

# SEIS LUSTROS DE JURISPRUDENCIA MERCANTIL

*Néstor Humberto Martínez Neira*

## RESUMEN

Este documento contiene una descripción sobre diversos aspectos del papel de la jurisprudencia en la historia del derecho comercial colombiano durante los últimos treinta años con una corta referencia a la jurisprudencia francesa. Evidencia la necesidad de fortalecer el papel de los jueces en el desarrollo del derecho comercial para evitar asuntos como la desjudicialización de los procesos, la privatización de la justicia en el arbitraje, la indebida e impropia interferencia de la Corte Constitucional en asuntos de comercio.

**Palabras clave:** derecho comercial, legislación mercantil, jurisdicción mercantil, jueces de comercio, Corte Constitucional, competencia.

## ABSTRACT

*This paper contains a brief description of some aspects of the judges in the history of the Commercial Law in Colombia with a reference to the French judicial system of commerce. Stands for the necessity of contribute to build a stronger justice for the development of Colombian Commercial Law to avoid some negative aspects such as the non concurrence to a commercial judge in some trials, the privatization of justice in arbitration tribunals and the collision of the scope of the Constitutional Court with Commercial Law issues (which should be out of its jurisdiction).*

**Key words:** commercial law, commercial law jurisdiction, commerce judge, Constitutional Court, choice of forum.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. JURISDICCIÓN MERCANTIL: ANTECEDENTES EN COLOMBIA
3. UN REFERENTE: LA JURISPRUDENCIA FRANCESA
4. LECCIONES DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA
  - 4.1. Pobres aportes
  - 4.2. Inobservancia de los fundamentos del derecho comercial
    - 4.2.1. Las fuentes especiales del derecho mercantil
    - 4.2.2. El reconocimiento de la costumbre como fuente vital del derecho mercantil
    - 4.2.3. Reconocimiento del carácter totalizador e integral del Código de 1971
    - 4.2.4. El carácter objetivo de la legislación mercantil
    - 4.2.5. La analogía
    - 4.2.6. Naturaleza mercantil de los actos
    - 4.2.7. La precariedad del principio de consensualidad mercantil a la luz de la jurisprudencia
    - 4.2.8. El tratamiento de los contratos reales en el derecho mercantil
    - 4.2.9. Un vacío extravagante: la jurisprudencia desconoce la *lex mercatoria*
5. ANOTACIONES FINALES

### 1. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la celebración de los primeros treinta años del Código de Comercio, me propongo en esta oportunidad analizar el papel del juez en la evolución de las instituciones mercantiles y su capacidad hermenéutica para adaptar el orden jurídico a las realidades socioeconómicas, siempre dinámicas y cambiantes, a la luz de los primeros seis lustros de jurisprudencia comercial.

Mucho se discute entre nosotros el papel del juez en la sociedad contemporánea. Lo cierto es que él debe trascender de la exégesis para valorar las realidades sociales y hacer del derecho, en cada caso concreto, expresión cierta de la justicia y la equidad del orden jurídico.

### 2. JURISDICCIÓN MERCANTIL: ANTECEDENTES EN COLOMBIA

En Colombia no existe el juez comercial. De hecho, sus antecedentes decimonónicos no son los más loables entre nosotros. Retomando las bases del derecho indiano, la

ley del 10 de julio de 1824, estableció el modo de conocer de las causas de comercio de sustanciarlas y determinarlas. La citada ley fundamenta su parte motiva en que

“...varios ciudadanos de los puertos y plazas comerciantes han solicitado que se establezca un juzgado particular para los negocios contenciosos de comercio (...) por el cual *se despachen con toda brevedad posible* dichas causas, sin que los individuos de esta útil profesión experimenten demoras indispensables en los juzgados ordinarios de primera instancia, *que son causa de atrasos y perjuicios considerables* en sus contratos, viajes y especulaciones” (bastardilla fuera de texto).

En dicho orden de ideas, tal normativa acoge principios de celeridad en el procedimiento, los cuales se traducen en preceptos, tales como la regla general de la verbalidad de los procesos; el pronunciamiento de las decisiones conforme “... a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”; el establecimiento de un monto mínimo en el valor de las pretensiones para dar cabida a la recusación de alguno de los miembros del tribunal; la concesión de la apelación en el hoy conocido como “efecto devolutivo” y la declaración de “... no haber fuero alguno en aquellos negocios que son del resorte del tribunal” (de comercio) creado por la citada ley.

Pese al esfuerzo legislativo que se pone de presente con la expedición de toda esta normatividad, y en especial con la Ley de 1833 por la cual se había dado entidad nacional a los tribunales especiales de comercio, el resultado buscado en cuanto dice relación con la rapidez que quiso imprimírsele a las causas de comercio, no se logra

“... Viniendo a ser difícil su ejecución que el procedimiento en las demás causas civiles...”,

según reza el primer ‘considerando’ de la Ley del 23 de mayo de 1836.

Buena parte de las razones que explican este fracaso, se expresan sucintamente en el segundo ‘considerando’ de la Ley, cuyo tenor literal es el siguiente:

“...2º Que en la formación de este tribunal –el de comercio–, prescindiendo de otros inconvenientes, sufren los comerciantes los perjuicios consiguientes *a ser distraídos de sus ocupaciones*, sin que por otra parte sean de mayor provecho sus conocimientos *siempre que la causa haya de fallarse con dictamen de asesor, o que el juez de primera instancia sea letrado...*” (bastardilla fuera de texto).

De acuerdo con la motivación de la mencionada ley, pareciera que desde la misma conformación del tribunal dichos cuerpos presentaban dificultades que se reflejarían más tarde, aparentemente, en su desempeño poco feliz: en primer término porque su forma de designación para cada negocio y la prohibición de eximirse del cargo salvo por causa grave hacían que los comerciantes tuviesen que dedicar mucho tiempo a la resolución de sus propios problemas, por manera que el ahorro

perseguido en el trámite expedito no compensaba los gastos de tiempo, principalmente, en que tenían que incurrir los comerciantes por las antedichas causas.

De otra parte la necesaria participación de los denominados asesores y, más que ello, la intervención en primera instancia de un juez civil, experto en materias cuyo trámite se hallaba sujeto a las formalidades y ritualismos que le son inherentes, pero neófito en las materias mercantiles y sin cuya decisión poco o nada podía hacerse, hacían difícil obtener en la práctica los objetivos deseados. Pese a ello, tales consideraciones deben ser tomadas con beneficio de inventario pues, a nuestro juicio, y como veremos más adelante, el problema adquiere proporciones tales que resulta difícil acepar esa explicación para un fenómeno que vuelve a surgir tres lustros después.

En tal sentido la Ley prescribió que:

“... los jueces letrados, y en su defecto los que hayan de reemplazarlos en calidad de jueces de primera instancia, conocerán conforme a la ley del 14 de mayo de 1834 sobre procedimiento civil y a su adicional del 20 de abril de 1836 de todos los pleitos y diferencias que ocurran o estén pendientes sobre los actos de que tratan las Ordenanzas de Bilbao, y en su defecto por las leyes comunes vigentes”.

Tal vez atendiendo a esas probables causas de los fallidos objetivos de la jurisdicción comercial, dieciséis años más tarde, es decir en 1852, el Congreso de la Nueva Granada emite la ley del 4 de mayo, con la cual si bien restablece los tribunales de comercio y regula el procedimiento correspondiente, trata de eliminar algunas fallas que su antecedente en el tiempo había presentado, para cuyos efectos prescribe, entre otras muchas cosas,

“que los jueces de los tribunales de comercio deben proceder y sentenciar en todos los negocios de su competencia, bajo su responsabilidad, y *sin consultar abogado en ningún caso*” (artículo 4º) (bastardilla fuera de texto).

La ley crea un procedimiento expedito para los denominados juicios ordinarios de comercio, así como institucionaliza la elección de los jueces por asamblea de los comerciantes nacionales o extranjeros que se hallen en la cabecera del circuito, para un período de dos años, pudiendo ser siempre reelegidos.

Empero, no existen –*prima facie*– argumentos verdaderamente contundentes que justifiquen la desaparición de una jurisdicción especial y su postrer resurgimiento en un lapso tan corto como el citado, de tal suerte que pueda concluirse en forma más o menos inequívoca la bondad de uno u otro ordenamiento.

El 16 de junio de 1853, ya expedido el Código de Comercio de la Nueva Granada (1º de junio), y que derogó expresamente las hasta entonces vigentes Ordenanzas de Bilbao, por ley de ese año se establece:

“...en todas las cabeceras de circuito en que lo crea conveniente la respectiva legislatura provincial, (...) un tribunal de comercio a cargo de juez, que actuando con un secretario, conocerá privativamente de los negocios comerciales comprendidos en el Código Sustantivo de la materia, y de las tercerías en juicios de comercio”.

Las leyes vigentes para el año de 1858, y con ellas substancialmente el Código de 1853, comienzan a perder su contenido y aplicación reales con ocasión del cambio jurídico-político operado en esa fecha y que convirtió a la Nueva Granada en la Confederación Granadina, bajo la forma de organización federativa. Desde entonces, y con mayor fuerza en la instauración de los Estados Unidos de Colombia en 1861 y en la Carta de Rionegro, los estados soberanos fueron facultados para expedir Códigos propios de derecho privado, no reservándose los Estados Unidos sino lo relacionado al comercio marítimo a fin de establecer una legislación nacional sobre la materia.

El 11 de julio de 1870 se expide, por Ley, el Código de Comercio Marítimo cuya edición oficial de 1874 será la adoptada en la Ley 57 de 1887, cuando bajo el nombre de República de Colombia el país regresa al centralismo del estado unitario.

Para el 19 de mayo de 1875, por medio de la Ley 35 de la misma fecha,

“...las atribuciones señaladas a los tribunales de comercio serán ejercidas –en lo sucesivo– por los juzgados nacionales a cuya jurisdicción pertenezca el puerto fluvial de la procedencia de la nave, o de su destino de arribada, según el caso, o a aquél donde primero ocurra el capitán u oficial que haga sus veces...”.

De esta manera se produce el desvertebramiento legal de los tantas veces mencionados juzgados especiales de comercio, para en su lugar, dar paso a una jurisdicción civil única que será elevada a canon constitucional en 1886, donde únicamente se preservará la posibilidad de crear tribunales de comercio (artículo 163).

En la reforma de 1968 dicho artículo pasará a ser nominado como el 164 y su posibilidad de desarrollo es hoy, según la Constitución de 1991, de naturaleza legal, sin que hasta la fecha el legislador haya optado por darle curso a esta jurisdicción especial.

Lo anterior no excusa al juez civil, sin embargo, de reconocer el carácter especializado del derecho mercantil y de contribuir a su formación y desarrollo,

atendiendo a sus características. Mucho menos en tratándose de una ciencia que, como el derecho de los negocios, su método de construcción científico es el inductivo.

### **3. UN REFERENTE: LA JURISPRUDENCIA FRANCESA**

En el desarrollo del derecho comercial moderno, que se edifica en Occidente sobre la obra napoleónica del Código de Comercio francés de 1807, la jurisdicción del comercio jugó un papel fundamental.

Una de las mayores falacias doctrinarias en derecho mercantil consiste en el error de atribuirle al Código de Napoleón la paternidad histórica sobre la dicotomía del derecho privado<sup>1</sup>. Basta con examinar la estructura del Código, promulgado mediante ley de 15 de septiembre de 1807, para reconocer que sus autores jamás concibieron el concepto de “acto de comercio” como criterio diferenciador del régimen de obligaciones civiles y mercantiles. Su origen se justificó única y exclusivamente para definir la competencia de los tribunales de comercio<sup>2</sup>. De hecho ninguno de los libros que lo integraban se refería a un régimen especial de obligaciones y contratos.

Como lo anota LE PERA<sup>3</sup>, fue la jurisprudencia de los tribunales de comercio franceses, posterior a la expedición del Código, la que “fue apartándose en ciertos aspectos de las soluciones de los tribunales civiles, lo cual permitió distinguir ciertas *reglas aplicables a las obligaciones comerciales*”.

El papel del juez de la época no se redujo a la exégesis; su tarea como intérprete de las realidades del comercio no permitió que su jurisprudencia se caracterizara por ser un producto esclerótico. Para ello abordó con audacia la labor de aplicar el derecho común a las relaciones nacidas del comercio, con la auténtica intención de facilitar el intercambio masivo de bienes y servicios y el desarrollo de las prácticas comerciales, en un entorno de adecuado decoro profesional y respeto del interés público.

---

1 En este sentido véase a BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 7ª edición, 1987, pág. 51.

2 Artículos 631, 632 y 633 del título XII del Código de Comercio francés de 1807, “De la competencia de los tribunales de comercio”.

3 LE PERA, SERGIO, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 33.

Gracias a su consciente función interpretativa de las propiedades del mundo de los negocios, el juez de comercio francés concibió muchas de las instituciones especiales de las obligaciones mercantiles:

- Reconoció el poder creador de efectos jurídicos de la voluntad contractual, por encima de las formalidades propias del derecho civil, dando paso al denominado principio de la “*consensualidad mercantil*”. Porque el comercio, tanto más el de nuestros días, no se sujeta a solemnidad alguna para que los empresarios ejecuten las prestaciones nacidas de los contratos que conciben, ajenos a forma o documento de cualquier clase.

De allí que emancipó el derecho mercantil de la forma, declarando innecesaria la constitución por escrito de los contratos a partir de cierto monto, como lo establecía el artículo 1341 del Código Civil.

- Como corolario de la consensualidad la *mise en demeure* o puesta en mora por parte del acreedor se entiende surtida mediante cualquier manifestación de éste reclamando el pago y no necesariamente por la vía judicial<sup>4</sup>
- Asumiendo el interés común de los co-contratantes que actúan como deudores de una misma obligación, la jurisprudencia francesa abrió paso al *principio de la “presunción de la solidaridad pasiva”*<sup>5</sup>, que hoy se extiende uniformemente en todos los estatutos mercantiles de derecho escrito. Todo ello por oposición al derecho civil en que debe pactarse expresamente tal solidaridad (artículo 1202 del Código Civil francés).
- En el mismo afán de reconocer la eficacia del negocio jurídico mercantil, la jurisprudencia comercial francesa se apartó de la resolución del contrato como respuesta del derecho civil a la inejecución parcial de las obligaciones, permitiendo la *modificación del contrato* por el juez, por ejemplo, a través de la modificación del precio<sup>6</sup>.

## 4. LECCIONES DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

### 4.1. Pobres aportes

El protagonismo del juez francés en la interpretación de las propias realidades del comercio, en términos generales dista en mucho del papel que ha cumplido el juez

4 Ibídem, pág. 34.

5 Véase RIPERT, GEORGE, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. I., Ed. TEA, Buenos Aires, 1954, pág. 238.

6 Ibídem, pág. 239 y t. IV, pág. 30.

colombiano en la construcción del derecho mercantil y en la interpretación de los nuevos fenómenos y realidades que nacen de una actividad empresarial cada vez más compleja y globalizada.

Los aportes de la jurisprudencia colombiana al derecho comercial contemporáneo brillan por su ausencia. De hecho, las más importantes innovaciones en esta materia, con posterioridad a la expedición del Código de Comercio de 1971, han sido producto de la acción legislativa.

En treinta años de vigencia del nuevo código, no recordamos fallos célebres, a semejanza de los que en los años treinta le permitieron dar una sólida proyección al derecho civil en materias tales como el abuso del derecho, la teoría de los derechos adquiridos y la responsabilidad extracontractual, entre otros asuntos.

A partir de los principios generales del derecho y en particular del derecho comercial, estamos en mora de conocer pronunciamientos de nuestras cortes acerca de los aspectos más cruciales del derecho de los negocios en los tiempos modernos o creaciones jurisprudenciales que viabilicen algunas de las expresiones negociales más complejas de la actualidad.

En el terreno del derecho societario, por ejemplo, la academia advierte un profundo silencio de la voz judicial. Sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital; la responsabilidad de los grupos y conglomerados en asuntos concursales; la fusión impropia y la escisión; y el abuso de la personalidad jurídica, en torno a la cual la jurisprudencia americana y continental europea ha iniciado un debate muy rico, entre otros asuntos, desconocemos pronunciamientos del juez colombiano. Los principios generales resultaron insuficientes para construir una teoría sobre la mayor parte de los mismos, llevando al legislador de 1995 a formular regulaciones sobre la materia mediante la Ley 222.

La defensa de los derechos de las minorías en la sociedad anónima abierta, la que ruinosamente sobrevive, está de la mano de nadie. Los abusos de las minorías organizadas que toman la administración de las empresas llegaron a extremos incalificables, en medio de la indiferencia o de la inconsciencia estatal. Causando un daño irreparable a la confianza en el mercado de valores, a donde no volvieron a llegar los pequeños capitales, que fueron objeto de un “desplume” organizado e impune.

Primero, mediante los “poderes de ventanilla” se obtuvo el poder real de las empresas para ponerlas al servicio de los conglomerados, que engordaron sus bolsillos. Posteriormente se compraron las sociedades anónimas con la simple

“firma” y luego se pagaron con las reservas patrimoniales acumuladas que se distribuyeron a título de dividendos para cancelar las deudas contraídas. Con perplejidad vimos “descuartizar” empresas cuyos activos valiosos se privatizaron y las pérdidas se socializaron, entregando el cascarón remanente a sus empleados y a los fiscos departamentales. Y cuando llegó la hora de la globalización y la integración patrimonial de las empresas, se esquilmó a los accionistas minoritarios en los procesos de fusión a través de relaciones de intercambio inequitativas.

En el entre tanto, la función judicial no ofreció reparo alguno a todas estas conductas y proceder, y logró deprimirse para siempre la función social del mercado de valores, a donde sólo llegan hoy los despistados y los incautos.

La protección de los derechos de los consumidores tampoco se ha visto beneficiada con la acción de la justicia. Las teorías en boga sobre el particular y la proscripción de las prácticas comerciales restrictivas del libre comercio, se han dejado al buen cuidado de los funcionarios administrativos.

La visión judicial sobre los títulos valores se limita fundamentalmente a su consideración como títulos ejecutivos. Nunca logramos conocer, por ejemplo, el pensamiento de la jurisdicción sobre el carácter exclusivo y excluyente de los títulos valores, hasta que la Ley 35 de 1993 definió que la Superintendencia de Valores podía reconocerlo tal carácter, con los efectos de ley, a los documentos seriales y masivos que circularan en el mercado público de valores.

Y en relación con las obligaciones y los contratos mercantiles, los reparos sobre la jurisprudencia son enormes, como se detallará en esta ponencia.

Como si fuera poco, el papel del juez en los procesos concursales fue desplazado. Lo fue del concurso preventivo y más adelante de la liquidación forzosa que sustituyó a la quiebra, de la que dijo el profesor HERNANDO MORALES MOLINA que, en manos de los jueces, se sabía cómo empezaba, pero jamás cuándo ni cómo terminaba.

#### **4.2. Inobservancia de los fundamentos del derecho comercial**

Este lánguido papel de la jurisprudencia mercantil colombiana, se hace mucho más evidente cuando se concluye que el juez atrofia la especialidad del derecho mercantil o desconoce sus fundamentos esenciales, como se concluye de un repaso asistemático de las más importantes sentencias sobre la materia durante los últimos treinta años.

#### **4.2.1. Las fuentes especiales del derecho mercantil**

La primera gran batalla del derecho comercial en estos años, ha sido la de preservar su carácter especial, en manos de la justicia civilista. Como en la mayor parte de los asuntos complejos del derecho, el problema de las fuentes termina siendo el más crucial y determinante de todos.

Los primeros nueve artículos del Código de Comercio, a propósito de las fuentes del derecho mercantil, constituyen los pilares de la especialidad de esta disciplina.

La atención que los mismos han recibido de la jurisprudencia no es digna de mayores elogios. Y ello explica en buena parte por qué el juez civil, al incursionar en el terreno comercial, es proclive a apelar al derecho común para solucionar en derecho los temas que se le plantean, pasando por alto que la ley y la costumbre mercantiles prefieren a la ley civil. Es el mandato del artículo 1° del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 3°, que confiere a la costumbre mercantil la misma autoridad que la ley comercial. Es justamente en estos preceptos en donde se edifica el concepto de la especialidad del derecho de los negocios.

Estos axiomas han encontrado recientemente feliz acogida en la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala Civil en fallo del 27 de marzo de 1998, ha dicho:

“Los artículos 1° a 9° del Código de Comercio consagran las fuentes formales del 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 recurrirse 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 (artículo 1°, C. de Co.). Si con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudir a la costumbre, que de reunir las condiciones señaladas por el artículo 3° *eiusdem*, tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil, a las cuales el artículo 2° permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo o consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria. 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”. (CSJ, Cas. Civil, sent. marzo 27/1998, exp. 4798, MP JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ).

Pese a la claridad de pensamiento de la Corte, al incursionar en la aplicación de las fuentes los problemas son enormes, como pasa a examinarse.

#### **4.2.2. El reconocimiento de la costumbre como fuente vital del derecho mercantil**

Dijo bien la Corte en el fallo reseñado que la costumbre es fuente especial de derecho mercantil, que obra en defecto de derecho escrito de naturaleza comercial y, en todo caso, con preferencia a la legislación civil.

Porque el derecho comercial fue y lo sigue siendo, un derecho de naturaleza consuetudinaria. Las prácticas regulares y cambiantes de los comerciantes enriquecen día a día el acervo regulatorio de esta disciplina. La costumbre es la sabia que nutre el derecho comercial.

Esta circunstancia, amén de su carácter preferencial en relación con la legislación civil, debe llevar al juzgador a verificar en cada caso concreto si respecto de una determinada situación jurídica existe o no una regla consuetudinaria aplicable, como parte que es del orden jurídico. Éste no puede ser interés sólo de las partes.

De allí que si bien la costumbre mercantil como fuente no escrita deba probarse, nada impide que sea oficiosamente el juez quien indague acerca de su existencia, para evitar caer inexorablemente en el derecho civil, frente a casos en los cuales los usos mercantiles tienen sus propios dictados y pueden determinar soluciones diferentes a las que plantea el derecho común.

Desde esta perspectiva, es atentatoria de la especialidad del derecho comercial, la práctica judicial que jamás indaga sobre la costumbre mercantil, acompañada más recientemente de la indeferencia de las cámaras de comercio por divulgar su existencia. Práctica que, por lo demás, ha resultado avalada por la propia Corte Suprema de Justicia:

“1.- De conformidad con el artículo 3º del Código de Comercio, “la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”, razón por la que los jueces deberán aplicarla cuando no haya norma legal que regule el caso controvertido.

“1.1.- Para el efecto será necesario primero probar la costumbre mercantil por uno de los medios que establece la ley que, como se desprende del artículo 6º de la obra citada, será con cualquiera de los establecidos por el C. de P.C. en su artículo 190 o con el que la misma disposición prevé. Así, en aquel que se estipula que podrá hacerse con los siguientes:

“1. Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia”, en cuyo caso “se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo”, según lo ordena el artículo 6° del C. de Co.; y

“2. Certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rijan”. Además en la mencionada norma del estatuto mercantil se autoriza su prueba con el testimonio de cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, “que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el artículo 3°”.

“1.2.- Síguese de estos preceptos que no siendo la existencia y el contenido de la costumbre comercial cuestiones de derecho sino de hecho, para que el juez pueda darle a ésta la misma autoridad que a la ley comercial y aplicarla al caso controvertido, a falta de norma legal escrita, es preciso que haya sido acreditada dentro de proceso por uno de los medios idóneos referidos, por manera que si entonces se omitiere su aplicación se estaría ante una transgresión susceptible de ser atacada por la causal primera de casación.

“Así cuando el recurrente pretenda acusar una sentencia por tal motivo, su impugnación no podrá limitarse a probar que la costumbre comercial no se hizo actuar, sino que tendrá que demostrar primero cómo se estableció su existencia y contenido para hacerle ver a la Corte cómo, a pesar de haber sido acreditada, el juez no la aplicó, incurriendo en error de hecho o de derecho la no haber tenido en cuenta los medios que se adujeron para probar esa costumbre” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de marzo de 1988).

#### ***4.2.3. Reconocimiento del carácter totalizador e integral del Código de 1971***

En la aplicación de las fuentes del derecho comercial, una de las principales virtudes del derecho escrito codificado tal vez tenga que ver con la aceptación de que el nuevo Código derogó integralmente las disposiciones reguladas en él a que la anterior regulación se refería.

Se trata de una consecuencia querida por el legislador para ofrecerle certeza a los operadores de esta rama del derecho acerca de las normas vigentes. Para ello apeló al sistema de derogatoria integral o sistemática a que alude el artículo 3° de la Ley 153 de 1887. Este es el alcance precisamente del artículo 2034 del Código de Comercio.

Sin embargo, a lo largo de estos treinta años resultó ser un esfuerzo descomunal que finalmente se aceptara en forma pacífica esta consecuencia. Durante los primeros lustros la justicia invocó regularmente el supuesto carácter especial de ciertas normas que regulaban materias propias del nuevo Código de Comercio. El

debate fue muy amplio, por ejemplo, en relación con la vigencia de las normas sobre prenda agraria o prenda industrial (Leyes 24 de 1921 y 68 de 1924 y decreto 553 de 1932), dado que el código había regulado íntegramente la prenda sin tenencia. Lo mismo ocurrió con un sinnúmero de disposiciones de la Ley 58 de 1931, sobre supervisión de las sociedades comerciales, a las cuales el Consejo de Estado les “respetó” su vigencia aún con posterioridad a la expedición del Código de 1971.

Se tomó cerca de dos décadas que la jurisprudencia llegara a aceptar la derogatoria sistemática o integral de todas las leyes que versaran sobre los distintos tópicos regulados, in extenso o no, por el Código de Comercio de 1971. Dijo la Corte Suprema de Justicia en 1990:

“Por otro lado, el ataque a la sentencia también viene montado sobre la distinción que el recurrente plantea entre los seguros de cumplimiento, de una parte, y los de crédito y responsabilidad de la otra. El fundamento legal de los primeros pretende hallarlo entre otras normas, en los artículos 2º y 7º de la Ley 225 de 1938.

“Empero, con ello, el recurrente pierde de vista que, de conformidad con el artículo 2033 del actual Código de Comercio éste regula íntegramente las materias en el contempladas y que en consecuencia, quedó derogado no sólo el anterior Código del Comercio terrestre, sino también “Todas las leyes y decretos complementarios o reformatorios que versen sobre las mismas materias”, con la sola salvedad allí señalada”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de octubre de 1990, MP: Dr. HÉCTOR MARÍN NARANJO).

Y más recientemente sentenció la Corte Constitucional:

“En efecto, la remisión a normas especiales para regir las actividades de la mujer casada comerciante (artículo 196 C.C.) carece hoy de todo sentido si se tiene en cuenta que, por una parte, el Código de Comercio promulgado mediante el decreto 410 de 1971 reguló íntegramente la materia mercantil, como de manera expresa lo dijo el artículo 2033, y no introdujo como no podía hacerlo ante la evolución que para esa época ya mostraba la legislación disposiciones relativas a las mujeres comerciantes y menos todavía a las casadas, y si se recuerda que, de otro lado, desde la Ley 28 de 1932 había desaparecido toda restricción a la mujer casada en cuanto al manejo de sus bienes y recursos, así como en lo referente a sus plenas posibilidades de actuación en el mundo de los negocios sin la tutela ni el control de su marido”. (Sentencia C-379/98, julio 27/1998, magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).

#### **4.2.4. El carácter objetivo de la legislación mercantil**

Una de las características que surgieron para el derecho comercial con el período de codificación del derecho mercantil en el siglo XVIII, tiene que ver con su

*objetivación*. Desde entonces, al hacer crisis el derecho estatutario construido alrededor de las corporaciones de mercaderes, que fueron abolidas por el pensamiento enciclopedista y las decisiones de política de la revolución, el derecho mercantil dejó de ser el derecho de los comerciantes.

Para tal efecto se construyó el concepto del “acto de comercio” que define hoy por hoy su ámbito de aplicación.

Es esta una definición del derecho mercantil de la época. Lo que ha conducido, en medio de la dicotomía del derecho privado, a que se produzca la comercialización del derecho comercial a todos los rincones de la vida jurídica de los ciudadanos, de contenido patrimonial, sean éstos o no comerciantes.

Lamentablemente durante las primeras décadas de vigencia del nuevo estatuto mercantil, los jueces continuaron definiendo la naturaleza del asunto, aferrados a la condición de las partes contratantes: el asunto era comercial si una o ambas partes actuaban como profesionales del comercio. Es decir, se siguió actuando con los criterios que derogó la codificación europea del siglo XVIII y, muy especialmente, el código español de 1829.

Aún hoy en día se leen fallos con este alcance:

“El artículo 884 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 72 de la Ley 45 de 1990, tienen en efecto previsto sanciones, como la pérdida de todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual, esto último en lo referente a las sumas ya canceladas, cuando quiera que se estipulen o perciban unos que sobrepasen la tasa que es permitido prestar.

“Empero, como resulta apenas natural, *las sanciones que contemplan estas normas de carácter mercantil sólo son de aplicación, cuando se encuentre establecida la calidad de comerciantes de las partes*, pues aparte que las de carácter civil no las contemplan, el contrato de mutuo a interés sólo tiene el carácter de acto de comercio cuando se practica en forma habitual, según lo dispone el artículo 20-3 del Código de Comercio.

“En el caso que se revisa, no está demostrado que las partes entre quienes se celebró el contrato que se hace valer ejecutivamente, tengan la calidad de comerciantes, ni que el referido contrato tiene el carácter de acto de comercio, dado que no se ha probado que la ejecutante se dedique a “dar habitualmente dinero en mutuo a interés”. En tales condiciones, las sanciones previstas en las normas de carácter mercantil atrás citadas no le pueden ser impuestas, porque las que rigen este contrato son las previstas en los artículos 1617 y 2231 del Código Civil; (...)”. (Se llama la atención) (TS, Bogotá, auto CI-17, enero 12/96. MP BERNARDO MORALES CASAS).

La misma Corte Suprema de Justicia ha llegado al punto de concluir que la legislación mercantil se aplica cuando en uno de los extremos de toda relación jurídica existe un profesional del comercio, dándole así alcance al denominado acto comercial unilateral o mixto, que no corresponde a su definición del artículo 22 del Código de Comercio. El acto es mixto y por lo tanto se rige por la ley mercantil, cuando el contrato es de comercio para una de las partes, así ambas no ostenten la condición de comerciantes. El pronunciamiento de la Corte refleja un rezago doctrinal del derecho comercial subjetivo, superado hace varias centurias:

“El Código de Comercio en su artículo 20 relaciona los actos que la ley considera comerciales en consideración a su naturaleza objetiva en 19 ordinales que la jurisprudencia y la doctrina han estimado, como elementos de una enunciación que no tiene carácter taxativo; todo lo cual se pone de relieve en la redacción del último de los ordinales mencionados que termina diciendo que son comerciales, para todos los efectos legales, “Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil”. Por su parte el artículo 21 adopta un criterio subjetivo al considerar que son mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, lo cual concuerda con lo establecido por el artículo 100 del mismo Código que considera que son comerciales todos los actos verificados por la sociedades constituidas por acciones y las de responsabilidad limitada, “cualquiera que sea su objeto”. Pero como el artículo 22 establece que si de conformidad con los anteriores criterios adoptados por los artículos 20 y 21 el negocio jurídico es celebrado por una parte respecto de la cual el negocio se considera mercantil y le es aplicable la ley comercial, *lógico es menester concluir que vasta que el negocio sea comercial o lo verifique la parte comerciante, para que las relaciones entre las dos partes se consideren regidas por la ley comercial*” (el llamado no es del original). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 23 de 1988. MP PEDRO LAFONT).

Por la brevedad de estas notas no se insiste en la invocación de sentencias de la misma factura. Por el contrario, se recomienda la lectura del fallo de Sala Civil de la Corte, de autoría del Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO, que no deja dudas sobre nuestra anotación:

“Bien sabido es que al igual que ocurre con el derecho civil, el derecho mercantil se ocupa de regular relaciones privadas pero evidentemente no todas sino aquellas que de acuerdo con el ordenamiento positivo constituyen la que acostumbra a denominarse “materia comercial”. Por eso es necesario, como acontece con cualquier estatuto normativo de carácter especial singular, que él mismo se ocupe de filar la clase de relaciones a las cuales les es aplicable, y a este objetivo tienden sin duda alguna, por lo que el Código de Comercio vigente en el país concierne, un buen número de sus disposiciones de entre las que aquí importa destacar los arts. 1º, 11, 20, 21, 22, 23, 24 y 100 de dicho cuerpo legal, habida cuanta de que son ellos los que de manera general por lo menos, van a permitir saber, en cada caso particular, si el negocio, contrato u operación de que se trata da origen o no a un verdadero “asunto mercantil”, independientemente de la calidad subjetiva de empresarios individuales o sociales

*(comerciantes) que tengan quienes participaron en su celebración o en su ejecución, esto por cuanto no es esa calidad, contra lo que podría suponerse sin mayor estudio del tema, el único elemento que permite reconocer el acto de comercio y calificarlo como tal para los muchos conceptos en que hacerlo es cuestión jurídica prioritaria. En efecto, adoptando este criterio que predomina en las legislaciones modernas, el artículo 11 del Código de Comercio colombiano pone de presente con absoluta claridad, al igual que lo hacía el artículo 10 del Código derogado en 1972, que los actos de comercio, sin dejar de serlo, pueden ser llevados a la práctica accidentalmente o de manera ocasional por personas civiles que no tienen el hábito del comercio ni hacen una profesión de la repetición habitual de actividades que la ley refuta mercantiles” (el llamado no es del original) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de febrero de 1996).*

#### **4.2.5. La analogía**

La especialidad del derecho comercial, respecto del derecho civil, comporta al tenor del artículo 1° del Código de Comercio que en defecto de regulación positiva expresamente aplicable a un asunto mercantil, debe apelarse al método de aplicación analógica de la legislación comercial, antes que a la regulación civil. Se trata esta norma, en nuestro entender, de una de las máximas expresiones del carácter preferente de la legislación comercial frente al derecho común, porque en presencia de un asunto no regulado expresamente por el legislador mercantil, así la materia esté típicamente regulada en el derecho civil, el artículo 1° C. de Co. manda aplicar las normas comerciales por analogía, antes que el derecho civil donde la cuestión tiene una solución expresa.

Sin embargo, anota la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (sentencia del 30 de agosto de 2001, MP NICOLÁS BECHARA), que tratándose de obligaciones mercantiles, el postulado del artículo 1° del Código de Comercio fue modificado por el artículo 822, *ibídem*, como quiera que en defecto de legislación mercantil sobre las normas que gobiernan la formación, modificación, interpretación y extinción de los contratos, debe aplicarse directamente la legislación civil, sin que resulte procedente la previa analogía mercantil:

“En general, manda el artículo 1° del C. de Comercio, “los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”, y, según el artículo 2°, “en las cuestiones comerciales que no puedan regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la ley civil”; por consiguiente, en tanto que, como se deduce de estos preceptos, prima en caso de vacío legal la aplicación de la analogía de las normas comerciales por sobre la aplicación de los preceptos de naturaleza civil, claro se ve que el legislador, en principio, quiso guardar que los asuntos mercantiles fuesen definidos atendiendo a su propia naturaleza y de acuerdo con las normas que

han sido expedidas en consonancia con ésta y con la agilidad que de suyo ostenta el tráfico comercial, mucho más y antes que acudir a otro ordenamiento extraño o incompatible.

*“3. Empero, esa primera intención del legislador sufre notable variación, en lo que a su vez constituye excepción a la anterior regla general consistente en la aplicación esencial de los preceptos del Código de Comercio, cuando posteriormente el artículo 822 dispone que: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa” (subraya y resalta la Corte).*

“Se ve entonces que la norma transcrita, en relación con la aplicación de los preceptos civiles a los asuntos mercantiles que tocan con los actos y las obligaciones de este linaje y respecto de cada una de las situaciones que ella misma define, sobrepasa la preferente aplicación de la analogía de las normas comerciales que, por regla general, establece el Código de Comercio, pues yendo más allá y justamente con el fin de precaver lo que se debe hacer en presencia de un vacío legal, e incluso para evitarlo en lo posible, integra al cuerpo de normas comerciales los principios y, por ende, las normas del derecho civil en lo que respecta a los negocios jurídicos y a las obligaciones mercantiles; ello implica en consecuencia que en las materias a que alude el citado artículo 822 del C. de Comercio y cuando no haya precepto comercial aplicable a un caso determinado deba acudirse a lo que disponga el derecho civil antes que a las situaciones comerciales análogas o semejantes, salvo, claro está, “que la ley establezca otra cosa”.

“4. Ahora bien, del hecho mismo de que esa integración normativa no pueda darse cuando “la ley establezca otra cosa”, fluye palmario que esta salvedad no coloca las cosas de nuevo para que también en punto de actos y obligaciones mercantiles, a falta de norma comercial, deba acudirse a la analogía como de manera preeminente lo indica el artículo 1º del C. de Comercio, puesto que si ello fuera así perdería sentido y razón de ser el fenómeno de integración de normas comerciales y civiles que en el fondo consagra el artículo 822; es decir si fuera dable considerar con apoyo en este precepto que uno de los eventos en que la ley dispone otro modo para resolver los casos no regulados en la ley comercial es el considerado en el artículo 1º –analogía–, en la práctica desaparecería la remisión al derecho civil que establece aquel precepto posterior.

“El genuino entendimiento de la excepción o salvedad que se comenta no puede ser otro que el de que cuando sobre los mismos principios o materias atinentes a tales actos u obligaciones exista regulación diferente en uno y otro ordenamiento, el civil y el comercial, se impone la aplicación de este régimen, toda vez que ello es igual a decir que existe norma expresa y especial de índole mercantil que regula la cuestión, caso en el cual no sería posible ni lógica ni jurídicamente acudir al derecho civil; igual da decir que se excluye la aplicación de los principios y normas de éste cuando la ley dispone expresamente esa exclusión, o cuando indica otras formas de integración o de aplicación de las normas a un caso dado.

*“5. En síntesis, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del C. de Co., a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles se aplican “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse”, salvo que la ley expresamente lo impida o lo mande de otro modo; y por consiguiente es sólo en el caso de que sobre tales aspectos no haya regulación en los dos ordenamientos en cuestión que se ha de acudir primero a la analogía de las normas comerciales, allí sí según la directriz que traza el artículo 1º ib.”.*

En nuestro entender se equivoca la Corte en esta materia, al considerar que el artículo 822 del Código de Comercio comporta una modificación de los artículos 1º y 2º del Código de Comercio en materia de fuentes de las obligaciones mercantiles. Porque no es cierto que al ordenarse por dicho precepto la aplicación de la ley civil en ausencia de norma mercantil, exista una excepción al principio de que la analogía de las leyes mercantiles prefiere a las leyes civiles tratándose de contratos comerciales. Lo que ocurre en estos casos es que no procede la analogía mercantil dado que la legislación civil expresa y pertinente se aplica por *remisión* de la ley comercial, de tal suerte que al apelar al derecho común por mandato de la ley comercial se aplica ésta y, en consecuencia, no es menester acudir a la analogía. La misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en su fallo del 30 de agosto de 2001 le da este alcance a la aplicación de la legislación civil por remisión. No se trata de que en tales hipótesis se comercialice la legislación civil, pero ésta se aplica con el mismo nivel de preferencia de la legislación mercantil porque ella así lo ordena... En tal sentido el maestro GABINO PINZÓN<sup>7</sup> advierte que los principios y normas que gobiernan los contratos civiles se aplican al contrato mercantil por mandato del artículo 1º del Código de Comercio, mas no del artículo 2º del Código:

*“...al tenor del artículo 2º, “En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”. Lo cual ocurre cuando no hay reglas de carácter comercial que deban aplicarse de preferencia, según el artículo 1º del mismo Código, como en materia de contratos, si para éstos no hay normas claramente aplicables, puesto que entonces se aplican los principios y reglas que rigen para los contratos civiles, como se prevé en el artículo 822 del Código. No es, pues, el caso de las normas del Código Civil que se invocan expresamente en el Código de Comercio y que se incorporan, así, dentro de las reglas mercantiles, con la prelación que a éstas corresponde, como respecto de los aportes a una sociedad determinados sólo por su género o cantidad, o el caso del aporte en simple usufructo, según el artículo 127 del Código”.*

Así las cosas, en el caso de remisión a las normas civiles, ordenadas por el Código de Comercio, aquéllas “se incorporan dentro de las reglas mercantiles” y,

<sup>7</sup> PINZÓN, GABINO, *op. cit.*, pág. 71.

por lo tanto, su aplicación excluye cualquier analogía previa. Recuérdese que la analogía, al decir del artículo 1º del Código, en los casos no regulados por las disposiciones de la ley comercial. De tal suerte que si la ley comercial ordena aplicar la ley civil, no cabe la analogía subsecuente.

#### **4.2.6. Naturaleza mercantil de los actos**

En medio de la que llamó GARRIGUES “desdichada invención francesa” del concepto de acto de comercio, es deber del juzgador actuar con sumo rigor en la calificación de los actos y contratos sometidos a su examen, toda vez que hoy en día el derecho civil en materia contractual es de aplicación subsidiaria, esto es que sólo opera cuando el negocio jurídico correspondiente no es de aquellos que pueden tipificarse dentro de los actos de comercio definidos en los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio.

Tal vez es este uno de los campos en los que es más errática la jurisprudencia, aun hoy por hoy. Ilustremos nuestra opinión con algunos casos.

En 1997 sostuvo la Corte Suprema de Justicia que las asociaciones civiles eventualmente pueden celebrar actos de comercio (Cas. Civil, sentencia febrero 7/ 1996, exp. 4602, MP CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS):

“En efecto, si se examinan con el detenimiento que es debido los documentos en referencia, partiendo naturalmente de los que demuestran la adquisición de tierras efectuada por Los Pinos Polo Club —cuya condición de asociación civil de carácter deportivo no es asunto en discusión— y las ofertas de enajenación de derechos a título oneroso sobre esos predios que dicha entidad cursó a sus socios dentro de un claro propósito de emprender una actividad lucrativa de parcelación inmobiliaria, no queda alternativa diferente a concluir que los numerales 1º, 15 y 17 del artículo 20 del Código de Comercio suministran el criterio normativo de adecuación típica que echó de menos el juzgador *ad quem*, toda vez que la intención de especular como mediadora en un proceso económico de intercambio de bienes inmuebles, intención que por sabido se tiene determina el carácter mercantil de la negociación llevada a efecto con el demandante, aparece reflejada de modo concluyente por la forma comercial dispuesta por la entidad oferente para desarrollar el proyecto, actuando como lo haría una auténtica empresa promotora de esa clase de negocios, lo que en último análisis constituye por fuerza el factor que les permite a las personas interesadas y por ende adquirentes potenciales de los derechos inmobiliarios ofrecidos en venta, esperar de aquella entidad el comportamiento que es propio de un comerciante en el cumplimiento de sus obligaciones, no el de un simple benefactor civil preocupado tan sólo por la holgura espiritual de sus asociados.

“En síntesis, el error probatorio en que incurrió el tribunal es palmario y justifica la información de la sentencia por dicha colegiatura proferida, en la medida en que debido al desacierto descrito, concluyó sin base legal que la que une al demandante con el club social demandado no es una relación de contenido obligatorio regida por el derecho mercantil y, en consecuencia, los intereses adeudados sobre la suma de dinero que el segundo ha sido condenado a restituirse al primero, deben ser liquidados a la tasa legal prevista en el Código Civil”. (CSJ, Cas. Civil, sentencia febrero 7/1996, exp. 4602, MP CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS).

Se anota sin embargo que en este pronunciamiento de nuestro más alto tribunal de justicia se parte de la idea de que el ánimo especulativo es propio de todo acto de comercio, lo cual resulta inexacto a la luz del artículo 20 del Código de Comercio. Precisamente por ello mismo las entidades sin ánimo de lucro, como la del caso *sub examine*, pueden celebrar contratos regidos por el Código de Comercio.

No menos desafortunado ha sido el Consejo de Estado. En sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, ha dicho a propósito de la definición de la mercantilidad en un asunto concreto:

“Debe precisar la Sala si los dividendos recibidos por la actora (Casa Toro S.A.), en su calidad de accionista de las sociedades FINANLEASING S.A., FINANZAUTO Factoring S.A. y Crecer S.A., deben formar parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1992, como consecuencia de ser considerados como provenientes del ejercicio de actividad comercial, como lo pretende la parte demandada, o si por el contrario, deben excluirse dado que su obtención no implica el ejercicio de actividad comercial, como lo pretende la parte actora y lo aceptó el tribunal al acceder a las súplicas de la demanda.

“En los términos de la Ley 14 de 1983, artículo 32, el impuesto de industria y comercio recaerá en cuanto a la materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.

“Según el artículo 35 de la referida ley, se entiende por 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.

“A su turno, el Acuerdo 21 de 1983, aplicable al año gravable en discusión, indica que el hecho generador del impuesto de industria y comercio, está constituido por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios; y entiende por actividad comercial, la destinada al expendio, compraventa o distribución

de bienes o mercancías, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por la ley como actividades industriales o de servicios.

“Así, el hecho generador en el impuesto de industria y comercio, es el ejercicio de la actividad industrial, comercial o de servicios, y la base gravable está determinada por el importe de los ingresos brutos percibidos en desarrollo de las referidas actividades.

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, la sociedad ha venido sosteniendo a lo largo del proceso, desde la vía gubernativa, que el monto de los ingresos excluidos de la base gravable, corresponden a dividendos obtenidos como resultado de inversiones permanentes que se tienen en otras sociedades, y no como resultado de la compra y venta de acciones, motivo por el cual no se encuentra desarrollando actividad comercial alguna en relación con tales inversiones.

“Sobre este aspecto *estima la Sala que la inversión en acciones, cuyo objeto es formar parte del activo fijo, no puede ser considerada como actividad objeto de gravamen, como quiera que su adquisición no corresponde al giro ordinario de los negocios de la sociedad, cuyo objeto social principal se halla referido a la fabricación, ensamble, importación, exportación, compra, venta, y en general cualquier tipo de negociación de vehículos automotores y sus partes, accesorias y de maquinaria agrícola o industrial.*

“Así, al quedar establecido que las acciones no se hallan comprendidas dentro del activo movable de la sociedad, sino de su activo fijo, en atención a que su negociación no forma parte del objeto social principal de la actora, no puede entenderse que con dichas acciones se realice actividad gravada, pues del solo hecho de que la sociedad sea mercantil, no se deriva que sus activos fijos estén gravados con el impuesto de industria y comercio, pues ni siquiera la utilidad en la venta de activos fijos se encuentra sujeta al tributo, por expresa disposición de la Ley 14 de 1983 y del Acuerdo 21 de 1983.

“En relación con la sujeción del impuesto de industria y comercio, en relación con la obtención de dividendos cuando ellos no se derivan de la actividad principal de la sociedad, la Sala en el fallo 3412 de fecha agosto 21 de 1992, posteriormente reiterado en los fallos 4209 del 25 de septiembre de 1992, 5206 del 1º de julio de 1994 y 5128 del 11 de febrero de 1994, entre otros, expresó:

“La administración distrital en este sentido se equivocó cuando concluyó que la sociedad era sujeto pasivo del impuesto primordialmente por ser inversionista accionista de la compañía ICOLLANTAS S.A., de la cual recibe dividendos “los cuales son obtenidos en desarrollo de una actividad ejercida en el Distrito Especial de Bogotá”.

“Entiende la Sección que la sola actividad de inversionistas de recursos propios no puede identificarse como actividad de servicio, ni menos calificarse como actividad comercial como pretende la administración distrital, con remisión al numeral 5º del artículo 20 del Código de Comercio. Tampoco puede, en razón de la independencia

jurídica de sociedad y socio confundirse la actividad de la promotora o participe en el capital de una compañía con el objeto social que esta última desarrolle.

“De lo anteriormente expuesto se concluye que la sola actividad inversionista que ejerció la recurrente en su condición de accionista de otra sociedad que desarrolla su objeto social en Colombia, no podía deducirse la condición de sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, porque aquella no encaja dentro de las actividades gravadas” (Consejo de Estado, Sección Cuarta, CP Dr. JAIME ABELLA ZÁRATE, actor: The B.F. Goodrich, sentencia del 21 de agosto de 1992).

“Al quedar establecido claramente, que la actividad de la sociedad no está referida a la compra y venta de acciones, como lo entendió la administración en una interpretación sesgada del objeto social de la actora, y que los ingresos que se pretenden gravar corresponden a la percepción de rendimientos de una inversión de carácter permanente, que por ello hace parte del activo fijo de la sociedad, los cuales en el caso que se atiende, no se encuentran gravados con el impuesto en discusión, la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada” (sentencia 9086 de marzo 5 de 1999).

En el caso analizado, en el cual el deber del juzgador es calificar si los dividendos que percibe un sujeto provienen de una actividad comercial, el Consejo de Estado erró al detenerse en examinar si dichas rentas derivaban del giro ordinario de los negocios de una sociedad mercantil. Y concluyó que las inversiones de carácter permanente, que como tales corresponden a activos fijos, no son de naturaleza mercantil. Tal definición es manifiestamente contraria a derecho, como que la participación en una sociedad mercantil es un acto de comercio, independientemente de que se trate de una inversión permanente o transitoria (artículo. 20, numeral 5°, del Código de Comercio).

#### ***4.2.7. La precariedad del principio de consensualidad mercantil a la luz de la jurisprudencia***

La formación de los actos comerciales se gobierna por un principio de carácter general: su “consensualidad”. Este postulado esencial de las obligaciones y contratos mercantiles descansa sobre el texto del artículo 824 del C. de Co.<sup>8</sup>.

El derecho comercial se formó en la edad media para satisfacer las expectativas y los intereses de un sector de la colectividad: los comerciantes; de allí que la doctrina hable de un derecho de clase, al estudiar la génesis de esta rama del derecho privado. Entre las razones fundamentales se destaca la conveniencia de someter el

---

8 Artículo 824 del C. Co.: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier medio inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”.

comercio a unas reglas de convivencia permeables a los nuevos hechos y más laxas, inspiradas por el informalismo; también se debió a la necesidad de avalar formas expeditas de contratación en el mundo de los negocios. Desde siempre, el empresario no está llamado a someter la expresión de su voluntad a todo un conjunto de requisitos que subordinan la validez de su interés obligacional; la velocidad en la vida del comercio es factor fundamental de su desarrollo, tanto más en los tiempos presentes, cuando el consentimiento en torno a los negocios jurídicos se logra en fracciones de segundo por medios electrónicos, sin que las distancias limiten su inmediato perfeccionamiento.

La historia evolutiva de nuestro derecho mercantil permite comprobar que el consensualismo ha sido siempre un fundamento connatural al mismo. El Código de Comercio derogado lo preveía en su artículo 183:

“Los comerciantes pueden contratar y obligarse verbalmente, por escritura pública o privada o por póliza autorizada por un agente intermediario, a menos que la ley exija una determinada solemnidad como requisito esencial de la validez del contrato”.

El estatuto vigente recogió el mismo postulado, con simples variaciones gramaticales. El artículo, 824 reitero la “consensualidad mercantil” que, según el profesor PÉREZ VIVES,

“Es el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las formalidades son excepciones, esto es, que sólo en aquellos casos en que la ley exija determinada solemnidad o requisito, no se perfecciona el contrato sin el cumplimiento de esa exigencia legal. Esta norma rectamente entendida, significa lo siguiente: como reiteración de lo dicho por el artículo 1502 del Código Civil, ninguna persona se obliga en principio sino por su voluntad y basta su sola voluntad para que se obligue, excepto cuando la ley disponga otra cosa, no sólo en cuanto a las solemnidades y requisitos, sino a la exigencia misma de la voluntad... Significa, por tanto, este artículo 824 que la obligación surge por el solo consentimiento, como regla, y que no se requiere que se exprese por escrito; puede expresarse verbalmente. Y aún más, tanto vale la voluntad tácita como la voluntad expresa, cuando agrega que la voluntad de los comerciantes puede ser manifestada por cualquier modo inequívoco”<sup>9</sup>.

Recapitulando, digamos que la libertad de forma del contrato es la regla general en derecho mercantil. Solo *excepcionalmente*, “cuando una norma legal exija determinada solemnidad”, según las voces del artículo 824, ídem, el ordenamiento jurídico tiene por expresadas las voluntades concurrentes sólo cuando se observen unos moldes predeterminados por el legislador.

9 PÉREZ VIVES, ÁLVARO, “El principio de consensualidad en los negocios jurídicos mercantiles”, publicado en *Comentarios del Código del Comercio*, vol. I, 2ª ed., Medellín Colegas, 1980, págs. 215-216.

Pero no basta con la existencia de cualquier norma legal que establezca el requisito *ad substantiam actus*; la misma debe ser de naturaleza comercial. Porque si el consensualismo es la regla de la contratación mercantil, al tenor de la ley comercial, sólo una norma de esta estirpe puede excusar su aplicación integral; quien afirmara que la exclusión del principio puede estar dada por la aplicación directa de una norma civil, resquebrajaría radicalmente la especialidad del derecho comercial, invocando disposiciones del derecho común frente a cuestiones reguladas con un carácter ecuménico por el derecho mercantil, para los actos de comercio, en contravención inequívoca de los artículos 1º y 2º del Código de Comercio.

En casos bastante aislados la ley mercantil impone formalidades para el perfeccionamiento de los negocios jurídicos. En ellos y sólo en ellos el contrato se reputa existente cuando se cumple la solemnidad; así ocurre, por ejemplo, en relación con la promesa de contrato de sociedad, que debe hacerse por escrito (C. de Co., artículo 119), la representación voluntaria para ejercerla en asambleas de accionistas (C. de Co., artículo 184) o para concluir negocios que deban celebrarse por escritura pública (C. de Co., artículo 836); la enajenación de establecimientos de comercio, mediante escritura pública o documento privado reconocido por los otorgantes (C. de Co., artículo 526); la cesión del nombre comercial (C. de Co., artículo 608); etc.

El principio de la consensualidad ha sido reconocido con timidez por nuestras cortes. Por ahora, sólo lo ha hecho explícitamente con relación al mandato y a la promesa de contrato mercantiles.

Sobre el mandato y una de sus especies, la comisión, se ha dicho:

“De conformidad con el artículo 1287 del Código de Comercio, la comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello la ejecución de uno o varios negocios en nombre propio, pero por cuenta ajena. Y el artículo 824 preceptúa que los comerciante podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco, salvo que para algún negocio jurídico concreto se exija determinada solemnidad. Como quiera que para el contrato de mandato no exigen las normas que lo gobiernan ninguna solemnidad especial, ha de concluirse que tal negocio es meramente consensual que, por ende, se perfecciona mediante el simple acuerdo verbal de las partes” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 11 de marzo de 1988).

Con relación al carácter consensual de la promesa de contrato, la Corte asumió una posición calificada como audaz en sentencia del 13 de noviembre de 1981. Posteriormente, desde el derecho civil se inició un bombardeo a la novedosa jurisprudencia hasta que fue objeto de revisión por parte de la Sala Civil. Y ahora nuevamente la Corte ha vuelto, con claridad meridiana, por la teoría de la consensualidad en la promesa de contrato mercantil:

“Claramente, como lo afirmo la Corte en la sentencia del 13 de noviembre de 1981, la consensualidad fue consagrada en el Código de Comercio, como principio rector general de los negocios mercantiles. A el expresamente se refiere el artículo 824, cuando declara: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de expresar u obligarse verbalmente, o por escrito o por cualquier otro modo inequívoco. Cuando una norma legal exige determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, esté no se formara mientras no llene tal solemnidad. “Colégese de este contenido, que la solemnidad constituye la excepción, de modo tal que sólo puede exigirse en los casos en que la ley de manera expresa consagre el requisito, como bien sucede en el artículo 119 del Código de Comercio, cuando establece la solemnidad del “escrito”, como condición de la promesa de contrato de sociedad.

“El artículo 861 *ibídem*, por su lado, norma posterior y especial con respecto al contrato de promesa, no erigió la formalidad de la escritura como requisito *ad substantiam actus* de la promesa de compra de un negocio, porque luego de señalar su efecto obligacional declarando que este contrato “producirá obligación de hacer”, se limitó a establecer que el “contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

“Particularmente el artículo 1169, que es el apropiado para el caso, por referirse especialmente a la promesa de dar en mutuo, tampoco consagró solemnidad alguna, como se repite, sí fue establecido por el artículo 119 con relación a la promesa de contrato de sociedad, siendo ésta una norma que en manera alguna puede aplicarse analógicamente al contrato de promesa de mutuo, por que como con claridad la ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, en materia de solemnidades se impone un criterio hermenéutico restrictivo, porque estas son la excepción en los términos del artículo 824 del Código de Comercio, pues como quedó dicho el principio general es el de la consensualidad. Principio éste que ofrece pautas o criterios apropiados para la solución del problema, no sólo porque no entra en colisión con ningún otro, sino porque es el que mejor consulta la dinámica del comercio moderno que transformado por distintos factores, que no viene al caso enunciar, ha dado paso a relaciones negéociales más ágiles, y si se quiere a un “maquinismo jurídico”, bien privilegiado la consensualidad, ora dando lugar a un neoformalismo que trascendiendo la función de “vestir” el acto jurídico, facilita la contratación” pero sin olvidar la seguridad y protección del contratante, que al fin de cuentas serían el sentido y razón de ser de las solemnidades. Por supuesto, que lo que antaño expuso la Corte, hoy cobra mayor vigencia, cuando esa influencia de la tecnología y la electrónica ha sido reconocida positivamente por la ley 527 de 1999, al reglamentar el uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, no sólo para otorgarles valor probatorio siguiendo el criterio de los equivalentes funcionales sentado por la ley modelo de comercio Ley modelo de comercio electrónico, aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 51/162 de 1196, sino para consagrar, que ellos, los mensajes de datos, suplen la información escrita cuando así lo exige la ley.

“En este orden de ideas, la Corte nuevamente ratifica la doctrina sentada el 13 de noviembre de 1981, es decir, la consensualidad del contrato de promesa mercantil, y en este caso particular el de la promesa de mutuo, por que contra la idea que califica de

insulso y vació el contenido del artículo 861 del Código de Comercio, ya que apenas se limita a señalar el efecto obligacional del contrato, para así aplicar por analogía interna el artículo 119 *ibídem*, o el ordinal 1º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, como norma de integración por remisión, se enarbola la vigencia del principio de consensualidad, y en torno a él una interpretación integral, lógica, sistemática e histórica, para concluir que en este punto no se constata deficiencia, laguna o vacío que debiera suplirse o llenarse más tratándose de la promesa de dar en mutuo acerca de la cual existe un texto legal identificante (artículo 1169 del Código de Comercio) que de manera específica y por demás coherente, acoge el principio de la consensualidad al no estipular la formalidad de la escritura para este tipo de contratación, al contrario de lo establecido en el artículo 119 para la promesa de sociedad”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de septiembre de 2000, M. DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ).

Pero a nuestro juicio es insuficiente el punto al que se ha llegado en la jurisprudencia con relación a los alcances de la consensualidad en materia comercial. Aún nos preguntamos, ¿como lo hicimos en 1986: es consensual la compraventa mercantil de inmuebles?<sup>10</sup>. ¿Y cuál es su alcance frente a los denominados contratos reales?

10 Publicado en la *Revista de derecho mercantil*, n° 7., Ed. Temis, enero - diciembre 1986. Allí se dijo: “Conforme los planteamientos que han quedado expuestos, nos preguntamos si la venta de un bien raíz debe elevarse a escritura pública para que se reputa existente, cuando la misma es de carácter mercantil. No cabe duda que la compraventa de inmuebles en derecho civil es un contrato solemne. El art. 1857 del Código Civil es perentorio en tal sentido. Pero, ¿en derecho comercial?

“Si la respuesta debe darse según la disciplina mercantil, el jurista debe acudir a las fuentes formales y reales de este derecho especial. En primer término a la ley comercial. El régimen de la compraventa mercantil, previsto en el título 11 del libro cuarto del C. de Co. no exige, expresa ni tácitamente, la escritura pública como elemento de la esencia del contrato.

“Por contera, no existiendo norma especial del derecho de los negocios que impongan tal formalidad, debe estarse el intérprete a la regla general mercantil, que para el caso consiste en el principio de la consensualidad del artículo 824 del C. de Co., de donde puede concluirse que la compraventa de inmuebles en materia comercial es una convención que se forma por el simple consentimiento de las partes sobre el precio y la cosa cuya propiedad se obliga a transmitir el vendedor.

“La norma civil que exige la escritura pública es inaplicable a las compraventas del comercio. En primer término, porque su aplicación directa se efectuaría violando con desmesura sin par el artículo 1º del C. de Co., según el cual los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y el artículo 2º, *eiusdem*, que únicamente admite la aplicación de las disposiciones de la legislación civil, a falta de disposición comercial; el artículo 824 del C. de Co., por general que pueda considerarse, es de carácter especial para las obligaciones mercantiles, y por lo mismo impide el empleo de la ley civil para resolver la cuestión.

“Por lo demás, es consensual la compraventa mercantil de inmuebles con apoyo en el artículo 822 del C. de Co., porque los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos de derecho civil son aplicables a los negocios jurídicos mercantiles, “a menos que la ley –ley mercantil debe leerse– establezca otra cosa”; como la ley comercial estatuye la consensualidad de los actos mercantiles, ha de estarse a ella para definir la formación de la compraventa de inmuebles, por manera que se podría afirmar que existe una ley que “establece otra cosa” en relación con la ley civil, que impide la remisión a ésta, propuesta por vía general en el artículo 822, *ídem*.

“De análoga manera se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, en celeberrima providencia, al dar por cierto el carácter consensual de la promesa mercantil de contrato. Al no prever el Código de Comercio el

#### **4.2.8. El tratamiento de los contratos reales en el derecho mercantil**

La denominada consensualidad mercantil, inclusive, ha reservado sólo para el derecho civil la clasificación ancestral de los contratos reales, según la cual para que sea perfecto el contrato es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere (C.C., artículo 1500). Si el contrato mercantil existe, ordinariamente, por el simple consentimiento de las partes, a menos que una disposición comercial especial requiera una solemnidad, la entrega del bien objeto de la relación jurídica no puede erigirse en factor de formación de los contratos comerciales. Actos que en la legislación civil son reales por antonomasia tales como el mutuo y la prenda, por ejemplo, son consensuales según la regulación del Código de Comercio, al tenor de los artículos 1163 y 1204, respectivamente.

Empero, otro ha sido el criterio acogido por nuestras cortes, al menos en tratándose del contrato de mutuo. Veamos:

“Bajo el anterior marco conceptual, en cuanto tiene que ver el contrato de mutuo, debe decirse que el Código de Comercio se ocupa de él en sus artículos 1163 a 1169, para destacar en primer lugar su carácter oneroso y consagrar algunas reglas especiales para

---

escrito, como formalidad *ad substantiam actus* de la promesa de contrato, a diferencia de la legislación civil que impone tal solemnidad (Ley 153 de 1887, artículo 89), la Corte optó por pronunciarse en favor de la libertad de forma de la promesa mercantil. Luego de recordar nuestro máximo tribunal de justicia que el ordenamiento comercial no reprodujo el artículo 89 de la Ley 153 en punto a las solemnidades requeridas para la existencia y validez del contrato de promesa, manifestó: ‘Y. siendo la consensualidad un principio cardinal de la ley comercial, el cual indudablemente traduce las necesidades de los comerciantes, quienes requieren instituciones jurídicas que les permita una contratación fácil, rápida y expedita; y siendo la solemnidad la excepción a la regla, se impone un criterio restrictivo de interpretación en materia de solemnidades, que, por su especificidad, rechaza todo intento de generalización y de analogía’.

“El criterio rector de la Corte Suprema de Justicia puede citarse integralmente, entonces, en abono de nuestra tesis: es consensual la compraventa comercial de bienes raíces.

“Empero, podría argumentarse que el artículo 12 del decreto Ley 960 de 1970 no exceptiona de la escritura pública a los negocios en comento. En efecto. se lee en dicho precepto: “Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquéllos para los cuales la ley exija esta solemnidad”. No obstante, esta disposición no tiene la fuerza suficiente para desvirtuar la conclusión de este documento. En conformidad con el artículo 2033 del Código de Comercio, éste regula íntegramente las materias contempladas en el mismo, lo que nos lleva a decir, con el artículo 30 de la Ley 153 de 1887, que al no exigir el instrumento público el legislador de 1971 para la compraventa de inmuebles, para los contratos de carácter comercial debe estimarse insubsistente el artículo 12 del decreto 960.

“Del carácter especial del decreto 960 de 1970 y, por lo tanto, su aplicación vale la pena recordar que el criterio de la especialidad, enunciado en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, a cuyo tenor la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter”, solamente procede en tratándose de normas expeditas en un mismo instante del tiempo (los códigos que se adoptaron por la Ley 57 de 1887); pero en el evento que se analiza estamos en presencia de disposiciones expeditas en diferentes épocas (1970 y 1971), circunstancia que nos remite inmediatamente a las reglas contenidas en la Ley 153 de 1887 acerca de la validez y aplicación de las leyes, de acuerdo con las cuales la ley posterior (general o especial) (artículo 2º *ibídem*)”.

su regulación, pero sin definirlo, ni determinar expresamente sus características o condiciones esenciales aunque resulta importante advertido, por lo que para el caso interesa, el artículo 1169. Prevé la promesa de “dar en mutuo”, norma esta a partir de la cual se deja por sentada la naturaleza real del contrato de mutuo mercantil, por la posibilidad del contrato allí autorizado, por cuanto se estima que éste sólo resulta viable frente a contratos reales o solemnes (PÉREZ VIVES), pues la consensualidad descarta la promesa misma, por si ésta en rigor debe contener los elementos del contrato prometido, el acuerdo sobre los mismos necesariamente estaría perfeccionando el contrato que se quería prometer. En otras palabras, la promesa y el contrato consensual prometidos se confundirían. De ahí que el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887: expresamente descarta esa posibilidad cuando consagra como requisito del contrato de promesa, que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte «la tradición de la cosa» (contrato real) “o las formalidades legales” (contrato solemne), quedando así excluido el contrato consensual. Con todo, se anota, si en dichos textos legales se notara un silencio normativo, éste más que constituir una aplicación práctica del principio de la consensualidad que impera en la formación de los contratos mercantiles, lo que reflejaría sería una laguna, un vacío del legislador, que debiera llenarse con las reglas señaladas en el párrafo anterior, reglas que, agotadas en el orden establecido conducirían de manera ineludible a las normas del derecho común, contenidas en el Código Civil, por conducto de las cuales se establecería el contenido esencial de tal especie de relación negocial, el cual conllevaría ineluctablemente a la caracterización real que antes se indicaba. Empero, para la Corte tampoco es extraña la teoría de la consensualidad que el recurrente enarbola como pilar de la argumentación, dentro de la cual la perfección del contrato de mutuo mercantil, requeriría del simple acuerdo de las partes contratantes, acerca del monto del crédito otorgado, el plazo y las tasas de remuneración, momento a partir del cual el mutuante queda obligado a la entrega del dinero. Sin embargo, como ya se anotó, la doctrina nacional especializada considera “que el estado actual” de la legislación no permite atribuirle al contrato de mutuo mercantil otra naturaleza distinta a la de contrato real, no sólo por el contenido del artículo 1169 del C. de Comercio, atrás referido, sino por la clásica preceptiva del Código Civil, a donde se llega (RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*, págs. 308 y 309; BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos*. pág. 336).

“Esta última normatividad en sus artículos 2221 y 2222 define el mutuo como un contrato «en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad», amén de establecer que no se perfecciona sino por la tradición, mediante la cual se transfiere el dominio de las cosas mutuadas”.

“De tales textos emanan los elementos esenciales del contrato de mutuo civil, así como las características del mismo, aplicables por la remisión señalada al mutuo mercantil. De estas últimas se destaca su carácter de contrato real por cuanto resulta medular para la definición de este asunto como antes se dijo, carácter por el cual sólo se perfecciona con la tradición de la cosa prestada, pues es así como se produce la transferencia de propiedad de ella, del mutuante al mutuuario, quien por tanto queda obligado a la restitución de otra del mismo género y calidad o que como bien se sabe, el mutuuario o

prestatario no recibe las cosas objeto del contrato, para usarlas y devolverlas, sino para consumirlas, natural o jurídicamente, con cargo de devolver otras de la misma especie y calidad” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 27 de marzo de 1998, MP Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ).

#### **4.2.9. *Un vacío extravagante: la jurisprudencia desconoce la lex mercatoria***

Una última anotación tiene que ver con la circunstancia de que la visión de nuestros jueces se agota en el derecho doméstico, en medio de una sociedad del comercio globalizada. Por esta realidad, es prácticamente imposible encontrar una decisión en la que la judicatura apele al derecho internacional, a las prácticas internacionales, para resolver contenciones que se sometan a su estudio.

De hecho, la expresión más ecuménica del derecho mercantil contemporáneo, relacionada con la existencia de un sistema internacional de arbitraje, ha venido sufriendo entre nosotros múltiples tropiezos, lo que nos puede ubicar definitivamente en un “tíbet jurídico”.

## **5. ANOTACIONES FINALES**

Este breve repaso sobre diversos aspectos del papel de la jurisprudencia en la historia de nuestro derecho mercantil durante los últimos 30 años, pone en evidencia la necesidad de fortalecer el papel de nuestro juez en el desarrollo del derecho comercial, lo que además redundará en evitar desviaciones tales como:

- La desjudicialización promovida en cabeza de autoridades administrativas, que carecen de habilidades y experticio en la valoración de pruebas frente a procesos contenciosos. La denominada desjudicialización se postuló como política de estado para aumentar la oferta judicial en materia de “pequeñas reclamaciones”, mas no como sustituta de la función judicial ordinaria.
- La privatización de la justicia a través del único camino del arbitraje.
- El activismo judicial de la Corte Constitucional desplazando al juez natural del derecho comercial, toda vez que las incursiones del juez supremo constitucional en la materia mercantil son cada vez más frecuentes y erráticas. Algunos ejemplos son las sentencias C-364 de 2000, sobre intereses y la C-955 de 2000 sobre créditos de vivienda, de cuyos estragos aún no se recupera uno de los sectores líderes de la economía.

Lo más grave es que la Corte Constitucional ha venido afectando y de manera grave los denominados derechos de propiedad. El desarrollo económico depende de una variable fundamental: la inversión. Y en una economía globalizada, donde los capitales no reconocen fronteras ni son fieles a una determinada nacionalidad, aquélla se logra solamente en que los países ofrezcan reglas ciertas para la protección de los denominados derechos de propiedad. Por ello, la moderna economía institucional hace énfasis en la seguridad jurídica, en la certeza en la protección de los derechos y en el grado de predecibilidad de los fallos judiciales.

Basta mirar lo que nos ha venido ocurriendo con el sistema de financiamiento hipotecario, para comprender la urgencia de contar con un ambiente legal estable, una mínima interferencia gubernamental en las decisiones económicas y una administración de justicia eficiente.

A nuestro juicio el principal obstáculo a la seguridad jurídica en Colombia, lo constituye hoy en día la posición jurisprudencial de la Corte de dar un alcance omnímodo a sus fallos, lo que hace que nuestro sistema jurídico sea totalmente impredecible en la defensa de los denominados derechos de propiedad.

La potestad de modular los efectos de las sentencias constituye hoy una práctica universal de los tribunales constitucionales del mundo, en la que fue pionera justamente la Corte Suprema de Justicia de Colombia desde 1912, y respecto de la cual la Corte Constitucional ha venido decantado una larga tradición, como se expone en detalle en la sentencia C-109 de 1995 de la Corte Constitucional<sup>11</sup>. Sin embargo, esa modulación, utilizando los conceptos de la doctrina más autorizada<sup>12</sup>, opera en el ámbito del contenido del fallo constitucional, que permite distinguir entre las sentencias interpretativas, las integradoras y las sustitutivas. Pero no es de recibo universal que la modulación también se extienda a los alcances del fallo en el tiempo.

Empero, la Corte Constitucional de Colombia ha dado curso a las denominadas “modulaciones temporales”, que han modificado la clásica regla de aceptación universal relativa a los efectos temporales de las sentencias en los juicios de constitucionalidad, conforme a los cuales “las decisiones de inexecutableidad tienen efectos *pro futuro*, e implican que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada”<sup>13</sup>. Así, según nuestra Corte, en situaciones excepcionales se pronuncian también:

---

11 Sobre el mismo aspecto véanse las siguientes sentencias: C-546 de 1992, C-602 de 1992, C-503 de 1993, C-011 de 1994, C-121 de 1997 y C-955 de 2000.

12 MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO, «Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana», en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n° 316, Bogotá, junio de 2000, págs. 86-108.

13 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 131.

a) Sentencias con efectos retroactivos, esto es, que afectan situaciones jurídicas consolidadas con antelación a la sentencia de inconstitucionalidad al otorgar vigencia al fallo desde un momento del pasado y

b) Sentencias con efectos ultraactivos, o de “inconstitucionalidad temporal o diferida”  
Es el caso de la sentencia C-700 de 1999 relativa al sistema UPAC, en la cual se lee:

“... ha constatado la inconstitucionalidad de una regulación, pero se ha abstenido de anularla, pues ha considerado que el vacío normativo generaría una situación muy compleja, por lo cual es necesario que el legislador corrija la situación”.

Estas dos modalidades, en particular la primera, no ofrecen ninguna garantía a la seguridad jurídica en nuestro país, por lo cual no puede constituir una sorpresa que en el reciente estudio sobre competitividad internacional, elaborado por el IMD de Lausana, Suiza, de entre 47 países, Colombia ocupa el puesto número 44.