

# TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PRIVADO

---

JORGE PARRA BENÍTEZ

## **1. EXPLICACIÓN PRELIMINAR**

### **1.1. Los componentes del derecho privado.**

Para el desarrollo del presente estudio se considerarán como ramas tributarias del derecho privado, el derecho civil y el derecho comercial. Bien es sabido que otros ordenamientos particulares pudieran nutrirse del género del derecho privado, pero no se aludirá a ellos en lo sucesivo, sin que esto signifique que en alguna medida los esquemas que se propondrán no les sean aplicables.

### **1.2. Elementos de una teoría general**

La teoría se refiere al conocimiento especulativo y a las hipótesis que se estructuran sobre una materia. La teoría general del derecho puede calificarse como el marco que contiene los conceptos válidos para los diversos órdenes jurídicos (en todos estarán presentes las nociones de norma jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, sujeto de derecho, etc.). En ella encaja, entonces, la teoría general del derecho privado, que deberá reflejar un examen individual de los sujetos, de las cosas y de los actos jurídicos que integran las relaciones jurídicas que se suceden entre particulares o entre estos y el Estado cuando éste no actúa en ejercicio de poder soberano.

Desde luego, las tres anotadas áreas tendrán suficiencia si las precede un capítulo que recoja los principios generales que sirvan a la creación, aplicación e interpretación de las normas que integren el sector. En este orden de ideas, ha de asegurarse que el derecho privado -y en común para el civil y el comercial- posee esos principios, que beben su primera fuente en la Constitución Política. No ha de olvidarse que los principios generales son omnivalentes y plurivalentes, como pregona Miguel Reale.

A este respecto cobra importancia la tesis de Messineo, según la cual toda teoría contiene dos grandes partes: **la dogmática**, que descubre los principios que constituyen la quintaesencia de los conceptos; y **la sistemática**, que es la encargada de agruparlos, como su nombre lo indica, de convertirlos en sistema.

Claro está que hoy la teoría general debe procurar una utilidad concreta, que ha de ser la de conectar el derecho con la realidad.

Debe observarse que en el derecho civil y comercial positivos colombianos se dibujan con claridad los tres enfoques teóricos anotados. En el Código Civil, el libro I se dedica a los sujetos; el II, a las cosas; y el IV, a los actos y negocios. Igualmente, el Código de Comercio en sus libros I y II se ocupa de los sujetos; en el libro III, de los bienes (que son típicos: el establecimiento de comercio, los títulos valores y la propiedad industrial); y en el libro IV de las obligaciones y contratos.

### **1.3. El derecho civil como antecedente del derecho comercial**

El derecho comercial ha sido considerado como derecho privado. La investigación histórica así lo demuestra, no obstante la diferencia de opinión que se haya formado en torno del origen de las normas jurídicas mercantiles. Es decir, la dualidad de criterios acerca de qué exactamente fue el antiguo derecho comercial frente al derecho civil, sin embargo, no ha alcanzado a destruir la tesis que lo califica de derecho privado.

La dualidad mencionada se resume así:

- a) Muchos juzgan que el derecho comercial es hijo del derecho civil, una desmembración o segregación suya; por ej., Joaquín Garrigues dice: «Todo el mundo sabe... el derecho mercantil ha nacido como una rama que se desgaja del tronco común del derecho civil, como una desviación...». En otras palabras, el derecho mercantil se apartó, «salió», nació del derecho civil, en razón de una circunstancia histórica, política y jurídica, determinada y concreta: la necesidad de una regulación jurídica aplicable a hechos y realidades nuevas y crecientes, y la insuficiencia del IUS CIVILE, resquebrajado por sucesos como la caída del Imperio Romano o el impulso del derecho canónico represivo. El IUS CIVILE ya no era, como antes, el gigante jurídico que a la par dirigía la cosa pública y la privada, sino únicamente a ésta.

- b) Otros, con similares presupuestos históricos y jurídicos, en cambio, no ven en el derecho comercial un conjunto normativo desprendido del derecho civil, sino uno independiente desde su surgimiento. Vgr. Ascarelli, citado por Narváez: «El derecho mercantil es un fenómeno histórico, cuyo origen está en la consolidación de una civilización burguesa y ciudadana...». A ello debe agregarse la consistencia consuetudinaria del derecho comercial ( por lo que fue autónomo, según Ascarelli ). Entonces, no fue que el derecho civil se especializara y formara vida aislada una vez singularizado, y no fue, por ende, un derecho de excepción. El derecho comercial apareció, en el marco del derecho privado que constituía el derecho civil, acogándose sí a sus directrices y principios, pero con caracteres diversos, derivados estrechamente de esas mismas realidades y hechos que le urgían existir.

Fue, también, en esa línea, derecho privado, pese a su aplicabilidad extraterritorial. «Por eso se CONSTITUYÓ, entonces, EN OPOSICIÓN AL DERECHO COMÚN.....», dice Ascarelli.

Probablemente esta discusión no sea de gran alcance. Pero en todo caso muestra que el derecho mercantil fue una reacción frente al derecho civil. Y de alguna forma, también, que aquel ordenamiento tuvo en su naturaleza, desde el comienzo, no ser un derecho rígido.

Con ambas explicaciones, además, se halla que el derecho comercial fue originalmente un derecho de clase o profesional, ordenado a regir o satisfacer únicamente las relaciones jurídicas trabadas entre ciertos sujetos, las cuales se habían apartado (o, más bien, configurado por fuera de sus moldes típicos) del derecho civil o romano, bastante precario ya, con pocas posibilidades de adaptación, por la desaparición del pretor.

La historia muestra, como exponen los doctrinantes, que el derecho mercantil se formó en la clase de los comerciantes y para éstos. Al decir de Rocco, «surgido y elaborado en el reducido ámbito del gremio de comerciantes, debía ser y fue el derecho mercantil esencialmente profesional: eran los únicos vinculados por las costumbres nacidas y difundidas por ellos; los estatutos de sus asociaciones extendían su autoridad hasta donde llegaba la de sus magistrados, esto es, a los inscritos en la matrícula, y sólo los miembros de la asociación estaban sometidos a la jurisdicción consular» .

Pero, como justamente señala Garrigues, «históricamente esto ha sido el derecho mercantil: ni sólo un derecho de los comerciantes...ni sólo un derecho de los actos de comercio...». Lo segundo, porque en estadios posteriores a los enunciados y con postulados revolucionarios tomó empuje la visión objetiva de la materia comercial.

Queda, como síntesis, que la naturaleza del derecho comercial puede ligarse a distintas consideraciones:

- I. Ser derecho privado;
- II. Ser un derecho de clase;
- III. Ser un derecho especial.

Respecto de lo primero, tiende la doctrina actual, dada la permanente evolución de la relación jurídico-mercantil, que es económica, en su contenido y en sus modalidades, a calificar al derecho mercantil más como de naturaleza mixta: privado sí, pero intervenido y sometido en gran medida al derecho público (en el caso de bancos, seguros, transportes, bolsas, etc.)

Por lo segundo, los esfuerzos teóricos aún no culminan. Lo que es el comercio, como concepto coincidente desde el punto de vista económico y desde un ángulo jurídico, no se ha definido cabalmente. Entonces, continúa la búsqueda de lo que el derecho comercial debe ser, sin atinar lo que es, por vaguedad de las legislaciones positivas de los Estados, que no se enlistan absolutamente en posiciones subjetivistas u objetivistas; y esto ha conducido a la polémica de si hay nuevos factores determinativos del ordenamiento, vgr., las nociones de empresa y empresario.

Sobre lo último, no cabe duda de que el ámbito de acción de las normas jurídicas mercantiles es especialísimo. Pero es inútil y apenas terminológica la discusión sobre si es más correcto tratarlas como derecho singular o excepcional. Finalmente, restará por decidir si se puede en el futuro predicar esta naturaleza de especial, ante el incremento del campo de acción del ordenamiento comercial y frente a los fenómenos y propuestas de la **COMERCIALIZACIÓN** del derecho civil (que en su último resultado volverá al derecho mercantil un derecho común) y de la unificación del derecho privado. Se ha de mencionar, por tanto, la **autonomía del derecho comercial**, capítulo que nos enfrenta con tres grandes temas o aspectos:

- a) La comercialización del derecho civil o revitalización, según algunos.
- b) La unificación del derecho privado que, según Hamel, puede ser sustancial (o sea, en el contenido del derecho) o formal (relativa solamente a los códigos);
- c) La autonomía propiamente dicha.

Y se abordan estos tres sentidos, porque cabría concluir si se tendría o mantendría el derecho mercantil como hoy día, o no. Y de subsistir, como en la actualidad, su real independencia como ordenamiento jurídico.

La literatura jurídica sobre las relaciones del derecho civil y comercial es inagotable. La cuestión ha suscitado controversias y todavía despertará muchas más.

Desde luego, esto es también materia de la política legislativa, que de un plumazo podrá hacer inútiles las discusiones y tesis que se propongan.

## **2. LA INTERMITENCIA DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO**

### **2.1. Referencias generales en derecho colombiano**

La unificación del derecho privado ha sido un asunto intermitente, que se trata por períodos históricos, surge y muere y luego renace; se apaga, se retoma y, en fin, no se define.

Sin embargo, el legislador poco a poco, calladamente, introduce normas de unificación. En Colombia, como muestras recientes, pueden indicarse los casos de sociedades, a la luz de la ley 222 de 1995 y, en ésta misma, la institución de la liquidación obligatoria del patrimonio de un deudor que fallece, como quiera que no se exige, como antes, que sea comerciante.

De antes, claro, puede proponerse, como símbolo de unidad, la norma del artículo 822 del C. de Comercio, que dispone que los principios y reglas que gobiernan la formación, interpretación, modo de anularse o ex-

tinguirse las obligaciones y contratos de derecho civil, serán aplicables a los negocios jurídicos mercantiles, a menos que haya una disposición especial de naturaleza comercial.

También en el título preliminar del Código de Comercio, al acudirse a las normas civiles como fuente, se halla fundamento para predicar que en el ordenamiento colombiano se ha caminado por el sendero de la unificación. Las normas civiles son aplicables en el campo mercantil, en veces, por una remisión directa de la propia norma comercial. Así, en los Arts. 12 del Código de Comercio, 127, 322, 900, 1223, 1282, 1438, 1447 y 2010.

## **2.2. Análisis del Art. 822 del C. de Co.**

El antecedente del artículo 822 del C. de Co. vigente fue el artículo 182 del C. de Co. Terrestre, que se refería a las obligaciones y contratos de derecho civil y a obligaciones y contratos mercantiles. El citado Art. 822 alude a actos y contratos y obligaciones de derecho civil y a obligaciones y negocios jurídicos mercantiles.

Para su comparación, se copia dicho Art. 182 del Código anterior:

«Los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, y su prueba, son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales del comercio». (He subrayado).

En la norma actual (y en la anterior) se hace un reconocimiento legal de la existencia de obligaciones y negocios jurídicos mercantiles.

Garrigues piensa que el derecho mercantil es un derecho de obligaciones y que las mercantiles no sólo dominan el ámbito del derecho comercial sino el del sector entero de la contratación privada (el número de contratos civiles es reducidísimo). Para él no hay un concepto de obligación mercantil diverso del de obligación civil, pero entiende que una de sus notas características es LO ECONÓMICO. Compara con ella la obligación civil, para establecer que en ésta lo esencial es la conducta del deudor y en la obligación comercial la utilidad patrimonial, pues que lo normal es el crédito.

El Dr. Narváez define la obligación mercantil, en sentido lato, como «el vínculo legal, voluntario o de facto, que impone a una persona el cumplimiento de una prestación». Predica que nace del hecho jurídico, del acto jurídico o del negocio jurídico. Y que cuando nace de una relación jurídica típicamente mercantil, el sujeto pasivo es indiferente.

De su parte, Gilberto Peña Castrillón entiende que el derecho comercial ha revitalizado el derecho civil, pero nada original ha aportado en esta materia. Desde luego, reconoce como mérito el trabajo agilizador y simplificador que ha realizado el derecho comercial en las milenarias estructuras del derecho de obligaciones, para modernizar e informalizar instituciones del derecho civil.

Por su contenido, el artículo 822 del Código de Comercio puede compendiarse como sigue:

- 1) Principios: Son orientaciones fundamentales; pero también normas, porque el texto se refiere a que ellos «gobiernan»...las obligaciones. Téngase en cuenta el Art. 1781 del Código, además.

Según el Dr. Narváez, «ante todo, llama la atención que el primer inciso invoca «principios» y el segundo «reglas». Y aunque generalmente toda norma consagra un principio o lo desarrolla, es evidente que en la decantación de los principios jurídicos confluyen tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina. Y cuando una norma consagra un principio, verbigracia el que nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, tiene carácter imperativo y, de consiguiente, es de inescusable cumplimiento. Claro que inúmeros preceptos contienen enunciados supletivos de la voluntad de quienes contratan, que sólo están destinados a regular las relaciones entre las partes cuando éstas no han estipulado en contrario, o simplemente hacen referencia a tal o cual requisito no esencial».

Continúa el autor: «El primer inciso del Art. 822 alude a principios y no a normas específicamente determinadas. De consiguiente, conviene tener presente los que el Código de Comercio erige como fundamentales de la materia mercantil en diversos preceptos y que forman parte de la fuente formal instituida en su artículo 1o. Ejemplos: el de expansividad (Art. 11); el de mercantilidad de actos accesorios o conexos de las actividades o empresas mercantiles (Art.

21); el de oponibilidad a terceros de actos y documentos inscritos en el registro mercantil (Art. 29, regla 4a.); el de indivisibilidad de la fe debida a los libros de comercio (Art. 72); el de que los títulos - valores- sólo producen efectos cuando contengan las menciones y reúnan los requisitos que la ley señala (Art. 620); el de que toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título - valor- y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de circulación (Art. 625); el de presunción de solidaridad pasiva cuando fueren varios los deudores (Art. 825); el de que la promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer (Art. 861); el de buena fe exenta de culpa que rige el periodo precontractual (Art. 863); el de imperio de la ley colombiana para la ejecución de contratos en el exterior (Art. 869); el de que la entrega de los títulos - valores- de contenido crediticio, por una obligación anterior, vale como pago de ésta, salvo estipulación en contra, pero envuelve la condición resolutoria de pago cuando el título es rechazado o no se descarga de cualquier manera (Art. 882); el de que todo deudor está obligado a pagar intereses comerciales en caso de mora (Art. 883); el de ineficacia de pleno derecho (Art. 897); el de inexistencia del negocio jurídico (Art. 898); el de inoponibilidad del negocio jurídico (Art. 901); el de extensión de los efectos de nulidad parcial de un negocio jurídico o de una de sus cláusulas (Art. 902); el de conversión del negocio jurídico nulo (Art. 904), etc. Además, existen ciertos principios implícitos en el ordenamiento mercantil que, a pesar de no ser erigidos en preceptos, corresponden a las características de la materia mercantil y a la disciplina que la regula, como el de onerosidad, el de especialidad, el de recepción de la creciente uniformidad legislativa internacional, etc., que integran los principios generales del derecho comercial (Art. 7o del C. de Co.) y los cuales, por ser orientadores y dominar esta rama jurídica especial, prevalecen sobre los comunes o civiles».

- 2) Formación: obviamente, se trata de las fuentes y de los elementos generales de las obligaciones.
- 3) Efectos de las obligaciones: según el Título XII, Arts. 1602 a 1617 del Código Civil (el contrato es ley para las partes; su ejecución debe ser de buena fe; teorías de la culpa, de los riesgos, de la mora, perjuicios, promesa de contrato).

- 4) Interpretación de obligaciones y contratos conforme al Título XIII del C.C., Arts. 1618 a 1624 (intención de los contratantes, sentido de las cláusulas de un contrato, etc.).
- 5) Modo de extinguirse (artículo 1625 C.C.), anularse o rescindirse (Art. 1740 y ss. C.C.).
- 6) La especialidad: puesto que lo civil rige «a menos que la ley establezca otra cosa». Como enseña el mismo Dr. Narváez, «son trascendentes las salvedades rotundas y explícitas del artículo 822, a saber:
  - a) La primera concierne a que si la ley mercantil (precepto escrito o costumbre mercantil de carácter normativo) regula la formación, los efectos, la interpretación, los modos de extinguirse o anularse las obligaciones o negocios mercantiles, o alguno de esos aspectos, existirá una barrera que impide o restringe total o parcialmente los principios del derecho civil sobre esos tópicos.
  - b) La segunda consiste en que si la ley mercantil prevé reglas especiales sobre la prueba en cualquier asunto de la materia mercantil, la aplicación de éstas es privativa frente a las del Código de Procedimiento Civil.

Estas barreras o limitaciones reiteran la prioridad conferida a las fuentes formales del derecho mercantil: a la ley o norma escrita, por ser especial; y a la costumbre mercantil, porque tiene «la misma autoridad que la ley comercial» (C. de Co., Art. 3o.).

Aparece así de bulto una perfecta armonía de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 7o. y 822 del Código de Comercio. Ciertamente, si este último no hubiera consagrado imperativamente esta salvedad, los principios que presiden la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse o anularse, tendrían puerta franca o libre al estadio de las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles. Pero de su propio contexto se infiere la aplicación prioritaria y excluyente de la norma especial. En verdad, las disposiciones del derecho mercantil no son de excepción y, por ende, de aplicación restrictiva, sino que regulan

actos, hechos, situaciones y negocios jurídicos no contemplados en otras leyes, y sus principios rigen con prelación en la materia que regulan. Tanto las reglas y principios como la materia son especiales. De ahí la preferencia que les otorga la ley frente a las comunes o generales del resto del ordenamiento jurídico».

7) Sobre pruebas: igual que lo anterior (C.C., Art. 1757 y ss.).

Como enseña GABINO PINZON, «es importante hacer resaltar que, aunque los asuntos mercantiles se tramitan ante la jueces civiles con reglas de procedimiento comunes o iguales, sin consideración a la índole mercantil o civil de la controversia, en materia comercial no operan exactamente las mismas reglas relativas a los medios de prueba y a su apreciación. No solamente en el Art. 1o. del Código de Comercio está prevista la prelación de las reglas de derecho mercantil sobre las que rigen en materia civil, sino que en el Art. 822 del mismo Código se ha previsto expresamente que «la prueba del derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley». Además, como el Código de Comercio es posterior al Código de Procedimiento Civil, las reglas de aquél prevalecen sobre las demás, al tenor de los artículos 2o. y 3o. de la Ley 153 de 1887.

Con esta premisa debe, pues, afirmarse, en términos generales, que en cuanto a los medios de prueba utilizables en los negocios mercantiles y en la apreciación de tales medios por los jueces y funcionarios administrativos no opera la libertad característica del nuevo Código de Procedimiento Civil; porque en la vida comercial ocurren o se dan muchas situaciones en las que debe subordinarse esa libre apreciación de las pruebas a la seguridad de las relaciones jurídicas, a fin de que éstas no queden así no más al arbitrio o a la sana crítica de los jueces, entre los cuales no todos conocen y saben apreciar la variedad de los hechos propios de la vida comercial. Por eso, las reglamentaciones sobre la eficacia probatoria de los libros y papeles de comercio prevalecen sobre las reglas de procedimiento civil y han de ser aplicadas, preferencial y exclusivamente, lo mismo que las demás reglas con las cuales se indica a lo largo del Código de Comercio el valor que tienen ciertos documentos en la vida comercial».

Este artículo 822 es denominado «Piedra angular». Se dice que es un reenvío a las normas civiles. Pero es una norma de obligaciones y contratos. Para otros asuntos estarán las fuentes. (TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

En el campo de las obligaciones, la integración temática en derecho colombiano puede derivarse de la siguiente comparación:

	C.CIVIL	C. COMERCIO
<u>Contrato</u>	Los define y clasifica	Noción amplia y conceptos generales
<u>Consentimiento</u>	Factor del acto, no delimita su formación	Regula la oferta y aceptación
<u>Representación voluntaria</u>	Contiene una sola norma	Dedica un capítulo
<u>Representación legal</u>	Consagra todo un tratado	Tema ignorado
<u>Cesión</u>	Reglamenta la de créditos, la del derecho de herencia y la de los derechos litigiosos	Se refiere a la de contrato
<u>Sanciones del acto jurídico</u>	Insuficiente	Más temático
<u>Consensualismo</u>	Indiferencia	Tiene importancia
<u>Promesa de contrato</u>	Ley 153/87, Art. 89	Debates sobre su solemnidad. Excepción : Art.119
<u>Opción</u>	Ley 51/18	No se regula

<u>Oferta</u>	No se regula	Art. 845 y ss.
<u>Período Precontractual</u>	No regulado	Importante
<u>Pacto de Preferencia</u>	Norma específica en compraventa (mejor comprador o adición al día) ( Art. 1944).	Norma general Art. 862
<u>Teoría de los riesgos</u>	Normas generales y particulares. Art.1607 Res Perit Creditore o Art. 1876 (venta)	Normas particulares 929 - 1030 - 992 -ANALOGÍA-
<u>Cumplimiento (Obligaciones Dar</u>	Menos imperativa (venta cosa ajena)	Más imperativa
	Cumplimiento no es directo TRADICIÓN: registro	Cumplimiento directo TRAD. Y ENTREGA
<u>Reserva de dominio</u>	Sólo muebles (Ley 45 del 30)	e inmuebles (Art. 952)
<u>Solidaridad</u>	PACTADA, legal por excepción	Se presume la pasiva
<u>Imprevisión</u>	Tema particular (2030)	General (Art. 868)
<u>Clasificación contratos</u>	Clásico	Más nuevo
<u>Pacto obligaciones en dinero en otra moneda</u>	Tema extraño; <u>nominalismo</u> .	Posible; realidad económica. soluciones valoristas
<u>Anatocismo</u>	Prohibido	Autorizado en casos
<u>Cláusula penal</u>	Sistemático	Art.867

## **FE DE ERRATAS**

Por un error involuntario en la edición, en la página 219 se repitió el cuadro "características" con 6 numerales que corresponden el texto de la página 220, tal como aparece en la misma.

Por lo anterior ofrecemos disculpas a nuestros lectores.

La Redacción.

Arras	Particular	Art. 866: general
Pago	Normas varias	Capít. específico
Resol. por incumplimiento	Art.1546	Art. 870
Características:	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tendencia del uso creciente de los contratos formulario; documentos no sólo probatorios; contratos de adhesión. Se le reconocen bondades; limita al subalterno, facilita negocios en serie.</li> <li>2. Creciente número de comerciantes no propietarios: simples tenedores de los medios de producción.</li> <li>3. Desestimación de la personalidad societaria: para hacer responder a los socios (Disregard).</li> <li>4. Obligaciones dinerarias en unidades de cuenta o divisas.</li> <li>5. Colaboración interempresarial.</li> <li>6. Transferencia electrónica de fondos o dinero plástico.</li> </ol>	

En cuanto a los contratos, puede advertirse que es la zona que más claramente delimita el problema de la unidad del derecho privado, puesto que se juzga que la contratación es la parte que realmente se perfila como de naturaleza comercial. Entre las características del derecho comercial moderno, según algún sector de la doctrina, se pueden destacar las siguientes, para justificar lo dicho:

- a. La revolución informática o tratamiento electrónico de la información ha incidido muchísimo (actividades bancarias en general, libros y papeles manejados por computador, envío de documentos por fax, etc.).

- b. La tendencia a los arreglos privados extrajudiciales por una creciente desconfianza en la solución judicial.
- c. La presencia importante de un derecho comercial residual, a veces clandestino: comercio ambulatorio y callejero, desarrollado aún por grandes empresas; comercio desde la propia casa de habitación y San Andresitos, etc.

Estos y otros aspectos (el Estado como comerciante, industrialización masiva, por ejemplo), han propiciado que de la contratación comercial se tengan las siguientes características:

1. Tendencia del uso creciente de los contratos formulario; documentos no solo probatorios; contratos de adhesión. Se le reconocen bondades; Limita al subalterno, facilita negocios en serie.
2. Creciente número de comerciantes no propietarios: simples tenedores de los medios de producción.
3. Desestimación de la personalidad societaria: para hacer responder a los socios (Disregard)
4. Obligaciones dinerarias en unidades de cuenta o divisas.
5. Colaboración interempresarial.
6. Transferencia electrónica de fondos o dinero plástico.

Tratándose de la responsabilidad comercial, es de resaltar que no es diferente a la responsabilidad civil. Por tanto, su estructura es similar ( p. ej., noción de daño, o relación de causalidad, etc.). Puede ser contractual o extracontractual. Y previa.

Contiene sí la ley mercantil normas especiales de responsabilidad al regular la competencia. Y en otros casos, como en títulos valores, o en la representación aparente (Art. 842), en el contrato de transporte (Arts. 991, 992, 1003), en seguros (Art. 1079) y en el derecho de la navegación (Arts. 1481, 1503, 1513 y concordantes, 1606, etc.).

### 3. PRINCIPIOS GENERALES

#### 3.1. Aproximación

Principio es base o fundamento. El derecho privado colombiano encuentra esa base en la Constitución de 1991, en la que se consagran postulados como la libre empresa, la iniciativa privada, la integración económica, etc.

Entre los principios tradicionales del derecho privado, se cuentan:

- I. El de la autonomía de la voluntad particular o privada, que es una garantía jurídico política del ciudadano frente al Estado, concebido como una delegación del legislador a los particulares para gobernar sus relaciones sociales mediante actos y negocios jurídicos.
- II. La vigencia de la ley, en el tiempo y en el espacio. La regla general en nuestro medio es la de la irretroactividad de la ley y el respeto por los derechos adquiridos.
- III. Los postulados de los actos jurídicos, como el de la normatividad (todo contrato válido y legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede invalidarse sino por una razón prevista en la ley o por su mutua voluntad); la buena fe (tanto la simple como la exenta de culpa); la diligencia, etc.
- IV. El formalismo y el consensualismo.
- V. El tratamiento de la ley positiva a los bienes.

#### 3.2. Principios generales en el derecho comercial

##### 3.2.1. Definiciones

Para Etcheverri, «producido el mutuo trasiego del derecho civil al comercial y de éste nuevamente a aquél, interpenetración que no cesa en su actuar de ida y vuelta, hay que distinguir cuáles son las pautas diferenciales entre estas dos ramas del derecho privado.

A partir del sector de la realidad que se pretende regular, es posible entresacar de las distintas disposiciones mercantiles que son derecho ma-

terial, una serie de pautas, de enfoques, de «modos de ver» el derecho aplicado a actos, contratos, sistemas e instituciones de derecho comercial.

Los principios informantes no son otros que los que al estudiar las fuentes del derecho comercial utilizamos para integrar la ley o interpretarla. Surgen de la ley y de las costumbres y usos del comercio y se encuentran en todos los órdenes positivos del mundo, incluyendo el *common law*.

### 3.2.2. Características

- 1) No son principios inmutables, cerrados o absolutos, sino variables.
- 2) Jerarquía, pues no todos tienen la misma categoría.
- 3) Utilidad, pues sirven para «...crear, pautar e interpretar las instituciones mercantiles, sean ellas legisladas o no; su utilización permite identificar un negocio mercantil cuando su pertenencia a uno u otro campo del derecho privado fuera dudosa.» ( Etcheverri).

### 3.2.3. Clasificación

Hay principios propios del derecho comercial. También, hay otros que son propios de las obligaciones y los contratos mercantiles como que algunos, igualmente, provienen del derecho civil, los cuales, en concepto de algunos teóricos, se mercantilizan. Así, hay principios **directos** y **derivados**. O, naturalmente, mercantiles o por conexión.

Pueden enunciarse los siguientes:

- A. Todos los principios generales del derecho privado, que inspiraron la legislación civil. Por ejemplo, el respeto a la ley, a la personalidad y a la voluntad, y los contenidos moralizadores del derecho.
- B. Los principios típicos que estructuran las relaciones jurídicas que constituyen la materia misma del derecho comercial, a saber: el principio de la especialidad, el principio de la celeridad, el principio de la consensualidad y el principio de la onerosidad, la publicidad, así como otros principios generales del derecho comercial. El artículo 7 del Código de Comercio colombiano autoriza aplicar, en ciertos supuestos, a las cuestiones mercantiles «los principios generales del derecho comercial», entre los que se cuentan, claro está, los antes vistos. De su lado el artículo 822 del Código establece

que los **principios** que gobiernan las obligaciones y contratos civiles también regulan los negocios comerciales, por lo que se ha dicho que hay principios de derecho común que se mercantilizan a la luz de este precepto. Así las cosas, éstos también serán principios generales del derecho comercial.

Utilizando las listas de autores y ampliándolas en los principios de segunda especie, tendremos otros principios generales, como estos:

- a) Prevalencia del idioma y términos castellanos (Art.823)
- b) Simpatía de la ley por la interpretación que haga producir a los actos y negocios efectos, por encima de su ineficacia o nulidad.
- c) Principio de la buena fe.
- d) Presunción de solidaridad de los deudores.
- e) Consagración del abuso del derecho como presupuesto de indemnización, o igual con el enriquecimiento injusto o con la imprevisión.
- f) Ser el contrato ley para las partes.
- g) No poderse alegar la propia ilicitud.
- h) No valer la condonación del dolo futuro
- i) Expansividad: aplicar la ley a no comerciantes (Art. 1-11).
- j) Mercantilidad presunta: actos conexos (Art. 21-22).

Para Etcheverri son, a título de ejemplo:

- a) La onerosidad (o el ánimo de lucro)
- b) Habitualidad o negocio continuado.
- c) Profesionalidad.
- d) Buena fe en materia mercantil
- e) Contrataciones principalmente concluidas en el campo de los

bienes muebles.

- f) Contrataciones posibles respecto de objetos futuros, inciertos, ajenos.
- g) Celeridad en los negocios.
- h) Mayor libertad en las formas y pruebas.
- i) La costumbre y los usos.
- j) Solidaridad obligacional.
- k) Plazos diferentes de prescripción.

### **3.2.4. Análisis de algunos de dichos principios y su aplicación en derecho colombiano.**

#### **3.2.4.1. Principio de la especialidad o de la aplicación prevalente:**

El ordenamiento jurídico comercial gobierna una relación jurídica cuyo contenido es esencialmente económico. Esto hace que el tratamiento jurídico de tal relación jurídica sea particular o específico y, por lo mismo, las normas jurídicas mercantiles sean especiales.

Especial es lo que se diferencia de lo común o general; especialidad, por otra parte, es cuestión que impone ciertos conocimientos y habilidad. Para Savatier, un derecho profesional se distingue: 1) Porque concede ventajas no comunes a todos los individuos, sino a los que ejercen la profesión; 2) Impone obligaciones en razón de ésta, como para proteger intereses particulares; 3) Por la subordinación de los intereses profesionales a los sociales.

Según Álvarez -Correa Duperly, la especialidad consiste:

«En primer lugar, las finalidades últimas del derecho comercial pueden reducirse a tres, cuyo contenido contrasta con las finalidades del derecho de obligaciones civiles. Así, por una parte, el derecho comercial es una estructura acomodada a las necesidades del concepto del crédito, conforme al cual se da igual o más importancia a los muebles que a los inmuebles, como se manifiesta en el extendido sentido dinerario de los títulos -valores- y en las operaciones bancarias, financieras y bursátiles. Al contrario, las obligaciones civiles tienden a vincularse a meras

equivalencias monetarias, con reducidas operaciones para el crédito, y contienen una mayor protección de los bienes inmuebles. Por otra parte, el derecho comercial requiere agilidad y rapidez para administrar todas las variantes de una práctica comercial nacional e internacional; por ello adhiere al consensualismo, rechaza en general las solemnidades obstaculizantes, y agiliza la contratación mediante los contratos - tipo. No así el derecho de obligaciones civiles, más lento y solemne. Finalmente, el derecho comercial establece nuevas formas de garantía desconocidas por el derecho civil, como es el crédito documentario en el ámbito internacional.

En segundo lugar, en el orden institucional, las prácticas comerciales exigen la inversión de ciertos principios jurídicos de las obligaciones civiles, como la presunción de la solidaridad, el mutuo consensual, el sistema moratorio».

De acuerdo con una opinión generalizada, y vista la realidad, el derecho civil es muy elaborado. Los elementos de la relación jurídica civil están suficientemente consolidados. Poco, en verdad, se espera de cambios o transformaciones bruscas en el derecho civil. Sus contenidos, claro está, podrán ser cambiados, pero nunca de tal forma que se altere ostensiblemente el concepto mismo de «lo civil».

Por el contrario, el derecho mercantil es, por fuerza de las cosas, un estatuto de evolución. No propiamente frágil, pero sí es ordenamiento no agotado aún.

Justamente, sucede lo dicho al derecho comercial, por haberse «apartado», no de las figuras mismas del género de que hace parte sino del tratamiento que éste les asignaba; y ha procedido el derecho comercial a montar su propio edificio jurídico, con variante frente al estilo de su género, y es allí donde y cuando cobra fisonomía la especialidad.

Ya el Art. 1 del C. de Co. Terrestre disponía que «las disposiciones de este Código rigen de preferencia en los asuntos mercantiles».

Consecuencia inmediata y directa del principio de especialidad, es la aplicación preferente de las normas jurídicas mercantiles.

Inclusive, con un cerco bien impuesto a la solución de casos por fuera del derecho comercial, quedando el derecho común como recurso de última hora, apenas.

Similarmente, este principio genera la tipicidad de las conductas, instituciones y relaciones jurídico - mercantiles, pero, también, se constituye en fuente de actos y negocios que recogen asuntos comerciales e indiscutiblemente sólo de corte mercantil, que no se reglamentan con la legislación positiva y así se llamarían atípicos o innominados. Más aún, cabe observar y subrayar que las nuevas modalidades y negocios jurídicos se suman siempre al ámbito de lo mercantil y nunca al de lo civil. Por ejemplo, los contratos innominados o atípicos, pero específicamente mercantiles (contratos de adhesión, contratos de coordinación, contratos tipo, a condiciones generales); contratos de empresa; contratos múltiples, complejos, llave en mano y contratos de *Know how*; de licencia industrial; de asistencia técnica o asesoramiento; de franquicia comercial; de arrendamiento financiero; consorcios, entre éstos *joint interprise syndicate*, *joint venture*, u otros consorcios; contratos de administración o compra de cartera; concesión mercantil; contratos de negocios; reporto; *undewriting*; operaciones de bolsa; nuevas modalidades de títulos como aceptaciones bancarias; la fiducia, la titularización de activos, etc..

La especialidad se basa en el acto de comercio como elemento determinante de lo comercial.

Revisando la legislación mercantil colombiana, hallamos que este principio no tiene una fórmula normativa directa que lo consagre, si bien todas las que integran el Código de Comercio y leyes complementarias, lo aplican eficazmente.

Por ejemplo, los artículos 1, 2 y 822 del C. de. Co, o el 823, o los preceptos sobre registro mercantil, o sobre contratos e instituciones ya mencionados.

#### 3.2.4.2. Principio de la celeridad:

La «agilidad» es una nota característica del derecho comercial. Ella produce este principio de la celeridad que estructura el modo (con relación al factor tiempo) de la celebración, ejecución y conclusión de las relaciones jurídicas mercantiles, que no pueden estar suspendidas en el tiempo, dependiendo de cumplir complicados procedimientos o a la espera del lleno de sucesivos requisitos. Lo mercantil es económico, y lo económico es variable. Fácilmente podrían cambiar las bases económicas de una situación jurídica comercial en tanto se atendiese a la satisfac-

ción de formalismos que eventualmente poco importan a la situación en sí, aunque sí le imprimieran mayor certeza.

En aplicación de este principio, la ley mercantil suele liberar las operaciones jurídicas comerciales de ciertas solemnidades y exigencias, asignando apariencia o aún autenticidad, reduciendo los términos y plazos para el ejercicio de ciertos derechos o acciones, haciendo más expeditos los trámites judiciales o llevando a los procesos que se suponen más rápidos la solución de grandes asuntos mercantiles, etc.

Comparativamente, el derecho civil no está dotado de celeridad. Producto de su gran elaboración o de su apego al formalismo o quizá por su predilección por los inmuebles, los actos jurídicos civiles suelen desenvolverse con lentitud. Al paso que los mercantiles gozan de menos rigidez y se desarrollan con más facilidad.

Podría asegurarse que la especialidad del derecho comercial es-triba en este principio de la celeridad.

Lo mercantil tiene, en la ductilidad, un contorno de excepcional importancia, pues el empuje y crecimiento de las operaciones comerciales se hacen radicar, en gran medida, en la atracción que generan la rapidez y aparente seguridad del tráfico comercial.

El ordenamiento mercantil, pues, y su interpretación, deben impregnarse de este concepto que, indudablemente, propicia la legalidad de los actos jurídicos: la expansión y progreso de las actividades mercantiles demandan que éstas se sometan a normas jurídicas, y eso será posible en la medida que no sean estáticas sino elásticas y flexibles.

De igual modo que el principio de la especialidad, el de la celeridad no encuentra una consagración directa en el derecho positivo comercial colombiano, pero sí infinidad de aplicaciones: artículos 243, 249, 182 inc.2, 824, 826, 827, 662, 793, 850, 665, 696, 931, 932, 1197, 1663, 912, 924, 1002, 993, 1024, 1220, etc.

#### 3.2.4.3. Principio de la consensualidad:

Este vocablo, consensualidad, que no recoge el diccionario de la Real Academia, evoca en derecho, como sabemos, el consentimiento. Como principio, lo podemos presentar como la circunstancia de ser suficiente ese consentimiento para ser perfectos jurídicamente los actos mercantiles. Esto

es, por oposición a formalismo (solemnidad o fórmulas), como la mayor libertad que disponen los sujetos de derecho para concertar sus actos, negocios y obligaciones comerciales. O sea: ser bastante el acuerdo de voluntades o la declaración unilateral de voluntad, por sí solos, para producir efectos jurídicos en el ámbito del derecho comercial. Y algo más: ser una regla legal.

Por su origen consuetudinario, es indudable que el derecho mercantil no es un derecho apegado al formalismo. También se explica esto, frente a su género derecho civil, por la clásica división o tradicional reparto de ocuparse el derecho comercial de la circulación de los bienes muebles, y el derecho civil de la riqueza inmobiliaria.

Ha de observarse que los tratadistas y doctrinantes no opinan unánimemente sobre la existencia de este principio. Álvaro Pérez Vives sostiene que este principio rige en derecho colombiano y que se enuncia igual que el de la autonomía de la voluntad, «... según el cual las formalidades son excepcionales, 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.». Para otros, la ley positiva sólo consagra la libertad de formas contractuales y otros más insisten en que ésta es aparente, refiriéndose a la misma como «pretendida libertad de formas» (vgr. Narváez). Unos más, finalmente, clasifican las formas y encuentran el derecho comercial como un derecho formal.

No puede ocultarse que el derecho comercial está impregnado de la necesidad de publicidad de los actos, negocios y hechos jurídicos mercantiles y en esto ha de admitirse que es excesivamente formalista en lo que atañe a solemnidades *ad probationem* o probatorias o las que permitan que el acto celebrado tenga eficacia frente a terceros.

Mirado así este tema, en derecho colombiano se ha despertado la polémica de si el artículo 824 del C. de Co. contempla o no el principio de la consensualidad.

Al efecto, se propician las tesis que atrás hemos planteado así:

- a) Una primera, que sostiene que realmente esta norma consagra el principio de consensualidad. A esta tesis se apuntan Pérez Vives, Álvarez - Correa Duperly y la Corte Suprema de Justicia. Veamos:

- 1) Pérez Vives destaca, de la norma, la parte de su texto que dice: «O por cualquier modo inequívoco». Al comparar el Código de Comercio de 1971 con el derogado, se encuentra que éste era menos enfático (por lo que fue clara la intención del legislador de 1971), en tanto decía apenas: «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» (artículo 183 C de Co Terrestre)
  - 2) Álvarez - Correa Duperly señala: « Por otra parte, el derecho comercial requiere agilidad y rapidez para administrar todas las variantes de una práctica comercial nacional e internacional; por ello adhiere al consensualismo, rechaza en general las solemnidades obstaculizantes,...».
  - 3) La Corte, en sentencia de noviembre 13 de 1981, se sumó a esta tendencia, al estudiar la promesa de contrato mercantil, en la que dijo: «De consiguiente, siendo la consensualidad un principio cardinal de la ley comercial, quienes requieren instituciones jurídicas que les permiten 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 analogía».
- b) Otra postura ve en el artículo 824 la consagración de la libertad relativa de formas de contratación. Parece acertado calificarla de exegética, pues se apoya en el tenor literal, que ciertamente no indica en, palabras expresas, que el mero acuerdo de voluntades o la declaración unilateral de voluntad, en su caso, sean suficientes sin que sea forzoso reducirlos a escrito; como tampoco lo sugiere explícitamente. Para los seguidores de esta doctrina, el artículo 824 lo único que trae es unas alternativas para que se contrate en el campo mercantil, siempre que la ley no exija alguna solemnidad sustancial: el artículo señala que, en tales supuestos, los contratantes pueden celebrar su acuerdo como lo deseen, verbalmente, por escrito, o de cualquier modo inequívoco (como será sin palabras, por meros signos o símbolos).

- c) Estiman otros que en derecho comercial colombiano no puede predicarse ni la consensualidad ni la libertad relativa de formas. Por ejemplo, el Dr. José Ignacio Narváez, quien expuso en Medellín en el Primer Congreso de Derecho Comercial, dijo lo siguiente:

«Restricciones a la amplitud de formas en los negocios jurídicos. La forma de todo acto o negocio jurídico se concreta en los medios a través de los cuales se manifiesta una declaración de voluntad que tenga por finalidad crear una relación jurídica, tendiente a adquirir, transferir, modificar o extinguir derechos».

Al respecto, el artículo 824 del Código de Comercio dispone que «...». *Prima facie* diríase que dicho Código consagra la libertad de formas, en el sentido de diferir al arbitrio de las partes la elección del medio que las prácticas, usos o costumbres o la mutua conveniencia determinen en cada caso para expresar su voluntad. Sin embargo, esa hipotética libertad está restringida por el mismo precepto... Así mismo, en el segundo inciso del artículo 898...» Desde otro ángulo, la pretendida libertad de las formas aparece restringida porque son innumerables los actos y documentos sujetos a inscripción en el registro mercantil, lo cual presupone que las voluntades se manifiesten siempre por escrito. Y si no se inscriben, son inoponibles a terceros (artículo 901). «Por último, un creciente número de operaciones y negocios se realizan con sujeción a formularios preestablecidos y redactados e impresos por una de las partes, con reconocimiento y aceptación de la costumbre o de la ley porque dotan las relaciones contractuales de certeza y seguridad. Por ejemplo: en el contrato de seguro... (artículo 1046 C. de Co).

Ahora, un ejercicio estadístico será útil, en el caso del C. de Co. colombiano, para establecer si es en verdad fórmula general la consensualidad o no lo es. Digamos de paso que la consideración del artículo 824 contenida en la expresión «a menos que la ley...», equivalente a texto completo «cuando una norma legal...», indica la consensualidad y no una mera libertad de formas.

Pues bien, encontramos en el Código aproximadamente unos 33 actos jurídicos genéricos nominados, y de ellos unos 12 como solemnes: constitución de sociedad (Art.110), enajenación y otros actos sobre establecimientos mercantiles (526 y 533); títulos valores (Art. 619 y otros), algunas cesiones de contratos (Art.888);

apoderamiento en ciertos casos (Art.836); venta de inmuebles (922); venta con reserva de dominio (953); seguro (1036); fiducia (Art. 1228); apertura de crédito (Art. 1402); carta de crédito (Art. 1408); actos cuyo objeto sea un derecho real sobre naves mayores o aeronaves (Art. 1427). En la prenda sin tenencia se opina que es solemne (Art. 1208), aunque se pudiera discutir. En síntesis, la tendencia es la consensualidad.

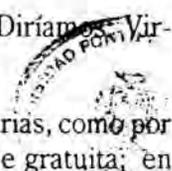
Lo que sí es evidente es que frente a actos concluidos consensualmente pueden suscitarse dificultades probatorias.

Cabe anotar que pese a los vocablos del artículo 824, éste es aplicable a los asuntos mercantiles, así no los celebren comerciantes. Cuando los convienen éstos, las dificultades probatorias pueden superarse, en parte, con la norma del artículo 68 del C de Co: «Los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente».

De todo lo expuesto es oportuno resaltar, igualmente de paso, un punto: este asunto de la consensualidad tomó mayor auge con el pronunciamiento de la Corte acerca de la promesa de contrato mercantil.

Pero despertó una interpretación del Código de Comercio que podría estar viciada de error, por apoyarse en premisa falsa: si la ley comercial no impone solemnidad a un acto típico, pero tampoco autoriza su perfeccionamiento por el mero acuerdo de voluntades, expresamente, entonces hay un vacío, que debe llenarse analógicamente. Es lo que algunos han creído, frente a la promesa de contrato, proponiendo extender la disposición del artículo 119 del C. de Co. Pero, desde luego, toda solemnidad sustancial debe entenderse como un factor de análisis restrictivo y, por ende, salvo ahí sí mandato expreso legal, no posible de actuarse analógicamente.

#### 3.2.4.4. Principio de la onerosidad.

Tampoco conoce el Diccionario la voz «onerosidad». Diríam  Virtud de lo oneroso, lo opuesto a gratuito.

Para Vivante, la onerosidad se revela en situaciones varias, como por ejemplo: ninguna prestación de índole 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.

Dedúcese de la materia que constituye el ordenamiento mercantil, que es propio de éste, lo oneroso, siéndole extraño lo gratuito.

Justamente, este principio marca diferencia del derecho comercial con el civil, pues aunque en éste hay actos esencialmente onerosos, en términos generales le es indiferente el carácter gratuito u oneroso de los actos.

Entonces, en esta consideración no radica lo central de lo que es civil, mientras que lo oneroso sí constituye la vértebra o columna del derecho comercial.

Si bien se afirma que hoy es punto de apoyo que deba abandonarse, por no haberse concluido suficientemente, ha de recordarse que la ciencia del derecho comercial basó por mucho tiempo la materia en el concepto económico de comercio, como sinónimo de lucro y cambio, que fue cuando fracasó el fundamento y se buscaron otros. Mas, así se acogiese desechar la figura, merece subrayarse que es sustrato del derecho mercantil y es de suyo el fenómeno de lo oneroso o no gratuito. Comercio gratuito parece sin sentido.

Lo que se revela cierto es que la onerosidad no es estrictamente equivalente a la especulación, como finalidad de ganancia. Lo corriente, sin embargo, es que ésta exista.

El principio que se analiza no parece tener consagración expresa en el C. de Co. colombiano. Pero de la conjugación sistemática de los artículos 20 (actos de comercio), 23 (actos que no son de comercio; adquisición para consumo) y del 995 puede deducirse: no puede haber acto jurídico principal que sea mercantil cuando sea benévolo, benéfico o gratuito.

Nuevamente, el artificio estadístico nos informa que no hay más actos mercantiles gratuitos. Todos suponen una contraprestación o un gravamen.

Por otro lado, el artículo 872 del C. de Co colombiano confirma que éste de la no gratuidad es axioma latente en nuestra legislación, al disponer que, « cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo ».

De igual modo, el inciso 2 en lo tocante a precio en la compraventa (y aquí valdría analogía): «El precio irrisorio se tendrá por no pactado».

También en la noción de contrato se corrobora la existencia del principio: el artículo 864 define el acuerdo de voluntades como creador, regulador o medio de extinción de una **relación jurídica patrimonial**. Y al respecto el principio se descubre como una de las directrices de la contratación mercantil en Colombia, como señaló Narvárez al decir que «los contratos mercantiles son onerosos y conmutativos, en el sentido de que las partes contraen obligaciones recíprocas de valor equivalente y nunca se presume en ellos la liberalidad o el desinterés, **sino que implícitamente conllevan la finalidad de obtener un provecho económico o una utilidad material susceptible de valorarse en dinero**».

Para el Dr. Álvaro Mendoza Ramírez, «César Vivante menciona en su tratado de «derecho mercantil» el principio de la onerosidad que, aún cuando podría ser de aceptación en términos generales, presenta algunas dudas frente a ciertas disposiciones concretas de nuestro ordenamiento mercantil». No señala el Dr. Mendoza, sin embargo, ni las dudas ni las disposiciones a las que se refiere.

La onerosidad es característica del ejercicio comercial en su complejo, pero no de todo acto separadamente considerado.

#### 3.2.4.5. Otros principios

La Dra. Olga Stella Narvárez de H. expone en su tesis «Principios de la contratación mercantil» varios principios de la contratación instituidos en el Código de Comercio. Así, el que impone que el significado de los términos técnicos o usuales es el que tengan en castellano, o el técnico que les dé la ciencia a la que pertenezcan; el de que en los negocios jurídicos plurilaterales el incumplimiento de uno o varios no libera de sus obligaciones a los demás contratantes; el de que el pacto de arras en garantía de la celebración o ejecución del contrato, permite la retractación antes de cumplir lo prometido; el de que la valorización de perjuicios convencional y anticipada excluye la retractación; el de que los contratos no aleatorios y de ejecución sucesiva son revisables conforme a la teoría de la imprevisión; el de que la ejecución de contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en Colombia se rige por la ley colombiana; etc..

#### 4. CONCLUSIÓN

De las reflexiones anteriores puede concluirse que la teoría general del derecho privado no implica, necesariamente, la unificación del derecho privado. Cada uno de los ordenamientos que participa de este género podrá conservar su diferencia específica; mas, es precisamente ahí cuando surge con nitidez el papel que desempeñará la teoría general para la elaboración, aplicación e interpretación de las normas jurídicas positivas, en armonía con la realidad social en la que ellas despliegan su acción.

En algunos temas, como se puso de presente, es importante que exista un solo régimen legal (por ejemplo, en el campo de los contratos). Algunos ya lo tienen, en otros, es urgente que se dicte.

Queda establecido sí que los ordenamientos jurídicos privados poseen principios comunes y, científicamente, permiten un estudio teórico similar, a través del análisis de la teoría de los sujetos, la teoría de los actos y negocios jurídicos y la teoría de las cosas y de los bienes. Ese examen descubre que lo específico es la actividad que forma el objeto propio de cada rama, pero no impide encontrar los rasgos comunes que, en resumen, son la sustancia de la teoría general.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-CORREA Duperly, Eduardo. Factores de estructuración de obligaciones civiles y comerciales. Trabajo presentado en: «Tendencias modernas del derecho civil». Bogotá: Temis, 1989, página 209
- BROSETA P, Manuel. La empresa y la unificación de las obligaciones. Tecnos, Madrid.
- ESCOBAR SANIN, Gabriel. « Reestructuración del derecho privado». Trabajo publicado en la obra: Transformaciones del derecho mercantil moderno», Dike, pág 259.
- ETCHEVERRI, Raúl Anibal. Derecho comercial y económico. Parte General. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
- GARRIGUES, Joaquín. Temas de derecho vivo. Madrid, Tecnos, 1978. 360 pags.
- GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho mercantil, Tomo IV. Bogotá, Temis, 1987. 400 págs.

MENDOZA Ramírez, Álvaro. Campo de aplicación del derecho mercantil. Instituciones de derecho comercial, 1a. edición, 1987, Diké, pág. 233.

NARVÁEZ G., José Ignacio. Obligaciones y contratos mercantiles. Bogotá, Temis, 1990. 232 págs.

NARVÁEZ de Heshusius, Olga Stella. Tesis: Principios de la contratación mercantil. Bogotá, U. Javeriana, Gráficas Venus, 1980. 112 págs.

PINZÓN, Gabino. Introducción al derecho comercial. 3a. ed., Bogotá: Temis, 1985. 508 págs.