

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO COMERCIAL

Por: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar

Abogado U.P.B.

Profesor Cátedra Fac. Derecho U. P. B.

1º INTRODUCCION:

A menudo se identifica el derecho privado y la autonomía de la voluntad, queriendo significar la equivalencia inequívoca de los dos conceptos, la característica innegable de una al hablar de la otra y ello es bien válido pero en otras épocas de la historia de la humanidad, precisamente en el siglo XVIII cuando se edificó todo un culto alrededor de la voluntad; cuando el deber primordial del estado era precisamente la protección de la expresión de la voluntad individual y en el ejercicio de sus poderes tenía que mirar a esa finalidad; el bien común estaba confundido con las garantías que pudiesen rodear la expresión de la voluntad de los individuos y las constituciones y las leyes de la época se centraban en marcar la protección del individuo, de su actividad negocial, donde aparecía como un postulado imperativo "LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD", alrededor del cual se construyeron y edificaron las expresiones más significativas del derecho obligacional.

Es la época del estado liberal, el cual se desarrolla a partir de la revolución inglesa de 1688, la americana de 1776, y la francesa de 1789 y surge como una conquista de los derechos individuales.

Este Estado se caracteriza por reducir sus funciones a la seguridad y protección de los derechos individuales: vida, libertad y propiedad privada (1).

Además, el estado liberal se ocupa en afirmar un régimen de garantías para los derechos individuales reconocidos como inviolables y sagrados. Establecido con base en la relación Individuo-Estado, ignora la presencia de los grupos sociales, marca una "imagen neutra del poder", señalando su campo de acción a "fines de tutela jurídica y policial", excluyéndolo de todos los fines que se consideraban como pertenecientes a la órbita del individuo (2).

Si el estado extendía sus funciones a campos considerados como de la órbita privada, se consideraba tiránico y fuera de sus funciones. Por ello, la afirmación JEFFERSON, "El mejor gobierno es el que menos gobierna". "La libertad de la persona está en función de la autonomía de sus actos, de modo que si ésta se reduce, disminuye en igual proporción su libertad" (3).

Es la época del LIBERALISMO ECONOMICO. El liberalismo económico se concibió como una garantía para una sociedad de cambio constituida por unos sujetos económicos iguales y libres. La sociedad constituida por sujetos que intercambian relaciones de tipo económico se desarrollaba según unas leyes naturales fundadas en relaciones competitivas, que automáticamente generarían por su propia dinámica el desarrollo general de la sociedad. Como consecuencia política de esta doctrina económica, la tarea del Estado debía ser la de suprimir todos los obstáculos que se opusieran a este "orden natural".

Como acertadamente comenta el profesor GARCIA PELAYO en su obra "Las transformaciones del Estado Moderno", la base del liberalismo económico era una diferenciación y casi oposición entre la sociedad y el Estado. Aquella se consideraba como una ordenación, regulada por leyes naturales y propias, en tanto que el Estado se presentaba como una regulación, un orden artificial cuya misión consistía precisamente en procurar evitar toda interferencia en el desarrollo económico y social, posición que políticamente coloca al Estado en el célebre Slogan de Laizzer faire - Laizzer passer.

Al respecto el catedrático alemán Jürgen Habermans (4) señala: "El estado tenía que garantizar las bases de una sociedad de pro-

(1) S. Fayt Carlos -El Estado Liberal Moderno-. Editorial Plusultra. Buenos Aires. 1973. Pág. 12.

(2) Fayt. Ob. Cit. Págs. 12-13.

(3) Lukes Steven -El Individualismo. Pág. 158.

(4) Studen und politik. 1969, Pág. 19.

pietarios particularmente autónomo mediante la autonomía privada, de la cual se deducían lógicamente, la libertad de contrato de comercio, de propiedad y de herencia”.

En el mismo sentido se pronuncia el conocido politólogo Alemán Kurt Lenk (5), al comentar sobre la decisiva influencia de la doctrina económica del liberalismo, en relación al modelo de Estado de derecho liberal: “los individuos libres e iguales en derechos regulan sus mutuas relaciones mediante contratos privados, libremente acordados, tanto si se trata de cuestiones políticas, económicas o de otro tipo. Esta concepción del contrato está hecha a imitación del proceso de cambio entre poseedores de mercancías que compiten libremente”.

Así, el estado debía limitarse a la tarea de elaborar unas reglas generales acerca de las relaciones entre las personas y defender a través de ellas su libertad y propiedad. Pero en todo aspecto debía mantener su neutralidad frente al contenido de los acuerdos entre individuos particulares. La sociedad burguesa quedó así establecida como esfera de la autonomía privada, mientras que el poder público queda sometido a las necesidades de esta esfera privada.

El derecho subjetivo se presenta en un plano de igualdad con relación al derecho objetivo, la expresión negocial al mismo nivel de la ley; el estado mismo era producto de una expresión contractual; “Con el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de autonomía de los particulares)” (6). La entusiasta actividad liberadora de los ilustrados hombres de esta época (7), donde deduce la naturaleza humana originalmente social, la existencia de los derechos individuales inalienables e indestructibles (8); parte de la premisa de que en el estado natural todos los individuos eran libres y autónomos, pero en su LEVIATAN (1651) afirma que los hombres, más que a la cooperación, tienden naturalmente a combatir entre sí en la lucha por la existencia, para evitar la anarquía que de ello resultaría, consentían la organización del estado absoluto, en el que delegaban sus derechos naturales por medio de un contrato social tácito (9); subrayó los derechos naturales a la vida y a la libertad fundamento del movimiento en pro del gobierno representativo y

.....◇.....
(5) Conferencia publicada por el instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Marburgo, 1971.

(6) Messineo, **Teoría General del Contrato**. Tomo I Ed. Jurídicas Europa América, 1952. Buenos Aires, pág. 15.

(7) Grocio Hugo, Holandés, publicó en 1625 **De Juri Belli Et Pacis**.

(8) Hobbes Tomás, filósofo inglés. **Leviatan** 1651.

(9) Locke Jhon, filósofo inglés.

agregó también el derecho natural a la propiedad (10), ayuda al nacimiento de las ideas que promueven la revolución francesa, se fundamenta en la autonomía de la voluntad. El derecho estatal debe limitarse a servir a la voluntad individual o a complementarla o suplirla, conforme se presume querido por esa voluntad, así se expresa en la regla "Voluntas facit legem". Todas estas ideas se observan consagradas, primero en los textos constitucionales (11); con relación a los contratos; o a éstos y a la propiedad (12), después pasarán a los códigos (13). Y por último la concepción será confirmada científicamente, en el sistema grandioso del pandectismo, construido en torno a los conceptos de derecho subjetivo y negocio jurídico (14).

Posteriormente, en el siglo XIX, el principio de la autonomía de la voluntad se concibe con un dogma científico, apoyado en el de la evolución darwiniana; el progreso de la humanidad, señala Maine, es el paso cada vez más completo del "estatus" hacia el contrato (15). La evolución de los hechos sociales y económicos de esta época, lleva al mismo pandectismo de segunda generación a revisar su concepto de autonomía de la voluntad; el derecho se comercializa y se presenta la necesidad de proteger el tráfico jurídico; por ello, la primacía de lo declarado sobre la intención CONTRACTUAL. La autonomía de la voluntad se mantiene, pero como un instrumento para el desarrollo del comercio. En esta época el derecho se concentra en la protección de los sujetos del derecho comercial, los comerciantes, industriales y prestamistas; apareciendo los códigos de comercio con prevendas obligacionales y contractuales para el ejercicio de su actividad, caracterizada por las necesidades de un tráfico económico especulativo propio del comercio. El código civil no era el más apto para proteger el tráfico económico; su estructura se dirigía hacia una economía de "tiempo lento" netamente agrícola. El nuevo tráfico económico impuesto por el comercio, requería de instrumentos más ágiles que las obligaciones se manifesten ciertas y seguras de manera más rápida; que los negocios jurídicos se perfeccionen, cristalicen y solidifiquen de una manera acorde a las exigencias del



- (10) Rousseau, Juan Jacobo, francés, con sus obras **El Contrato Social y Emilio** .1762.
- (11) Locke, Rousseau, Jefferson Thomás. La constitución de los Estados Unidos de América, sección 1ª, parte 1ª. **Derechos a la vida, la libertad y a la búsqueda de la felicidad.**
- (12) **Declaración de los Derechos del Hombre**, artículos 4, 5 y 17.
- (13) **El código Civil Francés**, artículos 544 y 1154; **Austriaco**, artículo 18, 354, 860, 861; **Español**, artículos 1255.
- (14) Castro y Bravo Federico. **El Negocio Jurídico**. CIVITAS. Madrid 1985.
- (15) Castro y Bravo, **ob. cit.**, pág. 15.

tráfico económico mercantil. La respuesta no la daba el código civil, por ello aparece el régimen mercantil con unos contratos homónimos a los civiles, pero dotados de esos instrumentos aceleradores del tráfico. El derecho mercantil clásico, se presenta entonces como un derecho eminentemente contractualista (16).

En el gran capitalismo se acentúa el culto a la autonomía de la voluntad. Los derechos subjetivos se califican de absolutos y no interesa si son o no abusivos, se podrá elegir la legislación del país que más convenga. En razón del mismo dogma de la autonomía de la voluntad, surge la idea del "derecho autónomo del comercio".

El código civil francés, por consiguiente el Colombiano, se inspira en toda esta filosofía imperante en su época, expresada en el artículo 1.134 y su equivalente el 1.602 del código Colombiano, consagrando el principio de la autonomía de la voluntad, con las siguientes características:

- a) Toda persona es libre de contratar o no contratar, es decir, de celebrar acuerdo de voluntad con otra persona. Nadie está obligado a lo uno o a lo otro. Se conoce el principio de la libertad de contratación que es una expresión de la autonomía de la voluntad.
- b) Se considera el negocio jurídico como un acuerdo de voluntades, manifestación de la autonomía privada. Al negocio jurídico se le considera únicamente como un hecho jurídico, dejando aparte su aspecto normativo.
- c) Con su actividad negocial, los individuos buscan unos determinados efectos jurídicos, dirigidos a regular sus propios intereses.
- d) Una vez que los individuos deciden contractar, pueden crear los efectos que les parezca, con plena libertad, teniendo como únicas restricciones las del orden público y las buenas costumbres.
- e) Solamente las partes son aptas para determinarse, para buscar los efectos de su actuación negocial. Si el Juez interviene debe limitarse a indagar la intención de los contratantes, pero de ninguna manera puede proceder a determinar los efectos del negocio jurídico cumplido.
- f) Debe estarse más a la intención de los contratantes que al tenor literal de las palabras utilizadas.
- g) Si hay conflicto de legislaciones en el campo del derecho internacional privado, las partes pueden escoger a cual de ellas se someten.

.....◇.....
(16) Brosete Manuel. **Pont. Manual de Derecho Mercantil**, Ed. Tecnos-Madrid 1977, pág. 354.

- h) La autonomía de la voluntad es un poder originario y soberano de los individuos y dentro de sí misma estriba la razón de la validez del negocio jurídico.
- i) La voluntad privada crea derecho por sí misma; es fuente de derecho por su propia fuerza y en consecuencia el contrato es una ley para los contratantes.

2º LOS LIMITES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD :

Tanto el código Civil francés (artículo 6º: "On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.") como el código civil Colombiano (artículo 16º: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres"). establecen los dos grandes derroteros de la autonomía de la voluntad: El orden público y las buenas costumbres. "Es la consagración de la única limitación que para la doctrina individualista debía establecerse al poder creador de la voluntad y al mismo tiempo la forma más sencilla de hacerlo". (17).

Según el artículo 1524 del código Civil Colombiano, queda consagrado, lo mismo que el Código Civil Francés (artículo 1133), que es nulo absolutamente el contrato que tenga una causa ilícita y que lo es aquella prohibida por la ley o contraria al orden público o a las buenas costumbres.

Debido a la preponderancia de la filosofía individualista, la interpretación de estos límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad era bastante restringida. Para considerar cuando y en que momento se estaba violando el orden público, era preciso que una norma legal estableciera la prohibición de atentar contra ella o que el mismo legislador advirtiera que se trataba de una norma de orden público.

Así tenemos en la época una manera muy peculiar de entender la limitación con relación al orden público, que se señalaba para el ejercicio de la autonomía de la voluntad: Queda reducido a aquellos casos en los cuales se establecía expresamente en la ley. Pero además, el concepto de orden público, era estático y no admitía evoluciones por la fuerza misma de la interpretación que se le daba. Se presumía en el legislador una capacidad previsora de las circunstancias que podían considerarse como de orden público y no se le concedía al Juez ni al intérprete la posibilidad de conceptualizar sobre otras circunstancias diferentes a las establecidas por el mismo legislador.

(17) Devis Echandía Hernando. Características esenciales del Derecho Civil Moderno. Estudios de Derecho. Medellín 1943.

De otro lado, como al momento de expedirse el código francés, al estado se le asignaba como función, únicamente una de carácter político y no una función de carácter económico; era también natural que la noción de orden público tuviese señalada solamente una característica de tal naturaleza, de orden público político y no económico (18) por ello, en el concepto se acentuaban las normas previsoras de la organización del estado y de la familia casi que exclusivamente. Como adelante lo observaremos, este principio de interpretación comienza muy pronto a ser revaluado por la doctrina y la jurisprudencia francesa.

Se presenta también la noción de "LAS BUENAS COSTUMBRES" como otra limitante a la libertad contractual. El código napoleónico y el código civil Colombiano la señalan como una barrera a la autonomía de la voluntad; los artículos 1532 y 1538 sobre condiciones; el artículo 1518 sobre objeto en los negocios jurídicos y el artículo 1524 sobre causa, establecen en la legislación Colombiana una limitación a la contratación en aras de proteger las buenas costumbres.

Pero como en el caso del "ORDEN PUBLICO", la interpretación dada a esta limitante de la actividad privada, influenciada por los intelectuales del siglo XVIII, la restringía de considerable manera. Para algunos el precepto contenido en el artículo 6º del Código Civil Francés era inútil por tanto lo ignoraban completamente; en nuestro medio Colombiano no deja de ser una palabra hueca y sin contenido, utilizada por los intérpretes como una mera referencia sin penetrar en el contenido de la misma; para otros, la interpretación debería ser rigurosamente legal. Para Baudry Lacantinerie, las buenas costumbres no existen sino "en tanto que ellas son determinadas por la ley positiva" (19).

3º LA CRISIS DEL POSTULADO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Esta manera de concebir la autonomía y sus limitantes no podía permanecer estática con la evolución del derecho ocasionada por las grandes transformaciones de la vida social y del mundo económico. El concepto ha tenido que evolucionar y a veces hasta desaparecer por múltiples razones. Unas veces por la concentración del capital, la cual lleva a la estandarización de los contratos (transporte, seguros) donde la formación de éstos por la vía de la adhesión, solamente dejan al particular la decisión de contratar o no, sin que haya lugar a discutir sus términos y pormenores; la intervención del estado lleva a determinar elementos importantes de los contratos, como precios, intereses, congelaciones, recortando de una manera considerable el

(18) Devis Echandía. Ob. cit. Pág. 82.

(19) Devis Echandía. Ob. cit., Pág. 93.

ejercicio de la determinación privada. Para el Profesor DEVIS ECHANDIA, en tres grupos puede resumirse la evolución sufrida por el derecho de las obligaciones (20); circunstancias sociales y económicas consideraciones políticas, e ideas filosóficas y morales.

Como fundamento de todo derecho obligacional aparece la idea económica del crédito, que en la vida moderna alcanza una importancia indiscutida. El crédito se convierte en la espina dorsal de la empresa y de la actividad económica organizada. Las grandes sociedades y su peculiar manera de capitalizarse, hacen imperiosa una regulación sobre los valores que la instrumentan, para evitar abusos, especulaciones y concentraciones; los altibajos de la economía, sus períodos de crisis, también llevan a la necesidad de intervenir en la actividad privada para evitar las especulaciones y preservar la regularidad económica. El avance de las comunicaciones hace surgir las grandes empresas de transporte, fluvial, marítimo, férreo, terrestre y aéreo y trae consigo la necesidad de establecer la regulación de la actividad, por su connotada importancia económica y social.

LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL arrastra a la crisis a las demás instituciones que eran su consecuencia. La primera circunstancia que hizo entrar en contradicción al desarrollo inmediato de la doctrina liberal con la realidad, fue sin duda las transformaciones que comienza a sufrir el capitalismo ya desde la segunda mitad del siglo XIX. La sociedad constituida por productores de pequeñas mercancías se fragmentó para dar lugar, por una parte a empresas mayores sobre la base industrial y por otra a una enorme masa de millones de obreros, así la pretensión liberal perdió toda su credibilidad; ya no se podía hablar de una competencia libre entre pequeños empresarios y grandes empresas que comenzaban a desarrollar prácticas monopolistas, la igualdad jurídica en la ley y en el contrato se convirtió pronto en el manto de una realidad esencialmente injusta, se hizo evidente que el interés ganancial de los distintos propietarios de mercancías no era idéntico al bien común y más bien se hacía cada vez más contradictorio, paulatinamente se tuvo que admitir el hecho innegable de la sociedad clasista y tanto en el terreno de las ideas como de las instituciones políticas y jurídicas, el viejo esquema liberal sufriría en lo sucesivo profundas transformaciones. El estado ya no se podía conformar con unas normas generales de contenido neutral sino que tenía que intervenir para configurar el contenido de la esfera social, con el fin de establecer la justicia social que el mercado liberal había sido incapaz de producir, la actividad económica, se convirtió en un asunto de interés público y no meramente privado y el responsable del desarrollo ya no sería únicamente la libre iniciativa privada, sino principalmente el Estado.



(20) Devis Echandía, ob. cit. pág. 75.

Los inicios del siglo XX ya están caracterizados por la tendencia creciente a intervenir en la esfera del comercio de mercancías y del trabajo social, aún cuando se puede afirmar que hasta la primera guerra mundial, las medidas de intervención eran todavía débiles y demasiado sectorizadas, concentrándose básicamente en la legislación laboral. La gran crisis económica de 1929 demostró en forma definitiva que debía abandonarse toda secuela de la vieja escuela liberal y bajo la amenaza de la revolución social, el proceso de transformación del estado y del derecho liberal comienza a grandes marchas.

En el curso de dicha crisis incluso los Estados Unidos de Norteamérica se vieron obligados a abandonar la ideología de la sociedad económica autorregulada e implementar un sistema de medidas de regulación estatal, conocido como el NEW DEAL (con el Agricultural Adjustment Act y el National Industrial Recovery Act, etc.) en virtud del cual la actividad económica agrícola e industrial se somete a la intervención estatal, mediante normas generales y empresas estatales de fomento.

Las grandes transformaciones en el derecho político sobre las funciones que debe realizar el estado moderno como un regulador de la economía, también se acentúan en el derecho de las obligaciones. Las grandes guerras causan traumatismos de la economía que hacen indispensable la actividad del estado, el cual incursiona en la libertad de contratación para poder lograr sus cometidos. Cuando aparece el régimen de la economía dirigida, se inicia en el campo del derecho, como lo observó Jossierand, el régimen del "contrato dirigido" (21).

Así como las ideas filosóficas sobre el individualismo fueron la causa de un estado liberal, donde se mantenía a flote el culto de la voluntad y a su autonomía, variando el mundo moderno hacia una filosofía social en sus diferentes grados, aparece el estado intervencionista el cual se refleja sin lugar a dudas en la autonomía de la voluntad para restringirla con impactantes mutaciones en la órbita de las obligaciones y contratos.

Las influencias de las muchas escuelas filosóficas se hacen palpables en la noción clásica de contrato, inspirada en la vieja escuela individualista. Lo primero, ya no puede considerarse el contrato con la misma fuerza de la ley y tendrá que someterse para su formación a los derroteros que ésta le marque; tampoco dispondrá de su fuerza absoluta y durante su ejecución podrá ser alterado por la misma ley. El contrato se considerará involucrado al orden jurídico, ya no como una expresión del individuo aislado, sino como la expresión de personas que viven en sociedad. El contenido del contrato y

.....◇.....
(21) Devis Echandía. ob. cit. pág. 76.

sus efectos, no son determinando ahora por el querer de los contratantes, sino por la ley, que cumple el deber de regular los intereses sociales.

La voluntad contractual, como única orientación de la fuerza y los efectos del contrato, se rompen para abrir paso al imperio de la ley, el contrato pasa a ser parte del engranaje del orden jurídico del estado.

Son los choques entre el UNIVERSALISMO y el INDIVIDUALISMO, vertidos en la forma y manera de entender el contrato. En la noción imperante en la escuela individualista, aun en su forma más atenuada, continúa el contrato siendo una expresión de la voluntad, que el estado entra a regular procurando tutelar el interés público, el cual se coloca en una contradicción con el interés particular. En el universalismo, se parte desde un ángulo muy diferente; es la comunidad y la ley la piedra angular de la estructura obligacional, el contrato no es más que una expresión normativa autorizada por la misma ley. Dice el Profesor Devis Echandía: "Pero la transformación más importante es quizás obra de la doctrina del Universalismo en la sociología y del idealismo en la filosofía. Estas doctrinas, sin quitarle al contrato su carácter de acuerdo de voluntades, lo incorporan al conjunto del orden jurídico común. Es decir, se le considera no como obra de los individuos aislados de la comunidad y ajena al orden jurídico general, sino por el contrario como obra de miembros de esa comunidad y como un instrumento del orden jurídico nacional. De lo que resulta que el factor principal que determina el contenido de un contrato no es la voluntad individual sino la voluntad de la comunidad" (22).

4º HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

En el momento actual, la autonomía de la voluntad no puede concebirse con el influjo de las escuelas individualistas; tampoco pretendemos la negación absoluta de la autonomía, pues la realidad nos informa que aún se mantiene en cierto grado; somos más bien partidarios de darle al concepto un contenido más acorde a la época actual. Empero, buscar un nuevo enfoque de la autonomía de la voluntad supone necesariamente, adecuar toda la estructura sobre la cual se edifica la teoría de las obligaciones; la noción misma del negocio jurídico ya no podrá encuadrarse en las definiciones clásicas de corte voluntarista, como una declaración de voluntad. Los limitantes de la autonomía deben adecuarse a la realidad en que se vive así como la teoría de la causa en las relaciones obligatorias. Son varias las propuestas doctrinales sobre el camino a seguir y más adelante podremos examinar algunas de ellas.

(22) Devis Echandía ob. cit. pág. 77-78.

5º LA SITUACION EN EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO.

Al expedir el código de Comercio, se ignoró por completo el asunto de la autonomía contractual, prefirió el legislador no hacer alusión al tema, como en cambio sí lo hizo el legislador Italiano en el artículo 1322 (artículo 1322: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas.

"Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico"). Se limitó nuestro código a efectuar una alusión a la libertad de forma art. 824) y en el art. 822 estableció una remisión directa al código Civil sobre 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. En otras palabras tales principios hacen parte del código de comercio a no ser que la ley establezca otra cosa.

Por tanto, en materia de autonomía de la voluntad, tenemos el mismo principio del código civil, la misma escuela del código civil, los mismos limitantes del código civil: el orden público y las buenas costumbres de que trata el artículo 16 antes citado. Advirtiendo que dicha codificación, por complemento del artículo 13 de la ley 153 de 1887, cuando señala: "La costumbre general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva"; ha llevado a pensar, que las únicas costumbres que en Colombia constituyen normas obligatorias de conducta, son las que se conforman con la moral cristiana (23).

En materia mercantil se ha presentado la discusión sobre si la costumbre mercantil debe o no estar de acuerdo con la moral cristiana, un conocido autor, manifiesta en su obra que, no hay lugar a tal exigencia en derecho mercantil, tratándose de la costumbre como fuente de derecho comercial, porque el código de comercio no lo advirtió y porque además este estatuto regula íntegramente la materia (24). Queda en pie la discusión, no tan clara, para efectos de las limitaciones a la libertad de contratación, pues una cosa bien distinta a las fuentes de derecho comercial, son las barreras a la autonomía contractual, en las cuales se señalan "LAS BUENAS COSTUMBRES", principio que por no estar contenido en el código de comercio debe tomarse íntegramente de la manera como se regula y entiende en el código civil.

(23) Devis Echandía. ob. cit. pág. 78.

(24) Gaviria Gutiérrez Enrique, Derecho Comercial. Bedout Medellín 1981. Pág. 22.

Este es el panorama en el derecho mercantil positivo Colombiano, se despreció el tema, no obstante que muchos códigos anteriores y la doctrina venía evolucionando sobre el particular, dejando la solución a los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos de derecho civil, es decir, colocando nuestra piedra angular del derecho privado en manos de los legisladores del código napoleónico, con una concepción y en una escuela política y filosófica muy diferente a la que impera en el mundo actual.

6º LA REALIDAD EN LA VIDA DE LOS COLOMBIANOS.

Pero antes de pretender dar soluciones al vacío institucional que hemos predicado, es conveniente observar que realidad hemos vivido los Colombianos en el presente siglo:

a- Se presentan muy a comienzos del siglo las leyes de 1923 sobre la banca, las cuales señalan necesariamente que la intermediación financiera es un servicio público. Todo el andamiaje del crédito comercial se interviene y el crédito, base fundamental de muchas obligaciones de los comerciantes, sale de su órbita autónoma. En el campo de los intereses se establece una verdadera intervención estatal, el artículo 884 del Código de comercio la solidifica, la extiende aún más a los intereses que pacten los comerciantes entre sí, es decir, el campo de acción de las personas queda limitado a los espacios que permita el orden jurídico nacional.

b- En materia de seguros, también desde la ley 105 de 1927 se establece claramente la intervención del estado; las pólizas, su valor, los riegos, etc., son regulados actualmente por el ente estatal encargado para el efecto: La superintendencia bancaria.

El reaseguro es obligatorio. Los intereses por mora en el pago de riegos asumidos en virtud del contrato de seguros, los establece el legislador mercantil en el 18% anual. El nuevo código de tránsito ley 33 de 1985 en su artículo 259 rompe el principio de la relatividad de los efectos del contrato, para legitimar la pretensión de los terceros, directamente contra la compañía aseguradora, cuando se trata de seguros por daños a las personas causados en accidente de tránsito. Igualmente se dispone en el mismo estatuto que el seguro por daños causados a las personas en accidente de tránsito será obligatorio.

c- En materia de compraventas y suministros, fuera de un gran campo de control de precios, cuando se trata de ventas al detal de bienes muebles o de prestación de servicios mediante el sistema de plazos por instalamentos, así como contratos de crédito al consumidor, señala la Junta Monetaria, límites a los precios, a los intereses, la forma de los contratos, etc.

d- El estatuto del consumidor, también penetra en la actividad comercial de los particulares, la ley 73 de 1981, y el decreto 3466 de 1982, establece la defensa del consumidor, en el cual se señalan

efectos a una serie de actos que pueden arbitrar las partes en derecho mercantil; se señala incluso como deben hacer la promoción de los productos los comerciantes.

e- En materia de transporte, señala la ley que se trata de un servicio público; manifiesta que los empresarios no están facultados a contratar sino por el contrario están obligados a ello, cuando es posible según los medios ordinarios de que disponga y se cumplan las condiciones normales y el régimen interno de la empresa (artículo 989). Se establece la obligación de expedir carta de porte cuando el reglamento del gobierno así lo determine.

f- Se obliga a responder, a quienes se dedican profesionalmente a ser mandatarios, aunque el contrato no se celebre, aunque no acepten el encargo, en el evento de que no se adopten las medidas conservativas indicadas en el artículo 1273. Se regula una responsabilidad profesional y se obliga a actuar, aunque no haya contrato.

g- El contrato de comisión sólo puede ser un mandato no representativo y tratándose de valores, también pasa a ser regulado en sus efectos por la ley; en el caso concreto de los comisionistas de bolsa (decreto 1172 de 1980), se les obliga al registro, en el registro nacional de intermediarios. Igualmente los corredores de seguros, deben cumplir con una serie de requisitos establecidos para ejercitar sus funciones, como una adecuada capacidad económica, en busca de protección al usuario.

h- En el campo de la teoría general, el contrato nulo resulta produciendo efectos por decisión de la ley; la denominada conversión del negocio jurídico traída por el artículo 904 del código de Comercio, que muy a pesar de los criterios voluntaristas con que se ha pretendido interpretar la figura, se impone el criterio de la teoría objetiva. Apoyados en postulados como el de la buena fe, se salva la institución. Denota un rezago la norma de la escuela voluntarista al pretender, como presupuesto de la conversión, que, si considerando el fin pretendido por las partes, deba suponerse que éstas de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato. Tal requisito equivaldría a negar la procedencia del instituto, por ello, soluciones más acordes al deber de buena fe, sería interpretar sistemáticamente, y concluir que basta que no se haya manifestado intención contraria para salvar el intento práctico de las partes.

i- En materia de arrendamiento de locales comerciales, se establece (artículo 518 del código de comercio) una renovación contractual de los contratos que cumplen ciertas circunstancias, punto donde definitivamente la ley está reemplazando la voluntad particular por su imperio y los intereses que quiere tutelar.

j- La misma presunción de solidaridad para todas las obligaciones mercantiles (establecida en el Artículo 825 del código de comercio) interfiere abiertamente la disposición contractual de las partes.

k- En el campo de las sociedades, la órbita privada está abiertamente delimitada. Entendido el contrato social como negocio de colaboración, se rompe el soporte obligacional recíproco entre las partes, y los asociados deben siempre buscar el interés común. La nulidad que afecte el vínculo de un socio no necesariamente destruye el contrato social. Muchas sociedades están sometidas a la inspección y vigilancia del estado. Se protegen los derechos de las minorías que participan en el capital social. Se interviene el mercado de las acciones para evitar indebidas concentraciones de poder en el manejo de las sociedades. Comienza a establecerse toda una teoría tendiente a ignorar incluso la personalidad jurídica social, cuando se trata de proteger intereses de la comunidad.

l- Las normas sobre quiebras y concordatos son toda una ingerencia en los negocios privados para procurar salvar la productividad económica y si no es posible ese cometido, para tutelar los derechos de los acreedores afectados.

Todas las anteriores ejemplificaciones, que son muy pocas según el contexto general, es la realidad que viven los sujetos del comercio y que de ninguna manera de ella puede inferirse que se esté viviendo en el postulado de la autonomía de la voluntad; tal como lo estableció y desarrolló nuestra doctrina civilista, esa forma de vivir es bastante lejana en la historia de los colombianos y es otra muy diferente la época a la cual hemos venido acoplando nuestra forma de sentir y aplicar el derecho privado.

6º EXTRACTANDO EL DERECHO DE LOS HECHOS SOCIALES.

Volvemos entonces a la vieja manera de establecer las normas jurídicas, basados en las prácticas comerciales de las épocas, pero esta vez para señalar en forma suscita lo que debe ser nuestro sistema de derecho privado.

Lo primero, no es del caso hablar de AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, porque ésta ya no existe. La misma expresión indica una relevancia de la voluntad, como raíz, como fuente y causa de efectos jurídicos del contrato, desaparecida desde hace mucho tiempo. La expresión autonomía privada (25) sería más aceptable para acercarnos a la problemática que la materia encierra.

LA AUTONOMIA PRIVADA, sería el poder que se confiere a los particulares para crear normas jurídicas, poder conferido por el sistema jurídico estatal. La manifestación de la voluntad, deja de ser el presupuesto fundamental del negocio jurídico, apenas pasa a ser

.....◇.....
(25) Luigi Ferri, la Autonomía Privada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 5.

uno de los supuestos y no el único, pues a veces los hechos pueden conducir al mismo negocio; cuando la manifestación de la voluntad actúa, pone en marcha el negocio, que es una fuente creadora de derecho objetivo, pero es la ley quien otorga y señala los efectos de tal manifestación.

Es muy estrecha la relación de autonomía privada y NEGOCIO JURIDICO; el NEGOCIO JURIDICO como manifestación de voluntad, ya no es la realidad en Colombia, no sería exacta esta afirmación el derecho comercial. El negocio jurídico se presenta como una categoría más de las fuentes normativas; dentro de éstas, perfectamente puede hablarse de ley, reglamento, negocio jurídico. La fuente de validez del negocio jurídico, estriba precisamente en la ley y en que no contraríen sus postulados y determinaciones. La autonomía privada es el poder de los particulares de crear normas jurídicas y el negocio jurídico es su manifestación (26).

La autonomía privada encaja solamente en los espacios que deja la ordenación estatal a los particulares para que incierten su actividad normativa.

El contrato ya no es una actividad originaria, creadora de efectos jurídicos por sí misma, sino una expresión normativa supeditada a normas de superior jerarquía dentro del orden jurídico estatal.

La actividad negocial no es un poder al que le corresponda una función, el estado no ha señalado los límites a los que ese poder deba servir, se ha limitado ha señalarle fronteras externas, límites negativos, en los cuales no puede actuar. No corresponde a los particulares en su actividad reguladora, tutelar intereses de la comunidad, sino sus propios intereses, pues la regulación estatal es la que entra a regular los intereses generales.

No estamos de acuerdo con quienes pretenden enmarcar una función para la autonomía privada, indicando que deba perseguir fines socialmente apreciables, pues le estaríamos señalando una finalidad de interés público que en realidad no tiene. Simplemente, donde se encuentran en juego los intereses superiores, no hay lugar para la autonomía privada (27). La autonomía privada solamente puede regular intereses privados.

7º CONCILIANDO LA REALIDAD CON LOS PRINCIPIOS ENMARCADOS EN EL CODIGO DE COMERCIO.

Indudablemente, para la ley mercantil, la autonomía de la voluntad, encuentra su expresión en la doctrina general de las obligaciones



(26) Ferri. Ob. cit. Pág. 10.

(27) Ferri, ob. cit. pág. 13.

y los contratos civiles y los límites que tiene son precisamente los que señala el Artículo 16 del Código Civil, como el ORDEN PUBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES.

Se trata de ampliar el marco de las limitaciones a la autonomía de la voluntad; abandonar los criterios con los cuales se quiso en un principio interpretar el contenido de los conceptos de ORDEN PUBLICO y de buenas costumbres, para una adecuación con la realidad y el momento que se vive.

La evolución que ha tenido el concepto de orden público en la doctrina y jurisprudencia se denota porque, abandonan ante todo el criterio legalista contra el ORDEN PUBLICO cuando la ley expresamente lo advierte, lo importante es que la autonomía contractual no viole las normas que interesan al orden público, sin importar que el legislador les haya dado o no ese carácter. Es más bien una interpretación que corresponde a juristas y jueces en un momento determinado según la marcha de la sociedad y la evolución de sus conceptos.

Además, se ha evolucionado de la concepción de orden público político, a la concepción del orden público económico, la cual está constituida por todas las disposiciones sobre intervención del estado en la vida económica y comercial (Artículo 28 del C.N.) (28). Ese orden público económico no está compuesto por normas permanentes, sino por normas en constante evolución, las que indican los hechos y la conveniencia de la comunidad en un momento determinado. Todas las decisiones del estado en materia de monopolios, de protección, a la producción, al consumidor, al crédito, a la distribución de riquezas, de manera alguna podrían ser abolidas por los particulares en sus convenios privados.

Indudablemente enfrentamos un nuevo problema, sobre a quién le corresponde decidir que normas afectan el orden público económico, cuando el legislador no ha previsto de manera expresa su observación. Será entonces el criterio de los juristas y de los jueces el que deba pronunciarse sobre el caso particular. Y acá se presenta un gran problema, pues se corre el riesgo de caer en la arbitrariedad, en la relatividad, en el marco de las tendencias políticas de cada funcionario en un momento dado. Ya se vive este ambiente de incertidumbres en muchas relaciones jurídicas que interesan a los particulares. Por ejemplo, no se tiene certeza si renunciar a las pretensiones consagradas en favor del agente mercantil, al terminar el contrato de agencia, es posible o no, si se encuentra en juego el orden público; cuando se estipulan prestaciones en moneda extranjera, tampoco hay seguridad para los estipulantes del camino que empiezan a recorrer; así podía-

(28) Devis. ob. cit. pág. 83.

mos continuar citando ejemplos sobre la incertidumbre de un sinnúmero de relaciones jurídicas sobre las cuales una asesoría consistiría en una serie de premoniciones sobre los criterios, sobre el concepto del orden público que puedan tener los funcionarios que eventualmente estarían encargados de dirimir los conflictos que ellas remiten.

Con este criterio parecen haberse adoptado las sanciones al acto jurídico mercantil. La nulidad se presenta cuando se contraría una norma imperativa por expresa disposición del Artículo 899; las normas que establecen las solemnidades sustanciales del negocio, también se tienen como de orden público y dan lugar a predicar la inexistencia mercantil; las que miran a la capacidad son de igual naturaleza y pueden llevar a la anulabilidad si se trata de incapacidad relativa. La norma imperativa sería precisamente la que contradice el Artículo 16 del Código Civil, por lo cual quedamos en el predicado o ambiente de inseguridad.

También el orden público hace posible inclinar los contratos válidamente celebrados ante el imperio de una nueva ley, como sucede continuamente en materia de arrendamientos, de seguros etc.

La noción de las BUENAS COSTUMBRES también encuentra una marcada evolución. En un principio se reacciona contra la interpretación legal que recortaba considerablemente su aplicación y se pasa a vincularla a la noción de causa para señalar, que habla causa ilícita cuando se violaban las buenas costumbres, cuyo contenido estaba determinado por la idea de moral imperante en la época. Los autores modernos, tratan de edificar la limitante por fuera del contrato y de la ley, ya sea en los hechos sociales o en el fuero interno de los contratantes.

En opinión de la escuela sociológica-francesa, cuyos principales sostenedores son Demoge y Savatier, las buenas costumbres son la moral a la luz de los hechos sociales, concepción que no es rígida ni inmodificable, pues los hechos sociales varían y se transforman. Las buenas costumbres se constituyen por los usos imperantes en cada región, cuya presencia la registra la opinión pública y tienen por consiguiente una presencia objetiva (29).

Se contraponen al pensamiento de la escuela sociológica Francesa el profesor Georges Ripert (30) por que considera que los criterios de esta escuela "le restan firmeza a la regla moral, puesto que se la convierte en simple fórmula de prácticas inspiradas por el juego de las pasiones humanas; que la repetición de un acto moral y su aceptación por la opinión pública, no lo reviste de moralidad ni lo vuelve lícito, aún cuando la inmoralidad llegue a ser costumbre".

(29) Devis. ob. cit. pág. 96.

(30) Devis. ob. cit. pág. 96.

Se presenta una pugna sobre si la moral debe influir en el concepto de buenas costumbres o si son los hechos sociales los que deben presentar tales observaciones y darle fuerza a las costumbres.

También corresponde al juez según su criterio darle contenido a las buenas costumbres, existiendo el problema ya planteado en nuestra legislación si debe o no atenerse a la moral cristiana para poder establecer el derrotero que tienen los particulares.

CONCLUSION:

He querido plantear un problema conceptual que advierto en el Código de Comercio consistente en que se omitió tratar el tema de la autonomía privada y por tanto, opera la remisión a la ley civil, con todos los inconvenientes que ello plantea.

Acabamos de observar, como en el Código Civil existe un marco, que permite por la vía de la interpretación llegar a unas soluciones que permitan adecuar el fenómeno a la vida actual, pero que nos llevan a construir una teoría sobre los restos de un viejo sistema, llenado de incertidumbre sobre el verdadero alcance de las limitantes a la autonomía privada, creando inestabilidad en las relaciones obligatorias y dejando al arbitrio de jueces e intérpretes colorear los conceptos de ORDEN PUBLICO y BUENAS COSTUMBRES; el futuro de los actos negociales y su validéz por ende, no es sólido, y siempre se correrá con el riesgo de haberse aventurado sobre caminos que pueden ser mirados con ojos diferentes. Los particulares se mueven en un campo de relatividad y por falta de una delimitación clara de sus fronteras, a veces prefieren no aventurarse al campo negocial, no producir, no ingresar en el campo de la eventualidad.

Sería mejor entender que nuestro poder normativo y su consecuencia que es el negocio jurídico tiene barreras legales que hacen ineficaces las disposiciones tal como parece que se quiso orientar la autonomía privada en el Artículo 897, cuando estableció la categoría de la ineficacia, para cuando expresamente la ley advirtiese su imperio. Sería una carga para el legislador señalar que intereses regula en un momento dado, para ello equivaldría a una estabilidad para el negocio jurídico y una certeza para que los particulares pudiesen ejercitar su autonomía privada sin el riesgo de la interpretación.

Otros códigos lo han adoptado de esa manera; el código Italiano abandona las fronteras del orden público y las buenas costumbres, para buscar el marco que debe imperar en un estado de normas, el límite que establezca la ley (Artículo 1322 ya citado).

El moderno Código Civil Peruano (Artículo 1353 del Código Civil Peruano de 1984: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo), también se inclina por dejar de lado la

relatividad que implica la operación subjetiva de conceptos como el orden público y las buenas costumbres, señalando como única barrera para la iniciativa privada la que imponga la ley.

Sería conveniente que se aprovechara el momento de futuras enmiendas a nuestra legislación mercantil, para establecer de una manera clara y perentoria el límite que tienen los particulares para su iniciativa privada, suprimiendo los conceptos de orden público y buenas costumbres, por el campo que claramente determine la ley. Solamente, el imperio de la ley como garantía ciudadana, puede mantener una iniciativa privada imaginante y creativa, tal como debe ocurrir en los sistemas que precisen de un tráfico económico especulativo y de generación de riqueza.

