

EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO (HISTORIA Y PROYECCIONES)

Rafael BERNAL GUTIÉRREZ

SUMARIO: *Introducción. I. Historia; A. Normas anteriores a 1887; B. El código adoptado en 1887; C. Código de comercio adoptado en 1971. II. Análisis de instituciones jurídicas colombianas; A. Las fuentes formales del derecho comercial; B. Los actos de comercio; C. La unificación del derecho civil y comercial; D. Las sociedades mercantiles; E. La jurisdicción mercantil. III. Estatutos especiales; A. Estatutos especiales a nivel nacional; B. Estatutos especiales a nivel internacional.*

INTRODUCCIÓN

Un análisis comparado de nuestras legislaciones en materia comercial permite ver cómo históricamente existen muchos momentos paralelos, normas Españolas que fijaron la pauta en un comienzo, procesos de unificación simultáneos, e instituciones jurídicas similares, cuyas diferencias contribuyen al enriquecimiento del derecho comercial y permiten una mayor integración.

Hoy con la celebración del centenario del Código de Comercio Mexicano, se presenta una oportunidad inmejorable para mostrar esos momentos históricos que han unido a nuestros pueblos, y los han marcado con un sello particular. Es también la oportunidad para resaltar la importancia del derecho comercial Mexicano en la evolución de figuras jurídicas colombianas, con la constante influencia por parte de legisladores y doctrinantes.

El recuento histórico siguiente, tiene por objeto marcar el panorama actual de nuestras normas para a continuación realizar un análisis detallado de aquellas que presentan especial importancia práctica y culminar con el estudio de instituciones que debido a su especialidad han mostrado la tendencia a ser íntegramente reguladas por estatutos especiales a nivel nacional e internacional.

Esto nos permitirá establecer la distancia entre las legislaciones, con miras a determinar objetivamente qué parte del proceso nos resta para lograr una integración regional.

I. HISTORIA

A. *Normas anteriores a 1887*

Con anterioridad a 1887, rigieron en nuestro país legislaciones distintas.

En un primer momento, la legislación española, principalmente Las Siete Partidas, la Recopilación de Indias, la Novísima Recopilación y las Ordenanzas de Bilbao. Fueron éstas últimas, promulgadas en el año 1737, las que permitieron una primera normatividad de carácter mercantil, en aspectos tales como los mercaderes, compañías de comercio, comisiones, letras de cambio y aspectos de derecho marítimo como fletes, naufragios, abordajes, etcétera. Una vez lograda la independencia, la Constitución de 1821 estableció (artículo 188): “se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso”. El efecto de esta disposición fue pues, el de mantener la vigencia de algunas normas, entre ellas los Ordenanzas de Bilbao, con algunas adiciones y subrogaciones. La más importante de esas variaciones surge con la ley 23 de 1836, por la cual se sometieron las controversias comerciales a los jueces y procedimientos ordinarios. Posteriormente, en 1852, se creó la jurisdicción especial de comercio, con funciones para conocer privativamente “de los negocios comerciales comprendidos en el Código Sustantivo de la materia, y de las tercerías en juicios de Comercio”. De inspiración española (Código español de 1829), fue elaborado en el año de 1853 un Código nacional de comercio, el cual fue expedido el 1o. de junio. Sin embargo, su vigencia y su aporte integrador en la materia, fue desmantelado con la Constitución de 1858, pues mediante ella se abolieron los tribunales de comercio y se autorizó a los estados para adoptar sus propios códigos de derecho privado, con la excepción de lo relacionado con legislación marítima y comercio exterior. Estos aspectos se siguieron rigiendo por el Código de 1853, hasta 1870, fecha en la cual, los Estados Unidos de Colombia expidieron el “Código de comercio marítimo”, tomado directamente del código chileno de 1867.

Con la ley 57 de 1887, expedida un año después de instaurarse la República de Colombia (Constitución de 1886) se adoptaron en lo relacionado con derecho mercantil terrestre, el Código de Panamá de 12 de octubre de 1869 y, como código mercantil marítimo, el código nacional de 1870 con las reformas introducidas en 1874. El código nacional corresponde casi con exactitud al libro tercero del código de 1853 (Código de Comercio de la Nueva Granada) al chileno de 1867, y adaptadas por la ley 35 de 1875, se aplicaron normas de navegación fluvial.

El código adoptado en 1887 en su origen, estuvo sometido a distintos avatares de orden político y podría anotarse que, en este sentido, no siguió directamente una sola dirección (la influencia Europea) sino que utilizó principios elaborados al margen de esa tradición. Así por ejemplo, el Código trató materias que en ese entonces fueron novedosas en América, tales como el contrato de cuenta corriente, el seguro terrestre, etcétera.

Las codificaciones adoptadas por la ley 57 de 1887 constituyeron hasta 1971 el eje del derecho mercantil. Durante ese tiempo sufrieron diversas modificaciones, las cuales también quedaron derogadas en virtud del nuevo Código de comercio.

Vale la pena en esta etapa del análisis resaltar cómo la historia del derecho mercantil mexicano tuvo las mismas raíces españolas que el colombiano.

En efecto, en México, bajo el reinado de Felipe II, se reconocieron varios consulados como el de la ciudad de México en 1581, Veracruz y Guadalajara en 1795 que dieron avance al derecho de los comerciantes.

Como en Colombia, la independencia de España no trajo por sí misma la ruptura con la legislación española que se dio en México definitivamente con el Código Lares de 1854 y en Colombia en el año de 1853.

Luego vino en nuestros países el periodo de la federalización que dio a los estados la posibilidad de darse sus propias normas mercantiles, que finalmente y a pesar de las diferentes estructuras políticas, una federalista y otra centralista, concluyó en códigos de comercio unificados para todo el territorio.

B. *El Código adoptado en 1887*

Antes de hablar de las características de este Código, es preciso remitirnos un poco más específicamente a su origen para determi-

nar las innovaciones y aspectos en los cuales se diferenció de los anteriores. El Código que no es otro que el adoptado por el Estado de Panamá de 1869, introdujo variaciones al Código de Chile de 1867, en el cual se basaba. Podemos enunciar varios:

1. Aplicación analógica de las disposiciones mercantiles, antes de acudir a las normas del Código civil (artículo 1o.).

2. Apelación a “las costumbres extranjeras de los pueblos más adelantados” (artículo 3), en defecto de costumbres locales.

3. Enumeración no sólo de los actos de comercio (artículo 20), sino de actos que no son considerados de comercio (artículo 22), con lo cual se evitaban una serie de problemas ocasionados por la colisión de legislaciones.

4. Carácter ilustrativo de la enumeración de los actos mercantiles y de los que no lo son (artículo 23).

5. Restricción del registro mercantil a ciertos actos, eliminando algunos de los que implementaba el código de Chile (artículo 20 y ss.).

6. Regulación del contrato de preposición (libro II, título 6, capítulo 4).

7. Reglamentación de quiebras en el libro primero, en lugar del libro cuarto.

8. Criterio de insolvencia del comerciante para determinar el Estado de quiebra, etcétera.

La estructura del primer libro comprende un título preliminar, sobre reglas aplicables a los asuntos de comercio y dos grandes libros, el primero compuesto de cinco títulos y el segundo de dieciocho. En el primer libro se trata lo relacionado con comerciantes, agentes de comercio, obligaciones de los comerciantes, quiebras, martillos, etcétera.

En el libro segundo se estudian los principales contratos. Dentro de la concepción del Código español de 1829 y del Código de Chile de 1867, además de los contratos de compraventa, permuta cesión, transporte, seguro, se contempla el estudio de la sociedad, a partir de un criterio contractual. Igualmente, dentro de esa misma dirección, se hablaba de un contrato de cambio y de la letra de cambio como un documento de crédito a través del cual se ejecutaba dicho contrato. (Igual naturaleza tenían el cheque, la libranza, el pagaré y el traspaso ordenado por medio del telégrafo, el cable o cualquier otro sistema de comunicación).

La articulación original del libro no permaneció inmóvil. Durante este siglo, sufrió importantes modificaciones en distintas de sus instituciones. Podríamos incluso afirmar que estas modificaciones indican los puntos de controversia y de evolución en el derecho mercantil, con respecto a la legislación primordial. Son las “articulaciones” o incluso las “sustituciones” que se fueron generando en la evolución de la actividad mercantil. Pero al mismo tiempo, revelan una reiterada práctica de reglamentar, en forma casuista, aspectos que deberían dejarse mejor al tráfico jurídico.

En este estudio podemos detallar las modificaciones más importantes:

1. Sociedades comerciales. Principalmente, sufrió modificaciones dicha institución, en cuanto a sociedades anónimas. En este punto, se expidieron las leyes 27, de 1888; 42, de 1898; 58, de 1931; 73, de 1935; el decreto 2521 de 1950 que reglamenta en 293 artículos las sociedades anónimas, y el decreto 2831 de 1952. En materia de sociedades domiciliadas en el exterior se promulgaron las leyes 62 y 124, de 1888; los decretos legislativos números 2 y 37, de 1906, y la ley 58, de 1931.

2. Cámaras de Comercio. Ley 111 de 1890 y decretos posteriores como el 62 de 1891.

3. Transporte terrestre. Leyes 4, de 1907; 53, de 1918; 52, de 1919; 4, de 1920; 98, de 1927; 42, de 1939; decretos 485, 1976, 2187, de 1940; 400, de 1942; 2781, de 1950.

4. Seguro. Leyes 57, de 1915; 37, de 1921; 32, de 1922; 105, de 1927; 44, de 1929; 57, de 1931; 225, de 1938; 166, de 1941; decretos, 13 y 48, de 1939; 1403 y 1156, de 1940; 1762, de 1941.

5. Propiedad industrial.

6. Prenda agraria e industrial.

7. Bolsas.

8. Arbitraje comercial. Autorizado por la ley 28 de 1931, que atribuye la función de tribunal de arbitramento ante las Cámaras de Comercio. Mediante la ley 2a. de 1932 se hizo extensiva la facultad de concurrir al arbitramento a toda persona capaz.

9. Quiebra. Reglamentada por el decreto 750 a 1940, declarado inexecutable en 1969.

10. Títulos valores. Regulado primero como formas de ejecutar el contrato de cambio, con posterioridad se introdujeron leyes especiales como la 75, de 1916; la 46, de 1923 y la 8, de 1925. La ley 46 de 1923 intentó unificar lo relacionado con estos instrumentos.

C. Código de comercio adoptado en 1971

Una historia del derecho mercantil en Colombia a través de las comisiones, los proyectos e iniciativas puede ser vista en su aspecto general, lo cual implica retomar la vieja frase del expresidente Darío Echandía sobre la historia jurídica de nuestro país como una de las formas de historia más importantes y menos contempladas entre nosotros.

Desde ese marco general, puede hablarse de tres momentos anteriores al código de 1971. El primero se refiere al derecho mercantil español, que perduró hasta 1853; el segundo derecho que obedece a la controversia política entre federalismo y centralismo y que se caracteriza por la “provincialización” de los códigos terrestre y marítimo, y un tercer derecho mercantil que comienza con ocasión de la Constitución centralista del 86 y que se concreta en la adopción del Código de comercio de Panamá y el nacional, el primero relativo al comercio terrestre y el segundo al comercio marítimo.

Precisamente con el fin del siglo XIX y tras las guerras producidas entre otros factores por la quiebra económica del país, surge con el presidente Reyes (1904-1909) la intención de modernizar el Estado haciendo uso y abuso de las autorizaciones constitucionales, y es también durante esta época que se ve la necesidad de modernizar las instituciones comerciales. No es extraño, como lo anota Gabino Pinzón, que esta unificación comenzada a principios de siglo, sólo se concreta en forma desigual pero cierta con el Código de 1971. La historia de nuestro derecho no ha sido ni consecuente con los avances económicos y sociales, sino que se ha dado mediante saltos, o para usar un término político, mediante una “asimultaneidad” de influencias dispares y en veces contradictorias, lo cual se ha reflejado como es lógico en la esfera del derecho y de las distintas codificaciones. De manera pues que no hay continuidad jurídica en nuestro país, sino “saltos”, o “crisis” a las cuales se responde con una nueva normatividad. El mismo Código civil, a pesar de Bello, fracasó en su estructura napoleónica y prueba de ello, precisamente, fue el crecimiento de un derecho mercantil cuya evolución se ha dado también por medio de fracturas y con la mala fortuna de que, cuando se logró un principio unificador, estábamos varios lustros atrás de una nueva dinámica mercantil, que en el mundo se había venido desarrollando y asentando con fuerza.

Hecha esta salvedad y partiendo del supuesto histórico, podemos hacer precisiones en torno a la historia normativa de nuestro Có-

digo. Esta puede delimitarse siguiendo de cerca las dos comisiones que desarrollan el actual código. La primera comisión, conformada en 1958, por los doctores Gabino Pinzón, Víctor Cock Arango, Efrén Ossa, Emilio Robledo Uribe y Álvaro Pérez Vives, sentó un proyecto armónico, compuesto por siete libros:

En el libro primero, sobre los comerciantes y las Cámaras de Comercio, cabe destacar la inclusión de los principios generales de las obligaciones mercantiles y la propuesta de crear un Departamento Nacional de Comercio encargado de las funciones de vigilancia en materia mercantil.

En materia de registro público de comercio, la comisión logra unificar aspectos difusos del Código terrestre, estableciendo como función esencial del registro público de comercio, los principios de publicidad y posibilidad; centralizando esta función en las Cámaras de Comercio y ampliando su cobertura hacia otros actos no contemplados en el Código terrestre.

La comisión atribuye el registro público de comercio a las Cámaras, con una segunda instancia en manos de la Cámara de Comercio de Bogotá, pero regida por un criterio publicista e intervencionalista, demostrado en una amplia injerencia del gobierno en la elección de sus miembros y en naturaleza jurídica.

En relación con los actos de comercio y los comerciantes, la comisión acoge el criterio del Código de Napoleón y define la calidad del comerciante como aquella que se adhiere mediante el ejercicio profesional de actos de comercio; no da la comisión de estos actos. Partiendo del artículo 20 del Código terrestre, en el cual aparecen enumerados los actos de comercio, la comisión elimina cualquier definición y se contenta con una enunciación limitativa de los actos mercantiles.

La comisión, consciente del avance en la vida mercantil y tomando como base la legislación italiana y la misma enunciación hecha en el Código de Napoleón, esbozará una definición de empresa, vinculándola casi exclusivamente a los actos de comercio.

Siguiendo también el Código italiano de 1492 y en relación con esta noción de empresa, la comisión sistematiza algunos aspectos del establecimiento de comercio, particularmente el hecho de que es una unidad económica constituida por elementos corporales e incorporales. Sistematiza en este sentido una figura que se enunciaba en el Código terrestre (artículo 20).

En materia de propiedad industrial, diferencia la acción tutelar del nombre comercial, de la acción de amparo administrativo y de las acciones de nulidad y cancelación de registro, que aparecen re- fundidos en el Código terrestre.

El libro segundo del proyecto versa exclusivamente sobre las sociedades. La comisión establece unos principios generales comunes a todas las sociedades, siguiendo en ello la influencia de la legislación mexicana en 1934, el Código italiano de 1942 en el Código japonés de 1951. En la segunda parte del libro estudia las diversas formas de sociedad comercial, siguiendo en esto al Código terrestre, con algunas innovaciones: reglamenta las sociedades de hecho y propone un nuevo tipo de sociedad de responsabilidad limitada (sociedad de responsabilidad solidaria y limitada).

El libro tercero está dedicado a los contratos mercantiles. La comisión, consciente de la falta de unidad de la legislación y del “bizantinismo” de ciertas normas del Derecho civil, introduce variaciones en algunos principios rectores de la compraventa. Dentro de estos contratos, la comisión sólo contempla algunos, siguiendo el derrotero del Código terrestre: compraventa y permuta, contrato de suministro, cesión de créditos, contrato de transporte, seguro mutuo, depósito, prenda, anticresis, cuenta corriente, mandato y corretaje.

En el libro cuarto la comisión trata lo relacionado con instrumentos negociables, siguiendo de cerca la ley 46 de 1923, con algunas modificaciones como la inclusión de principios generales de títulos valores, para lo cual se basó en la doctrina italiana.

La comisión dejará para un libro quinto el estudio de algunos contratos bancarios y de operaciones de bolsa: (martillos, cajillas de seguridad, depósito, crédito).

En su libro sexto, la comisión intenta modernizar lo relativo al derecho marítimo y de aviación, incorporando al proyecto una serie de tratados internacionales.

Finalmente, en el libro séptimo, la Comisión de 1958 sistematiza las normas de quiebra, siguiendo de cerca el decreto 750 de 1940, pero incorpora una figura nueva: el concordato preventivo, tomando como sustento la necesidad de proteger al comerciante de buena fe y a los acreedores para garantizar el pago de sus deudas. La comisión siguiendo el criterio de constituir a las Cámaras de Comercio en verdaderos tribunales mercantiles, reglamenta la posibilidad de que el concordato sea llevado ante las Cámaras.

La comisión conformada en 1968 y que labora hasta 1971, seguirá en buena parte los lineamientos de la comisión de 1958, con algunas salvedades que vale la pena resaltar:

1. Uno de los aspectos en los cuales se dio un giro total respecto de la normatividad existente, fue el relacionado con títulos valores. En 1923, por concepto de la misión Kemerer se había implementado la ley 46, por la cual se regulaba lo relativo a instrumentos negociables en nuestro país. Dicha ley copió casi textualmente lo establecido por *The Negotiable Instruments Law*. La Comisión de 1958 adoptó en su proyecto las mismas instituciones de esa ley. Contrariamente y por consejo de una Comisión de juristas de la Asociación Bancaria, la Comisión de 1968 decidió abandonar el complicado sistema norteamericano y adoptar el proyecto INTAL, por el cual se implementa un sistema uniforme para América Latina. El origen del proyecto data de 1965, cuando el parlamento Latino Americano puso en manos del Instituto para la Integración de América Latina, la elaboración de un proyecto de títulos valores, que unificará dicha materia. Este proyecto se encomendó al jurista mexicano Raúl Cervantes Ahumada, quien elaboró el proyecto inspirado en el ya existente para Centro América. El proyecto INTAL sigue de cerca la doctrina y legislación italiana, a través de figuras como Vivante, Rotondi, etcétera.

2. La Comisión, en materia de sociedades, no acoge la modalidad de sociedad de responsabilidad solidaria y limitada que había propuesto la comisión de 1958, e incluye dentro de esas modalidades societarias el contrato de cuentas de participación, aunque de una manera un poco vaga e imprecisa.

3. En materia de navegación aeronáutica, el proyecto de 1968 incorporará una mejor normatividad en cuanto se refiere a las funciones del capitán y contratos de seguro, propone, pero no es aceptado sino con posterioridad al Código de comercio, un procedimiento naval ante tribunales marítimos y con procedimientos desde todo punto de vista demasiado parcial frente a los avances abreviados.

La relación entre una y otra comisiones es indudable, pero es interesante anotar cómo la distancia que hay entre 1958 y 1971, época en que finalmente se entrega el proyecto iniciado una década antes, produjo una legislación en muchos aspectos insuficiente y del derecho comercial.

Eventualmente, el cuestionamiento acerca del alcance de las facultades extraordinarias por parte de los comisionados dio lugar a que se desaprovechara la oportunidad para regular materias de singular importancia y estableciendo normas de muy corto alcance para la época de que se trataba.

Si se mira de cerca la historia del derecho mercantil, desde sus inicios, esta parte de la necesidad de los comerciantes de conciliar sus diferencias, y de establecer mecanismos rápidos y eficientes, de acuerdo a la velocidad de sus negocios. El carácter corporativo en el cual se nutre el derecho mercantil durante la Edad Media, la necesidad de implementar figuras que afronten aspectos como la distancia, la necesidad de garantizar el transporte de mercancías, etcétera, hacen ver que el derecho mercantil debe desplazarse dentro de una esfera privada, con tribunales y normas propias. Las Comisiones conformadas a lo largo de este siglo, han surgido sobre dos bases fundamentales: una que se expresa como un intento continuo de unificación, y otra, de carácter político, caracterizada por una hipertrofia del Estado que se traduce en el afán de intervenir en todos los aspectos de la vida mercantil. Esto, en el ámbito de la decisión legislativa, ha tenido como consecuencia funesta un casuismo normativo, el cual es no sólo evidente sino negativo en el ámbito del derecho mercantil.

En este punto, la Comisión de 1958, a pesar de figuras tales como el Departamento Nacional de Comercio estuvo más cerca de conservar para las Cámaras de Comercio su función original de tribunales de comercio y en general de rectores de la vida comercial, mientras la comisión de 1968 llegó a proponer incluso que las funciones de registro fueran despojadas de manos de las Cámaras y pasaran a ser objeto del Departamento Nacional de Comercio. Igualmente, fortaleció la injerencia de la Superintendencia de Sociedades en las sociedades comerciales, y conservó la intervención del gobierno en la composición de las Cámaras de Comercio.

En relación con el concordato y la quiebra, la Comisión de 1968 fue mucho más allá de la Comisión de 1958, al perfeccionar la figura del concordato preventivo y al incluir tomando como base la liquidación forzosa administrativa, un concordato preventivo obligatorio para sociedades con determinadas características. Se siguió la Comisión por el mismo criterio individual de protección al comerciante de buena fe, y para evitar los aspectos públicos ocasionados por el fraude, pero aún así, se empezó a abrir camino la tesis

económica del concordato, según la cual sus ventajas sobre cualquier otra, derivan de la protección de la economía nacional y a la empresa como unidad comercial por excelencia.

II. ANÁLISIS DE INSTITUCIONES JURÍDICAS COLOMBIANAS

El proceso histórico anterior nos entrega una legislación comercial que, confrontada con la realidad, exige examinar algunas de sus principales instituciones, dentro de la concepción general del derecho mercantil con miras a definir qué tenemos y para dónde vamos.

A. *Las fuentes formales del derecho comercial*

La actividad mercantil es sin lugar a dudas uno de los principales motores en el desarrollo de los pueblos y como tal requiere una reglamentación. Lejos están las civilizaciones modernas de considerar la conveniencia o no de un ordenamiento que, valorando la vida humana, la oriente al bien común.

Se ha presentado además una aceptación de la ley como principal fuente formal del derecho; pero cuando cumple 18 años la promulgación del Código de Comercio como en el caso colombiano y más aún cuando se celebran 100 años del mismo en México, se encuentra que la evolución del comercio origina nuevas figuras y nuevas necesidades de reglamentación que el legislador difícilmente puede prevenir. Se plantea entonces la necesidad de dar un mayor valor a la costumbre mercantil como fuente del derecho. Es así como el Código colombiano a diferencia del mexicano establece la validez de la costumbre, los requisitos de la misma, la forma de probarla y la forma de aplicarla.

Lo anterior no debe llevarnos tan lejos como para estimar un cambio del sistema de derecho escrito al consuetudinario, que traería resultados catastróficos, pero la necesidad nos enseña que la agilidad del comercio debe poder expresarse en costumbres obligatorias dentro de los marcos determinados por la ley mercantil, que a su vez primen sobre las leyes civiles como actualmente lo consagra sin discusión la legislación colombiana y que se reconozca de una vez por todas la costumbre internacional como fuente formal en materia mercantil. No acceder a tal reconocimiento por las legislaciones nacionales es negar la necesaria internacionalización y unificación de la legislación comercial y la fuerza obligatoria que por sí misma

tiene dicha costumbre *preater-legem* para los países miembros de la comunidad internacional donde es practicada.

B. *Los actos de comercio*

El derecho mercantil evolucionó pasando de un criterio subjetivo, propio de las costumbres entre comerciantes, a la adopción de un sistema objetivo fundado en la calidad del acto, que a su vez determina la categoría del comerciante y la norma aplicable al caso concreto. Los países Latinoamericanos en general han adoptado este sistema que permite a una misma persona asumir distintos roles dentro de la sociedad compleja en que vivimos.

Este sistema presenta como inconveniente la indefinición sobre lo que es o no un acto de comercio en sí mismo.

Muchas páginas se han escrito tratando de distinguir la comercialidad de los actos por la intermediación en el comercio, por el ánimo de lucro y otros factores, que a pesar de ser interesantes intentos, no han podido convencer a nuestros legisladores, quienes en últimas han recurrido a la calificación de un número amplio de actividades como actos comerciales o civiles. El Código colombiano deja campo al intérprete para que añada a la lista los actos que guardan mayor similitud con los de una u otra enumeración.

Afortunadamente el legislador no ha dicho la última palabra sobre la materia, pero ha dejado a la deriva a los jueces y abogados en la interpretación, con los riesgos y confusión que esto conlleva. El Código mexicano, por su parte, deja al árbitro judicial la determinación de la naturaleza del acto, en caso de dudas.

Como muestra de la dificultad en la delimitación de lo mercantil y lo civil basta comprar nuestros dos códigos:

El artículo 75, numeral 23, del Código mexicano nos dice que la ley reputa como acto de comercio la enajenación que el propietario o el cultivador haga de los productos de su finca o de su cultivo. Mientras tanto el Código de comercio colombiano, en el artículo 23 dispone que no es mercantil la enajenación que haga directamente el agricultor o el ganadero de los frutos de sus cosechas o ganados en estado natural.

C. *La unificación del derecho civil y comercial*

La dificultad para deslindar lo civil de lo comercial nos lleva a tratar el problema de la unificación del derecho civil y el comercial.

Para algunos de radical posición, no es difícil distinguir lo civil de lo comercial, simplemente, es imposible y en consecuencia no debe tenerse doble reglamentación en ninguna materia. Otros, por el contrario consideran que la naturaleza de muchos actos civiles y la profesión del comerciante exigen una reglamentación más estable, fundada en la primacía de ciertos valores para los actos civiles y la aplicación de normas especiales para los comerciantes.

Una revisión histórica nos permite observar cómo el derecho comercial surgió de la unión de las distintas excepciones al régimen civil. Cuando estas excepciones fueron creciendo en cantidad, surgen los códigos de comercio y su aplicación como un régimen especial con autonomía y principios igualmente especiales.

Hoy, cuando el comercio está lejos de ser excepcional en nuestra vida diaria y por el contrario nos invade, surge con fuerza casi incontenible la comercialización del derecho civil y del privado en general. Debe buscarse sí, la unidad del derecho privado, alrededor de los principios comunes a todas sus materias, sin que sea invadido por la preponderancia de tal o cual ramo especial.

Un acuerdo sobre este punto no parece difícil, pero ¿cómo concretarlo y darle coherencia en leyes y códigos que permanezcan eficientes en el tiempo?

El nuevo Código de comercio adoptado en 1971 hizo claridad sobre la jerarquía de las normas jurídicas aplicables a los actos de comercio celebrados entre comerciantes y también cuando lo fuere para uno solo de los sujetos intervinientes, según lo dispone el artículo 20 del Código de comercio colombiano a diferencia del régimen mexicano, donde no se aplica al particular que contrata con el comerciante.

Se precisó así con el nuevo Código de comercio colombiano —que ya no lo es tanto— los sujetos a quienes se les aplicaría la ley comercial, pero en las comisiones nunca se examinó la posibilidad de unificar el derecho privado en un sólo código, eliminando la dualidad civil-comercial.

Por lo tanto ante la posibilidad de reformar el Código de comercio terrestre vigente en aquel momento y reunir varias leyes dispersas, se planteaba la disyuntiva entre no repetir aquello que estaba previsto ya por el Código civil, limitándose a reglamentar sólo las materias mercantiles o ir más allá.

De limitarse a lo primero, la tarea no sería suficientemente innovadora, y no aprovechar la ocasión para incluir y revisar puntos parecería un olvido imperdonable.

Fue así como el Código de comercio reglamentó aspectos generales de la formación de los contratos no previstos en el Código civil, introdujo modificaciones a la representación legal y varios contratos civiles y se remitió en muchas ocasiones directamente a la legislación civil y en forma indirecta cuando no dispone nada la normatividad mercantil. Como resultado se dio para muchos la llamada comercialización del derecho privado.

La duplicidad más evidente en nuestra legislación se encuentra en el libro IV, de los contratos y obligaciones mercantiles, donde a pesar de disponer el artículo 822 la aplicación de principios de derecho civil para la formación, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse las obligaciones y los negocios jurídicos mercantiles, el Código de comercio, legisló nuevamente muchos de estos principios generales y contratos.

Esto ha llevado a que algunos autores como el doctor Gabino Pinzón, hayan propuesto en lugar de un solo Código de derecho privado, extenso y complejo la realización de un código que unifique solamente lo referente a los contratos y las sociedades, dejando vigente el Código civil para las personas, los bienes, la familia, las sucesiones y los actos y organizaciones sin ánimo de lucro.

Por lo expresado anteriormente, es claro cómo hoy en día no podrá hacerse una buena reforma integral en materia mercantil, sin que previamente se adopte una posición que fije los límites entre lo civil y lo comercial, extractando lo común para comenzar entonces la reorganización y distribución de nuestros dos Códigos con las reformas y actualizaciones necesarias.

Sobre esto debe aceptarse que tratar de hablar de un derecho privado indiferenciado, no es acorde con una realidad histórica y ontológica que requiere separar el derecho civil y el comercial.

Establecer una triple codificación creando un código de principios del derecho privado, o mantener la propuesta de un tercer código limitado a los contratos, es aumentar el desorden. ¿Qué hacer?, la respuesta no es fácil.

D. *Las sociedades mercantiles*

1. Régimen de las sociedades en Colombia

Nuestro régimen de sociedades mercantiles las cataloga como tales, no en virtud de su forma, sino siguiendo el criterio objetivo de los actos de comercio. Así cuando una sociedad comprende

dentro de su objeto social actos mercantiles y actos que no tienen tal calidad, la sociedad es mercantil con independencia de la forma que adopte. Sin embargo cuando la sociedad sea por acciones o limitada se registrará por las normas de las compañías mercantiles sin que pierda su carácter de civil. Aparecen entonces las sociedades civiles-mercantiles, sometidas a las reglas mercantiles, pero que realizan con ánimo de lucro actividades exclusivamente civiles. Además se mantiene vigente en todos sus aspectos el régimen civil para sociedades colectiva y comandita simple.

Mientras tanto existe solamente para el campo civil la posibilidad de separar un conjunto de bienes con una finalidad de utilidad común, bajo la forma de las fundaciones sin ánimo de lucro.

Al reglamentar el Código tres categorías de sociedades, civiles, comerciales y civiles-comerciales, crea un sistema poco práctico y realista.

Como solución, algunos proponen la eliminación de las sociedades civiles para que la regulación sea exclusivamente comercial. Esto significaría la eliminación de personas jurídicas con objeto distinto del comercial o que teniendo dentro del mismo, algunos actos de comercio sólo los desarrollan esporádicamente.

Debería en cambio, establecer un régimen uniforme para todas las sociedades civiles, omitiendo como criterio de distinción la forma societaria, superando así las distinciones que actualmente existen y que someten a las sociedades civiles de capital al régimen comercial.

Este criterio formal, es el consagrado en el artículo 4º de la Ley general de sociedades mercantiles mexicanas de 1933, según el cual, se aplican las normas mercantiles, a todas las sociedades que se constituyen en alguna de las formas reconocidas por el artículo 1º de esta ley.

2. Sociedades, empresas y establecimientos de comercio

Las sociedades mercantiles no son las únicas formas como una persona natural puede dedicarse al comercio, es así como puede organizarse o no en una empresa y puede tener o no establecimientos de comercio.

Con el Código de comercio de 1971, se dio un avance en las definiciones de empresa y de establecimiento de comercio, que sin embargo no ha sido suficiente para cubrir junto con las tradicionales formas sociales, las muy variadas maneras como puede ejercerse el comercio. Es más, no ha dejado clara la relación de los términos,

sociedad-empresa y comerciante-empresa produciendo en la práctica una tendencia a su absoluta identificación.

Dispone nuestro Código cómo la empresa es toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios y puede pertenecer a varios o a un solo comerciante.

Cuando la empresa es de un solo comerciante, éste puede tener uno o más establecimientos de comercio pero en caso de no querer asociarse, hoy es imposible a esa persona natural separar parte de su patrimonio, con la finalidad de constituir una personería jurídica distinta, que si bien no se podría incluir en el género de las sociedades por carecer de un número plural de socios, nada impide que adquieran la calidad de personas jurídicas independientes múltiples empresas pertenecientes a una sola persona.

3. Conclusiones

Consideramos que una revisión de nuestras normas comerciales en materia de sociedades, debe tener en cuenta entre otros, los siguientes aspectos:

a) Debe adaptarse a un régimen independiente y exclusivo para las sociedades comerciales, que no pretenda abarcar a las sociedades civiles. Corresponde por su parte a las normas civiles, suplir las deficiencias que cubrió en parte el Código de comercio.

b) El régimen actual deberá complementarse en algunos aspectos, tales como la relación entre sociedad y empresa, sucursal y establecimiento de comercio.

c) Se hace inminente la creación de personas jurídicas con sustento en una sola persona.

E. *La jurisdicción mercantil*

El avance que se logre en cualquier nueva legislación mercantil se verá truncado siempre que ante los conflictos que puedan presentarse no exista el medio jurisdiccional adecuado para obtener una pronta y justa solución.

En distintas oportunidades se ha planteado la necesidad de realizar una reforma constitucional de fondo a la justicia colombiana, que logre solucionar éste que se ha convertido en uno de los principales problemas que sufre el país, mostrando grandes índices de impunidad, lentitud, aglomeración y trabas procedimentales. Sin em-

bargo las reformas que se han materializado, así como otras que posteriormente fueron declaradas inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, se ocupan de la materia penal olvidando las otras ramas del derecho.

En materia mercantil se ha propugnado por la creación legal de los tribunales especializados en comercio, en desarrollo del artículo 164 de la constitución, que expresamente prevee esa posibilidad en materia mercantil y con lo cual se daría mayor confianza al comerciante sobre una adecuada solución a sus litigios.

Para subsanar los defectos de nuestra justicia, el Congreso colombiano mediante la ley 30, de 9 de octubre de 1987, revistió de facultades extraordinarias al Ejecutivo para adoptar reformas dentro de las cuales se plantea la necesidad de crear los tribunales de comercio o por lo menos la especialización de los jueces ordinarios ya existentes, mediante la asignación de los negocios mercantiles a algunos de ellos.

Sin embargo esta solución, necesaria y evidente, depende para su completo éxito de que se logren agilizar los procedimientos civiles y comerciales que actualmente siguen una misma reglamentación.

Además la justicia requiere de recursos que puedan cambiar su cara totalmente, como si se tratara de una cirugía plástica costosa. Por ahora el Estado no cuenta con esos fondos para dotar a los juzgados y a sus jueces de los elementos necesarios para su tecnificación.

Por ello, cuando las soluciones primarias de aumentar en calidad y cantidad los jueces colombianos y de dotar a la administración de justicia de la organización y los medios necesarios no llegan de manos del Estado, se ve la urgencia de abrir el paso a soluciones que implanten una nueva justicia con origen en los ciudadanos.

Surge entonces como una propuesta factible la de tomar en cuenta las Cámaras de Comercio para otorgarles, como en su origen, la posibilidad de constituirse en verdaderos tribunales de comercio y no sólo como tribunales de arbitramento o amigables compondores, según lo dispone actualmente el Código de comercio colombiano.

Si bien las Cámaras de Comercio lograron luego del paso por las comisiones de reforma, mantener su carácter de entidades privadas a la luz de una oscura definición legal y a su vez prestar como personas jurídicas privadas el servicio público del Registro Mercantil, no se avanzó en dar a los comerciantes la posibilidad de con-

vertir a las Cámaras de Comercio en tribunales de comercio que definieron sus conflictos y no se reglamentaron sus labores como árbitros y conciliadores.

Una solución menos drástica que la anterior es, sin lugar a dudas, la de mantener la justicia en poder del Estado y dar mayor seguridad y orden al arbitramento realizado por instituciones privadas.

Es así como se plantea en el proyecto de reforma actualmente en discusión, la extensión a otras entidades distintas de las Cámaras de Comercio de la facultad para actuar como tribunales de comercio reglamentando a su vez el procedimiento a seguirse.

Este año deberá adoptarse la reforma definitiva antes del vencimiento de las facultades extraordinarias y de su aplicación podrán determinarse los triunfos alcanzados y las omisiones que serán objeto de nuevos planteamientos.

III. ESTATUTOS ESPECIALES

La amplitud del derecho comercial y la necesidad de regular temas concretos de importancia han desembocado en el surgimiento de numerosos estatutos especiales.

La práctica del comercio demuestra que, pretender regular íntegramente una materia tan extensa, trae como consecuencia el que las normas del Código queden cortas frente a los hechos. De ahí la importancia de resaltar aspectos del comercio, que por sí solos constituyen materia suficiente para una normatividad exclusiva.

Este error en que incurrió el legislador al pretender incluir tan diversas actividades en un sólo Código, trajo consigo vacíos legales y regulaciones parciales que crean la tendencia a no usar las normas porque quizás son incompletas. En consecuencia, y con la finalidad de llenar estos vacíos, han surgido numerosos estatutos especiales que a nivel nacional e internacional ajustan las normas a la evolución dinámica del derecho mercantil.

A. *Estatutos especiales a nivel nacional*

1. Protección al consumidor

Ejemplo de tales estatutos especiales son las normas en materia de protección al consumidor, que en Colombia, al igual que en México, han merecido un tratamiento particular que delimita la

responsabilidad del oferente en cuanto a la calidad de los bienes ofrecidos (Colombia: Ley 73 de 1981; México: Ley federal de protección al consumidor, 1975).

2. Procedimiento comerciales

Los procedimientos comerciales también han sido objeto de análisis independiente; tal es el caso de la Ley de quiebras y suspensión de pagos mexicana (1943) y de las normas recientemente expedidas sobre concordato preventivo en Colombia (decreto 350 de 1989). Estas últimas, como resultado de un proceso que persigue superar las trabas que se presentaron con la aplicación del Código de comercio, el cual pretendió, por primera vez, reglamentar en forma sistemática y organizada los procedimientos aplicables a los comerciantes.

En este aspecto el Código introdujo institutos jurídicos que permitieron un mejor desenvolvimiento a las relaciones comerciales. Entre las innovaciones se destaca lo referente a procedimientos concursales, tanto colectivos como individuales, tales como el concordato preventivo obligatorio, la liquidación forzosa administrativa y la quiebra.

a) El Concordato preventivo y obligatorio

El primero de estos procedimientos ha tenido un mayor desarrollo, con el recientemente expedido decreto 350 de 1989, que se perfila como una solución eficaz para el comerciante que se encuentra imposibilitado para cumplir sus obligaciones y desea someterse a este trámite.

Igualmente el concordato preventivo obligatorio, fue regulado por el decreto 350 de 1989, con lo cual las sociedades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de sociedades y pasivo externo superior a la tercera parte del valor de los activos, o más de 100 trabajadores permanentes, las sociedades de economía mixta con aportes estatales superiores al 50% del capital social y las empresas industriales y comerciales del estado deberán necesariamente someterse al procedimiento concordatorio y no podrán ser declarados en quiebra sin el cumplimiento de este requisito, procediendo directamente a la liquidación forzosa.

Con este reciente avance jurídico se busca superar la crisis de las instituciones procesales que se habían transformado en inope-

rantes y se mantenían al margen de la vida en comunidad. Con el decreto se obtiene rapidez en el proceso concordatorio, mayor publicidad para seguridad de los acreedores mediante registro en las Cámaras de Comercio, se admite la validez del acuerdo privado concordatorio en el concordato potestativo, y se atribuye competencia a la superintendencia de sociedades en el trámite de concordato preventivo obligatorio.

El mayor problema al que se tendrán que enfrentar estas nuevas normas de concordato preventivo, será la aplicación por parte de la administración de justicia, pues la falta de una jurisdicción de comercio, el desconocimiento de la legislación de comercio por parte de los jueces y el exceso de procesos en los despachos judiciales pueden frustrar una institución que augura los mejores resultados.

b) La quiebra

La quiebra por su parte no corrió con tan buena suerte, y es en la actualidad un mecanismo de utilización restringida y que no conduce a ningún resultado. El código al respecto no respondió a las expectativas y actualmente ningún juicio de quiebra en Colombia llega a buen término.

No es posible comprender cómo un instituto de la importancia de la quiebra, haya sido condenado al ostracismo jurídico y no se haya utilizado en favor de los acreedores.

Sus ventajas, tales como el hecho de afectar todos los bienes de una persona a la satisfacción de ciertos créditos, el llamado general a todos los acreedores para participar en el proceso y la consideración en pie de igualdad de todos ellos, son señales que recuerdan la necesidad de mayores estudios con miras al mejoramiento de nuestros procedimientos comerciales.

Al plantear una revisión del sistema de la quiebra será preciso partir de ella como un instrumento de moralización de la vida comercial, no sólo por el carácter universal del proceso de ejecución, sino especialmente por la posibilidad de sancionar los actos de culpa o de fraude en que incurra el comerciante y que incidan en la quiebra.

3. La propiedad Industrial

La propiedad industrial como estatuto especial, fue tema de controversia a finales de 1988, por el conflicto de la aplicación simul-

tánea de normas de orden nacional y supranacional, derivadas estas últimas de la decisión 85 del acuerdo de Cartagena.

El Tribunal de Justicia del acuerdo de Cartagena, órgano jurisdiccional supremo del Pacto Andino, zanjó definitivamente la discusión Jurisprudencial y doctrinal existente.

En efecto, mediante sentencia de interpretación prejudicial, proferida el día 25 de mayo de 1988, se estableció claramente el criterio para determinar cuáles normas del derecho interno siguen siendo aplicables en materia de propiedad industrial con posterioridad a la expedición de la decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la que fue incorporada a nuestra legislación doméstica mediante el decreto 1190 de 1978.

Son las siguientes normas las que rigen la propiedad industrial en Colombia:

— La norma supranacional, esto es, la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que tiene la “vocación de regular íntegramente la materia de que trata y de agotar por tanto su reglamentación”.

— Aquellas normas que son “medidas complementarias adoptadas por países miembros que resulten ser estrictamente necesarias para la ejecución de las normas comunitarias, y, por tanto, que favorecen su aplicación y que de ningún modo la entraben o desvirtúen”.

— Aquellas normas que por exigencia o permisibilidad de la norma supranacional, se requieren para asegurar su efectividad o desarrollo en el plano nacional.

Lo anterior es consecuencia obvia de los principios que informan el derecho de integración, y en especial el Acuerdo de Cartagena, por cuanto que los asuntos o materias que el reglamento de propiedad industrial regulan “quedan sustraídos de las competencias nacionales, con excepción claro está, de aquellos casos en que se faculte a los gobiernos de los países miembros para expedir normas específicas adaptadas a las necesidades nacionales”.

B. *Estatutos especiales a nivel internacional*

A nivel internacional el proceso de unificación del derecho mercantil, exhaustivo y prolongado, ha traído como resultado convenios universales que facilitarán sin duda el intercambio en latinoamérica y en el mundo.

Colombia aún no hace parte de acuerdos importantes en materia de compraventa internacional y prescripción, que entraron en vigor a partir de enero y agosto de 1988, respectivamente.

Tampoco existe claridad en cuanto a solución de controversias a través del arbitraje, pues, aún se espera la ratificación por parte de los países latinoamericanos, de la convención de Nueva York (1958) y de Panamá (1975) y a nivel mundial del reglamento de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil (1976), del reglamento de conciliación de la misma comisión (1980) y de la ley modelo sobre arbitraje comercial (1985) adaptada por seis países.

No obstante el panorama en materia de unificación del derecho mercantil no es tan desolador.

Ya existen verdaderos ejemplos de identificación legislativa a nivel mundial, tales como las reglas y usos uniformes relativos al crédito documentario, la convención de Naciones Unidas sobre letras de cambio y pagaré internacional y las guías en materia de contratos para la construcción y transferencia electrónica de fondos.

1. Reglas y usos uniformes relativos al crédito documentario

En Colombia las reglas y usos uniformes relativos a créditos documentarios, a pesar de no haber sido adaptadas a través de un tratado de derecho internacional privado, son de uso generalizado por los bancos y se han constituido en costumbre aceptada. De esta forma en lo relativo a la interpretación de cartas de crédito se acude en primer término a las normas imperativas que consagra nuestro Código de comercio, que además son escasos, luego se aplican las estipulaciones de las partes y las normas supletorias del Código, para entrar finalmente a aplicar la analogía y costumbre mercantil y encontrar en esta última un amplio desarrollo del crédito documentario. Las reglas y usos uniformes tienen igual fuerza que la ley, en la medida en que corresponden a una costumbre certificada por la Cámara de comercio.

2. Letra de cambio y pagaré internacional

Siguiendo con los aspectos optimistas de la unificación mercantil, encontramos la convención de las Naciones Unidas sobre Letras de cambio y pagarés internacionales, cuyo proyecto definitivo fue apro-

bado el 9 de diciembre del año pasado y que sólo espera la ratificación de las partes para su entrada en vigencia.

Este ambicioso proyecto, discutido durante 14 años, logró establecer puntos comunes y salvar diferencias entre dos sistemas de derecho sobre títulos valores en el mundo: El sistema de Ginebra y el angloamericano. Pero además de conciliar estas dos tendencias básicas se vio en la necesidad de respetar las legislaciones de las naciones cuyos sistemas jurídicos tienen tradiciones y conceptos diversos y cuyos intereses económicos afectan también el proceso de unidad.

Saltando obstáculos y diferencias, se logra la aprobación del texto, y la asamblea general en diciembre de 1988, abrió la convención a la firma y ratificación o adhesión de los países miembros.

3. Contratos Internacionales de construcción y transferencia electrónica de fondos

Finalmente las creaciones más recientes se dirigen a la obtención de las guías jurídicas prácticas, la primera para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales y la segunda para la transferencia electrónica de fondos, de especial interés en el área bancaria, que busca realizar pagos comerciales a través de medios informáticos con base en registros digitales y transferencia por vía electrónica, en reemplazo de órdenes de pago instrumentadas sobre papel.

Con este nuevo medio de pago, se agilizarán notablemente las transacciones internacionales con mayor seguridad para los titulares de las cuentas, los bancos, y las empresas.

Este panorama del derecho comercial coloca a nuestros países enfrentados a un régimen de relaciones internacionales, del cual no es posible aislarse. Por el contrario, la labor integracionista que comienza en 1960 con la ALALC y se renueva en 1980 con mecanismos más flexibles en la ALADI, exige ser continuada, con la presentación de soluciones oportunas frente a los continuos obstáculos que suelen presentarse en esta materia.

El primer paso para lograr esta labor de integración, es la unificación de las normas que permita a la región hablar el mismo lenguaje.

Para ello, se requiere pensar desde ahora, en la posibilidad de unificar aspectos relacionados con nuestras instituciones jurídicas,

tomando como base los distintos estatutos internacionales en materia de comercio exterior y actividad bursátil.

Tenemos una historia jurídica común, y una entidad en las relaciones socioeconómicas que le dan vida al derecho. Es por esto que instituciones jurídicas como el proyecto INTAL, son apenas un primer paso para que partiendo de esa identidad socioeconómica, y dejando atrás las apariencias formales que hace ver diferentes nuestros estatutos mercantiles, continuemos un proceso unificador que afronte los retos de finales de siglo.

La creación del bloque económico europeo, con las consecuentes transformaciones en la vida jurídica, debe servirnos de ejemplo e impulso para este propósito.

Por otra parte la única manera de enfrentar las consecuencias del Mercado Común Europeo es comenzar a formular normas tipo en aspectos como contratos de transporte, sociedades extranjeras y apoyar las ya existentes y en espera de ratificación, pues solo un mercado común Latinoamericano resultará competitivo frente al Mercado Común Europeo de 1992.