

Derecho comercial

**Actos de comercio, empresas,
comerciantes y empresarios**

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

SEGUNDA EDICIÓN
AMPLIADA Y CORREGIDA

DERECHO COMERCIAL

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

DERECHO COMERCIAL

ACTOS DE COMERCIO, EMPRESAS,
COMERCIANTES Y EMPRESARIOS

*Segunda edición,
ampliada y corregida*



Universidad de
los Andes



Bogotá - Colombia
2016

Castro de Cifuentes, Marcela

Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios / Marcela Castro de Cifuentes. – Segunda edición ampliada y corregida. – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes: Temis, 2016.

528 páginas ; 23 cm.

ISBN 978-958-35-1115-8

I. Derecho comercial – Colombia I. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho. II. Tít.

CDD 346.07

SBUA

© Marcela Castro de Cifuentes, 2016.

© Universidad de los Andes - Facultad de Derecho

Carrera 1ª núm. 18A-10, Bogotá

Tels.: 339 4949 - 339 4999 ext. 2382

<http://derecho.uniandes.edu.co>

correo elec.: infderec@uniandes.edu.co

© Editorial Temis S. A., 2016

Calle 17 núm. 68D-46, Bogotá

www.editorialtemis.com

correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Diseño de cubierta: Neftalí Vanegas

ISBN 978-958-35-1115-8

2866 20160030270

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.

A mi hijo Andrés

MARCELA CASTRO RUIZ

Abogada de la Universidad de Los Andes. Master en Derecho Comparado, Universidad de Illinois (como becaria Fulbright). Especialista en Derecho Financiero, Universidad de Los Andes. Profesora Titular, docente en cursos de pregrado y posgrado en obligaciones, contratos, propiedad, responsabilidad civil y derecho comercial. Investigadora en diversos temas del derecho privado. Ha sido directora de la Revista de Derecho Privado y Directora del área de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Ganadora del premio de Innovación Docente la misma Facultad. Árbitro nacional e internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Publicaciones recientes: *Cómo afrontar lo inesperado: las cláusulas de fuerza mayor en la contratación internacional*; *Modernización de las obligaciones* (coord.) y capítulo Propuesta para la modernización del régimen de responsabilidad civil contractual en Colombia: las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad contractual; *La necesaria modernización del régimen de la responsabilidad civil en Colombia: la propuesta pionera del maestro Arturo Valencia Zea en su Proyecto de Código de Derecho Privado*; *Fundamentos de derecho de los negocios para no abogados* (coord.) y capítulos sobre derecho comercial, obligaciones, contratos y responsabilidad civil; *Cláusulas de indemnidad: aproximación a su problemática en el derecho colombiano*; *Algunas propuestas para la unificación y la modernización del derecho de las obligaciones y los contratos en Colombia*; *La responsabilidad civil objetiva: componente indispensable para la modernización del derecho de daños*; *Derecho de las obligaciones* (coord.) y capítulos sobre efectos, transmisión y extinción de las obligaciones; *El derecho de retención*; *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*; *El corretaje*; *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano: franquicia y licenciamiento de software*; *La cláusula compromisoria por referencia*.

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Transcurridos siete años desde la primera edición del libro y luego de tres reimpressiones, se hizo necesario retomar la labor de investigación con el propósito de actualizar la obra e introducir algunas modificaciones en su estructura con divisiones temáticas más apropiadas, que permitan una lectura más ágil y la mejor comprensión de las materias examinadas.

El Código de Comercio colombiano cumple ya casi cuarenta y cinco años de vigencia y permanece, a pesar de muchas críticas, separado del estatuto civil. Aquel mantiene como pilares el acto objetivo de comercio, el comerciante y, en forma complementaria los bienes mercantiles, por lo cual en nuestro país sobrevive el interés académico y práctico en el estudio de la materia mercantil como disciplina especial.

En esta segunda edición, el libro profundiza en la problemática de los actos de comercio y los comerciantes que delimitan la materia mercantil y aborda temas novedosos que han ganado relevancia en los últimos años. Así, por ejemplo, trata la denominada “constitucionalización del derecho comercial” en el aparte dedicado a las fuentes formales y analiza los deberes del empresario frente a los consumidores, aspecto que se reconoce sin ninguna duda como componente fundamental de las relaciones jurídicas que hoy se multiplican en el mercado. Además, incorpora fuentes actualizadas como también preguntas y casos en todos los capítulos, como una ayuda para afianzar los diferentes conceptos estudiados.

Por supuesto, la nueva edición recoge las reformas legales que se han promulgado en los últimos años en cuestiones atinentes a los actos de comercio pero particularmente a los comerciantes, tales como el RUES (Registro Único Empresarial y Social), la eliminación de la inscripción de los libros de contabilidad en el registro mercantil, las nuevas normas sobre cámaras de comercio, los estándares internacionales de contabilidad, los cambios en las normas procesales y de prueba con la expedición del Código General del Proceso, entre otros.

La obra es un texto introductorio al derecho comercial con la aspiración de que siga siendo herramienta útil para la enseñanza y aprendizaje de esta rama del derecho privado en las distintas universidades colombianas, como lo ha sido hasta ahora, así como texto de consulta en el ejercicio profesional.

El *ius mercatorum* se caracteriza por su vertiginosa evolución al ritmo de los cambios políticos, económicos y sociales, que le han merecido el famoso calificativo acuñado por el Maestro ASCARELLI de ser una categoría histórica y no ontológica. En su transformación en las décadas recientes, ha ganado espacio la internacionalización que ha dado una renovada importancia a la *lex mercatoria*, a los principios de *soft law*, a los usos y costumbres internacionales, a leyes uniformes y a la solución de controversias por la vía arbitral.

Pero en el ámbito local, es preciso detenerse a reflexionar sobre la pertinencia de modernizar el derecho privado, mediante la reformulación doctrinal y jurisprudencial que abone el terreno a las reformas legislativas bien concebidas y maduras que pongan al día la legislación mercantil nacional que ya acusa alguna obsolescencia.

No es un secreto que el criterio objetivo del derecho comercial ha hecho crisis desde hace un buen tiempo, considerando las dificultades que enfrenta el intérprete en la delimitación de la materia mercantil a partir de la enumeración de los actos de comercio. FARINA¹ sostiene que “[f]rente a la estrechez de enfoque que presenta el criterio objetivo del acto aislado de comercio, se ha ido abriendo camino la idea de un enfoque distinto que permita ampliar la concepción del derecho mercantil y otorgarle su verdadero significado económico-social, conforme a la realidad de nuestros días y evitar las complejas contradicciones y hasta inútiles disquisiciones a que nos ha sometido el concepto objetivo [...]”.

En particular, parece ineludible el debate —ahora sí definitivo— sobre la unificación del régimen de las obligaciones y los contratos en el derecho privado que eliminaría los vacíos y discrepancias que aún presenta la doble regulación de varias instituciones jurídicas. Un régimen unificado que sea claro y acorde con los negocios contemporáneos eliminaría incertidumbres y costos de transacción que hoy pesan sobre los contratantes que deben someterse a esquemas propios de la codificación napoleónica del siglo XIX.

Coincide con esta visión el tratadista VINCENT CHULIÁ, al señalar que la división del derecho privado hoy parece injustificada, porque la economía industrial, mercantil y financiera y la ‘rural’ o civil están suficientemente unificadas. “Ya no existe —señala el autor— la contraposición entre un ‘tempo’ rápido y un ‘tempo’ lento —en la circulación de la riqueza mobiliaria e inmobiliaria, respectivamente— que determinó una codificación separada [...]. Además, las normas nacidas en el estatuto jurídico del

¹ JUAN M. FARINA, *Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 14. Esta afirmación se hizo antes de la vigencia del Código unificado argentino promulgado en 2014 pero es plenamente aplicable al caso colombiano.

comerciante para organizar su actividad y patrimonio se han generalizado hasta constituir el régimen jurídico actual de las ‘Empresas’².

En suma, las razones históricas que dieron paso a un estatuto especial para el comercio y los comerciantes, paralelamente a una codificación de derecho común para todos los demás negocios jurídicos y para todos los ciudadanos, han desaparecido. Hoy en día, las preocupaciones del derecho privado tienen que ver más con la tutela de los consumidores y la armonización de los sistemas jurídicos para facilitar los intercambios internacionales, que con el mantenimiento de unas murallas, cada vez más frágiles, que separan el derecho mercantil y el derecho civil.

Si bien la idea de modificar el Código Civil puede considerarse para algunos una “herejía jurídica” o un “desconocimiento de una larga y aferrada tradición jurídica”, lo cierto es que ya existen en el mundo referentes de peso para replantear con seriedad y rigor un nuevo régimen unificado de las obligaciones y los contratos. Muy relevante para estos fines es la reforma reciente que en Argentina unificó el derecho civil y comercial, con grandes aciertos y avances que los iusprivatistas no podemos ignorar. Así mismo, mucho peso tiene para nuestro país la reciente reforma al Código Civil francés y que toca puntos medulares de las obligaciones y contratos en el Código Napoleónico de 1804, para citar unos pocos ejemplos de la ola reformadora que en esta materia se vive en el mundo.

La tarea de modernización o recodificación también puede apoyarse en los importantes proyectos académicos que se han elaborado en Europa en los últimos años, entre ellos el Código Europeo de Contratos (también denominado Proyecto Pavía o Proyecto Gandolfi), el *Draft common frame of reference* (liderado por el Profesor Christian von Bar), y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Además, los instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y de *soft law* como los Principios Unidroit para la Contratación Internacional proveen importantes insumos para la discusión que se avecina.

Por ahora entregamos al lector la segunda edición de este libro en un formato más robusto y con fuentes actualizadas. Pero queremos dejar sembrada esta inquietud sobre la modernización que de hacerse realidad llevaría al replanteamiento de la estructura de nuestro sistema de derecho privado. Con ese propósito, se ha incluido como apéndice al final del libro una propuesta esquemática para el tratamiento futuro del derecho privado, que por supuesto suprime la dualidad de regímenes de obligaciones y contratos. Esperamos así alentar el debate académico que debe comenzar más temprano que tarde.

² FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 39.

Deseo expresar mi sincero agradecimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes por incentivar a lo largo de tantos años mis tareas de docencia, investigación y publicación. Debo también reconocer la valiosa labor de varios estudiantes y egresados de la Facultad que apoyaron la investigación realizada para hacer realidad la presente edición, especialmente a Ana Carolina Ramírez, María Lorena Flórez, María Eugenia Gutiérrez, Daniel Bermúdez y Andrés Cifuentes.

A mis alumnos de derecho comercial los animo a profundizar sus estudios y a contribuir en los esfuerzos de modernización que requiere con urgencia el derecho privado nacional, que beneficiará a esta y a futuras generaciones de juristas y de empresarios.

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
macastro@uniandes.edu.co
Bogotá, octubre de 2015

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación de la segunda edición.....	VII

CAPÍTULO I

ACTOS DE COMERCIO Y EMPRESAS

1. Acto de comercio: aproximación al concepto	1
2. El acto de comercio en el derecho colombiano	8
A) La dimensión jurídica de una realidad económica.....	8
B) El acto de comercio delimita el campo de aplicación del de- recho comercial: los criterios de mercantilidad.....	18
a) Actos de comercio por enumeración legal: artículo 20	19
b) Actos de comercio accesorios, conexos o por relación: ar- tículo 21	43
c) Actos no mercantiles por enumeración legal no taxativa: artículo 23	53
d) Actos mixtos o unilateralmente mercantiles: artículo 22....	87
Preguntas del capítulo	93

CAPÍTULO II

LA EMPRESA Y SU TRASCENDENCIA EN EL SISTEMA ECONÓMICO

1. Elementos estructurales de la empresa mercantil	99
A) Elemento objetivo: la actividad económica organizada pro- piamente dicha	99
B) Elemento subjetivo: el empresario mercantil	101
C) Elemento funcional: el establecimiento de comercio.....	102
2. La empresa en la Constitución colombiana.....	102
A) Los trabajadores	105
B) Los consumidores.....	106

	PÁG.
C) Los competidores	107
D) El grupo social en general	107
Preguntas del capítulo	108

CAPÍTULO III

EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

1. Noción de establecimiento de comercio	109
2. Componentes del establecimiento	111
A) Elementos materiales o corporales	113
B) Elementos inmateriales o incorporales.....	114
3. La clientela y el “aviamento”	115
4. Naturaleza jurídica del establecimiento	122
5. Establecimiento de comercio y registro mercantil	126
6. El local comercial y la protección del empresario arrendatario....	130
7. Operaciones sobre el establecimiento	139
A) Enajenación (C. de Co., arts. 525 al 531).....	140
a) Entre las partes: efecto relativo.....	142
b) Ante terceros: efecto “erga omnes”	145
c) Derecho de oposición de los acreedores.....	148
d) Efecto jurídico de la enajenación.....	148
B) Otras operaciones sobre el establecimiento	154
a) Arrendamiento (C. de Co., art. 533)	154
b) Usufructo (C. de Co., art. 533)	154
c) Anticresis (C. de Co., art. 533) ^o	155
d) Prenda (C. de Co., art. 532)	155
e) Seguro (C. de Co., art. 1085).....	157
f) Embargo.....	158
Preguntas del capítulo	159

CAPÍTULO IV

IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA MERCANTILIDAD

1. Aplicación del sistema de fuentes del derecho comercial	163
A) Fuentes supralegales.....	163
a) La Constitución Política	163
b) El derecho supranacional.....	167

	PÁG.
B) Fuentes principales previstas en el ordenamiento comercial	169
a) La ley mercantil imperativa (C. de Co., art. 1º).....	170
b) La ley mercantil dispositiva por vía principal (C. de Co., art. 1º).....	171
c) Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados (C. de Co., art. 4º).....	171
d) Normas comerciales supletivas (C. de Co., art. 4º).....	171
e) Costumbres comerciales (C. de Co., art. 3º y 5º).....	172
f) Ley civil como fuente subsidiaria (C. de Co., art. 2º).....	175
C) Fuentes auxiliares.....	176
a) Los tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia.....	176
b) Las costumbres internacionales.....	176
c) Las costumbres extranjeras.....	177
d) Los principios generales del derecho comercial.....	177
2. La integración de los principios de derecho civil a los negocios jurídicos mercantiles: alcance del artículo 822 del Código de Comercio.....	178
A) Incorporación del derecho civil al ordenamiento comercial ...	180
a) Principios.....	181
b) Actos, contratos y obligaciones.....	182
3. Cuadro resumen: criterios de delimitación derecho civil-derecho comercial.....	196
Preguntas del capítulo.....	197

CAPÍTULO V

COMERCIANTES Y EMPRESARIOS MERCANTILES

1. Visión general.....	201
2. Noción de comerciante.....	202
A) Comerciante y empresario mercantil.....	204
a) Comerciante persona natural.....	207
b) Personas jurídicas comerciantes.....	212
B) Personas jurídicas de derecho privado.....	222
Preguntas del capítulo.....	225

CAPÍTULO VI

IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL CONCEPTO DE COMERCIANTE: EL ESTATUTO PROFESIONAL

1. Deberes ante el registro mercantil: matrícula e inscripción.....	228
---	-----

	PÁG.
A) Matrícula	229
a) Matrícula de los comerciantes	230
b) Matrícula de los establecimientos de comercio	231
c) Funciones de la matrícula mercantil	232
d) Renovación de la matrícula mercantil	234
e) Sanciones por no matricularse o por no renovar la matrícula	236
B) Inscripción de los actos, libros y documentos que ordene la ley	237
a) En qué consiste el deber de inscripción	237
b) Efecto jurídico fundamental de la inscripción	238
c) Inscripción de los libros de comercio	239
C) Las cámaras de comercio como entidades de orden legal encargadas del registro mercantil	241
a) Naturaleza jurídica de las cámaras de comercio	242
b) Control de legalidad	246
c) Naturaleza administrativa de los actos de registro y su impugnación	248
2. Deberes de los comerciantes respecto de su información comercial	252
A) Los libros de comercio	253
a) La reserva de los libros de comercio	256
b) Exhibición de los libros	266
c) Conservación de los libros	268
d) Eficacia probatoria de los libros de comercio	271
B) La contabilidad del comerciante	280
a) Libros obligatorios, principales y auxiliares	281
b) Principales aspectos técnicos contables y financieros	284
c) Sanciones por no llevar contabilidad con arreglo a la ley	287
3. Denunciar la cesación de pagos	293
4. Deberes frente al mercado: competidores, consumidores y usuarios	302
A) La competencia desleal: remisión	303
B) Deberes del empresario respecto de los consumidores y usuarios: remisión	303
Preguntas del capítulo	303

CAPÍTULO VII

EL COMERCIANTE Y SUS DEBERES FRENTE AL MERCADO: COMPETIDORES Y CONSUMIDORES

1. La competencia económica	305
-----------------------------------	-----

	PÁG.
A) Nociones generales y régimen jurídico	305
B) La competencia desleal y las prácticas restrictivas de la libre competencia.....	310
a) Competencia desleal	310
C) Libertad de empresa y competencia	317
D) Conductas constitutivas de competencia desleal.....	321
a) Actos de desviación de la clientela (art. 8º).....	321
b) Actos de desorganización (art. 9º)	331
c) Actos de confusión	339
d) Actos de engaño (art. 11).....	348
e) Actos de descrédito (art. 12).....	353
f) Actos de comparación (art. 13).....	354
g) Actos de imitación (art. 14)	356
h) Explotación de la reputación ajena (art. 15)	361
i) Violación de secretos (art. 16)	364
j) Inducción a la ruptura contractual (art. 17)	372
k) Violación de normas (art. 18)	375
l) Pactos desleales de exclusividad en los contratos de sumi- nistro (art. 19)	378
E) Requisitos para la configuración de la competencia desleal, acciones legales, medidas cautelares y vía procesal	380
a) El ámbito objetivo.....	380
b) El ámbito subjetivo	381
c) El ámbito territorial.....	381
F) Deberes del empresario frente al consumidor	385
a) Deberes del empresario frente a calidad, seguridad e ido- neidad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado (títulos II a IV de la ley 1480 de 2011)	387
b) Deber de información (títulos V y VI y artículo 19 de la ley 1480 de 2011)	391
Preguntas del capítulo	394

CAPÍTULO VIII

EL EMPRESARIO EN EL DERECHO POSITIVO

1. El empresario: ¿un concepto unívoco en el derecho?	395
A) El empresario para el derecho comercial	395
B) El empresario en sentido constitucional amplio.....	396
C) En el derecho laboral.....	396

	PÁG.
D) En el derecho tributario.....	400
a) Impuesto nacional de renta y complementarios.....	400
b) Impuesto sobre las ventas (IVA).....	402
c) Impuesto municipal de Industria y Comercio (ICA).....	405
d) Otras obligaciones tributarias de carácter formal.....	411
2. Algunos empresarios con régimen especial.....	413
A) El Estado empresario.....	413
a) Empresas industriales y comerciales del Estado.....	416
b) Sociedades de economía mixta.....	420
B) Personas jurídicas sin ánimo de lucro.....	425
C) Las empresas de servicios públicos domiciliarios.....	438
Preguntas del capítulo.....	446
Apéndice. La unificación de las obligaciones y los contratos y la modernización del derecho privado patrimonial.....	447
Bibliografía.....	455
Índice de autores.....	481
Índice de disposiciones.....	483
Índice de materias.....	491

CAPÍTULO I

ACTOS DE COMERCIO Y EMPRESAS

1. ACTO DE COMERCIO: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

La existencia del concepto de acto de comercio obedece, como lo enseñan los historiadores del derecho comercial, a una combinación de factores ideológicos, políticos, sociales y económicos que evolucionaron paulatinamente y hallaron en esa figura su expresión jurídica.

Dentro de los factores ideológicos determinantes pueden mencionarse los resumidos en los postulados de la Revolución francesa, como la libertad y la igualdad. En cuanto a la primera, se consagró la libertad de empresa, la libre iniciativa particular para intervenir como agente económico en el mercado y para competir en él, la libertad para escoger profesión u oficio, la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad privada. Respecto de la segunda, se proclamó la igualdad de los ciudadanos ante la ley, que pudieron gozar de las mismas oportunidades económicas que en épocas anteriores eran privilegio exclusivo de la clase burguesa dedicada a la especulación mercantil.

Las circunstancias políticas que coincidieron con la idea del acto de comercio tienen que ver con un cambio en el epicentro de la soberanía radicada antes en el monarca absoluto —que dirigía todos los asuntos del Estado, incluso la economía— hacia la idea de soberanía popular de la sociedad civil como producto de un contrato social y del Estado de derecho, en el cual el poder público debería estar claramente delimitado por la ley expedida mediante mecanismos democráticos. Con el nuevo esquema, los ciudadanos podrían ejercer libremente cualquier actividad, a menos que existiera prohibición legal expresa.

Desde el punto de vista social, la superación, al menos formal, de los privilegios sociales y económicos que existían en el antiguo régimen y la eliminación de las corporaciones de *mercatores* para dar tratamiento igualitario a todas las personas sin distinciones hacían pensar que el bienestar y la riqueza serían para todos.

Finalmente, en la perspectiva económica, el derecho comercial centrado en el acto de comercio sería el vehículo del capitalismo¹ y de la producción industrial en masa con el protagonismo de la empresa como actividad organizada, que se impondría sobre el feudalismo, la explotación señorial, la actividad artesanal y el pequeño intercambio.

La interacción de los factores descritos para dar cabida al “acto de comercio” como centro de la disciplina mercantil ha sustentado el planteamiento de que el derecho comercial es una categoría histórica y no ontológica² que surgió como respuesta a unas necesidades concretas de la sociedad y no por formulaciones teóricas o elaboraciones conceptuales. El acto objetivo de comercio llegó para quedarse mucho tiempo al proveer un criterio amparado en los actos considerados en sí mismos, que se someten a la disciplina jurídica comercial sin atender las calidades de los sujetos intervinientes.

El *acto de comercio* fue punto culminante en el proceso evolutivo del derecho comercial, el cual se apoyó inicialmente en un criterio subjetivo (determinado por calidad del sujeto) para pasar luego a uno objetivo (centrado en la naturaleza del acto), cambio que venía gestándose desde las primeras etapas de la formación del derecho especial o “*ius mercatorum*”. En el comienzo era un derecho profesional o de clase, que surgió a partir de las prácticas contractuales reiteradas de los comerciantes, que buscaban soluciones prácticas a sus necesidades de negocios, creando instituciones y principios novedosos ante la rigidez e insuficiencia del derecho civil.

Para comprender esta afirmación, debe recordarse que el *ius mercatorum* como derecho especial nació en la baja Edad Media (siglo XII aproximadamente) en las ciudades comerciales marítimas de Europa. Fue allí, por fuera del yugo feudal, en el recinto de las ciudades que despertaban después de un oscuro período de vida rural y sin intercambios de importancia, donde surgió el espacio propicio para el trabajo libre y donde florecieron la producción para el mercado y el comercio, en especial en el seno de las corporaciones de mercaderes. Los hombres de negocios, ávidos de ganancia, aprovecharon su nuevo papel e

¹ LUIS ROBERTO WIESNER, “Los Códigos de Comercio de la Colombia decimonónica: la migración de un ideal igualitario”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 7, Bogotá, Edit. Temis-Uniandes, octubre de 1990, pág. 80.

² TULLIO ASCARELLI, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1964, pág. 89.

impulsaron la interposición de bienes entre productores y consumidores, las actividades de cambio de moneda, banca y toda suerte de iniciativas lucrativas.

Con el paso del tiempo, los *mercatores* lograron el monopolio del mercado y, desde las asociaciones gremiales que ellos mismos conformaron para la protección de los intereses de quienes desempeñaban los nuevos oficios, impusieron las reglas del juego. Inicialmente estas asociaciones eran hermandades o cofradías para el auxilio mutuo de los miembros que se organizaban jerárquicamente (aprendices, compañeros y maestros) para el perfeccionamiento de un arte u oficio. Sus usos y costumbres se incorporaron paulatinamente en los estatutos de las corporaciones y estas, mediante los tribunales consulares, administraban justicia de forma autónoma invocando el poder conferido por los mismos comerciantes sin mediación del Estado ni de otra autoridad política³. La competencia de estos tribunales especiales se determinaba subjetivamente, es decir, los cónsules —que eran maestros del respectivo del arte u oficio— resolvían de manera sumaria los litigios entre comerciantes inscritos en la respectiva corporación, originados en su actividad profesional. Poco a poco la jurisdicción se extendió al conocimiento de controversias de comerciantes con sujetos no comerciantes, surgidas en razón de la actividad de aquellos.

En esta fase inicial —que se prolongó hasta finales del siglo XIV, cuando las circunstancias históricas trajeron nuevas realidades—, el derecho comercial se construyó a partir de las costumbres de los negociantes. Tuvo un carácter profesional o de clase y se aplicó con criterio subjetivo: era el derecho de los comerciantes en ejercicio de su actividad. Esta calidad, adquirida por la matrícula en el *liber mercatorum*, era determinante para la aplicación del nuevo derecho de los negocios. La primera etapa en la evolución del derecho comercial se caracterizó por una enorme creatividad en cuanto a nuevas figuras jurídicas antes desconocidas. Ejemplos notables son el préstamo a la gruesa (antecedente del seguro), la letra de cambio para pagos a distancia y las marcas de fábrica, entre otras. Además, con las ferias y los mercados Europa vivió una expansión de la actividad de producción e intercambio incluso en el ámbito internacional, pues el espíritu empresarial no conoció fronteras de ningún tipo. Esto permitió la unificación de las reglas y principios del *ius mercatorum* o derecho profesional de los

³ Cfr. FRANCESCO GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, versión española de Joaquín Bisbal, Barcelona, Laia, 1980, pág. 47.

comerciantes en el ámbito europeo, como una primera *lex mercatoria* gestada por los negociantes sin la mediación de autoridades políticas ajenas al interés de clase.

Cuando en el siglo xv se consolidaron los Estados nacionales en Europa y con la llegada de otros fenómenos como las conquistas en ultramar, la clase mercantil ya ostentaba un gran poder económico. En el nuevo contexto, los monarcas absolutos tomaron las riendas de la economía y, en desarrollo de la política mercantilista, decretaron la intervención del Estado en la actividad comercial. Se produjo en esta etapa la “nacionalización del derecho”; a su vez, el derecho mercantil se integró al derecho público, al paso que el derecho civil se mantuvo como la rama del derecho privado por excelencia.

En este momento histórico, que se extendió hasta finales del siglo xviii con el estallido de la Revolución francesa, el derecho mercantil con su versatilidad y sentido práctico se acomodó a las circunstancias; sus normas adoptaron la forma de ordenanzas reales, quedando la costumbre, con su función normativa, en un lugar subordinado en las fuentes del derecho comercial. Por otro lado, la creación de nuevas figuras como las compañías coloniales para las aventuras comerciales en el Nuevo Mundo (consideradas el antecedente de las sociedades por acciones con responsabilidad limitada) y el desarrollo de la letra de cambio ya no como mecanismo para el cambio de moneda, sino como instrumento de crédito, al tiempo que se levantaba definitivamente la prohibición canónica de la usura —para solo citar un par de casos—, son aportes importantes de esta etapa al derecho comercial moderno.

La jurisdicción especial del comercio se mantuvo pero no como emanación de la autonomía de las corporaciones de mercaderes, sino como una manifestación de la soberanía del rey. El criterio de aplicación del derecho comercial era aún subjetivo, pues los tribunales mantenían la competencia para las causas entre comerciantes y entre estos y personas no comerciantes, siempre que tales causas tuvieran su origen en la actividad mercantil.

Tras la Revolución, y con el advenimiento de la era napoleónica, se promulgaron en Francia el Código Civil (1804) y el Código de Comercio (1807), hecho que formalizó la dicotomía interna del derecho privado y produjo una distribución de materias entre estos dos cuerpos normativos, ahora manifiestamente diferenciados. Esta separación no impidió, sin embargo, que el ordenamiento mercantil hiciera remisión al estatuto civil como derecho común en aquellas materias no reguladas por aquel. Además, el derecho comercial no podía mantener su estirpe

subjetiva y, en su lugar, se produjo el fenómeno de la “objetivación”, por el cual era el acto de comercio y no la presencia de un comerciante lo que determinaba la aplicación del derecho especial. A partir del nuevo criterio objetivo, el acto de comercio realizado por cualquier persona —comerciante o no— se convirtió en el centro del derecho comercial. Para determinar el campo de aplicación de las normas mercantiles lo relevante era indagar por la naturaleza objetiva del acto y no la calidad de las partes.

De acuerdo con lo expuesto, según algunos la noción de acto mercantil no fue una creación consciente del legislador o de la doctrina comercial, sino un resultado casual⁴, cuya función o utilidad inicial fue tan solo la de repartir negocios entre las jurisdicciones civil y comercial. No obstante, la consagración de los actos de comercio mediante la enumeración en el entonces artículo 632 del Código napoleónico y a partir de él en prácticamente todos los Códigos de Comercio de la Europa continental y de Latinoamérica al lado de una codificación civil que debía entonces regular por contraposición los “actos civiles”⁵ tuvo el importante efecto de objetivar el derecho comercial y trazar una línea divisoria —no muy definida, por cierto— entre las dos ramas del derecho privado⁶.

⁴ WIESNER, *op. cit.*, pág. 87.

⁵ Expresa BOLAFFIO que el acto “esencialmente civil” es tal porque así lo ha determinado el legislador y critica la indefinición de VIVANTE, en cuya opinión el acto es civil cuando por sus caracteres constantes y esenciales no puede referirse al comercio; la objeción se hace dado que, para aquel autor, el comercio según el jurista es lo que diga el legislador. LEONE BOLAFFIO, *Derecho comercial*, t. I, Parte general, Buenos Aires, Ediar, 1947, pág. 684.

⁶ El Código napoléonico de 1807 consagra un sistema “mixto” en el cual hay enumeración de actos objetivos y atribución del calificativo de comerciante a la persona que profesionalmente realiza esos actos. El Código de Comercio alemán de 1861 enumeraba también ciertos actos de comercio con criterio objetivo, pero el sistema jurídico germano suprimió esta categoría de actos y, con el Código de 1897 regresó al concepto subjetivo: son actos de comercio los que realiza un comerciante. Por su parte, el Código español de 1829, aunque inspirado en el francés, consagró cierto criterio profesional al darle carácter constitutivo de la calidad de comerciante a la matrícula mercantil. El Código de Comercio italiano de 1882 consagraba un sistema mixto modelado sobre el francés; a partir de 1942, el acto de comercio dejó de ser elemento diferenciador del derecho mercantil y pasó a la organización de empresa como ejercicio profesional de cualquier actividad económica organizada con fines de producción o cambio de bienes y servicios. El derecho italiano tiene una base subjetiva: se refiere ahora a ciertas categorías de sujetos jurídicos: los empresarios y sus empresas. Además, se suprimió la dicotomía entre materia civil y mercantil de las obligaciones (JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, t. I, México, D. F., Porrúa, 1981, págs. 154-155). El sistema del *common law* no distingue entre actos civiles y de comercio.

Esta dualidad de ordenamientos fundada en el acto de comercio ha sido tildada de artificial⁷, causante de la confusión en que hoy se debate el derecho mercantil contemporáneo⁸ y hasta de socialmente injusta⁹. Además, la generalización de los principios e instrumentos elaborados por el derecho mercantil auspició la tan discutida comercialización del derecho privado, es decir, el predominio de sus normas en el ámbito de las relaciones económicas privadas, y desplazó a un plano secundario las instituciones del derecho civil que en forma residual se dedica a los actos “aislados”, sin mayor relevancia en las sociedades modernas.

Las críticas mencionadas han generado movimientos de unificación del derecho privado en sistemas como el suizo en 1881, el italiano en 1942, Polonia en 1964 y más recientemente en el ámbito latinoamericano, el Perú en 1984, Paraguay en 1985, Brasil en 2002 y Argentina en 2014. Colombia no ha sido ajena a esta discusión doctrinal, hasta el punto de que en 1980¹⁰ y en 1985 se elaboraron dos proyectos distintos que buscaban reestructurar el derecho privado nacional, sin que hubieren logrado superar la etapa del debate y menos aún se hubieran convertido formalmente en derecho aplicable. En la actualidad persisten estas inquietudes sin que se haya definido aún si debemos mantener la separación o si, de haber unificación, esta deba adoptar alguna forma particular para reorganizar nuestro derecho privado.

En vista de las materias que se encuentran comprendidas en el derecho comercial (en sentido estricto, actos de comercio y comerciantes; en sentido amplio, también los bienes mercantiles) y siendo el nuestro un Código de carácter mixto pero predominantemente objetivo¹¹, definir

⁷ DANIEL MANRIQUE GUZMÁN, “Actos de comercio”, en *Comentarios al Código de Comercio*, Bogotá, Colgas, 1979-1980, pág. 10.

⁸ JOAQUÍN GARRIGUES, “Derecho civil y derecho mercantil”, en *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, pág. 121.

⁹ CESARE VIVANTE, citado por FRANCESCO GALGANO en *Historia del derecho mercantil*, *op. cit.*, pág. 110. Esta afirmación se hizo en el contexto del debate doctrinal sobre la unificación del derecho privado en Italia. Se refiere a que el derecho comercial objetivado mediante acto de comercio no logró efectivamente la libertad, la igualdad y la solidaridad social proclamadas por la Revolución francesa, puesto que seguía siendo un derecho impuesto por una clase comerciante poderosa a unos consumidores casis siempre ignorantes y económicamente débiles.

¹⁰ Proyecto de ARTURO VALENCIA ZEA

¹¹ El llamado sistema mixto se deduce de la enunciación del art. 1º, que incluye en la regulación del Código a los comerciantes y los asuntos de comercio. Respecto a los comerciantes, la ley mercantil (tanto el Código propiamente dicho como las normas

la mercantilidad, es decir, el ámbito de aplicación del derecho comercial a partir del acto de comercio, es una necesidad vigente en nuestro sistema normativo.

El derecho comercial objetivo es entonces el que se apoya en los actos de comercio para definir la aplicación del derecho comercial, sin necesidad de hacer referencia, en principio, a los sujetos que celebran tales actos. Ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia, al aplicar el derecho comercial a una persona jurídica civil sin ánimo de lucro, que estas actividades son mercantiles por su propia naturaleza, no en razón de la calidad personal de quienes emanan, y las controversias que ocurran sobre ellas se encuentran sometidas por principio a la legislación especial de comercio, de acuerdo con las reglas que a ella le sean inherentes, en particular respecto del perfeccionamiento, forma, contenido, efectos y prueba de los negocios¹².

El español GARRIGUES resume el punto de manera afortunada: “Tanto en el sistema objetivo como en el subjetivo, el derecho mercantil es el derecho propio de una clase de actos: los actos de comercio. La diferencia entre uno y otro sistema consiste solo en que, mientras en el sistema subjetivo actos de comercio son únicamente los realizados por comerciantes, en el sistema objetivo son actos de comercio no solo los realizados por comerciantes, sino los que, sin ser ejecutados por comerciantes, se definen como mercantiles atendiendo a su sustantiva naturaleza (la finalidad de mediación entre productores y consumidores,

que prevén el régimen de comerciantes en estatutos especiales, como las entidades del sector financiero) establece su estatuto subjetivo, es decir, los deberes profesionales a que se encuentran sometidos (C. de Co., art. 19 y normas concordantes) por el hecho de ser comerciantes, según las definiciones de los artículos 10 y 100 del Código. Por su parte, los “asuntos mercantiles” son evidentemente los actos de comercio, criterio objetivo que predomina en la codificación. De acuerdo con GARRIGUES, aun en el sistema más rabiosamente subjetivo, hay que partir del acto para saber quiénes son los comerciantes. La noción de acto de comercio puede ser independiente y sustantiva, mientras que la de comerciante es siempre derivada de aquella. Cfr. JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1987, reimp. de la 7ª ed., pág. 135. La Corte Constitucional colombiana ha señalado que “[...] el estatuto mercantil, desde el punto de vista del comerciante o de la regulación de los actos de comercio —es decir, desde su aspecto subjetivo u objetivo respectivamente—, debe ser entendido como un régimen mixto, que no privilegia en función de las personas, sino que establece derechos y obligaciones derivados exclusivamente de las relaciones de tipo mercantil que regula”. Sent. C-153 de 2004.

¹² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 febrero 1996, exp. 4602, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, *Gaceta Judicial*, t. CCXL, núm. 2479, págs. 104 y ss.

el ser auxiliares de una industria mercantil, etc.) [...] No hay actos de comercio porque los realice un comerciante. Hay comerciantes porque realizan actos de comercio profesionalmente [...] el punto de partida es el acto de comercio y no el comerciante”¹³. Así lo ha estimado la jurisprudencia colombiana reciente: “Evidente es, pues, que la concepción del legislador patrio en torno al marco de acción del derecho comercial tuvo por base principal el ‘acto de comercio’, no solo porque las actividades identificadas como tales, independientemente de si son realizadas por un comerciante o por quien no tenga tal carácter, las sometió a su especial reglamentación, sino porque, adicionalmente, el ejercicio profesional de ellas determina la condición de comerciante”¹⁴.

La existencia de una regulación comercial separada de la civil y apoyada en los actos objetivos de comercio se ajusta a la Constitución, según lo ha declarado la Corte: “[...] tanto el estatuto civil como el estatuto comercial tienen su específico campo de aplicación en las actividades afines con las materias que regulan. Por ende, si un comerciante debe realizar una actividad de carácter civil, se tendrá que regir por la legislación civil correspondiente. Igualmente, si un ciudadano no comerciante (C. de Co., art. 11) debe realizar algún tipo de acto de comercio (*ibid.*, art. 20), esa específica actividad lo habilita para sujetarse a las normas que sobre el particular fije el estatuto mercantil”¹⁵.

Lo que pretendemos en la primera parte de esta obra es estudiar el concepto de “mercantilidad” y resaltar la importancia de los criterios que rigen la aplicación del derecho comercial en Colombia y propiamente comprender de manera cabal la disciplina de los actos de comercio, considerando los artículos 20 a 25 de nuestro Código y las principales apreciaciones de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el particular.

2. EL ACTO DE COMERCIO EN EL DERECHO COLOMBIANO

A) *La dimensión jurídica de una realidad económica*

Lo primero que preocupa a un estudioso del derecho comercial es determinar con precisión lo que va a constituir el objeto principal de su

¹³ GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil, op. cit.*, pág. 134.

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 agosto 2009, M. P. Arturo Solarte Martínez, ref. 11001-3103-001-1999-01014-01.

¹⁵ Corte Const., sent. C-364 de 2000.

análisis; busca entonces conceptualizar o abstraer el acto de comercio, criterio predominante para dilucidar el campo de aplicación del derecho mercantil. Las preguntas que surgen entonces son: ¿qué se entiende por acto de comercio y qué elementos nos suministra la ley para comprender lo que significa?

La respuesta a este interrogante, que se ha formulado con insistencia, puede causar cierta desilusión en el lector: el acto es comercial por voluntad del legislador, pero la ley no aporta una definición sino un listado de actos y actividades considerados mercantiles, que incluye una gama muy variada de operaciones usuales en la vida de los negocios. El postulado de la autonomía de la voluntad privada no tiene ninguna relevancia para determinar la mercantilidad¹⁶. Es el legislador, y no el querer de los contratantes, lo que le da carácter comercial a un negocio dado, con las consecuencias que ello acarrea en cuanto a solemnidades necesarias para su perfeccionamiento, efectos, prueba y prescripción, entre otros.

En el catálogo de los actos de comercio se enuncian tanto actos (entendidos aisladamente) como actividades (que sugieren organización y reiteración, elementos propios de la noción de empresa). No existe, en suma, el “acto de comercio típico”¹⁷.

Ha establecido la jurisprudencia colombiana que en cada caso concreto las normas mercantiles permitirán saber si el negocio, contrato u operación de que se trata da origen o no a un “verdadero asunto mercantil” independientemente de la calidad subjetiva de comerciantes que tengan quienes participaron en su celebración o en su ejecución, pues no es esa calidad, contra lo que podría suponerse sin mayor estudio del tema, el único elemento que permite reconocer el acto de comercio y calificarlo como tal. Por ello, el artículo 11 del código mercantil dispone que los actos de comercio, sin dejar de serlo, pueden llevarse a la práctica accidentalmente o de manera ocasional por personas civiles que no tienen el hábito del comercio ni hacen una profesión de la repetición habitual de actividades que la ley reputa de mercantiles¹⁸.

Como lo menciona GARRONE, a pesar de que han sido numerosas las tentativas para lograr una definición unitaria y general del acto de comercio sobre la base de conceptos extraídos de la economía política,

¹⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 febrero 1996, exp. 4602, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. *Gaceta Judicial*, t. CCXL, núm. 2479, pág. 114.

¹⁷ BOLAFFIO, *Derecho comercial*, t. I Parte general, vol 1, *op. cit.*, pág. 7.

¹⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 febrero 1996, *cit.*