

DERECHO COMERCIAL
EN EL SIGLO XXI

Oviedo Albán, Jorge, 1973-

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

264 p. ; 23 cm.

Incluye bibliografías e índices.

ISBN 978-958-35-0663-5

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

346.07 cd 21 ed.

A1169714

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

DERECHO COMERCIAL EN EL SIGLO XXI

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



EDITORIAL TEMIS S. A.



**Universidad
de La Sabana**

Bogotá - Colombia
2008



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

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

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

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

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

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

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

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

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Editorial Nomos.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

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

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

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	VII

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ

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

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO PRIVADO

JORGE OVIEDO ALBÁN

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

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

HERNANY VEYTIA

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

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

LAS SOCIEDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

BEATRIZ PALLARÉS

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

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

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

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

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

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

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

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ

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