

---

# **DERECHO COMERCIAL EN EL SIGLO XXI**

**JORGE OVIEDO ALBÁN (COORDINADOR)  
JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ  
ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA  
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ  
BEATRIZ PALLARÉS  
HERNANY VEYTIA**



**Universidad  
de La Sabana**



**editorial  
TEMIS S. A.**



DERECHO COMERCIAL  
EN EL SIGLO XXI

Oviedo Albán, Jorge, 1973-

Derecho comercial en el siglo XXI / Jorge Oviedo Albán. —  
Bogotá : Editorial Temis, 2008.

264 p. ; 23 cm.

Incluye bibliografías e índices.

ISBN 978-958-35-0663-5

1. Derecho comercial - Siglo XXI 2. Derecho comercial  
internacional - Siglo XXI 3. Sociedades comerciales - Siglo  
XXI 4. Contratos comerciales - Siglo XXI I. Tít.

346.07 cd 21 ed.

A1169714

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

# DERECHO COMERCIAL EN EL SIGLO XXI

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA  
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ  
JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ  
JORGE OVIEDO ALBÁN  
BEATRIZ PALLARÉS  
HERNANY VEYTIA



EDITORIAL TEMIS S. A.



**Universidad  
de La Sabana**

Bogotá - Colombia  
2008



#### ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Jorge Oviedo Albán (Coord.), 2008.
- © Universidad de La Sabana - Facultad de Derecho  
Campus Universitario Puente del Común  
Km. 21 Autopista Norte de Bogotá  
Chía, Cundinamarca  
[www.unisabana.edu.co](http://www.unisabana.edu.co)  
correo elec.: [publicaciones@unisabana.edu.co](mailto:publicaciones@unisabana.edu.co)
- © Editorial Temis S. A., 2008.  
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá  
[www.editorialtemis.com](http://www.editorialtemis.com)  
correo elec.: [editorial@editorialtemis.com](mailto:editorial@editorialtemis.com)

ISBN 978-958-35-0663-5      2327 200800042500

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

## PRESENTACIÓN

El Departamento de Derecho Privado y de la Empresa, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, por medio de la línea “Derecho Mercantil Internacional” perteneciente al grupo de Investigación en Derecho Privado, se ha propuesto publicar bajo el título *El derecho comercial en el siglo XXI*, una serie de artículos de profesores nacionales y extranjeros en torno a algunos aspectos que resulten “sensibles” y de vanguardia en esta área, sobre los cuales se requieren opiniones y desarrollos doctrinales y jurisprudenciales y hacer un aporte que enriquezca no solo a la academia, sino también el quehacer de jueces, magistrados, abogados y en general de los operarios de esta rama del derecho.

También, se ha querido generar un espacio en el cual se presenten trabajos que permitan acceder al conocimiento del estado actual y principales desarrollos en el derecho comparado e internacional, con objeto de enriquecer el estudio y debates del derecho comercial colombiano.

Así pues, en este tomo se ha incorporado un par de trabajos relativos a los principios del derecho comercial, de autoría del profesor ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, y la costumbre comercial, del autor de esta presentación. En efecto, dentro del desarrollo de los cursos de las materias respectivas, al igual que en la especialización en Derecho Comercial, se ha visto que uno de aquellos que sigue generando cuestionamientos es el relativo a las “fuentes”, a pesar de haber pasado tres décadas y media desde la expedición del decreto 410 de 1971 por medio del cual se expidió el Código de Comercio vigente aún —con las modificaciones y adiciones respectivas— en Colombia.

El estudioso del derecho comercial podrá haberse dado cuenta que temas como el valor real de la costumbre mercantil frente a la ley y el papel que cumplen los denominados “arbitrios complementarios” del artículo séptimo del Código —como son la costumbre internacional, los principios generales de derecho comercial, los tratados no ratificados por Colombia y, entre otros, el papel que a la ley civil le corresponde, como fuente directa, en algunos casos, o subsidiaria, en otros— no son asumidos de manera pacífica por la doctrina y ni siquiera por la jurisprudencia. Es por ello, que se ha considerado pertinente plantear algunas de las cuestiones suscitadas en torno a los principios del derecho comercial y a la costumbre.

Luego se encuentra el artículo titulado “El nuevo derecho corporativo (*lex negotii*), sustentabilidad empresarial y gobierno corporativo”, de autoría de la profesora HERNANY VEYTIA, destacada abogada mexicana y profesora de temas de derecho comercial internacional y arbitraje en varias universidades extranjeras.

El concepto mismo de derecho corporativo, al que se refiere la profesora VEYTIA enfrenta a los estudiosos a la realidad económica y jurídica de la empresa, considerada como núcleo de la actividad económica y los radios de acción de ésta con campos no circunscritos necesariamente al derecho comercial, sino en directa relación con otros campos del derecho, como es el laboral; tributario; medioambiental, etc.

La profesora argentina BEATRIZ PALLARÉS ha contribuido con el artículo “Las sociedades en el derecho internacional privado argentino”, en el que se acerca al difícil tema de la determinación de la ley aplicable a las relaciones privadas con componentes extranjeros, puntualmente en las sociedades comerciales, desde la perspectiva argentina y de los países que integran el Mercosur. Este trabajo resulta de especial importancia, pues en nuestro medio no son muy abundantes los escritos relativos al análisis de los temas del derecho comercial que interesen al derecho internacional privado, y por ende, en épocas de internacionalización de las economías resulta imperativo conocer dichas cuestiones.

En “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, de los profesores españoles ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA (Universidad Carlos III de Madrid) y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Universidad de Murcia), se aborda el estudio de las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuales han confirmado que los particulares pueden constituir sociedades en el Estado miembro que deseen. Los demás Estados miembro están obligados a reconocer la válida constitución de dichas sociedades con independencia del Estado miembro de la Unión en el que desarrollen la mayor parte de sus actividades. Las normas de conflicto de Leyes de los Estados miembro no pueden alterar esta regla. La Unión Europea apunta a la elaboración de un reglamento que indica que la ley que rige las sociedades es la del Estado con arreglo al cual se ha constituido la sociedad.

Por último, se incluye el artículo titulado “Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur”, del profesor paraguayo JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ, Director del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política —Cedep—, en el cuál el autor aborda el tema de la noción de orden público y su incidencia en materia de arbitraje internacional.

Agradezco a las autoridades de la Facultad de Derecho, especialmente al decano Luis Gonzalo Velásquez Posada, y a la directora de Programa, María Carmelina Londoño, por su generosa designación para coordinar este proyecto, y el apoyo necesario para que esta idea viera la luz.

JORGE OVIEDO ALBÁN  
Director del Departamento  
de Derecho Privado y de la Empresa  
Universidad de La Sabana



# ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación .....	VII

## PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ

1. Introducción .....	1
2. Preferencia por las soluciones propiamente mercantiles .....	6
3. Preservación del negocio jurídico .....	13
4. Reconocimiento y protección de la buena fe .....	15
5. Preservación de la empresa comercial y de uno de sus activos más importantes .....	22
6. Informalidad en la expresión del consentimiento .....	26

## LA COSTUMBRE EN EL DERECHO PRIVADO

JORGE OVIEDO ALBÁN

1. Introducción .....	33
2. Concepto y funciones .....	34
3. La costumbre en el derecho civil .....	39
4. La costumbre en el derecho comercial .....	47
5. Los usos y costumbres en el derecho mercantil internacional .....	60
6. Conclusiones .....	68
7. Bibliografía .....	70

## EL NUEVO DERECHO CORPORATIVO (“LEX NEGOTII”). SUSTENTABILIDAD EMPRESARIAL Y GOBIERNO CORPORATIVO

HERNANY VEYTIA

1. Introducción .....	73
2. El índice de sustentabilidad .....	75
3. Indicadores generales de sustentabilidad integral .....	77

	PÁG.
4. Derechos para los accionistas minoritarios .....	77
5. Mejores prácticas y código de conducta .....	78
6. Activos intangibles .....	79
7. Criterios e indicadores ambientales .....	79
8. Financiamiento de proyectos .....	80
9. Criterios e indicadores sociales .....	81
10. “Business intelligence law” .....	85
11. Consideraciones finales .....	86

## LAS SOCIEDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

BEATRIZ PALLARÉS

1. La actuación internacional de las sociedades .....	89
2. La regulación jurídica de la actuación de la sociedad extranjera .....	91
3. El derecho societario internacional .....	94
4. Relaciones entre los distintos órdenes normativos .....	94
5. Ámbito de aplicación de los tratados .....	96
6. La cuestión societaria en el derecho comparado .....	97
7. El derecho societario de los países integrantes del Mercosur .....	98
A) Brasil .....	98
B) Paraguay .....	100
C) Uruguay .....	101
8. El derecho internacional privado societario argentino .....	102
A) Los tratados internacionales .....	102
a) Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 .....	103
b) Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1940 .....	104
c) Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (Montevideo 1979). .....	105
B) Derecho internacional privado de fuente interna .....	108
a) La ley personal de la sociedad .....	108
b) Sociedades constituidas en el extranjero con principal objeto o sede en el país .....	110
c) Funcionamiento .....	113
d) Realización de actos aislados .....	114
e) Capacidad de estar en juicio ante los tribunales argentinos .....	115

	PÁG.
f) Representación permanente en el país .....	115
g) Traslado de la sede .....	116
h) Constitución de filiales .....	116
i) Responsabilidad de los representantes .....	118
j) Sociedad constituida según un tipo societario desconocido ....	118

## SOCIEDADES MERCANTILES: LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y CONFLICTO DE LEYES EN LA UNIÓN EUROPEA

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA  
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

1. El mercado comunitario y la libertad de establecimiento .....	119
A) Introducción .....	119
B) La libertad de establecimiento: concepto .....	121
C) Sociedades titulares del derecho a la libertad de establecimiento en la Unión Europea .....	126
2. La regulación jurídica de las sociedades en la Unión Europea y en los Estados miembro .....	135
3. Determinación de la ley aplicable a las sociedades de capital en los Estados miembro .....	138
4. Las normas de conflicto societarias como obstáculo a la libertad de establecimiento de las sociedades en la Unión Europea .....	143
A) El obstáculo: las normas de conflicto de los Estados miembro en materia societaria .....	143
B) La labor del TJCE y la trilogía societaria “Centros - Überseering - Inspire Art” .....	146
C) Primera solución: la técnica de la “regla de reconocimiento co- munitario de situaciones jurídicas” (“Anerkennungsprinzip”) ....	156
a) Formulación de la regla .....	156
b) Base teórica y técnica de la regla .....	160
c) Alcance de la regla .....	172
d) El fantasma (inexistente) del fraude y del abuso de derecho ...	176
e) Formulación legal y judicial de la regla .....	181
D) Segunda solución: la técnica del conflicto de leyes y la unifica- ción futura de las normas de conflicto de los Estados miembro en materia societaria .....	182
a) “Comunitarización” de las normas de conflicto societarias ....	182
b) Hacia una victoria de la “Incorporation Theory” .....	185

	PÁG.
5. Perspectiva comunitaria y normas actuales de conflicto españolas en materia societaria .....	188
A) Nacionalidad de las sociedades .....	188
B) Criterio utilizado para determinar la ley reguladora de las sociedades corporativas .....	191
6. Reflexión final .....	197

**ORDEN PÚBLICO Y ARBITRAJE:  
ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES  
Y LLAMATIVOS EN EUROPA Y EL MERCOSUR**

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ

1. Introducción .....	199
2. Aproximación a la idea del orden público .....	204
3. El orden público en el derecho internacional privado .....	205
4. Problemas con la doctrina del orden público en el contexto internacional .....	207
5. La expresión “orden público internacional” .....	211
6. ¿Nacionalidad del orden público internacional? .....	215
7. Orden público contextual o efecto atenuado o relativo del orden público internacional .....	217
8. Efectos .....	220
9. Verdadero orden público internacional .....	221
10. Orden público trasnacional como estándar .....	224
11. Orden público comunitario .....	225
12. Otras esferas de “orden público” .....	227
13. Normas imperativas o leyes de policía .....	228
14. Otras expresiones relacionadas con leyes imperativas .....	231
15. Aplicación de leyes imperativas extranjeras .....	233
16. Orden público, arbitraje y fraude a la ley .....	235
17. Paralelismos en Europa y el Mercosur .....	237
18. Consideraciones finales .....	240
Índice de autores .....	243

## PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ\*

### 1. INTRODUCCIÓN

Dentro de las normas del título preliminar de nuestro estatuto mercantil —cuyo conocimiento y, especialmente, cuya profundización y análisis de alcances, a nuestro juicio, están aún por realizarse en este país, no obstante el transcurso de más de seis lustros de vigencia de las normas respectivas, con lo cual por este camino se nos ha privado de desarrollar por la vía de la doctrina y de la jurisprudencia un acervo de soluciones específicamente comerciales para un sinnúmero de problemas— encontramos aquellos criterios, ciertamente supletorios, pero no por ello poco importantes, del artículo 7° del ordenamiento respectivo.

Dispone la norma que “los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3°, así como los principios generales de derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”. Poca atención ha merecido este artículo, como el resto probablemente de los demás del título preliminar, de cuya mención apenas si se ocupan los doctrinantes y al cual la jurisprudencia se ha referido en una sola ocasión, que el suscrito conozca. En esa oportunidad lo hizo para establecer la constitucionalidad de una regla que refiere al intérprete a los tratados y convenciones no ratificados, en tanto la demanda respectiva pretendió que por esta vía se les estaba dando valor normativo a disposiciones que el país no había adoptado dentro de su derecho interno o, lo que es peor, que posiblemente no había querido adoptar. La cuestión fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia, en 1972<sup>1</sup>, en su momento encargada del control

\* Abogado de la Universidad del Rosario; doctor en derecho privado; profesor de derecho civil y comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Ex rector de la misma universidad.

<sup>1</sup> C. S. de J., Sala Plena, sent. de 6 de diciembre de 1972.

constitucional, en sentencia de la Sala Plena, al decidir que la norma cuestionada no les daba valor de legislación a dichos tratados o convenciones. Este valor exigiría la ley aprobatoria y el respectivo canje de ratificaciones, con el pronunciamiento previo actual, de la Corte Constitucional, con lo cual adquirirían la fuerza preponderante del artículo 1° del Código, al cual nos referiremos poco más adelante. Al decir de la Corte, el criterio del artículo 7° es apenas supletorio, precisamente a falta de disposición legal y de otros mecanismos de solución contenidos en el mismo título preliminar.

Ya al margen de las consideraciones de la Corte, creemos que los mecanismos de integración interpretativa no pueden soslayar las conquistas del derecho comparado en la materia, menos aún en esta época, caracterizada por muchas cosas pero, especialmente, por los procesos de internacionalización o de globalización, que empiezan a borrar las fronteras y a hacernos cada vez más permeables a todo cuando sucede en otros ámbitos geográficos. Esta consideración es válida, no sólo para el tema de la referencia a tratados o convenciones mercantiles no ratificados por nuestro país, como también obviamente para la citación de la costumbre comercial extranjera, sino igualmente para aquel relativo a los llamados principios generales de derecho, que no pueden limitarse a los derivados de nuestras normas y de nuestra tradición jurídica interna, sino que deben ampliarse a aquellos de derecho comparado que sean aplicables en nuestro medio.

No es fácil sentar un criterio sobre la cuestión de qué puede entenderse por principios generales, locución varias veces empleada por el legislador sin dar criterios sobre sus alcances que, por tanto, quedan liberados al trabajo del intérprete. Siguiendo en este terreno el criterio expresado por MESSINEO<sup>2</sup>, cabe sostener que “las normas singulares, aun cuando sean formuladas con carácter de hipótesis que toman en consideración situaciones particulares, derivan todas ellas de principios de más amplio alcance, que son como el tejido conjuntivo del entero ordenamiento jurídico: principios cuya reconstrucción (aunque delicada y laboriosa) es posible, mediante un procedimiento lógico, que arranca de lo particular y va hacia una progresiva y cada vez más amplia generalización (procedimiento inductivo)”.

<sup>2</sup> FRANCESCO, MESSINEO, *Derecho civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pág. 111.

Entre tanto, VIVANTE<sup>3</sup> apoya estos principios en la consideración de que el derecho positivo, “en su unidad, no puede tolerar antinomias”, lo cual permite la indagación de estos principios generales que informan un ordenamiento jurídico cualquiera. “La conquista de estos principios (afirma el maestro) suele ser obra de la doctrina y de la jurisprudencia”. Seguidamente, se permite enunciar algunos de estos principios, que transcribimos simplemente por vía informativa: “Ninguna prestación comercial se presume gratuita; en materia mercantil el dinero se supone siempre fructífero; ante la duda se deben favorecer las soluciones que hagan más segura la circulación”.

Esta invocación a los principios generales parte, en nuestra opinión, de dos bases insustituibles de la tarea interpretativa. La primera considera que el legislador sigue unos derroteros lógicos; en otras palabras, que al tenor del artículo 30 del Código Civil, la ley forma un todo armónico y coherente y que, por ende, la *ratio* tomada en consideración para formular unas disposiciones es la misma que resulta propia de otras distintas, en tanto unas y otras encuentren un punto de unión en los mismos fundamentos. Esta base adquiere mayor validez cuando se trata de disposiciones de un mismo ordenamiento y cuando éste tiene la pretensión, como ocurre con el sistema de derecho comercial, de formar, no solamente un todo armónico, sino además un cuerpo legislativo distanciado del derecho común e informado por principios tutelares propios. No es fácil admitir esta aseveración, si se considera que los autores del tejido legislativo pueden haber actuado, a través de los tiempos y de los cambios en los autores de la ley, movidos por ideologías disímiles, que conducen fatalmente a soluciones dispares. Sin embargo, esta dificultad, que no puede soslayarse, no es suficiente para desechar totalmente el criterio que lleva a apoyarse en la invocación a los principios generales, máxime cuando ellos forman parte de un mismo estatuto, como puede ser una codificación, que se supone inspirada por un único hilo conductor, aunque éste sea el resultado de una transacción entre puntos de vista diferentes.

La segunda de estas bases es la aceptación, dificultosa para quienes se matriculan en la escuela positivista del derecho, de que el régimen jurídico no es sino la expresión escrita y mínima de un criterio moral, apoyado en un orden superior, que para muchos de nosotros se concreta en aquello que se ha denominado el derecho natural, huella impresa por la Voluntad Creadora en la naturaleza en general y en la condición huma-

<sup>3</sup> CÉSAR VIVANTE, *Tratado de derecho mercantil*, vol. 1º, Madrid, Edit. Reus, 1932, pág. 94.

na en particular y consecuencia, también, de una evolución histórica del Derecho, fruto de una razón ilustrada con el paso del tiempo y con la evolución del pensamiento humano.

Viene aquí al caso transcribir algunas palabras de JUAN PABLO II, sobre esta cuestión que de largo tiempo atrás divide el pensamiento jurídico: “Esta misteriosa y admirable «necesidad», que habita dentro de la libertad sin destruirla, radica en la fuerza propia del valor moral, que el hombre conoce con su inteligencia: es la expresión de la fuerza normativa de la verdad, del bien. Al comprometerse a realizar esta verdad, la libertad se sitúa en el orden, que ha sido inscrito por la sabiduría creadora de Dios en el universo del ser”<sup>4</sup>. Y en otro momento expresó: “Este proyecto creador de Dios, en cuanto es conocido y participado por el hombre, es lo que llamamos ley moral”<sup>5</sup>.

Las consideraciones anteriores nos llevan de la mano a un nuevo cuestionamiento: así entendidos los principios generales, ¿no se confunden con el criterio de la analogía? La diferencia, destacada por el mismo MESSINEO<sup>6</sup>, deriva de considerar que la analogía procede de un criterio plano de derecho positivo, la trasposición de una regla ordinariamente de carácter legal (podría también ser consuetudinario) para decidir un problema concreto diferente, pero con notorias similitudes. Por el contrario, la invocación a los principios generales, si bien puede apoyarse, y en realidad así sucede, en criterios de derecho positivo, no eleva a la aplicación de una norma prevista para un supuesto similar, sino a la búsqueda de un criterio amplio, genérico, según expresa el tratadista italiano, con el cual se puedan gobernar un conjunto de situaciones, posiblemente varias de ellas inclusive diferentes respecto de los supuestos fácticos gobernados. De conformidad con lo anterior, estos principios generales, si no provienen de un estudio de consideraciones meta jurídicas, sino que se extraen de las propias instituciones mercantiles, tendrían el mismo origen de la denominada “analogía iuris”.

El examen del artículo séptimo suscita de inmediato dos cuestionamientos diferentes, que serán el objeto de esta presentación. En primer lugar, cuáles podrían ser estos principios generales de derecho comercial que sirven como criterio supletorio para decidir las cuestiones mercanti-

<sup>4</sup> Audiencia general, 13 de julio de 1983, publicada en *Abrid las puertas al Re-dentor*, Madrid, Ediciones Palabra, 1999.

<sup>5</sup> Audiencia general, 27 de julio de 1983, *ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 112.



les; y, en segundo término, qué podemos entender por la frase que nos dice que estos principios generales de derecho comercial, de la misma manera que la costumbre foránea y los tratados y convenciones no ratificados, deben ser tenidos en cuenta por el intérprete. Agréguese a lo anterior el interrogante sobre qué entiende el legislador con la frase en las “cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”. Estos cuestionamientos serán abordados en una fase inicial, al tratar el primero de estos principios, dentro del marco de un intento de rastrear de manera muy personal algunas reglas implícitas en el ordenamiento de derecho positivo y en la doctrina que lo desarrolla.

Sin embargo, preciso es advertir en este punto que podemos agrupar los mencionados principios generales en dos categorías diferentes. La primera de ellas deriva de normas de derecho positivo, cuyos fundamentos se pretende extrapolar, para aplicarlos de manera general y para extraer de ellos consecuencias que gobiernen enteramente los temas respectivos. En este caso, estos principios no tendrán el valor meramente supletorio que deriva del texto del artículo séptimo, en tanto al encontrar su fundamento en la ley, obtienen de ella la prevalencia que deriva del artículo 1º del Código, norma que será estudiada en el acápite inmediatamente siguiente. La segunda comprende aquellos principios como los enunciados a modo de ejemplo por MESSINEO, que sin encontrar apoyo directo en la ley, sí parecen estar implícitos en ella, en sus propósitos y en su razón de ser. Estos, como es natural, solo pueden tener el alcance de un criterio meramente supletorio.

Aun cuando probablemente fuera del caso ceñirnos al texto del artículo 7º para indagar en esta segunda categoría de principios, creemos que sea de importancia capital centrarnos en el análisis de algunos de los principios de la primera categoría, porque ellos son, a nuestro juicio, el fundamento mismo de la materia mercantil. En la medida en que podamos aceptar para ellos la categoría de “principios” con origen en el sistema de derecho comercial positivo o legislado, podremos igualmente transponerlos a muchas situaciones por la vía de la denominada “analogía iuris”, entendiendo que el artículo primero del Código, al referirse a la analogía sin distingos, no se limitó a la denominada “analogía legis”, buscando para dichas situaciones una indispensable coherencia dentro del andamiaje del sistema mercantil. En otras palabras, estos principios nos llevarán de la mano a la búsqueda de soluciones consonantes con ellos en una multiplicidad de cuestiones comerciales no tratadas por el legislador o tratadas de una manera incompleta.

A título meramente enunciativo, nos referiremos en esta presentación a los siguientes principios, provenientes de una lista de nuestra cosecha personal. Sin embargo, hemos de confesar que hemos encontrado menciones respecto de algunos de ellos en distintos tratadistas:

1. El de la búsqueda de soluciones preponderantemente mercantiles para las cuestiones comerciales, que igualmente podría expresarse bajo la consideración negativa de que el derecho comercial repudia, salvo necesidad extrema, los criterios propios del derecho civil;

2. El de la preferencia del derecho comercial por salvar, hasta donde ello sea posible, los efectos del negocio jurídico;

3. El de la protección especial a la buena fe en todos los negocios comerciales;

4. El de la preservación de la empresa comercial y de uno de sus activos más importantes, el derecho a la clientela;

5. El de la informalidad en la expresión del consentimiento;

Es verdad que la enumeración anterior dista mucho de ser taxativa, pues no se refiere ni siquiera a una parte importante de la lista que sería posible elaborar, pero estimamos que la selección que en ella se expresa es muy representativa, y un intento de ir más adelante rebasa con creces las pretensiones de esta presentación.

Podría afirmarse, como ya lo advertimos, que no se trata aquí de principios supletorios de otras soluciones mercantiles de mayor categoría (ley, analogía, costumbre, pactos), sino del estudio de disposiciones legales de carácter general. Este tipo de consideración es sin duda válido en cierto sentido, pero lo es igualmente la afirmación de que del análisis normativo que se hará en los acápite siguientes se desprenden unos valores que informan la totalidad del derecho mercantil y que deben servir de guía para su interpretación y para llenar sus eventuales lagunas con criterios comerciales, más que con los propios del régimen común de derecho privado.

## 2. PREFERENCIA POR LAS SOLUCIONES PROPIAMENTE MERCANTILES

JOAQUÍN GARRIGUES<sup>7</sup> defiende la precedencia absoluta del derecho mercantil (escrito y consuetudinario), afirmando que esta preponderan-

<sup>7</sup> JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, 7ª ed., México, Porrúa, 1981, pág. 134.

cia existe aun cuando la disposición civil sea más moderna o más especial que la norma mercantil. Según el autor, este principio de la precedencia, que puede ser muy rico en aplicaciones prácticas, sustituye los clásicos dogmas jurídicos de “*lex posterior derogat priori*” y de “*lex specialis derogat generalis*”. Y se sostiene lo expresado, bien a pesar de que el derecho común en materia privada, contenido en el ordenamiento civil, constituya para muchos el régimen general, frente al cual el derecho mercantil vino a ser una excepción. Este mejor puede ser considerado en muy buena parte como una reacción contra los criterios civiles, si bien termina aceptando buena parte de ellos. Como lo expresa el tratadista, “las normas no mercantiles están dictadas en contemplación de los fines más generales de la convivencia social y no de las especiales necesidades del tráfico mercantil”.

Como acontece en mucha familias, es frecuente que lo hijos se distancien claramente de los padres y adopten modos de vida, incluso, opuestos a los de su progenitores. Algo así sucede en la historia de las desmembraciones del régimen civil, a través de hijos suyos como son el derecho laboral y el comercial, ambos propensos en forma notoria a tomar distancias considerables con los principios que inspiran al derecho civil a quien muchos señalan como su progenitor.

Este principio de la precedencia de las soluciones comerciales deriva claramente de las reglas de los artículos 1º a 4º, inclusive, del Código de Comercio, por medio de las cuales el legislador, con ostensible propósito que ha venido a ser hasta ahora frustrado por una doctrina exageradamente anclada en una formación predominantemente civilista, ha querido manejar los temas mercantiles con criterios preferentemente propios y dejar las soluciones tomadas de la legislación civil solamente para aquellos casos en los que el rastreo de las de carácter comercial haya fracasado. Si nos hubiéramos detenido, no solamente en el estudio concienzudo de estos primeros artículos del Código de Comercio, sino también en la averiguación de sus antecedentes, posiblemente la doctrina mercantil estaría ahora enriquecida con una serie de soluciones específicas, diferentes en gran parte de aquellas de carácter civil y posiblemente, también, muchas de las decisiones, especialmente de carácter jurisprudencial, que en materias comerciales han sido adoptadas con apoyo en normas civiles, se habrían producido en sentido diferente.

Algunos podrían sostener que no se trata aquí propiamente de un principio general de derecho comercial, sino del análisis de las primeras de sus disposiciones, análisis que se agota en su propio contenido. Esta

afirmación no carece de razón, sin embargo de advertir que la priorización dada a las soluciones comerciales, no solamente opera en el estudio teórico de los primeros artículos del Código, sino que debe ser transportada al análisis de cualquiera de las cuestiones comerciales que se presenten y constituye una especie de principio tutelar de dicho análisis.

Debemos manifestar, con todo, por una elemental cuestión de honradez intelectual, que nuestros planteamientos han merecido serios reparos de un ilustre tratadista, hoy magistrado, JAIME ARRUBLA PAUCAR, quien se ha manifestado en repetidas oportunidades contra aquello que él considera un celo exagerado por la autonomía del derecho comercial, celo que en su criterio puede llevar a conclusiones tan curiosas como que la hipoteca comercial no requiere escritura pública, por referirse a ella el Código de Comercio, al menos en materia de naves y de arenonaves (arts. 1904 y 1570 y ss.), sin incluir este requisito; igualmente toca el tema, muchas veces invocado por nosotros, de la hipoteca comercial abierta sin límite de cuantía, siendo así que este límite viene exigido por el artículo 1571 para la hipoteca de embarcaciones. Sin caer en la primera de estas proposiciones que él considera absurdas, porque está resuelta por normas generales de cobertura para toda clase de garantías hipotecarias (decr. 960 de 1970, art. 12), defendemos la segunda, tal como lo hemos hecho en algunos escritos. Muestra de su repudio por las consideraciones que expresaremos en este aparte, puede encontrarse en la obra editada por la Cámara de Comercio de Bogotá con ocasión de los primeros 20 años del Código de Comercio<sup>8</sup>.

Como tuvimos oportunidad de escribirlo hace un tiempo para una edición del Código, en buena hora emprendida por la empresa editorial Legis con ocasión de los treinta años de vigencia del estatuto mercantil, es preciso que este análisis advierta inicialmente que el artículo 822 del ordenamiento respectivo adopta como normas comerciales todas aquellas propias del régimen general de las obligaciones y de la regulación de los contratos, pero hace, sin embargo, la expresa salvedad de que esta adopción opera “a menos que la ley establezca otra cosa”. En otras palabras, debemos considerar el recurso a la legislación civil para cuestiones propiamente mercantiles, en dos planos diferentes, a saber:

En primer término, aquel que deriva del mencionado artículo 822, que otorga el rango de ley comercial a las normas propias del régimen

<sup>8</sup> *Código de Comercio. Evaluación y perspectivas*, Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio, 1992.

general de las obligaciones y de los contratos. Tienen, por tanto, estas normas el nivel predominante que deriva del artículo 1º del Código, por sobre cualquiera otra clase de soluciones. En alguna forma podría sostenerse que en estos aspectos las normas civiles forman parte del ordenamiento comercial, por voluntad del legislador de éste. Sin embargo, aun en este caso, es preciso considerar la salvedad mencionada de la última parte de la norma, salvedad que nos obliga a explorar la existencia de reglas mercantiles específicas que desplazan a aquellas del ordenamiento civil. Tal cosa ocurre, por vía de ejemplo, en punto a temas tan importantes como las formas de expresar la voluntad; en lo relativo a la manera de contar los plazos; en cuanto concierne a la representación; en el tema de los contratos celebrados con arras; en la impropia llamada teoría de la imprevisión; en las reglas sobre intereses; en la sustitución de posición contractual; en cuanto concierne a algunos de los principales contratos; etc. Si bien en ciertos casos la solución específicamente mercantil reproduce aquella contenida en el Código Civil, aun cuando en no pocas oportunidades mejorando el criterio respectivo, de lo cual podrían citarse abundantes ejemplos, nos limitaremos en este caso a llamar la atención sobre las disposiciones relacionadas con la sustitución de posición contractual (arts. 887 y ss.) y sobre la regla en materia de incumplimiento en los contratos bilaterales (art. 870). En todos aquellos supuestos en que encontremos una solución comercial, ésta prevalecerá por sobre la del derecho común, aunque dicha solución corresponda a las materias a las cuales remite a dicho régimen el artículo 822.

Los alcances de esta regla fueron expresados por la Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup> así: “Sin embargo, cuando es la misma ley mercantil la que de manera expresa invoca la regulación de la ley civil, la aplicación de ésta no es subsidiaria, sino principal y directa, por lo que pudiera denominarse mercantilización de la norma civil, ya que se da una integración o reenvío material de normas”.

Con todo, el artículo 2º del Código de Comercio nos envía al ordenamiento civil, cuando no pueda aplicarse la norma del artículo 1º inmediatamente anterior. En este caso es preciso, primeramente, advertir que estamos ante una remisión diferente de la propia del artículo 822, en tanto éste adopta como disposiciones comerciales aquellas del régimen de las obligaciones y contratos, mientras ésta del artículo 2º se refiere al Có-

<sup>9</sup> Sala de Casación Civil, sent. de 27 de marzo de 1998, exp. 4798, M. P. José Fernando Ramírez.

digo Civil a falta de ley comercial y de analogía de ésta. La primera afirmación que debe hacerse es que la remisión del artículo 882 prima a falta de disposición legal de carácter comercial, mientras la del artículo 2° queda supeditada igualmente a la analogía mercantil, que pasa por sobre el recurso al Código Civil.

Esta prioridad de la analogía de la ley comercial por sobre las soluciones civiles nos ha llevado, entre otras cosas, a sostener la tan criticada afirmación de que la hipoteca abierta de carácter comercial, en materia de inmuebles, está sometida a la norma ya citada del artículo 1571 del Código de Comercio, que exige que en esta clase de garantías se exprese el límite máximo amparado, so pena de nulidad. Traemos a colación este tema tan controvertido, únicamente por vía de ejemplo, con el ánimo de mostrar claramente la importancia de agotar la solución mercantil antes de buscar apoyo en las normas civiles. No puede negarse que se trata de una situación semejante (nada hay más parecido a una hipoteca que otro gravamen de la misma naturaleza), especialmente cuando el mismo Código Civil (art. 2432) define a la hipoteca como “un derecho *de prenda* constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor” (bastardilla fuera del texto). Adicionalmente, al regularse una situación semejante a la propia de la hipoteca, la prenda sin tenencia del acreedor, gravamen real como la hipoteca y como ella sin desposesión de parte del dueño, el artículo 1219 del Código de Comercio exige la mención de una cuantía límite.

Así y todo, no se detiene en este punto la cuestión. Una lectura somera del mencionado artículo 2° podría llevar a la conclusión de que, una vez agotada la búsqueda de una solución legal de carácter comercial o, en su defecto, de una por vía analógica, es imperativo el paso a las normas del Código Civil. Una conclusión de esta estirpe olvidaría, primeramente, el texto del artículo 3°, según el cual “la costumbre comercial tendrá la misma autoridad que la ley comercial [...]”. No se trata, entonces, de una autoridad subordinada o secundaria, sino pareja, con la condición de que esta costumbre no sea “*contra legem*”. Si los usos del comercio pueden adquirir la categoría de la ley, esto significa que tienen, como ella, la prelación dispuesta para esta última, es decir, que priman por sobre las disposiciones civiles. Nótese sobre este particular que el mencionado artículo 3° da a la costumbre el rango de ley, siempre y cuando no sea contraria a las reglas legislativas de carácter mercantil, ni de manera manifiesta, ni de forma tácita, sin incluir en esta exigencia a las normas civiles.

La afirmación anterior, puesta en tela de juicio por muchos, fue acogida por nuestra Corte Suprema de Justicia<sup>10</sup>, en la sentencia mencionada, que afirma: “Los artículos 1º a 9º del Código de Comercio consagran las fuentes formales de derecho mercantil colombiano, estableciendo una jerarquía en el orden de aplicación. Conforme a lo prevenido en tales disposiciones, las situaciones o relaciones jurídicas de este linaje se rigen prioritariamente por la ley mercantil. Si ella no regula la situación específica que se suscita, debe acudir a la solución que la ley comercial haya dado a una situación semejante, es decir, a la analogía interna, mediante la cual se colman las lagunas de la ley, que dado su carácter general y abstracto no puede prever todas las situaciones que pueden surgir en la práctica (C. de Co., art. 1º). Si con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudir a la costumbre, que de reunir las condiciones señaladas en el artículo 3º *ejusdem*, tiene la misma fuerza normativa que la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil, a las cuales el artículo 2º permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo o consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria”.

Sobre la importancia de la costumbre en general no resistimos a la tentación de transcribir unas palabras magistrales de una sentencia de la Corte Constitucional<sup>11</sup>, mediante la cual, entre otras cosas, se declaró la exequibilidad de los artículos 3º a 9º del Código de Comercio: “La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social. A su vez, la obra legislativa aspira a convertirse en comportamiento repetido y uniforme. Con pocas palabras, costumbre y ley son dos formas de ser del derecho. La exclusión de la costumbre, de ser ello posible, equivaldría a la deformación y empobrecimiento de la experiencia jurídica o a la supresión de una característica esencial de su dinámica”.

En una obra sobre la costumbre comercial, que debe ser objeto de consulta de cualquier estudioso, GABINO PINZÓN<sup>12</sup> sostuvo, lo cual fue ya objeto de acogida por parte de la Corte Suprema de Justicia, que teniendo la costumbre comercial la misma fuerza que la ley, lógico es admitir el

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Sent. C-486 de 28 de octubre de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>12</sup> GABINO PINZÓN, *La costumbre mercantil*, vol. 13, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá.

recurso de casación por quebrantamiento o indebida aplicación de dicha costumbre, tal como está expresamente previsto para las reglas de derecho positivo escrito.

Pero es menester avanzar un poco más en este tema de la priorización de las soluciones específicamente mercantiles. El artículo 4º del Código dispone que “las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”. Conviene señalar que, gramaticalmente analizada la disposición, es preciso reconocer que el adjetivo “mercantiles”, en su forma plural, se encuentra puesto después del enunciado de las normas supletivas y de las costumbres, es decir, aparece referido a ambas. Expresado lo anterior de otra manera, la preferencia de las estipulaciones válidas las pone por sobre los usos del comercio y por sobre las reglas no imperativas de carácter comercial. Ahora bien, en el entendido de que unas y otras prefieren sobre las normas civiles, de conformidad con lo expresado, debemos aceptar que estas estipulaciones del negocio jurídico prevalecen también por sobre las disposiciones del Código Civil. No debe olvidarse que la costumbre comercial recibe el mismo rango que la ley y que las normas supletivas de carácter mercantil son con todo ley comercial y, en esta condición, están cubiertas por la prioridad que a dicha ley, sin distinciones, da el artículo 1º.

Para concluir este apartado, el recurso al Código Civil, bien manejados los criterios expuestos, resulta completamente subsidiario y extraordinario. Se requiere previamente agotar un largo recorrido de búsqueda, antes de poder echar mano del ordenamiento común de derecho privado, contrariamente a cuanto por desgracia ocurre frecuentemente en la realidad. Lamentablemente, la inadecuada colocación del artículo 2º del Código de Comercio, ha dado a entender a muchos, sin adentrarse en el estudio de los verdaderos alcances de las normas inmediatamente siguientes, que la sola insuficiencia de la legislación comercial y de su analogía (nótese que no se trata únicamente de las disposiciones del Código de Comercio, sino de toda suerte de reglas mercantiles), autoriza para acudir a las disposiciones civiles.

Si bien es cierto que los principios generales, que son materia de esta exposición, son un criterio subordinado aún a la legislación civil, superan ampliamente esta limitación en casos como éste, en que están claramente enunciados por el Código de Comercio y adquieren, entonces, la categoría de principios legalmente consagrados.



### 3. PRESERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Podría enunciarse este principio diciendo que el régimen mercantil quiere salvar, hasta donde sea posible, la voluntad expresada por las partes al celebrar cualquier negocio jurídico. Encuentra apoyo, primeramente, en el texto del artículo 904, que diferentes ediciones del estatuto mercantil titulan bajo el rótulo de “conversión del contrato”. Ante todo, aplicando el principio ya invocado del artículo 1° del Código, es pertinente extender esta expresión, que resulta del texto literal de la norma, a otra de alcance más amplio, para hablar de “conversión del negocio jurídico”.

Si el legislador pretende salvar el contrato o cualquiera otra forma vinculante que provenga del consentimiento enderezado a producir resultados en el campo del derecho, dándoles efectos aun por sobre la nulidad de cualquier clase, en tanto la regla del artículo no establece distinciones, bien podría afirmarse, con buena parte de la doctrina, que el principio derivado del artículo 904 puede extenderse también al negocio inexistente por vicios de forma o ineficaz por voluntad expresa del legislador, en tanto respecto de ellos militan las mismas razones que apoyan la conversión de un negocio nulo.

Una revisión de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Distrito en materia de títulos valores, emprendida por la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario, permitió encontrar hace más de quince años algunas sentencias de los tribunales de Medellín y de Bogotá que encaraban el fenómeno muy común de letras de cambio en que el girador y el girado, tal como lo permite expresamente el artículo 676 del Código de Comercio, son la misma persona, caso en el cual el obligado prescinde de la firma del primero de estos, por considerar, con toda lógica, que para comprometerse alguien a pagar cierta suma de dinero basta con poner una sola vez su firma. Con todo, esta conducta se opone aparentemente al texto del artículo 621, según el cual la existencia del título valor requiere la firma de quien lo extiende o crea. Frente a la tendencia, en ese entonces y aún hoy muy generalizada, de restarles valor a estos documentos, olvidando de paso la norma del artículo 620, que salva al menos el negocio causal que mediante ellos se expresa, algunas de dichas sentencias pretendieron dar valor a la teoría de la conversión del negocio jurídico, afirmando que en tal caso, ante la inexistencia del documento como letra de cambio, debería tenerse como pagaré, por ser ésta la intención presunta de las partes.

Que la voluntad del legislador sea preservar la fuerza vinculante del negocio jurídico en cualesquiera clase de supuestos, puede apoyarse

igualmente en el texto de los artículos anteriores, el 902 y el 903, que buscan evitar que una nulidad parcial se extienda o contamine al resto de los vínculos derivados de una manifestación de voluntad.

Muchos otros ejemplos podríamos invocar de esta voluntad legislativa. Sirvan, a modo de muestra, los supuestos en que la ley busca hacer producir efectos a una expresión de voluntad, a pesar de sus defectos de forma, como ocurre en el caso del artículo 623, que da valor a un compromiso cambiariamente expresado, aun en el caso de contradicción y a pesar de que esta sea múltiple, lo cual podría llevar a afirmar que dicha obligación carece de objeto determinado; el caso de una obligación de género, aun cuando éste no tenga ninguna clase de determinación, como se prevé para el contrato de la compraventa en el artículo 914 y como podría por analogía extenderse a toda otra suerte de obligaciones de género que no cumplan con la exigencia de la expresión final del artículo 1565 del Código Civil, que exige en estos casos la determinación precisa de dicho género.

Este principio que se analiza obliga al intérprete a buscar efectos distintos de los propios e inmediatamente previstos en el negocio jurídico por los obligados, cuando dichos efectos no se pueden producir por la irregularidad en el vínculo respectivo, pero cuando es posible obtenerlos, al menos parcialmente o de manera siquiera similar, por medio de otra forma de obligación que revista las condiciones de fondo y de forma que se echan de menos en la relación inicialmente querida. Claro está, siempre que pueda suponerse que los obligados aceptarían estos nuevos efectos, suposición a la cual el intérprete debe acercarse, como lo anota el tratadista italiano EMILIO BETTI<sup>13</sup>, con un criterio meramente objetivo, sin reparar en el querer propio de las partes, que sería difícil de indagar para cada caso concreto, salvo acuerdo entre ellas que haría desaparecer el problema. En otras palabras: esta conversión busca que el intérprete, esto es, el juzgador, sea quien determine un querer presunto, no necesariamente real, de los interesados.

Conviene sobre aspecto considerar, desde un ángulo de derecho comparado, el sistema de Estados Unidos, en donde los precedentes apuntan hacia la solución consistente en que el desconocimiento, por cualquier causa, de un negocio jurídico, no es decretado por un Juez sin previamente indagar de las partes interesadas por alternativas que puedan salvar, has-

<sup>13</sup> EMILIO BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.

ta donde ello sea posible, su voluntad inicial. Cuando un negocio jurídico de carácter bilateral o plurilateral se celebra, es claro que las partes buscaron un fin que interesaba a todas ellas en el momento respectivo. Preservar esa finalidad, en la medida en que pueda ser salvada al menos de manera parcial, es un recurso al cual deben acudir los intérpretes y los juzgadores, porque es la manera de no destruir la eficacia del negocio pactado, echando por la borda el interés de las partes y las finalidades que ellas buscaban. Como bien lo expresa el dicho italiano “no debe botarse el agua de la bañera con todo y niño”.

Por el camino que se expresa la irregularidad del acto jurídico solamente debe llevar a privarlo de sus efectos propios o de otros al menos similares, cuando sea preciso aceptar que estos no pueden de ninguna manera producirse, por no existir un camino diferente para hacer valer de alguna manera la voluntad expresada. Este escrutinio, es necesario anotar, resulta exótico entre nosotros, llevándose así de calle el principio estudiado.

#### 4. RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA BUENA FE

No puede, evidentemente, aceptarse como novedad de las reglas mercantiles el papel de la buena fe en el mundo de las relaciones jurídicas de derecho privado. Ya desde la llamada “Corte Admirable”, el siglo pasado, se hicieron resaltar en sentencias inolvidables las consecuencias de la conducta inspirada en cánones de comportamiento que respondieran a este principio y su papel creador de derechos. En este sentido, debe afirmarse que la protección de la buena fe ha venido siendo, al menos desde los llamados glosadores y posglosadores, uno de los principios tutelares del derecho en general y, de manera muy especial, del derecho privado.

Nuestra Carta Política nos enseña en el artículo 83, de manera general, para todo el campo jurídico, que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. Esta regla y esta presunción han sido extendidas por la jurisprudencia de la Corte respectiva, no sólo a la conducta de los particulares frente a la administración pública, sino en general al comportamiento de todos los sujetos de derecho entre sí. Entre otras cosas, el artículo 835 del ordenamiento mercantil ya había sentado la presunción respectiva, como también lo había hecho bastante antes el artículo 769 del Código Civil.