

ALGUNOS ASPECTOS DE LA MODERNA CONTRATACION COMERCIAL

Gilberto Peña Castrillón
Universidad Nacional
Universidad de los Andes.

INTRODUCCION.

El objetivo de esta conferencia, es muy simple: Evidenciar algo que ustedes conocen mejor que yo, como es que en la vida cotidiana estamos inundados de derecho comercial. Que es un derecho que no podemos desconocer y que aunque lo desconozcamos nos atropellará y acabará imponiéndose y que ustedes, como fedatarios, públicos tienen que conocer qué es lo que ocurre en el mundo exterior porque buena parte de los negocios jurídicos comerciales pasan por una notaría o son objeto de un registro.

Un viejo profesor de derecho comercial decía que los profesores de derecho somos tremendamente aburridos y eso es cierto. Pero una manera de enfrentar ese aburrimiento es interpelar a la realidad, esto es al hecho con el que tiene que trabajar el abogado o el jurista. A algunas escuelas de derecho se les ha ocurrido que podemos formular el derecho al margen de la realidad y esa es una grave equivocación que la estamos pagando cara. El derecho, y especialmente el derecho comercial, tiene que partir de la realidad.

I- DERECHO CIVIL Y DERECHO COMERCIAL.

Si se trata de hablar de derecho comercial hay un primer punto que es necesario delimitar y es que el derecho comercial es diferente del derecho civil. Fíjense ustedes, que una cosa que parece tan simple ha sido materia de largos y estériles debates. No vamos a gastar tiempo en eso, pero identifiquemos qué es la materia del derecho comercial, y qué es la materia del derecho civil.

Al derecho civil no podemos escapar y se le llama derecho común porque en ausencia de cualquier otro derecho especial es el que hay que aplicar. Y una pauta muy simple para saber qué es lo que le corresponde al derecho civil, sería esta: Es el derecho que le corresponde a la persona por el simple pero dramático hecho de ser persona. Entonces ese derecho se tiene que ocupar de nuestro nacimiento, de las relaciones con la familia en la cual nacemos, de nuestro crecimiento y de nuestras debilidades (como son todas las incapacidades, por ejemplo), de la manera como podemos formar, transformar y acrecentar un patrimonio estrictamente personal y familiar, de cómo podemos constituir una familia, y es un derecho que nos acompaña desde antes del nacimiento hasta más allá de la muerte, porque también es de su resorte liquidar y asignar el patrimonio del difunto. Entonces no podemos escapar al derecho civil de ninguna manera.

El derecho comercial, por el contrario, es un derecho al que podemos entrar y salir a conveniencia, porque es un derecho al que se someten solamente las personas, los actos y las operaciones que la ley ha determinado que son los sujetos o la materia del derecho comercial.

Lo anterior nos plantea la necesidad de establecer qué le compete al derecho comercial, asunto que conviene definirlo siguiendo las pautas del Código de Comercio de 1971:

1º- El derecho comercial es el derecho del **comerciante**, entendiendo por tal el mismo sujeto del derecho civil cuando realiza en forma profesional actividades que la ley ha precalificado como mercantiles;

2º- También es materia del derecho comercial una serie de actos considerados independientemente del sujeto que nos realiza, que son las actividades que tradicionalmente se denominaron **actos objetivos de comercio**, y un ejemplo actual es el manejo de una cuenta corriente bancaria, cuya constitución, ejecución, interpretación y liquidación quedan sometidas al derecho comercial independientemente de que el cuentacorrentista tenga o no la calidad de comerciante;

3º- En tercer lugar, considera el Código de Comercio que están sometidos a su imperio los actos de un **empresario**, o la actividad de tal empresario. Y se entiende por empresario al titular de una serie de bienes organizados y predispuestos para un fin económico determinado, actividad que tiene su expresión material o externa en los denominados establecimientos de comercio.

Por otra parte, no existe en nuestro derecho una jurisdicción especial para el comercio, lo que se manifiesta en la inexistencia de jueces y tribunales especiales para dirimir lo estrictamente comercial, lo que sumado a que los denominados actos mixtos, o sea los que son comerciales para una de las partes y civiles para la otra, se someten al Código de Comercio, da como resultado que la gran mayoría de nuestra actividad cotidiana queda sometida al Código de Comercio.

Si repasamos nuestra rutina diaria comprobaremos que desde el momento en que recibimos un periódico por suscripción a la primera hora del día, hasta el momento en que tomamos un taxi para regresar a casa, o en que pagamos el servicio de parqueadero, hemos transcurrido el día ejecutando actos y operaciones comerciales, razón de más que justifica la inclusión de esta conferencia en este Foro de Notariado y Registro.

II- TENDENCIAS O CARACTERISTICAS DEL MODERNO DERECHO COMERCIAL.

Es necesario identificar las tendencias o características del moderno derecho comercial para poder establecer las tendencias de la moderna contratación mercantil. Es decir, lo que sea la actual contratación comercial refleja en buena medida el rumbo que haya tomado el respectivo sistema jurídico mercantil al que corresponde esa contratación.

1. El Estado como Comerciante.

Este es un tema que preocupa de manera especial al derecho comercial: La irrupción del Estado como comerciante.

Lógicamente referiremos estas calificaciones a la experiencia y a la realidad colombiana y si recordamos la reforma constitucional de 1.968, en ella encontramos el piso constitucional y administrativo para que esta nueva actividad Estatal no fuera puesta en duda. Así cuando en 1971 se promulga el Código de Comercio ya contábamos con el andamiaje jurídico para que el Estado pudiera ejercer actividades comerciales, lo que tiene una manifestación clara a través de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta y de otros entes accesorios de la administración pública.

Lo anterior se ha querido justificar por la importancia y la magnitud de las inversiones en determinadas áreas económicas y por la conveniencia de que sea el Estado quien asuma determinados riesgos, lo que en principio parece razonable.

Sin embargo, la actividad comercial del Estado implica, necesariamente, que el Estado tenga que comportarse en forma leal y que su actividad no sea una excepción para escaparse al cumplimiento de las obligaciones que el Código de Comercio le impone a los comerciantes.

2. La Creciente Intervención Estatal.

Una segunda característica del derecho comercial moderno es la creciente intervención Estatal. Una cosa es que el Estado desarrolle actividad comercial o que se comporte como comerciante, y otra cosa es su creciente intervención contralora en las actividades económico-mercantiles.

Son muchas las razones que se invocan para justificar la creciente intervención del Estado en las actividades privadas, y van desde razones que tienen que ver con la planeación y la macroeconomía, hasta los argumentos que traen a cuenta el espectro social de una determinada actividad o la defensa de los consumidores o usuarios de los servicios y con este último argumento, por ejemplo, es muy poco lo que el Estado dejó en los últimos cinco años, en manos de los banqueros privados. También se justifica la intervención Estatal con razones de conveniencia política y esas parecen ser las que motivan los crecientes controles al comercio al detal de artículos de primera necesidad.

3. La Erosión del Contenido del Derecho Comercial.

Una tercera característica del actual derecho comercial es el desprendimiento de una serie de materias que antes estaban situadas pacíficamente en su seno. Poco a poco el derecho financiero, por ejemplo, se ha ido independizando del derecho comercial para ocuparse de los instrumentos, los organismos y los mecanismos de la actividad estrictamente financiera; también se habla del derecho económico como un derecho que se tipificaría al margen del derecho comercial aunque, francamente, su contenido pareciera estar más cerca de la Hacienda Pública.

4. La Revolución Informática.

Una cuarta característica del derecho comercial moderno es que se trata de la rama del derecho en donde mas efectos ha producido la informática, esto es, el tratamiento electrónico de la información.

No se trata de que sean las empresas comerciales las que mas computadores hayan comprado, porque desde ese punto de vista, el Estado sería el ente mas equipado. No. Lo que se quiere destacar es que por la influencia de la electrónica varias instituciones del derecho comercial han entrado en crisis o en una franca revisión y la posición del moderno empresario frente a la revolución informática quedaría resumida en este ejemplo: Todos sabemos que para cobrar un cheque girado en otra plaza, deben tanto el tenedor como el banco girado disponer del original del título, lo que implica traer el título físicamente al lugar del pago. Pues bien, ante los medios que ofrece actualmente la automatización bancaria un Gerente pronunció esta frase que envuelve un verdadero desafío al Derecho Cambiario: "¿Qué sentido tiene enviar un documento físicamente a otro lugar, pudiendo teletransmitirse su imagen inmediatamente?".

Otro ejemplo -para abundar- es lo que ha ocurrido con las nociones de matriz, sucursal y agencia, en el derecho societario. Esas nociones siempre nos las explicaron como una forma de distribuir geográficamente la actividad societaria y de controlar los grados de competencia o responsabilidad de los titulares de esas ventanas societarias. Sin embargo, cuando nos enfrentamos a una red bancaria enlazada por el teleproceso, y con un cheque u otra operación que pueden ser cobrados o tramitados en cualquier ventanilla, de cualquier lugar del país, es necesario admitir que aquellas nociones han perdido la justificación original y sería absurdo que el banco viniera a alegar una supuesta falta de poderes o facultades del gerente de una agencia bancaria desde la que se tramitó la operación, cuando existía la posibilidad de auditar tal operación, simultáneamente, por la casa matriz.

La firma electrónica y la crisis de la firma autógrafa, el documento y los libros de comercio no convencionales o electrónicos son otras nociones cuyo sentido ha tenido que ampliarse o revisarse, en el Derecho Comercial, por la influencia del procesamiento electrónico de la información, y son el derecho comercial y sus instituciones los que han sufrido, en forma más directa, las consecuencias de lo que se ha denominado la revolución informática.

5. El Creciente Desaliento y Desconfianza en la Solución Judicial

Una quinta característica del derecho comercial moderno es la creciente desconfianza o el creciente desaliento frente a la **solución** o remedio judicial.

La jurisdicción civil y el procedimiento civil no captan suficientemente el espíritu del conflicto jurídico mercantil, y en derecho comercial se necesita agilidad y seguridad no solo para ajustar los contratos o negocios sino, también, para deshacerlos y evacuar los debates a que dé lugar la ejecución de los mismos. Todos conocemos

la desconfianza que existe en las medianas y grandes empresas frente a la solución judicial, razón por la cual han tenido que acudir en forma creciente a buscar la definición de las reclamaciones a través de los Tribunales de Arbitraje, o por intermedio de la conciliación mercantil, o de los arreglos privados o extrajudiciales entre deudores y acreedores.

Preocupa, sin embargo, que lo anterior pueda ser el reflejo de la desconfianza de una comunidad en sus jueces lo que me parece de la mayor gravedad, y quiero invocar y tratar de recuperar, ante este auditorio por lo menos, la confianza y el respeto que nos deben merecer los jueces, quienes constituyen uno de los pilares fundamentales de todo sistema democrático.

Cuando personal o familiarmente nos veamos hostigados, cuando nuestros clientes se encuentren asediados o vilipendiados por sus acreedores o sus contrapartes, tengamos en cuenta que solo nos quedará la figura del juez para recuperar la dignidad de la discusión y el equilibrio en el debate y para volver a colocar en igualdad de condiciones a la parte oprimida, frente a la parte dominante. El día en que nos quedemos sin jueces -y perder la fé en ellos es lo mismo-, se habrá destruido uno de los cimientos de todo sistema democrático y una de las conquistas de la civilización.

6. La Usurpación de la Calidad de Comerciante, pero sin las Cargas del Comerciante.

Un signo perturbador del derecho comercial tradicional -o una característica del derecho comercial moderno- es la usurpación de la actividad comercial o de la calidad de comerciantes por personas jurídicas que no han sido constituidas, ni cuyo objeto ha sido previsto para desarrollar actividad mercantil, fuera de que la misma ley les ha predeterminado otros fines lejanos a toda actividad comercial.

Un ejemplo me ahorra las estériles conceptualizaciones: Las Cajas de Compensación o de Subsidio Familiar irrumpieron en las actividades de mercadeo en forma ilegal y francamente desleal, frente a un comercio organizado que debe pagar tributos de toda clase y soportar una creciente vigilancia y controles estatales.

Si ustedes observan los estatutos de las Cajas de Compensación Familiar se darán cuenta que son entidades de derecho privado, sin **ánimo de lucro**, constituidas de acuerdo con el Código Civil. Sin embargo en toda ciudad grande o mediana la comercialización de bienes de consumo de primera necesidad -y suntuarios, en forma alarmantemente creciente- se hace a través de tales "corporaciones de derecho privado, sin ánimo de lucro", lo que constituye una usurpación indebida de la calidad de comerciante sin que tales operadores del comercio se sometan al Código de Comercio.

Todos conocemos los argumentos piadosos -hasta lacrimosos- con que se defiende la actividad comercial de esas entidades y parece ser que el comercio organizado ya perdió la batalla, en el sentido de que a tales personas se les prohíba el desarrollo de actividades mercantiles. Si eso es así parece razonable, por lo menos, que se acojan al estatuto del comerciante y en forma terminantemente clara queden obligados, por ejemplo, a competir con la misma lealtad que se le exige al comerciante organizado conforme al Código de Comercio.

Otro tanto podríamos decir de algunas Cooperativas, pero el ejemplo anterior es suficiente para tipificar esta característica de nuestro derecho comercial.

7. Presencia de un Derecho Comercial Residual.

Finalmente, si queremos redondear la semblanza del actual o moderno derecho comercial colombiano, es indispensable consignar que al lado del derecho comercial oficial u ortodoxo, existe un derecho comercial residual y en ocasiones clandestino del que no se ocupan ni el Estado, ni la doctrina, ni las universidades.

El comercio es un hecho y tiene su propia dinámica, al margen de lo que opinen los profesores universitarios, y en nuestra experiencia encontramos manifestaciones de actividad comercial que mientras en otros derechos dieron lugar a memorables estudios jurídicos (el pequeño empresario en la doctrina italiana, por ejemplo), aquí apenas configuran un caso policivo y el tema para un discurso recurrente de FENALCO, por ejemplo. Las manifestaciones principales de esa actividad comercial, que sería el objeto de lo que he denominado el derecho comercial residual, serían las siguientes:

a)- Hay un comercio ambulatorio y callejero, perturbador del derecho de locomoción, que desarrolla su actividad en las intersecciones viales, o captando en forma parasitaria la clientela de grandes almacenes, o aprovechando las aglomeraciones urbanas, que de cuando en cuando despierta la atención de uno u otro político -en etapas electorales, por supuesto- y al que FENALCO le tiene reservado un párrafo de estilo en todos los discursos de su Presidente. Pues bien, gústenos o no esa actividad comercial es cada vez más significativa bien por los valores intrínsecos de su propia utilería, como por el de las mercancías que intermedia. Respecto a lo primero, personalmente conocí el valor que alcanzaba una prima de cesión de un kiosco callejero en Bogotá y respecto a lo segundo, una gran empresa productora de golosinas tiene en esa red de "establecimientos comerciales callejeros", a uno de sus mejores compradores, con la ventaja de que su pago es al contado y sin rastro tributario alguno.

b)- Existe otro comerciante marginal, y en este caso "clandestino", que es quien convierte su propia casa de habitación en esta-

blecimiento comercial oculto al que se encamina una clientela orientada por el rumor o por las indicaciones de amigos, familiares o compañeros de trabajo, en el que se ofrecen, inclusive, ventajas crediticias iguales a las del comercio formal y que constituyen, indudablemente, un caso interesante de competencia desleal y una manera de evadir, por lo menos, los tributos municipales como los de industria y comercio y de enseñas y avisos.

c)- Existe otra clase de actividad comercial que es abiertamente pública y cuyo rasgo predominante es el mercadeo de bienes internados al país ilícitamente, como es el caso de los denominados "Sanandresitos", que cada vez amplían la oferta a bienes sofisticados y de alta tecnología, como los computadores y procesadores de palabras, según se observa en Bogotá, por ejemplo. La presencia de estos mercados propicia la paradoja de que se tolere la adquisición de un determinado bien en su área geográfica, pero que si ese mismo artículo lo adquiero a seis o siete cuadras de dichos establecimientos, puedo convertirme en sospechoso de haber adquirido un objeto ilícito.

Este es el contexto en el que se desarrolla la contratación mercantil actual. En otras palabras: Aunque el cuadro o descripción anterior no sea completo es necesario describir el panorama y las tendencias de nuestro actual derecho mercantil porque solo así será posible comprender algunas particularidades y lo que ocurre en lo que hemos denominado **la moderna contratación comercial**.

III CARACTERISTICAS DE LA CONTRATACION COMERCIAL.

Con la aproximación que nos suministra el panorama del derecho comercial actual en nuestro país, estaríamos preparados para indagar, en concreto, cuáles son las líneas o tendencias de la actual contratación comercial, asunto que tiene una especial importancia para quienes dan fe pública o autentican las declaraciones de voluntad de los contratantes. La observación de la realidad nos sugiere lo siguiente.

1- Insólita Tendencia a la Tipicidad y el Uso Creciente de los Contratos Formulario.

La característica tradicional de la contratación comercial es su total atipicidad, razón por la cual si bien no alcanza a ser un contrasentido la existencia de Libros de Contratos en todos los Códigos de Comercio, igualmente resulta evidente su insuficiencia y desuetud respecto a lo que hacen los comerciantes en la realidad, la que es esencialmente atípica y espontánea. Por esta razón es tardía -casi reciente- la regulación legislativa de los contratos comerciales y ello ha sido el resultado, más bien, de la veracidad interventora del Estado que de la insuficiencia de las costumbres mercantiles. No debe olvidarse, por otra parte, que el liberalismo jurídico está estructurado

sobre una terrible paradoja: Una aparente confianza en la autonomía de la voluntad y en la libertad contractual... siempre y cuando exista una regulación estricta por medio de la ley o norma estricta del marco o campo de acción de esa supuesta libertad contractual.

Pues bien, al contrario de lo anterior, una primera característica de la moderna contratación comercial es su tendencia a la tipicidad y el uso creciente de los llamados **contratos formulario**, esto es, de documentos que van más allá de las necesidades probatorias para volverse constitutivos o de la **esencia** del negocio por la simple voluntad de las partes, en los que la parte dominante redacta **totalmente** las declaraciones de voluntad de ambos contratantes, quedándole a la parte dominada, solamente, la facultad de suscribir o no esa declaración.

El Derecho Civil ha mirado con cierta sospecha -y la verdad con poca malicia- a ese tipo de contratos que solo le preocuparon para suministrar una regla de interpretación que ha resultado insuficiente e ingenua dados los términos de su redacción y su interpretación tradicional. En efecto, dice la ley (C.C., Art. 1624) que "las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes... se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella", y resulta que, en la práctica, esas cláusulas son las más claras y concluyentes en ese tipo de contratos, esto es, nada tienen de ambiguas, de lo que resulta que la norma no se aplica por carencia del presupuesto de hecho.... o el intérprete tiene que entrar en ejercicios interpretativos francamente sospechosos.

Desde la perspectiva de la contratación comercial, los contratos pre-diseñados, o **contratos-formulario** tienen un origen y una motivación distinta del ejercicio del poder contractual de una parte frente a la otra (perspectiva del Art. 1624 del C.C.). Nuestra observación de la realidad nos sugiere que este tipo de contratos tienen y tendrán un creciente uso en el derecho comercial, por constituir una forma o mecanismo práctico y sencillo para controlar las facultades de los subalternos y dependientes del comerciante, quienes tienen que ajustar con la clientela, en forma rápida, casi instantánea, convenios comerciales de cuantías enormes, insospechadas hace unos años, que envuelven un riesgo comercial enorme y en cuya suscripción no participa un funcionario de nivel jurídico o administrativo, capaz de discutir las condiciones y derogar las estipulaciones pre-establecidas y precisamente eso es lo que se busca: Que ese dependiente de comercio o subalterno del comerciante, no desborde sus facultades, ni se convierta en una fuente de riesgo jurídico o comercial para la empresa. ¿Qué sería de un banco, por ejemplo, si el gerente de una agencia -que no representa al banco y que tiene limitadas sus facultades para obligar al banco, en cuantías que resultan maliciosas-, pudiera discutir libremente los términos de un Contrato de Cuenta Corriente o de un Crédito Documentario?. Pues que una facultad

tan amplia sería un semillero de conflictos. Por eso el banco, en esas dos operaciones -para continuar con el mismo ejemplo- tiene **formas** pre-establecidas e impresas (contratos-formulario) que a la vez que constituyen una "camisa de fuerza" para que ese gerente no desborde sus facultades, cumplen una labor didáctica y orientadora sobre los elementos, condiciones y demás términos de las respectivas estipulaciones contractuales.

El contrato-formulario no existe para los contratos esporádicos y atípicos, razón por la cual esta es una característica de los contratos masivos o generalizados y un signo evidente de la mediana y gran empresa y de la prestación de servicios al detal, en forma voluminosa.

2- Comerciantes y Contratantes no Propietarios.

Otra característica de la contratación comercial actual es la terminación del mito de la propiedad privada de los medios de producción. No es que el derecho comercial haya desembocado en el socialismo, ni en la propiedad socializada de los medios de producción. No. A lo que me refiero es a la presencia de un número creciente de comerciantes que han entendido que para su desarrollo empresarial no es necesario ser propietarios de los medios de producción, ya que puede ser suficiente -y conveniente- utilizarlos como simples tenedores -arrendatarios, por ejemplo, o tenedores fiduciarios-, sin necesidad de gravar el patrimonio con la adquisición de unos bienes que podrían agotar todo el capital disponible -el equipo aéreo de una compañía transportadora, por ejemplo-, o que a un corto plazo resultarían obsoletos, como le ocurrió a la banca, hace unos años, con los primeros equipos de procesamiento electrónico de la información.

Este tipo de comerciantes o empresarios revela lo que significa el crédito como componente de la actividad mercantil y como tema de atención por el derecho comercial. Sin embargo, paralelo a lo anterior, es necesario admitir que también se da el caso de empresarios **insolventes ab-initio**, simuladores de grandes empresas y el abuso de la forma societaria, por ejemplo, para simular actividades comerciales de gran envergadura. Las "sociedades de papel" y los "vendedores de humo" son la parte patológica de esta característica de la actual organización y contratación comercial.

3- La Desestimación de la Personalidad Societaria.

Bajo el ropaje societario se encubren en nuestro sistema de derecho muchas irresponsabilidades económicas y financieras.

Los sistemas jurídicos herederos del continental -europeo- son reacios a la consideración de la posibilidad de la **sociedad unipersonal** por la dependencia, especialmente, de la noción del patrimonio como

unidad pero, también, para precaver el abuso en la reglamentación de la **irresponsabilidad personal** ya que por ese medio podría cada quien predeterminar unos bienes específicos a un determinado objeto social, limitando a esos bienes la responsabilidad personal por el alea de tal explotación societaria.

Sin embargo, en la práctica, mediante la **sociedad de responsabilidad limitada** se llega al mismo sistema de **irresponsabilidad personal**, porque la limitación de responsabilidad a las cuotas sociales significa que hasta ahí podría quedar cada socio afectado si fracasa la explotación o empresa mercantil. Por eso se ha vuelto un trámite de estilo rutinario que los bancos le exijan a los socios o a varios de ellos la garantía personal y solidaria de las obligaciones societarias, por ejemplo.

Pero, para lo que nos importa, ¿Qué ha venido ocurriendo?. Atento el derecho comercial a la presencia de una serie de abusos en la gestión societaria, y a la imposibilidad práctica de hacer responder a las sociedades por tales abusos, se ha empezado a **desestimar**, a desechar la llamada personalidad societaria para "penetrarla", esto es, descorrer su velo y hacer responder por tales actos a los socios y a los administradores.

En nuestra experiencia hay suficientes ejemplos de la utilización de la personalidad moral para evadir responsabilidades, atropellar a la parte débil de la relación jurídica o ejercer abusivamente la actividad empresarial, o eludir las obligaciones del derecho laboral y de la seguridad social. Los agentes de seguros, por ejemplo, tienen ante sus clientes una personalidad bifronte pues mientras uno como asegurado entiende tratar con una persona física, el día del conflicto por algún trámite inadecuado acaba uno discutiendo con una sociedad de la que no tenía la menor noticia previamente. Y ellos, por su parte, deben constituirse como sociedades porque de otra manera las compañías de seguros no los reconocen como agentes y porque bajo esa fórmula se precave la conformación de cualquier **relación laboral**. También ofrece nuestra realidad contractual el caso de entidades sin ánimo de lucro -corporaciones o fundaciones- que ante la inminencia de tener que responder por actos abusivos aparecen invocando sus fines píos o sociales y sus administradores refugiados en la estructura jurídica moral correspondiente para eludir toda clase de responsabilidades.

Con la advertencia de que se trata de una institución excepcional, tenemos que registrar que, por lo menos, en la contratación comercial la llamada "desestimación de la personalidad societaria" se abre paso como un mecanismo para extender hasta los socios y administradores la responsabilidad por los actos societarios ejecutados con evidente abuso del derecho y en detrimento de clientes y usuarios de la empresa, y de la misma empresa.

4- Cuantificación o Indicación de las Obligaciones Dinerarias en Divisas o en Unidades de Cuenta.

La actual contratación comercial acude, en forma creciente, a significar o indicar las obligaciones dinerarias en monedas extranjeras o en unidades de cuenta eludiendo, en lo posible, su contabilización en pesos colombianos, lo que constituye una medida de legítima defensa del comerciante o empresario frente a la catastrófica fórmula prevista en el Código Civil para devolver el dinero prestado y para reconocer sus rendimientos o los daños por la demora en el cumplimiento de las prestaciones dinerarias.

El derecho comercial ha propiciado esa manera de contabilizar e indicar algunas obligaciones y sobre el punto no puede quedar duda alguna, como tampoco sobre la legalidad del mecanismo. En efecto, el Art. 874 del C. de Comercio es suficientemente claro en el sentido de que en el derecho colombiano se puede utilizar cualquier signo monetario para expresar obligaciones en dinero. Sin embargo, ese mismo Art. declara que solo se podrán exigir en la moneda pactada (extranjera) cuando ello sea posible de acuerdo con las reglamentaciones monetarias y si no lo fuere se impone la conversión a la moneda nacional.

Es bueno aclarar que el tema no gira alrededor de un capricho contractual, ni de la ansiedad por una ganancia exorbitante. No. El tema se inscribe en el más general e interesante del costo del dinero en una determinada sociedad que vive unas determinadas circunstancias económicas, variable que no tuvo en cuenta para nada el Código Civil cuando fijó los intereses en el 6% anual. Sin embargo, es necesario abonarle al Código Civil que esos intereses serían admisibles en una economía sin inflación ni devaluación. Si a ese 6% se le suma lo que resulte ser el deterioro anual del peso colombiano se entiende por qué sube, por ejemplo, al 36% anual. Y, adicionalmente, ese 6% anual del Código Civil se parece mucho al 7 u 8% que ha llegado a cobrar este año la plaza de Nueva York, o a la cotización más baja de la tasa interbancaria (prime rate) de esa misma plaza. En otras palabras, el 6% anual del Código Civil podría aplicarse si no tuviéramos deterioros en el valor del peso, es decir, si no existieran inflaciones ni devaluación.

Pero como nuestra realidad es otra, la contratación comercial ha tenido que utilizar la cuantificación de determinadas obligaciones en moneda extranjera o en unidades que envuelven índices de corrección tratando, en todo caso, de respetar los límites impuestos por las autoridades monetarias a las tasas de interés, así como el tope en que la operación ingresaría a los terrenos del Código Penal, por constituir usura.

No vamos a reeditar aquí la vieja polémica entre nominalistas y valoristas pero es bueno advertir que gracias al Código de Comercio, al Consejo de Estado y a la Jurisprudencia de nuestra Corte de Justicia el **nominalismo monetario** empieza a convertirse en una especie rara, en vía de extinción. Nuevamente el derecho comercial ofrece, entonces, una solución práctica para un problema práctico: ¿Cómo hacer para que el dinero que me devuelven, me alcance para comprar los mismos bienes que hubiera podido comprar cuando presté ese dinero y que quien lo utilizó me reconozca el costo de su arrendamiento?.

Ni el Código Civil ni el nominalismo monetario tienen como contestar esa pregunta.

5- La Colaboración Inter-Empresarial.

Otra característica de la actual contratación comercial es la colaboración inter-empresarial para el desarrollo o ejecución de determinadas actividades. Los **consorcios** no tienen personalidad jurídica en el derecho colombiano y así, cuando el derecho administrativo prevé su existencia, de ninguna manera les atribuye personalidad propia; se trata simple y llanamente de una cooperación para unos fines determinados, con responsabilidades solidarias.

La cooperación inter-empresarial es una realidad en el derecho comercial porque la excesiva diversificación del objeto de las sociedades dio como resultado la formación de grupos societarios imbricados, mutuamente dependientes, que ante la crisis de la sociedad madre demostraron su vulnerabilidad y su artificialidad como sociedades autónomas. Hoy, al contrario pareciera ser que la tendencia es la especialidad en determinados objetos sociales y la cooperación con un número indeterminado de sociedades que desarrollan objetos complementarios o afines, lo que trae como consecuencia necesaria que proyectos de mediano y gran tamaño deban ser asumidos en una forma coordinada por varios contratistas o empresarios. Ello, por supuesto, introduce novedades en las formas contractuales, en la manera de resolver las responsabilidades y en la forma de organizar la legitimación del grupo contratista para ejercitar los reclamos y las acciones.

6- El Manejo del Dinero Efectivo: La Transferencia Electrónica de Fondos.

Otra característica, o algo que vigoriza o moderniza la contratación comercial, es la llamada transferencia electrónica de fondos, tema que puede inscribirse en el más general de la influencia del procesamiento electrónico de la información en el derecho comercial. Nuestro comentario no pretende ser tan general. Solo queremos destacar lo que nos revela la forma como se maneja actualmente el dinero efectivo que, al fin de cuentas, es la única especie liberatoria de las obligaciones dinerarias.

El manejo del dinero efectivo a la vez que envuelve riesgos evidentes le presenta al derecho una serie de retos que creemos han sido extraordinariamente bien resueltos en el último siglo. ¿Qué sería, por ejemplo, de los millones de operaciones de pago si no dispusiéramos del cheque y de las tarjetas de crédito?. Pues esos dos instrumentos -cheques y tarjetas- establecen un puente entre el negocio de pago y el pago efectivo, esto es, el momento en que el acreedor de tal negocio tiene la certeza de recibir, bien sea directamente o mediante un abono en cuenta, el **dinero efectivo**. Sin embargo, a pesar de la extraordinaria utilidad de estos instrumentos, los operadores del dinero efectivo -entidades financieras- padecen en los últimos treinta años lo que un autor ha denominado "la tiranía del papel" porque si bien se minimizó el manipuleo directo del dinero efectivo, el manejo de los títulos o papeles que representan dinero se convirtió, a su vez, en un asunto igualmente desesperante en las operaciones bancarias, por ejemplo.

Hoy disponemos de la llamada "transferencia electrónica de fondos" que si bien admite varias escalas o grados su meollo radica en evitar no solo el manejo de dinero efectivo sino, también, en prescindir al máximo o totalmente del manejo de títulos o papeles que representen ese dinero. Un ejemplo que hace diez años era ideal y que hoy es real es el siguiente: Que si en una tienda o supermercado yo tengo que efectuar un pago, pueda hacerlo sin utilizar dinero efectivo, ni títulos que lo representen (cheques, por ejemplo), ni cualquier otro medio justificativo de un cobro efectivo (tarjetas de crédito por ejemplo), de manera que teniendo ambas partes (vendedor y comprador) un cajero o banquero común, por una simple instrucción electrónica se debiten y acrediten simultáneamente las cuentas de las partes deudora y acreedora del pago, evitándose la entrega de efectivo y la emisión de documentos de cualquier clase.

Lo anterior es una realidad y si hace unos pocos años se hablaba del "dinero plástico" como la gran innovación (las tarjetas de crédito), hoy corresponde hablar de lo que algunos han denominado "el dinero electrónico", aspectos de la actual o moderna contratación mercantil, ya presentes en nuestro sistema jurídico

REFLEXION FINAL.

El derecho comercial ha sido creado por la práctica, por las costumbres, razón por la cual es, esencialmente, un repertorio de soluciones prácticas para problemas prácticos. De ahí que para establecer cómo es la actual contratación comercial o qué rumbos tiene el derecho comercial actual, sea suficiente, simplemente, una atenta observación de la realidad, consejo que le recibimos, a través de sus libros, a un viejo y sabio comerciante español.

En esta charla he querido, solamente, transmitirles lo que yo observo en la contratación comercial actual pero mi visión no pasa de ser un simple punto de vista incompleto y en algunos casos exagerado, cuyo único mérito puede ser que toma como punto de partida -y en una forma cada vez más obsesiva- lo que nos ofrece la realidad.

El derecho comercial es el mejor ejemplo de cómo no se puede hacer derecho en un gabinete, o a espaldas de la vida cotidiana. Las pocas veces que los comercialistas han pretendido crear instituciones comerciales en sus "laboratorios" han fracasado y se han visto obligados a extenderle simultáneamente a esas instituciones, tanto la partida de nacimiento como su partida de defunción.

Hay un caso lamentable en el derecho latinoamericano, en el que también intervinimos los colombianos y yo, cargo el arrepentimiento de haberle dedicado un capítulo de mi primer libro a tal disparate o embeleco jurídico. Se trata de lo que en su momento la ALALC y el BID denominaron las "aceptaciones bancarias latinoamericanas" (A.B.L.A.S.), simples letras de cambio que aceptarían los compradores del exterior, que tendrían un aval tácito o convenio de nuestros bancos centrales, cuyo descuento se efectuaría en el mercado de Nueva York.

El sistema y los títulos se diseñaron con el mayor cuidado por los mejores comercialistas latinoamericanos y se consultaron las firmas más prestigiosas de abogados de Nueva York. Finalmente se hizo la presentación en esa ciudad de la gran institución jurídico-financiera que vendría a redimir a nuestros exportadores. Ahí concluyó todo. Rápidamente se estableció que no existían giradores, que no aparecían títulos para vender y que tampoco existirían compradores. A los abogados y a los bancos centrales se les olvidó consultar la realidad y se engolosinaron en un simple diseño formal-jurídico, sin percibir que era estéril e improductivo.

Esta experiencia es una de las más desagradables que he visto en el derecho comercial y tal vez me impresionó tanto que por ello mismo me convirtió en un comentarista del derecho comercial que prefiere partir de la realidad antes que perder el tiempo en vanas e inútiles conceptualizaciones. Y eso es lo que he tratado de hacer en esta conferencia.

FORO NACIONAL DE NOTARIADO Y REGISTRO. Cartagena, mayo 8/86.