

La ley colombiana de pago en plazos justos y el contexto de su expedición¹

The Colombian law of payment in fair terms and the context of its issuance

MARÍA ELISA CAMACHO LÓPEZ²

CONTENIDO

I. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 2.024 de 2.020. II. Ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2.024 de 2.020: A. Los pagos causados. B. Pagos causados como contraprestación. D. Actos mercantiles: 1. Relaciones jurídicas excluidas implícitamente del ámbito objetivo de aplicación de la ley: a) Actos efectuados dentro de una relación de consumo, b) Actos relacionados con la producción y venta de obras artísticas, c) Adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público: ¿están excluidas? d) Enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural, e) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales. 2. Actos excluidos expresamente del ámbito objetivo de aplicación de la ley: a) Algunos actos relacionados con ciertos títulos valores, b) Las indemnizaciones por daños y seguros, c) El contrato de mutuo, d) Los contratos típicos o atípicos donde los plazos diferidos sean propios de la esencia del contrato respectivo, e) Pagos

1 Fecha de recepción: 30 de abril de 2022. Fecha de aceptación: 9 de diciembre 2022
Para citar el artículo: Camacho. M.E "LA LEY COLOMBIANA DE PAGO DE PLAZOS JUSTOS Y EL CONTEXTO DE SU EXPEDICIÓN. vol. 21, N° 2, junio – diciembre 2022.
DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v21n2.01>

2 María Elisa Camacho López. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la misma Universidad. Magíster en Sistema jurídico romano, unificación del derecho y derecho de la integración Universidad de Roma II *Tor Vergata*, Italia. Doctora en Sistema jurídico romano y unificación del derecho, Universidad de Roma II *Tor Vergata*, Italia. Docente investigadora del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: maria.camacho@uexternado.edu.co

sometidos a procedimientos concursales o de reestructuración empresarial, f) El pago del capital suscrito en las Sociedades Anónimas, Sociedades por acciones simplificadas y Sociedades Limitadas, g) Las operaciones mercantiles de comercio internacional. III. Medidas de lucha contra la morosidad. A. Imposición de un plazo de pago de carácter imperativo. B. Medidas de información y transparencia por medio de la indicación de procedimientos de facturación y pago de obligaciones. C. Derecho del acreedor a reclamar indemnización por costos de cobro. D. Promoción del pago en plazos justos mediante reconocimientos. E. Ineficacia de cláusulas. IV. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El día 23 de julio del año 2.020 fue promulgada en Colombia la Ley 2.024: "Por medio de la cual se adoptan normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil y se dictan otras disposiciones en materia de pago y facturación", reglamentada por el Decreto 1.733 de 2020.

Esta ley se inscribe dentro de un marco, podríamos decir, general y otro específico.

Cuando aludo al marco específico me refiero a las normas adoptadas en varios ordenamientos jurídicos con miras a resolver las dificultades que genera la dilatación de los plazos de pago en algunas operaciones comerciales, razón por la cual suelen catalogarse como medidas jurídicas de lucha contra la morosidad.

El primer antecedente de este tipo de normas se encuentra en la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de junio de 2000, "por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", fruto de un recorrido cuyo origen podemos rastrear a partir del año 1994³.

A este primer antecedente le siguen las normas por medio de las cuales se transpuso su contenido en los diferentes países pertenecientes, en aquel momento, a la Comunidad Europea⁴.

3 En efecto, la Directiva 2000/35/CE estuvo antecedida por: (1) Una Resolución del Parlamento europeo (21.11.1994) sobre el programa integrado en favor de las Pyme y del artesanado, en la que se instó a la Comisión europea a presentar propuestas con el objetivo de solucionar el problema de la morosidad, (2) Una Recomendación adoptada por la Comisión europea (12.05.1995) relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, (3) Un Informe de la Comisión emitido en 1997 sobre los resultados de la Recomendación, en el que se concluía la poca eficacia que había tenido, razón por la cual se decide proponer una Directiva que será la primera adoptada en esta materia.

4 Estos son: BCB: §§ 280 num. 1 y 2, 286, 288, el Decreto Legislativo italiano 231 del 9 de octubre de 2002, la *Late Payment of Commercial Debts Act (Interest)* de 1998 en el Reino Unido (salvo Escocia) y la *Late Payment of Commercial Debts (Interest)* de 2002, el *Decreto-Lei 32* del 17 de febrero de 2003 de Portugal, el artículo L441-6 del *Code de Commerce*,

Posteriormente y como consecuencia del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo del 17 de diciembre de 2009, en el que se analizó la eficacia de la Directiva 2000/35/CE para lograr los objetivos propuestos, se tomó la decisión de introducir cambios sustanciales por lo que se procedió a la refundición de sus disposiciones en la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de febrero de 2011, la cual rige actualmente.

Con ocasión de esta modificación los países pertenecientes a la Unión Europea tuvieron que hacer algunas reformas a las normas por medio de las cuales habían adoptado la Directiva 2000/35/CE⁵.

Por su parte, en el derecho latinoamericano, se encuentran: la Ley 21.131 del 3 de enero de 2019, por medio de la cual se establece el pago a treinta días, de Chile⁶ y la Ley 31.362 del 27 de noviembre de 2021, denominada: "Ley de pago de facturas Mype a treinta días", de Perú.

La razón por la cual estos tres países: Chile, Perú y Colombia se han ocupado del tema, por lo que parecen alineados en este sentido, no es casual, sino que responde a la pertenencia de los dos primeros a la OCDE, y en el caso de Perú, posiblemente, a la invitación que ha recibido a iniciar su proceso de adhesión⁷.

En efecto, según el reporte presentado por la Organización para la cooperación y el desarrollo económicos (OCDE) sobre financiación a emprendedores y Pymes, durante el año 2017 los retrasos en los pagos aumentaron considerablemente en Colombia llegando a ser de hasta 95 días, siendo este el nivel más elevado entre los países participantes, y mucho menos respecto de Chile, en donde se mantuvo el número de días de retraso de pagos durante los años 2016 y 2017, siendo aproximadamente de 55 días⁸.

según la versión resultante de la modificación efectuada por la Loi 201-420, del 15 de mayo de 2001, la Ley 3 del 29 de diciembre de 2004, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales de España. Cfr. Carlos Gómez Ligüerre, El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales, InDret Revista para el análisis del derecho, n° 4 (2011): pág. 6.

5 Así, por ejemplo: la Ley n° 15 del 5 de julio de 2010 de España, por medio de la cual se modificaron diversos preceptos de la Ley 3 de 2004.

6 La cual, a su vez, modificó la Ley n° 19.983 del 15 de diciembre de 2004 que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura, la cual ya contenía algunos plazos de pago de carácter supletorio (art. 2°).

7 En efecto, aunque Perú no hace parte actualmente de la OCDE, sí ha sido invitado a iniciar su proceso de adhesión a este organismo, ver: Gob.Pe. "Perú es invitado a iniciar el proceso de adhesión a la OCDE". Gobierno del Perú. Nota de prensa, 25 de enero de 2022. En la plataforma digital única del Estado Peruano <https://www.gob.pe/institucion/rree/noticias/579114-peru-es-invitado-a-iniciar-el-proceso-de-adhesion-a-la-ocde>. Consultado el 28 de junio de 2022.

8 Cfr. OECD (2019), *Financing SMEs and Entrepreneurs 2019: An OECD Scoreboard*, OECD Publishing, Paris. https://doi.org/10.1787/fin_sme_ent-2019-en, p. 58 (fecha de consulta: 24 de mayo de 2022).

Este es el contexto dentro del cual se ubica el Proyecto de ley 181 de 2018 radicado en la Cámara de Representantes de Colombia, el cual invoca dentro de los antecedentes normativos en el derecho comparado la Ley 15 de 2010 de España y también la Ley 20.416 de 2010 de Chile, conocida como Ley Pymes⁹.

Por su parte, en cuanto al contexto interno en el que se origina la ley es preciso destacar la mención que en la exposición de motivos del Proyecto de ley 181 de 2018 se hace del estudio de ACOPI del año 2017 titulado: Simplificación normativa y políticas diferenciales para las Pymes, en el que, con relación al tema del impacto de los largos períodos de pago de facturas en el flujo de caja de las Pymes, se indica que: "El 50% de los clientes de las Pymes son grandes contribuyentes que retienen sólo el 15% del valor del IVA generado en las facturas, mientras que las Pymes deben declarar y pagar cerca del 85% restante", como también que: "Aproximadamente el 60% de estos clientes pagan entre 60 a 90 días"¹⁰.

Y he aquí el que consideramos el marco general dentro del cual se debe analizar la Ley 2.024 de 2020 que tiene que ver, como dice el estudio de ACOPI, con las "políticas diferenciales para las PYMES".

En efecto, en los últimos años estamos asistiendo a un cambio en la manera de abordar el derecho comercial, pues las normas de diferentes ordenamientos jurídicos están demostrando un interés más creciente por proteger jurídicamente a las micro, pequeñas y medianas empresas debido a cuestiones económicas, como por ejemplo su impacto dentro de los niveles de producción de muchos países, pero también por su posible debilidad frente a grandes empresas que, en ocasiones, pueden llegar a imponer condiciones desfavorables a esas MiPyMes quienes no logran oponerse¹¹.

Es decir, se comienzan a reconocer otros débiles jurídicos además de los consumidores, como en este caso a las pequeñas empresas que necesitan una protección contractual.

Siendo este el contexto dentro del cual se ubica la Ley 2.024 de 2020, por medio de este estudio se busca analizar: ¿qué se entiende por lucha contra la morosidad?, ¿por qué y para qué se están desarrollando medidas jurídicas de

9 Sin embargo, es preciso aclarar que esta ley no es la que prevé una norma por medio de la cual se llena el vacío que las partes hayan podido dejar con relación al plazo de pago de las facturas, aunque sí tiene por objeto proteger jurídicamente a las empresas de menor tamaño.

10 Cfr. ACOPI, Simplificación normativa y políticas diferenciales para las Pymes, (s.c.: publicación de Acopi, s.a.), <https://acopi.org.co/wp-content/uploads/2019/03/ESTUDIO-DE-SIMPLIFICACION-NORMATIVA-Y-POLITICAS-DIFERENCIALES-ACOPI-2018.pdf> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2022).

11 Ver en este sentido: Roppo, Vincenzo, Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo, *Revista de Derecho Privado*, n° 20, (2011): pp. 177-223.

lucha contra la morosidad? y ¿cuáles son esas medidas que se han tomado en el ámbito del derecho comparado e interno para resolver esta problemática?

Con miras a responder estas preguntas se hará un análisis de la ley colombiana empezando con su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, luego se estudiarán cada una de las medidas concretas que se adoptan en ella para lograr los objetivos propuestos, y simultáneamente se harán algunos comentarios sobre las similitudes y diferencias con las medidas adoptadas en el derecho comunitario europeo, para efectos de lo cual se tendrá en cuenta más que todo bibliografía española, pues es la más cercana en este aspecto a nuestra regulación.

I. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2.024 DE 2020

De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 2.024 de 2020: "Esta ley será de aplicación a todos los pagos causados como contraprestación en los actos mercantiles, ya sean efectuados por comerciantes o por personas que sin tener calidad de comerciantes ejerzan operaciones mercantiles, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), así como las realizadas entre los contratistas principales, sus proveedores y subcontratistas"¹².

Esta disposición se refiere a tres categorías de sujetos. Por una parte, los comerciantes en el ejercicio de su actividad comercial, de otra, las personas que sin ser comerciantes ejerzan operaciones mercantiles y, por último, los contratistas principales, proveedores y subcontratistas en la contratación estatal.

Dicho ámbito subjetivo de aplicación merece varios comentarios.

El primero es que, la referencia a las personas que sin tener la calidad de comerciantes ejerzan operaciones mercantiles parece una obviedad, pues esta es una regla que se desprende del artículo 11 del Código de comercio colombiano¹³.

12 Colombia. Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se adoptan normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil y se dictan otras disposiciones en materia de pago y facturación. Ley 2.024 de 2020. Sancionada el 23 de julio de 2020. [13 Código de comercio colombiano, artículo 11: "Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones". Colombia. Presidencia de la República. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Aprobado el 27 de marzo de](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2024_2020.html#:~:text=Leyes%20desde%201992%20%2D%20Vigencia%20expresa%20y%20control%20de%20constitucionalidad%20%5BLEY_%202024_2020%5D&text=Por%20medio%20de%20la%20cual,materia%20de%20pago%20y%20facturaci%C3%B3n. Ver también Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., Parágrafo 3.</p></div><div data-bbox=)

Es decir, en la medida en que el ámbito objetivo de aplicación de esta ley se refiere a un acto que tiene lugar como consecuencia de una operación mercantil, entonces envuelve el criterio objetivo de aplicación de las normas comerciales que involucran no solo a los comerciantes sino también a quienes sin ser tales participen en dichos actos.

Por lo tanto, se podría inferir que lo que buscó el legislador con esta mención fue despejar cualquier duda que pudiera suscitarse con relación a las personas a las que les resulta aplicable la ley.

En cambio, en el derecho comunitario europeo se va más allá, pues se incluyen las profesiones liberales, tal como se advierte en las consideraciones de la Directiva 2011/7/UE: "El hecho de que las profesiones liberales queden cubiertas por la presente Directiva no debe obligar a los Estados miembros a tratarlas como empresas o comerciantes en aspectos que no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva"¹⁴.

En efecto, el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2011/7/UE también recae sobre las operaciones comerciales, entendiendo por estas las que tienen lugar entre empresas o empresas y poderes públicos cuando en ellas se produzca la entrega de bienes o la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación¹⁵.

Luego, cuando se explica el concepto de empresa que se adopta para efectos de la directiva, se indica que por ella se entiende: "cualquier organización, distinta de los poderes públicos, que actúe en ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona" (subraya fuera de texto).

De ahí se deduce que cuando se incluyen a los profesionales liberales se entiende aquellos que prestan sus servicios a través de una empresa¹⁶.

El fin práctico de abarcar las profesiones liberales dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2011/7/UE está en que, por ejemplo, una empresa dedicada a la prestación de servicios contables y asesoría empresarial también puede exigir que el pago de sus honorarios se someta a las reglas previstas en la norma analizada cuando contrata con otras empresas.

1971. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr063.html#2038

14 Unión Europea. Parlamento europeo y Consejo de la Unión Europea. Por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Directiva 2011/7/UE. Aprobada el 16 de febrero de 2011, consideración n° 10. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32011L0007>

15 Ob. cit., artículo 2°, numeral 1.

16 En este sentido: Carlos Gómez Ligüerre, El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales, InDret Revista para el análisis del derecho, n° 4 (2011): pág. 9.

Por otra parte, observamos que se incluyen dentro del ámbito subjetivo de aplicación a los contratistas principales, sus proveedores y subcontratistas en las operaciones comerciales que realicen.

El objetivo de esta previsión es controlar también los plazos de pago en los contratos celebrados con el Estado, debido a la dilatación que se presenta cuando el Estado recibe bienes o servicios.

En estos términos podríamos decir que el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 2.024 de 2020 es relativamente amplio.

No obstante, como tendremos oportunidad de verlo, realmente es mucho más acotado de lo que parece debido a que algunas de las principales medidas adoptadas en la ley para procurar la disminución en los plazos de pago y luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales, están limitadas a las relaciones entre las MiPyMes o entre cualquier forma de MiPyMes y una empresa grande, pero excluye aquellas celebradas de manera exclusiva entre las que se consideran grandes empresas¹⁷.

Por lo tanto, es visible como uno de los criterios para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma tiene que ver con el tamaño de la empresa, siendo esta claramente una política diferencial.

II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2.024 DE 2020

Con relación a los actos jurídicos a los que se aplica la Ley 2.024 de 2020 aunque el precepto general, en apariencia, es bastante amplio, podemos observar cómo a partir de la reglamentación de su contenido por medio del Decreto 1.733 de 2020, como también de las exclusiones expresas previstas

17 De conformidad con el Decreto 957 de 2019, artículo 2.2.1.13.2.2., párrafo 1º: "Se considera gran empresa aquella que tiene ingresos por actividades ordinarias anuales mayores al rango superior de las medianas empresas, en cada uno de los sectores económicos descritos anteriormente". Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se adiciona el capítulo 13 al Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único del Sector Comercio, Industria y Turismo y se reglamenta el artículo 2º de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011. Decreto 957. Dado el 5 de junio de 2019. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20957%20DEL%2005%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf> No obstante, es preciso tener en cuenta que según el Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., Parágrafo 2: "Cualquier cambio en el tamaño empresarial que genere efectos en la obligación de pago en plazos justos deberá ser certificado en los términos del artículo 2.2.1.13.2.4. del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, y comunicado a los adquirentes oportunamente". Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se reglamenta la Ley 2024 de 2020, en lo respectivo a la obligación de pago en plazos justos. Decreto 1733. Dado el 22 de diciembre de 2020. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=154026>

en ambas normas, se va produciendo una restricción significativa de su ámbito objetivo de aplicación.

En efecto según el artículo 2º de la Ley 2.024 de 2020: "Esta ley será de aplicación a todos los pagos causados como contraprestación en los actos mercantiles...".

Vamos a desglosar cada uno de los aspectos enunciados en este supuesto de hecho.

A. LOS PAGOS CAUSADOS

En primer lugar, la ley se refiere a los pagos causados.

Esta expresión merece varias observaciones.

Cuando se habla de pago en el derecho de las obligaciones se entiende: "la prestación de lo que se debe"¹⁸, o mejor, "la ejecución de la prestación debida"¹⁹, por lo tanto, no se limita a un tipo específico de obligación, sino que se trata de un modo de extinguir cualquier clase de obligación, las cuales, según la naturaleza de la prestación pueden ser de dar, hacer o no hacer.

Por lo tanto, cuando en la Ley 2.024 de 2020 se hace referencia de manera amplia al «pago» podría pensarse que se refiere a la ejecución de cualquier clase de prestación, cuando en realidad tiene por objeto únicamente el pago en las obligaciones dinerarias o pecuniarias²⁰.

Tal vez, por esta razón, al advertir la imprecisión terminológica, el ejecutivo especificó en las consideraciones del decreto reglamentario que: "(...) la ley asocia el concepto de pago a la extinción de obligaciones dinerarias", lo que plasma en ese mismo párrafo al indicar: "Que las medidas adoptadas por la Ley 2024 de 2020 con el objeto de desarrollar el principio de buena fe contractual están relacionadas con los procedimientos y plazos de pago de obligaciones dinerarias de las operaciones comerciales"²¹.

Por lo tanto, queda claro que el significado de la palabra «pago» en el contexto de esta ley queda circunscrito solamente a los pagos que consisten en dar o entregar una cantidad de unidades monetarias.

Por otra parte, teniendo en cuenta el uso que la ley hace de la expresión «pago» se podría pensar que solo aplica a este acto jurídico, pero no es así, pues como se tendrá la oportunidad de ver más adelante al tratar las diferentes

18 Código civil colombiano, artículo 1.626.

19 Cfr. Fernando Hinestrosa, Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes. Tomo I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., 2017), pág. 571.

20 Son: "aquellas obligaciones cuya prestación consiste en dar-entregar (transferir) una cantidad de unidades monetarias", cfr. Fernando Hinestrosa, Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes. Tomo I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., 2017), pág. 149-150.

21 Decreto 1.733 de 2020, consideraciones.

medidas adoptadas para lograr el objetivo buscado se observará que hay reglas que, aunque están relacionadas con el pago se refieren realmente a otros aspectos de las relaciones jurídicas que dan lugar a la aplicación de esta ley. Concretamente nos referimos al artículo décimo que versa sobre las cláusulas ineficaces en algunos contratos.

En otras palabras, el legislador ha incurrido en una sinécdoque al tratar el todo por una de sus partes, pues aunque puede ser la más importante no es la única.

De ahí que, atendiendo el contenido completo de la ley tal vez habría convenido indicar que el ámbito de aplicación son algunas operaciones mercantiles que generan una obligación pecuniaria.

Otra cuestión, también de carácter terminológico tiene que ver con la calificación de estos pagos como «causados» pues no parece acertado ni técnico usar este adjetivo pues las que se causan son las obligaciones mientras que el pago, como modo de extinguir las obligaciones, es exigible. Para tratar de explicar esta imprecisión se podría decir que al aludir a los pagos causados se refiere a la obligación de pagar que se causa como consecuencia de recibir un bien o servicio, sin embargo, es evidente que allí no se refiere a la obligación sino simplemente al pago.

Por lo tanto, habría sido preferible, en mi opinión, hablar de «pago exigible» en vez de «pago causado».

B. PAGOS CAUSADOS COMO CONTRAPRESTACIÓN

La referencia a los: «pagos causados como contraprestación» implica que la ley es aplicable a los contratos bilaterales, dado que en estos ambas partes se obligan recíprocamente²².

De lo anterior se infiere que quedan excluidos los pagos que se efectúen como consecuencia de contratos unilaterales en los que solo una de las partes se obliga con respecto a la otra. Así, por ejemplo, el contrato de mutuo, razón por la cual podría decirse que la exclusión expresa de este contrato contenida en el artículo 2º numeral 2º de la Ley 2.024 de 2020 no era necesaria, pues se infiere a partir de lo dispuesto.

Esta expresión también nos sitúa en el escenario de los contratos onerosos, en la medida en que al ser el «pago» exigible como consecuencia de haber recibido una prestación de la otra parte, implica que ambas partes se benefician y gravan mutuamente²³. A *contrario sensu*, se entienden excluidos los contratos gratuitos.

22 Colombia. Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Código civil colombiano. Ley 84. Dada el 24 de mayo de 1873. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr083.html#2683, art. 1.496.

23 Código civil colombiano, artículo 1.497.

C. ACTOS MERCANTILES

1. Relaciones jurídicas excluidas implícitamente del ámbito objetivo de aplicación de la ley

Además de los elementos anteriores es preciso que estos pagos efectuados como prestación recíproca por la adquisición de bienes o de servicios, lo sean con ocasión de actos mercantiles.

De ello se desprende un supuesto de hecho positivo y otro negativo.

El positivo es que, salvo las excepciones previstas expresamente por la Ley 2.024 de 2020, ésta es aplicable a todos los pagos efectuados como consecuencia de obligaciones pecuniarias que surgen dentro del contexto de los considerados actos mercantiles de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del Código de Comercio colombiano.

Por su parte, el supuesto negativo es que la Ley 2.024 de 2020 no es aplicable a los pagos efectuados como consecuencia de obligaciones pecuniarias que surgen dentro del contexto de actos que no se consideran mercantiles, según lo dispuesto en el artículo 23 del Código de comercio²⁴.

Sin embargo, es preciso advertir desde ya que la delimitación entre ambos campos no es nítida debido a las diferentes interpretaciones que con el paso del tiempo se han venido dando a las listas enunciativas de los artículos 20 y 23 del Código de comercio colombiano.

De todas maneras, so pena de las especificaciones que haya que hacerse podría decirse que se excluyen de la aplicación de la Ley 2.024 de 2020 los siguientes actos jurídicos:

a) Actos efectuados dentro de una relación de consumo

En primer lugar, las relaciones de consumo.

Así queda explicitado en el artículo 2º, inciso segundo, de la Ley 2.024 de 2020, el cual enumera algunas de las operaciones excluidas expresamente, dentro de las cuales alude en el numeral primero a: "Los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores, y que estén sujetas a las normas de protección del consumidor"²⁵.

24 Así se manifiesta explícitamente en el Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., numeral 1º del inciso 2º que indica: "A partir de lo previsto en los artículos 2 y 3 de la Ley 2024 de 2020, están excluidas del ámbito de aplicación de dicha Ley: 1. Los pagos causados como contraprestación en los actos no mercantiles considerados como tal en el Código de Comercio".

25 Norma ratificada con lo previsto en el Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., inciso 2º y numeral 2º: "A partir de lo previsto en los artículos 2 y 3 de la Ley 2024 de 2020, están excluidas del ámbito de aplicación de dicha Ley: 2. Las obligaciones

La razón por la cual se excluyen las relaciones de consumo del ámbito de aplicación de la ley tiene que ver con que, como se dijo antes, la situación que da lugar a la regulación de esta norma es la dilatación de los pagos en las obligaciones entre empresas, conocidas por el anglicismo *business to business* (BtoB) y no entre empresas y consumidores, es decir, *business to consumers* (BtoC).

Ello porque cuando estamos ante una relación de consumo lo más común es que la obligación de pagar una suma de dinero como contraprestación de la recepción de un bien o de la prestación de un servicio recaiga sobre el consumidor a quien le son impuestas las condiciones de pago, por lo que no tendría ninguna lógica incluir las relaciones de consumo dentro del ámbito de aplicación de esta ley.

Incluso si el consumidor es beneficiario de un crédito para el consumo otorgado por el mismo empresario o por una entidad financiera, en ambos casos las condiciones de pago serán impuestas por la parte que efectúa el préstamo y no por el consumidor.

Así las cosas, sobre esta primera exclusión se puede decir que no hay ninguna duda.

b) Actos relacionados con la producción y venta de obras artísticas

Asimismo, se entienden excluidos los pagos hechos para la adquisición de bienes con el fin de producir obras artísticas, como también los pagos hechos con ocasión de la adquisición de esas obras artísticas producidas por el autor²⁶.

Sin embargo, es preciso advertir que aunque estos actos no son considerados mercantiles desde la óptica del autor de la obra, sí pueden serlo para quien las adquiere, por ejemplo porque lo haga para la reventa, razón por la cual, en mi opinión, el pago que deba efectuar quien adquiere las obras para la reventa pueden estar sometidos a la aplicación de esta norma, en virtud del artículo 22 del Código de Comercio.

c) Adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público: ¿están excluidas?

Siguiendo el hilo discursivo podría deducirse a partir de lo previsto en el numeral 3º del artículo 23 del Código de comercio²⁷, que la Ley 2.024 de 2020 no regula cuestiones relativas a la obligación de pagar sumas de dine-

nadas con ocasión de actos y contratos sujetos a las Leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011, y sus negocios jurídicos accesorios".

26 Código de Comercio colombiano, artículo 23, numeral 2º.

27 Código de Comercio colombiano, artículo 23, numeral 3º: "Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público".

ro por parte del Estado como consecuencia de adquisiciones hechas para el cumplimiento de un servicio público.

En primer lugar, porque dentro del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley 2.024 de 2020 (art. 2º) no están previstas expresamente, pero también, como consecuencia de la aplicación del artículo 23, porque este tipo de actos no se consideran mercantiles.

Sin embargo, la realidad es otra, pues el artículo 11 de la ley establece algunas reglas para el procedimiento de facturación y pago de obligaciones por parte del Estado, y el artículo 12 consagra de manera explícita los plazos máximos de pago en contratos estatales cuando son celebrados con MiPymes.

En efecto, ninguno de los dos artículos especifica el tipo de obligaciones del Estado a las que se refiere, por lo que bien podrían caer aquellas asumidas para el cumplimiento de un servicio público.

De todas maneras, para comprender mejor este tema y lograr una adecuada articulación entre estas normas, es preciso hacer mención sobre la manera en que se comprende el artículo 23 numeral 3º del Código de Comercio.

Según esta norma, no se consideran mercantiles las adquisiciones que llevan a cabo los funcionarios o empleados para fines de servicio público, por lo tanto, lo primero que debe definirse es que se entiende por estas adquisiciones.

Para Narváez, son aquellas que tienen como única finalidad dotar a las dependencias del Estado de los elementos necesarios para su normal funcionamiento, por lo que su exclusión de los actos mercantiles se da porque no hay un móvil económico de interposición²⁸.

Castro coincide con esta explicación sobre las adquisiciones, pues afirma: "Los contratos que incluye el numeral 3 del artículo 23 son las adquisiciones de bienes realizadas mediante distintos contratos como los de suministro, compraventa y permuta de bienes por los servidores públicos de las entidades estatales enumeradas en el artículo 2º de la ley 80 de 1993, destinados al cumplimiento de funciones relativas al servicio público encomendado a las respectivas entidades por la Constitución y la ley"²⁹.

Sin embargo, difiere de Narváez en cuanto a la razón de ser de dicha exclusión, pues para la autora, este tipo de adquisiciones están disciplinadas en el régimen especial de contratación estatal, por lo que no se entienden reguladas por normas que se ocupan de las relaciones entre particulares, en donde, en principio, el eje central es el interés particular³⁰.

28 José Ignacio Narváez, *Introducción al derecho mercantil* (Bogotá, Legis, 10ª ed., 2008) pág. 132 citado por Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho Comercial: Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* (Bogotá: Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes, 2016), pág. 59.

29 Cfr. Marcela Castro, *ob. cit.*, págs. 59-60.

30 *Ob. cit.*, pág. 59.

A pesar de ello, lo cierto es que el régimen de contratación estatal no regula en su totalidad el contrato estatal, razón por la cual es necesario recurrir al derecho privado para poder completar los vacíos existentes³¹.

Ahora bien, dado que en nuestro ordenamiento existe esta bifurcación entre el derecho civil y comercial, no cabe duda que en algunas ocasiones, por más de que las adquisiciones a las que se refiere el artículo 23 numeral 3° no sean considerados actos mercantiles desde el punto de vista objetivo, se le aplicarán las normas del derecho mercantil si llegan a cumplirse otros criterios de mercantilidad y en caso de llegar a excluirse la presencia de esos criterios, tendrá que recurrirse al derecho civil para completar la disciplina de ese negocio jurídico.

Por esta razón se comparte la opinión de Castro en el sentido de que: "(...) esta norma –sin duda es obsoleta– no explica por sí misma el régimen de las adquisiciones hechas por entidades públicas para cumplir las funciones públicas que se les ha encomendado".

No obstante, esta no es la única interpretación que se le da al artículo 23 numeral 3° del Código de Comercio.

Así por ejemplo en una sentencia del Consejo de Estado, en donde el problema jurídico planteado tenía que ver con la definición del tipo de interés moratorio que debía pagar una entidad estatal como consecuencia del cumplimiento tardío de su obligación, se manifestó con respecto a esta norma que: "Por consiguiente, la compraventa realizada por el Incora a la sociedad actora constituye una verdadera actuación administrativa que se encuadra en lo dispuesto por el artículo 23.3 del Código de Comercio comoquiera que la adquisición realizada se justifica en un motivo de utilidad pública, el cual se identifica plenamente con los denominados "finés de servicio público" a los que alude la norma y que se identifican con aquellas actividades adelantadas por el Estado para garantizar el interés general. En consecuencia, al no estar regulado el aspecto de los intereses moratorios en la Ley 135 de 1961, y al estar excluido el negocio jurídico de los denominados actos de comercio, es necesario acudir a la regulación que sobre el tema se hace en el Código Civil"³².

Entonces, como se colige de la sentencia citada, la razón por la cual no se consideran mercantiles las adquisiciones hechas por los funcionarios del Estado para cumplir con un servicio público tiene que ver con el motivo de utilidad pública inmanente a dichos contratos.

En nuestra opinión, y siguiendo las orientaciones expuestas, aunque es posible que en su momento el codificador haya querido excluir este tipo de

31 Ver. Ley 80 de 1993 artículo 13 y artículo 40.

32 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia 1993-07655 del 7 de febrero de 2011, con ponencia del Magistrado: Enrique Gil Botero.

adquisiciones de los actos mercantiles porque con ellos se busca la satisfacción de un interés general, se comparte la opinión de Castro en el sentido de que la realidad impele a recurrir a las normas de derecho privado para colmar los vacíos que subsistan después de aplicar las normas que regulan los contratos estatales y estas no pueden ser siempre, como parece inferirse de la sentencia citada, las normas de derecho civil.

Esto no significa que este tipo de adquisiciones asuman el carácter de actos mercantiles, sino que se recurre a estas normas en caso de darse otras condiciones para ello.

Por lo tanto, lo que hace la Ley 2024 de 2020 con estos artículos 11 y 12 es prever unas reglas específicas relacionadas con las obligaciones de pagar una suma de dinero a cargo del Estado, las cuales, sin embargo, se regirán en su período precontractual por las normas de derecho administrativo, y en cuanto al período de ejecución contractual por las normas del derecho civil o comercial, según otros factores.

Es importante tener en cuenta que la previsión de los artículos 11 y 12 de la Ley 2.024 de 2020 se encuentra en consonancia con otro objetivo promovido por la ACOPI que tiene que ver con impulsar la participación de las MiPymes en la contratación estatal, dando lugar a algunas normas como el actual Decreto 1860 de 2021.

Para concluir este punto es preciso aclarar que otra es la situación que tiene lugar con relación a las operaciones mercantiles celebradas entre los contratistas principales, sus proveedores y subcontratistas, pues además de que se encuentran expresamente consagradas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2.024 de 2020 (art. 2º), no se encuadran en el grupo de adquisiciones a las que se refiere el artículo 23 numeral 3º del Código de Comercio, pues se sujetan íntegramente al derecho mercantil.

Estas son, como dice Castro: "(...) las que realizan los contratistas del Estado en su condición de particulares para dotarse de los bienes necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales", pues para que rija la excepción del artículo 23 numeral 2º es necesario que las adquisiciones sean hechas por el Estado³³.

d) Enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural

El artículo 23 numeral 4º establece que no son mercantiles: "Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores

33 Cfr. Marcela Castro, ob. cit., pág. 65.

o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa³⁴.

Pues bien, con relación a este tipo de negocios cabe la misma aclaración planteada sobre el numeral 2º del artículo 23 y es que la calificación de estos como no mercantiles se hace depender del sujeto que vende sus frutos de manera directa en su estado natural.

No obstante, en últimas, lo que explicará la aplicación o no de la Ley 2.024 de 2020 depende del otro sujeto de la relación, es decir, de quien adquiere los productos de esos agricultores y ganaderos, pues es quien tiene la obligación de pagar.

En efecto, si quien los adquiere lo hace para la reventa, siendo el acto mercantil para el comprador esto impregnará de mercantilidad el acto y por tanto se tendrán que aplicar las reglas previstas en la Ley 2.024 de 2020, más aun atendiendo el criterio teleológico de la norma, en virtud del cual lo que se pretende es poner un freno a la dilatación en los plazos de pago de obligaciones pecuniarias, como también a los posibles abusos que se puedan dar en ciertas relaciones contractuales como podrían ser perfectamente aquellas que se generan entre agricultores o ganaderos y comerciantes³⁵.

Por el contrario, si quien adquiere los productos de un agricultor o ganadero no lo hace con ocasión de un acto mercantil, por ejemplo, porque no va a revender sino simplemente desea aumentar sus reses, no tendría lugar la aplicación de lo previsto en la Ley 2.024 de 2020.

Finalmente téngase en cuenta que en este numeral se establece expresamente que, en caso de que las transformaciones que llegare a hacer el agricultor o ganadero de sus frutos constituyan por sí mismas una empresa, esta actividad se vuelve mercantil.

e) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales

Por último, atendiendo el artículo 23 numeral 5º del Código de comercio colombiano el cual establece que no son mercantiles la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, se tendría que colegir que los pagos por medio de los cuales se pretende remunerar las prestaciones de servicios correspondiente a profesiones liberales no están sometidos a las reglas previstas en la Ley 2.024 de 2020.

Ello en razón a que, además de no estar contemplados expresamente dentro del ámbito de aplicación de la ley, se entienden excluidos de manera tácita por carecer de naturaleza mercantil según los criterios amplios previstos para la aplicación de dicha ley.

34 Código de comercio colombiano, artículo 23, numeral 4º.

35 Ob. cit., pág. 70.

Asimismo, valga recordar que hoy día parece existir consenso en la doctrina colombiana sobre el hecho de que el ejercicio de las profesiones liberales por medio de una empresa no le confiere por esa sola razón carácter mercantil, pues estos se reputan no comerciales por su naturaleza misma³⁶.

De conformidad con lo anterior, no estarán cobijados por esta ley las profesiones liberales aunque estén organizados como una empresa.

En este sentido nuestra ley se separa de su antecedente en el derecho comunitario europeo pues, como vimos, el eje del ámbito subjetivo de aplicación se coloca sobre el concepto de empresa que incluye a las profesiones liberales.

2. Actos excluidos expresamente del ámbito objetivo de aplicación de la ley

Además de los actos que se entienden excluidos de manera implícita del ámbito de aplicación de la ley, por no tener la calificación de mercantiles, hay ciertos actos que son excluidos en forma expresa.

Estos son los siguientes:

a) Algunos actos relacionados con ciertos títulos valores:

La designación que le damos a esta exclusión es un tanto imprecisa y etérea porque así nos parece la regulación de este punto en la ley y su decreto reglamentario.

En efecto, mientras que la Ley 2.024 de 2020 establece en su artículo 2º, inciso segundo, numeral 2º que: "Se excluyen del ámbito de aplicación de esta ley: 2. Los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio", el Decreto 1.733 de 2020, indica en su artículo 2.2.2.57.1.1., inciso 2º, numeral 4º, que se excluyen del ámbito de aplicación de la ley: "Las obligaciones contenidas en títulos valores, salvo las facturas de venta".

Salta a la vista la falta de coherencia entre ambas disposiciones.

En primer lugar, la ley se refiere solamente a excluir el tema de los intereses, mientras que el decreto alude, en forma amplia, a las obligaciones.

De otra parte, la ley restringe la exclusión al tratamiento de los intereses en ciertos títulos valores. Estos son: los cheques, pagarés y letras de cambio.

Por su parte, el decreto no menciona los títulos valores respecto de los cuales opera esta restricción, sino que se refiere de manera amplia a los títulos valores con la salvedad de las facturas de venta.

36 Cfr. Luis Gonzalo Baena Cárdenas, *Lecciones de Derecho Mercantil* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), pág. 27; Marcela Castro, *ob. cit.*, pág. 86.

Para empezar, es preciso advertir que, aunque el decreto no menciona los títulos valores respecto de los cuales se predica la exclusión, es comprensible que se trata solamente de títulos valores de contenido crediticio pues solo respecto de estos se podría presentar la inquietud sobre la posible aplicación de la ley dado que ellos incorporan una obligación de pagar una suma de dinero y la ley tiene como ámbito objetivo de aplicación el pago de obligaciones pecuniarias. Es decir, no resulta necesario plantear una exclusión expresa de los demás títulos valores pues ellos incorporan otro tipo de derechos cuyo cumplimiento no resulta alcanzado por el contenido de la norma que se analiza.

Con relación a las diferencias en la forma de abordar los aspectos que se excluyen de la aplicación de la ley se tendrían dos posibilidades.

Por una parte, si se sigue lo previsto en el decreto reglamentario se tendría que concluir que todas las obligaciones que surgen de los títulos valores de contenido crediticio, esto es tanto la principal como la de pagar intereses están excluidas de la aplicación de la ley y su reglamento.

En cambio, de seguir lo previsto en la Ley 2.024 de 2020 se tendría que sostener que solo está excluida del ámbito de aplicación de esta norma el pago de la obligación accesoria, es decir, de los intereses, mientras que el pago de la obligación principal sí estaría sometida al imperio de esta ley.

Esta bifurcación en el tratamiento de la obligación principal y la accesoria no parece tener ningún sentido, por lo que es muy probable que el decreto reglamentario haya querido enmendar el error cometido en la redacción de la ley.

Se considera plausible que este error tenga origen en la Ley 3 de 2004 de España, pues en esta se excluyeron del ámbito de aplicación de dicha ley: "Los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio"³⁷.

Así se hizo porque se entendió que cuando la Directiva 2000/35/CE indicaba en su considerando número 13 que su contenido no era aplicable a: "... los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo, los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio"³⁸, quería que se excluyera solamente esta obligación accesoria.

37 España. El Rey de España. Por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Ley nº 3 del 29 de diciembre de 2004, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21830#:~:text=Esta%20Ley%20tiene%20por%20objeto%20combatir%20la%20morosidad%20en%20el,entre%20empresas%20y%20la%20Administraci%C3%B3n,art%C3%ADculo%203%2Cnumeral%202%2Cliteral%20b.>

38 Comunidad Europea. Parlamento europeo y Consejo. Por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Directiva 35 del 29 de junio de 2000, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32000L0035>

Sin embargo, para algunos autores esta fue una interpretación errada de la Directiva.

En este sentido se pronuncia Gómez, quien manifiesta: "Así, y conforme a la literalidad de la exclusión del artículo 3.2. LMLM, podría llegar a entenderse que la emisión de títulos cambiarios queda sujeta a las normas imperativas en materia de morosidad en las operaciones comerciales, salvo en lo relativo a los intereses que puede reclamar el tenedor del título, que se regirían por la normativa cambiaria. Algo así como afirmar que el régimen de la prestación accesoria –el pago de los intereses– difiere del que se aplica a la obligación principal; y tal conclusión es inadmisibile" (subraya fuera de texto)³⁹.

Esto no tuvo ocurrencia en otros ordenamientos como el francés y el inglés, en los que se infirió que la verdadera intención del legislador europeo no era excluir solo los intereses devengados por títulos no pagados sino la exclusión total de los títulos valores de contenido crediticio del ámbito de aplicación de la norma europea sobre la lucha contra la morosidad⁴⁰.

b) Las indemnizaciones por daños y seguros

De conformidad con la Ley 2.024 de 2020, también se excluyen de su ámbito de aplicación: "(...) Los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras"⁴¹.

El contenido de dicho precepto es confirmado en el Decreto reglamentario 1.733 de 2020⁴².

Esta exclusión seguramente responde al hecho de que se encuentra prevista dentro de la Directiva 2000/35/CE⁴³.

De todas maneras, se puede inferir que la razón por la cual se excluyen las indemnizaciones por daños está en que la fuente de la obligación dineraria no es contractual sino extracontractual.

Por su parte, con relación a la obligación de pagar una suma de dinero por las entidades aseguradoras, es decir, el pago del siniestro, la razón está en que este tipo de pagos se encuentran sometidos a unos plazos previstos específicamente en la ley⁴⁴.

39 Cfr. Carlos Gómez Ligüerre, El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales, InDret Revista para el análisis del derecho, n° 4 (2011): pág. 15.

40 Ob. cit., p. 17.

41 Ley 2.024 de 2020, artículo 2°, inciso 2°, numeral 2°

42 Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., inciso 2°, numerales 5: "Los pagos correspondientes a indemnizaciones de daños", y 6: "Los pagos derivados de la ejecución de contratos de seguro".

43 Replicada en el considerando n° 8 de la Directiva 2011/7/UE.

44 Véase por ejemplo en el derecho colombiano el artículo 1080 del Código de Comercio.

c) El contrato de mutuo

También se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la Ley 2024 de 2020, los pagos que se deban efectuar con ocasión del contrato de mutuo⁴⁵.

Como se tuvo oportunidad de mencionarlo al tratar sobre las características que deben tener los pagos regulados por la ley, esta exclusión se infiere implícitamente cuando se indica que estos deben constituir una contraprestación de otra ya recibida, por lo que deja por fuera los contratos unilaterales como es el mutuo en nuestro ordenamiento jurídico.

d) Los contratos típicos o atípicos donde los plazos diferidos sean propios de la esencia del contrato respectivo

De conformidad con la Ley 2.024 de 2020 están excluidos de su ámbito de aplicación este tipo de contratos⁴⁶.

Así se ratifica en el decreto reglamentario⁴⁷.

Sin embargo, esta última norma también introduce un párrafo primero al artículo que regula los pagos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 2024 de 2020, el cual alude a esta eventualidad.

Su contenido es el siguiente: "De conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 2024 de 2020, se excluyen del ámbito de aplicación de la ley las obligaciones derivadas de "contratos típicos o atípicos, donde los plazos diferidos sean propios de la esencia del contrato", siempre que las partes lo hayan acordado"⁴⁸.

Como se puede observar este párrafo primero introduce un aspecto adicional a la ley, cual es la frase final que indica: "(...) siempre que las partes lo hayan acordado".

La pregunta que surge es: ¿a qué se refiere con esto?

Considero plausible que con esta expresión el ejecutivo se haya referido a la necesidad de que las partes pacten la respectiva exclusión para que esta pueda operar.

Es decir, que según el decreto aun cuando un contrato típico o atípico sea, en los términos de esta norma «por esencia a plazos diferidos», esto no

45 Ley 2.024 de 2020, artículo 2º, inciso segundo, numeral 2º, y Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., inciso 2º, numeral 7º: "Las obligaciones derivadas de los contratos de mutuo".

46 Ley 2.024 de 2020, artículo 2º, inciso segundo, numeral 2º: "() y otros contratos típicos o atípicos donde los plazos diferidos sean propios de la esencia del contrato respectivo".

47 Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., inciso 2º, numeral 7º: "() y otros contratos típicos o atípicos donde los plazos diferidos de la obligación dineraria sean propios de la esencia del contrato respectivo".

48 Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., párrafo 1.

es suficiente para que se excluya la aplicación de las disposiciones de la Ley 2.024 de 2020 sino que será necesario que así lo hayan acordado las partes.

De ser esta la interpretación que deba darse al parágrafo en cuestión se tiene la impresión de que, tal vez, el decreto reglamentario podría estar excediendo su facultad reglamentaria al sobrepasar lo dispuesto en la ley, pues esta última no condiciona en ningún momento la eficacia de la exclusión al acuerdo entre las partes.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha sostenido que: "(...) la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene. Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador. Igualmente, es importante precisar que no todas las leyes son susceptibles de ser reglamentadas"⁴⁹.

Dicho exceso en la facultad reglamentaria no solo se observa en esta causal de exclusión sino también en otras, como se tendrá ocasión de mencionarlo más adelante.

De otra parte, para comprender esta exclusión es preciso definir con claridad a qué se refiere el legislador con «contratos típicos o atípicos, donde los plazos diferidos sean propios de la esencia del contrato».

En efecto, la doctrina suele distinguir entre contratos de ejecución instantánea, en los que las prestaciones se pagan inmediatamente, a menos que las partes difieran su ejecución, y contratos de ejecución sucesiva, en los que por su misma esencia se proyectan en el tiempo⁵⁰.

De ahí que sea, en mi opinión, confusa la expresión del legislador, pues si los plazos son diferidos, es decir, aplazados, esto indica que no son por

49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección "A", Sentencia 0585-09, 6 de junio de 2017, consejero ponente: William Hernández Gómez

50 Cfr. Hinestrosa, Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), págs. 373-374.

esencia de esa manera, sino que lo son en virtud del acuerdo de las partes, por lo que son por naturaleza de ejecución instantánea.

Por el contrario, si a lo que se refiere es a la continuidad de sus prestaciones en el tiempo por su esencia, se entenderá que alude a los de ejecución continuada.

Sin embargo, si son estos últimos, dentro de los cuales podemos identificar contratos típicos como el de suministro y contratos atípicos como el de concesión mercantil, y distribución, parece extraña su exclusión, pues es con toda probabilidad aquellos en los que en mayor medida debe aplicarse esta ley.

e) Pagos sometidos a procedimientos concursales o de reestructuración empresarial

Así lo establece la Ley 2.024 de 2020, en su artículo 2º, inciso segundo, numeral 3º: "Las deudas sometidas a procedimientos concursales o de reestructuración empresarial, que se registrarán por lo establecido en su legislación especial".

Por su parte el Decreto reglamentario confirma esta exclusión mencionando otros eventos que corresponden a contextos similares como por ejemplo los pagos que deben efectuarse dentro de un procedimiento de liquidación, o al procedimiento de insolvencia de la persona natural no comerciante y al de toma de posesión y liquidación regulado en el Estatuto Orgánico del Sistema financiero⁵¹.

Con relación a esta causal de inaplicación de la ley no cabe ninguna duda en razón a su especialidad.

f) El pago del capital suscrito en las Sociedades Anónimas, Sociedades por acciones simplificadas y Sociedades Limitadas

Esta exclusión no está prevista en la ley sino en el decreto reglamentario, por lo que también nos genera inquietud con relación a la posibilidad de que el Gobierno haya excedido su facultad reglamentaria⁵².

Se podría estar tentado a afirmar que la razón por la cual se incluyeron este tipo de pagos dentro de aquellos a los que no se les aplica esta ley tiene que ver con que gozan de unas normas especiales⁵³.

Sin embargo, en mi opinión, la verdadera razón por la cual se tendrían que excluir no solo los pagos de los aportes en dinero hechos a estas sociedades

51 Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., inciso 2º, numeral 8º

52 Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., inciso 2º, numeral 9º

53 Así por ejemplo para las sociedades por acciones (artículo 130 del Código de comercio), para las sociedades por acciones simplificadas (artículo 9º de la Ley 1258 de 2008), para las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 354 del Código de comercio).

sino a cualquier tipo societario radica en que, recordemos, el artículo 2º de la ley analizada indica que su ámbito de aplicación corresponde a: "pagos causados como contraprestación".

Por lo tanto, si se comprende que los aportes se pagan para constituir el capital social y no como consecuencia de una prestación previamente recibida, se entenderían excluidos implícitamente del ámbito objetivo de aplicación.

En otras palabras, si se admite que la sociedad es fruto de un contrato, el cual además es plurilateral y no bilateral, no se encontraría que ese pago sea la contraprestación por un bien o servicio recibido, que es el acto básico para la aplicación de la norma.

g) Las operaciones mercantiles de comercio internacional

Esta exclusión tampoco está prevista en el cuerpo de la Ley 2024 de 2020 sino en su decreto reglamentario, por lo que genera la misma duda planteada antes⁵⁴.

Por otra parte, es importante destacar que en el derecho español la falta de una norma que excluya las operaciones de comercio internacional -operaciones mercantiles de comercio internacional puede ser un poco redundante-, ha sido objeto de un amplio debate en la doctrina, pues esto se considera inconveniente⁵⁵.

III. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD

A. IMPOSICIÓN DE UN PLAZO DE PAGO DE CARÁCTER IMPERATIVO EN LAS OPERACIONES COMERCIALES ENTRE EMPRESAS CON EXCEPCIÓN DE LAS OPERACIONES ENTRE SOCIEDADES CONSIDERADAS COMO GRANDES EMPRESAS

La primera medida de lucha contra la morosidad y aquella que le da el nombre a la ley, consiste en la imposición de un plazo de pago máximo para las obligaciones pecuniarias que surjan con ocasión de operaciones comerciales celebradas entre los sujetos a quienes se les aplica esta ley, con excepción de las operaciones comerciales celebradas entre sociedades calificadas como grandes empresas.

De ahí se infiere la posibilidad de identificar múltiples escenarios de aplicación de la ley.

54 Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., inciso 2º, numeral 10º

55 Ver a este respecto: Francisco Redondo Trigo, La imperatividad de los plazos de pago en la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su tratamiento en los contratos internacionales, Revista crítica de derecho inmobiliario, n° 762 (2017).

Un primer escenario se presenta cuando las relaciones jurídicas que dan lugar a su aplicación se celebran entre micro, pequeñas o medianas empresas, siendo cualquiera de ellas acreedora o deudora.

Otro en el que las relaciones jurídicas se celebran entre una micro, pequeña o mediana empresa y una sociedad calificada como empresa grande, en donde las primeras son acreedoras y las últimas, es decir, las empresas grandes son deudoras.

El último escenario es aquel en el cual la relación jurídica se celebra entre una micro, pequeña o mediana empresa y una sociedad calificada como empresa grande, siendo las primeras deudoras y la última acreedora.

Por lo tanto, el único escenario excluido de la aplicación de la ley son los negocios celebrados solamente entre empresas grandes.

Se trata de un plazo máximo de 60 días calendario para el primer año de entrada en vigor de la ley, es decir, a partir del 1º de enero de 2021 y de 45 días a partir del segundo año⁵⁶.

Este plazo de pago no es susceptible de modificación por acuerdo entre las partes, dado que el artículo 7º estableció el carácter imperativo de todos sus artículos, de manera que cualquier estipulación contractual que modifique el contenido de estas normas será ineficaz de pleno derecho.

Una parte del artículo 3º y el artículo 7º de la Ley 2.024 de 2020 fueron objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, por lo que tuvieron que ser analizados por la Corte Constitucional, entidad que se pronunció declarando su exequibilidad mediante sentencia C-029 de 2022.

Al margen de las verdaderas razones que pudieron tener las demandantes, por lo visto, más relacionadas con una preocupación en torno a los efectos negativos que pudiera tener esta ley sobre el contrato de *factoring* desincentivando su uso por parte de las empresas⁵⁷, lo cierto es que el único argumento considerado apto en la demanda para que se declarara su inexecutable tenía que ver con la violación al libre ejercicio de la actividad económica⁵⁸.

56 Ley 2024 de 2020, artículo 3º.

57 Con relación a este aspecto resulta interesante lo expuesto en la Comunicación de la Comisión. Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales (97/C 216/07) (Texto pertinente a los fines del EEE). En: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1997/216/07&from=CS> consultada el 9 de mayo de 2022. N° C 216/10 Diario oficial de las Comunidades Europeas, p. 16: "Al incremento en las necesidades de tesorería provocadas por unos plazos de pago prolongados se debe hacer frente con otros medios. Una posibilidad son los préstamos bancarios a corto plazo, pero su disponibilidad es limitada, especialmente para las empresas más pequeñas, y su coste puede ser relativamente alto. Los sistemas de descuento y de factorización ofrecen ventajas de gestión financiera, pero también son costosos y no sirven para todas las empresas" (subraya fuera de texto).

58 Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2022, 3 de febrero de 2022, Magistrada ponente: Diana Fajardo Rivera.

En efecto, según las actoras: "(...) la imposición de los plazos justos constituye una restricción irrazonable y desproporcionada a esta libertad sin que medie un interés social, ambiental o cultural superior, dado que se limita la capacidad de negociación de las partes en un aspecto central como lo es el plazo para obligarse"⁵⁹.

Es evidente que en este caso se plantea una tensión entre el principio de la autonomía de la voluntad privada y la facultad de intervención estatal en la economía, que limita o restringe el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

No obstante, la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que las restricciones a la libertad contractual contenidas en los artículos 3º (parcial) y 7º de la Ley 2024 de 2020 no desconocen la Constitución Política, pues en este caso la restricción a la libertad de empresa es razonable en cuanto que la medida de plazos justos no está proscrita en el texto constitucional y, además, es proporcional al fin buscado, dado que es idónea para la consecución de los objetivos trazados, es decir, para corregir la asimetría contractual, fomentar la liquidez de las MiPymes y desarrollar el principio de buena fe contractual⁶⁰.

Se destaca también que en torno a la imperatividad del artículo 3º, la Corte Constitucional la considera adecuada porque solo está regulando el plazo para pagar por un bien o un servicio prestado, pero además porque, dice la Corte: "si se permitiera pactar en contrario a lo estipulado como plazos máximos legales se desnaturalizarían los objetivos perseguidos por el Legislador con la norma"⁶¹, es decir, que la posibilidad de su incumplimiento sería mayor.

El tema de la imperatividad de los plazos de pago también ha sido objeto de cuestionamientos en el derecho español.

En efecto, cabe indicar que inicialmente la Ley 3 de 2004, por medio de la cual se incorporó la Directiva 2000/35/CE al ordenamiento jurídico español, consagraba un plazo máximo de pago de 30 días con carácter dispositivo.

Sin embargo, esto cambió con la Ley 15 de 2010, por medio de la cual se modificó la Ley 3 de 2004.

En esta nueva ley el plazo máximo de pago fue establecido con carácter imperativo.

En opinión de Gómez, la razón por la cual se produjo esta modificación tuvo que ver con la escasa aplicación práctica de la norma ante la posibilidad de acordar plazos de pago superiores a los indicados en ella⁶².

59 Ob. cit.

60 Ob. cit.

61 Ob. cit., pág. 27.

62 Carlos Gómez Ligüerre, El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales, *InDret Revista para el análisis del derecho*, n° 4 (2011): pág. 5.

Para este autor: "Si el plazo propuesto por la norma se hubiera correspondido con el óptimo para las partes contratantes, los agentes económicos hubieran seguido la recomendación legal"⁶³.

Sin embargo, esto no fue así, como comenta Gómez, entre otras razones posiblemente por el abuso de la posición de dominio contractual que ejercía alguna parte sobre la otra⁶⁴.

Para Gómez, esta modificación es inconveniente pues: "Es absurdo pretender que todos los pagos de una economía sigan un mismo ritmo y que todos los operadores comerciales deban ajustar sus ritmos de tesorería a un mismo calendario impuesto por Ley"⁶⁵.

A lo que agrega que con esta decisión el ordenamiento jurídico español se convierte en la gran excepción en el panorama comunitario, pues la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la Unión europea han previsto la disponibilidad y supletoriedad del plazo de pago.

Por esta razón concluye el autor diciendo que: "La medida puede llegar a tener sentido para los pequeños y medianos operadores cuyas dificultades de acceso al crédito financiero les hacen especialmente vulnerables al crédito comercial (...)"⁶⁶.

Y he aquí justamente la gran diferencia entre la norma española y la colombiana, pues mientras la primera es aplicable a cualquier relación jurídica independientemente del tamaño de las empresas que participan en la relación jurídica en la que se origina la obligación pecuniaria, en la norma colombiana el plazo de pago máximo no es aplicable a las relaciones entre grandes empresas.

Por lo que, en mi opinión, la redacción de la norma colombiana en este aspecto, es conveniente.

Este artículo 3° de la Ley 2024 de 2020 se complementa con el artículo 2.2.2.57.1.2 del Decreto 1733 de 2020, el cual indica las reglas que se deben tener en cuenta para establecer el momento a partir del cual se debe contabilizar el plazo de pago, pues en algunas oportunidades este comienza a computarse a partir del momento de la entrega de las mercancías o de la prestación de servicios, según el artículo 3° de la ley. En otras, comenzará a computarse a partir de la recepción de la factura.

Por último, cabe recordar que el artículo 12 de la Ley 2024 de 2020 establece los plazos máximos de pago en contratos estatales⁶⁷.

63 Ob. cit., pág. 5.

64 Ibíd.

65 Ob. cit. p. 6.

66 Ibíd.

67 Ley 2024 de 2020, artículo 12: "En los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que celebren las entidades estatales con una micro, pequeña o mediana empresa, según la normatividad vigente, los pagos deberán

B. MEDIDAS DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA
POR MEDIO DE LA INDICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS
DE FACTURACIÓN Y PAGO DE OBLIGACIONES

Con el fin de coadyuvar al cumplimiento de la primera medida, en el artículo 4° de la Ley 2024 de 2020, se establecen un segundo grupo de reglas que tienen que ver con la adecuación de los procedimientos de verificación de la conformidad de los bienes entregados o servicios prestados, como también de los procedimientos de verificación de facturas y cumplimiento de requisitos adicionales para la radicación de facturas al plazo máximo de pago previsto en el artículo 3° de la ley.

De esta manera se indica que esos procedimientos de verificación deben efectuarse dentro del plazo máximo de pago de forma tal que si existe alguna corrección o subsanación para el cumplimiento de la obligación o de la factura emitida estas situaciones interrumpirán el plazo máximo de pago, el cual se continuará calculando a partir del día siguiente en que el contratista efectúe las correcciones pertinentes.

Es preciso tener en cuenta que el contenido de esta disposición debe leerse de manera sistemática junto con los artículos 772 a 774 del Código de comercio colombiano, los cuales fueron modificados por la Ley 1231 de 2008, y en el caso del artículo 773 por la Ley 1676 de 2013.

Así por ejemplo cuando el numeral 2° del artículo 4° de la ley se refiere al término legal vigente para poder rechazar la factura, se entenderá que alude al previsto en el artículo 773 del Código de comercio, el cual es de tres (3) días hábiles siguientes a su recepción⁶⁸.

Además de las reglas anteriores, en el numeral 4° del artículo 4° de la Ley 2.024 de 2020 se establece que la factura por medios electrónicos producirá el inicio del cómputo de plazo siempre y cuando se satisfagan los requisitos que debe cumplir para ello.

Finalmente, el numeral 5° del artículo 4° de la ley establece que, en caso de que el contratante aplique en forma errónea o indebida el cálculo de retenciones, esto se entenderá como un incumplimiento del plazo de pago máximo, razón por la cual producirá los mismos efectos que la mora y generará la indemnización prevista en el artículo 5° de la ley.

Esta disposición me genera bastante inquietud, pues califica una retención en exceso o indebida como un incumplimiento de la obligación dentro del plazo debido, haciéndole producir todos los efectos de la mora.

realizarse en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario siguientes, a la aceptación de la factura". Parágrafo 1°: "El cómputo del plazo establecido en este artículo estará sujeto a la disponibilidad del Plan Anualizado de Caja (PAC)"<

68 Este artículo fue modificado inicialmente por el artículo 3° de la Ley 1231 de 2008 y luego por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013.

Es decir, que se amplían las causales de constitución del deudor en mora para las operaciones mercantiles alcanzadas por esta ley y celebradas entre los sujetos a quienes les resulta aplicable, respecto de aquellas previstas en el artículo 1608 del Código civil colombiano.

Creo que es un tema sobre el cual valdría la pena conocer la opinión de algún especialista en derecho tributario.

Por último, debe tenerse en cuenta que este segundo grupo de medidas también son aplicables a los procedimientos de facturación y pago de obligaciones por parte del Estado, las cuales, en su caso, se rigen por lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 2024 de 2020.

En el derecho comunitario existen unas normas equivalentes a estas, que se inscriben dentro del cumplimiento del deber de transparencia que debe existir en las relaciones contractuales⁶⁹.

C. DERECHO DEL ACREEDOR A RECLAMAR INDEMNIZACIÓN POR COSTOS DE COBRO

El artículo 5° de la Ley 2024 de 2020 establece que: "Sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes sobre morosidad de las obligaciones y pago de intereses moratorios, cuando el contratante incurra en mora por el vencimiento del plazo de pago justo dispuesto en la presente ley, el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costos de cobro debidamente acreditados en los que haya incurrido a causa de la mora de este"⁷⁰.

Esta disposición es complementada por el artículo 2.2.2.57.1.3 del Decreto 1733 de 2020, que indica: "*Indemnización por costos de cobro*. En virtud de los principios de transparencia y proporcionalidad, la indemnización por costos de cobro de que tratan los artículos 4, numeral 5, y 5 de la Ley 2024 de 2020 se restringe única y exclusivamente a los perjuicios causados en proporción a las sumas no pagadas dentro del plazo justo, diferentes a intereses remuneratorios y moratorios, cláusulas penales o multas. Parágrafo. La indemnización de que trata este artículo no excluye la posibilidad que tiene el acreedor y/o contratista de ejercer las acciones legales correspondientes, con el fin de obtener el pago de cláusulas penales, multas, sanciones y demás conceptos que se originen en virtud del incumplimiento del pago dentro del plazo justo" (subraya fuera de texto).

Esta norma supone un cambio importante respecto del régimen general previsto en el Código civil colombiano.

69 Directiva 2011/7/UE artículos 3° y 4°.

70 Ley 2024 de 2020 art. 5°

En efecto, el artículo 1617 del Código civil colombiano establece que a partir del momento en que el deudor se constituye en mora de cumplir su obligación de pagar una cantidad de dinero se comienzan a deber los intereses moratorios, los cuales, para el caso de operaciones comerciales, se rigen por la tasa prevista en el artículo 884 del Código de comercio colombiano, que equivale a: "una y media veces el interés bancario corriente".

Estos intereses moratorios, como dice Arrubla, implican una indemnización de perjuicios por el retardo⁷¹ y su característica fundamental es que, como lo indica el numeral 2º del artículo 1617: "El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo".

La lectura que se le ha dado a esta norma es que, ante el retardo en el cumplimiento de la obligación de pagar una suma de dinero por parte del deudor, el acreedor tiene dos alternativas.

Por una parte, exigir el pago de los intereses moratorios, caso en el cual, el acreedor no tiene que probar que sufrió algún perjuicio para que dichos intereses moratorios sean reconocidos.

De otra, el acreedor puede pretender la indemnización de todos los perjuicios que sufrió como consecuencia del retardo, y en ese caso, como lo manifiesta Hinestrosa, desechar los intereses, evento en el cual sí tendrá que probar la existencia del daño y su cuantía⁷².

Se trata, entonces, de dos formas de indemnizar los perjuicios que operan de manera alternativa y no cumulativa, es decir que el acreedor no puede optar por ambas al mismo tiempo, sino que una excluye la otra.

Siendo este el contexto normativo dentro del cual se debe leer este artículo 5º de la Ley 2024 de 2020, me parece posible colegir de su lectura y especialmente de la norma que lo reglamenta, que se abre la posibilidad para que el acreedor exija, en forma concurrente, el pago de los intereses moratorios como también una indemnización por los gastos en que el acreedor incurre para cobrar su crédito.

Pero incluso se va más allá, pues en el párrafo se prevé la posibilidad de que el acreedor exija la indemnización de los perjuicios que sufra como consecuencia del retardo en el cumplimiento de su crédito, lo que no obsta para que inicie las acciones legales dirigidas al reconocimiento de la cláusula penal, y demás conceptos que se originen como consecuencia del incumplimiento del plazo justo.

En efecto, en virtud del artículo 1600 del Código civil colombiano, el acreedor no puede pedir al mismo tiempo la indemnización de perjuicios y el

71 Jaime Alberto Arrubla, Sobre el régimen legal de los intereses en Colombia, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, No. 58 (1982): pág. 63.

72 Cfr. Fernando Hinestrosa, Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, Revista de Derecho Privado, N° 36 (2019): pág. 19.

valor de la cláusula penal, a menos que así se haya estipulado expresamente. Mientras que de la lectura de ese párrafo parece deducirse la posibilidad de que ambas indemnizaciones concurren sin necesidad de que las partes así lo hayan acordado.

Por lo tanto, es evidente que con estos artículos se introducen unos cambios muy significativos respecto del régimen general de las obligaciones y contratos, entiéndase, solamente para las operaciones comprendidas por esta ley.

Entonces resulta necesario que para la aplicación de esta norma no se pierda de vista el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa.

Con el fin de comprender las razones que tuvo el legislador para adoptar estas reglas resulta conveniente recurrir a sus antecedentes en el derecho comunitario europeo.

El antecedente más remoto de esta medida en el derecho comunitario europeo se encuentra en la Recomendación 95/198/CE, la cual señalaba dentro de sus objetivos: "garantizar una indemnización adecuada en caso de demoras en el pago"⁷³.

En aplicación de dicho objetivo se dispuso en el artículo 3º de dicha recomendación: "Indemnización en caso de demora en el pago: Es conveniente crear las condiciones que permitan indemnizar de forma adecuada a los acreedores, por los daños y perjuicios debidos a la demora en el pago por parte de su deudor. Con este fin, se invita a los Estados miembros : a) reconocer el derecho de los acreedores a percibir intereses de demora transcurrido el plazo contractual o legal ; b) fijar el tipo de interés de demora, aplicable en caso de ausencia de disposiciones contractuales específicas, a un nivel suficientemente disuasorio para los morosos; c) reconocer, además del derecho a percibir intereses de demora, el derecho a otras indemnizaciones por los daños y perjuicios causados al acreedor por la demora en el pago. Dichas indemnizaciones cubrirán en particular los gastos ocasionados por el cobro de la deuda, ya sean estos de carácter legal o administrativo"⁷⁴.

Posteriormente en la Directiva 2000/35/CE se consagra el derecho del acreedor a una compensación "(...) razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad de éste"⁷⁵, a menos que el deudor no sea responsable del retraso.

73 Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, artículo 1º, *Diario Oficial n° L 127 de 10/06/1995 p. 0019 – 0022* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31995H0198> Consultada el 9 de mayo de 2022.

74 Ob. cit., art. 3º.

75 Directiva 2000/35/CE, artículo 3º, numeral 1º, literal c).

Finalmente, en la Directiva 2011/7/UE, se recoge esta medida en el artículo 6º, el cual dispone lo siguiente: "Compensación por los costes de cobro. 1. Los Estados miembros se asegurarán de que, en los casos en que resulte exigible el interés de demora en las operaciones comerciales con arreglo a los artículos 3 o 4, el acreedor tenga derecho a cobrar al deudor, como mínimo, una cantidad fija de 40 EUR. 2. Los Estados miembros se asegurarán de que la cantidad fija mencionada en el apartado 1 sea pagadera sin necesidad de recordatorio como compensación por los costes de cobro en que haya incurrido el acreedor. 3. Además de la cantidad fija establecida en el apartado 1, el acreedor tendrá derecho a obtener del deudor una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido a causa de la morosidad de este. Esta podría incluir, entre otros, los gastos que el acreedor haya debido sufragar para la contratación de un abogado o una agencia de gestión de cobro".

D. PROMOCIÓN DEL PAGO EN PLAZOS JUSTOS MEDIANTE RECONOCIMIENTOS

Otro grupo de medidas para promover el pago en plazos justos son aquellas previstas en el artículo 8º de la ley, que consisten en la creación de algún tipo de reconocimiento para las empresas que cumplan sus obligaciones en plazos iguales o menores a cuarenta y cinco (45) días calendario, como también en la publicación anual de una lista de las empresas y los tiempos en que cumplen con sus pagos.

Por su parte, el Artículo 2.2.2.57.2.1. del Decreto 1733 de 2020 establece que la lista a la que se refiere el artículo 8º de la ley, como también los reconocimientos, dependen de aquellas empresas que decidan participar de manera voluntaria a la convocatoria que para estos efectos realice el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el cual, además, tendrá que expedir una Resolución por medio de la cual se establezcan las condiciones, plazos, términos de la convocatoria y el reconocimiento que se dará.

E. INEFICACIA DE CLÁUSULAS

La redacción de la última medida para promover el pago en plazos justos acusa, en mi opinión, graves falencias.

En primer lugar, es preciso indicar que el objetivo de este tipo de medida, de acuerdo con sus antecedentes en el derecho comunitario europeo, es el de consagrar expresamente un control de contenido sobre algunas cláusulas contractuales que generen desequilibrios relevantes entre los derechos y obligaciones de las partes en torno del pago en plazos justos, es decir, que se dirige a evitar las posibles cláusulas abusivas que hayan sido dispuestas en los contratos entre empresarios, ya sea para desconocer los derechos que

tiene el acreedor que se ha visto afectado como consecuencia de la dilatación en el pago de sus créditos o para otorgarle un amplio margen de libertad al deudor en el plazo de pago de sus obligaciones⁷⁶.

Pues bien, aunque el legislador colombiano no manifiesta en ningún momento que las cláusulas a las que se refiere se reputen como abusivas, lo cierto es que, a partir de su sanción con la ineficacia de pleno derecho, como también del antecedente comentado, sea posible que, con el artículo 10 de la ley, se haya querido consagrar un control de contenido sobre ciertas cláusulas.

Este control se consagra sobre tres tipos de cláusulas. En primer lugar, sobre aquellas que desconozcan el plazo establecido de 45 y 60 días calendario, en segundo sobre las que desconozcan el pago de intereses de mora, y finalmente, las que: ¡"limiten la responsabilidad del deudor"!

Me parece que la primera crítica que se le puede hacer a este artículo es a todas luces evidente, pues hablar de cláusulas que limitan la responsabilidad del deudor es una expresión demasiado amplia que puede abarcar una gran variedad de disposiciones sobre aspectos que nada tienen que ver con el pago en plazos justos y que por tanto exceden el objetivo mismo de la ley⁷⁷.

La otra gran falencia está en la inutilidad de esta norma con respecto a las cláusulas que desconozcan el plazo establecido de 45 y 60 días, pues recuérdese que el artículo 7° de la Ley 2.024 de 2020 les otorga carácter imperativo a todas las normas previstas en ella, incluyendo, por supuesto, al artículo 3° el cual establece esos plazos de pago.

De manera tal que las cláusulas que consagren plazos de pago superiores a los previstos se entienden implícitamente sancionadas con su ineficacia de pleno derecho, sin necesidad de una norma que lo repita.

Esta inconsistencia puede deberse a que, en el derecho comunitario europeo, los plazos máximos de pago fueron previstos con carácter dispositivo, de manera que ante la posibilidad de que se incluyeran cláusulas que desconocieran esos plazos de pago y otras medidas para proteger al acreedor como consecuencia de un abuso en el poder de negociación del deudor, se consagró ese control de contenido de esas cláusulas, por considerarlas abusivas.

No ocurre lo mismo con relación a las cláusulas que desconozcan el pago de intereses de mora. Único caso en el que sí se justifica la sanción de ineficacia prevista en el artículo 10 de la ley.

76 Pilar Blanco-Morales Limones; Ana Luísa Balmori Padesca & Diego M. Hurtado Moreno. La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Unión Europea, en Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral, coordinado por Mercedes Sabido Rodríguez (España, Aranzadi Thomson Reuters, 2012), pág. 165.

77 Ver sobre las diversas modalidades de cláusulas de limitación de la responsabilidad: Diaz Lindao, Indira. Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. Revista Derecho Privado, N° 23 (2012).

IV. CONCLUSIONES

Después de efectuar este análisis, lo primero que salta a la vista es la complejidad que supone articular esta norma con aquellas que regulan de manera general las obligaciones y contratos en el Código civil y comercial, colombianos, como también con aquellas que delimitan el ámbito de aplicación del derecho comercial en nuestro país.

Asimismo, no hay duda de que los objetivos perseguidos por el legislador son sumamente loables y pueden llegar a lograrse con una correcta aplicación de estas normas.

Sin embargo, también se evidencia, como suele ocurrir cada vez que se identifican nuevos débiles jurídicos que necesitan un tratamiento jurídico diferencial, una gran fragmentación en el derecho que exige una mayor atención por parte de los intérpretes como también de la sociedad misma para que pueda ejercer sus derechos. En especial, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones se crean los instrumentos jurídicos en defensa de ciertos sujetos quienes no los exigen, ya sea por desconocimiento, o también porque aun conociéndolos temen que esto perjudique sus relaciones jurídicas⁷⁸.

BIBLIOGRAFÍA

ACOPI, Simplificación normativa y políticas diferenciales para las Pymes, (s.c.: publicación de Acopi, s.a.), <https://acopi.org.co/wp-content/uploads/2019/03/ESTUDIO-DE-SIMPLIFICACION-NORMATIVA-Y-POLITICAS-DIFERENCIALES-ACOPI-2018.pdf> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2022).

Baena Cárdenas, Luis Gonzalo. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Blanco-Morales, Blanca; Balmori Padesca, Ana Luísa & Hurtado Moreno Diego M. *La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Unión Europea. En Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en*

78 Así lo manifiesta James Wilkins Binder, sin ed., *Experiencias legislativas sobre morosidad en el pago de operaciones comerciales* (Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018), https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25176/2/BCN_-_UK_EU_Late_Payment_of_Commercial_Debts__f_.pdf, pág. 7, quien comenta la evaluación de la Directiva 2011/7/UE hecha por la Comisión europea, en donde se destacan entre otros aspectos que: "En cuanto al pago de los intereses por mora, se concluye que aproximadamente la mitad de los acreedores no ejerce su derechos a reclamar intereses, compensaciones y gastos de cobranza, principalmente, por temor a dañar las relaciones comerciales. Misma razón que explicaría que muchas PYMES continúan aceptando plazos de pago mayores cuando son impuestos por empresas de mayor tamaño".

los ámbitos societario y laboral, coordinado por Mercedes Sabido Rodríguez. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pp. 95-139.

Castro de Cifuentes, Marcela. Derecho Comercial: Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá: Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes, 2016.

Díaz Lindao, Indira. Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista Derecho Privado*, N° 23 (2012).

ECD (2019), *Financing SMEs and Entrepreneurs 2019: An OECD Scoreboard*, OECD Publishing, Paris. https://doi.org/10.1787/fin_sme_ent-2019-en, p. 58 (fecha de consulta: 24 de mayo de 2022).

Gob.Pe. "Perú es invitado a iniciar el proceso de adhesión a la OCDE". Gobierno del Perú. Nota de prensa, 25 de enero de 2022. En la plataforma digital única del Estado Peruano <https://www.gob.pe/institucion/rree/noticias/579114-peru-es-invitado-a-iniciar-el-proceso-de-adhesion-a-la-ocde>. Consultado el 28 de junio de 2022.

Gómez Ligüerre, Carlos. El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales. *InDret Revista para el análisis del derecho*, n° 4 (2011): pp. 1-47.

Hinestrosa, Fernando. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, *Revista de Derecho Privado*, n° 36 (2019).

Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., 2017.

Hinestrosa, Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

Redondo Trigo, Francisco. La imperatividad de los plazos de pago en la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su tratamiento en los contratos internacionales. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n° 762 (2017): pp. 2075-2091.

Roppo, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo, *Revista de Derecho Privado*, n° 20, (2011).

Wilkins Binder, James, eds. Experiencias legislativas sobre morosidad en el pago de operaciones comerciales. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25176/2/BCN__UK__EU__Late_Payment_of_Commercial_Debts__f_.pdf

NORMAS JURÍDICAS

Derecho colombiano

Colombia. Presidencia de la República. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Aprobado el 27 de marzo de 1971. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr063.html#2038

Colombia. Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se adoptan normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil y se dictan otras disposiciones en materia de pago y facturación. Ley 2.024 de 2020. Sancionada el 23 de julio de 2020. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2024_2020.html#:~:text=Leyes%20desde%201992%20%2D%20Vigencia%20expresa%20y%20control%20de%20constitucionalidad%20%5BLEY_2024_2020%5D&text=Por%20medio%20de%20la%20cual,materia%20de%20pago%20y%20facturaci%C3%B3n. Ver también Decreto 1.733 de 2020, artículo 2.2.2.57.1.1., Parágrafo 3.

Colombia. Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Código civil colombiano. Ley 84. Dada el 24 de mayo de 1873. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr083.html#2683, art. 1.496.

Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se adiciona el capítulo 13 al Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único del Sector Comercio, Industria y Turismo y se reglamenta el artículo 2° de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011. Decreto 957. Dado el 5 de junio de 2019. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20957%20DEL%2005%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf>

Derecho comunitario europeo y derecho comparado

España. El Rey de España. Por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Ley nº 3 del 29 de diciembre de 2004, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21830#:~:text=Esta%20Ley%20tiene%20por%20objeto%20combatir%20la%20morosidad%20en%20el,entre%20empresas%20y%20la%20Administraci%C3%B3n>

Unión Europea. Comisión de la Comunidad Europea. Comunicación de la Comisión. Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales (97/C 216/07) (Texto pertinente a los fines del EEE). En: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1997/216/07&from=CS>

Unión Europea. Comité económico y social europeo. Dictamen sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición). Aplica la *Small Business Act*» [COM(2009) 126 final — 2009/0054

(COD)] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2010.255.01.0042.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2010%3A255%3ATOC

Unión Europea. Parlamento europeo y Consejo. Por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Directiva 2000/35/CE del 29 de junio de 2000, [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81535#:~:text=L%2D2000%2D81535-,Directiva%202000%2F35%2FCE%20del%20Parlamento%20Europeo%20y%20del%20Consejo,morosidad%20en%20las%20operaciones%20comerciales.&text=Publicado%20en%3A,a%2038%20\(4%20p%3A1gs.%2\)](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81535#:~:text=L%2D2000%2D81535-,Directiva%202000%2F35%2FCE%20del%20Parlamento%20Europeo%20y%20del%20Consejo,morosidad%20en%20las%20operaciones%20comerciales.&text=Publicado%20en%3A,a%2038%20(4%20p%3A1gs.%2)).

Unión Europea. Parlamento europeo y Consejo. Por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición) (Texto pertinente a efectos del EEE). Directiva 2011/7/UE del 16 de febrero de 2011 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32011L0007>

Unión Europea. Comisión. Recomendación relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, Recomendación: 95/198/CE del 12 de mayo de 1995, *Diario Oficial n° L 127 de 10/06/1995 p. 0019 – 0022* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31995H0198>

Unión Europea. Parlamento europeo. Resolución sobre el programa integrado en favor de las Pyme y del artesanado. DO n° C 150 de 21 de abril de 1993, p. 71. En: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1993:150:FULL&from=FR>

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia 1993-07655 del 7 de febrero de 2011, con ponencia del Magistrado: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección "A", Sentencia 0585-09, 6 de junio de 2017, consejero ponente: William Hernández Gómez