



LAS BIOFÁBRICAS DESDE EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO*

GUSTAVO ADOLFO GARCÍA ARANGO**
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Recibido el 7 de abril de 2009 y aprobado el 13 de mayo de 2009

RESUMEN

“*La definición jurídica de las biofábricas*” se centró en la revisión del concepto biofábrica a la luz de las instituciones básicas del derecho comercial. Específicamente en este artículo se presenta la revisión de qué tipo de actos de comercio se ejercen a través de las biofábricas, la precisión del concepto empresa en derecho, la identificación de los titulares de la empresa, el establecimiento de comercio, propiedad intelectual, competencia y derechos del consumidor aplicados al tema; y donde se concluye que las biofábricas son establecimientos de comercio donde se ejercen actos de comercio relacionados con el aprovechamiento y explotación mercantil de los recursos de la naturaleza, manipulados por el hombre a través de la biotecnología.

PALABRAS CLAVE

Actos de comercio, bioderecho, biofábricas, empresa, establecimiento de comercio.

* Artículo derivado de la investigación “*La definición jurídica de las biofábricas*”. Terminada en 2008 y financiada por la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Católica de Oriente.

** Filósofo, Universidad Pontificia Bolivariana. Abogado, Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Privado, Universidad Pontificia Bolivariana. Aspirante Maestría en Derecho Privado de la UPB. Abogado Secretaría de Educación del Municipio de Medellín. Docente e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico gustavo.garcia@medellin.gov.co

BIOFACTORIES FROM THE PERSPECTIVE OF THE COLOMBIAN COMMERCIAL LAW

ABSTRACT

“Juridical definition of biofactories” it based his work on the comprehends a review of the concept of “biofactory” from the perspective of the commercial right basic institutions dealing with commercial right. Specifically in this article there is analyzed presents the revision of what acts of the trade acts existing in biofactories, a precision in the definition of the concept of “business” from a law perspective company in legal right, definition of owners of the company, trade establishment of trade, intellectual property, competition, and consumer rights for this topic. It concludes that biofactories are establishments of trade, where there are acts of trade acts related to the utilization and mercantile benefit and exploitation of the nature’s resources, manipulated by the humans by means across theof biotechnology take place.

KEY WORDS

Trade acts, biolaw, biofactory, company, trade establishment.

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de la manipulación genética y su introducción en muchas de las ciencias, generó la especialización de algunos saberes como la biomedicina, la bioingeniería, la bioinformática y la biotecnología, con una relevancia enorme por su aplicación social, industrial y comercial. Con toda la generación de lo “*bio*” han nacido conceptos muy específicos como biocomercio, bioindustria, biofábricas y bioempresas, los cuales no escapan a la relación jurídica, sino que por el contrario, muestran la necesidad de ser reconocidas y avaladas por el derecho, por el contexto en el cual están creciendo estos conceptos, que más que palabras, se están convirtiendo en fortalecidas líneas de negocios de interés nacional e internacional, público y privado.

El nacimiento de las empresas con aplicaciones biotecnológicas, unidas a las investigaciones adelantadas por centros de investigación universitarios o corporaciones investigativas y la tendencia de las grandes empresas multinacionales farmacéuticas y químicas dedicadas a producir productos transgénicos, han dado pie a la transformación de los conceptos fábricas y empresas, por un término añadido de un prefijo que les da una connotación específica industrial, jurídica y comercial. La cuestión es que el término biofábrica está recorriendo múltiples escenarios, sin que exista una definición unificada ni estrictamente institucional y

tampoco existe para el derecho que no la ha pensado dentro de su seno. Determinar qué son las biofábricas, es el primer paso para establecer los primeros alcances que tienen dentro del derecho.

Un estudio previo sobre la existencia de una definición jurídica de las biofábricas (Cfr. GARCÍA ARANGO, 2007: 58)¹ evidenció el vacío que existe al respecto, tanto de las biofábricas de vegetales como de animales; y esto no se traduce en otra cosa que la ausencia de doctrina que observe el fenómeno de las fábricas de seres vivos desde la perspectiva del derecho comercial o incluso desde cualquier otro campo jurídico.

Siendo una investigación jurídica enfocada desde la base empresarial, se tuvo por objetivo definir el concepto de biofábrica vegetal y animal con base en la aplicación de los conceptos de bien comercial, actividad comercial, libertad de empresa, establecimiento de comercio y propiedad privada del derecho comercial colombiano.

La investigación siguió una metodología cualitativa con base en el método documental de corte descriptivo con revisión bibliográfica en la Universidad Católica de Oriente, Fundación Universitaria Católica del Norte, Universidad de Antioquia, Universidad Nacional –sede Medellín–, Universidad EAFIT, Universidad Pontificia Bolivariana y Universidad de Medellín. A la par, se hizo ubicación de normas y sentencias acudiendo a la base Notinet, la página Web de la Secretaría del Senado, de la Rama Judicial; así como de entidades gubernamentales que intervienen en el tema como el Instituto Alexander Von Humboldt, Proexport, ICA, CORPOICA y el Ministerio del Medio Ambiente.

1. LA BIOFÁBRICA EN EL CONTEXTO ECONÓMICO

Dentro del marco legal, la Constitución inicia reconociendo que “*se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores*” (Artículo 58). Y desde el aspecto empresarial, en el Artículo 333 estipula que “*la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*”. Bajo este marco constitucional la aplicación industrial y comercial de la investigación biológica y genética está amparada, en un primer momento, al derecho a la propiedad privada y a la libertad particularmente aplicada en la libertad económica y ésta concretada bajo la libertad de empresa que permite, entre otras actividades, construir y usufructuar locales donde se produzcan o transformen materias primas para vender lo producido y obtener ganancias económicas por ello.

¹ Un informe de esta investigación se presentó en el marco del III Simposio Nacional Sobre Biofábricas, organizado por la Universidad Nacional en Medellín, en agosto de 2007.

Bajo este parámetro se están consolidando alrededor del mundo las denominadas biofábricas. El líder indiscutible en biofábricas en Latinoamérica es Cuba. La Universidad Marta Abreu inició con la primera biofábrica en 1987. Entre 1987 y 1993 se construyeron en ese país 15 biofábricas (Cfr. AVENDAÑO, 2008; BARROTO y otros, 2001).

Los buenos oficios de Cuba en el tema la han llevado a ser asesora en el montaje de biofábricas en el resto del continente, prestando asesoría a países como México, Brasil, Colombia y Argentina. En México, por ejemplo, existen biofábricas en Altamirano, Guerrero, Michoacán y Atlixco. Igualmente, Argentina tiene biofábricas en Formosa, Misiones, Cautelar y Posadas. Colombia posee varias en Santander, Magdalena, Antioquia, Tolima, Arauca, Nariño, Huila, Meta, Cundinamarca, Córdoba, entre otros. Pero la de mayor trascendencia por modernidad y acompañamiento extranjero es la biofábrica de semillas ubicada en el Parque Tecnológico de Antioquia; junto a ésta existen por cuenta de CORPOICA nueve o más biofábricas de cacao; y el sector privado se suma con biofábricas de especies maderables, biofábricas de abono orgánico y de biocombustibles.

La academia y la empresa colombiana, por su parte, cuentan con una buena cantidad de laboratorios dedicados a investigación en biotecnología vegetal² y biotecnología animal³ que, unido al hecho de que Colombia es uno de los cuatro países con megadiversidad, proporcionan un enorme potencial industrial desde la biotecnología. Ya es de conocimiento mundial que junto con el segmento de la industria informática y las energías alternativas, la industria biotecnológica se proyecta como una de las áreas económicas de mayor crecimiento y futuro en el mundo, pasando lentamente del comercio callejero al comercio electrónico, del petróleo a los biocombustibles y de las fábricas a las biofábricas.

En términos muy generales el aspecto jurídico sobre las fábricas se resumiría así: la fábrica es un establecimiento de comercio, constituida para una actividad comercial o empresa organizada por un comerciante, el cual se denomina así porque ejecuta actos de comercio.

De este modo, en orden lógico, para desarrollar una teoría jurídica sobre las biofábricas desde las áreas biológicas y dentro del saber jurídico es preciso determinar qué actos mercantiles se desarrollan con ella.

² Según datos de la Red de Cooperación Técnica de Biotecnología Vegetal –REDBIO–, dentro de la cual se encuentran registrados más de 30 países, Colombia cuenta con 80 laboratorios registrados. Este número es superado por los grupos de investigación en biotecnología vegetal registrados en Colciencias.

³ De acuerdo a las bases de Colciencias, se encuentran registrados 11 grupos de investigación en biotecnología animal, 5 de los 11 son grupos en Categoría A y otros 5 en Categoría B, lo que demuestra el alto nivel de calidad investigativa a pesar del número tan pequeño de grupos en esta área.

2. ACTOS DE COMERCIO DE LAS BIOFÁBRICAS

El derecho comercial gira alrededor de los asuntos de comercio, no importa si las personas se dedican o no a realizar las actividades que la ley considera mercantiles, cuando se ejecutan estas acciones ya se ingresa al mundo del derecho comercial.

Los actos mercantiles se encuentran relacionados de manera no taxativa en los Artículos 20 y 23 del Código de Comercio. Tratando de identificar cuáles actos serían los propios de las bioempresas, se podría decir que con las biofábricas se pueden ejercer ordinariamente actos relacionados en los numerales 12º, 16º, 19º y Artículo 23 numeral 4º.

El Código de Comercio colombiano señala que son mercantiles para todos los efectos legales: *“Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes”* (numeral 12º del Artículo 20º). Es la única vez que el término fabricación se usa explícitamente. Teniendo en cuenta las definiciones tratadas en capítulo anterior, ya se puede señalar con seguridad que una biofábrica se dedica a labores de transformación de material biológico con ayuda de herramientas o procedimientos biotecnológicos.

El numeral 16º: *“Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza”*. En primera instancia este numeral hace referencia a la minería, empresas de generación de energía, empresas madereras o zocriaderos. Habría que pensar si el concepto de naturaleza, en sentido restringido, está unido a una idea de estado original o podrían caer en él, en un sentido amplio, los elementos naturales que han sido manipulados por el hombre. Bajo esta última posición, las biofábricas serían espacios destinados al aprovechamiento y explotación mercantil de los recursos de la naturaleza, manipulados por el hombre para tal fin.

Puede decirse que la Corte Constitucional corrobora esta interpretación en la sentencia C-137 de 1996 al expresar que según la definición de biotecnología dada en el Convenio sobre la Diversidad Biológica *“la biotecnología es una forma de explotación o aprovechamiento de un tipo particular de recursos naturales, tendiente al logro de un conocimiento sobre los recursos biológicos que permita la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”*. De esta manera, queda ratificada jurisprudencialmente la posición de que las biofábricas pueden ser consideradas empresas para el aprovechamiento o explotación mercantil de los recursos de la naturaleza.

Numeral 19: *“Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil”*. En este momento, no existe un contrato comercial típico o regulado por ley relacionado con las biofábricas, sin embargo se podría concluir que no hace falta un acto adicional

para describir sus actividades mercantiles toda vez que pueden clasificarse dentro de las existentes.

Todo lo anterior, respecto de los actos mercantiles, pero el Artículo 23 del Código de Comercio relaciona los actos que no se consideran comerciales y en el numeral 4° se estipula que las *“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 o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa”*. Aplicando la excepción legal de actos mercantiles, las fábricas de biotecnología no están contempladas como excepciones en cuanto no se comercializan cosechas ni ganados en estado natural, sino que sufren una transformación o un proceso especial, sea a través de la simple clonación de especies de muy buena calidad o la explotación de individuos animales o vegetales modificados genéticamente.

Sin embargo, la última frase genera dudas respecto de la aplicación de la norma a las biofábricas en cuanto se permitiría que los frutos fueran transformados, *“siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa”*. Pero ¿cuándo la actividad de una biofábrica se constituye en una empresa?

3. LA EMPRESA

Por lo general la empresa, en el uso común, se relaciona con la sociedad o entidad comercial. Sin embargo en derecho, la empresa no es una entidad o persona sino una actividad.

3.1. DEFINICIÓN JURÍDICA

Hoy en día, el Código de Comercio en su Artículo 25 establece que *“se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”* (Subrayas fuera de texto).

De la frase *“actividad económica organizada”* se desprenden tres elementos:

Primero, se hace referencia a una actividad, es decir, una consecución de actos que no se hacen por una sola vez sino que son continuos en el tiempo; no es una acción ocasional, como comprar un carro o venderlo, una casa o mercar. *“La primera idea implícita en el concepto de empresa es la de continuidad y no de simple operación ocasional... porque se trata de una actividad estable y hasta*

cierto punto programada, susceptible de un desarrollo sucesivo o continuado” (PINZÓN, 1985: 150).

Segundo, es una actividad “*económica*”. Por ello el mismo Código excluye la adquisición o enajenación de bienes tanto del vendedor como del comprador con destino al consumo doméstico, el arte, el deporte, o alguna actividad cultural como el teatro (Art. 23, Código de Comercio).

Tercero, “*organización*”, la empresa debe tener una mínima organización, es decir que todo esté dispuesto para la actividad comercial: los bienes, las personas, los nombres, los procesos por ejemplo.

De esta manera queda claro que en el derecho se puede diferenciar la empresa de dos conceptos inmersos en ella: de sociedad y de establecimiento de comercio. La empresa no es ni lo ni lo otro, sino que incluye a ambos, en cuanto que la sociedad hace referencia al comerciante y el establecimiento de comercio a un conjunto de bienes para el desarrollo de la empresa, como se verá más adelante.

A pesar de la definición del Código de Comercio, la definición y la utilidad del concepto empresa en el derecho han sido muy rebatidas y no han sido pacíficas en el mundo, de hecho se ha señalado su inutilidad.

Sin entrar a polemizar sobre el concepto empresa se reproduce lo que un gran estudioso del tema ha concluido: “*No necesita mayor demostración el hecho de que no existe, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia ni en la legislación, una noción jurídica de empresa que tenga una universal aceptación, en pocos campos como éste han florecido teorías y casi podría decirse que hay tantos conceptos de empresa como autores se han ocupado del tema*” (GAVIRIA, 1989: 79). Esta sentencia es consecuencia de la conclusión del Dr. Gaviria Gutiérrez, donde expresa que la teoría sobre la empresa no hace falta en el derecho comercial. De hecho, manifiesta taxativamente que “*la empresa no es sólo una noción confusa sino inútil*” (*Ibid.*: 86) e inconveniente (*Ibid.*: 97). La doctrina alemana comparte el comentario, al respecto dice un estudioso alemán: “*el concepto jurídico de empresa no es una categoría claramente definible tampoco en el derecho comercial*” (SCHMIDT, 1997: 67).

3.2. LAS ACTIVIDADES MERCANTILES

Teniendo claro que la empresa en derecho no es un lugar físico ni una compañía como tal sino una actividad, puede decirse que el concepto de empresa no hace diferencias cuantitativas, es decir, no importa el tamaño del patrimonio, o el volumen de bienes o de las ventas, del número de empleados ni de ningún otro criterio que lo clasifique. De este modo es tan empresa la actividad económica

organizada del vendedor de confites y cigarrillos en la puerta de su casa o de la biofábrica de abonos de un microempresario en su finca como la actividad económica de cualquiera de las multinacionales, como *Monsanto*. De esta manera, tanto a unas como a las otras las cobijan las normas jurídicas en materia comercial.

Una empresa puede ser:

Industrial: las empresas industriales pueden ser de dos tipos, de explotación de recursos naturales como las minas o de extracción de yacimientos petrolíferos o de gas y de transformación cuando se dedican a adquirir materias primas que son transformadas para obtener un producto terminado o semiterminado distinto del producto original como quien compra cuero para hacer zapatos, hilos para hacer telas, plástico para fabricar cucharas.

La Ley 14 de 1983 en el Artículo 34° las define de la siguiente manera: *“Para los fines de esta Ley, se consideran actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes”*. En esta orientación, las biofábricas se constituyen en verdaderas empresas industriales al obtener una materia prima (semillas, plántulas, embriones, tejidos, enzimas, etc.) la cual transforma de una manera poco convencional: con productos o procedimientos biotecnológicos.

Comercial: cuando su función es la distribución de bienes. La empresa comercial es la actividad en la cual se adquieren productos para su posterior venta sin ninguna transformación o poco significativas.

La ley 14 de 1983, en el Artículo 35° define como actividades comerciales: *“las destinadas al expendio, compraventa, o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por esta Ley, como actividades industriales o de servicios”*.

Las biofábricas se pueden dedicar sólo a producir y entregar la comercialización de sus productos a otra u otras entidades que se encarguen de crear canales de comercialización, cadenas de distribución, del *marketing*, atención de pre o postventa, como lo hacen las empresas dedicadas a la fabricación de vehículos, por ejemplo, las cuales no venden directamente sus vehículos sino que lo hacen a través de concesionarios. Sin embargo las biofábricas pueden desarrollar, junto a la producción industrial, una unidad de negocios dedicada a la comercialización de sus productos en unos sectores o regiones y/o encargar de la comercialización a otras personas en otras regiones de orden nacional o internacional.

De servicios: cuando su actividad económica sea dirigido a ello. La ley 14 de 1983 define esta actividad mercantil a través de ejemplos:

Artículo 36°. Son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades: expendio de bebidas y comidas; servicio de restaurante, cafés, hoteles, casas de huéspedes, moteles, amoblados, transporte y aparcaderos, formas de intermediación comercial, tales como el corretaje, la comisión, los mandatos y la compra-venta y administración de inmuebles; servicios de publicidad, interventoría, construcción y urbanización, radio y televisión, clubes sociales, sitios de recreación, salones de belleza, peluquerías, portería, servicios funerarios, talleres de reparaciones eléctricas, mecánica, automoviliarias y afines, lavado, limpieza y teñido, salas de cine y arrendamiento de películas y de todo tipo de reproducciones que contengan audio y vídeo, negocios de montepíos y los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho.

Así, en las biofábricas se ejercen actividades mercantiles, toda vez que una de sus funciones es la producción masiva de bienes biológicos obtenidos mediante procesos biotecnológicos. Pero también puede dedicarse no sólo a la producción sino a la comercialización, entonces puede generar toda una línea de venta de sus productos, montar locales comerciales con sus productos, capacitar vendedores, ofrecer créditos de consumo, establecer varios canales de comercialización, entre otras cosas. De igual modo, adicional a la actividad industrial y comercial, las bioempresas pueden ofrecer servicios como la asesoría para el montaje de otras biofábricas; capacitación para agricultores, estudiantes, empresarios o a la comunidad en general; o prestar servicios de laboratorio, de investigación o hasta de turismo, por ejemplo.

4. EL TITULAR DE LA EMPRESA

Las personas en derecho pueden ser naturales o jurídicas. Las personas naturales: *“son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”* (Art. 74, Código Civil Colombiano).

A su vez *“se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”* (Art. 633 del Código Civil Colombiano). Son personas jurídicas las corporaciones,

las fundaciones (Cfr. Art. 633 y siguientes, Código de Comercio), las cooperativas⁴, las sociedades comerciales⁵ (limitadas, anónimas, comanditas, colectivas), los fondos mutuos de inversión⁶, entre otros.

Ambos tipos de personas, naturales y jurídicas, poseen derechos y obligaciones. Uno de esos derechos es el de la libre creación de empresa. De este modo, la empresa como actividad puede ser realizada por una o varias personas, para el caso jurídico pueden ser varias personas naturales y/o jurídicas. A su vez, una sola persona puede ejercer varias empresas como arrendar inmuebles, realizar operaciones financieras, de transporte, de construcción, etc. Pero la imputación de los derechos y obligaciones no se produce respecto de la empresa en cuanto tal sino en relación a su titular porque las empresas son propiedad o actividad de personas.

En este sentido, como ya se observó, en Colombia la aplicación del derecho comercial está sujeta a la actividad mercantil. De acuerdo a lo anterior, la actividad es la que hace que la persona se considere o no como comerciante o empresario. El Artículo 10º del Código de Comercio señala que *“son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”*.

Respecto del ejercicio de la actividad mercantil, cualquier persona natural es hábil para ejercer cualquier asunto de comercio, salvo que la misma ley los considere inhábiles como los funcionarios públicos o de empresas del Estado respecto de los actos de comercio que tengan que ver con sus funciones o respecto de sus propias entidades o las personas sancionadas judicialmente con la prohibición de ejercer actividades mercantiles (Arts. 12-18, Código de Comercio).

Para el caso de las personas jurídicas es distinto porque la posibilidad de ejercer cualquier actividad comercial es parcializada, y por ello es indispensable señalar por escrito cuál es la actividad comercial a la que se dedica. A esto se le denomina “objeto social” e implica una capacidad limitada para el ejercicio del comercio. Al respecto señala el Consejo de Estado:

⁴ “ARTÍCULO 3o. Es acuerdo cooperativo el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro” (Ley 79 de 1988).

⁵ “La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados” (Artículo 98, Código de Comercio de Colombia).

⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 31 de marzo de 1996, Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco. Expediente No. 796.

Entre los distintos puntos de divergencia que se pueden señalar entre las personas naturales o jurídicas, existen dos de marcada relevancia: las referentes a la capacidad y a la adquisición de la calidad de comerciante. La persona natural posee capacidad ilimitada salvo los de inhabilidad o incapacidad, etc., lo cual quiere decir, que la persona natural está provista de capacidad para realizar cualquier actividad comercial - excepto las prohibiciones legales, los monopolios impuestos por la ley, cláusulas contractuales, o actividad sólo desarrollable por personas jurídicas. Por el contrario, la persona jurídica comercial, su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto social, lo que conlleva en consecuencia el de tener una capacidad limitada.⁷

Respecto del objeto social, señala el Artículo 99 del Código de Comercio, que *“la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto”*. Así mismo señala en el numeral 4º del Artículo 110º que una de las cosas que debe contener la escritura pública de constitución de la sociedad comercial es el *“objeto social esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel”*.

Las biofábricas, por tanto, pueden ser propiedad de personas naturales o de personas jurídicas como universidades tanto públicas como privadas⁸, centros o corporaciones biológicas⁹ y/o de investigación¹⁰, de sociedades comerciales¹¹, cooperativas¹² o demás.

5. EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El concepto de establecimiento de comercio es otro término, junto con el de sociedad, que se confunde en el lenguaje popular con el de empresa. Pero así como se aclara que legalmente la sociedad es la persona jurídica que ejerce la actividad

⁷ Colombia, Consejo de Estado. Sentencia del 3 de marzo de 1994. Expediente No. 4548.

⁸ La biofábrica de semillas del oriente Antioqueño es un proyecto del Parque Tecnológico de Antioquia donde son socios, entre otros, la Universidad de Antioquia, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad Católica de Oriente, la Escuela de Ingeniería de Antioquia y la Universidad de Medellín.

⁹ Como la Corporación para Investigaciones Biológicas –CIB– o la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria –CORPOICA–.

¹⁰ Centro Internacional de Agricultura Tropical –CIAT– o el Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología.

¹¹ En Colombia, Compañía Agrícola Colombiana Ltda. –Monsanto–.

¹² Las cooperativas de campesinos podrían ser buenos empresarios del sector.

comercial o empresa, el establecimiento de comercio no se asimila a empresa, sino que es un medio a través del cual se ejerce la actividad comercial o empresa.

En el Código de Comercio anterior al de 1971 –Código actual–, no existía una definición de empresa. Aun así, el doctor Enrique Gaviria ofreció una definición en 1968: *“la empresa es un conjunto de bienes materiales e inmateriales organizados en forma armónica y puestos en actividad por el empresario titular del negocio y por su personal colaborador, con el fin de producir o distribuir bienes o servicios en el mercado”* (GAVIRIA, 1968: 140).

Hoy en día el Artículo 515 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) dispone que se entiende por establecimiento de comercio: *“un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”*.

Discriminando algunos elementos se tiene que el establecimiento de comercio es:

Un conjunto de bienes: pueden ser bienes tangibles como los muebles y maquinaria, e intangibles como las marcas, el nombre comercial o el *good will*. Se consideran elementos de un establecimiento de comercio, entre otros, las enseñas o nombres comerciales, los derechos sobre las invenciones, las creaciones industriales o artísticas que se usan en la actividad del establecimiento, las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, el mobiliario y las instalaciones, los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, los créditos, el derecho a impedir la desviación de la clientela y la protección de la fama comercial, los derechos y las obligaciones derivadas de las actividades propias del establecimiento de comercio.

El establecimiento de comercio, a diferencia de la sociedad, no tiene personalidad jurídica, es decir, como tal no se considera un sujeto de obligaciones o derechos. Es la persona natural o jurídica la propietaria del establecimiento.

La organización: el establecimiento de comercio no lo conforman un cúmulo de bienes aislados, sino que deben estar interrelacionados y sirviendo armónicamente al mismo interés y actividad: servir a los intereses y actividad del comerciante con relación a su actividad mercantil.

Una de las figuras jurídicas que refuerzan el concepto de organización del establecimiento es el de unidad económica contenida en el Artículo 525 del Código de Comercio donde se estipula que *“la enajenación de un establecimiento de*

comercio, a cualquier título, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que la integran". La unidad evoca a una sola estructura aunque compuesta de muchos elementos.

Es importante señalar que el establecimiento de comercio no se identifica con un local, con una casa, un inmueble. En el inmueble funciona el establecimiento de comercio, en un inmueble (como un local comercial) pueden instalarse varios establecimientos de comercio, o un establecimiento de comercio pasarse de lugar, por ejemplo.

Con destinación empresarial: el comerciante es el sujeto de derecho que ejerce los actos de comercio y el establecimiento de comercio es un instrumento para el ejercicio mercantil. *"La noción del establecimiento de comercio... se encuadra en el tema del objeto del derecho, en cuanto constituye el instrumento a través del cual el comerciante realiza su actividad; actividad que en cuanto es organizada constituye empresa. El establecimiento de comercio es la concreción física de la empresa organizada por el comerciante"*.¹³

Un comerciante o empresario puede tener varias empresas, como ya se mencionó. Así mismo, puede tener varios establecimientos de comercio o un establecimiento de comercio tener varios titulares.

El Artículo 515 menciona, además, que en un mismo establecimiento de comercio se pueden ejercer diversas actividades comerciales. Así mismo, en las biofábricas se puede producir, comercializar o prestar servicios de enseñanza o laboratorio.

Haciendo más concreto el tema de los establecimientos de comercio, el Dr. Gaviria Gutiérrez hace una pequeña relación de sitios que deben revisarse como establecimientos, como las bodegas, las oficinas, los talleres de arte y las librerías, entre otros. La lista se inicia con las fábricas. Al respecto señala:

En cuanto a las fábricas, la cuestión no debería ni siquiera plantearse, por ser clara y sencilla su situación; se ha querido sin embargo, mencionarlas para recordar que en el lenguaje legal la palabra "comercio" comprende tanto éste, como la industria, de modo que tan mercantil es la elaboración de bienes como su distribución, de lo cual se sigue que las fábricas son también auténticos establecimientos de comercio (GAVIRIA, 1985: 69).

¹³ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 03086855 del 9 de Febrero de 2004.

Pero de hecho, el mismo Código de Comercio Colombiano denomina la fábrica como establecimiento de comercio en el Artículo 1085 al señalar que “*los establecimientos de comercio, como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros... pueden ser asegurados*”.

De esta manera queda claro que las biofábricas –como conjunto de bienes organizados por una persona natural o jurídica para realizar los fines de la empresa sea la fabricación, transformación, circulación de bienes o el aprovechamiento de los recursos de la naturaleza– son consideradas establecimientos de comercio.

Y los establecimientos de comercio poseen un titular, que es la persona natural o jurídica que ejerce la actividad mercantil a través de él. En 1968 ya se decía que “*el empresario es, obviamente, la persona o grupo de personas naturales o jurídicas, titular de la empresa. Decimos titular y no dueño, porque el empresario puede poseer la empresa no sólo como propietario sino también como arrendatario, usufructuario, etc.*” (GAVIRIA, 1968: 134). Teniendo en cuenta que este comentario fue escrito antes del Código de Comercio de 1971 que consagró las definiciones ya laboradas, la palabra empresa debe entenderse como establecimiento de comercio.

El Artículo 533 del Código de Comercio señala, en consonancia con el anterior comentario, que los establecimientos de comercio se pueden ceder en arrendamiento, usufructo o se puede hacer sobre él cualquier tipo de contrato que transfiera, limite o modifique la propiedad sobre ellos o el derecho a administrarlos.

El acertado comentario de Enrique Gaviria quiere decir que las oportunidades de negocio para muchos biotecnólogos, ingenieros, biólogos y demás, es amplia, porque pueden ejercer su profesión en una biofábrica (establecimiento de comercio) no sólo como propietarios de ella, sino que, además, pueden acceder a una biofábrica ya constituida por medio del arriendo o de un contrato de usufructo en el que se explota el establecimiento y se paga con los frutos o incluso a través de franquicias, y aunque todavía no existe este sistema aplicado a las biofábricas podría pensarse en montar una franquicia o negociar la posibilidad con alguna ya existente en cualquier parte del mundo.

6. DERECHOS INTELECTUALES DE LAS OBTENCIONES VEGETALES

Las biofábricas tienen varios componentes que tienen relación con la propiedad intelectual en todas sus áreas: derechos de autor (publicaciones, desarrollo de *software*), propiedad industrial (marcas, patentes, diseños industriales, secretos empresariales) y obtenciones vegetales (GARCÍA ARANGO, 2009b: 7).

La variedad vegetal se entiende como el vegetal creado, que tuvo un mejoramiento genético que se transmite de manera idéntica y sin variaciones a sus descendientes, con base en métodos científicos y tecnológicos. Estas nuevas especies deben diferenciarse de las demás variedades por sus características morfológicas, fisiológicas y químicas; y, se caracterizan por ser nuevos (no se han comercializado), homogéneos (todas se reproducen con iguales características), distinguibles (se diferencian claramente de otras variedades) y estables (sus características se transfieren sin variaciones de generación en generación).

En Colombia, las obtenciones vegetales se reglamentan básicamente a través de la Ley 243 de 1995, por medio de la cual se aprobó el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, UPOV de 1961. Derechos del obtentor de una nueva variedad vegetal. Esta norma en el Artículo quinto, concede unos derechos especiales a las personas que han obtenido una variedad vegetal (obtentores): el derecho a producirla con fines comerciales, a ponerla en venta, a comercializar el material de reproducción como semillas o de multiplicación vegetativa como embriones.

Al obtentor, sea persona natural o jurídica, la entidad autorizada que para el caso de Colombia es el Ministerio de Agricultura a través del Instituto Colombiano Agropecuario –ICA–, le otorga un certificado, el cual se constituye el título para la explotación comercial de la variedad vegetal.

El Convenio Internacional citado, permite, además, que cada país tenga una protección especial a estas variedades vegetales. Así mismo, el Anexo 1C de la Ronda de Uruguay denominada “*Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*” –ADPIC–, que en el Artículo 27 sobre las patentes estipula que “*los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste*”.

La Comunidad Andina de Naciones, adoptó un sistema especial, independiente de la propiedad industrial, a través de la Decisión 345 de 1993 denominada “*Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales*”.

Respecto del tiempo de duración de la protección, el Artículo 8 de la Ley 243 de 1995, señala que limitado, mínimo entre 15 ó 18 años. Y confiere al obtentor o titular del certificado, la posibilidad de conceder licencias para la explotación de la variedad e impedir que terceras personas, sin su autorización, reproduzcan, multipliquen o propaguen su variedad; que la exporten, importen o comercialicen. Lo anterior le permite al titular la capacidad de interponer las acciones administrativas y judiciales del caso para evitar, corregir o indemnizar los actos indebidos (Arts. 23 y 24, Decisión 345).

La explotación de la variedad vegetal puede ser limitada por razones de interés público, o anulada la autorización por el no pago de las tasas anuales establecidas (Arts. 9º 10º, Ley 243 de 1995; Arts. 30 y 34, Decisión 345).

7. LA LIBRE COMPETENCIA

Uno de los elementos inherentes a los derechos constitucionales de libertad económica y libertad de empresa, es de la libre competencia económica, contenida en el Artículo 333 de la Constitución Política, en el cual se dispone que *“la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*. En palabras de la Corte Constitucional, la libre competencia se presenta cuando los empresarios *“ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”* (C-992 de 2006), todo dentro de un marco normativo de igualdad de condiciones. En Colombia es la Ley 256 de 1996, por la cual se reglamenta la competencia legal y en la que se señalan los actos considerados desleales y con los cuales se afecta el equilibrio en las relaciones de todos los actores del mercado y que a la final busca el beneficio general, en cuanto no hay engaños, se conserva el empleo, la producción y el acceso a productos y servicios idóneos que redundan en el bienestar de cada ciudadano. Así lo reconoce la Corte en la sentencia C-616 de 2001, en los siguientes términos:

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia.

En conclusión en general:

Los empresarios públicos o privados, con ánimo de lucro o sin él, que ejerzan la actividad comercial a través de las biofábricas, igualmente deben adaptarse a las normas de la libre y limpia competencia, evitando realizar prácticas desleales que afecten el mercado al limitar las actividades de las demás biofábricas, aprovechándose de sus marcas o signos distintivos, confundiendo a los clientes o realizando cualquiera de los actos mencionados en este acápite. Entre otras cosas,

un mercado sano de biofábricas permitirá que se desarrollen más establecimientos de este tipo, que todas puedan crecer de manera sostenible y se genere un mercado de consumo estable y maduro que permita un crecimiento continuo nacional e internacional en beneficio de todos, aunque la realidad a veces desborda un poco los ideales por el tamaño, el poder y la influencia de algunos de los competidores en el mercado biotecnológico (GARCÍA ARANGO, 2009a: 193).

8. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La competencia leal, la regulación de los comportamientos de los diferentes actores del mercado, busca el equilibrio entre los empresarios y el beneficio de los consumidores. El consumidor es definido por el Decreto 3466 de 1982 como *“toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”*.

Los consumidores en cuanto personas naturales son ciudadanos bajo tutela en un Estado Social de Derecho. Y la bioseguridad apunta, junto a un medio ambiente sano, a la salud de las personas. Y la salud de las personas se garantiza respecto de las biofábricas:

Primero, verificando que los productos que van a salir al mercado no produzcan ningún efecto dañino en las personas, como reacciones alérgicas, trastornos de algún tipo o que transmitan enfermedades. Con esta orientación, por ejemplo, la Resolución 0946 de 2006 del ICA exige en el Artículo 13 que *“se autorizará la comercialización de OVM [Organismos Vivos Modificados] con fines exclusivamente agrícolas, pecuarios, pesqueros, plantaciones forestales comerciales y agroindustria, solamente cuando se haya aprobado la evaluación de bioseguridad respectiva”*. La realización juiciosa, seria y científica de las pruebas de bioseguridad previas al lanzamiento de los productos al público son una prioridad para evitar daño al ambiente, a los animales y al ser humano.

Segundo, brindando adecuada información al consumidor. Un consumidor informado es un consumidor crítico y capaz de tomar las decisiones adecuadas. La información, que es derecho constitucional en Colombia, puede darse de varios modos, pero la exigencia legal para los organismos vivos manipulados está particularmente en dos: programas de educación y rotulado o etiquetado. Respecto de los programas de educación, por ejemplo, estipula el Decreto 4525 de 2005 reglamentario de la Ley 740 de 2002, en el Artículo 36:

EDUCACIÓN. Las autoridades competentes, así como las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades con Organismos Vivos Modificados - OVM, diseñarán y promoverán programas de educación dirigidos a los usuarios, consumidores y a la comunidad en general, que permitan fortalecer el conocimiento y la percepción pública, tanto sobre los beneficios, como sobre los riesgos que puedan generarse en el desarrollo de actividades con OVM.

La información exigida legalmente requiere el panorama completo de beneficios y riesgos, de modo que debe ser una información completa que no omita elementos que deben conocer los consumidores, veraz y clara. Respecto de este último elemento es importante expresar que la exigencia de claridad sobre la información que debe suministrarse debe estar al nivel del público al cual va dirigido, esto quiere decir que si los productos elaborados en alguna biofábrica van dirigidos a un sector industrial especializado como el de los ingenieros agrónomos o médicos veterinarios, la información puede ser del nivel técnico que el profesional de esa rama debe comprender; pero cuando el producto se dirige un público normal que no domina conocimientos especializados la información debe ser lo suficientemente clara como para que una persona del común pueda entender lo que se le está expresando sin traicionar el verdadero sentido técnico. De igual modo, la claridad implica una adecuada tipografía o pronunciación, así como un correcto uso del espacio físico o temporal de acuerdo al medio utilizado, nada de letras borrosas o pequeñas al punto de dificultar la lectura que sea poco visible.

El segundo modo de información al consumidor que se encuentra en la normativa colombiana es el de los rótulos y etiquetas que deben llevar los productos. La exigencia está tanto para productos de consumo humano como para los demás. El Artículo 15 de la Resolución 0946 de 2006 del ICA estipula para el caso de los productos modificados genéticamente: *“Para su comercialización, las semillas, plantas y demás material de reproducción destinado para siembra, los insumos pecuarios y demás material de uso animal que sean OVM, deberán tener impreso en el rótulo o etiqueta claramente visible la siguiente frase: ‘ORGANISMO MODIFICADO GENÉTICAMENTE’”*.

Para los productos destinados al consumo humano, el Ministerio de Protección Social tiene la Resolución 5109 de 2005 por medio de la cual se establecen los requisitos que deben cumplir estos productos respecto del envasado o empaçado, etiquetado o rotulado. La misma resolución define envase como el recipiente que contiene alimentos, que los cubre total o parcialmente para ser entregados al consumidor. El envase incluye la tapa y la envoltura que tenga el recipiente. Define el rótulo o etiqueta como la *“marca, imagen u otra materia descriptiva o gráfica, que se haya escrito, impreso, estarcido, marcado, marcado en relieve o en*

huecograbado o adherido al envase de un alimento”. Y por rotulado o etiquetado entiende el material impreso, escrito o gráfico que contiene el rótulo o etiqueta que va con el alimento o cerca de él. Señala la norma que incluso se entiende por rotulado o etiquetado el material que sin estar en el envase o envoltura sí está cerca para impulsar su venta. En términos generales, se exige que las etiquetas contengan información completa, no equívoca ni engañosa, que el nombre indique la verdadera naturaleza del alimento, listado de ingredientes, contenido neto, nombre y dirección del fabricante e importador en caso de haberlo, lote de fabricación, instrucciones de uso y conservación, registro sanitario, entre otros.

En tercer lugar, la protección al consumidor se logra brindando la suficiente asistencia en caso de que algún producto genere reacciones negativas en los consumidores. Esta asistencia puede ir desde la recolección y retiro inmediato de los productos dañinos o sospechosos, sometiéndolos a pruebas que verifiquen su sanidad, prestando la debida asistencia a las personas afectadas y brindando toda la colaboración posible a las autoridades encargadas de realizar las investigaciones pertinentes que ayuden a identificar y neutralizar las causas de la perturbación.

CONCLUSIONES

- El derecho comercial es suficiente para explicar la naturaleza jurídica y la actividad comercial de las biofábricas.
- Las biofábricas son establecimientos de comercio donde se ejercen actos de comercio relacionados con el aprovechamiento y explotación mercantil de los recursos de la naturaleza, manipulados por el hombre para tal fin. Esta posición frente a los actos de comercio relacionados con la biotecnología es avalada por la Corte Constitucional colombiana.
- La empresa como actividad económica organizada que se ejerce a través de las biofábricas consistiría en la transformación o comercialización de especies vivas vegetales o animales o productos derivados de ellas. Igualmente, en las biofábricas se podrían prestar servicios de tipo comercial dentro del ejercicio de la empresa.
- Las biofábricas, enmarcadas en la Constitución y las normas sobre libertad de empresa, se ven obligadas a ejercer su actividad empresarial bajo criterios de competencia leal y protección de los consumidores, que poseen una protección especial frente a los organismos genéticamente modificados.
- En un país como Colombia, donde los recursos naturales son extraordinarios, la generación de un biocomercio con base en biotecnología aplicada se constituye en una enorme oportunidad económica, ambiental y social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENDAÑO, Bárbara. (2005). “Miniaturas gigantes”. En: www.bohemia.cubasi.cu/2006/10/05/cienciatecnologia/biotecnologia.html. [Consulta 12 de marzo de 2009].
- BORROTO, Carlos y otros. (2001). “Seguridad Alimentaria, Semillas y Biotecnología”. En: http://www.redbio.org/porta/encuentros/enc_2001/mesaredonda/M-03/Merardo%20Pujol/M-03.pdf. [Consulta 12 de marzo de 2009].
- GARCÍAARANGO, Gustavo Adolfo. (2007). *El papel de la propiedad intelectual y las biofábricas de biotecnología vegetal en el desarrollo de las economías universitarias dentro del mercado mundial de las ideas*. Trabajo para optar al título de Especialista en Derecho Privado. Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.
- _____. (2009a). “La función social y ecológica de las biofábricas”. *Revista Estudios de Derecho, No. 147, Vol. 66*, 181-200. Medellín: Universidad de Antioquia.
- _____. (2009b). “La propiedad intelectual en las biofábricas”. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte, 28*, 1-23. Santa Rosa de Osos: Universidad Católica del Norte.
- GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. (1968). *Reflexiones sobre derecho mercantil*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- _____. (1989). *Lecciones de derecho comercial*. Medellín: Diké.
- HENRÍQUEZ, Osvaldo. (2002). “Creación empresas biotecnológicas: Programa Regional de Biotecnología”. En: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0043648.pdf>. [Consulta 13 de marzo de 2009].
- HERNÁNDEZ SALGAR, Ana María. (2006). “El biocomercio y los recursos genéticos”. En: COLCIENCIAS. *Innovación y desarrollo empresarial. Especial: innovación y biocomercio*. Bogotá: Colciencias.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS –COLCIENCIAS–. “Bases Scienti y Gruplac”. En: www.colciencias.gov.co. [Consulta 23 de febrero de 2009].
- PATIÑO, Isabel. (2000). “Los bionegocios: perspectivas del sector privado”. En: INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE RECURSOS BIOLÓGICOS ALEXANDER VON HUMBOLDT. *Biocomercio: estrategias para el desarrollo sostenible en Colombia*. Bogotá: Instituto Von Humboldt.
- PINZÓN, Gabino. (1985). *Introducción al derecho comercial*. Bogotá: Temis.
- SCHMIDT, Karsten. (1997). *Derecho comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 31 de marzo de 1996, Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco. Expediente No. 796.
- Consejo de Estado. Sentencia del 3 de marzo de 1994. Expediente No. 4548.
- Presidencia de la República, Decreto 410 de 1971, Código de Comercio.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 03086855 del 9 de Febrero de 2004.