

El valor normativo de las buenas prácticas empresariales (BPE), a propósito de la circular de buenas prácticas del sector de transporte de carga en Colombia¹

The normative value of “good business practices”. Discussion of the circular of good practices for the freight transport sector in Colombia

FABIO ANDRÉS BONILLA SANABRIA²

JAVIER FRANCO ZÁRATE³

- 1 Fecha de recepción: 8 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2018. Para citar el artículo: Bonilla F y Franco J. “El valor normativo de las buenas prácticas empresariales (BPE), a propósito de la circular de buenas prácticas del sector de transporte de carga en Colombia”. En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 17, n.º 2. julio-diciembre 2018. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v17n2.01>
- 2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. LLM en International Business Law del University College de Londres (UCL). Profesor Investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. fabio.bonilla@uexternado.edu.co
- 3 Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2003), especialista en Derecho Marítimo de la misma Casa de Estudios (2006), LL.M. (distinción) en Derecho Comercial Internacional y Derecho Marítimo de University of Wales - Swansea, Reino Unido (2009). Docente investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (javier.franco@uexternado.edu.co) y socio de Franco & Abogados Asociados (jfranco@francoabog.com).

RESUMEN

En el mundo empresarial de hoy, cada vez se recurre con mayor frecuencia al concepto de buenas prácticas empresariales. En el ámbito del transporte de mercancías, aunque la discusión no es nueva, recientes pautas trazadas por las autoridades que intervienen en la materia han encendido de nuevo el debate sobre las implicaciones que pueden tener en este particular contexto empresarial. El presente artículo aborda entonces la problemática que supone la adopción de estas buenas prácticas empresariales, buscando guiar al lector a través del concepto y su evolución, para luego presentar algunas de las implicaciones prácticas que los autores consideran tales buenas prácticas podrían tener desde una perspectiva legal.

Palabras clave: Buenas prácticas, mejores prácticas, benchmarking, transporte, logística.

ABSTRACT

The concept of "good business practices" is commonly used in the business world. In the field of transportation, although the discussion is not new, recent guidelines issued by the Colombian authorities allow for the discussion to be considered once again as to the legal implications that said practices may have. This article addresses the legal issues related to the adoption of these practices by first introducing the concept of "good business practice" and its evolution. Then it reviews some of the implications that the authors consider that the concept may have from a legal perspective.

Keywords: Best practice, good practices, benchmarking, transportation, logistics.

INTRODUCCIÓN

En el mundo empresarial actual resulta evidente el esfuerzo de las empresas por encontrar estrategias que les permitan optimizar sus procesos y costos con el objetivo de ser más eficientes y así lograr maximizar los beneficios económicos que se esperan obtener como consecuencia del desarrollo de la actividad industrial.

Frente a este ímpetu de los particulares, el Estado, como regulador por antonomasia, es quien normalmente impone las reglas del juego para el desarrollo de las actividades económicas. Esto lo hace a través de normas cuya violación o desconocimiento es usualmente objeto de reproche por parte de las entidades o estamentos establecidos por el derecho, muchas veces como

órganos de vigilancia o control, que se encargan de imponer las sanciones a quien pretenda desconocer las pautas trazadas por el ordenamiento.

No obstante, con el paso del tiempo se ha vuelto cada vez más frecuente que el Estado como regulador de un paso al costado en la fijación de ciertos parámetros de conducta, de modo que los mismos particulares son quienes determinan las pautas que deben observar para la realización de la actividad⁴— en muchos casos trazando estos criterios desde una perspectiva internacional. En este sentido, se destaca, por ejemplo, la existencia de la llamada “regulación privada transnacional”, cuya importancia ahora es evidente — más allá de la regulación privada local— puesto que “(...) constituye un nuevo cuerpo de normas, prácticas y procedimientos creados por actores privados, firmas, organizaciones no gubernamentales (en adelante también ‘ONG’), expertos independientes creadores de estándares técnicos y comunidades epistémicas, que desarrollan un poder regulatorio autónomo o desarrollan poderes que han sido delegados por el derecho internacional o por la legislación nacional”⁵.

Es entonces en este nuevo ámbito de participación de los actores privados como auto reguladores de su propia conducta (tanto desde la perspectiva nacional como internacional) en el que cobran importancia especial las llamadas “buenas prácticas empresariales” como manifestación de los parámetros que deben tenerse en cuenta para el “buen hacer” de la industria. En efecto, a través del llamado “benchmarking”, concepto que habría emergido en los años 70’s⁶, se ha hecho popular la tendencia a la imitación de prácticas empresariales consideradas como exitosas, en espera de la consecución de resultados positivos para quien las adopta⁷.

Así, las buenas prácticas empresariales en muchos casos han sido vistas como una fórmula o receta para el éxito de una compañía. La premisa entonces es que, si a una empresa como consecuencia de la adopción de una determinada

4 Cfr. CAFFAGI, FABRIZIO. “Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional”. Revista de Derecho Privado. Enero-junio de 2014. n.º 26. p. 187. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3799/4037>

5 CAFAGGI, Op. cit., p. 186.

6 *The concept of ‘benchmarking’ emerged in 1970’s (Xerox generally gets credit for inventing it) and further shored up the new era of measurement*. FALCONER, JAMES. *Knowledge as cheating: A metaphorical analysis of the concept of ‘best practice’*. Systems Research and Behavioral Science, 2011, vol. 28, n.º 2, p. 171.

7 *“Benchmarking is the process of identifying “best practice” in relation to both products and the processes by which those products are created and delivered. (Riley, 2012). The search for “best practice” can take place both inside a particular industry and also in other industries. Benchmarking provides necessary insights to help understand how an organization compares with similar organizations, even if they are in different business or have a different group of customers. The objective of benchmarking is to understand and evaluate the current position of a business or organization in relation to “best practice” and to identify areas and means of performance improvement*”. DEMBOWSKI, FREDERICK L. *The roles of benchmarking, best practices & innovation in organizational effectiveness. [en línea]*. The International Journal of Organizational Innovation. 2013. Vol. 5 n.º 3. p. 10. Disponible en: <http://www.ijoi-online.org/index.php/back-issues/33-volume-5-number-3-winter-2013>

práctica se le ha generado un resultado útil y exitoso, su implementación generalizada debería ser promovida para replicar esos beneficios a otros actores en el mercado. Usualmente este tipo de prácticas son de tal magnitud que su adopción puede llegar a convertirse en un requisito no impuesto para ingresar a un sector o mercado específico⁸, con lo cual su observancia también en muchos casos es generalizada pues los interesados en ese sector no pueden dejar de observarla. No obstante lo anterior, debe existir un balance muy cuidadoso entre la imitación o adopción de buenas prácticas ya usadas por otras empresas y el desarrollo e innovación específico de cada actor del mercado, pues no debe perderse de vista que, en cualquier caso, no necesariamente una misma práctica es beneficiosa para todos los actores en todas las circunstancias⁹.

Al margen de esta discusión, sucede también que el uso de estas buenas prácticas observadas en una determinada industria puede ser sugerido o promovido por el Estado de diferentes maneras, haciendo más evidente el rol que en la actualidad éste puede llegar a tener más como un promotor de normas autoimpuestas—que como creador de normas obligatorias¹⁰.

Así las cosas, el presente artículo tiene por objeto analizar esta problemática de las llamadas "buenas prácticas" centrandolo su estudio en sus posibles alcances a nivel local, fundamentalmente desde una perspectiva jurídica. Este análisis conllevará entonces, dar una mirada general al concepto y a sus posibles implicaciones en el ordenamiento jurídico interno, para luego centrar el estudio en el potencial impacto que podría tener la Circular Externa 94 de diciembre de 2016 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, conocida como la circular de las buenas prácticas del sector, documento que indicó unos comportamientos empresariales sugeridos o deseables en el marco del desarrollo de la actividad del transporte terrestre de carga.

8 En este sentido Cafaggi destaca en torno a la regulación privada transnacional que *"Usualmente, la suscripción a un régimen o el cumplimiento de unos estándares es una condición de acceso a un mercado o de la capacidad de competir, reduciéndose de esta manera la capacidad para decidir"*. CAFAGGI, Op. cit., p. 188.

9 *"Best practice is flawed because it acts as a placeholder for proper management practice, displacing accountability for effectiveness and fit. Best practice is flawed, further, because it supplants strategy, adopting solutions out of convenience or copying them reactively, and supplants innovation, allowing 'the best we know about', 'the best we've come across', or even 'the best we've done before' to be adequate. (...) Over time, this leads to fewer and fewer new ideas, little improvement through reuse, and eventually diminishing marginal returns across the whole corpus. This, and a limited value (generation) proposition based on what is effectively 'used' knowledge, means that best practice represents a relatively poor investment from an intellectual capital perspective"*. FALCONER, Op. cit., p. 170.

10 Al respecto destaca Cafaggi en relación con la regulación privada transnacional que *"(...) enfatiza el rol del Estado como adoptante de normas (Rule Taker) en contraposición a su función de creador de normas (Rule Maker)"*. CAFAGGI, Op. cit., p. 187.

I. LAS BUENAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES

A. CONCEPTO DE BUENAS PRÁCTICAS

A efectos de lograr los objetivos planteados en el presente estudio resulta entonces necesario hacer inicialmente un examen del concepto de "buenas prácticas". Sobre el particular, cabe destacar de entrada que si se atiende al significado de la expresión en el idioma español, se tiene, de un lado, que el adjetivo "bueno" tiene una connotación positiva o de características deseables¹¹, mientras que el vocablo "práctica" hace referencia a un modo particular de hacer las cosas¹². Podríamos decir entonces que el concepto apunta fundamentalmente a una conducta de valor positivo que se supone es adecuada para conseguir un resultado determinado. De hecho, en el entorno anglosajón en el que se utilizó primeramente la expresión que diríamos es su equivalente, 'best practice', se entiende genéricamente que la expresión está referida a "los métodos reconocidos de dirigir correctamente negocios o proveer servicios"¹³.

Sobre el concepto de "buena práctica" anota Cámara Arroyo que:

*"(...) [s]u origen y desarrollo se encuentra en la política empresarial (donde se acuñó la expresión good practices o best practices) debido fundamentalmente al auge del sistema capitalista, y se han utilizado expresamente en este sentido 'como calificativo de cualquier actividad que ofrece resultados buenos en el contexto en el que se utiliza, por lo que la búsqueda de resultados siempre eficaces y eficientes en el ámbito referido es lo que determinó que se acuñara este término'."*¹⁴.

Al respecto es necesario también destacar que algunas veces se ha discutido si se debe hacer referencia al concepto de "buenas prácticas" o, más bien, al de "mejores prácticas"¹⁵. Más allá de la corrección gramatical en este sentido, o de

11 "1. adj. [d]e valor positivo, acorde con las cualidades que cabe atribuirle por su naturaleza o destino". Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. [en línea]. Disponible en: <http://dle.rae.es/>

12 "1. adj. [p]erteneiente o relativo a la práctica. 2. adj. Dicho de un conocimiento: Que enseña el modo de hacer algo". Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. [en línea]. Disponible en: <http://dle.rae.es/>

13 Traducción libre. El original indica: "the recognized methods of correctly running businesses or providing services". En *Collins English Dictionary*. [en línea]. Disponible en: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/best-practice>

14 CÁMARA ARROYO, SERGIO. "Concepto y elementos característicos de las "Mejores prácticas" aplicados a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica". En *Mejores prácticas del Ombudsman en Iberoamérica*. Primera Edición. Madrid: Dykinson 2012, p. 14

15 "The terms 'good' and 'best' practice are apparently interchangeable and unproblematical; they are also undefined, but somehow their meaning is considered to be widely understood and agreed". COFFIELD, FRANK; EDWARD, SHEILA. "Rolling out 'good', 'best' and 'excellent' practice. What next? Perfect practice?" [en línea]. *British Educational Research Journal*, 2009. Vol. 35, n.º 3, p. 374. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/01411920802044396>

las dificultades que pueden surgir en torno a esclarecer las fronteras precisas del concepto¹⁶, puede decirse entonces que estas prácticas de manera general pretenden permitir alcanzar la eficacia en el proceso empresarial¹⁷, generando en muchos casos adicionalmente un efecto colateral (buscado o no) principalmente proyectado sobre la obtención de bienestar para la comunidad asociada directa o indirectamente con la práctica en cuestión.

No obstante lo anterior, es importante destacar de nuevo que no existe una práctica que pueda ser considerada siempre y para todos los efectos como una única "buena práctica"¹⁸. De hecho, el Centro Americano para la Productividad y la Calidad en este sentido señaló que no hay una práctica que siempre sea buena para todos los casos, y que, en dicho contexto, tales prácticas deben ser entendidas como aquellas "que producen resultados superiores, seleccionados por procesos sistemáticos y juzgados como ejemplares, buenos o exitosamente demostrados"¹⁹.

Sentadas estas bases conceptuales iniciales, conviene ahora examinar el alcance que ha recibido el concepto a nivel local, con ocasión de algunos desarrollos que éste ha tenido en torno al funcionamiento de algunos sectores industriales.

B. BUENAS PRÁCTICAS Y SU ADOPCIÓN EN CIERTOS SECTORES EMPRESARIALES COLOMBIANOS

En algunos sectores de la industria nacional ya es común la referencia al concepto de buenas prácticas y se utilizan para señalar parámetros de comportamientos deseables en sectores tan variados como el de los hidrocarburos, la producción de alimentos, en el sector farmacéutico, y en el portuario, entre otros.

Así, por ejemplo, en el sector minero energético se han definido tales prácticas, entendiéndolas como aquellas que permiten alcanzar ciertos objetivos que se presumen deseables en el ámbito del sector, de la siguiente forma:

"(...) Operaciones, procedimientos, métodos y procesos seguros, eficientes y adecuados, implementados para la obtención del máximo beneficio económico en la recuperación final de las reservas de hidrocarburos, la reducción de las pérdidas, la seguridad operacional, la protección del medio

16 Ibid.

17 Cfr. CÁMARA, Op. cit. p. 15.

18 JARRAR, YASAR F.; ZAIRI, MOHAMED. *Best practice transfer for future competitiveness: A study of best practices*. [en línea]. Total Quality Management. 2000. Vol. 11. n.ºs 4,5&6. pp. 734-740. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09544120050008147>

19 Traducción libre. "The American Productivity and Quality Centre noted that although there is no single 'best practice' because best is not best for everyone, what is meant by 'best' are 'those practices that have been shown to produce superior results, selected by a systematic process, and judged as exemplary, good, or successfully demonstrated'". Comentario realizado por Yasar F. Jarrar & Mohamed Zairi entorno a la definición del concepto: "benchmarking terms", que expone la American Productivity and Quality Centre en su página web (www.Apqc.org). Ibid.

ambiente y de las personas, en el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos."(destacado fuera de texto)²⁰.

Nótese entonces cómo la observancia de estas prácticas en tal ámbito tiene por finalidad específica obtener los mejores resultados económicos posibles derivados de la actividad, mientras que simultáneamente se persigue la protección de las personas y del medio ambiente en desarrollo de actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos. En efecto, la Resolución en cita modificó el artículo sexto de la Resolución 18 1495 de 2009 del Ministerio de Minas y Energía, esta última que indica expresamente en relación con las actividades de exploración que "[e]n los trabajos que se ejecuten se aplicarán las buenas prácticas de la industria identificando eventuales situaciones de emergencia (...)"²¹ y, que además señala que se tendrá por "desperdicio", entre otros, "[I]a perforación de un pozo dentro de un campo dé como resultado una reducción en la cantidad de petróleo o gas último recuperable de un yacimiento, de acuerdo con las buenas prácticas de la industria".

Es visible entonces cómo se recurre al criterio de "buenas prácticas de la industria" desde dos perspectivas: i) requiriendo su observancia en los trabajos de exploración que se adelanten y, ii) como criterio orientador a efectos de determinar en qué casos pudo haber ocurrido una situación no deseada, esto es, p.ej. el llamado "desperdicio".

De otro lado, en el sector de la manufactura (particularmente de alimentos) también se ha utilizado una definición particular del concepto de "buenas prácticas de manufactura". En efecto, originalmente el derogado Decreto 3075 de 1997 y ligeramente modificado en la norma actual, esto es, la Resolución 2674 de 2013, se consagra una definición del concepto en el sentido de destacar que la adopción de las mismas contribuye a disminuir los riesgos de los procesos de producción indicando:

"BUENAS PRÁCTICAS DE MANUFACTURA. Son los principios básicos y prácticos generales de higiene en la manipulación, preparación, elaboración, envasado, almacenamiento, transporte y distribución de alimentos para consumo humano, con el objeto de garantizar que los productos en cada unas de las operaciones mencionadas cumplan con las condiciones sanitarias adecuadas, de modo que se disminuyan los riesgos inherentes a la producción".

Señala entonces la resolución en su artículo quinto que tales prácticas deberán ser observadas en los diferentes procesos asociados a la producción tales como

20 Colombia. Ministeriode Minas y Energía. Resolución 40048 (16, enero, 2015). Por la cual se establecen medidas en materia de exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos convencionales continentales y costa afuera. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2015. n.º 49.396.

21 Colombia. Ministeriode Minas y Energía. Resolución 181495 (02, septiembre, 2009). Por la cual se establecen medidas en materia de Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2009. n.º 47.462. Artículo 12.

almacenamiento o transporte de los productos. Sobre el particular dispone la resolución que:

"Buenas Prácticas de Manufactura. Las actividades de fabricación, procesamiento, preparación, envase, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de alimentos, se ceñirán a los principios de las Buenas Prácticas de Manufactura contempladas en la presente resolución".

De tal forma, la resolución en comento elevó a norma una serie de conductas que se consideran buenas prácticas para la manufactura de alimentos, parámetros que en la práctica deben ser observados por quienes intervienen en la industria so pena de la imposición de una sanción por parte del INVIMA de acuerdo con lo previsto en el literal e del artículo 49 de la resolución²².

Por último, en esta corta relación de ejemplos de usos normativos de las buenas prácticas, en el sector portuario se tiene la resolución 850 de 2017, que estableció los criterios para los Reglamentos de Condiciones Técnicas de Operación de los terminales portuarios en el país, y que desde las consideraciones preliminares del documento, puso de presente la importancia de observar las "mejores prácticas internacionales" de la industria en los protocolos de operaciones respectivos en dicho sector, así:

"Que Colombia en el sector portuario debe ir migrando hacia las mejores prácticas internacionales, por lo que se hace necesario el establecimiento de protocolos de operaciones portuarias que permita la fácil revisión y evaluación del sector que garantice generar una política pública de vanguardia"

Nótese que la resolución en comento requiere que cada terminal portuario cuente con un reglamento de condiciones técnicas de operación, el cual debe ser elaborado "de acuerdo con los parámetros mínimos establecidos en la presente Resolución"²³. Es claro entonces que se deberán tener en cuenta las buenas prácticas de la industria al preparar tales reglamentos.

22 El literal e del artículo 49 de la resolución señala: "Si de la revisión se desprende que pudieran existir conductas violatorias de las normas sanitarias, el INVIMA procederá a adoptar las medidas y a iniciar los procesos sancionatorios que correspondan, así como dar aviso a otras autoridades si fuera el caso". Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 2674 (22, julio, 2013). Por la cual se reglamenta el artículo 126 del Decreto-ley 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2013. n.º 48.862. Artículo 49

23 Colombia. Ministerio de Transporte. Resolución 850 (06, abril, 2017). Por la cual se establece el contenido del reglamento de condiciones técnicas de operación de los puertos marítimos y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2017. No. 50.198. Artículo 4.

II. EFECTO DEL DESCONOCIMIENTO DE UNA "BUENA PRÁCTICA" EN COLOMBIA

Luego de mencionar algunos de los sectores en los cuales ya las normas hacen expresa referencia a las buenas o mejores prácticas en Colombia, y como lo que se pretende es determinar su alcance o valor normativo, conviene dar una mirada detallada a las implicaciones que puede tener el que se entienda que una determinada conducta, además de ser una buena práctica del sector, pueda recibir simultáneamente otro calificativo según su carácter vinculante.

Sobre el particular es necesario tener en cuenta que si bien existen en la actualidad normas que a nivel local consagran la referencia a tales buenas prácticas, en muchos casos puede ser discutible la implicación que genera su desconocimiento. Por esto se ha considerado oportuno examinar cuáles podrían ser las implicaciones de la inobservancia de un determinado comportamiento, cuando aparte de ser considerado una "buena práctica", dicho comportamiento pueda además ser valorado desde otra perspectiva que pueda tener implicaciones legales.

En ese sentido, se buscará a continuación asociar el concepto de buena práctica con el de usos de comercio, costumbre comercial, sanas prácticas mercantiles y medidas de gobierno corporativo.

A. ¿PUEDE SER UNA BUENA PRÁCTICA SIMULTÁNEAMENTE UN USO DEL COMERCIO O UNA COSTUMBRE COMERCIAL?

Conviene entonces preguntarse si una buena práctica (particularmente cuando estas son observadas de manera regular por la generalidad de los participantes de un sector industrial) podría también ser considerada como un uso o práctica del comercio o, incluso, como una costumbre mercantil²⁴.

Al respecto, de entrada es necesario destacar que, en nuestro medio es clara la diferencia entre una costumbre comercial propiamente dicha y una conducta que constituya tan solo un uso o práctica del comercio. Al respecto es importante considerar que cuando una conducta determinada cumple con los requisitos del artículo tercero del Código de Comercio (esto es, es pública, reiterada, uniforme y que no contradice tácita ni manifiestamente la ley) dicha práctica constituye una verdadera costumbre que además tendrá el mismo valor de la ley comercial²⁵.

24 Para algunos autores, "[l]as denominadas "buenas/mejores prácticas" aparecen desde la óptica del Derecho, como un término de significación indeterminada". CÁMARA ARROYO, Op. cit., p. 13.

25 Colombia. Código de Comercio. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Diario Oficial. Bogotá D.C. 1971. n.º 33.339. Artículo 3.

Ahora bien, ocurre algo diferente con los llamados usos o prácticas comerciales, en relación con los cuales puede decirse, siguiendo al Prof. Oviedo Albán, que los mismos no reúnen alguno de dichos elementos cuya presencia es necesaria para asignar el valor normativo propio de una verdadera costumbre²⁶, no obstante lo cual, respecto de ellos es posible señalar que son "(...) un elemento de la situación de hecho, particular y concreta, y por consiguiente debe estimárselo como fuente de derecho en sentido subjetivo (...)"²⁷. En efecto, el uso o práctica no tendrá las características propias de la costumbre, con frecuencia "(...) toman a la larga un aspecto más estable, más homogéneo, más fijo, y se aclimatan de tal manera en la práctica, que llegan a constituir una regla común verdaderamente general en un medio dado."²⁸

En este preciso sentido resulta también de interés destacar que para algunos autores tales usos y prácticas podrían determinar la forma en que se deben ejecutar o desarrollar las relaciones en un mercado específico. Así, señala el profesor Maximiliano Rodríguez al indicar que:

*"Los usos y prácticas comerciales reflejan una regularidad en el modo de comportamiento de los agentes del comercio y en las convenciones que estos acuerdan, por lo que se considera que estos rigen las relaciones en un mercado particular"*²⁹.

Hechas estas observaciones sobre los conceptos de costumbre mercantil y usos de la misma naturaleza, nada obsta a nuestro juicio para que un comportamiento que constituya una "buena práctica" sea, simultáneamente, por ejemplo, un uso de un determinado sector o incluso, una verdadera costumbre comercial.

Desde esta perspectiva, podría decirse que estas conductas, constitutivas en veces de buenas prácticas, podrían tener entonces un valor específico reconocido de entrada en el plano jurídico, particularmente en aquellos casos en que puedan llegar a constituir una verdadera costumbre mercantil.

Teniendo en cuenta lo anterior es claro que no es menor la importancia que puede revestir el análisis para determinar si las conductas implicadas en la buena práctica pueden recibir el calificativo de usos, o costumbres y, por tanto, eventualmente darles a estos comportamientos el tratamiento legal que

26 "(...) en los denominados usos, no se presentan las características de publicidad y uniformidad que sí tiene la costumbre". OVIEDO ALBÁN, JORGE. *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*. [en línea]. Revista Electrónica de Derecho Comercial. Disponible: en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oviedo01.pdf>

27 MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMÓN. *Principios de Derecho Comercial*, 9 Ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2004, p. 64.

28 GENY, FRANCISCO. *Método de interpretación y fuentes en derecho positivo*, 2 Ed. Madrid: Editorial Reus, Madrid, 1925, p. 425.

29 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO. *Los nuevos términos comerciales internacionales -Incoterms- (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano*. [en línea]. Revista E-Mercatoria, Vol. 9, n.º 10. Disponible: en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2624>

el ordenamiento les asigna según corresponda, es decir, que adquieran por esa vía un carácter obligatorio.

B. ¿PUEDE SER UNA BUENA PRÁCTICA COMERCIAL SIMULTÁNEAMENTE UN EJEMPLO DE LAS "BUENAS COSTUMBRES MERCANTILES"?

Complementando lo anteriormente referido en torno a la posibilidad de relacionar el concepto de buenas prácticas con el de las costumbres comerciales, resulta conveniente además analizar si dicho concepto puede tener también un vínculo con el de "sanas costumbres mercantiles" a que se hace alusión desde la óptica del derecho de la competencia para señalar que todas las actuaciones de quienes concurren al mercado deben estar en consonancia con la buena fe comercial³⁰. Esto resulta de importancia para el presente análisis ya que se pretende establecer si sería posible que con una conducta que desconozca una "buena práctica" es posible que simultáneamente se ejecute un comportamiento contrario a las sanas costumbres comerciales y, por tanto, pueda ser reprochado por las normas de derecho de la competencia.

Sobre el alcance de este concepto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha tenido la oportunidad de pronunciarse a propósito de la aplicación del régimen de competencia desleal señalando que "(...) *actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles*"³¹ (destacado fuera de texto).

En dicho sentido, la entidad en comento ha puntualizado que para estos propósitos no se hace referencia al término costumbre en el sentido de entenderlo propiamente como fuente de derecho, sino que se utiliza como un "estándar ético"³². Así, con fundamento en lo anterior, la Superintendencia en comento

30 Colombia. Congreso de la República. Ley 256. (15, enero, 1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1996. n.º 42.692. Artículo 7: *"Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado"*.

31 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29030, (09, octubre, 2013). Por la cual se decide una investigación po competencia desleal. Radicación 02013329.

32 Señala la entidad: *"Como se observa, la Corte Constitucional, el TJCA y el Tribunal Superior de Medellín, son claros en establecer que una cosa es la costumbre mercantil como fuente de derecho, y otra las buenas costumbres o las sanas costumbres, las cuales hacen referencia a la ética y a la moral que debe imperar en el mercado, y no a las costumbres mercantiles como fuente de derecho"*. Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31714, (19, noviembre, 2003). Por la cual se decide una investigación po competencia desleal. Radicación 02006021.

afirma que “[l]as sanas costumbres mercantiles no requieren de prueba de su existencia, basta con que el acto sea contrario a los principios morales y éticos para determinar la infracción”³³.

Es entonces de nuevo necesario reflexionar sobre si sería posible que un actor del mercado vulnere los estándares éticos que está llamado a observar para intervenir en un mercado dado al desconocer una buena práctica de la industria particular en la que intervenga. En similar lógica a la aplicada en el acápite anterior, se considera que nada impide que una conducta determinada desplegada en un mercado pueda ser una buena práctica y una sana costumbre comercial en los términos ya explicados. Así, teóricamente sería posible que la inobservancia de una buena práctica pueda llegar a determinar el desconocimiento del régimen de libre competencia siempre que ello suponga apartarse de los estándares éticos de los comerciantes.

III. UNA REFERENCIA AL CONCEPTO DE BUENAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SOCIETARIO

En este apartado, se hará referencia a la utilidad e implicaciones que el concepto de buenas prácticas tiene para el derecho societario, en particular desde una perspectiva de las medidas de gobierno corporativo que puede adoptar una empresa, pero también de si su adopción o falta de ella puede generar un juicio de responsabilidad para un administrador.

A. IMPORTANCIA PARA EL DESARROLLO DEL LLAMADO GOBIERNO CORPORATIVO

Un área que sin duda vale la pena examinar en relación con el empleo de las llamadas buenas prácticas es el del derecho societario. Sin duda, en este campo del derecho mercantil, las llamadas “buenas prácticas” han resultado de la mayor relevancia para el desarrollo del llamado gobierno corporativo, materia de gran importancia en la actualidad empresarial, que busca fundamentalmente sentar las bases para que las empresas establezcan internamente parámetros de autogobierno (particularmente aplicables al actuar de los administradores de las sociedades mercantiles) que ayuden a alcanzar los objetivos de la empresa sin dejar de lado necesarios estándares éticos relacionados, entre otros, con el impacto que tiene el funcionamiento de cada empresa en la sociedad en la que despliega sus efectos.

Sobre este particular cabe resaltar que el gobierno corporativo, entendido como aquella área dedicada a estudiar la forma en que se administran y fun-

33 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 01086015, (12, diciembre, 2001). Bogotá D.C.

cionan las compañías³⁴, hace referencia a los problemas derivados de la forma en que se ejerce el poder al interior de las empresas y como se relacionan los diferentes grupos de interés relacionados a ellas. En ese sentido, se trata de un área de estudio con un marcado carácter interdisciplinario³⁵. Esta área de estudio ha tenido un desarrollo bastante copioso y con tendencias que van desde considerarla como eminentemente voluntarista, a tendencias en las que el legislador ha adquirido un rol de intervención destacado³⁶.

Justamente, dentro de los aspectos teóricos que se revisa por parte de los estudiosos del derecho a este respecto, uno de los temas más visitados se enfoca en la naturaleza normativa que tienen las medidas de gobierno societario o corporativo. En relación con este punto, se puede decir brevemente, que el gobierno societario se mueve en un espectro que va de la regulación estatal a la autorregulación, a pesar de que suele estar más de cerca de esta que de aquella. En ese sentido, son las mismas empresas las que suelen darse las reglas bajo las cuáles sus grupos de interés pueden actuar, antes que un ente regulador extraño les imponga la forma en que deben hacerlo.

Evidentemente no existe un modelo exclusivamente auto regulado en materia de gobierno corporativo, sin embargo, se suelen favorecer las soluciones de regulaciones auto impuestas debido, entre otras circunstancias, a que los aspectos de administración de una empresa suelen ser cambiantes y requieren un conocimiento especializado, características que riñen con formas de regulación fijas e impuestas por órganos gubernamentales. Desde otra perspectiva, se considera que las personas que en el día a día tienen a su cargo conocer los pormenores de la actividad que realizan, tienen el conocimiento

34 CADBURY, A. *Report on the Financial Aspects of Corporate Governance*. London : Burgess Science Press, 1992. Disponible en <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>

35 GILSON, RONALD J. *Law Working Paper Series*. [en línea]. From Corporate Law to Corporate Governance. Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Forthcoming; European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Research Paper n.º 324/2016; Stanford Law and Economics Olin Working Paper n.º 497; Columbia Law and Economics Working Paper n.º 564. 2016. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2819128> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2819128>

36 "En verdad que esta materia central - el gobierno corporativo - ha adquirido con motivo de la crisis una resonancia singular, no tanto o no sólo por su importancia intrínseca, sino, sobre todo, por su defectuoso tratamiento en etapas anteriores. Esta negativa valoración, sustancialmente compartida por la mayor parte de los expertos, ha supuesto en muchos países, entre otros, el nuestro, una importante modificación de los presupuestos voluntaristas y de escasa trascendencia jurídica con los que se había considerado el gobierno corporativo, en este sentido, la idea misma de autorregulación, que ha servido de base al seguimiento puramente voluntario de las recomendaciones contenidas en los, así llamados, 'códigos de buen gobierno' (la conocida regla *comply or explain*), parece hoy sensiblemente matizada como consecuencia, entre otras cosas, del 'activismo' asumido por el legislador." EMBÍD IRLUJO, JOSÉ M., *La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. En: HERNANDO CEBRIÁ, LUIS (Coord). *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. Barcelona: Editorial Bosch, 2015.

para implementar soluciones acordes con sus necesidades, pudiendo además actuar dentro de un marco flexible que les permita experimentar y hacer ajustes según sus necesidades.

Sin embargo, como contra argumento se suele decir que cuando se trata de aspectos que no riñen con los resultados económicos de una empresa, o asuntos importantes pero que afectan a grupos de interés que no suelen tener una capacidad de negociación fuerte frente a la administración de una sociedad, la técnica normativa de la autorregulación es deficiente. En asuntos en donde el Estado tiene una baja capacidad de control frente al cumplimiento de ciertas normas, los grupos de interés a cargo de la administración de una empresa probablemente no cuenten con incentivos económicos suficientes para decidir voluntariamente adoptar medidas de gobierno societario que signifiquen un cambio de comportamiento.

Es entonces justamente en este contexto de regulación y autorregulación, en el que las buenas prácticas empresariales son un instrumento que sirve en muchas ocasiones de fuente para la implementación de medidas de buen gobierno. Así, un comportamiento empresarial se convierte en una buena práctica cuando produce efectos positivos para una empresa, pero además tiene el alcance de trascender hacia terceras compañías en la medida que existen mecanismos que permiten discutir, compartir y apropiarse las mismas, en relación con otras empresas. De tal forma, dichas prácticas se convierten en un insumo particularmente valioso para adoptar medidas de gobierno corporativo o societario.

Ahora, resulta necesario considerar que el origen de las buenas prácticas en este particular ámbito es también diverso. Por lo general, y en línea con la tendencia normativa de autorregulación, las buenas prácticas surgen del consenso de los mismos empresarios o de entidades gremiales que permiten escenarios de discusión y adaptación. Sin embargo, debido al valor que tienen este tipo de medidas como un instrumento de regulación, crecientemente se ve un papel estatal en la apropiación de esta técnica, e incluso en su creación, cuando estamos frente a temas o asuntos que trascienden intereses meramente privados.

En efecto, existen buenas prácticas que ya no surgen de documentos informativos creados por gremios o cámaras de comercio, sino que se encuentran en otro tipo de documentos (todavía no los califiquemos como actos administrativos) que provienen de entidades estatales, y cuyas funciones son de inspección, vigilancia y control. En dichos casos, los empresarios se enfrentan a la existencia de unos comportamientos que se consideran buenas prácticas, que si bien normativamente no se consideran obligatorios, debido al origen de los mismos, existe una relación que hace pensar que no se trata de comportamientos completamente voluntarios. En estos eventos, se da lo que se podría denominar como una autorregulación impuesta, en el sentido que el Estado no llega al extremo de exigir un comportamiento específico de parte de los particulares, pero sí les indica cuáles deberían ser los lineamientos que deben

tener en cuenta al abordar ciertas circunstancias propias de su actividad o menciona a modo de ejemplo algunas formas en que podrían regular sus asuntos.

Al respecto, existe un ejemplo muy particular en la práctica societaria reciente. En efecto, la Superintendencia de Sociedades, en el año 2016 profirió un acto administrativo mediante el cual emitía una guía de lo que podría ser un programa de ética empresarial que le permitiera a las compañías gestionar riesgos de corrupción, en particular frente a hechos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros.

La Circular Externa 100-0003 de 26 de julio de 2016, señala en su acápite introductorio lo siguiente:

"En esta guía de prevención del Soborno Transnacional (la 'Guía'), se les propone a las personas jurídicas que deban ejecutar Programas de Ética Empresarial, la adopción de ocho principios, que se explicarán más adelante, cuya efectividad les permitirá estar en una mejor posición frente al riesgo del Soborno Transnacional y de otras prácticas corruptas."

Líneas más adelante señala el mismo documento:

"En la Guía se incorporan las experiencias internacionales más exitosas en materia de prevención del Soborno Transnacional y, en especial, las contenidas en la Guía de Buenas Prácticas en Controles Internos, Ética y Cumplimiento de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ('OCDE') y la guías sobre programas de cumplimiento relacionadas con la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos ('FCPA') y la Ley Anti-Soborno del Reino Unido ('UK Bribery Act')."

De un lado, como se puede leer, se trata de un documento que busca sugerir unos comportamientos frente a un riesgo particular que actualmente enfrentan algunas empresas, y que tiene su fundamento en unas buenas prácticas internacionales. De otro lado, su carácter normativo no es del todo claro, pero en este caso particular, la siguiente parte del documento, en que se señala su alcance da algunas indicaciones al respecto:

"Conforme lo prevé el último inciso del artículo 23 de la Ley 1778, la Superintendencia de Sociedades, mediante Resolución n.º 100-002657 del 25 julio de 2016, determinó las Sociedades Vigiladas que están obligadas a adoptar Programas de Ética Empresarial.

(...)

"Por otra parte, debido a que en los términos del numeral 7 del artículo 70 de la Ley Anti-Soborno 'la existencia, ejecución y efectividad' de Programas de Ética Empresarial constituye un criterio de graduación para las sanciones que la Superintendencia de Sociedades puede imponer en los casos de Soborno Transnacional, la implementación voluntaria de tales programas por cualquier persona jurídica podrá tener los efectos mencionados en esa norma." (se subraya).

En este caso, encontramos un claro ejemplo de un acto administrativo que sugiere unos comportamientos que tienen su fundamento en unas buenas prácticas, pero que se consideran prácticas de buen gobierno para compañías que enfrenten el riesgo particular de soborno de funcionarios públicos extranjeros³⁷.

B. EL CONCEPTO DEL BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS

Al margen de los comentarios efectuados ya en el entorno específico del gobierno corporativo, se considera valioso además analizar la obligatoriedad de las buenas prácticas no como norma impuesta, sino desde la perspectiva de los deberes de los administradores. En otras palabras, si se considera que uno de los deberes elementales de los administradores es actuar de forma diligente en el manejo de los asuntos de la sociedad, cabría la pregunta de si el estándar de responsabilidad de un administrador podría llegar a estar determinado por el hecho de haber implementado en la sociedad que administra, lo que en su sector específico puedan ser consideradas como buenas prácticas empresariales.

Para responder al interrogante planteado resulta necesario tener en cuenta en primer lugar el eventual origen normativo que puedan tener tales prácticas. En ese sentido, si estamos en presencia de situaciones en donde las buenas prácticas han adquirido un carácter normativo obligatorio, no cabe duda que la diligencia del administrador debe incluir la implementación de tales medidas. Sin embargo, si se trata de medidas que normativamente no son exigidas por el Estado, el análisis a nuestro juicio no puede hacerse en abstracto ya que dependerá de las circunstancias que rodeen el caso concreto.

Como principio, se tiene que un administrador se considera diligente cuando en el desarrollo de sus actuaciones despliega una prudencia más exigente que la del parámetro establecido de antaño en el Código Civil para el padre de familia, pues se entiende que la diligencia exigida a un administrador es la de un "buen hombre de negocios"³⁸. Al respecto, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades ha sostenido lo siguiente:

37 Un análisis similar podría hacerse frente a las disposiciones que señalan la forma de gestionar el riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo señalados por la misma Superintendencia de Sociedades, la de Salud, de Vigilancia y Financiera. En todos estos casos, los contenidos de los sistemas de gestión de dicho riesgo suelen estar incluidos en actos administrativos de carácter vinculante para sus destinatarios, y cuyo desconocimiento genera consecuencias sancionatorias.

38 Colombia. Congreso de la República. Ley 222, (20, diciembre, 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. n.º 42.156. Artículo 23. Al respecto del alcance de este deber sostiene la doctrinante Adriana Cely: "El estándar de comportamiento que debe observar el buen administrador debe ser entonces el del buen profesional, de acuerdo con los cánones propios de la actividad que realiza, y no solo el del hombre de negocios prudente y diligente que sirve para valorar la culpa del comerciante, pues el administrador guarda la confianza de los

"La diligencia del buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa. (...)" (destacado fuera de texto).

"La diligencia de un buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas".

¿Significa lo anterior que un administrador podría ser considerado negligente por no adoptar lo que se consideran buenas prácticas empresariales? A decir verdad, una primera aproximación a esta pregunta podría inclinarnos a decir que sí. En efecto, la siguiente cita de la Corte Suprema de Justicia al estudiar el estándar de diligencia de un administrador como un buen hombre de negocios así podría indicarlo, pues entiende que ese parámetro de conducta implica un comportamiento: "... como ese profesional conocedor de las técnicas de administración necesarias para el desarrollo adecuado del objeto social de la sociedad y el cumplimiento de las disposiciones que regulan sus actividades"³⁹. En otras palabras, la diligencia implica un conocimiento de la forma en que se debe desarrollar la actividad de la sociedad, de modo que incluye las mejores formas en que esto puede hacerse.

No obstante, antes de afirmar tajantemente que la diligencia de un buen hombre de negocios exige a los administradores implementar buenas prácticas empresariales, incluso si las mismas no tienen un carácter vinculante, resulta útil revisar algunos desarrollos recientes sobre el juicio de responsabilidad de los administradores frente a su deber de diligencia.

En efecto, el juicio de responsabilidad de un administrador con relación a si su actuación ha sido o no diligente es uno de los aspectos que ha tenido mayores desarrollos en el derecho societario colombiano reciente. En efecto, debido a los interesantes pronunciamientos de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, único juez especializado en temas societarios que existe en nuestro país, se encuentran sentencias que, sin tener la autoridad de precedente judicial, son sin embargo un interesante aporte doctrinal a instituciones societarias fundamentales.

inversionistas, clientes y público en general". CELY, ADRIANA. "La responsabilidad civil profesional de los administradores de sociedades. Notas sobre el derecho francés". [en línea]. Revista de Derecho Privado. 2008. n.º 15. p. 168. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/533/506>

39 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia, Rad: 11001-3103-003-2001-01402-01. agosto 08 de 2013. M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda. Bogotá D.C.

De forma específica, el alcance del deber de diligencia ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de dicha autoridad, algunos de los cuáles pueden resultar pertinentes para el tema que acá se estudia. Así, por ejemplo, en el caso comúnmente citado como Morocota Gold S.A.S., sostuvo en esa oportunidad el juez que "... los administradores no podrían actuar como un 'buen hombre de negocios' si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social"⁴⁰.

Con lo anterior, se deja en claro que uno de los propósitos de un régimen de responsabilidad de los administradores societarios no puede ser el de cuestionar todas y cada una de las decisiones que toma un administrador, en especial si se tiene en cuenta que ese no es el rol que le corresponde a este. Es decir, la posibilidad que tienen los jueces de revisar las decisiones adoptadas por los administradores sociales debe ser utilizada como una herramienta de corrección de situaciones ilegales o abusivas, sin que por esa vía se llegue al extremo de una administración por cuenta de los jueces⁴¹.

En efecto, en estos términos se han ido perfilando las decisiones de este juez especializado. Así por ejemplo, sostuvo lo siguiente en el caso de Apolinar Martínez contra Ferretería Álvaro Martínez S.A.: "Los jueces no deben inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés."⁴².

Tal vez el caso más conocido, y cuya sentencia es paradójicamente una de las más cortas, es el de Pharmabroker, en donde el juez societario se vio abocado a determinar si a un administrador le cabía responsabilidad por la toma de varias decisiones. Al hacer el análisis de responsabilidad, y en realidad, de forma previa a entrar a determinar si existían los elementos de un juicio de reproche, el primer paso aplicado por el juez fue el de determinar si se estaba en presencia de una decisión de negocios adoptada por el administrador de buena fe, y frente a la cual no se dieron supuestos de ilegalidad (en sentido amplio), pues de ser así, el juez no tendría que entrar a cuestionar dicha de-

40 Colombia. Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2014-801-084 (08, julio, 2015). Bogotá D.C. En Caso de Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara.

41 LONDOÑO-GONZÁLEZ, SERGIO. *Administrador blindado, juez amordazado: ¿se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano? [en línea]*. Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Ene-Jul de 2016. n.º 55. p. 1909-7794. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.06>

42 No obstante, resulta por lo menos relevante mencionar que existe una salvedad que se hace en este caso específico. En efecto, en dicha sentencia, el juez si encontró que se había inaplicado una norma legal. Es decir, se había desconocido por parte de la administración la ley colombiana. Sin embargo, y conforme al razonamiento que se hace en el caso, debido a que la decisión había sido aprobada por los votos de todos los socios salvo el demandante, de alguna manera se le resta magnitud a dicho desconocimiento normativo. En este aspecto, el pronunciamiento podría estar abriendo un espacio adicional para la aplicación de esta regla de la discrecionalidad.

cisión, pretendiendo que habría podido tomar una mejor decisión que la que en su momento tomó el administrador. Al respecto resultan pertinentes las siguientes líneas en las que se llegó a la conclusión de que la decisión de un administrador de vender por debajo del precio que le había sido fijado, en realidad no era susceptible de ser cuestionada judicialmente:

*"[...] el Despacho no encuentra que con la decisión en comento se haya transgredido el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Ciertamente, las pruebas disponibles apuntan a que la fijación de los aludidos precios obedeció a una simple decisión de negocios del señor León Rodríguez. En ese sentido, los demandantes no demostraron la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez."*⁴³

Con fundamento en lo anterior, es posible afirmar que bajo la doctrina de la regla de la discrecionalidad de los administradores societarios, difícilmente sería posible considerar que estos han actuado de forma negligente al abstenerse de implementar una buena práctica empresarial que no se considere normativamente vinculante, pues en tales casos se estaría permitiendo al juez realizar un juicio de conveniencia ex post sobre las medidas de administración que fueron adoptadas por una persona en particular. Conforme con esta doctrina, si no existe una evidencia de ilegalidad (que en este caso no cabría si no se trata de normas vinculantes), los jueces no deberían inmiscuirse en las decisiones relativas a la forma en que se administra una sociedad, pues esto justamente iría en contra de la mencionada regla que busca proteger la autonomía de un buen hombre de negocios.

Por lo tanto, se encuentra una coherencia entre esta regla judicial que le da un alcance a la regla del buen hombre de negocios, y el carácter de autorregulación de las buenas prácticas empresariales.

No obstante, resulta en todo caso pertinente considerar que si bien la falta de adopción de una buena práctica que no es vinculante jurídicamente no tiene efectos respecto de la responsabilidad de un administrador, si este decide adoptarla de forma voluntaria, y al hacerlo causa un perjuicio, allí sí podría estar expuesta la responsabilidad de dicho funcionario. En ese caso, la causa de la responsabilidad podría encontrarse en una negligencia por indebida adopción de la práctica.

Finalmente, y antes de cerrar este apartado, en el derecho societario se encuentran también manifestaciones de la utilización de buenas prácticas empresariales. En esta área, de forma particular, se puede hacer un análisis acerca de si las mismas resultan vinculantes, y de si pueden generar un juicio de responsabilidad frente a los administradores. De los temas revisados, parece claro

43 Colombia. Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2013-801-082 (11, diciembre, 2013). Bogotá D.C. En Caso de Aldemar Tarazona y otros contra Alexander Ilich León.

que salvo que una buena práctica tenga un carácter vinculante, su adopción o ausencia no puede generar un juicio de reproche para un administrador, quien como buen hombre de negocios goza de una discrecionalidad que hace que los jueces no deban inmiscuirse salvo casos de mala fe o ilegalidad.

IV. LOS ESTÁNDARES DE CONDUCTA PREVISTOS EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE PARA EL TRANSPORTADOR DE MERCANCÍAS

Luego de haber abordado de manera general el concepto de buenas prácticas empresariales, así como con referencia al campo del derecho societario, conviene ahora hacer un examen relativo a la perspectiva del tema en el ámbito particular del sector transporte.

Sobre el particular sea lo primero resaltar que a pesar que a veces podrían parecer novedosas las fórmulas previstas para analizar la conducta del transportador en cada uno de los regímenes previstos para cada uno de los modos de transporte, la verdad es que muchas de ellas responden a parámetros ya decantados a nivel internacional para establecer si efectivamente el transportador observó o no su deber de conducta según corresponda al criterio adoptado por cada instrumento internacional o ley nacional respectiva.

Por poner un ejemplo, en el ámbito de las Reglas de la Haya – Visby, el convenio internacional más usado en el transporte marítimo de mercancías, se establece como parámetro de conducta del transportador marítimo que este deberá, de un lado, “*ejercer debida diligencia*” en relación con ciertos aspectos relativos a la nave y a los espacios en los que se ubica la carga⁴⁴, así como, de otra parte, proceder “*adecuada y cuidadosamente al cargue, estiba, conservación, transporte, custodia y descargue de las mercancías transportadas*”⁴⁵. Se trata de parámetros de conducta consagrados en el convenio internacional y que han sido vastamente estudiados a efectos de determinar su preciso sentido y alcance. Así, v.gr., en relación con el deber de proceder “*adecuada y cuidadosamente*” se ha dicho en jurisdicciones como el Reino Unido que mientras adecuado puede no significar nada distinto de no obrar con negligencia, lo cuidadoso puede implicar casi una responsabilidad ‘estricta’ a menos de que opere una causal eximente⁴⁶.

Así mismo otros instrumentos han consagrado la ya famosa fórmula que prevé que el transportador responderá a menos que pruebe que no hubo culpa

44 Convenio sobre la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, complementado por los Protocolos de 1968 y 1979, conocido como las “REGLAS DE LA HAYA-VISBY”. Artículo III, Regla 1.

45 *Ibíd.* Artículo III. Regla 2.

46 TREITEL, GUENTER; REYNOLDS, F.M.B. *Carver on Bills of lading*. 1ra Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001, p. 479, en comentario efectuado a propósito del conflicto *Goose Millard v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.* 1927.

de su parte o de las personas por las que está llamado a responder⁴⁷ o a menos que pruebe que él y todas las otras personas que le colaboran en la realización de las labores respectivas adoptaron todas las medidas que podrían ser razonablemente exigibles para evitar la realización del perjuicio o su agravación⁴⁸.

A nivel nacional, y de particular interés para el presente estudio, el Código de Comercio colombiano en su artículo 992 incorporó el siguiente texto que contiene la eximente de responsabilidad civil del transportador terrestre nacional de mercancías:

"El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inexecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación".

Al margen de las discusiones que se han dado a nivel doctrinal sobre el artículo⁴⁹, es claro entonces, como lo ha sostenido la jurisprudencia⁵⁰, que para

47 Comunidad Andina de Naciones. Decisión 331 (04, marzo, 1993). Transporte Multimodal. Artículo 9 señala que el transportador responderá: "(...) a menos que pruebe que no medió culpa o negligencia de su parte, ni de parte de sus empleados, agentes o cualquiera otra de las personas señaladas en el artículo 7, para ocasionar la pérdida, el daño o el retraso, o contribuir a ello". Este artículo fue reemplazado posteriormente por el artículo quinto de la Decisión 393 de 1996.

48 Cfr. Naciones Unidas. Convenio de Ginebra sobre Transporte Multimodal. (24, mayo, 1980). Ginebra. Artículo 16 (1). Hay que anotar que este instrumento no entró en vigor en el orden internacional pero sirve de parámetro para el estudio del contrato de transporte multimodal.

49 Para algunos autores a pesar de que el artículo 992 del C. de Co. fuera modificado por el Decreto 01 de 1990 en esencia entienden que no hubo cambios de fondo. Así, señalan, por ejemplo, que "(...) [1]a norma exigió "además" al porteador la prueba de "que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación. Condicionó pues el éxito de la defensa de fuerza mayor a la ausencia de culpa (anterior y concomitante) lo cual le era propio conforme lo había sentado la Corte de tiempo atrás. En suma: a pesar de todos estos cambios lo que liberta al transportador continúa siendo la prueba de la fuerza mayor y no la de ausencia de culpa". VALLEJO, FELIPE. *El contrato de transporte*, Comentarios al nuevo Estatuto de Transporte. Editorial TEMIS: Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, 1990, p. 11 y 12.

50 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia, Rad: 05001-3103-010-2000-00012-01. Diciembre 16 de 2010. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá D.C. Señaló la Corte entonces: "Independientemente de las críticas que se han realizado a la redacción de la disposición legal arriba transcrita y de las reflexiones que pudieran hacerse sobre la relación existente entre los conceptos de factor extraño y de ausencia de culpa, es claro que de conformidad con la literalidad del citado precepto, vigente en nuestro ordenamiento mercantil desde la publicación del Decreto 01 de 1990, dos son las circunstancias que se deben acreditar para que opere la exoneración de responsabilidad del transportador de cosas: en primer lugar, que el daño padecido por el remitente o destinatario, que en principio es atribuible al incumplimiento del acarreador, en realidad se ha originado en una causa que le es extraña o que se deriva de vicios propios o inherentes de la cosa transportada; y en segundo lugar, que el transportador haya adoptado todas las medidas razonables que un profesional de esa actividad habría dispuesto para evitar los efectos

que proceda la exoneración del transportador terrestre será necesario, además de la prueba de la causa extraña, acreditar que el transportador adoptó todas las medidas razonables que hubiere adoptado otro transportador de acuerdo con lo que resultaba exigible para un profesional de ese negocio puesto en la misma situación.

Es entonces en el marco de tal discusión que toma un cariz particular el relativo a la conducta que ha debido observar el transportador. Es decir, a pesar de que es claro que el transportador tiene una obligación de resultado, lo cierto es que dada la forma en que fue estructurada la causal eximente siempre se hace necesario hacer un análisis detallado de la conducta del deudor en el caso concreto, a efectos de determinar si se implementaron o no todas las medidas que razonablemente habrían sido adoptadas por otro transportador puesto en la misma situación fáctica. Así, en la práctica es el transportador el que deberá acreditar que respecto de la situación que causó el daño este adoptó todas las medidas⁵¹ que razonablemente hubieran sido adoptadas por

perjudiciales que son consecuencia de la insatisfacción de sus compromisos contractuales o la extensión de tales consecuencias dañosas”.

- 51 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia, Ref: Expediente 7724. Noviembre 08 de 2005. M.P.: César Julio Valencia Copete. Bogotá D.C. *“Mal podría la Sala estimar que las susodichas medidas estuvieron a la altura de la obligación de resultado del transportista, pues si bien ellas apuntaban, en su mayoría, a prever, conjurar o a facilitar el manejo de otras contingencias, verbi gratia, los desperfectos o fallas mecánicas, la infidelidad o fraude de sus empleados, las sanciones administrativas, el desprendimiento o la caída de la mercancía, entre otras, lo cierto es que no guardaban relación directa con la circunstancia que contextualmente se erigía como la mayor amenaza para la empresa, esto es, la inseguridad, o, si en algún momento guardaban tal conexión, como podría predicarse de algunas de ellas - viaje diurno, reportes y acompañamiento -, no mostraban ninguna proporción ni relevancia frente a las dimensiones y características, bien conocidas - previsibles -, del problema que se trataba de encarar, sin que, además, resultara aceptable el argumento que en algún pasaje esgrimió el transportador, consistente en que la reanudación en la prestación del servicio hacia la zona afectada se hizo “por cuenta y riesgo” de su cliente, por cuanto ello tipifica un pacto de exoneración legalmente inadmisibles, a la luz del artículo 992, inciso 3º, del Código de Comercio.*

Sobre el particular, en asunto semejante esta Corporación dijo: “la diligencia y cuidado en la escogencia del vehículo y el conductor, a que alude el recurrente, es apenas uno de los varios aspectos que el transportador ha de tener en cuenta en el desarrollo normal de su actividad, pero en manera alguna constituye una circunstancia fáctica excluyente de la culpa o negligencia encontrada por el fallador en no haber adoptado los medios normales en la previsión de los asaltos armados, formas de impedirlos o evitarlos y, en fin, de todas aquellas diligencias necesarias para evitar la pérdida de la cosa transportada, teniendo en cuenta, como es sabido, su obligación de llevarla sana y salva al lugar de su destino” (G.J. t. CXCVI, p. 141).

Desde luego, lo dicho no puede entenderse, ni ello le compete a la Corte, como una lista acabada o exhaustiva de las medidas que un transportador debe implementar, según las exigencias de su profesión, frente a situaciones concretas, con el fin de evitar el perjuicio o su agravación, pues, en línea de principio, es él quien, en su momento y lugar, debe identificar los riesgos asociados a su negocio, medir el nivel de exposición respecto de ellos, al igual que la posibilidad de conjurarlos y emprender las acciones que estime prudentes y adecuadas, las cuales, en caso de controversia, estarán sometidas, por obvias razones, a la ponderación del juzgador, conforme a los dictados del sentido común y la sana crítica. Tampoco la Sala quiere dar a entender de manera general - a priori -, por no ser necesario ni conveniente, que las medidas sugeridas por los recurrentes - caravanas, escoltas, convoy militar, etc - pueden ser calificadas judicialmente como razonables, o que alguna

otro empresario del sector transporte teniendo en cuenta los parámetros que regularmente hubiera observado quien se dedica a tal labor en forma profesional. Sobre este particular ha expresado la Corte que:

"Dentro de este contexto, entonces, del empresario del transporte ha de esperarse la adopción de todas las medidas que, según las exigencias de la profesión, sean requeridas para evitar la realización del daño o su agravación, con lo que el rigor con el que se debe examinar su actuación sube de punto, pues de él no se espera, simplemente, lo que una persona común habría hecho, sino que la colectividad confía en que el transportador se comporte como lo haría alguien con la preparación, habilitación y experiencia suficientes para enfrentar y superar los distintos riesgos que cotidianamente se presentan en su actividad.

En todo caso, y así lo entendió el legislador colombiano al regular la labor del empresario del sector transportador, la mayor exigencia que pueda hacerse a aquel que profesionalmente se dedica a realizar esta actividad, no debe exceder los linderos de lo que se considere razonable"⁵² (destacado fuera de texto).

Es entonces claro que la conducta del transportador en estos casos va a ser examinada teniendo en cuenta para estos efectos lo que habría hecho en abstracto otro transportador puesto en las mismas circunstancias y teniendo en cuenta lo que resultaba razonable de acuerdo con la profesión del transporte. Pero, ¿qué es lo que es razonable en este contexto?, ¿podría decirse que en la actualidad este concepto de aquello que resulta razonable puede llenarse mediante la referencia a las buenas prácticas del sector?

Sobre el particular es necesario precisar que, a nuestro juicio, sería posible que para examinar la conducta del transportador terrestre de mercancías a efectos de determinar si "adoptó" o no todas las medidas que hubiere adoptado otro profesional en el caso en cuestión, se tenga en cuenta si este adoptó una buena práctica existente en ese sector para decir que no se cumplió con la carga exigida por la norma mercantil y que, por tanto, no es posible que el transportador se exima de responsabilidad civil en tal evento.

Nótese entonces como, a nuestro juicio, estas buenas prácticas comerciales en la actualidad podrían llegar a jugar un papel importante ya que, en la medida en que sean usualmente observadas por los transportadores, es bastante probable que un juez en un caso concreto pueda llegar a considerar que su observancia se hace indispensable para acreditar haber tomado "todas las medidas" que era razonable adoptar de acuerdo con la actividad. Así las cosas,

o algunas de ellas fuesen imprescindibles y, mucho menos, que constituyan las únicas, pues, se insiste, tal valoración se hará con arreglo a las circunstancias específicas, empleando, precisamente, el conocimiento y experiencia que posee el transportador profesional, sin que sea viable intentar siquiera la elaboración de un listado, porque se trataría de una fórmula cerrada e inmutable, y, por tanto, insuficiente".

52 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia, Ref: 05001-3103-010-2000-00012-01. Diciembre 16 de 2010. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá D.C.

es posible que no haber adoptado una buena práctica del sector transporte pueda tener como efecto particular en este sector el que el transportador no pueda exonerarse de responsabilidad civil contractual en supuestos de daños o pérdida de las mercancías, así como en eventos de retraso en la entrega de las mismas al destinatario.

Como se puede ver, existe una misma tendencia entre el régimen de responsabilidad previsto en la ley para los administradores societarios y el del transportador frente al valor normativo de las buenas prácticas. Mientras que en el primero no parece que pudiera existir un juicio de responsabilidad si no se cumple con una buena práctica⁵³, en el segundo, la responsabilidad del transportador, que es más exigente, incluye la posibilidad de que este se pueda eximir si era razonable entender que otro transportador en la misma posición, habría adoptado, entre otros comportamientos, por ejemplo, una conducta constitutiva buena práctica voluntaria. Así, en ambos casos, el haber adoptado una buena práctica podría resultar favorable al momento de examinar la responsabilidad del administrador o transportador.

V. LA CIRCULAR DE LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTES SOBRE BUENAS PRÁCTICAS DEL SECTOR TRANSPORTE

A continuación, pasamos a hacer una revisión particular de una circular proferida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, que generó la inquietud con la cual se dio inicio al presente estudio.

A. CONTENIDO DE LA CIRCULAR

En época relativamente reciente la Superintendencia de Puertos y Transporte expidió la Circular de Buenas Prácticas Empresariales para la Competitividad⁵⁴. Mediante dicha circular e invocando los principios de libre acceso, calidad y seguridad en la prestación del servicio de transporte, así como el presupuesto de adoptar acciones "(...) para evitar que los riesgos en la prestación del servicio se materialicen o al menos lograr que se disminuyan sus efectos", se traza como meta implementar acciones preventivas y correctivas que optimicen la competitividad y la estructuración de los indicadores de competitividad empresarial se traza entonces el objetivo de observar las buenas prácticas del sector transporte⁵⁵.

53 Por supuesto, si dicha inobservancia no implica un desconocimiento de un acto administrativo o de un concepto vinculante, por ejemplo, de una costumbre mercantil.

54 Colombia. Superintendencia de Puertos y Transportes. Circular 94 (29, diciembre, 2017). Buenas prácticas empresariales para la competitividad. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2017. n.º 50.120

55 *Ibíd.* p. 2.

La circular define el concepto de buena práctica empresarial señalando que "(...) se refiere a actuaciones de iniciativa propia o no reglamentada, que logran mejorar significativamente productos, procesos o situaciones de una organización, en aspectos como la rentabilidad y el equilibrio financiero, pero también la creación de beneficios tangibles a los actores que la rodean, desde el medio ambiente hasta sus trabajadores o colaboradores". Indica el texto de la circular que, entre otras, la implementación de estas prácticas puede ayudar a que las organizaciones sean más competitivas, mejoren la calidad, generen mejores beneficios económicos, reduzcan riesgos y sean más eficientes⁵⁶.

Tales prácticas están orientadas a empresas u organizaciones que sean sujeto de supervisión, control o vigilancia por parte de la entidad⁵⁷. Se supone entonces que la observancia de tales parámetros se hará en forma voluntaria y sobre la consciencia del beneficio que su respeto generará para la comunidad en general⁵⁸.

De manera general se "propone" el cumplimiento de los siguientes parámetros:

1. ISO 9001 – Sistema de gestión de calidad
2. OHSAS 18001 – Gestión de seguridad y salud en el trabajo
3. ISO 14001 – Sistema de gestión ambiental
4. ISO 39001 – Gestión de la seguridad vial
5. ISO 28000 – Sistema de gestión de seguridad en la cadena de suministro
6. Implementación de líneas telefónicas de atención para el transporte terrestre de pasajeros
7. Sistema virtual para la gestión de flota de pasajeros
8. Fidelización de usuarios del transporte de pasajeros
9. Mejoramiento en la percepción de la seguridad y el civismo en el transporte terrestre automotor
10. Mejores condiciones en vehículos de transporte de pasajeros
11. Capacitación a conductores de transporte terrestre de carga
12. Formación y profesionalización de inspectores y personal técnico en CRC's, CDA's, CIA's y CEA's.
13. Seguimiento a la calidad en la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi.
14. Estrategias y mecanismos eficaces para aumentar la transparencia y credibilidad en la función de los agentes de tránsito.
15. Sistema de planificación de rutas de servicio de transporte terrestre de carga

56 Ibíd.

57 Ibíd.

58 Ibíd.

16. Provisión de infraestructura física orientada a resolver cuellos de botella en las principales cadenas logísticas
17. Prestación de servicios logísticos eficientes para resolver cuellos de botella en las principales cadenas logísticas
18. Distribución nocturna de mercancías en ciudades
19. Transporte terrestre automotor de carga limpio y sostenible
20. Uso de vehículos de carga de alto rendimiento
21. Uso / Generación de bolsas de carga o bolsas de rutas para optimizar uso de la flota y reducir viajes vacíos
22. Asociatividad entre empresas de transporte carretero para incursionar en el transporte fluvial o férreo.

La circular concluye haciendo referencia a que no existe un plazo límite para la implementación de las referidas buenas prácticas en la medida en que estas no son de carácter obligatorio pero señala de manera enfática que *"la Superintendencia de Puertos y Transporte, observará de manera favorable a aquellas empresas y organizaciones que avancen constantemente y de manera decidida en la adopción de las Buenas Prácticas aquí establecidas, para lo cual se solicita a los vigilados informar vía oficio, sobre los avances en este sentido"*⁵⁹.

B. COMENTARIOS SOBRE EL ALCANCE Y OBJETIVOS DE LA CIRCULAR

Tal y como se puede extraer del texto de la circular, lo cierto es que el objetivo de la implementación de estas buenas prácticas empresariales en el sector está estrechamente relacionado con la promoción de la competitividad, la reducción de riesgos, la mejora en la calidad y, sobre todo, la consecución de la eficiencia de los procesos involucrados y la generación de beneficios asociados para la comunidad en general.

De alguna manera puede decirse entonces que estos objetivos son compatibles con lo previsto al respecto por la Ley 105 de 1993 al desarrollar el principio relativo al "carácter de servicio público de la actividad del transporte" en su artículo 3.2 indicó que:

*"La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad"*⁶⁰.

59 Ibíd, p. 6.

60 Colombia. Congreso de la República. Ley 105 (30, diciembre, 1993). Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1993. n.º 41.158. Artículo 3.2.

Así mismo, se consagró normativamente la referencia a la "eficiencia" al señalar que:

"El Gobierno establecerá los lineamientos para que el transporte de carga se lleve a cabo bajo condiciones de seguridad y eficiencia".

Puede decirse entonces que la consagración de estas buenas prácticas del sector responde de alguna manera también al desarrollo de esos principios pues se estableció claramente en la circular que a juicio de la entidad la implementación de esta clase de prácticas podría ayudar a las diferentes entidades a, "*ser más competitivos*", "*reducir costos y ser más eficientes*" y, en general, a "*mejorar calidad en todo sentido*"⁶¹.

C. VALOR JURÍDICO DE LA CIRCULAR DE LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTES SOBRE BUENAS PRÁCTICAS DEL SECTOR TRANSPORTE E INCIDENCIAS DE LA MISMA EN POTENCIALES INVESTIGACIONES ADELANTADAS POR LA ENTIDAD

En este punto resulta conveniente abordar la problemática que supone el análisis del valor jurídico de la circular proferida por la Superintendencia de Puertos y Transportes en la materia.

Al respecto de entrada cabe destacar que el objeto de dichas circulares consiste en "*dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones*"⁶². Se trata entonces de pronunciamientos de la administración que constituyen una herramienta o instrumento de comunicación u orientación⁶³, respecto de los cuales además tradicionalmente no se entendía en el pasado que pudieran ser objeto de control por la vía de lo contencioso administrativo, especialmente en tanto se entendía que no tenían la virtud de generar efectos jurídicos externos⁶⁴. No obstante, esta visión general frente a este tipo de instrucciones ha venido cambiando a la luz de lo previsto en

61 Circular 94 de 2017. Op. Cit., p. 2.

62 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Rad: 11001-03-25-000-2008-00116-00(2556-08). mayo 17 de 2012. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C.

63 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección C. Rad: 08001-23-31-000-2010-00135-01(1575-12). marzo 20 de 2013. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C

64 Se decía al respecto: "*bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la administración como una orientación para el desarrollo de sus funciones, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente*" Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ref: Rad. 5236. febrero 03 de 2000 C.P.: Manuel Arrieta Ayola. Bogotá, D.C

los artículos 84 del antiguo Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA⁶⁵ pues en la actualidad se considera que tales circulares pueden ser objeto de control judicial por ser manifestaciones de la función administrativa.

Estos actos blandos, como se le conoce a los conceptos o las circulares, de todas maneras implican entonces un pronunciamiento de la administración y en tal sentido, generan cierta confianza en los particulares que de una u otra forma resultan llamados a respetar su contenido. Sobre este punto ha dicho la Corte Constitucional que:

*"En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico (...) De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico."*⁶⁶

Ahora bien, es importante señalar que la forma en que se redacten estas circulares es determinante para señalar la existencia o no de su carácter vinculante. Como se ha visto en algunos casos señalados en este documento, en la medida que las autoridades de vigilancia tienen la capacidad de dar órdenes a los sujetos supervisados, las instrucciones revestidas del carácter de circulares podrían llegar a ser obligatorias. Se trata entonces de un análisis que deberá hacerse de forma individual.

Es importante aclarar en cualquier caso que la Circular n.º 94 de la Superintendencia de Puertos y Transporte no está llamada a generar efectos vinculantes para los particulares, puesto que incluso en su texto señala en forma específica señala que "[p]or tratarse de Buenas Prácticas, no regidas o reguladas por normas de obligatorio cumplimiento, sino provenientes de una libre iniciativa de las empresas y organizaciones, el desarrollo, implementación y seguimiento de los modelos de BPE no tiene un plazo o fecha límite establecido".⁶⁷

65 Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2011. n.º 47.956. Artículo 137. "NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. (...)"

66 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia n.º C-131. Ref: Exp D-4599, 19 de febrero de 2004. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C.

67 Circular 94 de 2017. Op. cit.

Mal puede pensarse entonces que la no adopción de dichas prácticas pueda conllevar un eventual incumplimiento de una pauta normativa susceptible de ser posteriormente sancionada por la entidad de vigilancia y control, en este caso, la Superintendencia de Puertos y Transportes. Sobre este punto cabe destacar además que las sanciones gozan de reserva de ley y que ni siquiera el Ministerio de Transporte podría crear sanciones específicas que no estuvieran contempladas a nivel legal. Sobre el punto ha dicho la Corte Constitucional que: *"uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa, sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas"*⁶⁸. De tal forma, una supuesta sanción que pretendiera ser impuesta sobre la base del desconocimiento a lo previsto en esa circular carecería de toda lógica – dada la propia orientación allí trazada – y además vulneraría los principios de legalidad, reserva legal y tipicidad del Derecho Administrativo Sancionatorio.

Al margen de lo anterior, resulta de importancia cuestionarse si por el contrario, ante una investigación iniciada por la autoridad por una presunta violación del régimen del transporte sería posible que el haber adoptado una buena práctica – tal y como lo sugiere la Circular n.º 94 – pudiera fungir como un atenuante de responsabilidad. Sobre el particular es de resaltar que el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que el juez o la autoridad administrativa sancionadora en el momento de evaluar la graduación de la sanción a imponer deberá tener en cuenta *"el grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes"* así como la *"[r]enuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente"*.⁶⁹

Teniendo en cuenta lo anterior, a nuestro juicio resulta perfectamente posible que la Superintendencia de Puertos y Transporte tenga en cuenta el cumplimiento o la observancia de una determinada buena práctica del sector a efectos de poder graduar, en otras palabras, disminuir la sanción que eventualmente pudiera llegar a ser impuesta si, a pesar de encontrar verificada la conducta que la haga procedente, determine también que el actor en cuestión tuvo en marcha una buena práctica relevante. No de otra manera puede entenderse además lo consignado en este sentido en la propia circular al disponer que:

68 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia n.º C-1161. Ref: Exp D-2851, 06 de septiembre de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

69 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Op. cit. Artículo 50.

*"la Superintendencia de Puertos y Transporte observará de manera favorable a aquellas empresas y organizaciones que avancen constantemente y de manera decidida en la adopción de las Buenas Prácticas aquí establecidas, para lo cual se solicita a los vigilados informar, vía oficio, sobre los avances en este sentido."*⁷⁰

CONCLUSIONES

Sin duda alguna, el empleo de buenas prácticas en el transporte resulta de destacada importancia en un sector altamente permeado en muchos casos por la informalidad, más en un momento en que Colombia necesita a toda costa aumentar la competitividad de su economía y en el que logró finalmente su ingreso al llamado "club internacional de las buenas prácticas", esto es, a la OCDE.

Sin desconocer que no todas las llamadas buenas prácticas resultarán adecuadas o convenientes en todos los casos o en todos los momentos para todas las empresas, lo cierto es que la puesta en marcha de planes o programas internos en las distintas compañías tendientes a adoptar modelos para adoptarlas es algo que sin duda contribuirá al desarrollo armónico del sector e irá en beneficio de la consecución de mejoras en calidad, seguridad y eficiencia.

Revisado el alcance normativo de estas prácticas, se concluye que pueden llegar a tener un carácter vinculante, juicio que en todo caso se debe hacer de forma específica. En efecto, una buena práctica podría llegar a reunir los elementos de una costumbre comercial, o estar incluido en actos administrativos que los hagan vinculante. Adicionalmente, su adopción voluntaria puede llegar a tener otros efectos jurídicos, en especial al hacer juicios de responsabilidad.

Téngase presente además que es claro que la Circular n.º 94 de la Superintendencia de Puertos y Transportes busca la adopción voluntaria de dichas prácticas. Debe quedar claro entonces que no puede pretenderse luego sancionar a ningún actor so pretexto de no haber adoptado alguna de dichas conductas, puesto que es claro que se trata de algo completamente optativo.

No obstante lo anterior, a nuestro juicio, si por medio de programas o políticas internas de la compañía en cuestión tales prácticas son adoptadas internamente, las mismas deberían ser percibidas como obligatorias en el entendido de que la compañía se habría sometido voluntariamente a su observación, pero que le asiste a partir de allí una carga de buena fe y de respeto por el acto propio que la debe hacer respetar tales parámetros. En esté sentido, entendemos que se debe seguir la misma lógica discutida a propósito de la regulación privada transnacional⁷¹.

70 Circular 94 de 2017. Op. cit.

71 *"La RPT es usualmente voluntaria, tal y como se presenta con la regulación privada local. Aquellas partes que desean incorporarse a los organismos de regulación (privada) son libres de hacerlo, sin embargo, una vez incorporados, se encuentran legalmente vinculados y la violación de las reglas es castigada con sanciones legales"* (destacado fuera de texto). FALCONER, Op. cit., p. 188.

De importancia debe resultar que, en la práctica, algunos esquemas de responsabilidad civil contractual en el ámbito del transporte suponen un examen detallado de la conducta del transportador, como ocurre en el caso del transportador terrestre nacional de mercancías, quien para eximirse de responsabilidad en cualquier caso deberá demostrar que adoptó todas las medidas que razonablemente hubiera adoptado otro transportador para evitar el daño o su agravación (Art. 992 del C. de Co.). A nuestro juicio, en tales casos en los que con frecuencia en la práctica se buscan parámetros para hacer la referencia exigida a las medidas que habría adoptado otro transportador según las exigencias de la profesión dichas prácticas pueden resultar de ayuda para establecer en algunos casos lo que habría hecho ese buen hombre de negocios del sector.

Adicionalmente consideramos que la adopción de dichas prácticas, que en muchos casos supondrán asumir importantes costos y/o desgastes administrativos internos, deberá tenerse en cuenta al momento de adelantar investigaciones sancionatorias en contra de los diferentes sujetos que intervienen en el sector para reconocer que en muchos casos el empleo de dichas prácticas deberá suponer el reconocimiento de una atenuante en beneficio del investigado que, de buena fe, había previamente adoptado voluntariamente prácticas de reconocida efectividad para hacer su operación más eficiente y de mejor calidad.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos Caffagi, Fabrizio. "Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional". [en línea]. Revista de Derecho Privado. Enero-junio de 2014, n.º 26. pp. 185-217. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3799/4037>

CÁMARA ARROYO, SERGIO. "Concepto y elementos característicos de las "Mejores prácticas" aplicados a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica". En Mejores prácticas del Ombudsman en Iberoamérica. Primera Edición. Madrid: Dykinson. 2012. 188 ps.

CELY, ADRIANA. "La responsabilidad civil profesional de los administradores de sociedades. Notas sobre el derecho francés". [en línea]. Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia. 2008. n.º 15. pp. 163-180. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/533/506>

COFFIELD, FRANK; EDWARD, SHEILA. "Rolling out 'good', 'best' and 'excellent' practice. What next? Perfect practice?" [en línea]. British Educational Research Journal, 2009. Vol. 35, n.º 3, pp. 371-390. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/01411920802044396>

Collins English Dictionary. [en línea]. Disponible en: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/best-practice>

- DEMBOWSKI, FREDERICK L. *The roles of benchmarking, best practices & innovation in organizational effectiveness*. [en línea]. The International Journal of Organizational Innovation. 2013. Vol. 5 n.º 3. pp. 6-20. Disponible en: <http://www.ijoi-online.org/index.php/back-issues/33-volume-5-number-3-winter-2013>
- EMBÍD IRUJO, JOSÉ M., *La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. En: HERNANDO CEBRIÁ, LUIS (Coord). *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. Barcelona: Editorial Bosch, 2015. 451 ps.
- FALCONER, JAMES. *Knowledge as cheating: A metaphorical analysis of the concept of 'best practice'* [en línea]. Systems Research and Behavioral Science, 2011, Vol. 28, n.º 2, pp 170-180. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/sres.1081>.
- GENY, FRANCISCO. *Método de interpretación y fuentes en derecho positivo*, 2 Ed. Madrid: Editorial Reus, Madrid, 1925, 695 ps.
- GILSON, RONALD J. *Law Working Paper Series*. [en línea]. From Corporate Law to Corporate Governance. Oxford Handbook of Corporate Law and Governance. European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Research Paper n.º 324/2016; Stanford Law and Economics Olin Working Paper n.º 497; Columbia Law and Economics Working Paper n.º 564. 2016. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2819128> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2819128>
- JARRAR, YASAR F.; ZAIRI, MOHAMED. *Best practice transfer for future competitiveness: A study of best practices*. [en línea]. Total Quality Management. 2000. Vol 11. n.ºs 4,5&6. pp. 734-740. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09544120050008147>
- LONDOÑO-GONZÁLEZ, SERGIO. *Administrador blindado, juez amorozado: ¿se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano?* [en línea]. Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Ene-Jul de 2016. n.º 55. pp. 1909-7794. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.06>
- MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMÓN. *Principios de Derecho Comercial*, 9 Ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2004, 215 ps.
- OVIDO ALBÁN, JORGE. *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*. [en línea]. Revista Electrónica de Derecho Comercial. Disponible en: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oviedo01.pdf>
- Report of the Committee on the Financial aspects of Corporate Governance*. [en línea]. London : Burgess Science Press, 1992. 99 ps. Disponible en <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>
- Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. [en línea]. Disponible en: <http://dle.rae.es/>

TREITEL, GUENTER; REYNOLDS, F.M.B. *Carver on Bills of lading*. 1ra Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001, 567 ps.

VALLEJO, FELIPE. *El contrato de transporte, Comentarios al nuevo Estatuto de Transporte*. Editorial TEMIS: Bogotá, 1990, 53 ps.

NORMATIVIDAD

Comunidad Andina de Naciones. Decisión 331 (04, marzo, 1993). Transporte Multimodal.

Naciones Unidas. Convenio de Ginebra sobre Transporte Multimodal. (24, mayo, 1980). Ginebra.

Colombia. Código de Comercio. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Diario Oficial. Bogotá D.C. 1971. n.º 33.339.

Convenio sobre la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, complementado por los Protocolos de 1968 y 1979, conocido como las "REGLAS DE LA HAYA-VISBY".

Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2011. n.º 47.956.

Colombia. Congreso de la República. Ley 256. (15, enero, 1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1996. n.º 42.692.

Colombia. Congreso de la República. Ley 222, (20, diciembre, 1995). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. n.º 42.156.

Colombia. Congreso de la República. Ley 105 (30, diciembre, 1993). Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1993. n.º 41.158.

Colombia. Ministerio de Transporte. Resolución 850 (06, abril, 2017). Por la cual se establece el contenido del reglamento de condiciones técnicas de operación de los puertos marítimos y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2017. n.º 50.198. Artículo 4.

Colombia. Ministerio de Minas y Energía. Resolución 40048 (16, enero, 2015). Por la cual se establecen medidas en materia de exploración y explotación de

hidrocarburos en yacimientos convencionales continentales y costa afuera. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2015. n.º 49.396.

Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 2674 (22, julio, 2013). Por la cual se reglamenta el artículo 126 del Decreto-ley 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2013. n.º 48.862.

Colombia. Ministerio de Minas y Energía. Resolución 181495 (02, septiembre, 2009). Por la cual se establecen medidas en materia de Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2009. n.º 47.462.

Colombia. Superintendencia de Puertos y Transportes. Circular 94 (29, diciembre, 2017). Buenas prácticas empresariales para la competitividad. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2017. n.º 50.120

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31714, (19, noviembre, 2003). Por la cual se decide una investigación po competencia desleal. Bogotá D.C. Radicación 02006021.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29030, (09, octubre, 2013). Por la cual se decide una investigación po competencia desleal. Radicación 02013329.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 01086015, (12, diciembre, 2001). Bogotá D.C.

JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia n.º C-131. Ref: Exp D-4599, 19 de febrero de 2004. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia n.º C-1161. Ref: Exp D-2851, 06 de septiembre de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia, Rad: 11001-3103-003-2001-01402-01. agosto 08 de 2013. M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda. Bogotá D.C.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia, Rad: 05001-3103-010-2000-00012-01. Diciembre 16 de 2010. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá D.C.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia, Ref: Exp 7724. Noviembre 08 de 2005. M.P.: César Julio Valencia Copete. Bogotá D.C.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección C. Rad: 08001-23-31-000-2010-00135-01(1575-12). marzo 20 de 2013. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Rad: 11001-03-25-000-2008-00116-00(2556-08). mayo 17 de 2012. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Ref: Rad. 5236. febrero 03 de 2000 C.P.: Manuel Arrieta Ayola. Bogotá, D.C.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2013-801-082 (11, diciembre, 2013). Bogotá D.C. En Caso de Aldemar Tarazona y otros contra Alexander Ilich León.

Colombia. Superintendencia de Sociedades. Sentencia 2014-801-084 (08, julio, 2015). Bogotá D.C. En Caso de Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara