabida al reajuste, bien mediante conductas adaptativas de los contratantes o bien por la aparición de terceros que participen de los desequilibrios de las transacciones, como las compañías de *factoring*, por ejemplo. En todo caso, se consideró que el problema de liquidez de las PYMES tendría un mejor sustento desde el estudio del problema de los monopsonios y, más aún, desde el de los costos de transacción, incluida la responsabilidad fiscal.

Por último, quiere llamarse la atención sobre un asunto que es transversal a buena parte de la legislación. Así como es posible que la reducción de los plazos para los pagos entre las compañías logre lo contrario a lo que se quiere evitar, la contracción de los mercados por desaparición de las PYMES, la carencia de análisis económico sobre la producción de normas ha traído y seguirá trayendo efectos sociales adversos e insospechados. Valdría la pena repensar a forma en que el legislador se enfrenta a los problemas que va trayendo las nuevas realidades de los negocios.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes bibliográficas.

ALMONACID SIERRA, JUAN JORGE Y GARCÍA LOZADA, NELSON GERARDO (1988) Derecho de la competencia. Editorial Legis.

AKERLOF, GA. 1970. The Market for 'Lemons': Quality, Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. 84 (3): 488–500.

ARRUBLA PAUCAR, J. A. (2015). *Contratos mercantiles - contratos típicos*, (Decimocuarta ed.). Bogotá D.C.: Legis Editores.

BUCHANAN, JAMES (2003). Politics without romance. *Policy*, Vol 19 No. 3. Spring 2003.

BURTON, SJ. 2017. Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith. *Harvard Law Review*. 94 (2): 369–404.

CASTRO DE CIFUENTES, M. (2015). *Derecho de las obligaciones con propuesta de modernización*, Tomo 1 (Segunda ed.). Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.

COASE R.H. (1960) The Problem of Social Cost. In: Gopalakrishnan C. (eds) *Classic Papers in Natural Resource Economics*. Palgrave Macmillan, London.

COWEN, T., TABARROK, A. (2014). *Modern Principles of Economics*. (3th Edition). U.S.A.: Worth Publishers.

ECHEVERRI S., VERÓNICA (2011). *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. Medellín, Colombia, Opinión Jurídica, vol. 10. n.º 20.

FRIEDMAN, D. (2001). *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*. U.S.A. Princeton.

HAYEK, F. A. (1996). *Individualism and Economic Order*. (Reissue edition). USA: University of Chicago Press.

HEYNE, G., BOETKKE, P., PRYCHITKO, D. (2013). *The Economic Way of Thinking*. (13th Edition). U.S.A.: Pearson.

INFANTINO, L. (2001). *El orden sin plan. Las razones del individualismo metodológico*. Madrid: Unión Editorial.

LEONI, B. (1957). *La libertad y la ley*. Madrid, Unión Editorial.

MACKAAY, E. 2012. Good Faith in Civil Law Systems: A Legal-Economic Analysis. *Revista Chilena de Derecho Privado* 18 (18): 149–77

MISES, L. (2011). *La acción humana* (Decima ed.). Madrid: Unión Editorial S.A.;

MURIS, TJ. 1980. Opportunistic Behavior and The Law of Contracts. *Minn. L. Rev.* 65: 521–90.

NORTH, D. C. (1990). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica.

O'DRISCOLL Jr. (2009). *La economía del tiempo y de la ignorancia*. Madrid, Unión Editorial.

RAMÍREZ PLAZAS, J. (2003). *El presupuesto público en Colombia* (Cuarta ed.). Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.;

RENGIFO GARCÍA, ERNESTO (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Segunda edición. Editorial Universidad Externado de Colombia.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. (1996). *Estudios jurídicos en homenaje a Aureliano Meléndez*, t. I, Madrid, Edit. Civitas.

ROJAS, R., SCHENONE, O., STEORDEUR, E. (2012). *Nociones de análisis económico del derecho privado*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.

ROLIN, SERGE (1975). *El factoring*. Editorial Pirámide.

ROMERO LÓPEZ, ÁLVARO JAVIER. (2013). *Contabilidad práctica para no contadores*. Mc Graw Hill Education.

SUMMERS, RS. 1968. 'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review* 54 (2): 195–267.

VALBUENA QUIÑONES, GUSTAVO. (2013). *Perspectivas del derecho de consumo*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

2. Fuentes legales.

Leyes:

- Ley 84 de 1873
- Ley 153 de 1887
- Ley 590 de 2000
- Ley 1480 de 2011
- Ley 1819 de 2016
- Ley 2010 de 2019
- Ley 2024 de 2020

Decretos:

- Decreto 410 de 1971
- Decreto 2053 de 1974
- Decreto 2153 de 1992
- Decreto 1074 de 2015

- Decreto 957 de 2010

Estatutos y códigos:

- Constitución Política.
- Código Civil.
- Código de Comercio.
- Estatuto del consumidor.

Sentencias:

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 1958 (buena fe)
- Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia T-375 de 1997
- Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010
- Consejo de Estado, Sentencia C.E. 2011-00609 de 2014

3. Fuentes de internet.

- www.sic.gov.co.
- www.shd.gov.co.
- Gaceta del Congreso nro. 304 de 2020.